**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום באר שבע** | | **פ 005113/03** | |
|  | |
| **בפני:** | **השופט יעקב שפסר** | **תאריך:** | **24/04/2006** |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| בעניין: | מדינת ישראל  לשכת תביעות מרחב נגב - באר שבע | |  |
|  | ע"י ב"כ עו"ד | ניסים כחלון ועו"ד איילת גיל | המאשימה |
|  | נ ג ד | |  |
|  | אוליאננקו איגור- בעצמו | |  |
|  | ע"י ב"כ עו"ד | יעקב גסר | הנאשם |

# 

# חקיקה שאוזכרה:

# [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345 (א) (2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348.ב.](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b.), [348.ג.](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c.), [348.ד.](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.d.), [348.ה.](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.e.), [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**

החלטתי לזכות את הנאשם מחמת הספק.

**א. רקע**

1. בהתאם לכתב האישום נשוא תיק זה, מיוחסת לנאשם עבירת מעשה מגונה ([סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות המנויות [בסעיף 345 (א) (2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2) [לחוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977), זאת בגין ארוע מיום 5.7.03 במלון "קראון פלאז'ה" בים המלח, עת ביצע הנאשם, כך נטען, מעשה מגונה במתלוננת, בהסכמתה שהושגה במרמה, בכך שבמהלך עיסוי בתשלום נגע באבריה המוצנעים, באופן החורג מהטיפול המקובל וזאת לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

1. הנאשם כפר באמצעות סניגורו, עוה"ד יעקב גסר במיוחס לו בכתב האישום. בהתאם לכך נשמעו הראיות בתיק ובהמשך לסיכומי הצדדים, ניתנת הכרעת דין זו.
2. **העובדות שאינן שנויות במחלוקת:**
   1. הנאשם, עולה חדש, עבד בעת הרלוונטית כמעסה במלון. המתלוננת, שהיתה אורחת במלון, הזמינה בדלפק הקבלה עיסוי מסוג "אירו-ודה", אותו ביצע הנאשם.

* 2. העיסוי בוצע ע"י הנאשם משך כ- 45-50 דקות, כשהמתלוננת עירומה לגמרי, זאת לאחר שהנאשם הינחה אותה להסיר את שני חלקי בגד הים בו היתה לבושה, עובר לתחילת הטיפול.
* 3. המדובר במתלוננת מנוסה בקבלת עיסויים (אם כי לא מסוג זה), אשר העידה על עצמה כי אין זו הפעם הראשונה בה מקבלת עיסוי ואינה תמימה או חסרת ידע בנושא.
* 4. משך כל מהלך הטיפול, לא העירה המתלוננת דבר לנאשם.
* 5. בתום הטיפול מסר הנאשם בידי המתלוננת כרטיס ביקור שלו.

1. לאחר תום העיסוי, נפגשה המתלוננת עם חבר שלה, שעימו ועם משפחתו שהתה במלון, ולאחר ששוחחה עימו, ניגשו שניהם לאחראית הספא במלון, כדי לדווח על האירוע. תשובת אחראית הספא היתה שהזמנתה של המתלוננת היתה עיסוי אירוטי, ועל כן אין פסול למעשה בפעולות הנאשם.



1. **המחלוקת**

המחלוקת נשוא תיק זה מצומצמת באופן יחסי ונוגעת לשתי שאלות בלבד:

1. האם חרג הנאשם מהטיפול הנדרש, ביחס למקובל ולמוזמן על ידי המתלוננת?

1. מה היה הלך רוחו של הנאשם, היינו האם התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש להרשעתו בעבירה זו?

* **ד. הראיות**

1. מטעם המאשימה העידו שלושה עדים: מר שמואל פייפר, מנהל מכללת רידמן, המתלוננת, וחוקרת המשטרה רוית פציניאש מתחנת ערד, אשר ביצעה פעולות חקירה שונות בתיק, לרבות גביית עדות הנאשם וביצוע עימות בין הצדדים. כן הוגשו דף הסבר של מכללת רידמן לטיפול אירו-ודה (ת/1), הודעת הנאשם במשטרה (ת/2) ודו"ח העימות (ת/3).
2. מטעם ההגנה העיד הנאשם עצמו וכן הוגשו הודעת המתלוננת במשטרה (נ/1), דו"ח זכ"ד מטעם החוקרת פציניאש (נ/2), "תפריט טיפולים" של המלון (נ/3), תעודות השתלמות של הנאשם (נ/4 א'-ד'), וכרטיס ביקור שלו (נ/5 א'-ב').

