



## ת"פ 4302/04/22 - מדינת ישראל נגד יצחק גבאי

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 4302-04-22 מדינת ישראל נ' גבאי

לפני כבוד השופט מוחמד חאג' יחיא

בעניין: מדינת ישראל  
ע"י ב"כ עו"ד חני שפירא  
פרקליטות מחוז ים (פלילי)

המאשימה

נגד

יצחק גבאי  
ע"י ב"כ עו"ד דוד ברהום

הנאשם

### הכרעת דין (מותר בפרסום)

(1) הנאשם הועמד לדין בגין ביצוע מעשה מגונה, עבירה לפי סעיף 348(ג) בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), בשתי עבירות.

### האישום והתשובה לו

(2) לפי האישום, במהלך חודש אוגוסט 2020, במשרדי ארגון להב"ה בירושלים, בשעה 18:00 לערך, ביקשה ש' (להלן: "המתלוננת") את עזרתו של הנאשם בשל תקלה במחשב שלה. הוא הגיע למשרד בו ישבה, נעמד מאחורי כיסאה ותוך שהוא מתקן את המחשב, החל לגעת בגבה, בחזה שלה, ברגליה ובין רגליה, וכן נישק אותה במצח ואמר לה שהיא יפה וכי הוא נמשך אליה. המתלוננת אמרה לו שיפסיק את מעשיו. הוא המשיך לגעת בה תוך שהוא שואל אותה אם היא בטוחה בכך. אז היא השיבה לו שוב שיפסיק, והנאשם הפסיק. הוא אמר לה שהוא מתנצל ושהיצר השתלט עליו. כל זאת עשה הנאשם ללא הסכמתה של המתלוננת ולשם גירוי או סיפוק מיני.

(3) עוד לפי האישום, בהמשך אותו ערב, נתקלה המתלוננת בתקלה נוספת במחשב. לכן, היא הלכה למשרדו של הנאשם כדי לבקש את עזרתו. אז, הוא הוביל אותה חזרה למשרדה וביקש ממנה לשבת על הכיסא שלה. בהמשך לכך, הוא נגע בה שוב בגבה, בחזה שלה, ברגליה, בין רגליה ונישק אותה על מצחה. זאת עשה הנאשם

ללא הסכמתה של המתלוננת ולשם גירוי או סיפוק מיני. הנאשם חדל ממעשיו כשהמנקה הגיע לאזור.

(4) לפי המאשימה, במעשיו המתוארים, ביצע הנאשם בשתי הזדמנויות שונות מעשה מגונה במתלוננת, ללא הסכמתה.

(5) ביום 28.6.2022 השיב הנאשם על האישום. לפי תשובתו, המתלוננת הייתה כפופה לו אך היחסים ביניהם היו חבריים וקרובים והוא פיתח כלפיה יחסי חיבה. שניהם דתיים. באותו יום, נוכח מספר קריאות אליו מצד המתלוננת כדי לטפל בתקלות במחשב, תקלות שהיא יכלה לפתור בכוחות עצמה, הוא הבין שהיא רוצה את קרבתו. הוא מאשר, כי באחת הקריאות, הוא ניגש לעמדת העבודה שלה ושם נגע בה קלות ברגל, בידיים, בגב ובפנים, אך לא בחזה ובין הרגליים כפי שנטען באישום. היא לא אמרה דבר. בפעם העוקבת שהיא קראה לו, הוא נגע בה ונישק אותה במצח, וכי אז הוא עצר מיד והתנצל. הנאשם טוען, כי טעה בהבנת העמדה של המתלוננת ולכן לשיטתו, לא בוצעה עבירה.

#### ראיות הצדדים

(6) מטעם המאשימה העידה המתלוננת וכן הוגשו מספר מוצגים מטעמה, מרביתם בהסכמה. אשר לעיקריים שביניהם, אתיחוס בגוף הכרעת הדין.

(7) מטעם ההגנה העיד הנאשם. כמו כן, ההגנה זימנה לעדות מטעמה, עמיתתה דאז של המתלוננת, העדה נ' (להלן: "נ" או "העדה"), ששמעה עוד באותו ערב מפיה, את אשר התרחש עמה במקום העבודה. עוד מטעם ההגנה הוגש עותק של חלופת מסרונים בין המתלוננת לבין הנאשם בתקופה שקדמה לאירוע וזו שלאחריו (נ/1).

#### עיקרי עדות המתלוננת

(8) המתלוננת בת 20 בגילה. כיום היא סטודנטית. היא הייתה קטינה במועד האירוע (בת 17). בתקופה הרלבנטית לאישום, היא עבדה כטלפנית במשרדי ארגון להב"ה ותפקידה היה ליצור קשר עם אנשים כדי לגייס תרומות (להלן: "המשרדים" או "מקום העבודה"). מדובר במשרדים בשתי קומות, כאשר בקומה העליונה יושבת ההנהלה ובזו התחתונה, נמצאות עמדות העבודה של הטלפניות וחדרי העובדים. ביום הרלבנטי, לפני הגעתה לעבודה, נמסר לה כי תגיע עובדת נוספת עמה. עם הגעתה, גילתה שלא כך הדבר. לנאשם יש חדר נפרד סמוך למשרד שלה (להלן: "המשרד" או "עמדת העבודה"). נוכח תקלה במחשב אצלה, היא קראה לו והוא הגיע. בעודו מאחוריה, הוא החל ללטף בידו את צווארה באזור הכתף, וביד השנייה נגע לה בפנים, בחזה, בבטן, בירך, כל זאת מעל בגדיה. כמו כן, הוא נישק אותה במצח. הוא אמר לה גם שהיא יפה וכי הוא נמשך אליה. היא קפאה וביקשה ממנו שיפסיק. אז, הוא שאל אותה אם היא בטוחה בכך, והיא ביקשה שוב שיפסיק. הוא התנצל והלך. מיד לאחר מכן, היא עלתה לקומה העליונה כדי לשוחח עם ע', מנהלת בכירה בארגון (להלן: "ע"). היא לא מצאה אותה ושבה לעמדת העבודה שלה.

(9) מאחר ואירעה תקלה נוספת במחשב, הפעם ניגשה לחדרו של הנאשם על מנת שלא ייווצר מצב דומה לקודם. אבל, הוא ניגש עמה לעמדת העבודה שלה ושם ביקש ממנה לשבת. היא ביקשה ממנו לשבת. בסוף היא ישבה על הכיסא. ושוב, הוא נגע בה באותם המקומות ונישק אותה במצח. כי אז, נשמע קול של עובד ניקיון או ביקשה ממנו שיפסיק, והוא הלך. עם סיום המשמרת היא נסעה לחברתה נ', סיפרה לה את אשר אירע ושתייהן פגשו את ע' אותו ערב. סמוך לאחר האירוע היא שלחה מסרון ל-ע' שבו תיארה את אשר אירע (ת/7) (להלן: "המסרון"). המתלוננת הפסיקה לעבוד באותו מקום עבודה ועברה למעסיק אחר, שגם אצלו שימש הנאשם כמנהל, אך מרחוק. מכאן חילופי המסרונים ביניהם לאחר האירוע, זאת לצד העובדה לפיה, עובדות נוספות דתיות שאין להן יישומון הווצ-אפ, השתמשו במכשיר הטלפון שלה ליצירת קשר עמו.

