

ת"פ 54828/05/16 - המאשימה - מדינת ישראל נגד הנאשם - פלוני

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 54828-05-16 מדינת ישראל נ' פלוני (עציר)

בפני כבוד השופט הישאל אבו שחאדה

בעניין: המאשימה - מדינת ישראל באמצעות
פרקליטות מחוז מרכז ע"י עוה"ד לירן
ממן

נגד

הנאשם - פלוני (עציר) הובא באמצעות
שב"ס ע"י עוה"ד שלומציון גבאי מנדלמן

הכרעת דין

א. כתב האישום

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו את ביצוען של העבירות הבאות: מעשה מגונה תוך שימוש בכוח לפי סעיף 348(ג1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), וכן הפרת צו פיקוח, לפי סעיף 22 בחוק ההגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, תשס"ו-2006.

2. על פי עובדות כתב האישום, ביום 17.02.16 הורה בית המשפט השלום ב[-], במסגרת ת"פ [-], על מתן צו ביניים של פיקוח ומעקב כנגד הנאשם, בהתאם לחוק להגנה על הציבור מפני עברייני מין, תשס"ו-2006. במסגרת צו הביניים נאסר על הנאשם, בין היתר, לעשות שימוש באלכוהול.

3. כמו כן, ביום [-] בשעה 15:30 או בסמוך לכך, שהה הנאשם עם ארוסתו [-] (להלן: **פלונית**), בפארק [-] ב[-] (להלן: **הפארק**). עובר להגעתו של הנאשם לפארק, ובמהלך שהותו בפארק, שתה הנאשם מספר בקבוקי בירה המכילים אלכוהול. בזמן שהייתם של הנאשם ופלונית על הדשא בפארק, לעיני רבים אשר שהו בפארק אותה עת, פתח הנאשם את חגורת מכנסיו, הפשיל מכנסיו, נשכב על פלונית הוריד את כיסוי הראש שלה שלא בהסכמתה, והתחכך בה בניגוד לרצונה תוך שהוא מכה אותה מספר מכות בפניה ובגופה. תוך כדי ביצוע האמור, התנגדה פלונית למעשיו של הנאשם, ואף ניסתה לקום, אך

עמוד 1

הנאשם הדף אותה בחזרה על רצפת הפארק והמשיך בביצוע מעשיו. במעשיו המפורטים לעיל, ביצע הנאשם בפלוגית מעשה מגונה, תוך שימוש בכוח והפר את צו הפיקוח לרבות תנאי מתנאי הפיקוח הכוללים בו, בכך שצרף משקאות אלכוהוליים.

4. הנאשם הודה בביצוע העבירה של הפרת צו הפיקוח בשל כך ששתה אלכוהול במועד האירוע ולכן אין מחלוקת מטעם ההגנה שיש להרשיעו בביצועה של עבירה זו. הנאשם כפר בביצוע העבירה של מעשה מגונה בכוח ועל נושא זה נשמעו הראיות.

5. ייחודו של התיק שבפניי הוא בכך שפלוגית, שמוגדרת בכתב האישום כ-"קורבן" העבירה של מעשה מגונה בכוח, כלל לא היתה עדה מטעם המאשימה. נהפוך הוא, העידה דווקא כעדה מטעם ההגנה וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, טענה שהמגע המיני שהיה בינה לבין הנאשם נעשה בהסכמתה המלאה. כמו כן, אין באמרות החוץ שלה שהוגשו מטעם המאשימה במהלך חקירתה הנגדית במטרה להצביע על סתירות בין עדותה בבית המשפט לבין אמרות החוץ שלה, כדי לתמוך בטענת המאשימה שהמגע המיני היה בניגוד להסכמתה.

ב. קביעת ממצאים שבעובדה

6. התשתית הראייתית שהונחה בפני על ידי המאשימה מבוססת על עדותן של חמש נשים שהיו בפארק יחדיו במסגרת בילוי משפחתי, יחד עם בני משפחה נוספים וילדיהם. לכל חמש העדות אין כל היכרות אישית קודמת עם הנאשם ופלוגית. להלן שמותיהן של הנשים שנכחו במקום: [-] (להלן: **עדה 1**), [-] (להלן: **עדה 2**), [-] (להלן: **עדה 3**), [-] (להלן: **עדה 4**) וכן [-] (להלן: **עדה 5**). בעת ההפניה לכולן יחדיו, הן יכוננו להלן: **חמש העדות**.

7. את הדיון בממצאים שבעובדה שרלבנטיים לשאלת אשמו של הנאשם בעבירה של מעשה מגונה בכוח, אחלק לחמישה נושאים מרכזיים, כדלקמן:

א. מהות היחסים בין פלוגית לנאשם;

ב. הבילוי המשותף בהסכמה בטרם הגעה לפארק;

ג. הסכמתה של פלוגית להגיע לפארק ולשהות בו בשטח שמאחורי הגבעה;

ד. סוג המגע המיני שהתקיים בין הנאשם לפלוגית;

ה. האם המגע המיני היה בהסכמתה של פלוגית.

8. אעמוד כעת על כל אחד מהנושאים שנזכרו לעיל בנפרד.

1.ב. מהות היחסים בין פלונית לנאשם

9. המאשימה לא הביאה ולו בדל ראיה שיש בו כדי להצביע על מהות היחסים שבין פלונית לנאשם. בפני בית המשפט יש רק את הראיות שהובאו על ידי ההגנה, קרי עדותם של הנאשם ופלונית. יוזכר, שנטל ההוכחה לצורך קביעת ממצאים שבעובדה רובץ תמיד לפתחה של המאשימה. הנאשם צריך רק "לעורר ספק סביר" בנוגע לתשתית הראייתית המרשיעה שהמאשימה מניחה בפני בית המשפט. במקרה זה, לעניין מכלול הדינמיקה הבין-אישית, בין פלונית לנאשם, המאשימה לא הניחה תשתית ראייתית כלשהי, כך שנותר רק להתבסס על דברי הנאשם ופלונית.

10. שניהם העידו, הן בבית המשפט והן באמרות החוץ שלהם, שבמועד האירוע הם היו מאורסים עם כוונה עתידית לבוא בברית הנישואין. כמו כן, שניהם העידו שהם עדיין מאורסים ורצונם להינשא זה לזו, בעינו עומד (ראו אמרות החוץ של הנאשם ת/5 ש' 4, ת/6 ש' 18-21; וכן עדותו בבית המשפט, פרוט' מיום 17.11.16 עמ' 96 ש' 5-22; וכן ראו אמרות החוץ של פלונית, ת/13 ש' 4-13 וכן ת/14 ש' 8-17 ו- ת/15 ש' 7-10; וכן עדותה בבית המשפט בפרוט' מיום 4.12.16 עמ' 123 ש' 27-30).

