



## תפ"ח (ירושלים) 35907-02-17 - מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

פלילי - חוק העונשין - עבירות כלפי קטינים ונכים

פלילי - חוק העונשין - עבירות מין

var MareMakom = "תפח (ירושלים) 35907-02-17 - מדינת ישראל נ' שמואל אלבז, תק-מח 2019(2), 32855(26/06/2019)";

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-

פלדמן ואי אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

המאשימה  
מדינת ישראל  
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

נגד

הנאשם  
שמואל אלבז  
על-ידי ב"כ עו"ד שני פוגודה מטעם הסנגוריה הציבורית

הכרעת-דין

השופט א' אברבנאל:

מגע מיני שקיים הנאשם עם חולת אלצהיימר הסובלת מדמנציה קשה עומד במרכז המחלוקת בתיק זה. הצדדים חלוקים בדבר נסיבותיו של המגע המיני האמור; בשאלה אם בוצע תוך ניצול ליקויה השכלי של החולה וללא הסכמתה החופשית; וכן בדבר מידת מודעותו של הנאשם למצבה של החולה.

האישום

1. על פי כתב האישום, אי (שבכתב האישום מכונה בכינוי אחר) ילידת 1935, סובלת משנת 2006 מאלצהיימר. בשנת עמוד 1



2016 נהג בנה להסיע אותה למרכז לקשישים חולי אלצהיימר ודמנציה שבו בילתה את שעות הבוקר והצהריים. הנאשם, נהג מונית יליד 1945, הסיע את אי בשעות הצהריים ממרכז הקשישים לביתה, בתדירות של שלוש פעמים בשבוע. נטען כי הנאשם היה מודע למצבה של אי.

על פי האישום הראשון, ביום 3.11.2016, עת הסיע את אי לביתה, אחז הנאשם בידה של אי בעוד שניהם שרים. "משהגיעו לחניית הבית, ולבקשת הנאשם, נגעה המתלוננת באיבר מינו, בהמשך נישקה המתלוננת את איבר מינו של הנאשם ואז מצצה את איבר מינו. במהלך המעשים, הגיע הנאשם לידי סיפוק".

בגין המעשים שבאישום הראשון מיוחסות לנאשם עבירה של מעשה סדום בידי אחראי על חסר ישע, לפי סעיף 351(א) בנסיבות סעיף 347(ב) ובנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: החוק); ועבירה של מעשה מגונה - לפי סעיף 348(א) לחוק בנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק.

על פי האישום השני - ביום 10.11.2016 או בסמוך לכך הסיע הנאשם את אי לביתה, ומשהגיעו לחניית הבית, לבקשת הנאשם "נגעה המתלוננת באיבר מינו ונישקה את איבר מינו".

בגין המעשים שבאישום השני מיוחסת לנאשם עבירה של מעשה מגונה - לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק.

#### התשובה לאישום

2. בדיון שהתקיים ביום 11.5.2017 הודיעה ב"כ הנאשם כי "הנאשם אינו מכחיש שבוצעו מעשים מיניים בינו לבין המתלוננת. הוא טוען שלא היה מודע להיותה חסרת ישע. היה מסיע אותה במונית. ככל שהוא יכל לדעת, הייתה מחוברת למציאות, והוא ידע שיש לה בעיית זיכרון. הוא לא יכול היה לדעת שהיא חסרת יכולת לתת הסכמה בתור נהג מונית שהסיע אותה". ב"כ הנאשם הוסיפה כי הנאשם כופר בכך שהיה "אחראי" על אי, וכן טענה כי מטלת הסעתי של אי התחלקה בין הנאשם לבין נהגים נוספים.

#### הראיות מטעם המאשימה

3. בנה של א' התגורר בעת הרלוונטית לאירועים שבכתב האישום בדירה צמודה לדירתה של אמו. בעדותו מיום 6.7.2017 מסר העד כי מאז שאמו אובחנה כלוקה בדמנציה חלה ירידה הדרגתית ביכולותיה. בשנים האחרונות היא איבדה את עצמאותה, ובעת הרלוונטית הפכה להיות "כמו ילד למעשה. היא כמו ילד בן שלוש שצריך לעשות כל מני דברים בשבילה". לטענתו, אמו מתקשה לזהות את אחיו ואינה מכירה את שמותיהם. היא מצליחה להתלבש לבד, ולא נזקקת לעזרה סיעודית.



העד הוסיף: "אין לה רצון עצמי. היא לא מבינה... אם אומרים לה משהו, היא חושבת שזה מה שצריך לעשות... כמו ילד כזה... היא לא כל כך מבינה מה נכון, מה לא נכון. אין לה את העניין הזה". העד אישר כי לאחר רדתה מהמונית, נהגה אמו להיכנס באופן עצמאי לביתה באמצעות מפתח שהיה בידה. את טענתה של ב"כ הנאשם כי חולי אלצהיימר מסוגלים ליהנות מחיי מין דחה העד, ואמר שרמתה השכלית של אמו הייתה נמוכה מזו של ילד בן שלוש. העד הוסיף כי נדרש פרק זמן קצר כדי להתרשם כי אמו דמנטית, שהרי "אין לה אוצר מלים. קשה לה להגיד, היא אומרת מילה כאילו לא נכונה... מבחינת השיחה היא מדברת כמו ילד. היא פתאום מתחילה לשיר... מיד רואים... היא יכולה לדבר שטויות סתם, כל מיני דברים מוזרים והוא יכולה להגיד מילים שהן לא קשורות לעניין... היא מדברת סתם. היא לא מדברת דברים לעניין". לטענת העד מאחר שהירידה ביכולותיה איטית, מצבה של אמו בעת הדיון דומה למצבה בעת האירועים שבכתב האישום שהתרחשו כשמונה חודשים לפני כן.

אשר לאירועים שבכתב האישום, מסר העד כי מדי יום הוא מסיע את אמו למרכז הקשישים, ובשעה 14:00 נהגי מונית מחזירים אותה לביתה. לטענתו במרבית המקרים, ובמיוחד בחודשים האחרונים הנאשם הוא שמסיע אותה. לדבריו עובדות המרכז נוהגות ללוות את אמו אל המונית, ומוודאות שהיא נכנסת למונית. העד אמר כי הבחין כי מדי פעם בשובה ממרכז הקשישים הגיעה אמו לביתה כשבידיה "מתנה" שקיבלה מהנאשם - פרי, עוגייה וכדי.

לדברי העד באחת ההזדמנויות כשהגיעה בשעת צהריים לביתו, הראתה לו אמו כוס ובה מיץ פטל שקיבלה מהנאשם. לשאלתו מדוע הנאשם נותן לה מתנות השיבה לו האם "שהוא ביקש ממנה לגעת בו, היא מצביעה לכיוון האיבר מין שלה, שהוא ביקש ממנה לגעת בכלי שלו ולנשק אותו ולגעת ואז הוא נהייה גדול ויפה והוא נהייה מאד שמח ומרוצה מזה ומבסוט ואז הוא נותן לה מתנה".

בעקבות זאת טלפן העד למנהל תחנת המוניות, שנפטר זמן מה לאחר מכן, ומסר לאמו את הטלפון על מנת שתתאר למנהל התחנה את ההתרחשויות האמורה. לדבריו אמו חזרה על הדברים בשיחת הטלפון וכן בפגישה שהתקיימה סמוך לאחר מכן עם מנהל התחנה. לדבריו האם הוסיפה כי "הוא מבקש ממני למצוץ... שהוא ביקש ממנה למצוץ ואז היא אומרת וזה נהייה גדול ויפה והוא נהייה מאד שמח מזה", ובעקבות זאת קיבלה מהנהג את המתנות האמורות.

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

העד הוסיף כי לאחר מכן טלפן אליו מנהל התחנה ומסר לו כי בשיחה שהקליט התוודה הנאשם בפניו. לדבריו לאחר שהמנהל ניסה לתווך בין השניים על תשלום פיצוי על ידי הנאשם, שינה המנהל את דעתו לאחר שהתייעץ עם עורך דין, וביום 17.11.2016 הגיש המנהל תלונה במשטרה כנגד הנאשם.

לטענתו בדיעבד נזכר בנסיעה שבה אמו אחרה להגיע לביתה. לדבריו עובדי המרכז מסרו לו כי כהרגלה, יצאה אמו בשעה 14:00 במונית לכיוון ביתה, אך אף שמשך הנסיעה כעשר דקות, הגיעה אי לביתה כעבור כשעה. לטענתו בתום אותה נסיעה, בעת עמוד 3

שהמונית עמדה בחניית הבית, שמע את אמו אומרת "אתה מאד גדול, קשה לי להחזיק אותך" ובתגובה לכך הנאשם צחק בקול. כששאל על כך את אמו לא קיבל לכך הסבר.

4. דרי רוברט המרמן-רוזנברג רופא ביחידה להערכה גריאטרית של שירותי בריאות כללית, מלווה מאז שנת 2009 את אי. בשנת 2009 אי נבדקה אצלו ובדיקתה הייתה תקינה. בשנת 2011 נמצאו ליקויים המעידים על דמנציה. ביום 9.9.2012 אי נבדקה לצורך הגשת בקשה לקבלת סיוע מהמוסד לביטוח לאומי, ואובחנה כלוקה בדמנציה קשה. בסיכום הבדיקה נרשם: "אינה מסוגלת לתפקד בביתה ואינה מסוגלת להישאר בביתה לבד... בורחת מביתה לבד ומאבדת את דרכה... כשנמצאת לבד בוכה וצועקת. זקוקה להשגחה במשך עשרים וארבע שעות ביום" (ת/א3). לדבריו באותה עת חלה ירידה חדה בזיכרונה של אי והיא התקשתה בהתמצאות - לא ידעה את כתובת ביתה, את תאריך היום, את גילה, ומיהו ראש הממשלה, וכן התקשתה בחשבון פשוט. בשנת 2013 שוחח עם רופאת המשפחה של אי ולמד ממנה על "בעיות התנהגות. היא הייתה מאוד עצבנית ואז אנחנו דיברנו על טיפול הרגעה. טיפול בעניין הזיכרון כבר לא היה טעם".