א. עת/1 – מר שמואל פייפר

עד זה משמש כאמור מנהל מכללת רידמן, שהיא מכללה לרפואה משלימה ואשר הוזמן כמומחה בתחום, על מנת להבהיר את משמעות העיסוי ופרטיו, ברמה העקרונית ובלא התייחסות ספציפית לאירוע נשוא כתב האישום (עמ' 4 ש' 29-30). במכללה זו עבר גם הנאשם את ההכשרה הנדרשת לצורך ביצוע הטיפול, ובה הוסמך ביום 9.7.02, לאחר שסיים השתלמות בת 8 שעות בנושא (עמ' 4 ש' 7-8). העד אישר כי העיסוי מבוצע בעירום מלא, ברצף על כל הגוף מכף רגל ועד ראש (עמ' 1 ש' 12-17). על מנת לשמור על חום הגוף יש צורך לכסות את החלק שאינו מטופל. (עמ' 1 ש' 21). העד הדגיש כי קיימת בעיסוי זה רגישות יתר, "וקשה להסביר לכל מטופל לקראת מה הוא הולך ומה מהות הטיפול" (עמ' 2 ש' 2-1) וכן ציין את הבעייתיות הנובעת מנושא העירום (עמ' 2 ש' 22-15). לדברי העד ההסבר למטופל מעקר את האירוטיות ממנו, שכן לולא ההסבר, "בהחלט יכולים להתעורר הרהורים ומחשבות" (עמ' 2 ש' 25-28). לפי שידוע לו, לא מקפידים בתי המלון להסביר למטופלים את הצפוי בעיסוי (עמ' 5 ש' 1-2). יחד עם זאת הדגיש, כי המפשעה אמורה להיות מכוסה כשלא מתקרבים לאיזור זה, כמו גם לאיזורים אינטימיים אחרים, אשר אינם חלק מהטיפול (עמ' 3 ש' 3-5, ש' 17 ש' 21, וש' 27, עמ' 6 ש' 11-15).

ב. גירסת המתלוננת

המתלוננת בת 25, העידה כי הגיעה למלון עם בן זוגה שיחסיהם היו אז בתחילתם, ועם משפחתו. סוג העיסוי הומלץ לה עת ניגשה להזמין עיסוי מסוג אחר והיא הסכימה לו. (עמ' 10 ש' 5-10). מיד בתחילת העיסוי היתה צריכה לדבריה לחשוד שמשהו אינו בסדר ואולם נוכח היותה במלון 5 כוכבים ומטרת הגעתה, היה נראה לה העניין תקין (עמ' 10 ש' 11-15). לדבריה עשתה במהלך חייה מספר מסג'ים לא מועט (עמ' 10 ש' 20) והיה לה מידע אף על עיסוי האירו-ודה שנעשה לעיתים ללא סדין (עמ' 11 ש' 23). עם תחילת הטיפול נתבקשה לפשוט את בגד הים על שני חלקיו וכך עשתה. בהמשך דבריה מתארת את הטיפול עצמו כשהתמקדות הנאשם היתה באיזורים אינטימיים בגופה (עמ' 11 ש' 10-11 ועמ' 12 ש' 9). במהלך העיסוי כולו, שאל הנאשם את המתלוננת "'מה עכשיו, מה עוד, איפוא', בעברית עילגת" ו"אם טוב ונעים לה" (עמ' 11 ש' 12-13 ועמ' 12 ש' 5). העדה מתארת מצב של חוסר אונים, היא עירומה ולא ברור לה מה עליה לעשות ואפילו מה לחשוב (עמ' 11 ש' 17-20), רועדת ולמעשה במצב של שיתוק, שההגיון לא עובד (עמ' 17 ש' 24-25) ועל כן במהלך כל העיסוי לא הרהיבה עוז לומר לנאשם להפסיק (עמ' 17 ש' 14-15). בשלב מסויים, כרבע שעה לפני סוף העיסוי, החליטה לומר לו "די", מיד כשעשתה זאת, לקח הנאשם את הסדין, כיסה אותה וניגבה מהשמן בו נעשה שימוש במהלך העיסוי (עמ' 12 ש' 10-15). עצירת העיסוי התקבלה אצל הנאשם בפליאה, הוא שאל אותה באשר לסיום העיסוי - טיפול במצח ובפנים ומשסירבה, נסתיים הטיפול תוך שמסר בידיה את כרטיס הביקור שלו לצורך הזמנה נוספת (עמ' 12 ש' 18-24). דיווח המתלוננת לאחראית הספא הביא גם לפליאתה שלה, שכן לדבריה בחרה המתלוננת בעיסוי אירוטי (עמ' 13 ש' 7-11). יצויין כי הנהלת המלון לא נתנה גיבויה לדברי מנהלת הספא בו (עמ' 13 ש' 13-15).