2.ב. הבילוי המשותף בהסכמה בטרם הגעה לפארק

11. יתר על כן, המאשימה לא הביאה בדל ראיה לעניין השאלה היכן היו הנאשם ופלונית בטרם הגעתם לפארק. גם כאן, בפני בית המשפט יש רק את הראיות שהובאו על ידי הנאשם ופלונית.

12. פלונית והנאשם העידו שביום האירוע, הנאשם אסף את פלונית מבית הוריה, לאחר תיאום מראש עמה ועמם, ושניהם נסעו יחדיו לבילוי משותף בעיר [-]. לטענתם, ישבו במסעדה, התהלכו ברחובות העיר, אכלו בורקס, והנאשם שתה בירות. בנוסף, התחבקו והתנשקו. (ראו אמרות החוץ של הנאשם, ת/5 ש' 13-22, ת/6 ש' 13-27, 36-39; וכן עדותו בבית המשפט, פרוט' מיום 17.11.16 עמ' 96 ש' 24- עמ' 97 ש' 6; וכן אמרות החוץ של פלונית, ת/13 ש' 20-24, ת/14 ש' 18-39, ת/15 ש' 11-12; וכן עדותה בבית המשפט בפרוט' מיום 4.12.16 עמ' 124 ש' 17 - עמ' 125 ש' 6).

3.ב. הסכמתה של פלונית להגיע לפארק ולשהות בו בשטח שמאחורי גבעה

13. שאלה נכבדה היא האם פלונית הגיעה לפארק מרצונה החופשי, במטרה לנסות להתבודד עם הנאשם להמשך גיפופים, או שמא הובאה לשם על ידי הנאשם בכפייה?

14. מתוך חמש העדות שהעידו בפני, שתיים מהן טענו שראו את הנאשם ואת פלונית נכנסים לפארק, כאשר הנאשם מושך אותה בידה, לכאורה בניגוד לרצונה, בעוד היא מְדַבֶּרֶת אחריו (ראו עדותה של עדה 5, פרוט' מיום 8.9.16 עמ' 51 ש' 12-16; וכן עדותה של עדה 4 בפרוט' מיום 17.11.16, עמ' 80 ש' 21-30, עמ' 81 ש' 7-8).

15. כאן עולה השאלה, האם די בעדותן של עדה 5 ועדה 4 כדי לקבוע ממצא עובדתי, מעל לכל ספק סביר, כי פלונית הובאה לפארק על ידי הנאשם בניגוד לרצונה. לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. כאמור, לעדה 5 ועדה 4, אין כל היכרות קודמת לא עם הנאשם ולא עם פלונית. אין להן שמץ של מושג מה מהות היחסים ביניהם, מה היו מעשיהם לפני הגעתם לפארק, וכן מה השיח שהתנהל ביניהם בשפה הערבית, שאין מחלוקת שאינה שגורה בפי מי מהן. בנוסף, מדובר בצפייה מרחוק בגבר ואשה שמתהלכים בפארק, ללא כל ידיעה אודות הדינאמיקה הבין-אישית ביניהם. די בכך, על מנת לקבוע שלא הוכח על ידי המאשימה כי פלונית הגיעה לפארק שלא מרצונה.

16. מעבר לנדרש, יצוין כי לפי עדותה של פלונית עצמה, היא הגיעה לפארק עם הנאשם מרצונה הטוב והחופשי, כהמשך של הביולוי יחדיו באותו היום (ראו אמרות החוץ של פלונית, ת/14 ש' 18-19, ת/15 ש' 11-12) וכלשונה "ביקשתי ממנו ללכת לנגן [-], לשבת קצת ואז ללכת הבית כי אני מאוד מתגעגעת אליך, אמרתי נשב קצת ואז נלך הביתה" (ראו פרוט' מיום 4.12.16 עמ' 124 ש' 30-31). בנוסף, הוסיפה "ישבנו על הספסל ודיברנו ואז הוא אמר לי בואי ונלך למקום שקט, אמרתי לו לא נעים לו ואז אמרתי לו טוב יאללה ואז הלכנו למקום שאין בו אנשים, אני ביקשתי ממנו" (ראו פרוט' מיום 4.12.16 עמ' 125 ש' 4-6).

17. אין מחלוקת שהנאשם ופלונית ישבו יחדיו בפארק מאחורי תלולית עפר המכוסה בדשא שמסתירה את מעשיהם מעוברים ושבים אשר עליהם לעמוד ולהתקרב אליהם על מנת לראות את מעשיהם (להלן: **הגבעה**) (ראו עדותה של עדה 5, פרוט' מיום 8.9.12 עמ' 51 ש' 19; עדותה של עדה 1 פרוט' מיום 14.7.16 עמ' 13 ש' 22-26, עמ' 21 ש' 14-15; עדותה של עדה 3 פרוט' מיום 14.7.16 עמ' 41 ש' 30-32).

4.ב. סוג המגע המיני שהתקיים בין הנאשם לפלונית

18. לאור מכלול הראיות שהוצגו לפניי, הנני קובע את הממצאים שבעובדה שלהלן:

א. בהיות הנאשם ופלונית מאחורי הגבעה, הם התגפפו בחיבוקים ונשיקות.

ב. בשלב מסוים, פלונית שכבה על גבה והנאשם שכב מעליה.

ג. הנאשם התיישר על ברכיו, פתח את הכפתור העליון של מכנסיו והוריד אותם במקצת, חזר ושכב על פלונית, וחיכך את איבר מינו מתחת למכנסיו, בגופה של פלונית. כל חמש העדות שהעידו מטעם המאשימה, העידו שלא ראו את תחתוניו, את ישבנו, או את איבר מינו. בכל שלבי החיכוך בפלונית, הנאשם נראה בלבוש מלא.