ד"ר רוזנברג בדק את אי פעם נוספת ביום 6.6.2017 ביוזמת בנה לצורך העברת חוות דעת על מצבה למשטרה במסגרת חקירת תיק זה. בתום הבדיקה כתב כי אי לוקה ב"דמנציה מתאימה למחלת אלצהיימר, דמנציה מסוג של פגיעה בתפקוד אוניות של המוח, תסמונת פרונטלית. בגלל פגיעה באוניות קדמיות של המוח הנדונה אינה מבינה את המתרחש בסביבתה, שקועה בעצמה ואינה מתעניינת הרבה באחרים. מאידך גם קל לפתות אותה. היא חסרת אונים וכמה שמסוגלת היא משתפת פעולה ונכנעת לרצון של אחרים. אינה מבינה איך לסרב. אין בהתנהגות שלה סמנים של דחף מיני פעיל" (ת/א3). בעדותו חזר העד על דברים שכתב בתיעוד האמור לעיל, והוסיף כי בבדיקתה בחודש יוני 2017 התקשתה אי להשיב על שאלות פשוטות כאמור לעיל. לדבריו בבדיקה האחרונה אובחנו ליקויים בתפקודי התמצאות, זיכרון, שיפוט, תכנון ובקרה עצמית. העד הבהיר כי המונח "דמנציה" מבטא תסמינים של מספר מחלות ובהן אלצהיימר. בעניינה של אי מקורם של תסמינים אלה אינו בהכרח במחלת האלצהיימר. לדבריו מעת שאי אובחנה כלוקה בדמנציה אין חשיבות לשאלה אם היא חולה באלצהיימר או במחלה אחרת בעלת תסמינים דומים, זאת הן לעניין טיב הטיפול הניתן לה והן לעניין המחלוקת שבתיק זה. העד הוסיף כי אף שאי נראית מסודרת ומחייכת "אם מתחילים לדבר איתה זה די ברור די מהר שהיא לא מתמצאת". לשאלה אם רושם זה מתקבל גם בעת שיחה פשוטה שבה היא נשאלת מה שלומה והאם היא מרגישה בטוב, השיב העד "יכול להיות שלא... אם זה שאלות שבעצם כל תשובה נכונה, אז יכול להיות שהיא תתנהג פחות או יותר רגיל... בשיחה רגילה אני לא יודע אם יש הרבה דרישה לשיפוט, אבל למשל אם שואלים את השאלה, כמה זמן חיכת עד שאני הגעתי או משהו כזה, אז היא לא הייתה מסוגלת לענות. אפילו כמה דקות היא לא תזכור...". לדבריו מצבה של אי ייחשף בנקל בכל שיחה הדורשת ממנה ניתוח ולו מינימאלי של נסיבות. העד מסר כי לא התרשם כי אי פועלת בחוסר איפוק בתחום המיני או בתחומים אחרים. לשאלה אם אי מבינה את טיבם של יחסי מין, ציין העד כי מדובר ב"שאלה מורכבת" והשיב - "אין לי מושג". לשאלה אם אדם אחר במצבה יכול להבין את טיבם של יחסי מין השיב: "ייתכן שלא אבל אני לא יכול לענות על השאלה הזאת. זאת שאלה אחרת. לא לזה התכוונתי כשאני כתבתי את הדוח".

בחקירה נגדית ציין העד כי במצבם של חולים מסוגה של אי ישנן עליות ומורדות, באופן שלעיתים חל שיפור קל בתשובותיהם לשאלות, באופן שאין בכך כדי להשפיע במידה משמעותית על ההתרשמות ממנה.



5. אי הופיעה לפנינו לצורך התרשמות בלבד. הצדדים אינם מבקשים לבסס ממצא עובדתי על עדותה או על דבריה בחקירה או בשיחותיה עם בנה ועם מנהל תחנת המוניות בנוגע לאירועים שבכתב האישום. הודעתה (ת/4) הוגשה "רק לצורך הוכחת מצבה של המתלוננת סמוך ככל האפשר למועד ביצוע המעשים".

בבית המשפט התקיימה עם אי שיחה, שבה מסרה את שמה ושם משפחתה אך לא ידעה להסביר היכן היא נמצאת; ומשנאמר לה כי היא נמצאת בבית המשפט הגיבה בבלבול ובדיבור לא

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

קוהרנטי. בין היתר אמרה: "ווי ווי ווי. לפי מה שאני רואה פה אני עבדתי פה כשאני הייתי ילדה קטנה. אני זוכרת שהייתי נוסעת הנה... אני לא נמצאת בבית משפט". העדה לא הכירה את הנאשם, ולא זכרה כי נהג להסיע אותה לביתה. העדה אף לא הכירה את התובעת שאותה פגשה יומיים לפני כן. התנהגותה הייתה חריגה - היא הרבתה לצחוק ולהשמיע ביטויי שמחה, ובתום השיחה ניסתה לנשק את ב"כ המאשימה על לחיה.

ד"ר רוזנברג אשר נכח במעמד זה, מסר כי בעת פגישתו עמה ביום 6.6.2017, אי התנהגה באופן דומה להתנהגותה בבית המשפט.

למרבה הצער בטרם הסתיים הדיון בתיק נפטרה אי.

6. בהודעתה של א' במשטרה, שתאריך גבייתה לא צוין בה (ת/4) אך עולה כי נמסרה בסמוך להגשת התלונה במשטרה, מצינת החוקרת כי "הנ"ל לא מפקסת בכלל". בעדותה מסרה החוקרת כי אי סברה שהיא קרובת משפחה שלה, לא הבינה את טיבו של מעמד החקירה, ותשובותיה לשאלותיה היו בלתי ברורות - "היא דיברה על המון דברים לא רלוונטיים כמו יורד גשם בחוץ דברים כאלה".

7. המאשימה הגישה תיעוד קולי של שיחה שקיים מנהל תחנת המוניות עם הנאשם, ביום האירוע נושא האישום השני, שעות אחדות לאחר שפגש את אי ואת בנה (ת/2, להלן גם: השיחה המוקלטת).

מנהל התחנה - המנוח אבי אינגא ז"ל נפטר בטרם הוחל בשמיעת הראיות. ההקלטה הושמעה במלואה לנאשם בעת גביית הודעתו במשטרה (ת/1) וכן בעת עדותו בבית המשפט, ואין חולק כי ההקלטה משקפת את תוכן השיחה שהתקיימה בין השניים. בהסכמה נשמטו מההקלטה ומהתמליל קטעי שיחה הנוגעים לאירוע שאינו נזכר בכתב האישום.

מנהל התחנה הקליט את השיחה ללא ידיעת הנאשם, ופעל בשיחה כדי לקבל מפיו של הנאשם פרטים אודות האירועים שעליהם התלונן בנה של אי בשיחה שקיים עמו.



בשל חשיבותה של השיחה להכרעה בשאלות השנויות במחלוקת ובשל ריבוי הטענות בנוגע אליה, תובא להלן סקירה נרחבת של הנאמר בה:

מיד בראשיתה של השיחה מטיח מנהל התחנה בנאשם כי בנה של אי מתלונן שהנאשם אנס את אמו. בתגובה אומר הנאשם: "וואי וואי וואי. אני אנסתי אותה?" המנהל: "כן. הוא ככה קורא לזה, שאנסת אותה". נאשם: "חס וחלילה". המנהל: "מה זה חס וחלילה? אתה יודע מה היא תיארה לי? שנשיקות שאתה לוקחת את היד שלך ונוגע ווו והזין שלך. היא מצצה לך... תגיד לי אתה נורמאלי? אתה יודע מה עשית... אתה יודע איזה חורבן הבן שלה רוצה לעשות לך עכשיו? ... משטרות, עניינים. אתה רוצה עכשיו שיבואו יאסרו אותך... אני עכשיו הייתי אצלה, היא תיארה לי מה אתה ביקשת ממנה". הנאשם: "אני בסך הכל נותן לה יד". המנהל: "די אלבז. די די. תעשה לי טובה. אל תגיד עכשיו סך הכל וסך הכל. אתה צריך עכשיו לצאת מזה...". משמבקש הנאשם את עצתו של מנהל התחנה, משיב לו המנהל כי הבן מבקש "להחריב לך את הבית" וכי הוא דורש פיצוי כספי בסכום גבוה. המנהל מוסיף: "אתה יודע מה זה חסרת ישע אלבז? חסרת ישע זה אחת או שהיא מפגרת בשכלה, או שהיא אחת ילדה שלא מבינה כלום או זקנה בגיל שלה". לשאלת הנאשם "מה עלי לעשות?" משיב המנהל כי עליו להפסיק לנהוג במונית ובתחבורה ציבורית בכלל, וכי עליו לפצות את אי בסכום של למעלה מ-50,000 ₪. הנאשם מביע מיד את הסכמתו להפסיק לנהוג בתחבורה ציבורית, אך בעניין הפיצוי הנדרש ממנו מקשה: "מה על מה?" המנהל: "היא מצצה לך את הזין אלבז". הנאשם: "אני לא חושב". המנהל: "די די אלבז. הם ימצאו את כל הראיות, יחקרו אותך. אני כבר אומר לך, לפי התגובות שלך ואיזה צ'אפכה, אפילו שאתה בן שבעים ומשהו שייתן לך איזה חוקר... אני לא יודע איך תצליח לצאת מהסיפור הזה". הנאשם: "טוב מה אתה מציע? עוזב אתה תעזור לי...". המנהל: "ברור. אני עכשיו...". הנאשם: "מצצה. בסדר. מצצה. אתה תעזור לי". המנהל: "אה תשמע, אלבז. אני אומר לך". הנאשם: "מה עשיתי לה אבל? לא אנסתי אותה". המנהל: "תשמע זה נקרא יותר גרוע מאונס. יותר גרוע. אני הסתכלתי עליה, הייתי בהלם. אלבז תגיד אתה לא נורמאלי? בסדר, רוצה לעזור לך, עכשיו... אני אסגור איתו חמישים אלף שקל, אתה...". הנאשם: "על מה אבל? על מה חמישים אלף שקל?". המנהל: "בואנה, כנראה אתה לא מודע למה שעשית. יכולים לקחת אותך עכשיו זה יותר ממעצר. עורך דין יעלה לך חמישים אלף שקל... הוא רוצה מצדו שתפסיד את הבית שלך... מחר ישמעו עליך בחדשות. שנהג מונית עשה ככה וככה. הבושות שאתה תקבל". המנהל ממשיך ומטיח בנאשם כי מצבו בכי רע; כי בנה של אי תחקר אותה ושמע ממנה פרטים על המעשים המיניים שביצע בה, ובהם בקשתו של הנאשם כי אי תיגע באיבר המין שלו; והטיח בו כי מדובר בסטייה מינית - "איך יכלת בכלל להיכנס לאישה כזאת? איך עולה בדעתך? מה, אלבז, אתה עד כדי כך חרמן?". לכך מגיב הנאשם: "אבי די. אתה צודק... עזוב, אנחנו בינינו גברים... (משפט לא ברור) ליד. משחק. וקצת נגעה בו, זה... הכל". המנהל: "נו מה מה ... ומצצת". הנאשם: (מילה לא ברורה). המנהל: "נתת לה להוריד את הפה, לאישה בת שמונים עם ... שיניים תותבות. תגיד לי, אתה נורמאלי? אתה לא שפוי, אלבז אני אומר לך. אני עכשיו... יושב מולך שאתה מכיר אותי, ואתה בהלם...". הנאשם: "ואתה כועס עלי, אני יודע". המנהל ממשיך להטיח בנאשם דברים קשים אודות חומרת המעשה והחשש כי תפתח כנגדו חקירת משטרה, וכן בעניין גובה הפיצוי הנדרש ממנו והדרישה כי יחדל מיד מלנהוג במונית. המנהל מוסיף: "יש לה שכל של אחת בת שנתיים... חסרת ישע. זה כמו היא חולת אלצהיימר. היא משהו משובש אצלה". הנאשם: "אני יודע, מה? בשביל זה היא נמצאת שמה, בשביל זה אני לוקח אותה כל הזמן". המנהל: "נו, וסומכים עליך...". הנאשם: "ואני עוזר...". המנהל: "... אין לך גם הרבה זמן לחשוב אלבז... אתה רק הבושה שאתה תקבל, זאת סטירת לחי. מצד שני, אתה בן אדם חולה, אני לא רוצה שתקבל חס וחלילה התקף או אירוע. אני דואג לך. אני עכשיו מלווה אותך לעניין הזה. זה לא שאני נוטש אותך. הבנת?". הנאשם: "באמת שאני לא יודע. אם אתה מתמצא בדברים יותר ממני... יודע שאתה רוצה לעזור לי". המנהל: "...דבר כזה אתה יכול לשבת שלוש ארבע שנים. רק בגלל שאתה מבוגר. אתה יודע מה זה? לחסרת ישע? אחת כזאת



שתמצוץ לך את הזין? הצלחת לגמור לפחות אלבז? דבר איתי חופשי". הנאשם: "מה?". המנהל: "הצלחת לגמור?". הנאשם: " (משפט לא ברור) כמעט. אבל גמרתי. דוגרי אני אומר לך. אבל את המצב הוא לא נעים". הנאשם מוסיף כי אינו יודע כיצד היה מגיב בסיטואציה דומה אילו אמו הייתה הנפגעת, ומסביר "תקשיב שנייה. כל הדרך אנחנו שרים וזה, נותן לה יד. סבבה. אז פעם פעם במקרה עשתה ככה, אז היא נשאר היד. אה פעם שנייה...". המנהל: "לא, אתה כיוונת את היד לשם, אלבז". הנאשם: "בסדר בסדר... בסדר לא עובד עלייך... עכשיו אתה חוקר. אתה יודע בדיוק מה היא עשתה ומה אני עשיתי...". השיחה מסתיימת כשהנאשם פורץ בבכי.

8. בהודעה שנגבתה ממנו במשטרה ביום 20.11.2016 (ת/1), מסר הנאשם כי בששת החודשים האחרונים הוא נוהג לאסוף את א' בשעה 14:00 ממרכז הקשישים ומסיע אותה לביתה - נסיעה הנמשכת כרבע שעה. לדבריו בעת הנסיעה הם נוהגים להחזיק ידיים ולשיר ביחד, ובאחת ההזדמנויות "היד שלה נפל לשוקיים שלי... היא נגעה פה... פתחה לי את הריץ' רץ', והתחילה לשחק איתו... אני לא היה נעים לי, התביישתי... עם היד שלה... באיבר... שיחקה באיבר".

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

לדבריו בנסיעות שלאחר מכן לא ארע דבר חריג, ואולם בנסיעה האחרונה - בשבוע שקדם לגביית ההודעה "היא נגעה לי בזה, פתחה לי את הריץ' רץ'... נגעה לי בקטן. באיבר מין ופתחה לי את הריץ' רץ'... הגענו לחנייה, נתנה לו נשיקה וירדה... באיבר המין. אפילו לא עמד ולא גמרתי". לטענתו שעות אחדות לאחר מכן מנהל התחנה טלפן אליו והודיע על תלונתו של הבן ועל דרישתו לפיצוי בסך 50,000 ₪.

לגרסתו אי כבת 70 וזיכרונה ירוד - "אני שואל אותה מה אכלת היא לא זוכרת... מדברת ושרה כל הדרך עד לבית". הנאשם אישר כי אי מלווה אל המונית על ידי אשת צוות. הנאשם דחה את הטענה כי נגע בגופה של אי ללא הסכמתה, או כי אי מצצה את איבר המין שלו, וטען כי אי נישקה את איבר המין שלו ולא יותר מכך. לדבריו לא הגיע לסיפוק אך אינו חולק כי לרגע קצר נהנה מהמגע, האירוע לא גרם לו הנאה: "אני לא אומר לך שאני לא נהנה... דקה שתיים, מה יש ליהנות... כן נהניתי, אבל לא נהניתי כמו שאת חושבת שגמרתי ונהניתי שעה שעתיים". לטענתו התרחשות דומה ארעה באירוע השני: "פתחה לי את הריץ' רץ', נתנה לו נשיקה וירדה... שיחקה בהם ו... הוציאה אותו, נתנה לו נשיקה, אפילו לא מציצה כל כך, נתנה לו נשיקה והזין כבר לא עומד, מה אני אומר לך. אני הרבה זמן לא הלכתי עם אישה". הנאשם הכחיש כי אמר למנהל התחנה כי הגיע לסיפוק; כי אמר למנהל התחנה שאיבר מינו חדר לפיה של אי; או כי אמר למנהל התחנה שכיוון את ידה של אי לאיבר מינו. הנאשם עמד על כך שלא ביקש מאי לגעת באיבר המין וכי הייתה זו יוזמתה לעשות כן.

הראיות מטעם ההגנה

9. בעדותו מסר הנאשם כי בעת שהסיע את אי לראשונה לביתה ידע באופן כללי היכן היא מתגוררת, ואולם לטענתו אי היא שכיוונה אותו לביתה. לדבריו לא ידע פרטים על מצבה, אך הבין כי זיכרונה ירוד. בעת שירדה מהמונית, נהגה אי להוציא מפתח מארנקיה

עמוד 7



ולפתוח בעצמה את שער הבית. לדבריו הכירה אותו ופנתה אליו בשמו - "היא חיבבה אותי שאני בא לקחת אותה... ופעם באמת שהיא הייתה שרה ונתתי לה יד. היה בינינו כימיה. באמת הייתי לוקח אותה כמה פעמים. ביחד... היינו שרים ביחד על העשר דקות נסיעה". לטענתו לאחר שכבר הסיע אותה פעמים רבות, באחת ההזדמנויות, כשחנה ליד ביתה, ידה נגעה ברכו, היא פתחה את רוכסן מכנסיו, כשהוא שאל אותה מה קרה והתלונן כי לא נעים לו "שיחקה קצת וירדה, זה היה פעם הראשונה... פתחה את הריץ' רץ' ושיחקה... שיחקה בקטן שלי". לדבריו ביקש ממנה לחדול מכך מאחר שעליו להגיע

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבו

לנוסע אחר - "אני עזבתי באותו הרגע. באותו הרגע עזבתי אותה לא המשכתי... לא גמרתי לא היה הנאה או משהו מיוחד... הנוסעת פתחה את הדלת וירדה לבית אני המשכתי סגרתי את הריץ' רץ' והלכתי". לדבריו א' החזיקה באיבר המין שלו כדקה עד שתי דקות. הנאשם מסר כי האירוע השני התרחש בחניית ביתה של א' - "היא פתחה את הריץ' רץ' נישקה אותו וירדה... יותר מזה לא היה... לא היה מציצה. לא היה כלום לא היה איבר מין. לא כפיתי עליה לא אמרתי לה בכוח לא כלום". לשאלה מדוע לא הפסיק את מעשיה של א' השיב: "לא יודע עצרתי אותה אבל היא כאילו המשיכה".

בחקירה נגדית מסר הנאשם כי נהג אחר הוא שהסיע את א' בקביעות ממרכז הקשיש לביתה, וכי הוא נדרש רק מידי פעם למלא את מקומו. לדבריו הסיע אותה במשך חודשים אחדים, באופן שאפשר לו להכיר אותה. הנאשם הוסיף כי "היה לה לפעמים חוסר זיכרון. אבל אני התפלאתי דבר אחד. שהיא ידעה לשיר וידעה לבקש עיתון. ולבקש שתייה משהו. וידעה להוציא את המפתחות מהתיק. ולהיכנס לבית לבד". משב"כ המאשימה הטיחה בו כי לא ניתן לפתוח את רוכסן מכנסיו ללא עזרתו, כשהוא במצב ישיבה ובטנו משתפלת לעבר רגליו, השיב הנאשם כי א' לא התקשתה בפעולה זו, ואף עשתה כן כשהיא אוצזת בידה השנייה את ארנקיה. לדבריו אף שביקש ממנה לחדול ממעשיה א' "לא הבינה" והמשיכה במעשיה. משנדרש להסביר את דבריו אמר: "היא לא הבינה מה זה די. כי קשה לה, יש לה בעיה של זיכרון... כל דבר לוקח לה איזה רבע דקה לחשוב...". הנאשם עמד על כך כי לא שיתף פעולה עם א', וכי אף על פי כן עלה בידה לפתוח את רוכסן מכנסיו, להוציא את איבר מינו מתחתוניו ולבצע בו את הנטען על ידו, והכל כשהוא במצב של ישיבה.

הנאשם אישר כי לאחר האירוע הראשון סבר כי דבר מה בהתנהגותה של א' מוזר - "נכון. היה לה באמת התנהגות מוזר אותו היום". אף על פי כן אירוע דומה התרחש בפעם השנייה כמתואר לעיל ולטענתו לא היה בידו למנוע אותו. במענה לשאלות בית המשפט הנאשם לא ידע להסביר מדוע אפשר לא' לשוב על מעשיה. לטענתו גם הפעם הצליחה א' לפתוח את רוכסן מכנסיו, להוציא את איבר המין שלו מתחתוניו ולנשק אותו כשהוא מחוץ לתחתוניו - הכל ללא עזרתו. הנאשם עמד על כך שאיבר המין שלו לא חדר לפיה של א' והכחיש כי אמר למנהל התחנה כי א' "מצצה" את איבר המין שלו. משהושמעה לו הקלטת השיחה בבית המשפט אישר כי אמר למנהל התחנה כי א' "מצצה בסדר מצצה", והסביר כי אמר זאת מחוסר ברירה ובשל הלחץ שבו היה נתון כתוצאה מדבריו של המנהל.

הנאשם עמד על כך שלא כיוון את ידה של אי לאיבר מינו והכחיש כי אמר זאת למנהל. משהוטחו בו דבריו של הבן שעליהם העיד כי שמע מאמו על "התנפחות" איבר המין שלו - הכחיש זאת הנאשם.

הנאשם אישר כי אי התנהגה במונית שלו כפי שהתנהגה בבית המשפט (פרוטוקול עמי 226).

10. מטעם ההגנה הוגשה חוות דעת מאת ד"ר אליק יפה פסיכיאטר מומחה, פסיכוגריאטר. בחוות דעתו ובחקירתו הראשית ציין ד"ר יפה כי התבקש לחוות את דעתו בעניינה של אי בעת האירועים נושא האישום, בשאלת "כשירותה להביע את רצונה ואת בחירתה לקיים יחסי מין; לדעת מה פשר המעשה; להבין את מהות בחירתה ואת השלכותיה; להיות מסוגלת לדון באופן רציונאלי על הדרך בה היא הגיעה להחלטה לקיים יחסי מין".

ד"ר יפה טען כי כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון את עמידתו של החולה בארבעה מבחנים:

יכולתו של החולה לבטא את רצונו; "מסוגלות להבין את המידע הרלוונטי לגבי המצב וליישם את הידע ביחס לבחירה האפשרית של הפעולה"; "מסוגלות להבין את טיבו של המצב ולשקול את ההשלכות של ההחלטה"; "מסוגלות להגיע להחלטה בצורה רציונאלית".

העד הטיל ספק בממצאים שקבע ד"ר רוזנברג בדו"ח הבדיקה מיום 9.9.2012 (ת/א3). לטענתו ד"ר רוזנברג "נוטה להחמיר בסימפטומים וסימנים קליניים, ייתכן בשל הרצון לסייע בקבלת תמיכה בעבור החולה... הרופא מבקש להכיר בתלותה המוחלטת של החולה בזולת ובסכנה שנשקפת לה, עקב נטייתה לברוח מהבית וקובע שהיא זקוקה להשגחה 24 שעות ביממה ולהעסקת עובדת זרה. מה שקרה בפועל, כפי שהדבר משתקף מעדות בנה של הנבדקת, היא המשיכה בחייה, והייתה מסוגלת להישאר בבית לבד שעות ארוכות, ללא ניסיון לברוח. הופעתה הייתה מסודרת, ידעה לצאת מהבית לקראת ההסעה למעון יום קשישים, לחזור הביתה באופן עצמאי, תוך שימוש בשני מפתחות - של הבית ושל יחידת הדיור שלה. ברור בעליל שהתנהגותה של המתלוננת סותרת את ההערכה המחמירה של ד"ר רוזנברג: הרי מדובר בתיאור התנהגותה היומיומית בשנת 2016, כ-4 שנים לאחר הבדיקה הנדונה. אם לקחת את הממצאים שבבדיקה, כפי שהם תוארו, התרחיש המצופה הוא שכעבור 4 שנים החולה תמצא את עצמה במצב של תלות מוחלטת בזולת ובמצב של קרוב לווגטטיבי".

יוער כי חלק משמעותי בחקירתו הנגדית של העד עסק בשאלה אם נמצאו באי סימפטומים וסימנים המאפיינים דמנציה מהסוג הפרונטאלי בסיכומיה ב"כ המאשימה לא הבהירה מה נפקות אבחנה זו בעניינה של המתלוננת, ומשכך לא נרחיב בעניין זה.

העד הוסיף כי מהודעתה של אי ניתן להסיק כי היא שיתפה פעולה בקשר המיני עם הנאשם. לטענתו את המגע המיני אי מתארת "במילים חיוביות - נחמד, מבוסס, יפה, בסדר". כמו כן העד ציין כי את המעשים המיניים אי הסתירה מבנה בשלב הראשון. לטענתו לדבריה של אי לא התלוו סימנים של מצוקה נפשית או פגיעה רגשית או פיזית כתוצאה מהמעשה.

העד ציין כי טרם התגבשו קריטריונים ברורים לגבי קיום יחסי מין בהסכמה עם חולי אלצהיימר "והעניין נתון לשיפוטם של האנשים הנוגעים בדבר: בני הזוג, ילדים, צוות ניהולי במוסדות לדיור מוגן...". לטענתו הניסיון להעריך באופן רטרוספקטיבי את מצבה של אי בעת האירוע לוקה בחסר. העד הוסיף וטען כי "אין קשר ישיר בין מבחנים לקיומה של דמנציה מסוג אלצהיימר או אחר, לכשירות לקיים יחסי מין בהסכמה... רק במקרים של דמנציה מתקדמת, כאשר המצב הקשה של המחלה מוחק את מסוגלותו של הפרט להביע את רצונו האמתי (מצב שבו הנבדק אינו יודע את שמו או שנמצא במצב קוגניטיבי) יש לקבוע בוודאות את אי המסוגלות



לקיום יחסי מין בהסכמה...". העד הוסיף וטען כי אין לשלול מחולים הלוקים בדמנציה את הזכות לקיים יחסי מין - "הרצון למגע ולקשר אינטימי נשמר ולפעמים, אך מתגבר עם הגיל ובמהלך מחלת אלצהיימר. שאלת קיום יחסי מין עולה לדיון במוסדות בהם החולים חיים בתנאים מוגנים, והמדיניות לאפשר או לא לאפשר קיום יחסי מין בין דיירי המקום נקבעת ע"פ השקפות העולם של הצוות הניהולי והרפואי בכל מקום ומקום... השתתפות פעילה של התובעת בקיום יחסי מין עשויה להעיד על כך, שהיא בחרה לקיים יחסי מין מרצונה החופשי. יש לחלוק על הקביעה הגורפת, כי חולים שסובלים ממחלת אלצהיימר, הם נעדרים יכולת להסכים לקיום יחסי מין בהסכמה". לטענתו כשירות להסכים ליחסי מין מורכבת פחות מכשירות להסכים לטיפול רפואי, לעריכת קניות, לניהול עניינים הכספיים של החולה או לעריכת מסמכים משפטיים על ידו. העד הוסיף כי "דעת הציבור... מושפעת מתופעת ה"Ageism", מסלידה מובנית לקיום יחסי מין בקרב קשישים בכלל וחולי אלצהיימר בפרט. כל אלה "עלולים להשפיע על מתן היתר ציבורי לקיום יחסי מין בהסכמה בקרב אנשים שסובלים ממחלת אלצהיימר או מסוגי דמנציה אחרים". לטענתו "זוהי תופעה חברתית שמייחסת לגיל זקנה עצמו כל מיני ליקויים בתפקוד אם זה בתפקוד מיני דברים כאלו שבגיל הזקנה הדברים האלה הם מיותרים... זה באמת איזה סטיגמה חברתית לגבי גיל הזקנה... אנשים מופתעים פתאום שמישהו בגיל 75 מתנשק או מתחבק או בגיל 80 מקיים יחסי מין". את עמדתו סיכם העד: "לאור האמור לעיל, לדעתי המקצועית, א'... הייתה במצב של כשירות לקיים יחסי מין בהסכמה בסבירות גבוהה".

העד ציין כי החומר הרפואי שהוצג לפניו דל מאוד. הועבר לעיונו חומר המצוי בתיק בית המשפט - תעודות רפואיות (ת/3 ות/3א), הודעתה של אי (ת/4) ומזכר של החוקרת רויטל חדד וכן פרוטוקול עדותו בבית המשפט של ד"ר רוזנברג. העד לא נפגש עם אי או עם בנה, לא ביקש לקבל את התיק הרפואי של אי או כל תיעוד אחר מקופת חולים או ממרכז הטיפול בקשישים, ולא שוחח עם גורמים מטפלים, לרבות עם ד"ר רוזנברג. העד אישר כי אילו שוחח עם הגורמים האמורים היה בידו מידע עשיר יותר אודותיה של אי.

#### סיכומי המאשימה

11. המאשימה טוענת כי תיאור האירועים על ידי הנאשם, ולפיהם אי יזמה ואף כפתה עליו את המגע המיני, והצליחה לבצע בו את המתואר על ידו ללא כל שיתוף פעולה מצדו, אינו הגיוני. לטענתה יש לדחות את גרסת הנאשם בעדותו, ולהעדיף על פניה את דבריו בשיחתו המוקלטת עם מנהל התחנה (ת/2), שבה הודה כי איבר מינו חדר לפיה של אי וכי היוזמה למעשים הייתה שלו.

12. בעניין השיחה המוקלטת - טוענת המאשימה כי הטענה ללחץ של המנהל על הנאשם עד כדי "סחיטה" להודות בעובדות שלא התרחשו, אינה עולה בקנה אחד עם תוכנה של השיחה. לטענתה השיחה אינה מאיימת - "היא משלבת בין חבר המום ודואג לבוס כועס". הנאשם אינו נשמע בשיחה לחוץ במידה חריגה, ואף הודה בעדותו כי התרשם מרצונו הכן של המנהל לסייע לו. המאשימה מוסיפה וטוענת כי ההקלטה כשרה כראיה גם על פי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

13. לעניין מצבה הקוגניטיבי של אי - המאשימה טוענת כי לצורך ההכרעה בתיק זה לא נדרש לקבוע מהי המחלה שממנה סובלת אי, וכי לצורך הגדרתה כחסרת ישע די בכך שאובחנה כסובלת מדמנציה קשה ודי בתסמינים שבהם לקתה. לטענתה אין יסוד לטענת הנאשם כי לא הבחין

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ"י שמואל אלבז

בתסמינים האמורים. המאשימה מפנה לעדות בנה של אי, לעדותו של ד"ר רוזנברג, לדבריה של השוטרת שגבתה את הודעתה של אי וכן להופעתה של אי בבית המשפט.

המאשימה מבקשת לדחות את עדותו של העד המומחה מטעם ההגנה, ד"ר אליק יפה, אשר כאמור לא בדק את המתלוננת, לא שוחח עם בנה ועם מטפליה ונמנע מלעין בתיקה הרפואי ובחומרים אודותיה. לטענתה התנהלות זו מלמדת על חוסר רצינות וחוסר מקצועיות.

המאשימה יוצאת נגד "תזה מרחיקת לכת" כהגדרתה, שד"ר יפה הציג בעדותו בנוגע ליכולתם של חולי אלצהיימר לתת את הסכמתם לקיום יחסי מין, ולקביעתו ולפיה רק חולים הנמצאים במצב וגטיבי או שאינם מזהים את עצמם מנועים מכך. במיוחד יוצאת המאשימה כנגד קביעות אלה בנוגע לאי שכאמור עם רופאיה ומקורביה העד לא שוחח.

14. אשר למודעותו של הנאשם למצבה של המתלוננת - המאשימה מדגישה כי נסיבות הסעתה וריבוי המפגשים עמה, אינם יכולים להותיר ספק בשאלה אם הנאשם היה מודע להיותה חסרת ישע ונעדרת יכולת קבלת החלטות. לטענתה הנאשם היה מודע היטב למצבה של המתלוננת וניצל אותו כדי לבצע בה את המעשים הנטענים בכתב האישום.

סיכומי ההגנה

15. ב"כ הנאשם טוענת כי השיחה המוקלטת (ת/2) אינה קבילה כראיה. לשיטתה המדובר בראיה שהושגה תוך ניסיון לבצע עבירה של סחיטה באיומים וכן ניסיון לשיבוש הליכי חקירה, ומשכך אין היא קבילה על פי סעיף 3 לחוק האזנת סתר, שהרי ההאזנה לשיחה והקלטתה נעשו "למטרת עבירה". לטענתה ת/2 אף אינה עומדת בתנאי ההגשה ה"טכניים" של שיחה מוקלטת.

לחלופין טוענת ב"כ הנאשם כי משקלה של ראיה זו "אפסי". לדבריה עיון בתמליל השיחה מעלה כי הדובר העיקרי בה הוא מנהל התחנה, וכי "הלך הרוח בו נוהל השיחה, תוך פיטורי הנאשם מעבודתו ואיום על עתידו הכלכלי והאישי בכלל, הפחיד את הנאשם ולא התאפשר לו להתבטא באופן כן ואמיתי". בין השניים יחסי כוחות של מעסיק ועובד, כשהמנהל מנצל פערי כוחות אלה כדי לגרום לנאשם להודות "תוך סחיטה שלו ואיום עליו שאם לא יסכים להצעה לשלם סכום כסף גדול זה יהיה סופו". ב"כ הנאשם מפנה לחקירת הנאשם במשטרה (ת/1), ולטענתה כבר בהזדמנות זו אמר כי לא היה מודע לחומרת מצבה של א', וכי א' "לא מצצה את איבר מינו, אלא רק נישקה אותו". ב"כ הנאשם מוסיפה וטוענת כי יש לקבל את הסברו של הנאשם, ולפיו בשיחה המוקלטת התמקד בחיפוש אחר מוצא למצבו הקשה ולכן "העדיף שלא להתעכב על הפרט הזה ולא רצה להתעמת עם אבי איגנה על העניין הזה... ולצורך כך הוא נאלץ לרצות אותו ולהסכים להאשמות שאבי איגנה הטיח בו, גם כאלה שלא היו".

עוד נטען כי אין בכוחו של הנאשם לזכור אם ההקלטה ת/2 משקפת את השיחה שהתקיימה בינו לבין המנהל.



16. אשר למודעותו של הנאשם למצבה המנטאלי של א' - לטענת באת-כוחו יש לקבל את הסברו של הנאשם כי היה מודע לכך שזיכרונה ירוד, אך לא מעבר לכך. לטענתה אין הצדקה לקבוע כי הנאשם חשב שבשל כך אין היא יכולה להסכים למעשים שהיא עצמה ביצעה בו. לטענתה לקות בהתמצאות במקום, בתפיסה ובשיפוט "הן ודאי תכונות חמקמקות יותר" ואין לקבוע כי הנאשם היה מודע להן. ב"כ הנאשם מוסיפה וטוענת כי הנאשם הסיע את א' פעם או פעמיים בשבוע במשך מספר חודשים, ולאור "היכרות מצומצמת" זו לא ניתן לדחות את גרסתו כי לא היה מודע למצבה.

ב"כ הנאשם מפנה לשיחה המוקלטת שממנה עולה תגובתו האוטנטית של הנאשם, המופתע מעצם ההאשמות המוטחות בו, ומביע תדהמה מהטענה כי מעשיו חמורים. לטענתה אף ידיעה ברמה של "עצימת עיניים" אין לייחס לנאשם, שהרי ידיעה על ליקויי שכלי "מורכבת יותר שכן הנאשם לא נדרש לברר חשד לפיו מתלוננת אינה מסכימה למעשים מיניים, אלא נדרש לברר האם ההסכמה שניתנה היא אמנם הסכמה חופשית, ובמיוחד האם מצבה השכלי מונע ממנה ליתן הסכמה חופשית".

17. ב"כ הנאשם מוסיפה וטוענת כי לא נמצא "דבר מה נוסף" להוכחת חדירה של איבר מינו של הנאשם לפיה של א', ומוסיפה כי ככל שעוצמת ההודאה נמוכה כך נדרש הדבר מה הנוסף להיות עוצמתי יותר - עד כדי סיוע.

18. אשר למצבה הקוגניטיבי של א' בעת האירועים - ב"כ הנאשם מפנה לדבריו של המומחה מטעם המאשימה אשר הודה כי אינו יודע להשיב לשאלה בעניין יכולתה של א' להסכים לקיום יחסי מין. בכך לטענתה "נשמטת הקרקע מתחת לטיעוני המאשימה לגבי היעדר יכולתה להסכים

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

לקיום המעשים המיניים עם הנאשם", שהרי לשיטתה לא ניתן למלא את החסר בראיות אחרות. לטענתה מקורו של חלק משמעותי מהמידע שנמסר לד"ר רוזנברג בבנה של אי, ומשכך קיים חשש ל"זיהום" עדותו.

בעניין עדות בנה של אי על מצבה של אמו - ב"כ הנאשם טוענת כי עדותו אכן מלמדת על התדרדרות במצבה של אי, אך אין בכך כדי להוכיח את עובדות כתב האישום. לטענתה מטבע הדברים נוטה הבן לגונן על אמו ומתקשה לקבל כי אמו רצתה בקשר המיני עם הנאשם, ומובן כי יחוש "אי נוחות ויתקשה להכיל בתוך התפיסה שלו את היותה של אימו אישה בעלת מאווים ורצונות מיניים משלה". לטענתה דווקא מעדותו של הבן עולה כי אי נותרה בגפה מידי יום במשך שעות רבות, והתגוררה בדירה נפרדת. חלק מהתפקודים נותרו שלמים, והיא נוהגת אף לפתוח את שער הבית ואת דירתה באמצעות שני מפתחות שונים, ואף מתלבשת בעצמה.

אשר לעדותה של גובת ההודעה מאי - החוקרת אביה זלייט, טוענת ב"כ הנאשם כי עדותה בעלת משקל אפסי, בשל העדר מומחיות שלה בהערכת יכולתם של חולים דמנטיים וכן בשל נוכחותו של בנה של אי במעמד גביית ההודעה, דבר אשר עלול היה להשפיע על דבריה של אי.

עוד נטען כי העדר בדיקה של אי בסמוך לאירועים שבכתב האישום, וקיומה כשמונה חודשים לאחר מכן, מכבידים על היכולת לעמוד על מצבה בעת האירועים. ב"כ הנאשם מפנה בעניין זה לדבריו של ד"ר רוזנברג אשר טען כי שינויים במצבם של חולים דמנטיים מתרחשים לעיתים תוך פרקי זמן קצרים.

ב"כ הנאשם הוסיפה וטענה כי הופעתה של העדה לפני בית המשפט אינה דומה לבדיקה המתקיימת בחדרו של רופא, והפנתה לדבריו של ד"ר רוזנברג, ולפיהם המעמד בבית המשפט כשלעצמו איים על אי.

ב"כ הנאשם מבקשת לאמץ את עדותו של מומחה ההגנה, ד"ר אליק יפה, אשר טען כי בהעדר אמות מידה אחידות לבחינת שאלת כשרותו של אדם הסובל מדמנציה להסכמה מדעת ליחסי מין, "נתונה השאלה לפרשנות ולאידאולוגיה של כל אדם", וכי להבנתו די בכך שאדם יהיה מודע למתרחש סביבו כדי לקבוע את כשירותו להסכמה ליחסי מין. לטענתה יש לקבוע בהתאם למסקנתו

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן וא'

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

של ד"ר יפה כי קיימת סבירות גבוהה כי בעת האירועים שבכתב האישום הייתה א' במצב של כשירות לקיים יחסי מין בהסכמה.

דיון והכרעה

19. בראשית הדברים יש להידרש לשיחה המוקלטת שהתקיימה בין מנהל תחנת המוניות לבין הנאשם שעות אחדות לאחר האירוע נושא האישום השני (ת/2).

טענות שהעלתה ב"כ הנאשם בסיכומיה בנוגע לקבילות השיחה דינן להידחות.

מהאזנה לשיחה עולה כי המעמד קשה לנאשם. מנהל התחנה מודיע לו בפתח השיחה כי בנה של א' טוען כנגדו כי "אנס" את אמו; כי א' סיפרה בעצמה למנהל על מעשים מיניים שהנאשם ביצע בה; כי בכוונת הבן להביא עליו "חורבן"; כי הבן דורש פיצוי בסך 50,000 ₪ לכל הפחות ומצפה כי לשם כך הנאשם ימכור את ביתו; וכי קיים חשש לכך שהבן או אחיו יגישו תלונה כנגדו במשטרה, דבר העלול להביא למעצרו לצורך חקירה ובעקבות זאת למאסרו לשנים אחדות. מנהל התחנה מודיע לנאשם כי עליו לסיים את עבודתו בתחנת המוניות, ומפעיל עליו לחץ לסיים את העניין בפיצוי המבוקש. בתוך כך מטיח המנהל דברי ביקורת קשים בנאשם, ואף שהוא מצוין כי הוא פועל כחברו כדי לסייע לו להיחלץ ממצבו הקשה, המנהל לא חוסך מהנאשם עלבונות, ומבהיר לו כי בנוסף לתוצאות הקשות של המעשים, צפויים לו גם פרסומים מבישים בתקשורת וחשיפת הדברים בפני בנותיו. הנאשם מסכים מיד לחתום על מסמך שבו יודיע כי אין בכוונתו לעבוד עוד בנהיגה ברכב ציבורי, ולאחר דין ודברים על טיבם של האירועים המיניים ועל מידת אשמתו של הנאשם ועל גובה הפיצוי הנדרש, מביע הנאשם נכונות לקידום המשא ומתן עם בנה של א' כדי לסיים העניין בפיצוי כספי. בתום השיחה פורץ הנאשם בבכי, ובמשך דקות אחדות מתקשה להירגע.



אף שמדובר בשיחה קשה לנאשם ואף שמצב רוחו נעכר כתוצאה ממנה עד כדי בכי, את דבריו בשיחה השמיע הנאשם מרצון טוב וחופשי. אין בשיחה כל אינדיקציה לשלילת חופש הבחירה של הנאשם אם לומר את הדברים, ואין בה מרכיב של איום כלפיו מפיו של מנהל התחנה או שימוש באמצעי פסול אחר, שבגינו נאלץ הנאשם לומר את דבריו. מצוקתו של נחקר כתוצאה מדברים קשים המוטחים בו בשיחה, בין שמדובר בחקירת משטרה המתקיימת לעיתים אף בתנאי מעצר, ובין שמדובר בשיחה המתקיימת עם אדם שאינו איש מרות, אינה מלמדת בהכרח על אבדן

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ"י שמואל אלבז

חופש הבחירה של הדובר. הנאשם, למרות מצוקתו הרבה, חלק בשיחה לא פעם על מנהל התחנה, השמיע את גרסתו, הכחיש חלק מהפרטים שהוטחו בו, וניכר בו כי למרות מצוקתו, בחן את אפשרויות הפעולה העומדות לפניו באופן רציונאלי. משלא הוכח כי הופעלו על הנאשם אמצעים פסולים, שבגינו איבד את חופש הבחירה, נדחת הטענה.

טענתה הנוספת של ב"כ הנאשם, ולפיה ההקלטה אינה קבילה בשל אי עמידתה בתנאים שבחוק האזנת סתר, דינה אף היא להידחות. הנחתה של ב"כ הנאשם כי השיחה נעשתה "למטרת ביצוע עבירה", כאמור בסעיף 3 לחוק האזנת סתר, שכן מנהל התחנה ניסה לסחוט באיומים את הנאשם וכן ניסה לשבש מהלכי משפט בניסיונו להרחיק את המידע מהמשטרה בדרך של תשלום דמי שתיקה, מרחיקת לכת. אין יסוד לטענה כי כוונת המנהל הייתה לסחוט את הנאשם או לשבש חקירה צפויה. מהשיחה עולה כי המנהל פעל כדי לקבל את הודאתו של הנאשם במיוחס לו על ידי אי ובנה, ולשמוע מפיו פרטים מרובים ככל הניתן אודות האירועים שבכתב האישום. זאת ועוד, יש להבחין בין עצם קיום השיחה, שמטרתה כאמור קבלת מידע מהנאשם, לבין הקלטתה. על מנת שהקלטת שיחה שבה המקליט משתתף תפסל על פי חוק האזנת סתר, נדרש כי ההקלטה תתבצע "למטרת ביצוע עבירה". במקרה שלפנינו אין יסוד לכך. מהשיחה עולה כי מנהל התחנה אסף ראיות כדי לעשות בהן שימוש כנגד הנאשם בבוא העת, אם תפתח חקירת משטרה או במסגרת התדיינות משפטית אחרת, ובוודאי שלא "למטרת ביצוע עבירה".

ב"כ הנאשם הוסיפה וטענה כנגד קבילותה ה"טכנית" של ההקלטה וטענה כי אין היא עומדת בתנאי הקבילות הנדרשים להגשת הקלטה כראיה. משהושמעה ההקלטה לנאשם הן בחקירתו במשטרה והן בעדותו בבית המשפט והוא אישר את הנאמר בה, לא נותר עוד טעם בטענה זו ודינה להידחות.

20. אשר למשקלה של השיחה המוקלטת - יש לקבל באופן חלקי את טענת הנאשם כי בשל הדינמיקה שנוצרה בשיחה, בחר שלא להתעמת עם מנהל התחנה, וכדי לקדם את שיחה לכיוונים מעשיים, נמנע לעיתים מלעמוד על דבריו. בחלקים מהשיחה מעלה הנאשם גרסה סותרת לדבריו של המנהל אך נסוג ממנה משמטיח בו המנהל כי גרסתו חסרת הגיון, או כי שמע דברים סותרים מאי. אין הגיון רב ב"קבלת הדין" על ידי הנאשם בנוגע לפרטי האירוע ובנטילת האשמה על מעשים חמורים שלא ביצע. משכך אין לבטל את משקלם של הדברים הנשמעים בשיחה. עם זאת נוכח הדינמיקה האמורה לעיל ומאחר שאין המדובר בחקירה פורמלית שהשלכותיה על הנחקר ברורות, יש לבחון את הדברים בזהירות ולהימנע מלהכריע במחלוקת עובדתית מקום שהמאשימה מבקשת



לבסס ממצא אך ורק על הנאמר בשיחה זו. אשר על כן אין לקבל את טענתה הגורפת של ב"כ הנאשם כי משקלם של דברי הנאשם בשיחה "אפסי". יש לבחון כל אחת מהתבטאויותיו של הנאשם בשיחה על פי תוכן הדברים והקשרם, ובשים לב לראיות הנוספות שלפניו.

21. אף שאין מחלוקת כי בשתי ההזדמנויות שבכתב האישום התקיים מגע מיני בין הנאשם לאי, חלוקים הצדדים על חלק מעובדותיהם של האירועים האמורים.

כאמור המאשימה טוענת כי באירוע נושא האישום הראשון משהנאשם ביקש מאי לגעת באיבר מינו, נענתה אי לבקשה - נגעה באיבר המין, נשקה אותו ומצצה אותו, וכי בעת האירוע הגיע הנאשם לסיפוק. בסיכומיה לא חזרה המאשימה על הטענה כי הנאשם הגיע באירוע זה לסיפוק, ונראה כי טענה זו זנחה על ידה. בעניין האישום השני טוענת המאשימה כי לבקשת הנאשם נגעה המתלוננת באיבר מינו ונשקה את איבר מינו, בלי שאיבר המין חדר לפיה.

כאמור בתשובתו לאישום הודיעה ב"כ הנאשם כי הנאשם אינו מכחיש "שבוצעו מעשים מיניים בינו לבין המתלוננת" ולא הוסיפה על כך.

בחקירתו (ת/1) ובעדותו טען הנאשם כי בשתי ההזדמנויות אי היא שיזמה את המגע המיני - פתחה ביוזמתה את רוכסן מכנסיו, הוציאה את איבר מינו, נגעה ו"שיחקה" בו, וכי באירוע השני אף נשקה לאיבר מינו. לטענתו בשתי ההזדמנויות חש בושה, לא נהנה מהמגע ואף ביקש מאי לחדול ממעשיה, אך היא התעלמה מדבריו.

הצדדים חלוקים אפוא בשאלה אם האירועים התרחשו ביוזמתו של הנאשם תוך השתתפות הנאשם בהם, ואם באירוע הראשון החדיר הנאשם את איבר מינו לפיה של אי.

22. אשר לשאלת היוזמה ומידת השתתפותו של הנאשם באירועים - כאמור לעיל טענה זו לא הועלתה בתשובת הנאשם לאישום. מהמידע שהונח לפניו בעניין מצבה של אי, לא עולה כי אי

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ"י שמואל אלבז

מגלה דחפים מיניים מוגברים באופן העולה בקנה אחד עם תיאור הדברים על ידי הנאשם (ת/3). זאת ועוד, טענת הנאשם כי אי עשתה בו ביוזמתה את המעשים האמורים לעיל, כי הנאשם לא סיע לה בכל דרך לבצע בו את מבוקשה, וכי האירועים נמשכו כדקה עד שתי דקות, בלי שהיה בידו להפסיקם אינם עומדים במבחן ההיגיון. יש לקבל את טענת המאשימה כי ההתרחשות המתוארת על ידי הנאשם אינה סבירה. הנאשם גבר מלא לבוש מכנסי גיינס, ישב בעת המעשים במוניתו. לא בנקל תתאפשר הפעולה המיוחסת על ידו לאי - פתיחת רוכסן מכנסיו, הזזת תחתוניו, הוצאת איבר מינו אל מחוץ לתחתוניו, ונגיעות בו, ללא כל שיתוף פעולה מצדו, וכשבעת האירועים אוחזת המתלוננת בידה השנייה בארנקה ומבצעת את כל הפעולות ביד אחת ולמרות התנגדותו. בחקירתו הנגדית התקשה עמוד 15

הנאשם להסביר כיצד התרחשות כאמור אפשרית:

ש: "אני מנסה להבין היינו בתיאור שבו היא באמצעות יד אחת שלה בזמן שאתה יושב חגור בחגורה היא פותחת את הרוכסן של המכנסיים... אני מניח שמתחת למכנסיים לבשת תחתונים... איך היא מזיזה את התחתונים?"  
ת: "מה זה קשה?... מה אני צריכה לפרט לך את דברים?... לא יודע מה להגיד לך"  
ש: "היא מכניסה את היד שלה מתחת לתחתונים היא מזיזה אותם הצידה? מה היא עושה?"  
ת: "אין לי תשובות על הדברים האלה..."

לטענתו אף שהתנגד למעשה שבאישום הראשון וביקש מאי לחדול ממנו, לא דיווח עליו למנהל התחנה ולא ביקש להימנע מלהמשיך ולהסיע את אי. והנה שבוע לאחר מכן, חזרה ההתרחשות האמורה על עצמה, ואף שהנאשם כבר לא היה מופתע ממנה, לטענתו לא היה בידו למנוע מאי לפתוח את רוכסן מכנסיו ולבצע בו את סדרת הפעולות האמורה, ובסיומה לגעת באיבר מינו ולנשק אותו. אילו הייתה אמת בתיאור הדברים האמור, בקלות רבה היה בידי הנאשם להפסיק את המעשים. די בהורדת כף ידו לעבר רוכסן מכנסיו כדי למנוע מאי לבצע בו את המעשים בניגוד לרצונו - מעשים שלטענתו ארכו כדקה עד שתי דקות. תיאור הדברים על ידי הנאשם עומד בניגוד לכל הגיון, ודבריו בחקירתו כי נהנה במידה מסוימת מהמגע, אף הם אינם עולים בקנה אחד עם תיאור הדברים על ידו בעדותו.

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן וא'

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבו

לכל האמור יש להוסיף כי בשיחה המוקלטת, מנהל התחנה מספר לנאשם כי שמע בעצמו את א' טוענת כי הנאשם אמר לה: "בואי תגעי בזין שלי. ככה, בשביל שהמקום יתנפח" (ת/א, עמ' 5). אף שדבריה של א' אינם קבילים כראיה, משהוטחו הדברים בנאשם והלה לא הכחיש אותם אומר הדבר דרשני. וכשהנאשם נשאל אם הגיע לסיפוקו הוא משיב: "(מילה לא ברורה) כמעט. אבל גמרתי" (ת/א עמ' 9) - בין אם הנאשם אמר בשיחה כי הגיע לסיפוק ובין אם כוונתו הייתה לכך ש"כמעט" הגיע לסיפוק, תשובתו מעידה על כך שהמגע המיני היה משמעותי הרבה יותר מהמתואר על ידו, וכי המגע גרם לו הנאה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תיאור הדברים בעדותו.

כשהנאשם מתאר למנהל התחנה כי ידה של א' הגיעה לכיוון איבר מינו "במקרה", מטיח בו המנהל: "לא, אתה כיוונת את היד לשם, אלבו". הנאשם משיב לדבריו: "בסדר", ומכאן ועד לתום השיחה נמנע מלהעלות את גרסתו האמורה. כאמור לעיל בשל אופי השיחה המוקלטת יש לבחון בזהירות את דבריו של הנאשם מקום בו נסוג מדבריו. בעניין שלפנינו, אין המדובר בראיה יחידה שעליה מבקשת המאשימה לבסס ממצא בנושא זה. אישורו של הנאשם כי כיוון את ידה של א' לאיבר מינו מצטרף לדברים נוספים שאמר בשיחה המוקלטת כמפורט לעיל - מיזמתו וללא לחץ שהופעל עליו על ידי בן שיחו, שבהם לא עולה הקושי האמור, וכן לחוסר ההיגיון שבגרסתו כאמור לעיל וכן לדבריו האמורים בהודעתו.

דבריו של הנאשם בשיחה המוקלטת ובעדותו הם התשתית שעל פיה ניתן לקבוע ממצאים בנוגע לפרטי המגעים המיניים, ועל



פיהם יש לקבוע כי הנאשם חשף את איבר מינו בפני א' והשתתף במגעים המיניים ביניהם בשתי ההזדמנויות.

23. שונים הם פני הדברים בנוגע למחלוקת בשאלה אם הנאשם החדיר את איבר מינו לפיה של המתלוננת. דבריו של הנאשם בשיחה המוקלטת הם הראיה היחידה שעל פיה מבקשת המאשימה לקבוע ממצא כאמור, ומשכך יש קושי לקבוע ממצא על פיהם.

כאמור בשיחה המוקלטת אומר מנהל התחנה: "היא מצצה לך... תגיד לי אתה נורמאלי?" הנאשם אינו קוטע את שטף דיבורו כדי לתקן את דבריו, ובהמשך הדברים כשהמנהל שואל אותו:

"היא מצצה לך את הזין אלבז". משיב הנאשם: "אני לא חושב". המנהל: "די די אלבז. הם ימצאו את כל הראיות, יחקרו אותך. אני כבר אומר לך, לפי התגובות שלך ואיזה ציאפכה, אפילו שאתה בן שבעים ומשו שייתן לך איזה חוקר, ..., רק אני, נידב ומוחמד יודעים מהסיפור... אני לא

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ"י שמואל אלבז

יודע איך תצליח לצאת מהסיפור הזה". הנאשם: "טוב מה אתה מציע? עזוב אתה תעזור לי...". המנהל: "ברור. אני עכשיו...". הנאשם: "מצצה. בסדר. מצצה. אתה תעזור לי". ולשאלה נוספת אם אי מצצה את איבר המין שלו, משיב הנאשם במשפט שלא פוענח בהקלטה, ובתגובה אומר המנהל: "נתת לה להוריד את הפה, לאישה בת שמונים עם שיניים תותבות. תגיד לי אתה נורמאלי? אתה לא שפוי, אלבז. אני אומר לך עכשיו יושב מולך שאתה עוד מכיר אותי, ואתה בהלם". הנאשם: "ואתה כועס עלי, אני יודע" (ת/2).

התבטאויות אלה של הנאשם עולות לכאורה בקנה אחד עם טענת המאשימה כי הנאשם החדיר את איבר מינו לפיה של אי, שהרי, כטענת המאשימה, מצופה היה מהנאשם כי יעמיד דברים על דיוקם ויקל את מצבו. ואולם כאמור לעיל, אין להתעלם מהעובדה כי המדובר בשיחה בלתי פורמלית בין מנהל התחנה לנהג, שבה מסתייג הנאשם מהטענה כי החדיר את איבר מינו לפיה של אי ולבסוף מרצה את המנהל "בסדר. מצצה. בסדר". אמירה זו עומדת - כראיה יחידה שעל פיה בלבד מבקשת המאשימה לקבוע ממצא מרשיע בדבר החדרת איבר מינו של הנאשם לפיה של אי. משלא נמצאה ראיה במשקל כלשהו התומכת באמירה זו, יש לנהוג זהירות ולהימנע מלקבוע ממצא כאמור על פי דבריו אלה של הנאשם.

24. סיכום ביניים - נוכח האמור לעיל, בכל הנוגע לעובדות האירועים, יש לדחות את הטענה כי הנאשם החדיר את איבר מינו לפיה של אי ומשכך לזכות אותו מעבירה של מעשה סדום. לעומת זאת יש לקבוע כי בשתי ההזדמנויות המתוארות בכתב האישום חשף הנאשם את איבר מינו לפני אי ולבקשתו אי נגעה באיבר מינו, ובהזדמנות השנייה אף נישקה את איבר מינו.

25. אשר למצבה הקוגניטיבי של אי בעת האירועים והשלכותיו על התגבשות יסודות העבירה של מעשה מגונה בחסרת ישע - נפנה תחילה לסעיף 345(א)(5) לחוק העונשין, הקובע כי מוטלת אחריות פלילית בגין 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".

הונחה לפנינו תשתית מוצקה לקביעת ממצא כי בעת האירועים שבכתב האישום אי הייתה "לקויה בשכלה". מעדותו של הבן על התנהגותה היומיומית של אמו ועל יכולותיה הקוגניטיביות בעת הרלוונטית, ומעדותו של הרופא המטפל ד"ר רוזנברג עולה תמונה ברורה, שאינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, ולפיה בעת האירועים א' לקתה בדמנציה קשה, אשר כתוצאה ממנה נפגעו קשות יכולותיה הקוגניטיביות.

השאלות שבהן נחלקו הצדדים הן: האם בשל הליקוי בשכלה נשללה יכולתה של א' לתת הסכמה חופשית למעשים המיניים שבכתב האישום, ואלה נעשו בה "תוך ניצול" הליקוי האמור; והאם הנאשם היה מודע למצבה של א' בעת האירועים.

26. בע"פ 406/88 עקארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (5), 840, נקבע כי "אישה 'לקויה בשכלה' לענין סעיף 346 לחוק העונשין, היא אישה אשר אינה מסוגלת להבין את מהותם ותוצאותיהם הפיסיים או את משמעותם ותוצאותיהם החברתיות של יחסי המין".

בעקבות פסק הדין בענין 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 שיודע 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 בענין 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".

27. בענין שלפנינו, למרבה הצער אי לא נבדקה על ידי רופא בסמוך לאירועים. בשל הירידה ההדרגתית ביכולותיהם של הלוקים בדמנציה, עיכוב של שמונה חודשים בעריכת בדיקה כאמור מקשה על קביעת ממצאים בנוגע למצבה של החולה בעת האירוע. מדובר במחדל חקירתי חמור, העלול לגרום ל"נזק ראייתי" שבכוחו, בנסיבות מתאימות, להכריע את הכף לחובת האחראי לו. בענין שלפנינו, כפי שיובהר להלן, אין במחדל האמור כדי להוביל לזיכוי הנאשם.



לבית המשפט הוגש חומר ראיות עשיר ומשכנע, שעל פיו ניתן להגיע לממצא חד-משמעי בשאלות השנויות במחלוקת. כאמור, בנה של אי - האדם הקרוב אליה, שנשא בשנים האחרונות בנטל הדאגה לשלומה ובריאותה של אמו וטרח לבקר בדירתה בשעות היום והלילה כדי לעמוד על מצבה ולסייע לה בכל צרכיה, מסר בעדותו כי בתקופה הרלוונטית אמו הייתה במצב של אובדן עצמאות, והתנהגה "כמו ילד למעשה. היא כמו ילד בן שלוש שצריך לעשות כל מיני דברים בשבילה". אי התקשתה לזהות את שלושת אחיו ולא הכירה את שמותיהם. אף שנהגה להתלבש בכוחות עצמה לאחר שבנה בחר את בגדיה והניחם לפניה, ואף שלא נזקקה לעזרה סיעודית, ברור היה לו כי "אין לה רצון עצמי. היא לא מבינה... אם אומרים לה משהו, היא חושבת שזה מה שצריך לעשות... כמו ילד כזה... היא לא כל כך מבינה מה נכון, מה לא נכון".

את עדותו של הבן יש לקבל. התנהלותו בפרשה זו מלמדת כי פעל מתוך כעס מובן על הנאשם ורצון טבעי למיצוי הדין עמו. אין בכך להקטין ממשקל דבריו. דבריו נתמכים בעדותו של ד"ר רוזנברג, שהעיד כאמור כי כבר בבדיקתה בשנת 2012 - כחמש שנים לפני האירועים שבכתב האישום - אובחנה אי כלוקה בדמנציה קשה: כבר באותה עת חלה ירידה חדה בזיכרונה והיא סבלה מקושי בהתמצאות ובזכירת פרטים פשוטים - גילה, תאריך היום, פעולות חשבון בסיסיות וכדי. בסיכום הבדיקה האמורה רשם: "אינה מסוגלת לתפקד בביתה ואינה מסוגלת להישאר בביתה לבד... בורחת מביתה לבד ומאבדת את דרכה... כשנמצאת לבד בוכה וצועקת. זקוקה להשגחה במשך עשרים וארבע שעות ביום" (ת/3א). כבר עתה ייאמר כי אין יסוד להטלת הספק של ד"ר יפה, המומחה מטעם ההגנה, ביושרו של ד"ר רוזנברג ובנכונות ממצאיו. את חוסר האמון בדבריו של ד"ר רוזנברג תלה ד"ר יפה בכך שברגיל דמנציה חמורה מתפתחת במהירות, ומכאן שחולה שמצבה בשנת 2012 הוא כמתואר בת/3א אמורה בשנת 2016 להימצא במצב חמור בהרבה מזה שבו נמצאה אי. ואולם ד"ר יפה הודה כי אין ודאות בסברה האמורה, וכי ההחמרה בתסמינים עשויה להיות איטית יותר. על כך יש להוסיף כי עדותו של ד"ר רוזנברג לא הייתה מגמתית. מדובר ברופא קופת חולים שטיפל באי כבחוליו האחרים, אשר ניכר בו כי מסר את הידוע לו ללא כחל ושרק. למשל בשאלת כשרותה של אי להסכים לקיום יחסי מין, לא היסס העד לומר: "אין לי מושג" והבהיר כי הדבר אינו בתחום מומחיותו. העד אף הקפיד להבהיר כי בתעודה ת/3 לא התיימר להשיב על שאלה זו.

זאת ועוד, בביקורה בבית המשפט אי הותירה רושם העולה בקנה אחד עם דבריהם של בנה ושל ד"ר רוזנברג; התרשמנו כי אי חולה דמנטית, המשמיעה תכנים חסרי פשר, שאינה מבינה את הסיטואציה שבה היא נמצאת, ששיפוטה והבנתה את המציאות לקויים מאוד. לדברי הבן לא חל שינוי ממשי במצבה של אי מאז האירוע עד להופעתה בבית המשפט. אף שכאדם קרוב הפוגש באופן יומיומי את החולה, עלול הבן להתקשות במתן הערכה מסוג זה, אין לבטל את משקלם של דבריו גם בעניין זה. משקל גבוה במיוחד יש לייחס דווקא לעדותו של הנאשם, אשר אישר כי אי התנהגה בבית המשפט באופן הדומה להתנהגותה במונית שלו בתקופה שבה התרחשו האירועים. על שאלת בית המשפט: "ראינו אישה בת 82 שמתנהגת כמו ילדה בת שנתיים... אני שואל אותך אתה אמרת ככה היא גם התנהגה בה אותה התנגדות (צ"ל: התנהגות) ואותו דיבור שהיה כשהיא הייתה אצלך במונית", השיב הנאשם בחיוב ועמד על כך כי לא הבחין אצל אי בשינוי כלשהו מאז האירועים ועד הופעתה בבית המשפט. כאמור לעיל, ביום האירוע בשיחה המוקלטת אישר הנאשם את דברי המנהל כי אי התנהגה "כילדה בת שנתיים... משהו משובש אצלה".

עדותה של חוקרת המשטרה אף היא בעלת משקל לעניין זה. אף שתאריך גביית ההודעה לא נרשם בה, מדבריה של החוקרת עולה כי ההודעה נגבתה סמוך להגשת התלונה - דהיינו סמוך ליום האירוע השני. כאמור לעיל, בגוף ההודעה רשמה החוקרת: "הנ"ל אינה מפוקסת בכלל" (ת/4). בעדותה הרחיבה ומסרה כי אי סברה כי החוקרת, שלא הייתה במדים בעת גביית עמוד 19

ההודעה, היא קרובת משפחה שלה, והוסיפה כי אי לא הבינה את טיבו של המעמד ותשובותיה על שאלות היו בלתי ברורות: "היא דיברה על המון דברים לא רלוונטים כמו יורד גשם בחוץ דברים כאלה".

כאמור האינדיקציה החשובה ביותר למצבה של אי לענייננו היא בדיקתה בשנת 2012 - כבר באותה עת מצבה של אי היה קשה, והופיעו תסמינים חמורים כמתואר בת/3.

28. מהמקובץ עולה כי בעת האירועים שבכתב האישום אי לא הייתה כשירה לקבלת החלטות על טיפול רפואי בה, על ניהול ענייניה הכספיים ואף על עריכת קניות. העד המומחה מטעם ההגנה לא חלק על כך (עמ' 254). עם זאת לטענתו הסכמה ליחסי מין שונה במהותה מהסכמה לטיפול רפואי או להוצאה כספית, ולאחר בחינת עניינה של אי קבע בחוות דעתו: "לדעתי המקצועית, גב'... הייתה במצב של כשירות לקיים יחסי מין בהסכמה בסבירות גבוהה".

כאמור ד"ר יפה מעולם לא פגש את אי, לא ביקש לעיין בתיק הרפואי שלה ולא שוחח עם בנה או עם מי מהגורמים המטפלים בה. חוות דעתו מבוססת על עיון במוצגים שהגישה המאשימה בתיק זה ועל פרוטוקול הדיון. בחוות דעתו ציין כי "החומר הרפואי שהוצג בפני דל מאוד". את עמדתו בנוגע ליכולתה של אי להסכים לקיום יחסי מין ביסס ד"ר יפה על תפיסת עולמו בתחום זה, השונה לדבריו מתפיסת עולמם של רבים העוסקים בתחום. לטענתו "למרות הפרסומים והדיונים הרבים בנושא... קריטריונים ברורים לגבי קיום יחסי מין בהסכמה לא התגבשו והעניין נתון לשיפוטם של האנשים הנוגעים בדבר". לדבריו "המחלוקת נובעת לא משיקולים רפואיים אלא מכל מיני אג'נדות אחרות, פוליטיות חברתיות, פילוסופיות, מוסריות". לטענתו בשל פערי הגישה על רקע אידאולוגי, הגורמים המטפלים חלוקים ביניהם בשאלה זו. בחוות דעתו ובעדותו הרבה ד"ר יפה להתייחס למצבי קיצון שבהם חולים נמצאים במצב של קומה או במצב וגטיבי, ומשכך "אינם עונים לקריטריון של מסוגלות באופן מוחלט". לטענתו חולה דמנטי שאינו נמצא במצב קיצון שכזה עשוי להיות כשיר למתן הסכמה לקיום יחסי מין.

29. השאלה אם חולה במצב דמנטי כשיר לתת הסכמה לקיום יחסי מין היא שאלה משפטית, הנסמכת על מידע עובדתי, לרבות מידע רפואי, הנמסר לבית המשפט (עניין עקארי בעמ' 849 ; וכן ע"פ 8650/96 ג'לם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5), 155), ולרבות התרשמות ישירה של בית המשפט מהלקויה בשכלה (ע"פ (ת"א) 71986/05 טורג'מן נ' מדינת ישראל (13.3.2006), סעי' 11). חומרתם של התסמינים, אופיים של יחסי המין ומאפייניו של השותף ליחסי המין, עשויים להשליך על ההכרעה בשאלה זו.

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: "נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

ההכרעה בשאלה שלפנינו אינה גבולית. אי לוקה בדמנציה קשה מאז שנת 2012. יכולותיה נמוכות מאוד, וכאמור אין חולק כי אין היא כשירה להחליט בנוגע לטיפול הרפואי הניתן לה, בנוגע לניהול ענייניה הכספיים, ואף בנוגע להוצאה כספית בקנייה שגרתיות. הסכמה ליחסי מין כרוכה בהבנה של התוצאות הפיזיות והחברתיות של יחסי המין, אך כאמור בעניין וייצמן ובעניין נגים, גם אם לא ניתן לקבוע כי האישה אינה מבינה את משמעויות יחסי המין מבחינה פיזית או חברתית, עשויה להתגבש העבירה, בשל התגבשותו של יסוד ה"ניצול" ומתן ההסכמה שלא מתוך בחירה חופשית. מחומר הראיות שהונח לפנינו עולה כי אי לא הבינה בעת האירועים את התוצאות

החברתיות של קיום מגע מיני ובנוסף לכך לא הייתה מסוגלת לגבש הסכמה חופשית לכך. מסקנתנו מתחזקת נוכח אופיים האקראי של המפגשים ומידת היכרותה את הנאשם, שלא היה בן זוגה של אי ואף לא קרוב לכך.

הדרך שבה סיפרה אי לבנה על האירועים מלמדת אף היא כי לא הבינה את משמעותם של המעשים. כפי שד"ר יפה הדגיש, לא היה בגרסתה מרכיב של סבל או זעזוע מהמעשים, אך גם נעדר ממנה מרכיב של בושה, התרגשות, סערת רגשות, מבוכה, קורת רוח וכד'. המתלוננת תיארה את המעשים באופן שאינו תואם את טיבם, אכן כפי שילדה קטנה הייתה עשויה לתאר אותם - דבר העולה בקנה אחד עם המסקנה כי טיבם של המעשים ומשמעותיהם החברתיות לא היו נהירים לה, וכי בשל היותה לקויה בשכלה הסכמתה להם לא הייתה חופשית.

דבריו של הנאשם בעדותו מבססים אף הם את המסקנה האמורה. לדבריו בעת האירועים אמר לאי לחדול ממעשיה, ואולם "היא לא הבינה את זה". לשאלה "למה היא לא הבינה?", השיב הנאשם: "לא יודע... אני אומר לה די... היא לא הבינה מה זה די. כי קשה לה, יש לה בעיה של זיכרון. אמרנו... כל דבר לוקח לה איזה רבע דקה לחשוב ולביצועים" (174 עמ' - 176). הנאשם הוסיף כי בנסיעות שקדמו לאירועים שבכתב האישום "לא תמיד היא הייתה מבינה מה אתה רוצה", וכי נדרש לה זמן רב כדי להשיב לשאלה, וכי לעיתים באופן בלתי מוסבר כלל לא השיבה לשאלות (עמ' 178). מדבריו עולה כי כשאי הראתה יכולת קוגניטיבית כלשהי, הדבר הפתיע אותו: "היה לה לפעמים חוסר זיכרון. אבל אני התפלאתי דבר אחד. שהיא ידעה לשיר וידעה לבקש עיתון. ולבקש שתייה משהו. וידעה להוציא את המפתחות מהתיק. ולהיכנס לבית לבד". הנאשם הוסיף כי כששאל את אי מה אכלה במרכז הקשישים, כשעה לפני שעלתה למונית שלו, לא היה בכוחה להשיב.

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן וא'

אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

בשיחה המוקלטת עומד מנהל התחנה על חומרת מצבה של א': "יש לה שכל של אחת בת שנתיים... חסרת ישע. זה כמו היא חולת אלצהיימר. היא משהו משובש אצלה". בתגובה לכך אומר הנאשם: "אני יודע, מה? בשביל זה היא נמצאת שמה, בשביל זה אני לוקח אותה כל הזמן". הנאשם משלים את דבריו של מנהל התחנה, ומבהיר לו כי אינו מחדש לו דבר. יוער כי להבדיל מדברים אחרים שאמר בשיחה המוקלטת, בחקירתו הנגדית הנאשם לא הכחיש דברים אלה (עמ' 220).

מהמקובץ עולה כי אישה זו, שלמרבה הצער, בשנותיה האחרונות לקתה בדמנציה, נמצאה בעת הרלוונטית במצב של בלבול מוחלט, איבדה את יכולת הבחירה שלה, את יכולת ההתמצאות במקום ובזמן ואת היכולת להבין סיטואציה חברתית. תגובותיה מוזרות ודבריה חסרי כל הגיון ולעיתים חסרי פשר. על פי כל תפיסת עולם - "ליברלית" או "שמרנית", כהגדרותיו של מומחה ההגנה בעדותו - בעת האירועים המתוארים בכתב האישום א' לא הייתה בעלת יכולת לתת הסכמה חופשית לקיום מגע מיני. מסקנה זו נכונה שבעתיים כאשר ה"שותף" למגע המיני הוא נהג מונית, שקשריו עם א' שטחיים ושבגדרם לא ידע על א' כמעט דבר.

30. הראיות האמורות לעיל, שעל פיהן יש לקבוע כי בעת האירועים לא היה בידי א' לתת הסכמה חופשית למגע מיני עם הנאשם, הן



המבססות גם את מודעותו של הנאשם למצבה, ואת המסקנה כי ניצל את מצוקתה של א' ביודעין לשם המגע המיני בה: מעדות בנה של א' ומעדותו של ד"ר רוזנברג עולה כי בעת האירועים ואף חמש שנים לפני התרחשותם, ניתן היה בקלות רבה להבחין במצבה הקשה של א'. חוקרת משטרה שפגשה אותה ימים אחדים לאחר האירוע השני הבחינה בכך ללא קושי וציינה כי "אינה מפוקסת". בביקורה של א' בבית המשפט ניתן היה ללא קושי להבחין בדבר. על כל האמור לעיל יש להוסיף כי מדבריו של הנאשם הן בשיחה המוקלטת והן בעדותו - כמפורט לעיל, עולה כי אף הוא היה ער לכך באופן ברור. ולבסוף, בכיו של הנאשם בפני מנהל התחנה ותגובתו להאשמות שהטיח בו במילים - "אתה צודק", יש בהם ביטוי לתחושת האשם וההכרה בחומרת מעשיו, והם מהווים ראשית הודיה בניצול מצוקתה של א' ביודעין (ע"פ 8107/09 דענא נ' מדינת ישראל (27.6.11)).

בחקירתו הנגדית, משמוצג לו הקטע האמור בשיחתו עם מנהל התחנה, הנאשם לא מתכחש כי היה מודע לליקוי השכלי של א', אך מוסיף כי לא היה מודע לחומרתו, שהרי "אני לא רופא ולא

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן וא' אברבנאל תפ"ח 35907-02-17 מדינת ישראל נ' שמואל אלבז

פסיכולוג...". ב"כ הנאשם אף היא מציינת בסיכומיה כי הנאשם "היה מודע לכך שיש ... בעיית זיכרון, והבין שיש לה לקות כלשהי" (סעיף 143 לסיכומים בכתב).

נשאלת השאלה אם נוכח דבריו של הנאשם בעניין זה ועמדת ההגנה כאמור לעיל נכון להרשיע את הנאשם על פי יסוד נפשי של מחשבה פלילית מסוג "עצימת עיניים" לפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין. ואולם בחינת הראיות מוליכה למסקנה כי הנאשם לא רק "חשד" כי הסכמתה של א' למגע מיני אינה מועילה, אלא היה "מודע" לכך בפועל, וכי ניצל ביודעין את מצבה האמור לשם ביצוע המעשים המגונים בה.

יורם נועם, סגן נשיא

31. אשר על כן בעת האירועים הנזכרים בכתב האישום הנאשם עשה בא' את המעשים המגונים האמורים לעיל, תוך ניצול ליקויה השכלי, שבגינה הסכמתה למעשים לא הייתה הסכמה חופשית.

התוצאה

32. לפיכך, יש להרשיע את הנאשם בשתי עבירות של מעשה מגונה בחסר ישע - לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין; ולזכות אותו מעבירת מעשה סדום.

אלי אברבנאל, שופט



סגן-הנשיא י' נועם:

אני מסכים.

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבי השופטים: י' נועם - סגן נשיא, רי פרידמן-פלדמן ואי אברבנאל תפ"ח 35907-02-17  
מדינת ישראל ני שמואל אלבז

השופטת רי פרידמן-פלדמן:

אני מסכימה.

רבקה פרידמן-פלדמן, שופטת

הוחלט, כאמור בפסק-דינו של השופט אי אברבנאל, להרשיע את הנאשם בשתי עבירות של מעשה מגונה בחסר ישע - לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין; ולזכות אותו מעבירת מעשה סדום.

הכרעת הדין, על פי נוסח זה, מותרת בפרסום; עם זאת, אין לפרסם כל פרט מזהה בעניינה של נפגעת העבירה.

ניתנה היום, כ"ג בסיוון התשע"ט, 26 ביוני 2019, במעמד ב"כ המאשימה, הסנגורית והנאשם.

רבקה פרידמן-פלדמן, אלי אברבנאל, שופט  
שופטת

יורם נועם, סגן נשיא