



ת"פ 71403/11/17 - מדינת ישראל נגד מלמד סיני

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 71403-11-17 מדינת ישראל נ' סיני
בפני כבוד השופט איתן כהן

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

מלמד סיני

הנאשם

הכרעת דין

כללי

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום שעניינו מעשה מגונה באישה קשישה כבת 80, דמנטית ולוקה בשכלה אשר בינתיים הלכה לעולמה, עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**").

2. ביום 03.10.2019 הודעתי על הרשעתו של הנאשם בעבירה שיוחסה לו תוך שהודעתי לצדדים שנימוקי הכרעת הדין יישלחו בתוך מספר ימים.

3. להן אפוא הנימוקים להחלטתי.

עובדות כתב האישום

4. על פי עובדות כתב האישום, ביום 13.06.2015 בסביבות השעה 20:00, שהה הנאשם בחדר המיון בבית החולים "שערי צדק" בירושלים. באותה עת הייתה מאושפזת בחדר המיון, מ', ילידת 1936 (להלן: "**הקרבת**" או "**מ**"). מ' סבלה מפיגור שכלי ומדמנציה מתקדמת.

הנאשם ניגש לחדר שבו שהתה מ' ושוחח עמה מספר דקות, שבמהלכן הבין שהיא לוקה בשכלה. כעבור מספר דקות הוריד הנאשם את כל בגדיו וכשהוא עירום, עלה על מ' בזמן שהיא שוכבת על מיטת בית החולים והחל לעסות את גופה, וזאת עד שאחרים הבחינו במתרחש וקראו לאחיות ולאנשי הביטחון של בית החולים.



הנאשם הואשם על שבמעשיו, עשה מעשה מגונה במ' שלוקה בשכלה ושבשל ליקוי זה לא הסכימה לכך.

תשובת הנאשם לאישום

5. הנאשם כפר באשמה והכחיש את המיוחס לו. בתשובתו לאישום טען שביום האירוע הובהל לבית החולים באמצעות אמבולנס, לאחר שנמצא שתוי ברחוב בעקבות שתיית אלכוהול בבית הכנסת. הנאשם היה שרוי במצב שבו לא תיקשר ולא הגיב לסביבה. כאשר הגיע לחדר המיון, שקע במחשבות אובדניות. בעקבות כך נבדק בבדיקה פסיכיאטרית שבה נקבע שעליו להיות תחת השגחה של רצופה. הנאשם חפץ לעזוב את בית החולים, הוריד מעליו את העירוי שקיבל ונטל את בגדיו, כשהוא במצב מעורפל ומבולבל. הנאשם נכנס לחדרה של מ' כדי להחליף את בגדיו, אז פגש בה והחל לשוחח עמה. מ' אמרה לנאשם מילות עידוד, והוא התיישב על מיטתה וליטף את לחייה כאקט של חיבה. הנאשם לא שלל את האפשרות שבאותה עת היה ללא בגדים, אך שלל כל כוונה מינית בקשר למ'. הנאשם כפר בכך ששכב על מ' ובכך שעיסה את גופה, וטען שלא עשה כל מעשה ללא הסכמתה. לטענת הנאשם, הוא לא היה מודע למצבה הקוגניטיבי של מ'.

גדר המחלוקת

6. סלע המחלוקת שבין הצדדים נוגע לשש שאלות מרכזיות כדלקמן:

- א. **המעשים**; האם עשה הנאשם את המעשים שמיוחסים לו בכתב האישום?
- ב. **מצבה הקוגניטיבי של הקרבן**; האם הייתה מ' לקויה בשכלה והאם נשללה בהכרח יכולתה להסכים למגע מיני באופן חופשי רצוני ומודע?
- ג. **מודעות הנאשם למצבה של הקרבן**; האם הוכח שהנאשם היה מודע לליקוי בשכלה של מ' ולחוסר יכולתה להסכים למגע מיני?
- ד. **מצבו של הנאשם**; האם היה הנאשם בשליטה מלאה על מעשיו בעת האירוע וכשיר להחליט החלטה מדעת?
- ה. **מעשה מגונה**; האם המעשים שעשה הנאשם משכללים עבירת מעשה מגונה?
- ו. **מחדלי חקירה**; האם קיימים מחדלים והאם מדובר במחדלים שיש בהם כדי להוביל לזיכיון של הנאשם?



דין והכרעה

אדון בשאלות כסדרן:

האם עשה הנאשם את המעשים שמיוחסים לו בכתב האישום?

7. לאחר שבחנתי את הראיות שהובאו במשפט, מצאתי שהמאשימה הוכיחה שהנאשם עשה את המעשים שיוחסו לו בכתב האישום. בבסיס מסקנתי זו עומד האמון שרחשתי לגרסת עדי התביעה כאשר מנגד החלטתי לדחות את גרסת הנאשם שאותה מצאתי לא אמינה.

ראיות התביעה

8. ראיות התביעה מבוססות על שלושה עדי ראייה אובייקטיביים: אחות חדר מיון שירה שילדס ובני הזוג אביזמר, שבתם אושפזה בחדר הסמוך לחדרה של מ'. השלושה נכנסו לחדר שבו שהו הנאשם ומ' בזה אחר זה, ומסרו בעדותם תיאורים דומים.

9. **אווה אביזמר** הייתה העדה הראשונה לאירוע. העידה שבאותו יום שהתה בחדר מיון יחד עם בעלה ובתה שהייתה מאושפזת בחדר סמוך לחדרה של מ'. סיפרה שחדרה של מ' היה תמיד פתוח ושבחדר דלק אור כל העת. בזמן האירוע, הבחינה שדלת החדר סגורה ושהווילון מוסט למחצה, ובאופן אינטואיטיבי בדקה מדוע הדלת סגורה. כשהסתכלה פנימה ראתה גבר עירום רוכן על מ' בתנוחה של קיום יחסי מין. העידה שלא האמינה שבמקום הומה אדם מתרחש דבר כזה, ועל כן רצה לחדר של בתה לספר על כך לבעלה. סיפרה שבעלה יצא לבדוק את הדברים וחזר ואישר לה שזה מה שראתה. לאחר מכן פנתה לאחות ודיווחה לה שמישהו מקיים יחסי מין בחדר 29, ומיד שבה לחדרה של בתה וסגרה את הדלת. לדבריה, היא ובעלה היו מזועזעים מהמחשבה שבתם שוכבת בחדר סמוך, חסרת יכולת להגן על עצמה (פרוטוקול עמ' 43).

העדה העידה שראתה את הראש, את הגב, ואת הישבן העירום של הנאשם. טענה שמ' הייתה עם רגליים פסוקות והנאשם רכן עליה. בחקירתה הנגדית אישרה שראתה את האירוע "לשבריר שנייה" בלבד, ומסרה שלא נכנסה לחדר אלא הסתכלה פנימה מבעד לוויילון (פרוטוקול עמ' 44).

במענה לשאלות ההגנה, השיבה שלא ראתה את הנאשם מנשק את מ', אך טענה שראתה אותו מתנועע עליה "בתנוחה של יחסי מין... בתנועות של הטוסיק". עוד השיבה שראתה שמ' לבשה חולצה או שמלה עד המותניים, ושרגליה היו פסוקות "בתנוחה של יחסי מין" (פרוטוקול עמ' 44-45).

בחקירתה החוזרת, אישרה שראתה את מ' לאחר האירוע והיא נראתה שלוהה. עוד סיפרה שראתה את מ' גם ביומיים שקדמו לאירוע, אז שכבה במיטה, שרה שירים, בירכה את העוברים והשבים בבריאות טובה ונראתה



שלווה (פרוטוקול עמ' 48).

10. עד הראייה השני היה כאמור **אוריאל אביזמר**, בעלה של אווה. העיד שכאשר שהה בחדרה של בתו, אשתו הפנתה את תשומת לבו לכך שמתרחש לידם מעשה מיני. לדבריו הלך להסתכל וראה גבר שוכב על אישה כשהוא חשוף בישבן ובחלק מגבו. סיפר שלא ראה את ראשיהם אך ראה תנועות של אקט מיני, ראה את שתי רגלי האישה וביניהן את גופו של הגבר. את האקט המיני שראה תיאר כ- "עולה יורד" (פרוטוקול עמ' 49-48).