ד. פלונית היתה, בכל שלבי האירוע, בלבוש מלא שכלל שמלה ארוכה שמגיעה עד הקרסוליים ומתחתה מכנסיים צמודים וארוכים (להלן: **הטייץ**). אותה שמלה, כיסתה את פלג גופה העליון עד הצוואר ואת זרועותיה עד מפרק כף היד. עטתה לראשה כיסוי ראש מוסלמי מסורתי אשר כיסה את שיער ראשה וצווארה, ואשר בשלב מסוים השתחרר. פניה היו גלויות. מעבר לראשה, שנגלה באופן מלא לאחר נפילת כיסוי הראש ממנו, לא נחשף דבר מגופה.

ה. מעשיו של הנאשם משכו את תשומת ליבם של הנוכחים בפארק, בעיקר באופן שלילי, כך שחלק מהנוכחים צעקו לעברם, חלק קיללו, וחלק החלו לצלם את המתרחש באמצעות טלפונים סלולריים שהיו ברשותם. חלק אחר, כמו חמש העדות ושאר בני המשפחה שהיו עימם, הזמינו משטרה למקום.

19. הקביעות העובדתיות שנזכרו לעיל, עולות **מההצלבה** של כל הראיות שלהלן שהובאו על ידי המאשימה: **התמונות** של הנאשם ופלונית בפארק בעת שצולמו על ידי הנוכחים בפארק, ת/2; עדותה של **עדה 4** בפרוט' מיום 17.11.16 עמ' 81 ש' 16-18, ש' 27-32, עמ' 82 ש' 1-5, עמ' 82 ש' 27-31, עמ' 85 ש' 16-18, ש' 25-32, עמ' 88, ש' 18-24, ש' 29-31, עמ' 89 ש' 4-13, עמ' 90 ש' 26-28, עמ' 91 ש' 26-28; עדותה של **עדה 3** בפרוט' מיום 14.7.16, עמ' 37 ש' 5-30, עמ' 38 ש' 8-12, עמ' 39 ש' 1-11, עמ' 42 ש' 8-16, עמ' 43 ש' 1-6; עדותה של **עדה 2** בפרוט' מיום 14.7.16, עמ' 33 ש' 28-30; עמ' 34 ש' 28-30; עמ' 35 ש' 1-12; עדותה של **עדה 1** בפרוט' מיום 14.7.16, עמ' 15 ש' 1-32, עמ' 19 ש' 12-13, ש' 24-32, עמ' 24 ש' 31-32, עמ' 25 ש' 1-2; עדותה של **עדה 5** בפרוט' מיום 8.9.16, עמ' 52 ש' 11-15, ש' 30-32, עמ' 55 ש' 7-8, עמ' 56 ש' 29-31, עמ' 57 ש' 8-10, עמ' 58 ש' 22-25).

20. יתר על כן, על אף העובדה שהנאשם ופלונית הכחישו באמרות החוץ שלהם שהיה מגע ביניהם בעל אופי מיני מובהק במהלך שהותם מאחורי הגבעה, בסופו של יום, שניהם אישרו בעדותם בבית המשפט שהנאשם חיכך את איבר מינו מתחת לבגדיו, כנגד גופה של פלונית, באופן שמדמה תנועות אגן במהלך קיום יחסי מין. בעדותם בבית המשפט, שניהם הכחישו שהנאשם פתח את הכפתור העליון של מכנסיו, ושחרר אותו מעט כלפי מטה ולאחר מכן נשכב על פלונית וטענו שעשה כן רק בעת שהלך להטיל את מימיו בצד (ראו עדותו של הנאשם בבית המשפט בפרוט' מיום 17.11.16 עמ' 97 ש' 15-21, ש' 28-30; עמ' 98 ש' 15-18; עמ' 102 ש' 20-21; עמ' 103 ש' 8-9; עמ' 109 ש' 21-24; עמ' 111 ש' 14; עמ' 113 ש' 21-27; עמ' 116 ש' 19-24; עמ' 117 ש' 12; עמ' 118 ש' 10-11; וכן ראו את עדותה של פלונית בבית המשפט בפרוט' מיום 4.12.16 עמ' 134 ש' 11, ש' 17-21). בעיניי, אין לקבל

את הגרסה של שניהם בנקודה זו, מאחר שמראה עיניהן של חמש העדות הוא מהימן בעיניי. עדותן של כל אחת מחמש העדות מחזקת את רעותה בנקודה זו.

21. יש לציין, כי עדה 5 העידה כי הנאשם: **"הוריד את המכנס עד לפה, חצי (מסמנת עד הברכיים)"** (פרוט' מיום 8.9.16 עמ' 58 ש' 25). יחד עם זאת, הבהירה שלא ראתה את תחתוניו וגם לא ציינה שראתה אזור כלשהו חשוף מפלג גופו התחתון. בנוסף, עדה 1 ציינה בעדותה כי: **"יכולתי לראות את המכנס שהוא הוריד, מדגימה - עד לחלק העליון של הירכיים, אחרי זה לא רציתי להסתכל הסתובבתי"** (פרוט' מיום 14.7.16 עמ' 21 ש' 1-2). גם כאן, לא ציינה שראתה את תחתוניו של הנאשם או חלק כלשהו מפלג גופו התחתון בהיותו חשוף.

22. עדה 3 ציינה כי הנאשם **"לא הוריד את המכנסיים לגמרי, פתח את המכנס ושכב עליה"** (פרוט' מיום 14.7.16, עמ' 38 ש' 8). ללמדך, שגם מעדותה של עדה 3 אין כל אינדיקציה שנחשף חלק כלשהו מפלג גופו התחתון. עדה 4 העידה כי **"ולפני שהוא נשכב על הגוף שלה, ראיתי שהוא פתח את המכנסיים, לא עד למטה, אחרת הייתי רואה תחתונים, ואז הוא נשכב על הגוף שלה"** (פרוטוקול מיום 17.11.16, עמ' 90 שורות 26 עד 27). בנוסף, עדה 3 העידה כי **"הוא לא הוריד את המכנסיים לגמרי, פתח את המכנס ושכב עליה"** (פרוטוקול מיום 14.7.16, עמ' 38 שורה 8).

23. לסיכום, לא השתכנעתי, כי ראיות המאשימה יש בהן כדי להוכיח מעל לכל ספק סביר, כי פלג גופו התחתון של הנאשם נחשף בדרך כלשהי בעת שהתחכך בפלונית.

