



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 22-03-57449 כולאב נ' מדינת ישראל

לפני כב' השופט בני שגיא, סג"נ-אב"ד, כב' השופטת דנה אמיר, כב' השופטת מיכל רוזן-עוזר

המערער

עמאר כולאב ת"ז [REDACTED]

על-ידי ב"כ עו"ד ד"ר אלקנה לייסט ועו"ד ענבר קינן

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

על-ידי ב"כ עו"ד הדס שפיר

פסק דין

כללי

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום (כב' השופט בקר) בגדרו הורשע המערער בעבירות הבאות:
שתי עבירות של כניסה והתפרצות למקום מגורים בכוונה לגנוב, לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין); שתי עבירות של גניבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין; שתי עבירות של כניסה לישראל שלא כחוק, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל ועבירה אחת של מעשה מגונה באדם, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין.
 2. בתמצית, המערער הוא שוהה בלתי חוקי בישראל, אשר פרץ לשתי דירות ברמת גן, וגנב מתוכן רכוש, כאשר נטען בכתב האישום, המחזיק שני אישומים, כי במסגרת ההתפרצות השנייה, ובנוסף לעבירות הרכוש, ביצע גם עבירה של מעשה מגונה בדירת ששהתה בדירה בזמן ההתפרצות.
 3. בבית משפט קמא הודה המערער בעובדות כתב אישום מתוקן, בעבירות שיוחסו לו באישום הראשון וכן בעבירות הרכוש והשהייה הבלתי חוקית בישראל שיוחסו לו באישום השני. המערער מיקד טיעוניו אך ורק בסוגיית התקיימות העבירה של מעשה מגונה במסגרת האישום השני. ביחס למחלוקת זו נשמעו בבית משפט קמא טענות משפטיות בלבד, ובעקבותיהן הורשע המערער גם בעבירה זו. למען השלמת התמונה העובדתית, יצוין כי בהמשך, ונוכח הרשעתו, גזר בית משפט קמא על המערער 26 חודשי מאסר לריצוי בפועל לצד עונשי מאסר מותנים ופיצוי לשני קורבנות העבירה.
- בהינתן האמור לעיל, ערעור ההגנה העומד לבחינתנו כעת, מתמקד אך ורק בהרשעת המערער בעבירה של מעשה מגונה במסגרת האישום השני בכתב האישום.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57449-03-22 כולאב נ' מדינת ישראל

עובדות האישום השני, טיעוני הצדדים והכרעת דינו של בית משפט קמא

4. במסגרת האישום השני בכתב האישום המתוקן, שעל עובדותיו אין חולק, צוין כי ביום 19.4.21, בשעת לילה, נכנס המערער לישראל שלא כדין. עובר לשעה 04:40 התפרץ לדירת מגורים בקומת קרקע ברמת גן, שם התגוררו המתלוננת ובני משפחתה. בהיותו בדירה הבחין המערער במתלוננת כשהיא ישנה על ספה בחדר המגורים. המערער נעמד בסמוך אליה, אונן בנוכחותה, ללא הסכמתה, עד אשר הגיע לפורקן מיני, והותיר נוזל זרע על רצפת הדירה, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. לאחר מכן, נטל המערער טלפון נייד, תיק ובתוכו 300 ₪ במזומן, כרטיסי אשראי ופריטים נוספים, ויצא מן הדירה.
5. המשיבה טענה בבית משפט קמא כי אין הכרח לקיומו של מגע פיזי בין המערער לבין המתלוננת לצורך הרשעתו בעבירה של מעשה מגונה, ואין אף צורך במודעות של המתלוננת למעשיו של המערער "בשעת מעשה". המשיבה הפנתה לקביעות בית המשפט העליון בע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (27.9.2011), להלן - עניין פלוני) והדגישה כי על יסוד קביעותיו של בית המשפט העליון שם, התפרצות לדירתה של המתלוננת עת ישנה שם את שנתה בביטחון, וביצוע מעשה אוננות בנוכחותה ובקרבתה לאחר שהמערער הבחין בה, מהווה מעשה מגונה בעיניו של האדם הסביר. עוד נטען כי מעשיו של המערער פגעו בערכים המוגנים העומדים ביסוד האיסור על ביצוע מעשה מגונה, וכי יש משמעות גם לתחושות המתלוננת לאחר שזו התעוררה משנתה, וגילתה את נוזל הזרע בסמוך לספה עליה ישנה.
6. המערער טען כי לצורך הרשעה בעבירה של מעשה מגונה באדם, שהיא עבירת התנהגות שנלווית לה מטרה (סיפוק, גירוי או ביזוי מיני), יש להוכיח כי המערער הגיע לסיפוק מיני כתוצאה מצפייה במתלוננת, ואילו במקרה דנן אין בעובדות כתב האישום המתוקן כדי ללמד שהמערער צפה במתלוננת, ולא, לשם המחשה, בתמונה שעל הקיר. המערער הצביע על שוני בין המקרה שלפנינו לבין עניין פלוני, שם דובר על נאשם שהסתתר בתאי שירותים והסריט צעירות, ולאחר מכן השתמש בתמונותיהן לצורך אוננות. לדבריו, פעולת הצילום של איבריהן המוצנעים של המתלוננות שם, גילמה את כיוון המעשים אליהן. מכאן, שאין אפשרות לגזור גזירה שווה בין עניין פלוני לעניינו, בו האקט המיני לא היה גלוי לעיני המתלוננת ואף לא הוכח כי כוון אליה.
7. בית משפט קמא קיבל את טענות המשיבה, וציין כי מעשה האוננות של המערער שבוצע בנוכחות המתלוננת, אף אם ישנה, מהווה במובהק מעשה שיש בו אלמנט הכרוך במיניות גלויה. נקבע כי המונח "מיניות גלויה" אינו מצביע על מיניות "גלויה לעין" אלא על - "גלויה" במונח 'מובהקת', כזו שהיא על פני הדברים - מינית, ולא ניתן בשום אופן לפרשה כאקט תמים, בנסיבות העניין. על-פי הכרעת הדין, מתקיים גם היסוד הנפשי, שכן ברור, על פני הדברים, כי מעשהו של המערער מגלם שאיפה לגירוי וסיפוק מיני, וחזקה כי אדם שמאונן, עושה כן לשם מטרה זו.

בית משפט קמא נדרש לשאלת מודעותה של המתלוננת לאקט האוננות שביצע המערער, וקבע כי מדובר בעבירת התנהגות, כך שמודעות המתלוננת לנעשה בזמן ביצוע העבירה כלל לא נדרשת כתנאי לקיומה, כפי שאין צורך בקיום מגע פיזי על-מנת לקיים את היסוד העובדתי שבעבירת מעשה מגונה, וזאת בהתבסס, בין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57449-03-22 כולאב נ' מדינת ישראל

היתר, על קביעות בית המשפט העליון בע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נח(3) 168 (2004) (להלן - ע"פ 6255/03).

גם טענת המערער לפיה כתב האישום המתוקן אינו שולל תרחיש לפיו המערער הסתכל לכיוון אחר ולא ראה במתלוננת כ"אובייקט האוננות", נדחתה על-ידי בית משפט קמא, בקבעו כי מדובר בנתון נעדר רלוונטיות, שכן ממילא – "אדם זר המאונן בנוכחות אישה, ערה או ישנה, עובר עבירה של מעשה מגונה".

טיעוני המערער

8. בהודעת הערעור, כמו גם בדיון שנערך בפנינו במסגרת הערעור, נטען כי בית משפט קמא נקלע לכלל טעות עת נמנע מביצוע הבחנה בין עבירה של מעשה מגונה באדם, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין (בה הורשע המערער) לבין עבירה של מעשה מגונה בפומבי (דהיינו בפני אדם) לפי סעיף 349 לחוק העונשין. הוסבר כי על-פי פסיקת בית המשפט העליון, שאלת ההבחנה בין עבירה של מעשה מגונה באדם למעשה מגונה בפומבי הוכרעה באופן "שכדי להרשיע בעבירה של מעשה מגונה באדם, יש להוכיח שהמעשה המגונה כוון לאדם מסוים, תוך אינטראקציה עימו".

לצורך ביסוס טענותיו, הפנה המערער לע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל (24.1.2013) (להלן - ע"פ 7725/11) ממנו הסיק כי תנאי הכרחי להרשעה בעבירה של מעשה מגונה באדם, הוא התמקדות במתלוננת, נתון שלא ניתן להוכיחו או לייצרו "יש מאין" בעניינו.

עוד הפנה המערער לע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2019) (להלן - ע"פ 4802/18) לפיו במקרה של מעשה מגונה באדם (באותו מקרה - בקטין) העברין מבזה מינית את קורבן העבירה, בכך שהוא כופה עליו אינטראקציה פיזית או מילולית בעלת אופי מיני. אינטראקציה מהסוג דנן לא התקיימה במקרה שלפנינו, ומכאן טעותו של בית משפט קמא.

וכך נטען בדיון: "אנו סבורים שעל-פי הפסיקה, ברגע שאין אינטראקציה או השתתפות של המתלונן במעשה של הנאשם, אז זה לא מעשה מגונה באדם. כבר ויתרנו על דרישת המגע. יכול להתקיים מעשה מגונה ללא מגע, אבל לפחות, צריכה להיות איזושהי אינטראקציה. אם הוא היה מסתכל עליה, או הייתה ערה, בוודאי שזו אינטראקציה. נלך מהקל לכבד. אם הוא מסתכל עליה והיא מסתכלת עליו, על-פי עמדת הפסיקה זו אינטראקציה. יכול להיות אגב, שפרשנות מסוימת של 4802/18 תגיד לך לא, צריך גם להזמין אותה להשתתף, כי כתוב שם בפסק הדין, הזמנה להשתתפות. אבל, נניח שמסתכל עליה ומסתכלת עליו, שזה מעשה מגונה באדם, מעצם האינטראקציה וההסתכלות וההתמקמות" (פרו' עמ' 2 ש' 10).

המערער התייחס בהודעת הערעור גם לאפשרות ההרשעה בעבירה של מעשה מגונה בפומבי, ונטען כי חרף קיומם של חלק מיסודות העבירה, הרי שלא ניתן להרשיע בעבירה זו, שכן מעשה האוננות לא בוצע במקום ציבורי, כהגדרתו בסעיף 34 לחוק העונשין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57449-03-22 כולאב נ' מדינת ישראל

כיוון שהמשיבה ציינה כי גם לשיטתה לא ניתן להרשיע את המערער בעבירה של מעשה מגונה בפומבי, לא ראינו להרחיב בתיאור הניתוח המשפטי שנעשה בהקשר זה, ונתמקד אפוא בתיאור תמציתי של עמדת המשיבה ביחס לאפשרות להרשיע את המערער בעבירה של מעשה מגונה באדם.

טיעוני המשיבה

9. המשיבה בתשובתה עמדה על עובדות כתב האישום המתוקן, וטענה כי אלה מבססות בהכרח את המסקנה שמושא מעשה האוננות היה המתלוננת. ומכאן, שאין משמעות למודעותה למעשה, אף אם זו התגבשה בדיעבד.

נטען כי שעה שהמערער הבחין במתלוננת כשהיא ישנה על ספה בחדר המגורים, נעמד בסמוך אליה, והגיע לפורקן מיני תוך שהותיר את זרעו על רצפת הדירה, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים – עובדות בהן המערער הודה במסגרת כתב האישום המתוקן – הרי שאלה מחייבות מסקנה בדבר מודעותו של המערער "וכיוון" מעשה האוננות כלפי המתלוננת. בכל מצב אחר, לא היה הוא מבצע את המעשה בסמוך אליה, אלא נוטל את רכושה ובורח מהדירה, לבל ייתפס.

וכך צוין: "ההתכוונות הנפשית היא מבטאת במילה. למשל, האם נהג מונית שמנצל את העובדה שהנוסעת שלו נרדמת לידו, והוא מאונן לידה, האם זו סיטואציה שמספיק קרובה וברורה? אני חושבת שכן. בוודאי כשאדם חודר לדירת המתלוננת, פוגע בפרטיותה, נעמד לידה במקום בו היא שוכבת ומאונן לידה, המעשה מכווון אליה. בנוסף לכל אלה, יש את עניין הזרע. הותרת הזרע על הרצפה בסמוך למתלוננת זה פרשנות מאוד ברורה של סעיף 5, ולא כפי שטענה ההגנה. זה גם חלק מהגירוי והביזוי המיני" (פר' עמ' 4 ש' 9).

לטענת המשיבה, די בעצם הפיכת המתלוננת לאובייקט מיני, עת אונן המערער בנוכחותה ובסמוך לה, על-מנת לאפשר את הרשתו בעבירה של מעשה מגונה באדם.

בהקשר לשפיכת הזרע בסמוך למתלוננת ולהודאת המערער, נטען כי "ברגע שהמערער שופך את נוזל הזרע ויש לו מודעות לזה, ובכך הודה, עדיין יש לו צפיות שהיא תראה ותהא מודעת" (פר' עמ' 4 ש' 25). עוד נטען כי "דרישת האינטראקציה" אותה ביקש המערער ללמוד מפסיקת בית המשפט העליון, לא נקבעה במפורש, ואף לא ניתנת להסקה ברורה מפסקי הדין אליהם הפנה המערער. כך או כך, ואף אם תיקבע דרישה מעין זו, הרי ניתן לראות בהותרת הזרע כסוג של אינטראקציה המאפשרת הרשעה, שכן הפעולה מלמדת כי התקיימה "בליבו של הנאשם צפיות שהמתלוננת תראה את זה ותיפגע מזה".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 22-03-57449 כולאב נ' מדינת ישראל

דיון והכרעה

10. זירת המחלוקת, כפי שגודרה בטיעוני הצדדים בבית משפט קמא, ובהמשך – בהודעת הערעור, צומצמה ומוקדה במהלך הדיון בערעור.

כך, אין עוד חולק כי המעשה שביצע המערער היה מעשה "בעל מיניות גלויה"; כך, אין עוד חולק, כי עבירה של מעשה מגונה אינה מחייבת מגע פיזי בין המבצע לבין קורבן העבירה; כך, אין חולק שאין צורך במודעות של קורבן העבירה למעשה המבוצע בה בזמן אמת; וכך, אין חולק כי העבירה של מעשה מגונה בפומבי הקבועה בסעיף 349 לחוק העונשין אינה רלוונטית לענייננו.

נותרנו אפוא עם שאלה ממוקדת הטעונה הכרעה והיא האם, כעמדת המערער, לצורך הרשעתו מחויבת התביעה להוכיח שהמעשה המגונה כוון למתלוננת, במובן שהתקיימה אינטראקציה עמה או שנכפתה השתתפותה במעשה, היכולה להיות מושגת אגב מבט לעברה, או שמא – כעמדת המשיבה – די להוכיח כי המעשה כוון למתלוננת, ובנסיבות המקרה הקונקרטי, אין צורך בהוכחות "חילופי מבטים".

טרם נידרש לשאלה ממוקדת זו, ראינו להקדיש מספר מילים למסגרת המשפטית הרלוונטית.

11. עבירת מעשה מגונה באדם, בנסיבות בהן הורשע המערער, מוגדרת בסעיף 348(ג) לחוק העונשין, אשר קובע: "העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו, אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג), דינו - מאסר שלוש שנים".

לפי לשון החוק, היסוד העובדתי של העבירה מתגבש בהתקיימות 4 רכיבים: (1) "העושה" – אדם שמבצע מעשה; (2) "מעשה מגונה" – המעשה נחשב למגונה; (3) "באדם" – ישנו אדם אחר אחד לפחות שבו בוצע המעשה; (4) "בלא הסכמתו" – שלא בהסכמת האדם בו בוצע המעשה.

הגדרת מעשה כ"מגונה", על פי פסיקת בית המשפט העליון, תיעשה באמצעות "מבחן אובייקטיבי" במסגרתו ייבחן אם המעשה הוא בעל אלמנט של "מיניות גלויה" וכן אם לפי אמות מידה מוסריות הוא "בלתי-הגון, בלתי-מוסרי ובלתי-צנוע" (עניין פלוני, פס' 12; וכן ע"פ 6255/03).

עבירת "מעשה מגונה" היא עבירת התנהגות ובה יסוד נפשי של מטרה מיוחדת, כלומר שההתנהגות נועדה להשיג גירוי, סיפוק או ביזוי מיני, וכן היא דורשת אי-הסכמה של קורבן העבירה (וראו ע"פ 2281/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 40 (16.4.2012) (להלן – ע"פ 2281/09)).

היחס בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעבירת המעשה המגונה אינו רגיל, ועמד על כך בית המשפט העליון:

"בעבירה של עשיית מעשה מגונה קשה להתעלם מכך שיש זרימה בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי. היסוד הנפשי והיסוד העובדתי שבעבירה אינם הרמטיים זה לזה. היסוד הנפשי חודר על דרך האוסמוזה אל היסוד העובדתי, והיסוד העובדתי עשוי לשנות צבעו על-פי היסוד הנפשי" (ע"פ 2281/09, בעמ' 177).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57449-03-22 כולאב נ' מדינת ישראל

12. תכליתה של העבירה ידועה וברורה והיא נועדה למנוע פגיעה בשלמות גופו של הפרט, בצנעת פרטיותו ובכבודו, ויפים לכך דבריה של כב' השופטת פרוקציה :

"נזכור ונשמור: תכלית העבירה הקרויה מעשה מגונה אינה אך הגנה על-דרך הסתם על שלמות גופו, על צנעת פרטיותו ועל כבודו של האדם. ענייננו הוא בערכים שעבירות המין נועדו להגן עליהם. ערכים מרכזיים וצפופים הם הנגזרים מכבוד האדם, ערכים הם בעלי משקל סגולי כבד. ועל כך נוסיף כי אם תכלית החוק היא להגן על הקורבן, על האדם המותקף, מה מנו של זה יהלוך אם לתוקף הייתה כוונה 'מינית', או אם הייתה לו כוונה 'ביזוי', והרי גם-כך גם-כך נושא הוא בביזוי" (ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, 507 (2001); ראו גם ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 (16.5.2018)).

13. מדובר באותם מעשים שאף כי קיים קושי בהגדרתם הם ניתנים לזיהוי על נקלה. בית המשפט העליון (כב' השופט חשין) הבהיר בהקשר זה: "אף שקשה להגדיר אותו, כשרואים אותו, אין קושי לזהות אותו" (וראו ע"פ 6255/03, פס' 11; וכן ע"פ 2281/09, פס' 42).

14. במסגרת דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 (26.2.2012) הדגישה כב' הנשיאה (כתוארה אז) ביניש כי הבחינה צריכה להתייחס למכלול הנסיבות שאופפות את המעשה, וכך נקבע:

"בבחינת היסוד העובדתי בעבירת המעשה המגונה יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות ולהקשר בו בוצע המעשה תוך מתן דגש מרכזי לאופיו המגונה של המעשה ולאופי המיני העומד ביסודו".

15. כמעט מיותר להזכיר כי יסודות העבירה יכול שיוכחו בראיות ישירות או באמצעות ראיות נסיבתיות, כפי שגם יעשה במקרה זה.

כעת, משהובהרה המסגרת המשפטית, ניגש למלאכת ההכרעה בשאלה הממוקדת העומדת לפתחנו.

16. לטעמנו, בחינה נסיבתית של עובדות כתב האישום המתוקן מובילה למסקנה ברורה לפיה המעשה המיני כוון אל המתלוננת (ראה בהקשר זה עמדת בית המשפט העליון לפיה כאשר לא התקיים מגע פיזי "די היה בכך שהמעשה המגונה יהא מכוון אל הקורבן" (ראו ע"פ 7725/11; ע"פ 2973/21)), ואין כל רלוונטיות לשאלה האם המערער הסתכל עליה בזמן מעשה האוננות או הסתכל לכיוון אחר.

שלושה טעמים עומדים ביסוד מסקנתנו.

הראשון - ביצוע המעשה המיני בניגוד ל"אינטרס" של גנב המתפרץ לדירה שלא להיתפס :

אין חולק כי המערער התפרץ לדירתה של המתלוננת במטרה לגנוב רכוש, ואין אף חולק כי מעשה אוננות בסמוך לאישה ישנה אינו מהווה "התנהגות רגילה" בנסיבות העניין. נקודת המוצא היא שאדם הפורץ לדירת מגורים בכוונה לגנוב, ישאף לסיים את מלאכת הגניבה ולהימלט מהמקום שמא יעיר את מי מבני הבית



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57449-03-22 כולאב נ' מדינת ישראל

וייתפס בכף. בענייננו, "השהה" המערער את ביצוע אותן פעולות, לטובת עמידה בסמוך למתלוננת וביצוע מעשה אוננות, ומכאן ניתן להסיק על היותו של המעשה מכוון אליה.

השני - מיקום מעשה האוננות:

המיקום שבחר המערער לביצוע מעשה האוננות, בסמוך למתלוננת, הוא מיקום המצביע על היותו של המעשה מכוון אליה, שאם לא כן ניתן לשער שהיה מבצעו בריחוק ממנה, שמא תתעורר ותתפוס אותו בקלקלתו.

השלישי - הותרת הזרע על רצפת הדירה:

על פי עובדות כתב האישום המתוקן, המערער עמד בסמיכות למתלוננת כאשר הטיל את זרעו על רצפת הדירה, ועשה כן "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" (סעיף 5 לעובדות האישום השני בכתב האישום המתוקן). המערער הודה בעובדות אלה, וגם מהן מתבקשת מסקנה לפיה אין לראות בהותרת נוזל הזרע כ"תוצר" מעשה האוננות בלבד, אלא בכזה שעצם הותרתו בזירה, בסמוך למתלוננת, היה בעל משמעות עבור המערער ובוצע על ידו לשם גירוי, סיפוק וביזוי מיניים. לטעמנו, די ברכיב עובדתי זה, שאינו במחלוקת, על מנת להוביל למסקנה בדבר היותו של המעשה המיני מכוון למתלוננת, וממילא ניתן לראותו גם ככזה המצטרף לשתי ההנמקות הנוספות.

17. אין נפקא מינא אם המתלוננת הייתה מודעת לכך אם לאו. בפועל, וזאת המסקנה המתבקשת, המתלוננת שימשה אובייקט מיני למעשה מגונה שבוצע בסמוך אליה ובנוכחותה, ללא הסכמתה ומבלי שהייתה יכולה להתנגד לכך. אירוע זה, בנסיבות ביצועו, שהוכחו, מקיים את דרישת האינטראקציה בין מבצע המעשה לקרבן העבירה. אינטראקציה שבאה לידי ביטוי בקרבה פיסית בין הפוגע והנפגעת, בהפיכתו של הקרבן לאובייקט מיני ובשפיכת נוזל הזרע בסמוך לקרבן.

18. שתי הערות נוספות שהן בבחינת מעל לנדרש:

הראשונה – אין רלוונטיות לשאלה האם המתלוננת היא זו שהבחינה ראשונה בנוזל הזרע או שמא היה זה איש משטרה, שכן בכך למעשה התוודעה לסיטואציה המינית שנכפתה עליה בעל כורחה. מכאן, שהמתלוננת נחשפה לסיטואציה המינית שנכפתה עליה, גם אם בדיעבד.

השניה – נוכח הסדר הטיעון שגובש, המערער לא העיד, ולמעשה אין בנמצא כל הסבר חלופי למסקנה המובהקת הנגזרת מעובדות המוסכמות.

19. המסקנה המתחייבת מצירוף הנסיבות שתוארו היא שמעשה האוננות של המערער כוון אל המתלוננת וכי נכפתה עליה סיטואציה מינית, שלא בהסכמתה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57449-03-22 כולאב נ' מדינת ישראל

20. עיון בקביעות בית המשפט העליון בע"פ 4802/18 מלמד כי "דרישת ההשתתפות" או "האינטראקציה" מוגדרת ככפיית "השתתפות באקט או בשיח בעלי אופי מיני" (שם, פס' 27). עוד נקבע כי באותן סיטואציות כופה העברין על הקורבן "אינטראקציה פיזית או מילולית בעלת אופי מיני".

בענייננו, וכפי שהובהר - המתלוננת השתתפה באירוע מיני, בו שימשה כאובייקט מיני שלא בהסכמתה, אשר נכפה עליה.

ראה בהקשר זה עמדת בית המשפט העליון בעניין פלוני :

"העובדה, כי רוב קורבנותיו של המערער באישומים האמורים לא חשו במעשים שביצע, איננה מקהה את אופיים המגונה של מעשיו. מוקד העניין הוא בחינת טיבה ואופייה של ההתנהגות, ולא הנזק שגרם המעשה לקורבן" (עניין פלוני, פס' 18).

וכן : "המערער ניצל את קורבנותיו והפך אותן, בעל כורחן וללא הסכמתן, למושא לסיפוק תאוותו המינית. בהתנהגותו זו, פגע המערער בזכות האוטונומיה של הקורבנות על גופן, בפרטיותן ובצניעותן וזוהי הפגיעה שמפניה מבקש החוק לגונן בעבירת המעשה המגונה" (שם, פס' 16).

21. לאור האמור לעיל, הוכח בפנינו כי המערער ביצע עבירה של מעשה מגונה, ועל כן ראינו לדחות את הערעור.

ניתן והודע היום כ"א כסלו תשפ"ג, 15/12/2022 במעמד הנוכחים.

מיכל רוזן עוזר, שופטת

דנה אמיר, שופטת

בני שגיא, שופט
סגן נשיא-אב"ד