ג. עדות החוקרת פציניאש

עדה זו הינה כאמור החוקרת בתיק. היא ציינה את התנהגותו במהלך החקירה, לפיה גימגם ורעד ובלע רוק לפני מתן תשובה (עמ' 22 ש' 7-12 ). במסגרת עדותה הוגש גם מזכר שכתבה (נ/2) ובו מצויין כי בשיחה עם עת/1, מר פייפר מסר הוא לה כי "המדובר במסאג' אירוטי, שמבוצע בד"כ בעירום מלא וברצף ומקפידים שהמטופל יהיה ללא בגדים".

ד. גרסת הנאשם

עדותו הראשית של הנאשם מתמצית רובה ככולה בת/2, ובה מתאר הנאשם כי עובד הוא כמעסה מאז שנת 1994. בארץ החל הוא לעבוד כחודשיים בלבד קודם הארוע, שכן עלה ארצה רק כשנה וחצי קודם לכן (עמ' 1 לת/2 ש' 27-28). במהלך עדותו בבית המשפט (שנמסרה כשנתים וחצי לאחר המקרה), ניכר היה כי הנאשם לא שולט בשפה העברית ומתקשה להבין ולבטא עצמו בה, דבר עליו העיד הוא עצמו גם כן (עמ' 26 לפרוטוקול ש' 15 ועמ' 28 ש' 7-10). לגופו של עניין מפרט הנאשם בעדותו את תהליך העיסוי (עמ' 2-4 לת/2), אשר ההסבר לו צריך לדבריו להינתן עוד בקבלה (עמ' 3 ש' 8-9 ועמ' 32 לפרוטוקול ש' 1-2). לדבריו, ביצע העיסוי על כל גופה של המתלוננת, ללא התמקדות באבריה האינטימיים דוקא (עמ' 4 ש' 20, ש' 28, עמ' 5 ש' 8, ש' 19), וללא כל כוונה מינית אלא עסקית בלבד שכן העבודה היתה מאד חשובה עבורו בשל הקושי במציאת עבודה (עמ' 31 לפרוטוקול ש' 19-20 ועמ' 34 ש' 13-16). המתלוננת מצידה לא ביקשה אותו להפסיק. לדבריו אם הרגישה שלא בנוח, היתה צריכה לקום, דבר שלא נעשה על ידה (עמ' 6 ש' 1-2). יתרה מכך, הנאשם אכן מאשר כי שאל אותה במהלך הטיפול אם הטיפול טוב והיא אישרה זאת (עמ' 29 לפרוטוקול ש' 15-18). בתשובה לשאלת החוקרת טוען הנאשם, כי לא הרגיש בכל דבר חריג ואדרבא, בסיום הטיפול מסר לה כרטיס ביקור, לצורך הזמנה חוזרת (עמ' 6 ש' 16-17, עמ' 7 ש' 7 ועמ' 31 לפרוטוקול ש' 2-5). סוג העיסוי הרלוונטי – האירו-ודה, היה חדש באותה עת בארץ, ובעקבות מקרה זה ומקרים דומים, ניתנה הוראת כיסוי לאיברים האינטימיים. עד אותה עת לא היה נהוג לעשות כן (עמ' 32 ש' 8-14). בתגובה לדברי החוקרת הסביר, כי מאז אירוע טראומתי בילדותו הוא סובל מגמגום במצבי לחץ, מצב בו היה שרוי מטבע הדברים בחקירת המשטרה לראשונה בחייו (עמ' 26 לפרוטוקול ש' 4-8 ועמ' 34 ש' 1-2).