24. יתר על כן, מתוך חמש העדות שהעידו בפניי, רק אחת מהן ציינה כי בעת שהנאשם, לטענתה, כפה את עצמו על פלונית (על שאלת הסכמתה של פלונית למגע המיני אדון בפרק הבא), נחשף חלקו העליון של ישבנה של פלונית, וזאת בעת שהנאשם הרים את רגליה ועקב כך שמלתה עלתה כלפי מעלה והטייץ ירד כלפי מטה (ראו עדותה של עדה 4 בפרוט' מיום 17.11.16, עמ' 86 ש' 32 - עמ' 87 ש' 3; עמ' 92 ש' 6-9). לדעתי, יש לייחס משקל נמוך לחלק זה בעדותה של עדה 4 וזאת מהסיבות הבאות: ראשית, עדה 4 העלתה את הטענה שנחשף החלק העליון של ישבנה של פלונית רק בחקירתה הנגדית ולא בחקירה הראשית; שנית, ארבע העדות האחרות לא ציינו עובדה זו לא בחקירתן הראשית, לא בחקירתן הנגדית וגם לא בחקירתן החוזרת. לפיכך, הממצא העובדתי שקבעתי לעיל לפיו בעת המגע בינה לבין הנאשם, לא נחשף דבר מגופה של פלונית למעט שיער ראשה, בעינו עומד.

5.ב. האם המגע המיני היה בהסכמתה של פלונית

25. המחלוקת המרכזית שבין הצדדים נסובה סביב השאלה האם פלונית הסכימה למגע המיני שתואר לעיל על ידי הנאשם ואשר כלל חיבוקים ונשיקות, שכיבה מעליה, וכן חיכוך איבר מינו בגופה.

26. המאשימה סומכת את ידיה לענין הטענה שפלוגית לא הסכימה שהנאשם יבצע את המעשים הנ"ל על עדותן של חמש העדות ואשר להתרשמותן היה מדובר במעשים שנעשו בכפייה, לכל דבר וענין. לטענת חמש העדות, הנאשם הרים את רגליה של פלוגית בכח, סטר לה מספר פעמים, היא ניסתה לקום מספר פעמים ממצב של שכיבה למצב של ישיבה והוא דחף אותה כל פעם מחדש חזרה למצב של שכיבה, נשכב מעליה והוריד לה את כיסוי הראש בניגוד לרצונה, כאשר היא מנסה להתנגד לו עם ידיה.

ראו בענין זה: עדותה של **עדה 4** בפרוטוקול מיום 17.11.16, עמ' 82, שורות 8 עד 16, 26 עד 31, עמ' 86 שורות 5 עד 10, עמ' 93 שורות 17-25; עדותה של **עדה 3** בפרוטוקול מיום 14.7.16, עמ' 36 שורות 29 עד 31; עמ' 38 שורות 1 עד 2, שורות 19 עד 31, עמ' 39 שורות 1 עד 11, עמ' 40 שורות 15 עד 17, שורות 24 עד 28; עדותה של **עדה 5** בפרוטוקול מיום 8.9.16, עמ' 52 שורה 32, עמ' 55 שורות 30 עד 32, עמ' 57 שורות 14 עד 18; עדותה של **עדה 1** בפרוטוקול מיום 14.7.16, עמ' 14 שורות 23 עד 30, עמ' 15 שורות 18 עד 25, עמ' 16 שורות 4 עד 29, עמ' 17 שורות 1 עד 30, עמ' 20 שורות 1 עד 2, עמ' 21 שורות 27 עד 29, עמ' 22 שורות 16 עד 21, עמ' 23 שורות 20 עד 27.

27. יצוין כי עדה 2 הודיעה עוד במסגרת חקירתה הראשית שהיא איננה מעוניינת להעיד בבית המשפט ולכן הוכרזה במהלך חקירתה הראשית על ידי באת כוח המאשימה כעדה עוינת והוגשה אמרת החוץ שלה (ת/1), תוך הפניה לסעיף 10א לפקודת הראיות. יש לציין שאמרת החוץ של עדה 2 זהה במהותה לדברים שמסרו ארבע העדות האחרות ומכאן החיזוק הנדרש לאמרת החוץ שלה. מכל מקום, יובהר ששאלת אשמו או העדר אשמו של הנאשם איננה תלויה בעדותה של עדה 2 ולכן אין משמעות מעשית לעובדה שהוכרזה כעדה עוינת.

28. בעיני, לנאשם, יש יתרון דיוני - ראייתי מובהק, למול ראיות המאשימה, בכל הנוגע לשאלה האם פלוגית "הסכימה" למעשיו, או לא. וזאת משתי סיבות:

א. ראשית, הפער בעוצמת נטלי ההוכחה: על המאשימה להוכיח את טענתה העובדתית שפלוגית לא הסכימה למגע המיני שלו עימה, ברמת ההוכחה הגבוהה המקובלת במשפט הפלילי, קרי מעל לכל ספק סביר. לעומת זאת, לאחר שהמאשימה תניח תשתית ראייתית מתאימה שהמגע המיני בין הנאשם לפלוגית נחזה להיות בכפייה על ידי חמש העדות, עובר נטל הבאת הראיות לנאשם (וזאת להבדיל מנטל השכנוע שרובץ תמיד לפתחה של המאשימה) לעורר ספק סביר (שהיא כידוע רמת הוכחה נמוכה יחסית) שפלוגית כן הסכימה.

ב. שנית, הבאת פלוגית כעדה מטעם ההגנה: הנאשם הביא את פלוגית כעדה מטעמו שתסביר מה דעתה האישית לגבי הדברים שנאמרים על ידי חמש העדות שמא היא לא הסכימה למגע המיני עימו.

29. הנני קובע כי המאשימה הניחה תשתית ראייתית ראשונית שהמגע המיני בין הנאשם לפלונית נחזה בעיניהן של חמש העדות, כמי שצפו בהם מהצד, כמגע שנעשה בניגוד לרצונה של פלונית. כעת, נטל הבאת הראיות עובר אל הנאשם "לעורר ספק סביר", שמא הארוע בכללותו אכן היה בהסכמתה של פלונית.

30. באמרת החוץ הראשונה של פלונית במשטרה מסרה שהנאשם לא נתן לה סטירות, לא הרביץ לה, בשום דרך שהיא, אלא נישק אותה בהסכמתה, ולא היתה לה התנגדות כלשהי למעשיו, מעולם לא היכה אותה וגם מעולם לא איים עליה (ת/13 שורות 28 עד 29, 41 עד 47, 46 עד 53, 107 עד 110, 127 עד 129, עמ' 173 עד 174).

31. כמו כן, באמרת החוץ השניה שלה, פלונית ציינה שהנאשם "**זה הארוס שלי, כמו החיים שלי**" (ת/14 ש' 9) וכי עובר להגעתם לפארק "**היינו מבסוטים והיה כיף**" (ת/14 שורה 17). בנוסף, ציינה כי נשכבה על הדשא בהסכמתה (ת/14 שורה 44), שהנאשם לא נתן לה מכות ולא זרק אותה לאוויר (ת/14 שורות 59 עד 62), וכי רצתה שיוריד לה את כיסוי הראש (ת/14 שורות 78 עד 82), לא התנגדה לכך שישכב מעליה (ת/14 שורות 96 עד 97), וגם שהסכימה שינשק אותה (ת/14 שורות 110 עד 114).

32. באמרת החוץ השלישית שלה, ציינה שבעת שהותם בפארק דיברו וצחקו ולא היכה אותה כלל (ת/15 שורות 10 עד 17).

33. אם לא די בכך, בעדותה בבית המשפט ציינה, את כל הדברים הבאים:

א. "**הוא ביקש ממני נשיקה ואני הסכמתי לו. כי הוא הארוס שלי וזה בסדר. ישבנו הלכנו שם, שכבתי קצת והוא שכב עלי ונתן לי נשיקה**" (פרוטוקול מיום 4.12.16 שורות 8 עד 9).

ב. וכן הוסיפה "**שהוא נישק אותי, שניה אני מתביישת כי אולי יש אנשים, ואז הוא נתן לי נשיקה בלחי, בצוואר ובשפתיים, ואני הסכמתי לו, זה בסדר, הוא הארוס שלי, נפלה לי המטפחת, הוא אמר לי תסדרי את המטפחת שלך אני הולך להשתין בצד, אמרתי לו טוב נשמה אני מחכה לך, סידרתי את המטפחת הוא סגר את המכנס שלו בצד**" (פרוטוקול מיום 4.12.16 עמ' 126 שורות 6 עד 10).

ג. כמו כן, שללה מכל וכל שהנאשם היכה אותה בדרך כלשהי במהלך אותו ארוע (פרוטוקול מיום 4.12.16 עמ' 127 שורות 3 עד 5).

ד. וחזרה והדגישה "אני הסכמתי לו" (פרוט' מיום 4.12.16 שורות 6 עד 9).

ה. כמו כן הבהירה שנלחצה מזה שאנשים שנכחו במקום החלו לצלם אותם מתוך חשש שתמונות אלה יגיעו לידיעת למשפחתה (פרוט' מיום 4.12.16 עמ' 130 שורות 11 עד 14).

ו. יתר על כן, אמרה "אני רציתי שינשק אותי" וגם "אני ביקשתי ממנו" שיעשה כן על אף שמדובר במקום ציבורי (פרוט' מיום 4.12.16 שורות 24 עד 28). וכן ציינה שהיא זו שביקשה ממנו שישכב עליה וחששה לומר זאת במשטרה מתוך חשש שהדבר יגיע לידיעת משפחתה (פרוט' מיום 4.12.16 שורות 26 עד 32).

ז. ואם לא די בכל מה שנאמר עד כה, בתשובה לשאלה האם התחכך בה ענתה "אני הסכמתי לו. אבל עם בגדים" (פרוטוקול מיום 4.12.16 עמ' 133 שורות 23 עד 24). ובהמשך הוסיפה "מה שהיה זה ששכבנו ביחד והסכמתי לו לשכב עלי וכן התחכך בי ונישק אותי" (פרוטוקול מיום 4.12.16 עמ' 134 שורות 16 עד 18, 28).

ח. לטענתה כיסוי הראש נפל בטעות ולאחר מכן היה ביניהם משחק ידיים שבמהלכו הוא הציע להחזיר לה את כיסוי הראש והיא אמרה שתסדר אותו בעצמה ובהמשך החזיר לה את כיסוי הראש כדי שתשים אותו בעצמה והלך להטיל את מימיו בצד (פרוטוקול מיום 4.12.16 עמ' 139 שורות 1 עד 22).

34. לסיכום, הנני קובע כי הנאשם עמד בנטל הבאת הראיות והצליח לעורר ספק סביר בדבר הסכמתה של פלונית למעשיו. על כן, לא שוכנעתי כי המאשימה הוכיחה, מעל לכל ספק סביר, שמעשיו של הנאשם נעשו בניגוד לרצונה של פלונית. על היבטיו המשפטיים של רכיב "העדר ההסכמה" בעבירה של מעשה מגונה בכח, אעמוד בהרחבה בפרק הבא.

ג. רכיב "העדר ההסכמה" בעבירה של מעשה מגונה בכח

35. העבירה של מעשה מגונה בכח מוגדרת בסעיף 348(ג) לחוק העונשין. הרכיב היחיד שמבדיל את העבירה של "מעשה מגונה" מהעבירה של "אונס" הוא רכיב "הבעילה", קרי ההחדרה של איבר גוף או חפץ לאיבר מינה של האישה (ראו הגדרת הביטוי "בועל" בסעיף 345 לחוק העונשין). מעבר לכך, העבירה של מעשה מגונה, והאופנים השונים לביצועה, דומה במהותה לעבירת האינוס, והאופנים השונים לביצועה. רכיב "העדר ההסכמה" בשתי העבירות הוא זהה.

36. אעמוד להלן על היבטיו השונים של רכיב "העדר ההסכמה" בעבירה של מעשה מגונה בכח (עם

אנאלוגיה מהפסיקה שניתנה לגבי רכיב זה בעבירת האינוס):

א. ההיבט הראשון, רכיב "העדר הסכמה" הוא סובייקטיבי: הלכה פסוקה היא שהמבחן לבחינת רכיב ההסכמה בעבירת מין, הוא סובייקטיבי ולא אובייקטיבי (ע"פ 2606/04 **בנבידה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו (26.4.06) בפסקה 32 לפסק דינה של כבוד השופטת נאור (כתוארה דאז)). בנסיבות אלה, אין חשיבות להתרשמות האובייקטיבית של הנוכחים בפארק, לרבות חמש העדות שהעידו בפני, כי פלונית לא הסכימה למעשים שתוארו בכתב האישום. מה שקובע בסופו של יום הוא, מה אומרת פלונית באופן סובייקטיבי.

ב. ההיבט השני, הערך המוגן בעבירה של מעשה מגונה: הלכה פסוקה היא שמאפיין מרכזי למבחן קיומו של "מעשה מגונה" הינו הערך המוגן, הניצב בבסיס העבירה, שלאורו יש לפרש את יסודותיה. מקור האיסור הפלילי לבצע מעשה מגונה הוא בצורך להגן על שימור גופו, צנעת פרטיותו וכבודו של האדם, קורבן העבירה של מעשה מגונה (ע"פ 9603/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (29.7.11) פסקאות 13 ו-14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

ולענייננו, כל תכליתה של העבירה של מעשה מגונה בכח הוא להגן על גופה, צנעת פרטיותה וכבודה כאדם, של פלונית. לא רק שפלונית איננה טוענת שנפגעו צנעתה, פרטיותה וכבודה כאדם, אלא שהיא מוסיפה ואומרת "**הסכמתי**". יוזכר, שרצונו של אדם כבודו. הווה אומר, כבודה של פלונית כאדם הוא שיכובד רצונה, קרי יש לראות בה אישיות אוטונומית, בוגרת בנפשה, בעלת מנת משכל בתחום הנורמה, ומסוגלת לתת הסכמה למגע מיני. בקשתה של המאשימה לבטל לחלוטין את עדותה של פלונית בסוגיית ההסכמה, ולהעדיף על פניה את עדותן של חמש העדות הזרות לה שנכחו במקום כמשקיפות מהצד, הינה לא יותר מאשר פגיעה בליבת כבודה של פלונית כאדם. רוצה לומר, ההתייחסות של המאשימה בביטול לעדותה של פלונית לפיה אכן הסכימה למגע מיני עם הנאשם, עומדת בניגוד גמור לערך המוגן שטמון בעבירה של מעשה מגונה.

ג. ההיבט השלישי, החובה לבדוק את טיב היחסים שבין הצדדים: הלכה פסוקה היא שאת השאלה אם מעשה מסוים עובר את גבול ההתנהגות המותרת והופך למעשה מגונה שבצידו אחריות פלילית, יש לבחון על פי ההקשר וטיב היחסים שבין הצדדים (עש"מ 6737/02 **מדינת ישראל נ' זקן** פס"ד נ"ז (2) 312, 327 (2003); ע"פ 7004/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (17.7.12) פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט ג'ובראן).

במקרה שבפני, לחמש העדות אין כל ידע מכל מין וסוג אודות טיב היחסים שבין פלונית לנאשם. אם לא די בכך, הנאשם ופלונית העידו בבית המשפט שהינם מאורסים ופניהם מועדות, לאורך כל ציר הזמן, שמתחיל לפני הארוע נשוא כתב האישום וממשיך ברציפות עד היום, לכיוון של נישואין. ללמדך, שנסיונות כלליות אלה, רק מחזקות את המסקנה שלא ניתן לקבוע שהמעשים נעשו בניגוד להסכמתה של פלונית, תהיה התרשמותן של חמש העדות אשר תהיה לענין השאלה האם פלונית הסכימה או לא לאותו מגע

מיני.

ד. ההיבט הרביעי, הסכמה לגבי מיהות העושה: בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין נקבע כי מי שבועל אישה, כאשר הסכמתה לבעילה הושגה במרמה לגבי מיהות העושה, הרי שמדובר באיננס. כך למשל, אדם שמתחזה בפני האישה שהינו משתייך לרקע אתני מסוים, כבסיס למניעת התנגדותה של קורבן העבירה למגע מיני עימו אם יתברר לה שהוא בכלל משתייך למוצא אתני אחר, הרי שמדובר באיננס. וכך גם, מי שמתהדר בנוצות לא לו (כגון מציג את עצמו בכזב כמי שבעבר היה טייס ובהווה עובד כרופא והינו בעל הון), וזאת על מנת להרשים את קורבן עבירת המין, כבסיס לקיום יחסי מין עימו, גם הוא יראה כאנס (ראו בהרחבה מאמרו של עמית פונדיק "בין מרמה לכפיה: על עבירת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" **עינוי משפט** ל"ו (2013) 215). במקרה שבפני, פלונית אמרה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, שלא טעתה לגבי מיהות העושה ורצונה היה שדווקא הנאשם שבפני, ואין בלתו, הוא זה שיגע בגופה כמתואר בכתב האישום.

ה. ההיבט החמישי, הסכמה לגבי מהות המעשה: בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין נקבע כי מי שבועל אישה בהסכמתה, כאשר הסכמה זו הושגה במרמה לגבי מהות המעשה, הרי שביצע עבירת אונס. במקרה שבפני, פלונית הבהירה, כפי שהסברתי בהרחבה לעיל, שרצתה במגע עם הנאשם בדיוק באופן שמתואר בכתב האישום.

ו. ההיבט השישי, הסכמה ל-"סיפוק וגירוי מיני" על ידי הנאשם: בסעיף 348(ו) לחוק העונשין הביטוי "מעשה מגונה" הוגדר כמעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, כאשר המעשה יראה כ-"מגונה" רק אם נעשה ללא הסכמה. הנאשם הבהיר שמעשיו נעשו לשם "סיפוק וגירוי מיני". פלונית הבהירה שהדבר נעשה בהסכמתה ולכן נשלל אופיו הפלילי של המעשה.

ז. ההיבט השביעי, מודעות הנאשם ל"העדר הסכמה" של ה-"קורבן": היסוד הנפשי בעבירה של מעשה מגונה כולל בתוכו הוכחה לכך שהנאשם היה מודע בפועל כי "הקורבן" אינה מסכימה למעשיו ולמצער "עצם את עיניו" מפני אי הסכמתה, קרי חשד באופן ממשי באפשרות שהקורבן אינה מסכימה למעשיו, אך נמנע מבדיקת המצב לאשורו והמשיך במעשיו (עש"מ 6737/02 **מדינת ישראל נ' זקן** פ"ד נז (2) 312, 327 - 328 (2003)). ישאל השואל, הכיצד תוכיח המאשימה כי לנאשם היתה מודעות בפועל לעובדה הנטענת שפלונית לא הסכימה, כאשר האחרונה אומרת בדיוק את ההיפך?

ח. ההיבט השמיני, סוגיית "שינוי הלבבות": הלכה פסוקה היא כי לאשה עומדת הזכות ל-"שינוי לבבות" (change of heart), קרי, לשנות את דעתה לענין "ההסכמה" שנתנה בתחילת המגע המיני ולבקש שהמגע המיני יופסק ולא יושלם. מרגע שינוי הלבבות, על בן הזוג להפסיק את המגע, ואם לא כן, יורשע באונס (ראו למשל, ע"פ 7951/05 **מדינת ישראל נ' פלוני** [פורסם

בנבו] (7.2.07)). כאן עולה השאלה, האם המאשימה הוכיחה שעל אף קביעתי שפלונית הסכימה למגע המיני הראשוני (קרי, התגופפות שהתפתחה להתחככות), התרחש אצלה "שינוי לבבות" כלפי הנאשם, כך שסירבה שימשיך להתחכך בה. לדעתי, רק פלונית יכולה להגיד לנו האם התרחש אצלה "שינוי לבבות", או לא, ולא חמש העדות שצפו בהם מהצד. הדבר הוא נכון במיוחד לאור התנהגותה לאחר הארוע, קרי, רצון רציף ובלתי פוסק לגונן על הנאשם, הן במשטרה והן בבית המשפט.

ט. ההיבט התשיעי, הפטרנליזם של המחוקק: המחוקק קבע שישנם סוגים של "הסכמות" למגע מיני, שהינן בטלות מעיקרן, כגון הסכמה שניתנת על ידי קטין או קטינה, או על ידי אדם בוגר אך לקוי בשכלו או בנפשו (ראו הוראות סעיפים 346, 347, 345(א)(3), וכן 345(א)(5) לחוק העונשין). המאשימה לא טוענת כי פלונית נופלת לאחת החלופות האמורות, כדי שבית המשפט יתעלם לחלוטין מעדותה כי הסכימה למגע המיני עם הנאשם.

י. ההיבט העשירי, גבולות הפטרנליזם השיפוטי בהליך הפלילי: כידוע, אישה יכולה להסכים למגע מיני במקום מסוים עם אדם אך לא להסכים למגע מיני במקום אחר עם אותו אדם. פלונית הבהירה שהגיעה לפארק בהסכמתה, הלכו שניהם מאחורי הגבעה, וכל מה שנעשה שם היה בהסכמתה. הנחת היסוד, כפי שעולה מסיכומי המאשימה, לפיה אשה, כמו פלונית, שמגיעה מחברה שמרנית ומסורתית שבה מגע מיני לפני הנישואין הוא אסור, לא כל שכן גילויי חיבה אינטימיים בפומבי, לא תסכים בשום אופן למגע כזה בפארק - היא הנחת יסוד שהיא זרה להליך הפלילי (ראו במיוחד עמודים 7 ו-8 לסיכומים בכתב מטעם המאשימה).

לא ניתן להניח, לצורך ההליך הפלילי, שהצהרתה של פלונית אשר גדלה בחברה פטריארכלית, לפיה היא הסכימה למגע פיזי בעל אופי מיני בפומבי עם הנאשם, איננה הסכמה. ייתכן שהנחה משפטית זו תהיה רלבנטית לשיח משפטי מסוג אחר שאינו רלבנטי למשפט הפלילי (ראו למשל מאמרו של אמנון רובינשטיין על סוגיית תקפות "ההסכמה" של אישה שגדלה בחברה פטריארכלית דכאנית למעשים או מחדלים שמונגדים לתפיסה פמיניסטית ליברלית אודות מעמד האישה: אמנון רובינשטיין "החופש להסכים: כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?" **הפרקליט** נג(2) (תשע"ה) 261).

בהליך הפלילי, בית המשפט אינו אמור להסתמך על הנחות בעלות אופי תרבותי או אנתרופולוגי, אלא להכריע אך ורק על פי הראיות שמונחות בפניו, תוך בחינה מדוקדקת, האם הוכחו מעל לכל ספק סביר יסודות העבירה שמיוחסת לנאשם בכתב האישום. **הא ותו לא**.

37. לאור כל האמור לעיל, הנני קובע שיש לזכות את הנאשם מהעבירה של מעשה מגונה בכח, לפי סעיף 348(ג1) לחוק העונשין.

האם יש להרשיע את הנאשם בביצוע עבירה של "מעשה מגונה בפומבי"

38. משקבעתי כממצא עובדתי שלא הוכח שפלונית לא הסכימה למגע המיני עם הנאשם, עולה השאלה האם אותו מגע מקים את העבירה החלופית, שלא הופיעה בכתב האישום, של מעשה מגונה בפומבי, לפי סעיף 349 לחוק העונשין. לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה, וזאת משני נימוקים עיקריים:

א. האם אכן מדובר ב-"מעשה מגונה": כידוע, המבחן האם מעשה מסוים הוא בגדר "מעשה מגונה", או לא, הוא מבחן אובייקטיבי, שנלמד מנסיבות המקרה (ע"פ 6255/03 **פלוני נ' מדינת ישראל** פ"ד נח (3) 168 (2004); ע"פ 7004/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (17.7.12) פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט ג'ובראן; ע"פ 2281/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (16.4.12) פסקה 40 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר). כאן עולה השאלה, מהם גבולות המותר ואסור, בנוגע לגילויי חיבה פיזיים בפומבי על ידי שני בני זוג.

המקרה המובהק שבו ניתן לומר שמדובר במעשה מגונה בפומבי, כעבירה משותפת של שני בני הזוג, הוא כאשר שניהם חושפים איברי גוף מוצנעים, במהלך גילויי החיבה האינטימיים. לעומת זאת, מה קורה במצב שבו האשה לבושה כמו פלונית (שמלה ארוכה עד הקרסוליים, ומתחתיה טייץ, ופלאג גופה העליון מכוסה עד הצוואר כולל זרועותיה עד בסיס כף היד ועוטה על ראשה וצווארה כיסוי ראש), והנאשם לבוש בחולצה ובמכנסיים ולא נחשפים, תחתונו או מבושו או ישבנו. כל זאת, כאשר הנאשם מתחכך מעל הבגדים בגופה של פלונית, מאחורי גבעה בתוך פארק ציבורי, כאשר הנוכחים במקום רואים אותו פותח את הכפתור העליון של המכנסיים וכיסוי הראש של פלונית נופל.

קיים קושי לקבוע אימתי מגע בהסכמה בפומבי בין שני בני זוג, ללא חשיפה של איברי גוף מוצנעים של מי מהם, מקיים את העבירה המשותפת של מעשה מגונה בפומבי. על הקושי לקבוע "טיפולוגיה" של העבירה של "מעשה מגונה" ראו בהרחבה מאמרו של גבריאל הלוי "היסוד העובדתי בעבירות המין בישראל: ניתוח ביקורתי" **משפט וצבא** 16 (התשס"ג) 651.

מכל מקום, ספק בעיני אם זה המקרה הנכון לקבוע בו שהנאשם ופלונית ביצעו במשותף עבירה של מעשה מגונה בפומבי. אין זה מסוג המקרים המובהקים שהאדם הסביר הצופה מהצד יכול לומר, מעל לכל ספק סביר, שמדובר במעשה "מגונה". יוזכר, שקבעתי כממצא עובדתי כי לא נחשף איבר גוף מוצנע כלשהו, בין של פלונית ובין של הנאשם. על כן, די בכך על מנת לעורר ספק סביר לטובת שניהם שלא ביצעו את העבירה האמורה.

ב. אכיפה בררנית: מטעמי זהירות יצוין, שגם אם הייתי קובע שמעשיו של הנאשם הם בגדר "מעשה מגונה בפומבי" (וכאמור, אין זו דעתי), עדיין אין מקום להרשיעו בעבירה זו, וזאת בשל האיסור ל-"אכיפה בררנית" שמקובל בהליך הפלילי.

לאור העובדה שמדובר במעשים שנעשו "לגירוי וסיפוק מיני", הן של פלונית והן של הנאשם, ובהסכמת שניהם, היה מקום להעמיד גם את פלונית לדין בגין אותה עבירה. יוזכר, שפלונית נחקרה תחת אזהרה במשטרה כי היא חשודה בביצוע עבירה של מעשה מגונה בפומבי, יחד עם הנאשם (ת/13 שורות 142 עד 144, ת/14 וכן ת/15).

בפועל, המאשימה לא הגישה כתב אישום כלשהו כנגדה. בנסיבות אלה, מדובר במקרה מובהק של אכיפה בררנית, כאשר מדובר בשני מבצעים של אותה עבירה בדיוק, כאשר אחד מועמד לדין והשני לא. די בכך, על מנת שלא להרשיע את הנאשם בעבירה של מעשה מגונה בפומבי.

ה. האם יש להרשיע את הנאשם בעבירה של "תקיפה"

39. שאלה נוספת שעולה בתיק שבפני היא האם יש להרשיע את הנאשם בעבירת תקיפה בלבד לפי סעיף 378 לחוק העונשין, וזאת בשל כך שחמש העדות שהיו בפארק התרשמו שהנאשם תוקף את פלונית, בניגוד לרצונה. יוזכר, שעבירה זו לא נכללה בכתב האישום, והנני עושה בדיקה זו מעבר לנדרש ועל מנת שהתמונה תהיה מלאה בפני הקורא.

40. נביא את הוראות סעיף 378 לחוק העונשין ואשר מגדיר מהי תקיפה:

"המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, **בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית** - הרי זו תקיפה; ולענין זה הפעלת כח - לרבות הפעלת חום, קור, חשמל, גאז, ריח, או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום בה נזק או אי נוחות".

(ההדגשה שלי - ה.א.ש.)

41. כמו בעבירה של "מעשה מגונה", גם בעבירה של "תקיפה", רכיב "העדר ההסכמה" של המותקף לעצם התקיפה, הוא רכיב מרכזי, שעל המאשימה להוכיחו מעל לכל ספק סביר. על ההיבטים המשפטיים והפילוסופיים של רכיב "ההסכמה" של קורבן העבירה לכאורה לעצם תקיפתו ראו רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" **משפטים** כ"ח (תשנ"ח) 389.

42. גם בעוולת "התקיפה" שבדיני הנזיקין, על המותקף להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הותקף בניגוד לרצונו, כדי שיזכה לפיצוי. סעיף 23(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כדלקמן:

"תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה, או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, **שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית**, וכן ניסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו."

43. פלונית טענה שהנאשם לא היכה אותה. כמו כן, הוסיפה שהמגע המיני לשם "**סיפוק וגירוי מיני**" נעשה בהסכמתה המלאה. כמו כן, הוסיפה שהרגישה נבוכה מכך שהעובדים ושבים החלו לצעוק לעברם ואף לצלמם, כאשר חשש זה הועצם מעצם המחשבה שיתכן והתמונות יגיעו לידיעת משפחתה. היא נלחצה גם כן מעצם כך שכיסוי הראש שהיא נוהגת לעטות על ראשה, בעת יציאתה מהבית, נפל ונחשף שיער ראשה.

44. ישאל השואל, האם מה שנחזה להיות כ-"**התנגדות**" (קרי, העדר הסכמה) מצידה של פלונית למעשיו של הנאשם, על ידי חמש הנשים שצפו מהצד על המתרחש, איננו אלא ביטוי למצוקתה הרבה "**מהמבוכה**" הרבה שנגרמה לה מכל הסיטואציה?

45. כידוע, אין זה מתפקידו של בית המשפט להניח הנחות, לא לטובת הנאשם, וגם לא לרעתו. המשפט הפלילי איננו עולם הספקולציות. בסופו של יום, על בית המשפט להכריע אך בשאלה מה "**האמת המשפטית**" שנתגלתה מהראיות שהובאו בפניו, ואיננו נדרש להכריע מה "**האמת העובדתית**".

46. במקרה שבפני, לא התרשמתי שהמאשימה הוכיחה מעל לכל ספק סביר כי הנאשם "**תקף**" את פלונית. אותות "**המבוכה**" שצינתי לעיל יש בהם כדי לעורר ספק סביר לטובת הנאשם, שמא פלונית כלל לא הותקפה על ידו. הרושם המצטייר הוא כי "**האמת המשפטית**" היא שמה נחזה להיות כ- "**תקיפה**" על ידי חמש העדות איננו אלא חלק מהמגע המיני המוסכם שבין הנאשם לפלונית. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור המזכר שנערך על ידי השוטר אלכסנדר ריבקיין שחקר את פלונית באותו היום ואשר לפיו "**לא ראיתי על אישה סימני אלימות בזמן העדות**" (ת/3).

ו. סוף דבר

47. לאור כל האמור לעיל הנני קובע כדלקמן:

א. הנני מזכה את הנאשם מהעבירה של מעשה מגונה בכוח לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין.

ב. הנני מרשיע את הנאשם בביצוע עבירה של הפרת צו פיקוח לפי סעיף 22 לחוק ההגנה על

הציבור מפני ביצוע עבירות מין תשס"ו - 2006.

ניתנה היום, כ"ו שבט תשע"ז, 22 פברואר 2017, במעמד הצדדים.