העד תיאר את מ' כאישה "לא רגילה", אשר מדברת לאוויר ושרה שירים. העריך את גילה של מ' בכ-50, אך העיד שלא ראה אותה וסבר כך רק לפי קולה (פרוטוקול עמ' 49-50).

11. **שירה שילדס**, אחות חדר מיון בבית החולים שערי צדק, הייתה עדת הראייה השלישית. סיפרה שבאותו יום עבדה בדלפק האחיות. בת משפחתה של אחת המטופלות ניגשה אליה וביקשה שתבוא בדחיפות לחדר מספר 29 ואמרה לה שדלת החדר סגורה. העידה שהצוות אינו נוהג לסגור את הווילון ואת דלת החדר אלא אם כן נעשים טיפולים בחדר, וגם אז סוגרים רק את הווילון ולא את הדלת.

את המשך השתלשלות האירוע, תיארה כך:

"כשהגעתי ראיתי שגם הווילון וגם הדלת סגורים. פתחתי את הדלת ואת הווילון וראיתי גבר עירום שוכב על המטופלת שהייתה מאושפזת בחדר במיטה. הוא היה בלי בגדים. ראיתי חולצה, מכנסיים ונעליים על יד המיטה על הרצפה. הוא שוכב על המטופלת פנים מול פנים בתנוחה של יחסי מין... צעקתי עליו רד ממנה עכשיו ויצאתי מהחדר להזעיק אחות אחראית" (פרוטוקול עמ' 17).

בהמשך סיפרה שכאשר אמרה לנאשם לרדת מהמטופלת, הוא השיב שהוא מכיר אותה ושהוא חבר שלה.

כעבור מספר דקות, חזרה לחדר יחד עם האחיות דגנית קובלינר פרידמן, אחראית משמרת, ועם אנשי ביטחון. סיפרה שכאשר הגיעו לחדר, הגבר כבר היה לבוש והוציאו אותו מהחדר. שתי האחיות ניגשו למ' ושאלו אותה האם היא זוכרת מה קרה, והיא בתגובה חייכה. האחיות שאלו את מ' האם היא יודעת היכן היא נמצאת, והיא השיבה שהיא נמצאת במועדון של הספרדים. מכך הבינו שמ' אינה מתמצאת בזמן ובמקום. העדה סיפרה שכאשר ניגשו למ', הבחינו שהטיטול שלה היה פתוח מצד אחד (פרוטוקול עמ' 18).

בחקירתה הנגדית נשאלה האם מ' הייתה מכוסה, והשיבה שלא ראתה זאת וראתה רק את הגב העירום של הגבר. לדבריה, ראתה את פניה של מ', אולם מהזווית שעמדה לא ראתה את כל גופה.

בתשובה לשאלות ההגנה, השיבה שלא ראתה את הנאשם מתחכך במ' ושלא ראתה אותו מתנועע.



בהתייחס לעירום, נשאלה האם ראתה שהנאשם לבש תחתונים והשיבה שהיא אינה יודעת מכיוון שראתה אותו מהמותן ומעלה. לדבריה הנאשם היה עירום בפלג גופו העליון ומכנסיו היו על הרצפה.

12. שני עדים נוספים הגיעו לזירת האירוע לאחר שהסתיים: האחות דגנית, ומאבטח בית החולים חוסין פייסל חיר. עדותם מחזקת את דברי שלושת עדי הראייה דלעיל.

13. הודעת **האחות דגנית** במשטרה (ת/10) הוגשה חלף חקירתה הראשית. בהודעתה מסרה שלאחר שהנאשם שוחרר מבית החולים הוא ביקש להישאר במיון עד צאת השבת. לאחר מכן ביקש ללכת לשירותים והיא ליוותה אותו. כעבור כ-10 דקות קראה לה האחות שירה לחדר מספר 29, עם תלונה על תקיפה מינית. כשהגיעה לחדר תוך מספר שניות יחד עם המאבטח, ראתה את הנאשם עומד ליד המיטה לבוש וסוגר את מכנסיו. אז הורתה לביטחון לקחת אותו ולהישאר צמוד אליו. העדה ניגשה למ' אשר הייתה לבושה בכותנת בית החולים ועליה שמיכה שהייתה מסודרת, שוחחה עמה ונוכחה לדעת שהיא במצב רוח טוב ולא זכרה כל דבר חריג. שאלה את מ' היכן היא נמצאת וזו השיבה שהיא נמצאת במועדון של הספרדים וכולם נחמדים.

בחקירתה הנגדית, סיפרה שכאשר שוחחה עם הנאשם בעת שזה ביקש ממנה להישאר במיון, הוא היה פיכח לגמרי ולא היה מעורפל חושים (פרוטוקול עמ' 12).

כשנשאלה על מצבה של מ' בתום האירוע, השיבה שהיא הייתה במצב רוח טוב, חייכה, לא בכתה ולא צעקה. העידה שמ' דמנטית לחלוטין (פרוטוקול עמ' 13). בחקירתה החוזרת נשאלה שוב על מצבה של מ' והשיבה שבעקבות השיחה עמה הבינה שהיא לא יודעת היכן היא נמצאת. העידה שלא הייתה לה הערכה על מצבה הקוגניטיבי של מ', אך בתוך דקות ספורות היא הבינה שמ' אינה מודעת למצבה כחולה בבית חולים. לדבריה, היא בעלת מיומנות של 20 שנה כאחות ומסוגלת להעריך את מצבו של מטופל בתוך מספר דקות, ולדעת האם הוא מבין מה קורה אתו או לא (פרוטוקול עמ' 15-16).

14. הודעת **המאבטח חוסין** במשטרה (ת/11) הוגשה חלף חקירתו הראשית. בהודעתו מסר שביום האירוע פנתה אליו אחות וביקשה ממנו ללוות אותה לחדר 29 שם משהו מקיים יחסי מין עם חולה. תיאר שכאשר הגיע לחדר, הנאשם כבר היה לבוש, בדיוק סגר את מכנסיו ועדיין לא נעל את נעליו. מסר שהוציא את הנאשם מהחדר ואז נעל הנאשם את נעליו. הנאשם ביקש ממנו לחזור למ' כדי לומר לה שלום ואמר שמ' היא חברה שלו ושזו לא הפעם הראשונה שהוא מדבר אתה.

ראיות ההגנה - גרסת הנאשם

15. הנאשם העיד שבאותה תקופה היה שרוי בדיכאון קשה מאוד, ורצה לאבד את עצמו לדעת בשל קשיים שעמם התמודד. סיפר ששתה לשכרה החל מיום חמישי שלפני האירוע. ביום שבת הלך לבית הכנסת שם המשיך לשתות אלקהוול עד שהתעלף ופונה באמצעות מד"א. זכר שבהמשך פקח את עיניו והתעורר בבית החולים, וחש מעורפל. לאחר מכן הגיע למיטתו פסיכיאטר מבית החולים ושאל אותו האם הוא זקוק לעזרה



בעניין האלכוהול, והנאשם השיב לו שהוא יכול לטפל בעצמו. טען שהשיב כך כי פחד שייקחו אותו (פרוטוקול עמ' 52-53).

בהמשך העיד שרצה לצאת מבית החולים, והתחנן לפני האחות שתשחרר אותו אך לא נענה. אז לקח את בגדיו, התיר את האינפוזיה שהייתה מחוברת לגופו והתכוון לברוח מבית החולים, כשכל אותה עת עדיין חש מאוד מעורפל. בשלב זה נכנס לחדרה של מ'.

את המפגש עם מ' תיאר כך:

"פתאום ראיתי דלת פתוחה, נכנסתי אליה, נכנסתי לחדר, אני פוגש באישה שמדברת אליי בחיבה, בשלום ובברכות. ברגע שנכנסתי, החלוק של הבית חולים היה עליי. ניגשתי, הייתי במצב קשה. לא היה לי עם מי לדבר. האישה הזו פשוט דיברה אליי כאילו היא מכירה אותי שלושים שנה. אמרתי לה כמה מילים, שאני רוצה לאבד את עצמי וקשה לי בחיים. היא מטוב לבה החזירה לי תשומת לב. זה היה משהו של משהו שמושיעים אותו פתאום. האישה הזאת הייתה בשבילי המשיח. ישבתי. הורדתי את מה שהיה עליי שמה, החלוק, ישבתי בצב המיטה שלה והמשכתי לשמוע לה" (פרוטוקול עמ' 53).