**ה**. **דיון**

בפתח הדיון אציין, כי שני הצדדים, הן הנאשם הנאשם והן המתלוננת, עשו עלי רושם מהימן. המתלוננת עצמה, עשתה עלי רושם של בחורה הגונה, אינטליגנטית, אסרטיבית, ובעלת כושר ביטוי מרשים, ובשום צורה לא התרשמתי, כי היתה מבקשת להפליל או להגיש תלונת שווא על אחר, ובכלל זה לא על הנאשם. אין לי ספק, כי המתלוננת יצאה פגועה מהאירוע אותו לא חזתה מראש, ואכן היתה, כך נראה, במצב קפאון ומבוכה, שבעטיים נמנעה לעצור את אי הנעימות שנגרמה לה, עוד באיבה. התרשמותי הכללית מהנאשם היתה, של עולה חדש, זר לשפה ולתרבות בארץ, אשר פעל כפי שאפרט להלן בתום לב ובלא מחשבה פלילית, ומצא עצמו בסיטואציה, שעיקרה אי הבנה הנובעת מבעיית תקשורת, הן בשפה בכלל, הן בכללי העיסוי הספציפי ותכליתו (שהיה כאמור חדשני באותה עת), והן ממחדלי מעסיקיו שלא נתנו את ההסבר הנדרש בקבלה, קודם תחילת הטיפול.

* + 1. **המישור הנורמטיבי**

באופן עקרוני, על אף שמדובר בשלושה עדי תביעה, ככל שנוגעים הדברים למעשה עצמו, מדובר בעדות מול עדות. ככלל אין מניעה להרשיע את הנאשם על סמך עדות יחידה, מה גם שעפ"י [סעיף 54 א (ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) [לפקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) [נח] תשל"א 1971, בוטלה דרישת הסיוע לעדות קרבן עבירת מין, כפי שנתגבשה עד אותו מועד, בד בבד עם חובת פירוט מה הניע את בית המשפט להסתפק בעדות זו, ככל שימצא לנכון להרשיע. בענייננו כאמור, אין בכך צורך.

המסגרת הנורמטיבית לאישום נשוא ענייננו מצויה [בסעיפים 348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a.;348.b.;348.c.;348.d.;348.e.;348.f) (א) ו – (ו), ו – [345 (א) (2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2) לחוק העונשין כדלקמן:

**348 (א):**

**"העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א) (2) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו - מאסר שבע שנים".**

**348(ו):**

**בסימן זה, "מעשה מגונה" - מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.**

**345 (א) (2):**

"**הבועל אשה -**

* 1. **...**
  2. **בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;".**

מניסוח הסעיפים האמורים עולה, כי המדובר בעבירת התנהגות ועל התביעה להוכיח את היסודות הבאים:

**א**. **עשיית המעשה המגונה** – עשיית מעשה שיש בו אלמנט מיני גלוי, ואשר יחשב אוביקטיבית כלא מוסרי או צנוע. הדבר נכון אף לגבי מעשה שלכשעצמו נראה תמים אם לאור ההקשר והנסיבות אינו כזה.

ב[ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל פ"ד ל"ט](http://www.nevo.co.il/case/17941097) (1), 449, 455-458, ניתח כב' השופט לוין את יסודות הנדרש בהרחבה וקבע כדלקמן:

**"חוק העונשין אינו נותן הגדרה למונח מעשה מגונה. נשאלת השאלה, מה הם היסודות, אשר מקנים למעשה את אופיו המגונה. המונח "מגונה" אינו מגדיר פעולה מסוימת אלא מאפיין פעולות מבחינה ערכית, מקנה להן משמעות ערכית על כן אין לפנינו בעבירה זו רשימה סגורה של פעולות או מעשים המהווים את העבירה, אלא הסעיף נותן אמת מידה ערכית, על פיה יש לבחון את הפעולה, אם פעולה נופלת בגדר אמת מידה זו - נעברה העבירה, ואם לאו - אין מתקיימים יסודות העבירה.**