#### עיקרי עדות הנאשם

(10) הנאשם בן 30. בתקופה הרלבנטית לאישום, הוא היה בין היתר אחראי על הפעלת התקשורת והטלפוניה בארגון. בכלל זה, הוא היה המנהל של המתלוננת. באותו יום, הוא הודיע לה מבעוד מועד, כי לא יהיו עובדות נוספות אֶתה. למרות זאת, היא הגיעה לעבודה. אותו ערב, היא קראה לעזרתו ארבע פעמים עקב תקלות טכניות פשוטות שהיא יכלה לפתור בכוחות עצמה. בפעם הראשונה שהיא קראה לו, הוא ניגש לעמדה שלה. לצורך כך, הוא נזקק להשתמש ב"עכבר" של המחשב, וכי אז הוא הניח את ידו על ידה. היא לא הזיזה את היד ולא אמרה דבר. בפעם השנייה, שוב קראה לו בעניין תקלה פשוטה. הוא הבין, כי היא רוצה בקרבתו. שם, נגע בה בצוואר, בבטן וברגל, וזאת תוך דיון פנימי בתוכו שמא הוא נוהג שלא כהלכה ולא מצליח להשתלט על יצרו. היא לא אמרה דבר. הוא הפסיק מיוזמתו, התנצל ושב לחדרו.

(11) בפעם השלישית שהיא קראה לו, הוא שוב ניגש לעמדה שלה ושם נגע בה באותם המקומות וגם נישק אותה במצח, ורק אז היא ביקשה ממנו שיפסיק. הוא הפסיק מיד, התנצל וגם הביא לה כוס מים. בפעם הרביעית לא היה מגע ביניהם. הנאשם מכחיש, כי נגע לה בחזה. הנאשם תיאר, כי הבין שהיא רוצה בחיזוריו, זאת מעצם אי-הזזת היד בפעם הראשונה, השתיקה שלה ואי-ההתנגדות בפעם השנייה, וגם מעצם ריבוי הקריאות בעניין תקלות טכניות שיכלה לפתור בעצמה ומבלי להיזקק לשירותיו. לשיטתו, בדיעבד, הוא הבין כי פירש את "הסיטואציה" בצורה לא נכונה. מכל מקום, הנאשם ביקש ממנה מחילה וסליחה, עוד באותו ערב, וכן חזר על זאת גם בהמשך, באופן ישיר ובאמצעות ע'. באחד המסרונים ששלחה לו המתלוננת לאחר האירוע, היא הודיעה לו כי מְחלה לו. הנאשם סבור, כי תיאור המתלוננת את ההתרחשויות, נבע מהשפעה של אחרים, וכלשונו: "לגמרי לקחו אותה, שיחקו איתה, כמו בובה" (ש' 8-9, ע' 93).

#### עיקרי עדות העדה

(12) העדה בשנות ה-20 לחייה (ש' 25, ע' 37). בזמנים הרלבנטיים לאישום, היא עבדה עם המתלוננת ב"טלפניה" בארגון ושררו ביניהן יחסי חברות. אז, היא הייתה בעלת ותק כשנה בעבודה. ביום האירוע, עת נכחה בדוכן של הארגון שנמצא מחוץ למשרדים, הגיעה אליה המתלוננת כשהיא נסערת ובוכה. היא סיפרה לה כי הנאשם "נגע בה בנגיעות". כפי שסיפרה לה המתלוננת, בפעם הראשונה, הנאשם נגע בה במרפק ולאחר מכן,

בפעם השנייה, הוא נישק אותה במצח ואמר לה שהיא מריחה טוב. היא לא סיפרה לה שנגע בה בחזה או במקום אינטימי. לאחר מכן, כך שמעה מפי המתלוננת, היא ביקשה ממנו שיפסיק, וכי אז הוא הפסיק, הביא לה כוס מים והתנצל בפניה. העדה והמתלוננת ניגשו מיד ל-ע' שהציעה לאחרונה לגשת למשטרה. ואולם, בשל גיל הקטינות של המתלוננת ומשזו לא רצתה לספר מיידית להוריה, הן לא ניגשו למשטרה. לימים, לאחר שהמתלוננת סברה כי העדה "באה נגדה", היא כעסה עליה והיה "קֶצֶר" ביחסים ביניהן. זמן מה לאחר מכן, היחסים חודשו. העדה אישרה, כי חלק מהדברים שמסרה במשטרה היו הערכות או פרשנות שלה. העדה מכירה את המסרון ששלחה המתלוננת ל-ע'.

#### תמצית סיכומי הצדדים

(13) המאשימה טוענת, כי הוכיחה מעל לכל ספק סביר שהנאשם ביצע את כל המיוחס לו בכתב האישום ולכן יש להרשיעו בדיון. אין מחלוקת באשר לאופן המגע וכיצד הוא בוצע. הנאשם הודה, כי התרחש מגע כפי שתיארה המתלוננת. הוכח במשפט, כי היו נגיעות גם לאחר שהמתלוננת ביקשה מהנאשם כי יפסיק. הנגיעות ואופן התרחשותן, מהווים מעשה מגונה, גם אם לא הייתה אי-הסכמה באופן מילולי. עדות המתלוננת אמינה ושיקפה את החוויה שלה מאותו אירוע. הנאשם לעומת זאת, עדותו התאפיינה בסתירות ובחוסר קוהרנטיות. חיזוק לעדות המתלוננת ניתן למצוא במסרון ששלחה ל-ע'.

(14) הנאשם עותר לזכות אתו מאשמה. הנאשם אינו מכחיש מגע בגופה של המתלוננת, אך חולק על מספר הנגיעות, היכן היו ומתי נאמר לו להפסיק. הנאשם טעה טעות כנה בהבנת מצב הדברים, ככל שהמתלוננת לא הסכימה במגע הראשון. ברגע שהיא נתנה ביטוי חד ומפורש לחוסר הסכמתה, המגע נפסק. התלונה כנגד הנאשם הוגשה לאחר 10 חודשים מהאירוע, כאשר כל שקיים ביחס לתקופה זו, הם המסרון ועדות נ'. המתלוננת העידה שהיא זוכרת היום פחות, וקשה לה לזכור את כל הפרטים. היא מסרה מספר גרסאות לגבי מקומות הנגיעה בגופה, כך למשל: במסרון עם ע' היא מסרה כי היו נגיעות בכתף, אך ל-נ' היא מסרה שהנגיעות היו במרפק. הנאשם סבר שהמתלוננת לא התנגדה לנגיעות אלו. מכל מקום, הנשיקה במצח הייתה בשלב יותר מאוחר וברגע שביקשה ממנו להפסיק, הוא הפסיק לאלתר. לא היו נגיעות במקומות אינטימיים. הנאשם גילה אמפטיה כלפי המתלוננת ועדותו הייתה כנה. מדובר במקרה שקרתה בו "תקלה" וטעויות כאלו יכולות לקרות בין שני אנשים צעירים שהכירו אחד את השנייה.

#### דיון והכרעה

(15) "מעשה מגונה" מוגדר בסעיף 348(ו) בחוק העונשין כ-"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". היסוד העובדתי לעבירה זו נבחן לפי מבחן אובייקטיבי. מבחן זה שואל כיצד בנסיבות העניין היו מתפרשים המעשים והאמירות לאדם סביר שמתבונן מן הצד (ע"פ 2326/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (15.3.2012)); ע"פ 6001/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (12.5.2013); ע"פ 5808/14 פלוני נ' מדינת ישראל (7.10.2015)).

(16) בע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 458, 449 (1985), נקבע שמעשה מגונה הוא מעשה שיש בו על-פניו "אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של אדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע". מדובר בעבירת התנהגות ולא בעבירת תוצאה, במובן זה שדי במטרת העושה בעשותו כן כדי להשיג "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", גם אם אינו מצליח בסופו של יום לבזות את האחר או להביא את עצמו למצב של גירוי או סיפוק מיניים (ע"פ 4125/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (14.9.2021)).

(17) אשר ליסוד הנפשי לעבירה, נדרש כאמור, כי המעשה נעשה במטרה המוגדרת בסעיף כמצוטט לעיל. הוא יכול שיימד מעצם המעשה, ואולם גם בנסיבות שבהן בולט האופי המגונה של המעשה, חייבת שתהיה קביעה פוזיטיבית בהכרעת הדין כי עושה המעשה התכוון להשיג אחת משלוש המטרות המנויות בסעיף (ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 179, 168 (2004); בע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (27.9.2011)). חשוב לציין, כי תכלית ההגנה של עבירה זו פורשת את כנפיה על הגנת הכבוד, הפרטיות והצנעה של הקורבן (עניין פלוני (9603/09) לעיל, פסקה 14; ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2), 496 507 (2001)).

#### מן הכלל אל הפרט

(18) במועד הרלבנטי לאישום המתלוננת הייתה קטינה. אין מחלוקת, כי בעבודתה, היא הייתה כפופה לנאשם. אין מחלוקת גם, כי באותו ערב היו נגיעות מצדו בגוף המתלוננת, מעל בגדיה, בשתי הזדמנויות לפחות. עוד אין מחלוקת, כי בשלב מסוים היא ביקשה ממנו שיפסיק, והוא הגיב בכך שהתנצל על כך באותו מעמד וגם לאחר מכן. זאת ועוד. למעשה, כעולה ממכלול התמונה הראייתית, אין מחלוקת כי בשום שלב בהתרחשויות אותו ערב, הנאשם לא שאל את המתלוננת מראש אם היא מסכימה שייגע בגופה.

(19) המחלוקות המרכזיות: מה מספר הפעמים שבהם קראה המתלוננת לסיוע הנאשם?; האם הנאשם נגע בחזה שלה וגם בין רגליה?; באיזה שלב היא ביקשה ממנו כי יפסיק?; האם הנאשם טעה בהבנת מצב הדברים?; וכאמור - האם הנאשם ביצע מעשה מגונה.

(20) המתלוננת העידה, כי קראה לנאשם פעמיים ובשתיהן הוא נגע בגופה במספר מקומות, בעוד האחרון טוען, כי היו ארבע קריאות והנגיעות בה היו בשלוש הפעמים הראשונות. בנושא זה, לא מצאתי מחלוקת של ממש. אנמק.

(21) מיקוד הדיון יהיה בקריאות שבהן התרחש מגע גופני. המתלוננת העידה לפניי למשך כשעה וחצי, בעדות רגועה וברורה. העדה תיארה את ההתרחשויות - ולעתים הדגימה - בצורה פשוטה ונהירה. מכלול עדותה, הותר רשם מהימן. יותר מזה, להתרשמותי מעדותה, היא אף הצניעה את מספר מקרי המגע מכפי שתיאר הנאשם.

(22) לפי הנאשם, בפעם הראשונה שהיא קראה לו, הוא נגע בידה שהייתה מונחת על העכבר של המחשב. הנגיעה (שוב) ביד, וגם ביתר חלקי הגוף הייתה בפעם השנייה שהיא קראה לו. בפעם השלישית, לשיטתו, היו נגיעות דומות ונשיקה במצח. רק אז, היא ביקשה ממנו לחדול, כך לטענתו.

(23) לא מצאתי כי מדובר בסתירה של ממש או בפער שמכרסם במהימנות גרסתה של המתלוננת. שכן, להתרשמותי, נראה כי היא מיקדה את התיאור שלה רק ביחס לאירועים שבהם היא חוותה, פיזית ורגשית, פגיעה בגופה. במה הדברים אמורים? במסרון ששלחה ל-ע' באותו ערב או מספר ימים לאחר מכן (ש' 28, ע' 26), היא כתבה לה כי לפני אירועי הנגיעות: "קראתי לו כי היה לי בעיה במחשב, הוא טיפל בזה וזרק לפני שהלך [..]. שם המתלוננת]. יש לך ריח טוב!". אמרתי תודה באדישות והתעלמתי". ללמדך, שהמתלוננת לא ייחסה כל חשיבות לקריאה הראשונה, אשר לשיטת הנאשם במהלכה הוא הניח את ידו על ידה.

(24) מכאן, נקבע בזאת כי האירועים המרכזיים שבבסיס האשמה הם שניים. הראשון והשני לפי המתלוננת, והשני והשלישי לפי הנאשם. בשני אירועים אלה, אין מחלוקת שהוא נגע בגופה במספר מקומות. לנוחיות הדיון, ייקראו להלן: "הפעם הראשונה" ו-"הפעם השנייה". מכאן לשאלה בדבר מקומות הנגיעה בכל אחת מן הפעמים האמורות.

(25) לפי עדות המתלוננת (ע' 13-15), בפעם הראשונה, הוא נגע בה "בצוואר" ליד הכתף או הגב (ש' 31, ע' 13; ש' 26, ע' 20), "בפנים" (ש' 10-18, ע' 15), "בחזה" בחלק הקדמי (ש' 7-10, ע' 15), "ברגליים" (בירך, בחלק העליון - ש' 23-24, ע' 15), "בבטן" (ש' 18, ע' 15), כל זאת מעל הבגדים (ש' 1-2, ע' 14). כמו כן, הוא נישק אותה במצח (ש' 10, ע' 15). כאשר ביקשה ממנו שיפסיק, הוא שאל אם היא בטוחה בכך (ש' 32-33, ע' 15) אך המשיך לגעת בה (ש' 3, ע' 16). הנגיעות נמשכו "כמו דקה? שתיים?" (ש' 11, ע' 16) תוך שהוא מתאר בפניה שהוא "נמשך" אליה ושהיא יפה (ש' 1-2, ע' 14). לבקשתה כי יפסיק, הוא הפסיק, התנצל ואמר "שהיצר השתלט עליו" (ש' 24, ע' 13).

(26) בפעם השנייה, אין מחלוקת, כי המתלוננת לא קראה לנאשם אלא היא ניגשה לחדרו. אין מחלוקת גם, כי שניהם שבו לעמדה שלה ושם היא התיישבה על הכיסא שלה כשהוא נכנס לצד הימני בתוך העמדה (ראו עדותה: ש' 24, ע' 17; עדות הנאשם: ש' 15-17, ע' 74). גם במעמד זה, אין מחלוקת שהוא נגע בגופה. המתלוננת מתארת כי נגע בה באותם המקומות וגם נישק אותה כמו בפעם הראשונה (ש' 11, ע' 14; ש' 15-19, ע' 17).

(27) הנאשם מכחיש, כי נגע בחזה של המתלוננת בשום שלב. עוד הוא מכחיש, כי נישק את המצח שלה בפעם הראשונה, וכן כאמור, הוא מכחיש כי ביקשה ממנו באותו מעמד (בפעם הראשונה) כי יחדל מהנגיעות ובקשה כזו באה רק בסוף. הנאשם תיאר כי התחיל "ללטף" אותה "בצוואר לכיוון הגב כזה ככה, קצת על הכתף, מלטף לה את היד שמה..." (ש' 18-33, ע' 72).

(28) לאחר ששמעתי את עדות המתלוננת מזה ואת עדות הנאשם מזה, לא מצאתי לפקפק באמינות גרסת

המתלוננת. כאמור, עדותה הותירה רושם אמין, זאת לעומת קשיים בעדות הנאשם. התרשמותי מבוססת על מספר נדבכים:

(29) התרשמות ישירה מהעדויות: כאמור, העדה העידה לפני בצורה רגועה וברורה. היא השיבה על שאלות התובעת והסניגור בצורה ישירה ופשוטה, לעתים במבוכה. לא התרשמתי, כי בתשובותיה נעשה ניסיון על-ידה להתחכם, לחמוק ממתן תשובות או להתעמת עם השואל. אדרבא, היא השיבה באופן ענייני וישיר על כל השאלות שהועלו, גם הקשות מבניהן, בצורה עקבית וקוהרנטית.

(30) לעומת זאת, בעדות הנאשם, למצער בתחילתה, התרשמתי שהוא מנסה להצניע במידת מה את פירוט העובדות לעומקן תוך הרחבה או הדגשת השיח בסוגיית הקונפליקט הפנימי וקשיי המצפון והמוסר שהיו לו. רק בהמשך, בחקירתו הנגדית בפרט, הוא העמיק בתיאור העובדות. זאת ועוד. למרות שאישר, כי תיאור המתלוננת הוא הקרוב למה שהיה בפועל, בהמשך הוא נסוג מכך עת ציין כי אנשים אחרים השפיעו עליה.

(31) העדר הגזמה בתיאורים: המתלוננת לא הפריזה בתיאורים ונראה, כי תיארה רק את אשר חוותה ונצרב בזיכרונה מעצם החוויה. בין השאר, בהקשר זה, לא התרשמתי שהיא הפריזה או האדירה בדבריה, הן לעניין תיאור מעשי הנאשם, הן לעניין נסיבות האירוע. נתון זה מחזק את מהימנות גרסתה. כך למשל לעניין מעשי הנאשם, בעוד בכתב האישום נטען שהוא נגע בה בין הרגליים, היא שללה זאת בעדותה ותיארה: "שעל הרגליים מהלמעלה, בין הרגליים, הוא לא, הוא לא נכנס לי בין הרגליים" (ש' 30, ע' 20). היא תיארה עוד בחקירתה הראשית שהנגיעות היו מעל הבגדים (ש' 1, ע' 14).

(32) עוד בנדון. כאשר נשאלה מה עובר עליה מאז האירוע, היא השיבה, כי זה "לא מנהל אותי ביום-יום, אבל כן, יש דברים שאני לא, שזה כן פוגש אותי" (ש' 23-24, ע' 32). היא תיארה שנושא זה צף במיוחד בתחום התעסוקה, באופן זה שמאז האירוע, היא אינה עובדת ביחידות עם גבר (ע' 32).

(33) בחקירתה הראשית היא הזכירה פרט לפיו, לאחר הפעם הראשונה היא עלתה לקומה העליונה כדי לחפש את ע'. כאשר נשאלה בחקירה הנגדית היכן הזכירה פרט זה בהודעתה במשטרה, היא השיבה מיידית: "לא אמרתי את זה לדעתי" (ש' 4, ע' 52). תשובה זו של העדה היה בה, מטבע הדברים, פוטנציאל מסוים לכרסם במהימנות עדותה. ברם, הסתבר כי הפרט האמור אכן צוין על-ידה בהודעתה במשטרה מיום 9.6.2021 (ש' 8-9 ב-ת/10).

(34) במקומות אחרים בחקירתה הנגדית, עת עומתה עם העובדה לפיה במסרון ששלחה ל-ע' סמוך לאחר האירוע (ת/7), אין זכר לנגיעה בחזה, היא אישרה זאת ואף הוסיפה מיוזמתה כי לא הזכירה גם את הנגיעה בבטן (ש' 12-13, ע' 40). היא הוסיפה גם, שהיא זוכרת מה שסיפרה במשטרה (ש' 16-17, ע' 39; ש' 30, ע' 40; ש' 29, ע' 47), וכי גם שם לא סיפרה את הכל (ש' 1, ע' 55).

- (35) המתלוננת תיארה כי יחסי העבודה מול הנאשם היו "טובים" (ש' 1, ע' 51).
- (36) תשובות המתלוננת היו עקביות וקוהרנטיות, ולא נראה כי חששה מעימות מול טענות שיש בהן לכרסם לכאורה במהימנות עדותה.
- (37) תגובה טבעית לאירוע: על תחושותיה באותם רגעים שבהם נגע הנאשם בגופה, היא תיארה בעדותה לפניי, במספר הזדמנויות: "אני שותקת" (ש' 30, ע' 15); "אני לא הבנתי את הסיטואציה, לא קלטתי בכלל שזה מה שהיה, רק אחר כך, אחרי כמה שעות אני מבינה" (ש' 23-24, ע' 16); "הייתי בשוק" (ש' 26, ע' 16); "יכול להיות שפחדתי, נרתעתי, פחדתי, לא יודעת" (ש' 8, ע' 19); "הייתי בהלם" (ש' 14, ע' 19); "אני גם לא יודעת איך לא עזבתי. זה רגע של קיפאון, אני לא יודעת, עדיין לא קלטתי מה קרה" (ש' 1-21, ע' 28). התרשמתי מאותנטיות תיאור המתלוננת וטבעיות תגובתה, שעולה בקנה אחד עם חומרת המצב שנוצרה באותן הנסיבות.
- (38) חיזוק לאמור נמצא גם בעדות נ' במשפט לפיה, עת פגשה אותה המתלוננת באותו ערב, היא הייתה "נסערת ובוכה" (ש' 24, ע' 14), ואף ביקשה ממנה לשוחח עמה בצד (ש' 1-8, ע' 37). על חומרת הסיטואציה, ניתן ללמוד גם מהתגובה המיידית של נ' שאמרה לה "בואי נלך עכשיו לע'..." (ש' 7, ע' 37) וגם מתגובתה המיידית של ע' - כפי שתיארה נ' - לפיה, "וע'... אמרה לה בואי עכשיו למטרה", ובהמשך אמרה לה "...אז בואי תכתבי לי עכשיו, מילה במילה כל מה שקרה, כי אני לא רוצה שהגרסאות ישתנו" (ש' 14-19, ע' 19) (ההדגשות בקו תחתון אינן במקור).
- (39) אם לא די בכך בהקשר זה, נ' העידה, כי לימים כשהמתלוננת סברה שהעדה אינה בעדה, היחסים ביניהן עלו על שרטון עד כדי כך שהיא כעסה עליה "מאוד" (ש' 6, ע' 17) וגם "חסמה" אותה בטלפון (ש' 1-2, ע' 21). ללמדך, כי דובר באירוע עוצמתי בחיי המתלוננת.
- (40) לאחר האירוע: עקב הפגיעה בה, העידה המתלוננת, כי נזקקה לטיפול נפשי (ש' 8, ע' 33). כיום, לדבריה: "אני מפחדת לעבוד כאילו עם גברים 1 על 1, אני כן מפחד לעבוד במקום סגור" (ש' 27-28, ע' 32). גם כאן, יש באמור כדי לחזק את מהימנות התגובה הטבעית לחוויה הקשה שעברה המתלוננת. כעולה מדבריה היא נישאה. כך, חייה לא נעצרו (ש' 30, ע' 33) ויש לשבח אותה על כך. לצד זאת, התרשמתי כי נותרה אצלה צלקת רגשית שמלווה אותה כאמור, במיוחד בנושא העבודה ביחידות עם גבר.
- (41) אשר לטענת הנאשם לפיה, היא מְחֵלָה לו בהמשך. כעולה מהמסרונים שהוצגו על-ידו (נ/1), אכן כך. אף המתלוננת אישרה בדיון לפניי, כי "סלחה" לו (ש' 8-9, ע' 51) והתקדמה בחיים, אך באותה נשימה, היא ציינה "אני מרגישה שהוא צריך לשלם על זה איכשהו, בכלל זה גם הגשתי תלונה, בגלל זה גם הלכתי לטיפול" (ש' 11-12, ע' 51). עוד עולה מהמסרונים שהוחלפו ביניהם לאחר האירוע, כי היה חשוב לה שלא תיפגענה נשים נוספות על-ידו.



כעולה ממוצג ת/9, המתלוננת כתבה לנאשם ביום 31.8.2020 שהיא פגועה ממנו "ממש" ואינה מצליחה לסלוח לו "בלב שלם". בתשובה לכך, הביע הנאשם שוב את התנצלותו. ביום 6.9.2020 היא כתבה לו, בין היתר: "כדי לסלוח לך באמת באמת בלב שלם אני צריכה ורוצה לדעת שזה לא יקרה שוב, לא לי ולא לבנות אחרות..". התרשמתי מכנות הדברים של המתלוננת שיש בהם להצביע על כך שתיאוריה לא נועדו לפגוע בנאשם כהוא זה לשם הפללתו, אלא כדי לא יישנו דברים כאלה בעתיד.

(42) אם לא די בכל הנדבכים שעמדתי עליהם לעיל, בעדותו לפניי, ולאחר ששב ופירט הנאשם באילו מקומות נגע בגוף המתלוננת בשתי הפעמים (ע' 84-86), הוא לא שלל בחקירתו הנגדית את האפשרות כי נגע לה בצלעות, לדבריו: "יכול להיות שנגעתי לה בצלעות, גם את יודעת, בליטוף..". (ש' 20, ע' 90). חשוב מכך, הוא לא שלל את האפשרות לפיה, הזיכרון של המתלוננת טוב משלו, וכדבריו: "אני לא יודע אם זוכרת יכול להיות שהיא זוכרת באמת יותר טוב ממני, אני לא יודע..". (ש' 26-27, ע' 90) ואף נימק זאת כלהלן: "אני יודע, אני חושב שבן-אדם שמקבל מכה, יודע איפה הוא קיבל את המכה והבן אדם שהביא את המכה, לא בטוח זוכר לא הוא הביא את המכה" (ש' 29-30, ע' 90). בהמשך, כאשר נשאל: "זה נכון מה שהיא תיארה?", הוא השיב: "זה נשמע תואם את הסיטואציה. כן." (ש' 27-28, ע' 91).

(43) לעומת עקביות גרסת המתלוננת והרושם החיובי שהותירה, הכחשות הנאשם בנוגע לנגיעות בחזה ולעניין בקשתה בפעם הראשונה כי יפסיק, לא הותירו רושם אמין. כפי שהפנתה לכך המאשימה בסיכומיה, בדף שמרכז את השינויים בגרסאות הנאשם (מא/1 מיום 25.6.2023), קיימים פערים בגרסאותיו כפי שנמסרו במספר הזדמנויות. בין היתר ובעיקר, בניגוד להכחשתו בחקירה הראשית לפיה, לא נגע בחזה המתלוננת, מסתבר כי עוד בחקירתו במשטרה מיום 15.6.2021, הוא אישר כי נגע "בצלעות" שלה (ש' 115 ב-ת/1). בעוד בדיון לפניי העיד, כי המתלוננת הושפעה מאחרים והייתה כמו "בובה" בידיהם, בחקירתו במשטרה, עת נשאל אם שיקרה או הקצינה בתיאור הדברים, הוא השיב בשלילה והוסיף: "עד עכשיו היא לא הקצינה או אמרה דברים לא נכונים בסוף אם היא הייתה רוצה להתנקם בי היא הייתה מספר סיפור אחר" (ש' 119-121). אזכיר בהקשר זה, כי מערכת היחסים ביניהם הייתה טובה (עדות המתלוננת: ש' 24-25, ע' 35; עדות הנאשם: ש' 4-5, ע' 93), כך שלא נראה כל מניע סביר ואפשרי, שיכול להסביר מדוע היא תעליל עליו סיפור חמור.

(44) צָבַר הנדבכים האמורים, מביא אותי למסקנה לפיה, יש לאמץ את תיאור המתלוננת בעדותה לפניי ולפיהם, בשתי הפעמים, הוא נגע בה בצוואר (סמוך לכתף), בחזה, בחלק העליון של הרגליים וגם נישק אותה במצח.

(45) בית המשפט ער להבדלים הקיימים בין עדות נ' מזה, במסרון מזה, זאת אל מול עדות המתלוננת מזה, ביחס למקום הנגיעות. כפי שעמדה על כך ההגנה, נ' שמעה מהמתלוננת כי הנאשם נגע בה במרפק בלבד ובהמשך נישק אותה במצח. במסרון שכתבה המתלוננת ל-ע' אין זכר לנגיעות בחזה ובבטן. למרות זאת, לא מצאתי באמור סתירות מהותיות שמכרסמות במהימנות גרסת המתלוננת.

(46) ראשית: ביחס לעדות נ', מהתרשמתי מעדותה ביחס לדברים ששמעה מפי המתלוננת באותו ערב של האירוע, לא ניתן ליתן משקל מכריע שכן הסתבר כי לחלק מהדברים שמסרה במשטרה היא העניקה פרשנות

משלה. מכל מקום, נזכיר, גם לשיטת הנאשם עצמו, הוא נגע בגוף המתלוננת מעבר למרפק ונשיקה במצח. לעומת זאת, בעיניי, יש ליתן משקל רב להתרשמות הישירה של העדה, כפי שראתה בעיניה, את מצב המתלוננת עת פגשה אותה; "היא הגיעה אלי" נסערת ובוכה".

(47) שנית: ביחס למסרון. אכן, הוא אינו מזכיר נגיעות בחזה או בבטן, אלא "ברגל, בידיים, בגב, בפנים" וגם "מנשק אותי במצח". כעולה מהעדויות, מסרון זה נרשם ממש סמוך לאחר האירוע. העדה נ' הסבירה את הפער בין תיאורי המתלוננת במסרון לבין אלה ששמעה ממנה, בכך שהיא כתבה אותו ביישוב הדעת וכי "היא נזכרה בעוד" (ש' 16-19, ע' 26).

(48) שלישית: לדידי, ומהתרשמותי ממכלול חומר הראיות, אין באמור משום סתירות מהותיות שפוגעות במהימנות הכוללת של גרעין גרסתה של המתלוננת. נזכיר, מדובר בנפגעת עבירת מין, שהייתה קטינה במועד האירוע, והיא חוותה קיפאון ופחד ממעשי הנאשם במקום עבודתה, שעה ששניהם נכחו תחת אותה קורת גג ביחידות, במקום שאמור להיות מרחב בטוח עבורה.

בע"פ 8886/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (15.3.2016), נקבע כלהלן:

"יש להזכיר, בהתייחס לסתירות ולאי דיוקים בעדותו של קורבן לעבירת מין, כי לאור ההשלכות הייחודיות שיש לעבירות אלה על קורבנות העבירה, הרי שבניגוד למקרים אחרים, אין לצפות כי קורבן העבירה יוכל לספק תמיד גרסה שלמה, עקבית, קוהרנטית, וחסרת סתירות ואי דיוקים, לגבי נסיבות ביצוע העבירה... לפיכך, נקבע לא אחת כי על בית המשפט לבחון את גרסת קורבן עבירת המין בכללותה, תוך ניסיון לאתר את "גרעין האמת" שבה, ולעיתים אף את "הגרעין הקשה" של הגרסה."

בע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 84 (20.10.2010), נקבע כלהלן:

"במצב הדברים הרגיל, בית המשפט "מדקדק" בסתירות ובאי דיוקים בדברי העדים שהופיעו בפניו, וידועה האמירה ש"אלוקים נמצא בפרטים הקטנים". אך בעבירות מין הגישה היא שונה, בית המשפט לא מצפה מהקורבנות להיות "מכשיר דיוק אוטומטי"... ופעמים רבות אנו מוצאים בפסיקה אמירות בנוסח "קיומם של אי התאמות, אי דיוקים וסתירות מסוימות בעדות המתלוננת, הם חזון נפרץ בעדותם של עדים וקורבנות עבירה, ובמיוחד עבירות מין"... בתי המשפט הכירו בכך שעדותם של קורבנות עבירות מין מתאפיינת בכך "שהדברים מתערבבים זה בזה, קיים חוסר בהירות בשאלה מה קדם למה, מה בדיוק נאמר בשלב זה או אחר על ידי מי מן הצדדים וכיוצא בכך"

(49) על-יסוד כל הנדבכים לעיל, אף הגעתי לכלל מסקנה לפיה, הוכחה מעל לכל ספק סביר, טענת המאשימה - שמבוססת על תיאור המתלוננת - בדבר בקשת האחרונה מהנאשם לחדול ממעשיו עוד בפעם הראשונה, וחרף זה הוא שב לסורו.

(50) ראשית: עדות המתלוננת הייתה ברורה בנדון. לפיה, כבר בפעם הראשונה שבה נגע בחלקים שונים בגופה ונישק אותה במצחה, היא ביקשה ממנו להפסיק, וכי אז הוא שאל אותה אם היא בטוחה בכך (ש' 16-21, ע' 51; ש' 16, ע' 55; ש' 18, ע' 57). גרסתו לפיה רק בפעם השנייה (קרי בסוף) היא עשתה כן, אינה סבירה ולא משכנעת. שכן, גם אליבא דה-שיטתו, בפעם הראשונה הוא עצר מיוזמתו את הנגיעות והתנצל (ש' 29-33, ע' 72). הנאשם נימק זאת ב"קונפליקט" פנימי ומצפוני. ברם, ישאל השואל, מדוע כי יתנצל שעה שלפי תיאורו, המתלוננת נותרה שותקת וללא כל תגובה מצדה, ואף זאת גם לאחר המגע הראשוני עת הניח את ידו על-ידיה עוד בקריאה הקודמת. למעשה, נתהה, מדוע אם כך לא התנצל גם עקב המגע האמור.

(51) יוצא אפוא, כי גרסת הנאשם דווקא, מחזקת את עדות המתלוננת מזווית זו. לפי גרסתו כאמור, הוא נגע במתלוננת בשלוש הזדמנויות. בשתיים מהן הוא התנצל אחרי המגע. מדובר כאמור באותן שתי סיטואציות שתיארה המתלוננת. ההלימה המלאה בין שתי ההתנצלויות לבין שתי הסיטואציות אשר תיארה המתלוננת, יש בה להסביר, כי ההתנצלויות באו עקב דרישת האחרונה להפסיק, ואיך זיל גמור.

(52) שנית: עדות המתלוננת בנדון היא עקבית. עוד בתיאור האירועים כפי שכתבה במסרון, עולה כי בשתי הפעמים היא ביקשה ממנו לחדול. נתון זה ציינה גם בהודעתה במשטרה מיום 9.6.2021 (ת/10), בעימות שנערך בינה לבין הנאשם ביום 20.2.2022 (ת/2) ובעדותה בבית המשפט.

(53) אמנם בעדותה לפני, בהתחלה, היא הייתה החלטית בכך שהיא ביקשה ממנו להפסיק בשתי הפעמים כאמור, אך נראה בהמשך העדות, שהיא הייתה מסויגת לגבי נתון זה ביחס לפעם השנייה, עת תיארה: "אני לא יודעת בוודאות למה הוא הפסיק", כאשר כוונתה - כפי שניתן היה להבין - האם חדל מכך בגלל דרישה שלה או למשמע עובד הניקיון שהתקרב (ש' 14-18, ע' 21). מכל מקום, הנאשם אישר כאמור, כי בפעם השנייה היא ביקשה ממנו להפסיק, כדבריו: "היא אמרה די די מספיק" (ש' 14, ע' 75).

(54) בעדותה לפני עומתה המתלוננת עם תשובות שלה בהודעה השנייה שמסרה במשטרה (מיום 2.12.2021 - ת/11) מהן עולה לכאורה, כי בפעם הראשונה לא אמרה לנאשם דבר ורק בפעם השנייה ביקשה כי יפסיק (ש' 14-12 ו-ש' 35-36 בהודעה). בתשובתה לעניין זה, הסבירה המתלוננת כי כוונתה הייתה לנגיעות בסיטואציה של הפעם הראשונה (ש' 21-22, ע' 44). לעניין סיטואציה זו, כפי שתיארה קודם לכן בעדותה, הוא החל לגעת בצוואר ובידה שעל העכבר, ובשלב זה היא טרם אמרה לו דבר (ש' 6-32, ע' 42). הוא המשיך לגעת במקומות נוספים ונישק אותה, ואז ביקשה ממנו שיפסיק (ש' 1-22, ע' 43). במקום קודם בעדותה, היא אף חילקה את הנגיעות בפעם הראשונה, לנגיעות ראשונות ושניות (ש' 2-7, ע' 31). לא מצאתי לפקפק בהסבר זה של המתלוננת, מאחר ולא דובר בנגיעה בודדת אלא באירוע מתגלגל של נגיעות בכל פעם.

(55) שלישית: אין מחלוקת, כי בפעם השנייה שהיא נזקקה לעזרתו, היא זו שניגשה לחדרו ולא קראה לו לגשת לעמדתה כמו הפעם או הפעמים הקודמות. המתלוננת תיארה, כי היא עשתה כן מאחר ורצתה למנוע את הנגיעות שוב, ואולי כדי שיפתור את התקלה מהמחשב שלו (ש' 30-32, ע' 18; ש' 7, ע' 34). יש בהתנהגות חריגה זו של המתלוננת, כדי לחזק את המסקנה לפיה, עוד בפעם הראשונה היא לא קיבלה בשוויון נפש (בלשון

המעטה) את התנהגותו ונראה כי פחדה ממש שמא המעשה יישנה. מכאן, מתחייבת גם המסקנה לפיה, כבר בפעם זו היא ביקשה ממנו להפסיק.

(56) לאור האמור, מצאתי ליתן אמון בגרסת המתלוננת גם לעניין פרט עובדתי זה. על כן, נקבע בזאת כממצא, כי עוד בפעם הראשונה לפחות, ביקשה המתלוננת מהנאשם כי יחדול ממעשיו, וחרף זאת הוא נגע בה שוב בפעם השנייה בניגוד לרצונה.

(57) מכל מקום, גם אם שגיתי במסקנתי לעיל והיה מקום לאמץ את גרסת הנאשם לפיה הבקשה שלה הייתה רק בפעם השנייה, אינני סבור כי יש באמור כדי לשנות מהמסקנה לפיה הוא ביצע מעשה מגונה בשתי הזדמנויות. אין מחלוקת, כי בשום שלב לפני הנגיעות בשתי הזדמנויות, הוא לא ביקש ממנה את רשותה לכך. הנאשם שמצביע בעדותו לפניי על קיומם של "סימנים" לפיהם היא רצתה להיות בקרבתו, משום מה, הוא מתעלם משלושה נתונים בוחקים: הראשון - המתלוננת כפופה לו בעבודה; השני - המתלוננת לא הביעה כל הסכמה מפורשת לגעת בגופה; השלישי - המתלוננת הייתה קטינה וקיים פער גילאים ביניהם של כ-10 שנים. בנושא אחרון זה, גם אם הייתי מקבל את גרסת הנאשם בעדותו לפיה, הוא ידע אז שהיא בת 18 (ש' 13-16, ע' 99), לדידי גם במצב דברים זה, מדובר בבחורה צעירה מאוד ועל גבול הקטינות. נתון שמהווה נורה בזהירות.

(58) מכאן, גם בהנחה שהמתלוננת לא אמרה לו כי יחדל ממעשיו בפעם הראשונה (ואינני קובע כך), אין זה גורע מחומרת המעשה, ולבטח אין בזאת "הכשר" בדיעבד למעשה שכבר נעשה או שמא "היתר" למעשה דומה עתידי.

(59) כאשר נשאל הנאשם בחקירתו הנגדית: "...אם אתה נוגע למישהי ביד ובצוואר ובכתף והיא לא אומרת כלום, זה בסדר? זה אומר שהיא מסכימה?", הוא השיב: "נראה לי, לא? תגידי לי את" (ש' 1-3, ע' 100). יש לדחות גישה זו של הנאשם.

(60) חשוב לחזור ולחדד, אין נוגעים בגופו של אדם ללא הסכמתו המפורשת והחופשית, זולת אם קיימת סמכות מפורשת בדין לעשות כן בהעדר הסכמה. בנסיבות כבמקרה שלפנינו, שתיקה או התנהגות פסיבית של הקורבן, אינן יכולות להתפרש בהכרח כהסכמה. בע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (13.8.2012), נפסק, כהאי לישנא:

"לצורך התגבשותה של עבירת המעשה המגונה בנסיבות סעיף 345(א)(1), על המעשה להתקיים "שלא בהסכמתה החופשית" של קורבן העבירה. המבחן איננו שלילי - "אי התנגדות", אלא חיובי - "הסכמה חופשית". מכאן, נקבע בפסיקת בית משפט זה כי שתיקה או התנהגות פסיבית אינן יכולות להתפרש בהכרח כהסכמה וכי יסוד אי-ההסכמה יכול להתגבש גם כאשר לא קיים לגבי ביטוי אקטיבי: "בקשת שלמה של מקרים ונסיבות לא נדרש כלל מהאישה להביא לידי ביטוי חיכוני פעיל את אי הסכמתה לקיומם של יחסי מין. התנהגותה של אישה במצבים אלו זכתה בפסיקה לכינויים מכינויים שונים - "פסיביות", "שיתוק-של-הלם", "נאלם קולה", התנגדות "שבלבן פנימה", "הסכמה שבשתיקה" או "כניעה" ו- "השלמה" (ע"פ 2606/04 בנבידה נ' מדינת ישראל, פסקה

27 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (26.4.2006)). בענייננו, לא הביעה המתלוננת התנגדות אקטיבית לאור חששה מתגובת המערער. אולם, מעדותה עולה כי לא שיתפה פעולה עם המערער ואף ניסתה להביע התנגדות, ולו רפה, ודי בכך בנסיבות העניין כדי להוכיח את אי-הסכמתה למעשיו.

(61) אשר לטענת ההגנה בדבר תחולת הסייג של טעות במצב הדברים, לאחר ששמעתי את עדויות העדים כאמור ובחינת מכלול חומר הראיות, לא מצאתי לקבל טענה זו.

(62) לפי סעיף 34(א) בחוק העונשין:

"העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו"

(63) בע"פ 4795/13 בזזינסקי נ' מדינת ישראל (20.1.2014), פסקאות 49-50 בחוות דעתה של כבוד השופטת ד' ברק-ארז, נקבע כלהלן:

"הרעיון העומד בבסיסה של הגנה זו הוא שברגיל אין הצדקה להטיל אחריות פלילית מלאה על גורם הטועה בהבנת המציאות העובדתית, מאחר שבנסיבות אלה הפועל אינו מסוגל לבחור בחירה חופשית הנוטעה במציאות העובדתית בין ביצועה של העבירה לבין הימנעות מביצועה... אכן, ההכרה בסייג זה איננה מותנית בהיותה של הטעות "כנה וסבירה" אלא בכנות הטעות בלבד, בעוד שהדרישה בדבר סבירות הטעות מתייחסת אך לעבירות רשלנות... עם זאת, בהיבט הראייתי, נקבע כי סבירות הטעות יכולה לשמש כאמת מידה לבחינת אמינותה של גרסת הנאשם לגבי טעותו..."

(64) בע"פ 2553/15 קבלאן האדי נ' מדינת ישראל (1.8.2016), פסקה 3 בחוות דעתו של כבוד השופט נ' הנדל, נקבע כלהלן:

"הגנה זו מבוססת על עקרון בסיסי במשפט הפלילי ולפיו אין להטיל אחריות עונשית ללא קיומו של יסוד נפשי. כשם שהיסוד העובדתי הוא תנאי בל יעבור לקביעת האחריות בפלילים כך גם היסוד הנפשי. בשל כך, מעניק המחוקק משקל ממשי ומכריע לנקודת מבטו הסובייקטיבית של מבצע העבירה וקובע כי במידה ואכן מוכח כי הוא טעה במצב הדברים וכי הוא דימה מציאות שונה מזו הריאלית, יש לבחון את אחריותו הפלילית כאילו הוא ביצע את העבירה בתנאים אותם הוא דימה בשעת המעשה. במילים אחרות: לצורך המשפט הפלילי, נקודת המבט הסובייקטיבית של הפועל, הופכת להיות התשתית העובדתית (שאינה בהכרח תואמת את המציאות כהווייתה), על בסיסה יש לבחון את מעשיו של הנאשם. במקרה דנן, אילו יוכח כי המערער דימה שמדובר במחבל מתאבד, לצורך בחינת אחריותו הפלילית עלינו להניח כי כך אכן היו פני הדברים, ולבחון האם תחת הנחה זו עומד לו סייג ההגנה העצמית..."

עוד נקבע באותו פסק דין:

"כדי שבית המשפט ישתכנע כי זו התמונה הסובייקטיבית שניבטה בעיניו של המערער, עליו לבחון את התשתית הראייתית המוצגת בפניו. תשתית זו כוללת רבדים שונים: התרשמותו של בית המשפט מעדותו של נאשם המגוללת את טענת הטעות וראיות חיצוניות ואובייקטיביות נוספות. ואל תשיבני כי כיון שעסקינן בסייג של טעות במצב דברים המבחן הוא סובייקטיבי, יען כי הראיות החיצוניות והאובייקטיביות הינן בגדר כלי עזר לבחון את כנות גרסתו של נאשם. ודוק: צודק הסניגור כי המבחן אינו על פי סטנדרט הסבירות. לאמור, גם אם נאשם טועה באופן סובייקטיבי בצורה שאינה סבירה - חל הסייג. צא ולמד, מהות הסייג לחוד ודרך בחינתו לחוד. תפקידו של בית המשפט בכגון דא הוא להניח את הראיות על המאזניים אלה לצד אלה, ולבחון האם ככלות הכל קיים ספק סביר בכך שהמערער סבר כי המנוח הוא מחבל מתאבד אם לא...".

(65) על נטל ההוכחה לקיומו של סייג לאחריות פלילית, כפי שחזר על כך בית המשפט העליון בע"פ 9197/18 פלוני נ' מדינת ישראל (23.1.2020) על הנאשם להניח תשתית ראייתית מספקת ברמה שמתירה ספק סביר, לפחות, בדבר התקיימות תנאיו של הסייג, ואילו המאשימה, היא שנושאת בנטל השכנוע, להסיר את קיומו של הספק, ככל שזה מתעורר (ראו גם: ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337 (1999)).

(66) משם לכאן. הנאשם גורס, כי לא הבין את הסיטואציה, ופירש באותו מעמד מספר נתונים כחזורים אחריו (למשל: אי-הזזת ידו שהייתה מעל ידה; הקריאות התכופות עקב תקלות טכניות; הזזת הכיסא שלה בפעם השנייה על מנת לאפשר לו כניסה לעמדת העבודה שלה). אינני סבור כי מדובר בטעות כנה ותמימה מצד הנאשם בהבנת "הסיטואציה", אלא בעיוות מצדו של המציאות כדי להתאימה להלך מחשבותיו.

(67) על-יסוד התמונה הראייתית הכוללת, באותם המועדים הרלבנטיים לאישום, הנאשם היה "הבוס" של המתלוננת בעבודה (ש' 17, ע' 24), ולא רק. הוא היה הכתובת לתקלות במחשב (ראו עדות נ': ש' 11-12, ע' 32). שניהם רווקים. היא קטינה והוא מבוגר ממנה בכ-10 שנים. קריאות המתלוננת לעזרת הנאשם היו שגרתיות לעבודה. כך שגם אם הן היו "טכניות" בעיניו, לא נראה שהן היו קריאות סרק. המתלוננת אישרה, כי אמנם יכלה לפתור את אותן תקלות בעצמה, אך דבר זה היה דורש ממנה זמן רב ולכן קראה לעזרתו של הנאשם לצורך הגברת הספק העבודה שלה וגם מטעם כלכלי של השגת "בונוסים" (ש' 13-17, ע' 37).

(68) מסתבר, כי הנאשם גילה כלפי המתלוננת יחס חיבה ובפעם הראשונה, הוא אף מסר לה שהוא "נמשך" אליה. בחקירתו במשטרה ביום 15.6.2021, כאשר נשאל: "אתה נגעת בה בקטע מיני?", הוא השיב: "זה היה המטרה הסופית אבל זה היה סוג של לבדוק האם היא בעניין..." (ש' 74-75 ב-ת/1).

(69) מכל האמור עולה, כי לא רק שלא היו אינדיקציות כלשהן שיש בהן לבסס טעות כנה בהבנת מצב הדברים, אלא שמעשי הנאשם העוקבים מלמדים אחרת. הם לא היו מקריים, הם היו מכוונים (ש' 14-16, ע' 29). מכל מקום, מהתרשמותי מעדותו וממכלול הנסיבות, לא מצאתי ליתן אמון בגרסתו לפיה הוא טעה בכנות בהבנת הסיטואציה. מכל מקום, גם אם נניח לצורך הדיון כי הנאשם טעה בצורה כנה לחשוב שהמתלוננת רוצה בקרבתו (ואינני קובע כך), הרי לא ברור בכלל מה מנע בעדו לשאול אותה לפני שייגע בה (ראו עדות המתלוננת: ש' 12-10, ע' 60).

(70) לאור האמור, נדחית בזאת טענת ההגנה בדבר תחולת הסייג.

(71) טיב המעשים, החזרה עליהם, ומכלול פרטי האירוע, מבססים גם את היסוד הנפשי של העבירה, בשתי הפעמים (לעניין אפנה גם לסעיף 68 לעיל). נזכיר, גם הנאשם היה מודע לפסול שבהתנהגותו, והתנצלויותיו החוזרות, הן באותו ערב וגם לאחר מכן, מחזקות זאת.

#### תוצאה

(72) לאור האמור, מרשיע בזאת את הנאשם בביצוע מעשה מגונה, עבירה לפי סעיף 348(ג) בחוק העונשין, בשתי עבירות.

(73) ההליך נפתח בדלתיים סגורות לצורך לשמירה על פרטי המתלוננת. נוכח ההיבטים המשפטיים שבהכרעת הדין, בית המשפט עתיד לפרסם אותה. ככל שמי מהצדדים מתנגד לכך, או מתנגד לפרסום חלקים מסוימים בהכרעת הדין, רשאי להגיש את עמדתו ונימוקה עד יום 12.10.2023. מובהר, כי צד שלא יגיש דבר עד המועד שצוין, ייראה כמי שאינו מתנגד לפרסום כאמור.

· הערה: הכרעת הדין ניתנה בדלתיים סגורות ביום 29.9.2023.

ניתנה היום, ז' כסלו תשפ"ד, 20 נובמבר 2023.