בהמשך סיפר שנכנס לחדרה של מ' במטרה להחליף בגדים שכן תכנן לברוח מבית החולים. בחקירתו הנגדית העיד שהוריד מעליו את החלוק כי היה לו חם, וטען שישב מול מ' כשלגופו תחתונים. הנאשם הכחיש שהוריד גם את התחתונים (פרוטוקול עמ' 59).

אשר למגע הפיזי עם מ', תיאר שליטף את לחייה ונגע לה בכתף. כך במילותיו:

"היא אמרה שכואב לה בכתף, יצאתי והסתובבתי ונגעתי לה בכתף. ליטפתי את האישה הזאת בלחי כי זה החמיא לי שהיא דיברה אליי כאילו אנחנו מכירים שלושים שנה. רציתי ללטף אותה מתוך הכרת הטוב... הנגיעה בכתפיים הייתה לפני שהתלבשתי. לא באתי לגעת בה לעשות לה מסאז' או להרגיש את הכתף שלה. אני הרגשתי שאני עושה את זה כדיכול להגיד תודה רבה, תהיי בריאה ושלוש. לא הייתה לי כוונה לעשות מסאז'" (פרוטוקול עמ' 58).

16. גרסת הנאשם בהודעתו מיום 13-14.06.2015 (ת/1 (א-ג)); טען שהייתה אי הבנה לאחר שישב בחדרה של מ' ללא חולצה. לטענתו ישב ליד מ' ושוחח אתה תוך שפתח את ליבו בפניה. הנאשם הכחיש שעשה במ' מעשים מיניים. לטענתו לא הכיר את מ' אלא פגש אותה ביום האירוע. סיפר לה על מצבו והיא שוחחה איתו כאילו היא מכירה אותו "ונתנה לו טיפים". טען שלא היה מגע פיזי בינו ל-מ' מלבד נגיעה בלחי ובכתפיים כאות חיבה. לטענתו מ' אמרה שכואב לה ולכן הוא עיסה אותה. כשנשאל אם לא שם לב לדבר מיוחד ב-מ' השיב שיכול להיות שהיה לה עיוות קטן בדיבור בגלל השיניים. מסר שבעת האירוע היה "מסוחרר ולא בפוקוס". הנאשם הכחיש שהיה ללא מכנסיים וללא נעליים. בהתייחסו לגילה של מ' ולאפשרות שקיים אתה מגע מיני אמר: **"אני לא עשיתי שום דבר, אני אומר לך עוד פעם לא עשיתי שום דבר... אני יש לי לב**



טוב, כשאני רוצה להסתכל על אישה שאני מדבר אתה...אני אמנם בן חמישים ואולי היא בת שישים, שישים וחמש, ודיברתי אתה, ומה, היא אישה מבוגרת, תעשה לי טובה, אני מה אני... יש לי עניין אתה? יש לי משהו אתה?" (ת/1 ג עמ' 6 ש' 2-10).

17. **גרסת הנאשם בהודעתו מיום 15.06.2015** (ת/2); מסר ששוחח עם מ' בעודה שוכבת במיטתה. מ' אמרה לו דברים על עצמו, הבינה אותו ונגעה לליבו וככה התפתחה שיחה.

טען שהעובדה שהיה ללא חולצה אינה מלמדת על כך ששכבו. לטענתו ישב על המיטה בלי חולצה אבל לא עירום. כשעומת עם גרסאות העדים שראו אותו שוכב על מ' כשהוא עירום, טען שאינו זוכר דבר כזה והכחיש ששכב עירום על מ' תוך שהדגיש ואמר "**אין מצב כזה בחיים שאני אשכב עירום מה אני לא מכיר את עצמי**" (ת/2 ש' 124).

הערכת העדויות ומהימנות העדים

18. מצאתי כאמור את עדויות עדי התביעה אמינות ולעומתן הייתה עדות הנאשם זרועת סתירות, לא הגיונית, מבולבלת ולא אמינה.

19. גרסאות עדי התביעה תמכו האחת ברעותה בפרטים מהותיים שמהווים את ליבת האירוע באופן שגיבש מסה ראייתית קריטית שאינה ניתנת לערעור.

כך, תיארו שלושת העדים תיאור דומה של גבר עירום שוכב על אישה בתנוחה של קיום יחסי מין, ובמילותיהם שלהם:

"**ראיתי גבר עירום רוכן עליה וזה היה כאילו מן קיום יחסי מין בתנוחה**" (העדה אווה אביזמר, פרוטוקול עמ' 43);

"**ראיתי מישהו שוכב על האישה, חשוף... ראיתי את שתי רגלי האישה וביניהן הגוף של אותו אדם**" (העד אוריאל אביזמר, פרוטוקול עמ' 48-49);

"**ראיתי גבר ערום שוכב על המטופלת... פנים מול פנים בתנוחה של יחסי מין**" (האחות שירה, פרוטוקול עמ' 17).

כך גם בסוגיית העירום, גרסאות שלושת העדים השתלבו והשלימו האחת את רעותה. העדה אווה העידה שראתה את ראשו של הנאשם ואת גבו וישבנו החשופים; העד אוריאל ראה שהנאשם חשוף בישבן ובחלק מגבו; והעדה שירה ראתה שפלא גופו העליון של הנאשם עירום והביחנה במכנסיו על הרצפה. לכך יש להוסיף את גרסת המאבטח חוסיין שראה את הנאשם רוכס את מכנסיו ובלי שהספיק לנעול את נעליו, ואת גרסת האחות דגנית שראתה את הנאשם רוכס את מכנסיו, עדויות שמחזקות את גרסת עדי הראייה למעשים.



20. אשר לתנועות שעשה הנאשם בעת ששכב על מ', בני הזוג אביזמר העידו שהנאשם התנועע מעל מ' ("תנועות של הטוסיק" כדברי אווה ו-"עולה יורד" כדברי אוריאל). האחות שירה שבאה בשלב מאוחר יותר העידה שלא ראתה את הנאשם מתנועע. כיוון שהעדים מעידים על זמנים שונים, לא מצאתי שמדובר בסתירה.

21. הפנייה המידית והדחופה של העדה אווה לאחות בזמן אמת ודברים שאמרה לה, מלמדים שהייתה תחת הרושם הקשה של המראה שראתה ומצביעים על אותנטיות גרסתה.

22. עדי התביעה השתדלו לדייק ולא הפריזו בתיאוריהם.

כך למשל העידה אווה שראתה את המעשה לשבריר שנייה, שלא ראתה את הנאשם מנשק את מ' ושם' נראתה שלושה לאחר האירוע. כך גם מלמדת תגובתה של האחות שירה, שצעקה על הנאשם והזעיקה מידית את ראש המשמרת-האחות דגנית.

כך העיד אוריאל באופן מדויק על מה שראה ועל מה שלא ראה ועל כך שהעריך שגילה של מ' כ-50 כך על פי קולה לאחר שלא ראה את פניה.

כך גם העידה האחות שירה שלא ראתה את הנאשם מתנועע מעל מ' ומתחכך בה ולא ראתה שהיה עירום בחלק התחתון של גופו אלא ראתה אותו רק מהמותן ומעלה תוך שציינה שמכנסיו היו על הרצפה.

וכך העידו האחות דגנית והמאבטח חוסיין כי בעת שהגיעו לחדר היה הנאשם לבוש.

23. עדי התביעה אינם מכירים את הנאשם ואת מ' ואינם עדים מעוניינים. בדבריהם ובהתנהגותם על דוכן העדים לא גילו מגמתיות כלשהי. בני הזוג אביזמר הם אנשים מן הישוב שנקלעו למקום באקראי. האחיות שירה ודגנית והמאבטח חוסיין, הם אנשי סגל בית החולים. עדויותיהם תמכו האחת ברעותה ולא נסתרו. על כן אין כל סיבה לפקפק במהימנותם, באמינות גרסתם או בשלמות זיכרונם.

24. על כן מצאתי כאמור ליתן אמון מלא בעדי התביעה ובגרסתם.

25. מנגד, לא רחשתי אמון לגרסת הנאשם בכל הנוגע לאופן שבו תיאר את מעשיו.

26. הנאשם הכחיש עובדות מפורשות וחד משמעיות שעליהן העידו עדים אובייקטיביים שמהימנותם אינה מוטלת בספק, דהיינו, ששכב מעל מ' כשהוא עירום וכשרגליה של מ' פסוקות, ותוך שהניע את אגן הירכיים.



משהכחיש הנאשם את הדברים ולא ניסה להסבירם, המסקנה המתחייבת היא שלא אמר אמת בגרסתו.

כך גם מסר הנאשם בכזב למאבטח בית החולים חוסיין חיר שהוזעק לחדרה של מ' והוציא אותו מחדרה, שמ' היא חברתו, שהוא מכיר אותה ואין זו הפעם הראשונה שהוא משוחח אתה (ת/11 ש' 12-14). דברים אלה אינם עולים בקנה אחד עם גרסתו שלו בהודעתו ובעדותו.

וכך גם שיקר לאחות שירה שהעידה שכאשר אמרה לנאשם לרדת מהמטופלת, הוא השיב שהוא מכיר אותה ושהוא חבר שלה.

27. גם השוואה בין עדותו להודעותיו מעלה סתירות ואי דיוקים בעניינים מהותיים הפוגמים בגרסתו של הנאשם ומחלישים אותה:

א. בעדותו טען הנאשם שנותר עם תחתונים בלבד ושבסוף האירוע קם, התלבש, נעל נעליים ולבש מכנסיים (פרוטוקול עמ' 54) ואילו בהודעותיו טען שהיה רק ללא חולצה (ת/1 א ש' 45-46).

ב. בעדותו הכחיש שמ' הזמינה אותו לשבת על מיטתה (פרוטוקול עמ' 57) בעוד שבהודעתו אישר לשאלת החוקר שמ' הזמינה אותו לשבת על המיטה (ת/1 ג עמ' 18 ש' 21-22).

ג. בעדותו טען שישב ליד מ' על מיטתה (פרוטוקול עמ' 53), ואילו בהודעתו טען שישב ליד מ' אולם בהמשך החקירה סיפר ששכב לידה (ת/1 ג עמ' 5 ש' 35).

ד. בתשובתו לאישום כפר בכך שעיסה את מ' וטען שרק ליטף את לחייה, בעוד שבהודעותיו ובעדותו אישר שנגע בכתפה של מ' ועיסה אותה (ראה למשל ת/1 ג עמ' 7 ש' 19; ופרוטוקול עמ' 53).

ה. בעדותו טען שעיסה את מ' בכתפה כי אמרה שכואב לה ובהמשך סתר את עצמו וטען שעשה זאת כדי לומר לה תודה רבה ושלו (פרוטוקול עמ' 58).

28. על יסוד האמון שנתתי בעדויות עדי התביעה ועל יסוד עובדות שבהן הודה הנאשם בהודעתו, אני קובע שהנאשם עשה את המעשים כדלקמן:



הנאשם ניגש לחדר שבו שהתה מ' ושוחח עמה מספר דקות, שבמהלכן הבין שהיא לוקה בשכלה. כעבור מספר דקות הוריד הנאשם את כל בגדיו וכשהוא עירום, עלה על מ' בזמן שהיא שוכבת על מיטת בית החולים, שכב בין רגליה והחל לעסות את גופה ולאחר מכן לנוע מעליה בתנועות משגל. הנאשם חדל ממעשיו לאחר שאחרים הבחינו במתרחש וקראו לאחיות ולמאבטח.

מצבה הקוגניטיבי של הקרבן; האם הייתה מ' לקויה בשכלה והאם נשללה בהכרח יכולתה להסכים למגע מיני באופן חופשי, רצוני ומודע?

29. המחלוקת השנייה שבין הצדדים מתייחסת למצבה הקוגניטיבי של מ'. דהיינו, האם הוכח שמ' סובלת מליקוי בשכלה אשר מנע ממנה להסכים באופן חופשי, רצוני ומודע למגע מיני עם הנאשם. לאחר שבחנתי את הראיות הנוגעות לשאלה זו מצאתי שהמאשימה עמדה בנטל המוטל על שכמה והוכיחה זאת ברף הנדרש בפלילים.

סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין קובע שמוטלת אחריות פלילית על מעשה מיני בחסרת ישע, אם נעשה: **"תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא הייתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית"**.

בתיק תפ"ח (י-ם) 35907-02-17 **מדינת ישראל נגד אלבז** (26.06.2019) (פסק דינו של כב' השופט א' אברבנאל), סקר בית המשפט המחוזי בירושלים את ההלכות הידועות בעניין יסוד "הניצול". על פי ההלכות, אי הבנתה של הלקויה בשכלה את משמעותם הפיזית או החברתית של יחסי מין תספיק להוכחת ניצול הליקוי השכלי של האישה. אמנם נאמרו הדברים בנוגע לעבירת האינסול אולם יפים הם גם לעבירת מעשה מגונה בנסיבות של ניצול הליקוי השכלי של הקרבן. בלשון פסק הדין נאמרו הדברים כך:

"בע"פ 406/88 עקארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו 05, 840, נקבע כי "אישה 'לקויה בשכלה' לעניין סעיף 346 לחוק העונשין, היא אישה אשר אינה מסוגלת להבין את מהותם ותוצאותיהם הפיזיות או את משמעותם ותוצאותיהם החברתיות של יחסי המין". בעקבות פסק הדין בעניין עקארי תוקנה הוראת החוק באופן שאינו אוסר באופן גורף קיום יחסי מין עם לקויה בשכלה או בנפשה, ובלבד שהליקוי שממנו היא סובלת אינו מונע ממנה לתת הסכמה חופשית ליחסי המין.

בע"פ 1274/00 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 349 נקבע כי "לאחר שתוקן החוק בשנת תשמ"ח, אין עוד החוק קובע איסור על גבר שיוזע על ליקוי שכלי או נפשי של אישה לקיים עמה יחסי-מין. עתה האיסור מופנה כנגד בעילת אישה הנעשית תוך ניצול היותה לקויה בשכלה, או תוך ניצול פגם או חולשה אחרת הפוגמים בכושרה להסכים למעשה" (ההדגשה במקור).

בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי המבחן שנקבע בעניין עקארי הורחב בתיקון לחוק: "כיום אין החוק מתבסס עוד על הנחה של ניצול הנובע מעצם הליקוי השכלי, שכן נקבע בו כי ניצול הליקוי השכלי הוא יסוד מיסודותיה של העבירה. נוכח הוספת יסוד ה'ניצול'



נוצר מצב שהעבירה אינה תלויה עוד בהנחה שהניח המחוקק ביחס לאישה לקויה בשכלה. לב-לבה של עבירת האינוס הוא קיומם של יחסי-מין -המוגדרים בחוק - בהיעדר הסכמתה החופשית של האישה. ההוראות הקבועות בסעיף 345(א) קובעות חלופות של אפשרויות שבהן אין הסכמה מצד קורבן העבירה למעשה המיני" (ההדגשה במקור). מכאן שבעקבות תיקון הוראת החיקוק האמורה עבר מרכז הכובד לבחינת השאלה אם "נתנה הסכמה חופשית, רצונית ומודעת למעשה המיני". נקבע כי כפי שהיה בעבר - אי הבנתה של הלוקויה בשכלה או בנפשה את משמעותם הפיזית או החברתית של יחסי מין תספיק להוכחת ניצול הליקוי השכלי של האישה, ואולם מבחן זה הורחב, ולאחר תיקון החוק "גם מקום שאישה אינה לקויה בשכלה במובן הצר של מבחן עקארי, אפשר שתבוצע בה עבירה של אינוס כמשמעותה בסעיף 345(א)(4) עקב היותה לקויה בשכלה, וזאת בהתקיים יסוד הניצול".

30. ההגנה טענה שלא הובאו ראיות המוכיחות שמ' לוקה בשכלה, שכן מ' עצמה לא נחקרה, לא נחקרה הרופאה המטפלת בה וכך גם לא נחקרו בני משפחתה. לטענת ההגנה, המאשימה לא פיזרה את הערפל מעל מצבה של מ' ועל כן אין לבית המשפט די כלים להתרשם ממצבה. כך גם נטען שלא הוכח שמצבה של מ' מנע ממנה להסכים לקיומם של יחסי מין עם הנאשם.

מנגד טענה המאשימה שניתן ללמוד על מצבה של מ' ועל חוסר יכולתה להסכים למגע מיני מהמסמך הרפואי שהוגש בעניינה ומהתרשמותם של עדי התביעה.

31. מטעם התביעה הוגשה תעודת רפואית מיום 06.01.2016 (ת/13) שנערכה בידי ד"ר אספירה קימאיגרוב מבית האבות ובית החולים הסייעודי "שיבה טובה" שבו התגוררה וטופלה מ'. בתעודה תיארה ד"ר קימאיגרוב את מצבה של מ', כך (ההדגשה אינה במקור):

"מדובר במטופלת בבת (צ"ל: "כבת" - א"כ) 80, הושהה (צ"ל: "השוהה" - א"כ) במחלקת תשושים מזה כ-10 שנים. ברקע ידוע על פיגור שכלי, דמנציה מתקדמת על רקע וסקולרית, סוכרת מסוג 2, יתר לחץ דם. מבחינה קוגניטיבית - המטופלת משתפת פעולה באופן מלא. התמצאות בזמן ובמקום חלקית עם טעויות גסות, זיכרון לטווח קצר לקוי. לא הצליחה במשימות ריכוז וחישוב כלל. שיום תקין. ביצעה 2 מתוך 3 הוראות רב לשביות. לא הבינה את משמעות המשפט שהיא קראה. במיני מנטל לפני 6 חודשים קיבלה ציון 11 מתוך 30 כשהנורמה לפי גיל והשכלה הוא 26. מבחינה תפקודית אוכלת לבד עם עזרה חלקית. עצמאית בהליכה. שולטת על הסוגרים (מתן שתן וצואה) זקוקה לעזרה חלקית ברחצה ולבוש".

32. רס"ר דורון ברוך, שוטר סיור, העיד שביום האירוע נקרא לטפל באירוע בבית החולים. ברוך פגש תחילה את הנאשם ואז פנה לפגוש את מ'. על המפגש עם מ' העיד כך:

"ניגשתי לחדר נפרד בחדר המיון כדי לפגוש את הקורבן. שם פגשתי באחות בית החולים שהצביעה לי



על המטופלת, ניגשתי אליה הצגתי את עצמי, לא כ"כ היה עם מי לדבר. כלומר, לא ניתן היה לתחקר אותה ברמה של האירוע. גם לשלום וערב טוב היא לא ענתה לי. האחות של בית החולים אמרה לי "אין עם מי לדבר, אתה לא יכול לגבות ממנה הודעה", היא אמרה שהיא לא כשירה בעצם, חסרת ישע" (פרוטוקול עמ' 39).

בהמשך העיד שהעביר את העניין לטיפול החקירות כיוון שלא הצליח לתחקר את הקורבן.

33. החוקרת אדנץ אלמיהו שהגיעה לבית החולים ביום 14.06.2015 כתבה במזכרה כך:

"בשיחה עם מ' כאשר שאלתי אותה איפה היא נמצאת הנ"ל ענתה לי שהיא נמצאת במועדון של הספרדים, ואם היו לה מבקרים אתמול הנ"ל מסרה שכן שהגיע בחור לבקר אותה ושהם ישבו במועדון לדבר" (ת/12).

34. האחות דגנית העידה על מצבה של מ' מיד לאחר האירוע, כך:

"ניגשתי למטופלת אשר כבר הייתה לבושה בכותונת של בית חולים...דיברתי עם המטופלת שהייתה במצב רוח טוב ולא זכרה שום דבר חריג. שאלתי את המטופלת איפה היא נמצאת כדי לדעת אם היא מודעת למעשה לזמן ומקום היא אמרה שהיא נמצאת במועדון של הספרדים וכולם נחמדים" (ת/10 ש' 14-20).

בעדותה נשאלה דגנית מה היא יודעת לגבי מ' והשיבה:

"מהשיחה שלי אתה, הבנתי שהיא לא יודעת איפה היא נמצאת. מעבר לכך, לא הייתה לי הערכה לגבי מצבה הקוגניטיבי אבל ברור לי שהיא לא הייתה מודעת למצב שלה כחולה בבית חולים.

ש. כמה זמן לקח לך להבין שזה המצב שלה.

ת. שתיים שלוש דקות" (פרוטוקול עמ' 15).

בהמשך, מסרה:

"... ניגשתי אליה והייתי צריכה להעריך את מידת יכולתה להבין אך מה שקרה ובשיחה של שתיים שלוש דקות הבנתי שהיא לא מודעת למצבה" (פרוטוקול עמ' 16).

ובהמשך העידה:

"בעבודה היום-יומית שלי במיון שיש לי זמן קצר מאוד להעריך את יכולת ההבנה של מטופל, יש לי את



המיומנות שלי של 20 שנה של אחות חדר מיון בשביל להעריך מצב, האם מטופל מבין מה קורה אתו... יש לי מיומנות להעריך מטופל במספר דקות ולדעת אם הוא מסוגל להבין מה קורה אתו כן או לא" (פרוטוקול עמ' 16).

35. **האחות שירה** העידה על שיחתה עם מ' לאחר האירוע כך:

"שאלנו אותה אם היא זוכרת מה קרה, היא חייכה, ושאלנו אותה אם היא יודעת איפה היא נמצאת, אמרה שהיא נמצאת במועדון של הספרדים וכך הבנו שהיא לא מתמצאת בזמן ובמקום" (פרוטוקול עמ' 18).

וכן:

" אני זוכרת שהייתה אבחנה של דמנציה בבית אבות" (פרוטוקול עמ' 18).

36. בני הזוג אביזמר העידו על מצבה של מ' כך:

אוריאל אביזמר העיד:

" ... האישה הזאת לא הייתה רגילה, מדברת לאוויר, שרה כל מיני שירים, אפשר להבין שזו לא אישה רגילה, אני לא רוצה להגדיר במונחים רפואיים אבל לא רגילה" (פרוטוקול עמ' 49).

אווה אביזמר העידה:

" אני לא דיברתי אתה. היא הייתה כמו שמחה, שרה, כל הזמן צוחקת ומברכת את האנשים שאלוקים יעזור להם וירפא אותם בווריאציות שונות של ברכות.

ש. מתי זה היה?

ת. כשאנשים עברו. גם אחיות, גם כוח עזר, ואנשים שעברו ליד החדר שלה. היא פשוט צעקה. היא שכבה תמיד וצעקה מהחדר כלפי חוץ. היינו יומיים בחדר מיון ושכנים של הגברת הזאת" (פרוטוקול עמ' 44).

37. צודק ב"כ הנאשם בטענתו שהיה על החוקרים לכל הפחות לזמן לחקירה את הרופאה המטפלת ב-מ' ולשאול אותה מפורשות אם במצבה הייתה היא מסוגלת להבין את משמעותם הפיסית והחברתית של יחסי מין והאם יכולה הייתה להסכים באופן מודע, רצוני וחופשי למגע מיני. כך גם ניתן היה לחקור בני משפחה קרובים כדי לקבל נתונים רבים יותר אודות מצבה של מ'.



מדובר במחדל חקירתי שככלל, בכוחו להוביל לזיכוי של נאשם.

דא עקא שהרופאה המטפלת לא זומנה לחקירה והחוקרים הסתפקו במסמך ששלחה לבקשתם, ללא ששאלו אותה מפורשות את השאלות הנדרשות, וללא שוידאו שהיא בעלת המומחיות הנדרשת לשם מתן חוות דעת מומחה בשאלות אלה.

ברם במקרה שלפניי אין במחדל זה להוביל לזיכוי הנאשם.

הראיות על מצבה של מ' מגיעות משני כוונים שונים - הן מהתעודה הרפואית שלפיה מ' סבלה מפיגור שכלי ומדמנציה, שהשילוב שבין שניהם מלמד על מצבה הקוגניטיבי הירוד - והן מהתרשמותם הישירה של שוטרים, אנשי הצוות הרפואי ואזרחים שפגשו במ' והעידו כולם כאחד על התרשמותם ממנה באופן שתומך במסקנה שמצבה לא אפשר לה להבין במה מדובר ולהסכים לכך.

דומה שהתמונה הראייתית המצרפית מובילה למסקנה מוצקה שמ' לא הבינה היכן היא נמצאת, לא התמצאה בזמן, לא הבינה את הסיטואציה החברתית שבה נטלה חלק בכל רגע נתון ואמרה דברים חסרי היגיון ונטולי הקשר, ועל כן לא היה ביכולתה להבין דברים לאשורם ולהסכים למגע מיני באופן חופשי רצוני ומודע.

38. לפיכך קבעתי שהמאשימה הוכיחה את ליקויה השכלי של מ' ואת חוסר יכולתה להסכים למגע מיני, כדבעי.

מודעות הנאשם למצבה של הקרבן; האם הוכח שהנאשם היה מודע לליקוי בשכלה של מ' ולחוסר יכולתה להסכים למגע מיני?

39. לאחר שבחנתי את הראיות שהובאו במשפט בנוגע למחלוקת השלישית ובפרט את גרסתו של הנאשם בחקירתו ובעדותו, אני קובע שהנאשם היה מודע לליקוי השכלי של מ' ומודע לחוסר יכולתה להסכים באופן חופשי, רצוני ומודע למגע מיני.

40. הנאשם העיד שלא הבחין במצבה של מ' וכך תיאר את הדברים במילותיו:

"לא הבנתי גם מה מדובר על האישה הזו אם היא כזאת או אחרת. אם הייתי מרגיש שיש לה משהו בראש, לא הייתי נשאר שם חצי שנייה עם כל המצב שהייתי בו. בכל זאת, יש לי רגש עוד... דיברנו בערך רבע שעה. לא שמתי לב שמשהו לא בסדר אתה" (פרוטוקול עמ' 61).

כשעומת עם עדויות עדי התביעה, אשר העידו שהבינו שמ' "לא בסדר" כבר לאחר ששאלו אותה שאלה אחת בלבד, השיב:



"נכון אבל אני לא הבנתי בגלל המצב שהייתי שרוי בו. אני לא מאחל לאיש להיות במצב דכאוני ולצרוך אלכוהול בגלל זה, אתה לא יכול להבחין בדבר כזה כשאתה במצב כזה. כשיש מילה טובה ואדם שאומר לך במצב הזה דברים טובים אתה נמשך אליו" (פרוטוקול עמ' 61).

41. בהודעותיו של הנאשם במשטרה ת/1 (א-ג) ו-ת/2 עמד הנאשם על גרסתו שלפיה לא הבין שמ' לקויה בשכלה והתרשם שיש ל-מ' רק עיוות קטן בדיבור בגלל שיניה.

42. הנאשם הכחיש מעשים מפורשים וחד משמעיים שעליהם העידו עדי תביעה אובייקטיביים אשר עדותם אינה מוטלת בספק - בני הזוג אביזמר והאחות שירה. מדובר במעשים המצויים בליבת האירוע ואינם שוליים. כך הכחיש ששכב על מ' כשרגליה פסוקות, הכחיש שהיה עירום בחלק התחתון של גופו והכחיש שעשה תנועות משגל.

43. יתרה מכך, הנאשם שיקר בדבריו למאבטח בית החולים חוסיין חיר שהוזעק לחדרה של מ'. הנאשם אמר לחיר שמ' היא חברתו, שהוא מכיר אותה, ושאלו הפעם הראשונה שהוא משוחח אתה (ת/11 ש' 12-14). דבריו אלה אינם מתיישבים עם גרסתו בהודעותיו ובעדותו.

כך גם שיקר הנאשם לאחות שירה שהעידה שכאשר אמרה לנאשם לרדת מהמטופלת, הוא השיב שהוא מכיר אותה ושהוא חבר שלה.

44. שקרי הנאשם וניסיונו להטעות את מאבטח בית החולים ואת האחיות הם בבחינת התנהגות מפלילה שיש בה כדי להצביע על תחושת אשמה. ניתן להסיק מהתנהגות מפלילה זו שהנאשם הבין את הפסול שבמעשיו ועל כן שיקר תוך ניסיון להסתיר את החלקים הבעייתיים שבמעשיו.

45. על אלה יש להוסיף את גרסת הנאשם עצמו שטען ששוחח עם מ' כרבע שעה - זמן ארוך דיו שאפשר לו להתרשם ממצבה, ואת התרשמותם של עדים אובייקטיביים - אזרחים, שוטרים ואנשי הצוות הרפואי שהעידו כולם כאחד על הקלות הרבה שבה ניתן היה להתרשם ממצבה של מ', באופן שמעמיד את טענותיו של הנאשם בחזקת אי אמינות.

די בכל אלה כדי להוכיח שהנאשם היה מודע לליקוי בכושרה השכלי של מ'.

46. אשר למודעותו של הנאשם לחוסר יכולתה של מ' להסכים למגע מיני, זו מוכחת באמצעות חזקה שבעובדה שלפיה אם היה הנאשם מודע לליקוי השכלי, חזקה היא שהיה מודע גם לחוסר היכולת ליתן הסכמה כאמור והנאשם הוא שנושא בנטל הפרכתה.



בי' קדמי "על הדין בפלילים" מהדורה מעודכנת תשס"ו - 2006 נאמרו בעניין זה דברים כהאי לישנא:

"הלכה למעשה, כך מתבקש, לכאורה, מן הפסיקה, די בהקשר זה שבהוכחת בעילה אגב "מודעות" להיות הנבעלת חולת נפש או לוקה בשכלה כדי לעמוד בנטל הראייה לכאורה של דרישת המודעות כלפי כוחם של המחלה או הלקוי הנפשי לשלול מתן הסכמה חופשית לבעילה; כאשר על הנאשם נטל הראייה להפרכת המודעות כאמור, או לפחות להעמיד בספק את המודעות לכוחם של המחלה או הליקוי לאפשר מתן הסכמה חופשית" (שם, עמ' 1388. ההדגשה במקור).

אמנם נאמרו הדברים בנוגע לעבירת האינוס אולם כוחם יפה גם לעבירות מעשה מגונה בנסיבות של ניצול ליקוי שכלי.

47. הנאשם לא עמד בנטל הפרכת החזקה. גרסתו בעניין מודעותו למצבה של מ' הייתה מנותקת מסימנים שהיו ברורים ונהירים לכל בר בי רב, בלתי גיונית ובלתי סבירה ואשר זולת דבריו, לא נתמכה בכל ראייה אחרת.

48. לפיכך קבעתי אפוא שהנאשם היה מודע לליקוי השכלי של מ' ולחוסר יכולתה להסכים למגע מיני עמו.

מצבו של הנאשם; האם היה הנאשם בשליטה מלאה על מעשיו בעת האירוע וכשיר להחליט החלטה מדעת?

49. בהקשר למחלוקת הרביעית הכרעתי שהמאשימה הוכיחה שהנאשם שלט במעשיו בזמן האירוע והחליט החלטה מדעת.

50. מחלוקת זו נגעה כאמור למצבו של הנאשם בעת האירוע. לטענת ההגנה, היה הנאשם במצב קשה בעת שהגיע לבית החולים, ולא ניתן לקבוע שהתאושש לחלוטין עד השעה 20:00 אז התרחש האירוע. נטען שלא נערכה לנאשם בדיקת אלכוהול, וכך גם לא נחקרו אנשים שטיפלו בו באותו יום שיכולים היו להעיד על מצבו. מנגד טענה המאשימה שפסיכיאטר מבית החולים בדק את הנאשם זמן קצר לפני האירוע, וקבע שהוא כשיר להחליט החלטה מדעת.

51. בדיווח מטעם מגן דוד אדום (ת/3), אשר פינה את הנאשם לבית החולים תואר מצב הכרתו של הנאשם כ- "מעורפל", לאחר שנבדק בשעה 14:10. עוד נכתב בדיווח: "הנ"ל נמצא ע"י עוברי אורח שוכב על המדרכה, מעט ריח אלכוהול נודף מפיו. הנ"ל אינו מגיב כלל...".

52. במסמכים מטעם בית החולים שערי צדק (ת/4), תואר מצבו הכללי של הנאשם בשעה 14:30 עת שהה בחדר המיון כ- "שקוע, לא מגיב".



53. מסמך נוסף מטעם בית החולים שערי צדק, שכותרתו "קבלה סיעודית" (5/ת) משעה 14:42 מתאר את מצב הכרתו של הנאשם כ- "מעורפלת". בסיבת ההפניה/ הגעה נכתב: "נמצא ברחוב מעורפל נכרה (צ"ל הכרה - א"כ), הובל ע"י מד"א, מגיב למגע, עיניים פתוחות לחמצית (צ"ל למחצית - א"כ), נצפה קצף של רוק בפכה (צ"ל בפה - א"כ)". ובהמשך, תחת "מצב מנטלי" נכתב: "לא תקין, בלכול".

54. במסמך נוסף מטעם שערי צדק -גיליון חדר מיון (ת/6), נרשם תיעוד משעה 16:40 שלפיו הנאשם סיפר שהוא רוצה למות, ובהמשך בשעה 18:00 נכתב שהגיעה שמירה עבור הנאשם.

55. בטופס בקשה לשמירה של בית החולים שערי צדק (ת/7) נכתב: "כעת מתאושש בהדרגה, מבקש למות ואומר שרוצה להתאבד. בייעוץ פסיכיאטר ד"ר גרופ יש צורך בשמירה".

56. פסיכיאטר בית החולים ד"ר קרניליוס גרופ בדק את הנאשם והעיד במשפט. ד"ר גרופ ערך מסמך דיווח שבו נרשם סיכום הייעוץ הפסיכיאטרי לאחר שבדק את הנאשם (ת/8). על פי הדיווח, בדק ד"ר גרופ את הנאשם בשעה 19:11 וחתם על הטופס בשעה 19:29. מדובר אם כן בזמן קצר מאוד לפני האירוע, שהתרחש בשעה 20:00 לערך.

תחת הכותרת "בדיקה גופנית וממצאי עזר", כתב ד"ר גרופ את הדברים הבאים: "בבדיקה: בהכרה מלאה. מתמצא בזמן, במקום ובסיטואציה. אפקט מצומצם, מעט דיספורי, מתוסכל. ללא הפרעה בולטת בהליך החשיבה פרט להאטה ודלות... ללא ליקוי שכלי עמוק. שיפוט: שמור. תובנה חלקית" (ההדגשות אינן במקור).

תחת הכותרת "מסקנה והערכה", נכתב: "[...] אומר שרוצה להתחיל "פרק חדש בחיים" ולעשות מאמץ להיגמל. אין עילה לאשפוז פסיכיאטרי כפוי. כשיר להחליט החלטה מדעת" (ההדגשה אינה במקור).

עוד נכתב שהנאשם אומר שהוא מעוניין בגמילה ומבין שגמילה זו דרך ארוכה ולא קלה, והוא בוחר בה על פני התאבדות כל עוד יש לו תקווה לשנות את דרכו.

כן הוגשה תכתובת בין ד"ר גרופ למשטרה (ת/9) שבה נרשמו מספר הבהרות. ד"ר גרופ נשאל עד כמה היה הנאשם שיכור או פיכח בעת שנבדק, ועד כמה הבין את הנעשה סביבו כאשר שוחרר. עוד נשאל מדוע הומלץ על אשפוז בשמירה. בתשובתו חידד ד"ר גרופ את דבריו וכתב שהשיפוט של הנאשם בעת הבדיקה היה שמור. בהתייחס לשאלת השמירה השיב שהנאשם היה אובדני והיווה סכנה לעצמו.

57. ד"ר גרופ עומת בעדותו עם הטענה שלפיה לא עמדה לנגד עיניו בדיקת אלוהול של הנאשם שהייתה מעידה על רמת האלוהול בדמו. על כך השיב שאין רלוונטיות לבדיקה שכזו. לדבריו, הנאשם הגיע לחדר המיון במצב של הרעלת אלוהול אולם כאשר נבדק על ידו כבר לא היה באותו מצב. העיד שהנאשם לא היה



מחוסר הכרה ואף דיבר לעניין. כשנשאל אם אין משמעות לרמת אלכוהול גבוהה מהנורמה, השיב:

"מה שלי חשוב שאם הבדיקה שלי אומרת שהאדם כשיר הוא לא נמצא בהרעלת אלכוהול חריפה. האלכוהול לא משפיע על שיקול הדעת שלו" (פרוטוקול עמ' 11).

כשנשאל על כך שכתב בדיווח את המילים "ללא ליקוי שכלי עמוק", השיב שזו צורה מנומסת לומר שאדם הוא "לא מבריק במיוחד" (פרוטוקול עמ' 9).

58. איתרע מזלו של הנאשם ופסיכיאטר בית החולים בדק את השאלה שבמחלוקת אך זמן קצר לפני האירוע. התרשומת שערך ד"ר גרופ כמו גם עדותו בבית המשפט, הסירו את הספקות בנוגע למצבו של הנאשם וביססו כדבעי את המסקנה שהיה ביכולתו להחליט החלטה מדעת על עשיית המעשה דהיינו להבין את המעשה ואת הפסול שבו או להימנע מעשייתו. קביעותיו של ד"ר גרופ מתייחסות לפרק הזמן הקצר שקדם לאירוע בהבדל מכל מקורות המידע האחרים שבידינו שהתייחסו לשעות מוקדמות יותר שהיו סמוכות לאשפוזו של הנאשם.

59. חיזוק לקביעת הפסיכיאטר מצאתי בעדותה של האחות דגנית אחראית המשמרת בחדר המיון, שמסרה שכאשר שוחחה עם הנאשם בעת שזה ביקש ממנה להישאר במיון, התרשמה שהוא פיכח לחלוטין ולא היה מעורפל חושים (פרוטוקול עמ' 12).

60. חיזוק נוסף מצאתי בהודעות הנאשם במשטרה ובאופן שבו תיאר את האירוע שם. עיון בהודעות מלמד שהנאשם העתיר בגרסתו פרטים רבים, גילה בדבריו עקביות לגבי מירב הפרטים, ועמד על גרסתו גם כשאותגר בשאלות נוקבות.

61. לפיכך קבעתי אפוא שהנאשם היה כשיר להחליט החלטה מדעת בעת האירוע.

מעשה מגונה; האם המעשים שעשה הנאשם משכללים עבירת מעשה מגונה?

62. לאחר שבחנתי את הראיות שהובאו במשפט ובכלל זה את טיב המעשים ואופיים הגעתי לכלל מסקנה שמעשיו של הנאשם עונים על הגדרת "מעשה מגונה" ונעשו לשם גירוי מיני או סיפוק מיני.

63. כידוע, מוגדר מעשה מגונה בסעיף 348(ו) לחוק העונשין כמעשה "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". דהיינו, מדובר בעבירת התנהגות שלשם הוכחתה נדרש יסוד נפשי מיוחד מסוג מטרה.

ההלכה הפסוקה גובשה בע"פ 6255/03 פלוני נגד מדינת ישראל (16.02.2004). שם, בהתייחס ליסוד העובדתי, קבע בית המשפט מבחן אובייקטיבי לטיב המעשה דהיינו מדובר על מעשה שבנסיבות העניין מהווה בעיני האדם הסביר מעשה מגונה ובלבד שנעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני.



בהתייחס ליסוד הנפשי בעבירה, נאמר בפסק הדין (כב' השופט חשין) כך:

"מילת המפתח היא המילה 'לשם', 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 יעשה 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 כיוון להשיג אחת משלוש המטרות המנויות בחוק".

עוד עמד בית המשפט העליון בפסק הדין על יחסי הגומלין שבין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעבירה זו, באומרו שהיסוד הנפשי חודר על דרך האוסמוזה אל היסוד העובדתי והיסוד העובדתי עשוי לשנות את צבעיו על פי היסוד הנפשי.

בפסיקה נקבע כי גם מעשה תמים לכאורה ייחשב למעשה מגונה מקום שבו מכלול נסיבות העניין שוללות את אופיו התמים (עיין ברע"פ 5603/15 **אמיר נגד מדינת ישראל** (17.09.2015) שם דובר בין היתר על ליטוף ראש, חזה ושכם של קטין).

הכוונה המינית יכול שתוכח מטיב המעשה, מדברי הנאשם עצמו או שתוסק מהעובדות והנסיבות שהוכחו תוך בחינתן במאזני הסבירות וההיגיון (עיין בע"פ 5757/00 **פלוגי נגד מדינת ישראל** (02.12.2009)).

64. משנתתי דעתי למעשים - טיבם ואופיים - שכיבה על הקרבן כשרגליה פסוקות וכשהנאשם עירום תוך עשיית תנועות של משגל ועיסוי הקרבן בכתפיה, באתי למסקנה שהוכח במידה הנדרשת בפלילים שמעשיו של הנאשם היו מיניים ומגונים, ופשיטא שגם כוונותיו היו מיניות והמעשים שעשה במ' נעשו לשם גירוי מיני או סיפוק מיני.

מחדלי חקירה; האם קיימים מחדלים והאם מדובר במחדלים שיש בהם כדי להוביל לזיכויו של הנאשם ?

65. מצאתי שהיו ליקויים ומחדלים בחקירה אולם לא מצאתי שיש באלה להוביל לזיכויו של הנאשם לאחר שאלה לא קיפחו את הגנת הנאשם במידה שמחייבת את זיכויו ולאחר שהמאשימה הניחה תשתית ראייתית מספיקה, בהבדל ממקסימלית, להרשעתו.

66. כידוע, אין במחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזיכויו של נאשם, אם חרף מחדלי החקירה הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו.



השאלה שאותה נדרש בית המשפט לבחון היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו.

בע"פ 2840/17 **ניאזוב נגד מדינת ישראל** (07.05.2018) (בפסקה 73 לפסק דינו של כב' השופט נ' סולברג) סוכמו ההלכות הידועות בנושא מחדלי חקירה כדלקמן:

"נקודת המוצא ידועה: "מטרתה של החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו" (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 20 (4.6.2006)). יחד עם זאת, "מחדלי חקירה אין בהם כשלעצמם כדי להביא לזיכוי של נאשם, אם חרף מחדלי החקירה הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו" (דב"י בע"פ 8447/11 סולימאן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 24 והאסמכתאות המובאות שם (24.9.2012); כמו כן ראו: ע"פ 8187/11 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 38 (19.8.2013) (להלן: עניין פלוני)). "השאלה אותה נדרש בית המשפט לבחון היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו" (ע"פ 2694/14 חדאד נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 89 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (6.9.2016); כמו כן ראו: ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה נב (15.2.2016)). נפקותו של מחדל החקירה תלויה אפוא, "בתשתית הראייתית שהניחה המאשימה ובספקות אותם מעורר הנאשם, והמסקנות תלויות בנסיבותיו של כל עניין ועניין" (עניין פלוני, פסקה 38)".

67.ב"כ הנאשם הצביע בסיכומיו על מחדלי חקירה אשר לשיטתו פגמו ביכולתו של הנאשם להתגונן. בטיעוניו טען למחדלים הבאים:

- א. אי בדיקת מצלמות בחדרה של מ'.
- ב. טענות בדבר אי מיצוי החקירה בנוגע למ': האם אכן לוקה היא בשכלה והאם לא הייתה כשירה להסכים למגע מיני; מ' לא נחקרה; האחות נעמה ששוחחה עם מ' לא נחקרה; ילדיה של מ' לא נחקרו.
- ג. אי מיצוי החקירה בנוגע למצבו של הנאשם: לא נערכה בדיקת אלכוהול לנאשם; לא נחקרו אנשים על מצבו.
- ד. קלטת שמתעדת את חקירתו השנייה של הנאשם, אבדה.
- ה. חקירת הנאשם במשטרה הייתה לא הוגנת, אגרסיבית, משתלחת ואלימה.



68. אשר לבדיקת **המצלמות בחדרה של מ'**, מהראיות שהובאו במשפט עולה שאין מצלמות בחדרי החולים (ראה עדותה של האחות דגנית - פרוטוקול עמ' 15; עדותה של החוקרת רות עזרא - פרוטוקול עמ' 35) (אם כי הלה אישרה שלא ערכה בדיקה בשטח)). הדבר מתחייב גם מהשכל הישר שכן מדובר בפגיעה קשה בפרטיות החולים המאושפזים ולא הגיוני שחדריהם יצולמו.

אשר למיצוי החקירה בנוגע **למצבה הקוגניטיבי של מ'** - כבר הבעתי את עמדתי שהיה על החוקרים לזמן לחקירה את הרופאה המטפלת ב-מ' ולשאול אותה מפורשות אם במצבה הייתה היא מסוגלת להבין את משמעותם הפיזית או החברתית של יחסי מין והאם יכולה הייתה להסכים באופן מודע, רצוני וחופשי למגע מיני. כך גם היה צורך לחקור בני משפחה קרובים כדי לקבל נתונים רבים יותר אודות מצבה ואף לחקור את האחות נעמה. ברם, החוקרים הסתפקו במסמך ששלחה הרופאה לבקשתם, ללא ששאלו אותה מפורשות את השאלות הנדרשות, וללא שוידאו שהיא בעלת המומחיות הנדרשת לשם מתן חוות דעת מומחה בשאלות אלה.

עם זאת, נוכח הראיות שהובאו על מצבה של מ' משני כוונים שונים כמפורט בפרק הדן במצבה הקוגניטיבי של מ', הרי שהונחה תשתית ראייתית מוצקה המובילה למסקנות ברורות בדבר הליקוי השכלי של מ' וחוסר יכולתה להסכים למגע מיני. כידוע על המאשימה להניח לפני בית המשפט תשתית ראייתית מספיקה - בהבדל מתשתית מקסימלית, ותשתית שכזו הונחה.

עוד אוסיף בהקשר זה, שלא היה טעם כלשהו בחקירתה של מ' עצמה לאחר שהתברר שמצבה הקוגניטיבי אינו מאפשר זאת, על יסוד התרשמותם הישירה של שוטרים ואנשי הצוות הרפואי שפגשו בה מיד לאחר האירוע והכול כמפורט בהרחבה לעיל בפרק הדן במצבה הקוגניטיבי.

אשר לטענות בדבר **אי מיצוי החקירה בנוגע למצבו של הנאשם**, אומר שמהביאה המאשימה תוצאות של בדיקה פסיכיאטרית שנערכה לנאשם בידי מומחה שבדק את מצבו זמן קצר לפני האירוע, הרי שעדותו של הפסיכיאטר והתרשומות שערך בזמן אמת, מהוות ראיות מספיקות להוכחת מצבו של הנאשם ויכולתו להבין את מעשיו ולהחליט החלטות מדעת.

אשר **לקלטת החקירה שאבדה**, אכן יש להצטער על חוסר הסדר שהוביל לאובדנה. ברם בבואי להכריע מהי נפקותו של מחדל זה, איני סבור שיש בכוחו להוביל לזיכוי הנאשם משני נימוקים.

הנימוק הראשון; למרות האובדן נותרה ראייה משנית בדמות ההודעה המשטרית שגבתה החוקרת רות עזרא (ת/2) אשר מכילה את עיקרי גרסתו של הנאשם כפי שהושמעה באותה חקירה שהקלטתה אבדה. הודעה זו הוקראה לנאשם ונחתמה על ידו.

הנימוק השני; גרסתו של הנאשם נשמעה בבית המשפט במלואה כך שלא נעלמו מעיני בית המשפט פרטים כלשהם הדרושים להכרעה במחלוקות העובדתיות והמשפטיות.

אשר **לאופן החקירה עצמה שלטענת ההגנה הייתה לא הוגנת, אגרסיבית, משתלחת ואלימה**; למרות שהחקירה



נוהלה בתקיפות ויש שיאמרו בתקיפות רבה, לא מצאתי שאלה היו פני הדברים. ומכל מקום התוכן של ההודעות מאפשר להניח שהדברים לא השפיעו על תוכן הגרסה עצמה שכן הנאשם עמד על דעתו ולא שינה את עיקרי גרסתו.

69. לפיכך לא מצאתי שיש במחדלים שנמצאו כדי להוביל לזיכויו של הנאשם.

טרם סיום

70. טרם אחתום הכרעת דין זו, מצאתי לנכון לשבח את באי-כוח הצדדים.

בא-כוח המאשימה עו"ד אביעד דוויק, ניהל את התיק במקצועיות, בשום שכל, בסבלנות וברגישות, תוך שניתח את הסוגיות שעמדו על הפרק באופן ממצה ואנליטי.

בא-כוח הנאשם עו"ד דוד הלוי, לימד סניגוריה על הנאשם באופן מקצועי ויסודי, תוך שעמד על זכויותיו בתקיפות ותוך שהתייחס באופן מעמיק ומלומד לסוגיות המשפטיות שעמדו על הפרק.

ברי שבכך הקלו באי-כוח הצדדים על מלאכתו של בית המשפט ועל כך יבואו על הברכה.

סוף דבר

71. התוצאה היא אפוא שהנאשם מורשע במעשה מגונה, עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין.

ניתנה היום, ח' תשרי תש"פ, 07 אוקטובר 2019, בהיעדר הצדדים.