**נשאלת השאלה, מהו תוכנה של אמת מידה זו, מהו אותו מעשה הראוי לגינוי, אשר מהווה את העבירה...**

**... ניתן לקבוע אם כן, לאור מטרת החוק ובהתאם לפסיקה, כי מעשה מגונה הינו מעשה, אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אוביקטיביות של מתבונן מן הצד, של אדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע".**

ב[ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/6232497) (3),168**,** 177,דן גם כב' השופט חשין בהגדרה האמורה וקבע:

**"לסיכום הדברים נאמר כך: היסוד העובדתי בעבירה של עשיית מעשה מגונה הוא מעשה שבנסיבות העניין הוא בעיני האדם הסביר מעשה מגונה, ובלבד שנעשה הוא למטרה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני".**

**ב. בהסכמה שהושגה במרמה**

כשמדובר בעבירת מרמה, נדרשת הוכחה, כי המתלוננת אכן רומתה בפועל. יתרה מכך, יש להוכיח את הקשר הסיבתי בין המרמה לבין ההסכמה של האישה למעשה שבוצע בה, ובמקרה שלנו: על מנת להרשיע את הנאשם בעבירת המעשה המגונה, יש לבחון האם אכן רומתה המתלוננת ע"י הנאשם, שגרם לה להאמין, כי מעשיו דרושים היו לשם העיסוי, ורק משום כך הסכימה לו, שאז רואים הסכמה ככזו שהושגה במרמה, ואיננה הסכמה מרצון חופשי ואמיתי.

**ג**. **היסוד הנפשי** - **כוונה פלילית לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני**.

ב[ע"פ 6255/03](http://www.nevo.co.il/case/6232497) **פלוני נ' מדינת ישראל** הנ"ל, בעמ' 179, נידון בהרחבה גם עניין היסוד הנפשי הנדרש לעבירת המעשה המגונה:

**"מבחינת היסוד הנפשי המתלווה למעשה, מעשה יֵרֵד בדרגה להיותו מעשה מגונה אם נעשה לשם גירוי מיני, לשם סיפוק מיני או לשם ביזוי מיני. מילת המפתח היא המילה "לְשֵׁם", והוראתה: בבחינת היסוד הנפשי שבעבירה מעשה ייחתם בחותם הגנות – יהיה "מעשה מגונה" – רק אם מטרת העושה במעשהו הייתה לגירוי מיני, לסיפוק מיני או לביזוי מיני. מעשה – מעשה באשר הוא – שהאדם הסביר יראה בו מעשה מגונה, בכל-זאת לא יהא "מעשה מגונה" כהגדרת העבירה כיום, אלא אם מתלווה אליו יסוד נפשי של מטרה ספציפית – שהמעשה ייעשה למטרת גירוי מיני, למטרת סיפוק מיני או למטרת ביזוי מיני. היסוד הנפשי יכול שיילמד מעצם המעשה, ואולם גם בנסיבות שבהן בולט האופי המגונה של המעשה, חייבת שתהיה קביעה פוזיטיבית בהכרעת הדין כי עושה המעשה כיוֵון להשיג אחת משלוש המטרות המנויות בחוק"**.

וכן [בע"פ 6299/99 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נה (2) 496](http://www.nevo.co.il/case/5676920)  , 502 מפי כב' השופטת פרוקצ'יה:

**"היסוד הנפשי בעבירה נקשר לדרישה הכלולה בהגדרת "המעשה המגונה" כי הוא ייעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. הוא מבטא דרישה לקיומה של מטרה להשיג את אחת התכליות הנקובות בו. מכאן, שלצורך אחריות פלילית אין די בכך שהמעשה יהיה על פניו פגום מן הבחינה המוסרית אם לא נתלוותה לו מטרה להשיג את אחד היעדים כאמור. ככזו, עבירת המעשה המגונה מחייבת הוכחת קיומה של מטרה כיסוד נפשי בעבירה אולם אין בצדה דרישה להתממשות אותו יעד. די בכך "שהמטרה המייחדת את היסוד הנפשי שבעבירה היתה לנגד עיני העושה בשעת עשיית המעשה"**

**(2) בחינת ענייננו:**

כאמור, נתתי אמון בגרסת שני הצדדים, איש איש ונקודת מבטו. אבחן איפוא את כל אחד מהיסודות המרכיבים את העבירה, היינו עצם המעשה, עמדת המתלוננת וכוונות הנאשם ומודעותו לעמדתה.

א. היסוד העובדתי:

באשר ליסוד העובדתי בעבירה, ברור כי הימצאותו של הנאשם ביחידות עם המתלוננת, כאשר הוא מעסה את גופה העירום לחלוטין, תוך נגיעה כזו או אחרת, באבריה האינטימיים או בסמוך להם, עונים בעל כורחם למושג "מעשה מגונה" בהקשרו העובדתי. מדובר במעשים אשר יש בהם על פניהם אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של אדם הממוצע, ייחשבו ללא מוסריים או לא צנועים. מעשים אלו פוגעים בצנעת גופה של המתלוננת ומביאים בהכרח להשפלתה ולביזוי מיני שלה, מעצם הפלישה לגופה ומהפגיעה בכבודה כאדם וכאישה (ר' לעניין זה גם ע"פ 6299/99 הנ"ל).

לעניין הפרט של הסכמה שהושגה במירמה: כאמור, כשמדובר בעבירת מרמה, נדרשת הוכחה, כי המתלוננת אכן רומתה בפועל. יתרה מכך, יש להוכיח את הקשר הסיבתי בין המרמה לבין ההסכמה של האישה למעשה שבוצע בה, ובמקרה שלנו: על מנת להרשיע את הנאשם בעבירת המעשה המגונה, יש לבחון האם אכן רומתה המתלוננת ע"י הנאשם, שגרם לה להאמין, כי מעשיו דרושים היו לשם העיסוי, ורק משום כך הסכימה לו, שאז רואים הסכמה ככזו שהושגה במרמה, ואיננה הסכמה מרצון חופשי ואמיתי.

משמיעת המתלוננת עצמה, ממילותיה היא, מכנותה, מתיאור הלך מחשבתה ובהתחשב באימון שנתתי בה, לא אוכל בשום פנים לקבוע כי המתלוננת אכן רומתה על ידי הנאשם. מעדותה של המתלוננת עולה, כי מיד שהנאשם החל לעסותה, הבינה שמשהו לא בסדר ולא ידעה איך לצאת מהמצב הזה, תוך שהנאשם בודק עימה כל העת אם הכל בסדר (למשל עמ' 11 ש' 12-15). היא לא שאלה אותו דבר ולא התנגדה או אמרה לו להפסיק לגעת בה משך קרוב ל-50 דקות! המתלוננת מתארת, שהייתה מצויה בעמדת אומללות, חוסר אונים ופחד (עמ' 11 ש' 13-14). עם זאת, לא ייתכן כי רומתה, כאשר היא אומרת בפה מלא, שהרגישה בעצמה שהמצב לא בסדר. הרגשתה כֻּוונה כל הזמן לשאלה איך עליה לצאת מהמצב, לא עקב אלימות או איום מצידו, אלא מתוך הרגשה של בושה: "מה אני אצא בסערה? אני אקח את הבגדים? אני לא? כולם יראו בחוץ" (עמ' 11 ש' 18). יש לזכור שהמתלוננת עברה בחייה מספר מסאג'ים לא מועט והיא בעלת נסיון בנושא וכפי שהעידה על עצמה, אינה תמימה לחשוב אחרת.

בחורה פוחדת ונבוכה, אשר ברור לה שעיסויו של הנאשם אינו ראוי ומתאים, אינה יכולה להיחשב, לדעתי, כמי שרומתה. לא ניתן לדעתי לומר כי הנאשם רימה אותה לחשוב שהדברים נהוגים ומקובלים, שהרי היא בעצמה ידעה והבינה שלא כך הוא הדבר!

יש לזכור עוד כי המתלוננת לא העידה לרגע, כי חשבה שפעולותיו של הנאשם נחוצות לצורך עבודתו, או כי גרם לה להאמין בצדקת מעשיו. תשובתה הכנה והאמיתית הייתה, שאיננה יודעת מדוע לא ביקשה מהנאשם להפסיק, ושחשה תחושה של מבוכה והשפלה (עמ' 17 ש' 27). בנסיבות אלה, לא אוכל לקבוע כי התקיים יסוד העבירה הנוגע להסכמתה שהושגה במרמה. לעניין זה נראה לי כי סביר יותר שהיתה כאן אי הבנה, "קצר בתקשורת", בין תכלית הגעתה ואורח מחשבתה של המתלוננת מחד, לבין התכלית אותה תפס הנאשם, לפי הבנתו הוא מאידך.

די היה לכאורה בכך כדי לזכות את הנאשם מהסעיף שיוחס לו. ואולם לא התקיים לדעתי גם היסוד הנפשי הנדרש לעבירה.

ב. היסוד הנפשי:

גם אם לא היה קיים הספק הנ"ל ביסוד העובדתי הנוגע להסכמתה של המתלוננת, נראה לי כי ודאי קיים ספק בקיומו של היסוד הנפשי הנדרש לביצוע העבירה ולהרשעה בפלילים. כאמור, יסוד מיסודות העבירה הוא תכליתה: לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. לצורך אחריות פלילית אין די בכך שהמעשה יהיה על פניו פגום מן הבחינה המוסרית, אלא שתתלווה לו מטרה להשיג את אחד היעדים הנ"ל. ככזו, עבירת המעשה המגונה מחייבת הוכחת קיומה של מטרה כיסוד נפשי בעבירה. האם הוכיחה התביעה מטרה כאמור? נראה לי שלא. הנאשם חזר והדגיש בעדותו, כי המדובר בעבודתו ולא היה לו כל עניין של גירוי או סיפוק מיני. כך בהודעתו המשטרתית:

**"מה אכפת לי, זה כסף שלו (של הלקוח – י.ש.). אז אני עושה איך שהוא מבקש..."** (עמ' 7 ש' 18).

וכך בחקירתו הנגדית:

"**ש. אני אומר שהיתה לך כוונה מינית עם הגברת ולכן נתת לה כרטיס?**

**ת. לא. זה ביזנס".** (עמ' 31 ש' 19-20).

ובהמשך:

**"... עובדים שם כדי לגייס את קהל הלקוחות ולבנות אותו כדי שבן אדם יהיה שבע רצון ויתן טיפ ואז אתה בעצם נותן את הכל משקיע ועושה כמיטב, ואני גם מדגיש כי העבודה הזו היתה כה חשובה עבורי, כי נורא קשה למצוא מקום עבודה שאתה לא דובר את השפה ולכן לא הופיע לי אף לא במחשבותי לחולל משהו רע, כי זה עלול לגרום לאבדן העבודה...לכן אני לא הבנתי מה הבעיה ומה התרחש** (עמ' 34 ש' 13-18).

בנסיבות אלה נראה לי, שמעשיו של הנאשם בגופה של המתלוננת לא נועדו לסיפוק יצר מין, ומבחינתו לא כוונו להשגת אחת התכליות של גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. עניינם היה ביצוע עבודתו לצורך קבלת שכרו ושביעות רצונה היא. יתרה מכך, העובדה כי מצא לנכון בסיום הטיפול למסור בידי המתלוננת את כרטיס הביקור שלו, יש בה כדי ללמד גם כן על תום ליבו ועל מחשבתו להתבסס בעבודתו. לו לא היה תם לב בעניין, ודאי לא היה נותן בידי המתלוננת את מלוא פרטיו. בנסיבות אלה ברור איפוא, כי לא ניתן לקבוע חד משמעית שנתקיים היסוד הנפשי, שכן שלא הוכחה מטרה מצד הנאשם להשיג את אחת התכליות הנקובות בהגדרת העבירה.

אמנם, לצורך גיבוש היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, די להוכיח כי הייתה לנאשם מודעות בדרגת הסתברות הקרובה לוודאי, כי מעשיו יסבו למתלוננת ביזוי מיני, או שתתלווה לכך כוונה מינית, גם אם לא חפץ בכך כמטרה העומדת לעצמה. האם ניתן לקבוע, בנסיבות שתוארו לעיל, כי לפחות מודעות כזו נתקיימה בו? מדובר מבחינתו בעבודתו, בסוג עיסוי שאין מחלוקת כי מבוצע בעירום מלא, כשהמטופלת הזמינה אותו מראש, היתה אמורה לקבל הסברים לו בקבלה, הסירה את בגד הים שלה על שני חלקיו מרצונה, ולא מעירה ולו פעם אחת במהלך כל הטיפול קרוב ל – 50 דקות, על חוסר נוחותה ממנו, על אי שביעות רצון או על בקשה להפסיקו. נסיבות אלה מלמדות כי לא ניתן לקבוע בהכרח את המסקנה הבלעדית, לפיה גם אם נגע הנאשם באבריה האינטימיים, באופן כזה או אחר, לווה הדבר בכוונה מינית מצידו. תיאור המעשים, הן מצידה של המתלוננת והן מצידו של הנאשם, יכול להתיישב בפירוש גם עם עיסוי מקצועי שאינו מיני, למרות טענתה של המתלוננת, המוצדקת כמובן מבחינת נקודת מבטה. בנסיבות אלה, אינני יכול לקבוע כי נתגבש לגבי הנאשם היסוד הנפשי הנדרש.

קודם סיום ועל רקע שאלות הסניגור בדבר אי הפסקתה את הטיפול מיד בתחילתו, ראיתי לנכון להביא מדברי בית המשפט העליון ב[ע"פ 599/02](http://www.nevo.co.il/case/5712359) **פרי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם), (ואוזכרו ב[ע"פ 7461/05](http://www.nevo.co.il/case/6104378) **ניסים דדוש נ' מדינת ישראל** (מיום 3.4.06 – טרם פורסם) וזאת על מנת להדגיש את ההבנה והאמפטיה שחש אני לתחושותיה של המתלוננת ולתיאורה, בדבר הקפאון שאחז בה ושיתוקה למעשה, בסיטואציה בה היתה מצויה:

**"אכן, יכול שהתנהגותה של מתלוננת בעבירת מין (ואולי גם התנהגותו של מתלונן אחר הנתון במצוקה) תיראה למשקיפים עליה ממרחק של זמן וממרומי יישוב הדעת ושיקול הדעת של המשקיפים, מוזרה, בלתי הגיונית, בלתי נבונה ואולי אף מטופשת. יכול שאנו, היום, כאן, היינו נוהגים אחרת. אולם, אין לשכוח שאדם – אפילו הוא נבון ומיושב מטבעו – עלול להידחף על ידי תחושה של לחץ ומצוקה להתנהגות שאינה מתיישבת, לכאורה, עם תבנית אישיותו. עוד אין לשכוח, כי בבואנו להסיק מסקנות מן ההתנהגות, אין אנו עושים זאת בגדר 'ביקורת התבונה' שבה, אלא בגדר ניסיון לקבוע אם נעברה עבירה. לעניין זה יש לבחון את מכלול הפרטים של ההתנהגות על רקע נסיבות הפרשה כולן, כדי לאתר ולזהות את ההסבר הנכון והאמיתי להתנהגות".**

בנסיבות אלה אין בהתנהגותה של המתלוננת דבר בעיני, כדי לשלול את התחושות שביטאה ואין לי צל של ספק, כי נפגעה וכי אכן ההרגשה שתיארה משקפת את המציאות. עם זאת, הואיל ועוסק אני בקביעת אחריותו או אי אחריותו הפלילית של הנאשם, הרי שמחוייב אני לפעול בהתאם לכללים אלו, ובבחינתם ובבחינת הראיות שהוצגו בפני, קם בעיני ספק בקיום יסודות העבירה ביחוד במישור היסוד הנפשי, היינו האם היתה לנאשם הכוונה הפלילית הנדרשת לגירוי, סיפוק או ביזוי מיני. ספק זה, על פי כללים אלה, פועל כך למותר לציין, לזכות הנאשם.

5129371

54678313

אשר על כן, החלטתי כאמור ברישא הכרעת דיני.

**זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתוך 45 יום מהיום.**

**ניתנה היום כ"ו בניסן, תשס"ו (24 באפריל 2006) במעמד הצדדים.**

יעקב שפסר 54678313-5113/03

|  |
| --- |
| **יעקב שפסר, שופט** |

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה