**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | | | |
| **בית משפט השלום באר שבע** | | **פ 005251/02** | |
|  | |
| **בפני:** | **כבוד השופט ד. מגד- סגן נשיא** | **תאריך:** | **17/04/2005** |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| בעניין: | | **מדינת ישראל – משטרת ישראל** | |  | |
|  | | **ע"י ב"כ עו"ד** | **דקלה סרן** | המאשימה | |
|  | | **נ ג ד** | |  | |
|  | | **טלמור חיים - בעצמו** | |  | |
|  | |  |  | הנאשם | |
| **נוכחים:** | | **ב"כ המאשימה**  **הנאשם** | | | |

# 

# חקיקה שאוזכרה:

# [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f)

# [פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [54 א. (ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b)

# 

**הכרעת-דין**

1. האם הנאשם נישק את המתלוננת על לחיה ושפתיה וליטף את רגלה השמאלית, לשם סיפוק מיני כטענת המאשימה, או שמא נישק אותה בלחיה בלבד בהתפרצות של שמחה, כטענתו? זו השאלה שבפנינו.

2. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו מעשה מגונה, עבירה לפי [סעיף 348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977. נטען בו, כי בתאריך 26.3.01 בסמוך לשעה 13:30 ב"נווה זאב" בבאר-שבע עשה מעשה מגונה במאיה אוחיון (להלן: "המתלוננת") בכך שנישק אותה על לחיה ושפתיה וליטף את ירך רגלה השמאלית.

5129371

5129371טרם אכנס לעובי הקורה, אפרט בקצרה את השתלשלות האירועים בתיק, עובר לשמיעת הראיות. הנאשם, שלא היה מיוצג, כפר בעובדות המיוחסות לו, הודה כי הראה למתלוננת את הדירה וערך לה סיור באיזור, אך טען כי מדובר בעלילה. במועד מאוחר יותר, הושג הסדר טיעון. סוכם כי כתב האישום יתוקן, הנאשם לא יורשע ויוגש תסקיר, שיבחן גם את שאלת ההרשעה. המאשימה התחייבה לקבל את המלצת שירות המבחן. עוד סוכם, כי הנאשם יפקיד בקופת בית המשפט סך 1,000 ₪ פיצוי למתלוננת.

שירות המבחן ערך תסקיר שלילי בתוכנו, שהמליץ להרשיעו ולגזור עליו מאסר מותנה ושל"צ. בתגובה על בקשת המאשימה להרשיעו, טען הנאשם, כי נישק את המתלוננת כתוצאה מפרץ של שמחה. בנסיבות אלה, ומשום סתירה שמצאתי בין הודאתו בבית המשפט לעומת דברים שאמר לקצינת המבחן, היתרתי לו מיוזמתי לחזור בו מהודאתו וביטלתי את הסדר הטיעון ואת ההרשעה. התיק נקבע, איפוא, להוכחות.

3. על חלק הארי של העובדות שהוכחו בתיק אין חולק ואפרטן בקצרה.נ

במועדים הרלוונטים עבד הנאשם כאיש מכירות בחברת הבניה "אחים אוזן". המתלוננת, אישה דתיה, בחודש הרביעי להריונה, ובעלה, שלא הכירוהו קודם לכן, פנו אליו במשרדי החברה ערב האירוע וביקשו כי יראה להם דירות, ואכן הם ראו מספר דירות "יד שניה" וגם אירח אותם בביתו. המתלוננת אמרה לו, כי היא מעוניינת לראות דירות חדשות ונקבעה פגישה למחרת.

למחרת היום, לקח אותה ברכבו לפרוייקט "נווה זאב", לדירה שהיתה בשלבי בניה. בעת שיצאו למרפסת, שריצפתה היתה מכוסה חומרי בנין, אחז בידה ותמך בה על מנת לאפשר לה להתרשם מהנוף. התרשמותה היתה חיובית ואף התלהבה מהדירה. כשנשאלה אם תסכים לרכוש אותה, השיבה לו כי היא ובעלה יחליטו לאחר שיראה את הדירה. משלב זה הגירסאות חלוקות.

4. המתלוננת העידה, כי כבר בעת שישבה לצידו ברכבו, בדרכם לפרוייקט, שאל אותה: "איך בעלי במיטה, ואם הוא בוגד והאם הוא זיין". משום שבטנה בלטה, סייע לה לטפס במדרגות, עמד מימינה, חיבק אותה, למרות שלא רמזה לו ולא סימנה לו. כשהסתובבה אליו, נישק אותה על לחיה הימנית ובפיה, שאל אם אפשר לנשק אותה שוב בפיה והיא סרבה. לדבריה נתקפה בהלם, חשה ברע ודרשה כי יקח אותה לביתה. בדרכם חזרה, שם את יד ימינו על ירכה השמאלית ואמר: "לא קרה כלום זה בצחוק, אני מקווה שלא תביני אותי לא נכון". משום שהיד הונחה בקרבת מקום "לאיזור האינטימי שלי", שבה וביקשה כי יקח אותה לביתה משום שאינה חשה בטוב, והוא ביקש ממנה שלא לספר על האירוע. המתלוננת העידה מפורשות כי: "לא הרגשתי שהנשיקה היתה כתוצאה מפרץ של שמחה, ואני ראיתי את זה בתור הטרדה". לאחר האירוע, התיעצה עם חברה ומיהרה עוד באותו יום להגיש תלונה במשטרה.

5. בחקירתו במשטרה (ת/1) ולאחר שהחשד המיוחס לו הוטח בו, השיב הנאשם וחזר והשיב, כי הארוע לא היה ולא נברא ולא היו דברים מעולם. בין היתר טען, שחש כי "משהו לא מסתדר בין בני הזוג ולא נראה לי נורמלי לחלוטין בגין השיג ושיח שהיה ביניהם".

בעדותו בבית המשפט שינה טעמו והודה: "כי נישקתי אותה רק על הלחיים ..., שיתכן שכאשר עברתי מצד לצד מלחי אל לחי, יכול להיות, אני לא אומר שזה קרה, מצב של השקה אולי נגיעה בשפתיים, אבל זאת לא נשיקה מכוונת, לא התמקדות בפה". מאידך המשיך ועמד על דעתו, כי לא ליטף את ירך רגלה השמאלית. כשנשאל לסיבת הנשיקה השיב "כשראיתי מול עיני את ה – 1,000 $ שכר טרחתי בעסקה ולכן שמחתי והכל קפץ "בום" מול העינים שלי. לא הייתי בשליטה". במקום אחר העיד: " אני עמדתי מולה, לא דחפתי אותה ולא נגעתי בשום אבר מאבריה האינטימיים ולא היתה לי שום כוונה מינית. לא היתה שום קונוטציה מינית לנשיקה". כשנחקר לגבי השאלות שלטענתה שאל אותה, לרבות "איך בעלה במיטה" השיב כי לא היו ולא נבראו.

**הרקע הנורמטיבי**

6. [סעיף 348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז- 1977 קובע:

....ב

....ו

(ג) "העושה מעשה מגונה באדם ללא הסכמתו אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א) (ב) או (ג1) דינו – מאסר 3 שנים.נ

....ב

....ו

**(ו) בסימן זה, "מעשה מגונה"- מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".נ**

7. ההגדרה הנוכחית למעשה מגונה ב[סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), עניינה עשיית מעשה כלשהו "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". הגדרה זו (אליבא דשופט י' קדמי בספרו "על הדין בפלילים", בעמ' 783-780), מלמדת - לפחות לכאורה - כי אין מעשה הופך מגונה, אלא אם כן מתלווה אליו כוונה להשיג באמצעותו "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". לשון אחר: הנקיטה במושג "לשם" בהגדרתו של המעשה המגונה, מבטאת דרישה לקיומה של כוונה ספציפית להשגת לפחות אחת משלוש התכליות המפורטות בהגדרה.ב

קדמי מוסיף וכותב, כי אופיו ה"מגונה" של המעשה נעוץ בהשלכתו המינית, והשאלה שטרם הוכרעה היא האם המבחן הוא מבחן סובייקטיבי של תכלית עשייתו, או שמא מבחן אובייקטיבי של הערכת המעשה בעיני האדם הסביר. נטיית הפסיקה היא לכיוון של מבחן סובייקטיבי.ו

ב[ע.פ. 616/83](http://www.nevo.co.il/case/17941097) דוד פליישמן נ. מדינת ישראל פ"ד לט (1), 449 נחלקו הדיעות, אך מוסכם כי:

"יש שמעשה, שנעשה מתוך מניע מגונה, לא יחשב כ"מעשה מגונה" על פי כלל נסיבותיו; ויש שמעשה יראה כ"מעשה מגונה" בעיני הכל גם בהעדר הרצון לספק תאווה מינית של העושה".נ

ראוי לציין, את דברי כב' השופט זילברג ב[ע.פ. 315/58](http://www.nevo.co.il/case/17938180) ג'בארה נ. מדינת ישראל פ"ד יג 566, כדלקמן:

"המונח "מעשה מגונה" אינו ניתן להגדרה ממצה ומדוייקת. דבר זה אין לך בו אלא מקומו ושעתו והשקפות החברה. ברוב המכריע של המקרים מצוי במעשה זה יסוד של יצרי מין".ב

קדמי מסכם את ההלכה כדלקמן:

"ההגדרה הקבועה כיום בס"ק (ו) מלמדת – לפחות לכאורה – כי נתקבלה דעת הרוב וכי אין "מעשה" הופך "מגונה" בהקשר הנדון כאן, אלא אם כן התלוותה אליו כוונה להשיג באמצעותו "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", כאשר המבחן האובייקטיבי משמש כאמצעי הוכחה".ו

8. לאחרונה דן בית המשפט המחוזי בחיפה ב[ע.פ. 1828/04](http://www.nevo.co.il/case/355191) **פרי ויקטור נ. מדינת ישראל** (פורסם באתר נבו גיליון 96/05 מיום 14.4.05) בעבירת מעשה מגונה וקבע כדלקמן: גבולותיו והגדרתו של מעשה כ"מגונה" אינם ברורים ונלמדים ממכלול נסיבות ביצוע המעשה בכל מקרה ומקרה. ראו לעניין זה דברים שנאמרו **ב**[**ע"פ 6255/03**](http://www.nevo.co.il/case/6232497) **פלוני נ' מדינת ישראל , תק-על 2004(1), 1715, בעמ' 1718:**

**"המונח "מעשה מגונה" אינו נתון להגדרה ממצה ומדוייקת. דבר זה אין לך בו אלא מקומו ושעתו, והשקפות החברה בה מבוצע המעשה. ברוב המכריע של המקרים - אך לא תמיד ממש - מצוי במעשה זה יסוד של יצרי מין...**

**ואולם מתוך שתחומי פרישתו של המושג "מעשה מגונה" ייגזרו מהשקפות החברה כפי שהן מעת לעת - החברה בכללה או החברה הספציפית שבה מדובר - עניין לנו בעבירה שתחומיה עשויים להשתנות אך עיקריה יישארו יציבים.**

**העבירה של עשיית מעשה מגונה מסווגת עצמה כ"עבירת התנהגות"; החוק רואה בהתנהגותו של אדם - בעשייתו של "מעשה מגונה" - מעשה הראוי לגינוי ולענישה, והעבירה מתגבשת אף באין תוצאה ספציפית מעבר להתנהגות. ראו: ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, 502-501; עש"מ 6737/02 מדינת ישראל נ' זקן, פ"ד נז(2) 312, 326. ואולם מהו "מעשה מגונה"? מהו העושה מעשה להיותו מעשה "מגונה"? הוראת סעיף 348(ו) מורה אותנו מהו אותו יסוד נפשי העושה מעשה להיותו "מעשה מגונה" - מעשה הוא הנעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים - ואולם מהם היסודות העובדתיים שבמעשה העושים התנהגות מסויימת להיותה התנהגות "מגונה" בעיני דין העונשין?**

**קשה להשתחרר מהתרשמות כי מושג זה של "מעשה מגונה" מושג חמקמק הוא לא מעט, ולא אך חמקמק הוא; אף חלקלק הוא. "עם זאת", כפי שאמר השופט זמיר בעש"מ 6713/96 מדינת ישראל בן אשר, פ"ד נב (1) 650, 682, "...כפי שנאמר לגבי פיל, אף שקשה להגדיר אותו, כשרואים אותו, אין קושי לזהות אותו. המיבחן הוא "מיבחן אובייקטיבי, מעשה שעל פניו קיים בו אלמנט מגונה על-פי השקפות החברה בה מתבצע המעשה", או: "מעשה, אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר על-פי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע".**

9. השאלה אם יש לראות בנישוקה של אשה מעשה מגונה נדונה גם בע"פ (תל-אביב-יפו) 341/98 מדינת ישראל נ' מרדכי עובדיה (תק-מח 99(2), 3700). עפ"י העובדות המתוארות שם, תוך כדי פגישת עבודה במשרדו, תפס הנאשם בכוח את ידיה של המתלוננת ונישק את שפתיה על אף התנגדותה המפורשת. הנאשם ביקש מהמתלוננת "עוד שלוש נשיקות", כשהוא ממשיך לתפוס בה בכוח.

בערעור נקבע שהנשיקה אכן היתה בעלת אופי מיני - ולא נשיקה תמימה של עמית לעבודה, לאחר שלא התראו זמן רב. ביהמ"ש נימק זאת כך:

**"מסקנה זו מתבקשת מן העובדות הבאות: ראשית - תפיסת פרקי ידיה של המתלוננת; שנית - התנגדותה המילולית תוך ניסיון להסיט את ראשה; שלישית - נשיקה על שפתיה של המתלוננת ולא על לחיה או מצחה. עפ"י נסיון החיים, נשיקות של חברים ברמת חברות כזו ללא אופי מיני - ניתנים על הלחי ולא על השפתיים; לא כל שכן, זרים שהם רק חברים רופפים לעבודה; רביעית - מועד הנשיקה, תוך כדי הדיון הענייני ביניהם בענייני עבודה, לאחר כ- 10 דקות מתחילתה. שוב, על פי נסיון החיים חברים הנפגשים אחרי שלא התראו, מתנשקים עוד בתחילתה של הפגישה, ולא "נזכרים" לעשות זאת, באמצעיתה; חמישית - אמירתו של המשיב - ממנה התעלם בימ"ש קמא, כי הוא רוצה "עוד שלוש נשיקות ודי ...**

**מכל מקום, כבר מזה עידן ועידנים נפסק מפורשות, בניגוד לסברת בימ"ש קמא - שנשיקה כשלעצמה ורק נשיקה, יכולה להוות מעשה מגונה אם הכוונה לא היתה לתת נשיקה** **אלא לספק חשקו המיני של המנשק".**

י' קדמי בספרו הנ"ל (עמ' 780) כותב:

**"יצאו מכלל ההגדרה מעשי תקיפה כגון נשיקות, שאולי יש בהם גוון מיני אך יש ספק אם ראוי להעלותם לדרגת עבירות מין. תחום זה של מעשים הוא על הגבול שבין תקיפה לעבירת מין ומוצע להשאירו בתחום התקיפות הרגילות".נ**

10. באירוע לא נכחו עדי ראיה. גירסת המתלוננת ניצבת, איפוא, לבדה ולעצמה. לכן, חלה עליו הוראת [סעיף 54 א. (ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) [נוסח חדש] תשל"א – 1971, שכותרתו **"הכרעה על פי עדות יחידה במשפט פלילי",** שזה לשונו:

**"הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סעיף ה' לפרק י' ל**[**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301) **התשל"ז – 1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו".ב**

הסעיף קובע את "חובת ההנמקה" הספציפית לעבירות מין, אליה מתווספת חובת "האזהרה העצמית". קדמי בספרו **על הראיות, הדין בראי הפסיקה,** מהדורה מעודכנת ומשולבת תשס"ד – 2003, עמ' 1242 כותב:

**"להבדיל מהמישור הפלילי שם מוטלת על בית המשפט חובה של "אזהרה עצמית" בלבד, כאשר הוא מבקש להרשיע על פי עדות יחידה – מחייב סעיף 54 ל**[**פקודת הראיות**](http://www.nevo.co.il/law/98569) **קיומו של "טעם אמיתי" לפסיקת הדין על פי עדות יחידה במקרים המפורטים בו, ואין די בהקשר זה ב"אזהרה עצמית" כאמור. אין לשכוח, שחובת "האזהרה העצמית" הינה חובה כללית** **המדרבנת ל"זהירות יתרה"; ואילו חובת ההנמקה, מתייחסת לנסיבות ברות סיכון מיוחד המצדיקות קיומו בפועל של "טעם אמיתי"".ו**

**מן הכלל אל הפרט:**

11. לאחר שהזהרתי עצמי, כמצוות הפסיקה, בעוד אני נותן דעתי להוראת [סעיף 54 א. (ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569), על כל המשתמע ממנה, הגעתי לכלל מסקנה, כי המאשימה הוכיחה את העבירה המיוחסת לנאשם מעבר לכל ספק סביר, וכי נמצאו לי טעמים טובים שיש בהם כדי לבסס את הרשעתו.

נתתי אמון מלא במתלוננת, שהותירה בי רושם טוב ואמין. עסקינן באישה צעירה, נשואה, המנהלת אורח חיים דתי, שהיתה מצויה באותה עתה בחודש הרביעי להריונה. עדותה היתה קוהרנטית, מאופקת, וסדורה. היא הטיבה לבטא את התחושות הקשות שחשה במהלך האירוע, את ההלם והפחד שתקפו אותה, בחששה לבריאותה היא ולבריאות הוולד שברחמה. כל אלה גרמו לה לחוש ברע והניעו אותה לדרוש מהנאשם כי יחזיר אותה מיד לביתה. שוכנעתי כי מעשיו של הנאשם נפלו עליה כרעם ביום בהיר, לאחר שהבינה כי זו אינה נשיקה "ידידותית". יודגש, כי לא הכירה את הנאשם קודם לאירוע, ולא מצאתי כל סיבה שתתגולל עליו בטענות שווא.

12. על כוונה מינית של נאשם ניתן ללמוד בדרך של הסקת מסקנות מעובדות שהוכחו, תוך בחינתן במאזני סבירות והגיון ([ע.פ. 5757/00](http://www.nevo.co.il/case/6229449) **פלוני נ. מדינת ישראל** תק-על 2000 (3), 1786).

כאמור, לא נותר ספק בליבי כי הנאשם עבר את העבירה. בחקירה במשטרה הכחיש באופן גורף כי נישק אותה. מאידך, בבית המשפט חל שינוי משמעותי בגרסתו. גרסה מאוחרת ותמימה זו כביכול, הינה גרסה כבושה.

ב[ע"פ 5730/96](http://www.nevo.co.il/case/6030055) **גרציאני נ. מדינת ישראל** תק-על 98 (2) 843 נפסק כדלקמן:

**"גם נאשם הכובש את גרסתו חייב ליתן הסבר סביר ואמין בדבר הטעם לכבישתה של הגרסה, ובמקום שלא ניתן טעם כזה, נושאת הגרסה המאוחרת תוית של חשד, שמא היא כוזבת. תווית כזו טעונה הסרה, וכל עוד לא הוסרה הרי היא מעיבה על אמינותה של הגירסה".נ**

לנאשם לא נמצא הסבר מתקבל על הדעת לכבישתה. נהפוך הוא – על השאלה מדוע בפני חוקר המשטרה העדיף להרחיק עצמו מהאירוע, השיב כי הבין שלשאלה קונוטציה מינית. היא הנותנת. היה עליו להתכבד ולהכנס לעובי הקורה ולהבהיר את אופי מעורבותו בארוע – דבר שלא קרה בחקירה במשטרה.

יתרה מזאת: במשטרה טען, שכבר בנסיעה ברכבו עם בני הזוג, עמד על הקושי ביחסים שביניהם. שוכנעתי כי גמר אומר בלבו לעשות שימוש בקושי האמור לצרכיו. לכן פנה למתלוננת ברכב עוד בטרם הגיעו לדירה ושאל אותה לגבי אורחות בעלה. סוף מעשה במחשבה תחילה, ועסקינן בהתנהגות יזומה ומתוכננת.ב

הנאשם העיד שהיציאה המשותפת עמה למרפסת גבלה בפיקוח נפש, בהעדר מעקה. לכן אחז בידה ותמך בה. מתגובתה למד כי "נכון שהרגישה לא נעים שאחזתי בידה. לשאלתך אם מיד לאחר אותו שלב אני הבחנתי על פי ארשת פניה שקרה משהו לא טוב, אני משיב שראיתי זאת עוד לפני כן". מתבקשת, איפוא, המסקנה, שחרף מודעותו להתנגדותה לכל מגע גופני, הוסיף ונישק אותה בלחייה ובשפתיה.ו

נימוק נוסף מתבקש משאלתו אם ניתן לנשקה פעם נוספת. הנאשם הוסיף לעשות לסיפוקו המיני, ולמרות שראתה בעין לא יפה כל מגע גופני עימו, הניח את ידו על ירכה בעת שנסעו ברכבו בחזרה לביתה, פעולה שבינה לבין "פרץ של שמחה" אין ולא כלום. מעצם בקשתו לבל תספר על האירוע ברור כי ידע שאין מדובר באירוע תמים וידידותי. זאת ועוד: הנאשם הודה בעדותו בבית המשפט, אם כי בחצי פה, כי שפתיו נגעו בשפתיה. נסיון החיים מלמד שזרים אינם מתנשקים בשפתיים, ולמצער שפתותיהם אינן נפגשות.

13. מכל האמור לעיל, אני מרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.נ

**ניתנה היום ח' בניסן, תשס"ה (17 באפריל 2005) במעמד הצדדים.ב**

|  |
| --- |
| **ד. מגד, שופט**  **סגן נשיא** |

**הנאשם:**

אני מבקש להתייעץ לפני הטיעונים לעונש.

**התובעת:**

מסכימה לדחייה.

החלטה

נדחה לטיעונים לעונש לתאריך 10.5.05 בשעה 08:30.

**ניתנה היום ח' בניסן, תשס"ה (17 באפריל 2005) במעמד הצדדים.ו**

|  |
| --- |
| **ד. מגד, שופט**  **סגן נשיא** |

קלדנית: נורית היינה.נ

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה