

בבית המשפט העליון בירושלים

עש"ם 6737/02

בפני : כבוד השופטת ד' ביניש

המערערת : מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב : נחום זקן

ערעור על פסק דינו של בית הדין למשמעת של שירות המדינה בתיק בד"מ 110/01 מיום 30.6.02 שניתן על ידי כבוד השופטים נ' אדן-ביוביץ, מר א' אשר ומר מ' לוי

תאריך הישיבה : ד' בתשרי התשס"ג (10.9.2002)

בשם המערערת : עו"ד עינת חולתא

בשם המשיב : עו"ד יאיר ברגר

פסק-דין

המשיב הועמד לדין משמעתי לפי סעיפים 17(1) (2) ו-3 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. על-פי כתב-התובענה, המשיב הטריד מינית את המתלוננת, ובכך פגע במשמעת שירות המדינה ובתדמיתו, הפר את הוראות סעיף 4 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 ואת סעיף 421.43(2) לתקשי"ר והתנהג התנהגות שאינה הולמת עובד מדינה. בית-הדין למשמעת של עובדי מדינה (להלן גם: בית-הדין) זיכה את המשיב מן האשמות שיוחסו לו (בד"מ 110/01). כנגד כך מופנה ערעור המדינה שבפניי.

העובדות

1. מירב העובדות נשוא כתב התובענה, לא היו שנויות במחלוקת בין הצדדים בדיון בפני בית-הדין, ואף בדיון בפניי. להלן תיאור העובדות עליהן אין חולק.

המשיב, גבר בשנות החמישים לחייו, נשוי ואב לחמישה ילדים, שימש בזמן הרלוונטי לאישום כנהג של סגן שר החוץ. המתלוננת, צעירה כבת 24, נשואה, עבדה באמצעות חברת כוח-אדם כמרכזנית במשרד ראש הממשלה. בין המשיב והמתלוננת היתה היכרות מוקדמת, מתקופת עבודתו של המשיב במשרד ראש הממשלה.

ביום 23.4.01, בצאתה מעבודתה במשרד בשעה 16:00, פגשה המתלוננת את המשיב שהגיע למשרד ראש הממשלה כדי לבקר חבר. המתלוננת שאלה את המשיב אם הוא מגיע למושב הגרמנית בירושלים, שם מצויה המכללה בה למדה. המשיב ענה בחיוב, והזמין את המתלוננת לנסוע עימו לשם ברכב השרד. המתלוננת ישבה לצידו של המשיב שנהג ברכב. בתחילת הנסיעה, החמיא המשיב למתלוננת, באומרו לה: "איזה יפה את, את חמודה ומתוקה, התגעגעתי אלייך". המתלוננת חייכה ושתקה. מיד לאחר מכן, אחז המשיב בידו הימנית את כף ידה השמאלית של המתלוננת. בשלב זה, המתלוננת נמנעה מלהגיב. כאשר המשיך המשיב לאחוז בידה של המתלוננת תוך כדי הנהיגה, ואף חיזק את אחיזתו, ביקשה ממנו המתלוננת כי יעזוב את ידה, והוסיפה: "זה מכאיב לי". המשיב המשיך לאחוז בידה של המתלוננת, אם כי לפי עדותו הוא החליש את עוצמת האחיזה בידה. בהמשך הנסיעה, משך המשיב את כף ידה של המתלוננת אל חזהו. בשלב מסוים צלצל הטלפון הנייד ברכב, והמשיב עזב את ידה של המתלוננת ושוחח בטלפון עם בנו כשתיים עד שלוש דקות. עם סיום השיחה, החלה המתלוננת לשוחח עם המשיב על נושאים הקשורים לבעלה, ואף התעניינה בשלום בנו של המשיב. המשיב שב ואחז בידה השמאלית של המתלוננת. המתלוננת ביקשה מהמשיב לעזוב את ידה, ואף אמרה לו "דיי" ו"תפסיק", אולם המשיב הוסיף לאחוז בידה והציע לה לשבת עימו בבית-קפה. המתלוננת סירבה באומרה למשיב כי היא ממחרת מאד ללימודים, וכי חברתה מחכה לה שם. המשיב המשיך לנסות לשכנעה שתיענה להצעתו, תוך שהוא אחוז בידה של המתלוננת. לאחר מכן, קירב את כף ידה של המתלוננת אליו, ונישק את גב כף ידה. המתלוננת ביקשה מהמשיב להפסיק, אך המשיב המשיך לאחוז בידה. בשלב מסוים, עצר המשיב את הרכב בחניון שקט בצד הדרך. המתלוננת שאלה אותו מדוע עצר, וביקשה כי ימשיך לנסוע שכן היא ממחרת להגיע ללימודים במכללה. על-פי קביעתו של בית-הדין, המשיב התקרב אל המתלוננת, תפס בצווארה על-מנת לקרבה לגופו, וניסה לנשקה (ע' 29 להכרעת הדין). יצוין כי המתלוננת העידה בפני בית-הדין כי המשיב אחז בצווארה בחוזקה, אולם בית-הדין נמנע מלקבוע ממצא בעניין. בהתחשב בכך, ונוכח העובדה שבפני לא נשמע כל טיעון בעניין, אניח לטובת המשיב כי אחיזתו בצווארה של המתלוננת לא לוותה בהפעלת כוח.

אין חולק כי המתלוננת התנגדה לאחיזתו של המשיב בצווארה ולנסיונו לנשקה, והצליחה להדוף את המשיב, באומרה לו: "אני יכולה להיות הבת שלך". המשיב ענה "למה את אומרת לי את זה?". בשלב זה, צלצל הטלפון הנייד של המתלוננת, והמשיב הרפה ממנה. המתלוננת ענתה לשיחת הטלפון, והעידה כי ניסתה להאריך בשיחתה. המשיב מצידו התניע את הרכב, המשיך בנסיעה והגיע למושב הגרמנית, אז ירדה המתלוננת מהרכב. המתלוננת העידה כי כשירדה מהרכב, ביקש ממנה המשיב שלא תספר לאיש על שקרה. המשיב לא הכחיש זאת בעדותו, והוסיף כי אמר למתלוננת "אני מקווה שישאר בינינו כי אני מצטער אם פגעתיי".

על-פי עדות המתלוננת, ארכה הנסיעה המתוארת כ-22 דקות, ואילו לגרסת המשיב, ארכה הנסיעה כ-13 דקות. המתלוננת והמשיב היו חלוקים בנוגע למסלול הנסיעה בחלק מסוים של הדרך. בעניין זה, קבע בית-הדין, ובצדק, כי אין במחלוקת לעניין תיאור מסלול הנסיעה כדי לשנות במאומה.

לאחר שירדה מהרכב בו נהג המשיב, צעדה המתלוננת למכללה בה למדה ופגשה שם חברה שחיכתה לה. המתלוננת היתה נסערת, וסיפרה לחברתה בבכי על שקרה בעת הנסיעה עם המשיב. כן התקשרה לחברה אחרת מן המשרד וסיפרה לה על המקרה. למחרת, פנתה המתלוננת לגב' יצחקי, הממונה על מעמד האישה במשרד ראש הממשלה, וסיפרה לה בבכי על האירוע שחוותה ביום אמש. גב' יצחקי העידה כי המתלוננת היתה נסערת. עוד שוחחה המתלוננת עם הממונה עליה במקום עבודתה. לאחר מכן, נפגשה עם עו"ד רבקה שקד, הממונה על קידום נשים ושילובן בשירות המדינה, והגישה תלונה כנגד המשיב.

2. האירוע המתואר לא היה שנוי במחלוקת בפני בית-הדין. עם זאת, מעדויותיהם של המתלוננת והמשיב ניכר כי התייחסותם לאירוע היתה שונה:

בהודעה שנגבתה מהמתלוננת בחקירת הנש"מ וכן בעדותה בפני בית-הדין, העידה המתלוננת כי חשה מוטרדת ומושפלת מהתנהגותו של המשיב. היא הסבירה כי בתחילת הנסיעה הרגישה במבוכה נוכח מחמאותיו של המשיב, אך שתקה והגיבה בחיוך. ובלשונה: "בהתחלה זה הביך אותי, לא התייחסתי לזה, חייכתי וזהו" (ע' 9 לפרוטוקול). כאשר החל המשיב לאחוז בידה, היא חשה שלא בנוח והיתה במבוכה, אך הוסיפה: "עדיין לא ייחסתי לזה חשיבות ולא הגבתי כל-כך" (ע' 9 לפרוטוקול). לאחר שהמשיב המשיך לאחוז בידה וחזק את אחיזתו, ביקשה ממנו להפסיק שכן זה מכאיב לה, אולם המשיב התעלם מבקשתה. כשצלצל הטלפון הנייד של המשיב והוא עזב את ידה, העידה המתלוננת כי חשה הקלה: "נשמתי לרווחה, לא הראתי לו, שידרתי

שאני רגועה והכל בסדר". עם סיום שיחת הטלפון, החלה המתלוננת לשוחח עם המשיב על בעלה. על-פי עדותה, ניסתה לגרום למשיב לזכור שהיא נשואה, על אף שלמעשה ידע זאת. כמו-כן, ניסתה לשוחח עם המשיב על בנו. לפי עדותה: "שאלתי בן כמה הוא (הבן), אולי הוא (המשיב) יעזוב אותי, אולי יעשה לו משהו" (ע' 9 לפרוטוקול). כאמור, המשיב שב לאחוז בידה, וניסה לשכנע להשבת עימו בבית-קפה. בעניין זה, העידה המתלוננת: "אמרתי לו שאני לא רוצה ושאני חייבת להגיע ללמודים ושאני ממחרת מאד...שיסע מהר שאגיע ללימודים...הוא ניסה לשכנע אותי, ואני התעקשתי שנמשיך לנסוע ושחברה שלי מחכה לי, אז כנראה שהוא ויתר והמשיך לנסוע" (ע' 9 לפרוטוקול). בהמשך, קירב המשיב את ידה של המתלוננת אליו ונישק את גב כף ידה. בעניין זה העידה המתלוננת: "הרגשתי ממש לא בנוח, רציתי כבר להגיע וזהו...אני לא התנגדתי באותו רגע. הרגשתי במבוכה. רציתי שהכל יגמר, שביקשתי שיפסיק ואמרתי לו די והתעלם מכל זה...אמרתי לו די במשך כל הנסיעה. בהתחלה זה היה בעדינות ואחרי זה, זה היה יותר ברצינות, יותר בתקיפות" (ע' 9 לפרוטוקול). על שחוותה כאשר עצר המשיב את הרכב בחניון באמצע הדרך, העידה המתלוננת בפני בית-הדין כדלקמן:

"אני לא הבנתי מה הוא עושה, למה הוא עוצר, הייתי מאד בלחץ, נכנסתי לפניקה למה הוא עוצר את הרכב, ושאלתי: 'אני רוצה להגיע ללימודים אמרתי תתניע, תיסע, חברה שלי מחכה לי'. הוא אמר: 'לא, לשתי דקות'. ממש פחדתי. מאותו רגע חששתי, כי לא ידעתי למה הוא רוצה לעצור. נראה לי שהוא לא היה מודע למה שעשה באותו רגע. אחרי זה ניסה יותר להתקרב ותפס אותי בצוואר חזק וקירב אותי אליו בחוזקה וניסה לנשק אותי. הוא גם אמר 'רק נשיקה קטנה'. פשוט דחפתי אותו ממני. אני כבר הייתי כל כך מבולבלת ורעדתי בכל הגוף, ואמרתי לו 'תפסיק, מה אתה עושה? אני יכולה להיות הבת שלך'. כאילו הרגשתי כל כך מושפלת שככה הוא חושב שהוא יכול לנשק אותי. הוא לא הבין. הוא אמר לי: 'למה את אומרת לי את זה?', הוא אמר: 'מה את עושה לי? למה את עושה לי את זה? משהו כזה. ואני כל כך, האמת אני רציתי לצאת מהרכב ולברוח, רעדתי ופחדתי".

(ע' 9 לפרוטוקול).

הן בהודעתה בחקירת הנש"מ והן בעדותה בפני בית-הדין, ציינה המתלוננת כי היתה בהלם נוכח ניסיונו של המשיב לחבקה ולנשקה. היא ציינה כי הרגישה "זעם שלא הגבתי ביתר כוח" (נ' 4, בע' 6; ע' 13 לפרוטוקול), והוסיפה כי לא היתה מסוגלת לצאת מהרכב מיד לאחר שהמשיב ניסה לנשקה, נוכח הפחד שאחז בה ונוכח התחושה כי גופה משותק. עוד ציינה כי הרגישה מושפלת: "באותו רגע לא האמנתי שזה קורה לי. לא חשבתי שאגיע לסיטואציה כזו. שהוא ינסה לעשות לי דבר כזה שאני נשואה והוא נשוי. איך הוא חשב שאהיה מעוניינת לרגע להתנשק איתו...זה היה משפיל" (ע' 10 לפרוטוקול).

מנגד, העיד המשיב בפני בית-הדין כי ניסה לחזר אחרי המתלוננת באופן ידידותי. לטענתו, במהלך הנסיעה, המתלוננת אמנם ביקשה ממנו לעזוב את ידה שכן הוא מכאיב לה, אולם המשיב העיד כי הבין זאת כבקשה להחליש את עוצמת אחיזתו, ועל כן הוסיף לאחוז בידה. לגירסתו, "התגובה שלה (של המתלוננת) היתה שתעשה את זה בעדינות. היא (המתלוננת) נתנה לי להרגיש שאפשר להתחיל איתה...לא היה שם לא צעקות ולא ריב, הכל היה על מי מנוחות...היא לא הראתה לי סימנים שהיא בלחץ, או שקשה לה או שכועסת עליי, לא הרגשתי את זה". לשאלת בית-הדין, השיב: "הידי" שלה לא היה חד משמעית. זה היה בצורה ידידותית, בצורה פיניקית, שאתה יכול לעשות את זה ביותר עדינות, כך הרגשתי...הידי" הזה היה בצורה פיניקית. לא היה בצעקות ולא בבכי ולא בשום דבר" (ע' 29 לפרוטוקול). על-פי עדותו של המשיב, לאחר שהמתלוננת התנגדה לניסיונו לנשקה, וציינה בפניו כי היא יכולה להיות הבת שלו, הוא הזדעזע, ואז הפסיק מיד ממעשיו והמשיך בנסיעה (ע' 29, 31 לפרוטוקול).

3. המחלוקת בפני בית-הדין נסובה על השאלה האם יש במעשיו של המשיב כדי להוות עבירת משמעת בגין הטרדה מינית, כנטען על-ידי התביעה, או שמא מדובר בחיזור לגיטימי שאינו מהווה הטרדה מינית ואף אינו מהווה עבירת משמעת, כנטען על-ידי ההגנה.

בהכרעת-דינו, ציין בית-הדין כי המשיב והמתלוננת "ראו את אותם מעשים בעיניים שונות. הנאשם (המשיב) לא התכוון להטריד. הוא מדבר על חיזור ואף האמין שהתנהגותו מקובלת

על הצד השני. לעומתו, המתלוננת חשה מוטרדת ומושפלת" (ע' 29 להכרעת-הדין). בית-הדין קבע כי הוא נותן אמון מלא בדבריה של המתלוננת על מצבה הנפשי ועל תחושותיה הקשות במהלך הנסיעה נוכח התנהגותו של המשיב. עם זאת, הוסיף בית-הדין וקבע בזו הלשון:

"המתלוננת בתוכה פנימה היתה מלאה פחדים וחששות, גועל וכאב מהתנהגותו של הנאשם (המשיב). אולם, כלפי חוץ התנגדותה לא היתה חד-משמעית כפי שהיא עצמה העידה, תשובת הדחיה שלה לא היתה מפורשת, היתה עמומה משהו. על כן, בית הדין קובע, שיש יסוד 'לספק סביר' באשר למשמעות התנהגות המתלוננת, קרי ביטוי התנגדותה למעשה הנאשם (המשיב).

הנאשם (המשיב) מנסה לחזר אחרי המתלוננת כדרך גבר אחר אישה ואין הוא מבין שהתנהגותו אינה רצויה למתלוננת. הוא ממשיך בחיזורו עד לרגע שבו הביעה המתלוננת התנגדות ברורה והוא חדל מיד ממעשיו.

בית הדין קובע כי, גירסתו של הנאשם (המשיב) מתקבלת על הדעת ומותרת אחריה מקום 'לספק סביר', כמבואר...

אין לו לבית הדין אלא לקבוע, איפוא, את זיכוי של הנאשם (המשיב)"

(ע' 30 להכרעת-הדין).

כנגד פסק-דין זה, הוגש ערעורה של המדינה.

טענות הצדדים

4. באת-כוח המדינה, עו"ד ענת חולתא, טענה כי טעה בית-הדין משלא התייחס בהכרעת-דינו לסעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית, שעניינו הטרדה מינית מסוג של מעשים מגונים. לגישתה, המשיב ביצע במתלוננת מעשים מגונים מעצם המגע הכפוי בידה ואילוץ לגעת בגופו לשם סיפוק מיני, על אף העדר הסכמתה לכך. עוד טענה כי טעה בית-הדין בקובעו כי התנגדותה של המתלוננת לא היתה חד-משמעית, ואף הוסיפה כי בנסיבות העניין, לא היה למשיב יסוד סביר להניח כי מעשיו רצויים בעיני המתלוננת. לטענת באת-כוח המדינה, המשיב הטרד מינית את המתלוננת, ומעשיו היוו התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד מדינה וכן התנהגות שעלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה. לפיכך, ביקשה להרשיע את המשיב בעבירות המשמעת שיוחסו לו.

מנגד, טען בא-כוח המשיב, עו"ד יאיר ברגר, כי מעשיו של מרשו היו חיזור לגיטימי שהתפתח בהדרגה: בתחילת הנסיעה, המשיב החמיא למתלוננת; אחר-כך אחז בידה; בהמשך הנסיעה, הצמיד המשיב את ידה של המתלוננת אל חזהו; אחר-כך נישק את גב כף היד של המתלוננת והזמין אותה לשבת עימו בבית-קפה; ולבסוף ניסה המשיב לקרב את המתלוננת אליו כדי לחבקה ולנשקה. בא-כוח המשיב לא חלק על גירסת המתלוננת באשר לתחושותיה השליליות במהלך הנסיעה עקב התנהגות מרשו. עם זאת, הוא הוסיף וטען כי תגובותיה של המתלוננת במשך הנסיעה היו הססניות ודו-משמעיות, ועל כן המשיב לא הבין כי המתלוננת אינה מעוניינת בחיזוריו. רק כאשר ניסה המשיב לחבקה ולנשקה, הביעה המתלוננת את אי הסכמתה לכך באופן ברור, ואז חדל המשיב ממעשיו מיד. בנסיבות אלה, סבור הסנגור כי אין מדובר בהטרדה מינית. לגישתו, מעשיו של המשיב לא נשאו אופי חמור והם לא נעשו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, ולפיכך הם אינם מהווים הטרדה מינית מסוג של מעשים מגונים כטענת המדינה. עוד הדגיש כי מעשיו של המשיב היוו אירוע חד-פעמי שהתרחש לאחר שעות העבודה, בלא שהתקיימו יחסי מרות או כפיפות בין המשיב למתלוננת. לפיכך, טען הסנגור כי אין במעשיו של מרשו כדי להוות עבירת משמעת.

5. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בחומר שהובא בפניי, באתי למסקנה כי דין ערעור המדינה להתקבל, וכי יש להרשיע את המשיב בעבירות המשמעת שיוחסו לו, שכן מעשיו של המשיב הפרו את סעיף 4 לחוק למניעת הטרדה מינית ואת סעיף 21.423.42(2) לתקשי"ר, פגעו במשמעת שירות המדינה והיוו התנהגות שאינה הולמת עובד מדינה. להלן טעמי לכך.

6. סעיף 4 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית" או החוק) קובע בזו הלשון:

"איסור על הטרדה מינית והתנכלות	4. לא יטריד אדם מינית את זולתו ולא יתנכל לו".
--------------------------------------	---

מהי התנהגות המהווה "הטרדה מינית", כאמור בסעיף 4 הנ"ל? כבר נאמר בפסיקתנו כי "הטרדה מינית היא תופעה מוכרת, וקל לזהות אותה כשנתקלים בה, אך קשה להגדיר אותה" (דברי השופט זמיר בעש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן-אשר, פ"ד נב (1) 650, 661). הטרדה מינית עשויה להיות בעלת ביטויים רבים מספור, והיא כוללת צורות רבות של התנהגות ברמות שונות של פגיעה במוטרד. המכנה המשותף לכל צורות הטרדה המינית, היא התנהגות בעלת אופי מיני של אדם אחד, שיש בה כדי לפגוע באדם אחר (ראו: שם, בע' 622-623). אלא שהגדרה זו רחבה מדי, ואין בכוחה להבחין בין מעשים חוקיים למעשים בלתי חוקיים. השופט זמיר התייחס לבעיה זו, באומרו:

"... ברור כי חיזור בעל אופי מיני, כשהוא לעצמו, אינו פסול, וגם כאשר אין הוא רצוי ואפילו הוא מתקבל כהטרדה, עדיין אין הוא בהכרח בלתי-חוקי. אכן, כאן טמון הקושי העיקרי, מן הבחינה המשפטית, בבעיית ההטרדה המינית: מתי עוברת התנהגות בעלת אופי מיני את הגבול מתחום המותר אל תחום האסור?"
(שם, בפסקה 4).

דומה כי מנסחי המבוא להצעת החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז-1997 (ה"ח 2641, התשנ"ז, ע' 484) היו מודעים לקושי האמור, בציינם כי: "החוק אינו מתיימר לאכוף מוסר או להתערב ביחסים חברתיים מרצון, אלא למנוע מאדם לכפות את עצמו על מי שאינו מעוניין בכך...". על-מנת להבחין בין התנהגות בעלת אופי מיני המצויה בתחומי המותר, לבין התנהגות העולה כדי הטרדה מינית פסולה, מגדיר סעיף 3(א) לחוק את סוגי המעשים הנחשבים "הטרדה מינית". חלק מן החלופות הקבועות בסעיף 3(א) לחוק, מגדירות הטרדה מינית באמצעות הפנייה לעבירות הקבועות בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); לפיכך, המעשים הנכללים בהן עשויים להיות גם עבירה פלילית לפי חוק העונשין, וגם הטרדה מינית לפי החוק למניעת הטרדה מינית (ראו סעיפים 3(א)1 ו-3(א)2 לחוק). חלופות אחרות בסעיף 3(א), מגדירות "הטרדה מינית" באמצעות מעשים שאינם עולים בהכרח כדי עבירה פלילית, אך החוק קובע כי הם עולים כדי הטרדה מינית (ראו סעיפים 3(א)3 ו-3(א)6 לחוק). לשונן של חלופות אלה היא רחבה, ויש אף הסבורים כי לשונן רחבה מדי נוכח העובדה כי קובעות הן נורמה פלילית (ראו: מי קרמניצר ולי לבנון "האיסור הפלילי על הטרדה מינית - קידוש האמצעי ומחירו" שערי משפט 3(3) (תשס"א) 285; אך ראו: א' קמיר "תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא - למה את מתכוונת?' שערי משפט 3(3) (תשס"א) 307). נראה כי פרשנות החלופות השונות בהגדרה של "הטרדה מינית" לפי סעיף 3(א) לחוק, עוד תעסיק אותנו בעתיד. מכל מקום, השאלה אם מעשים מסוימים מהווים הטרדה מינית פסולה על-פי סעיף 3(א) לחוק, או שמא מדובר בהתנהגות לגיטימית שאינה עולה כדי הטרדה מינית, חייבת תמיד להיבחן על-פי ההקשר בו בוצעו המעשים, טיב היחסים בין הצדדים ומכלול נסיבות העניין בכל מקרה לגופו.

7. החוק למניעת הטרדה מינית יצר הסדר משפטי רחב בנוגע לתופעת ההטרדה המינית, הן ביחס למצב המשפטי ששרר בישראל עובר לחקיקתו, והן ביחס למצב המשפטי בתחום זה במדינות אחרות (ראו: עש"מ 5771/01 פודלובסקי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו (1) 463, 470). תכליתו של החוק היא "לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים" (ראו סעיף 1 לחוק). לשם כך, קובע סעיף 4 לחוק איסור כללי על הטרדה מינית, שנוסחו הובא לעיל. בנוסף, קובע החוק כי הטרדה מינית מהווה עבירה פלילית שדינה מאסר, וכן עוולה אזרחית המזכה בפיצוי כספי. זאת ועוד; המחוקק היה ער להיקף התופעה ולחומרת הפגיעה הנגרמת עקב הטרדה מינית כאשר היא מתרחשת במקום העבודה.

משום כך, הטיל המחוקק חובה על מעבידים לנקוט באמצעים שתכליתם למנוע מקרים של הטרדה מינית במסגרת יחסי עבודה, וכן לטפל ביעילות בתלונות בגין הטרדה מינית במקום העבודה. חובות אלה חלות גם על המדינה כמעבידה (ראו סעיף 11 לחוק).

החוק למניעת הטרדה מינית לא קבע עבירה משמעותית מיוחדת הנוגעת להטרדה מינית בארגונים שונים, כגון: שירות המדינה, הצבא והמשטרה. בכל הנוגע לשירות המדינה, המענה לכך מצוי בהוראות הכלליות של החוק ובעבירות המשמעת הקבועות בסעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963 (להלן: חוק המשמעת), וכן בתקשי"ר (תקנון שירות המדינה). ואמנם, לאחר חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, תוקן פרק-משנה 43.4 לתקשי"ר, שכותרתו "הטרדה מינית". במסגרת התיקון האמור, אימץ סעיף 43.421 לתקשי"ר את ההגדרה להטרדה מינית הקבועה בסעיף 3(א) לחוק. כן נקבעו בתקשי"ר הסדרי משמעת והסדרים לטיפול בתלונות בשירות המדינה בגין הטרדה מינית והתנכלות, ופורסם תקנון להבהרת עיקרי החוק למניעת הטרדה מינית בקרב עובדי המדינה, כמתחייב על-פי סעיף 7 לחוק.

8. כזכור, כתב-התובענה שהוגש נגד המשיב, ייחס לו עבירות משמעת בשירות המדינה בגין ביצוע הטרדה מינית. לפיכך, השאלה העיקרית אליה התייחסו באי-כוח הצדדים בטיעוניהם בפני בית-הדין למשמעת, ואף בטיעוניהם בפניי, היתה האם מעשיו של המשיב היוו הטרדה מינית על-פי ההגדרה הקבועה בסעיף 3(א) לחוק למניעת הטרדה מינית ובסעיף 43.421 לתקשי"ר.

בטיעוניהם בפני בית-הדין למשמעת, התייחסו באי-כוח הצדדים לשתיים מבין שש החלופות הנכללות בהגדרה של "הטרדה מינית" לפי סעיף 3(א) לחוק. החלופה האחת אליה התייחסו הצדדים, היתה זו הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק ובסעיף 43.421(2) לתקשי"ר, ועניינה ביצוע מעשים מגונים. החלופה השנייה שנידונה בפני בית-הדין, היתה זו הקבועה בסעיף 3(א)(3) לחוק ובסעיף 43.421(3) לתקשי"ר. חלופה זו עוסקת בהצעות חוזרות בעלות אופי מיני המופנות לאדם אשר הראה למטריד, במילים או בהתנהגות, כי אינו מעוניין בהצעותיו, ובלבד שלא נותר ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות. בהכרעת-דינו, התייחס בית-הדין לחלופה זו שעניינה הצעות חוזרות בעלות אופי מיני. מסקנתו של בית-הדין היתה כי נותר ספק סביר באשר לשאלה האם המתלוננת הראתה למשיב כי אינה מעוניינת במעשיו. בית-הדין נמנע מלדון בשאלה האם מעשיו של המשיב היוו הטרדה מינית על-פי החלופה האחרת של מעשה מגונה.

בדיון שבפניי, התמקדו טיעוני הצדדים בשאלה האם מעשיו של המשיב היוו הטרדה מינית על-פי החלופה של מעשים מגונים. יצוין כי כתב-התובענה שהוגש כנגד המשיב, ייחס לו הפרה של סעיף 43.421(2) לתקשי"ר, שעניינו מעשה מגונה. לפיכך, אדון בשאלה האם מעשיו של המשיב היוו הטרדה מינית הפוגעת במשמעת שירות המדינה, על-פי החלופה האמורה. נוכח מסקנתי בעניין זה, מתייתר הצורך לבחון את מעשיו של המשיב במשקפיה של החלופה הקבועה בסעיף 3(א)(3) לחוק ובסעיף 43.421(3) לתקשי"ר.

הטרדה מינית מסוג של מעשים מגונים שלא בהסכמה

9. סעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית קובע כדלקמן:

<p>"הטרדה מינית והתנכלות"</p>	<p>3. (א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה: ... (2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין. ..."</p>
--------------------------------------	---

החוק למניעת הטרדה מינית קובע, איפוא, כי מעשים מגונים, על-פי משמעותם בחוק העונשין, מהווים הטרדה מינית. מאחר וההפניה לסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין נעשית במסגרת ההגדרה של הטרדה מינית, היא רלוונטית אף כאשר התביעה המוגשת בגין הטרדה מינית אינה פלילית, כי אם משמעותית.

מבין החלופות הקבועות בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין, רלוונטית לענייננו זו הקבועה בסעיף 348(ג) לחוק העונשין, וזו לשונה:

348. (ג) העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג), דינו... ... (ו) בסימן זה, 'מעשה מגונה' – מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".	"מעשה מגונה"
--	-------------------------

בהתבסס על סעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית, ובהתחשב בהגדרה ל"מעשה מגונה" כאמור בסעיף 348(ו) לחוק העונשין, קובע סעיף 43.421ב(2) לתקשי"ר בזו הלשון:

43.421 א. ... ב. על-פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק") הטרדה מינית היא אחת מחמש צורות התנהגויות אסורות, ואלה הן: 1) ... 2) מעשה מגונה; לדוגמה: עובד או ממונה הנוגע בעובדת לשם גירוי מיני או החושף את עצמו בפניה, בלא הסכמתה".	"הטרדה מינית"
---	--------------------------

מהם היסודות שיש להוכיחם במסגרת ההגדרה להטרדה מינית, על-פי החלופה של מעשה מגונה שלא בהסכמה (סעיף 3(א)(2) לחוק וסעיף 43.421ב(2) לתקשי"ר, בצירוף סעיף 348(ג) ו- (ו) לחוק העונשין)?

ראשית, נדרש להוכיח כי בוצע "מעשה מגונה". יצוין כי בהצעת-חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, הצ"ח תשמ"ו 303, הוצע להגביל את ההגדרה של "מעשה מגונה" לנגיעה באיברים מוצנעים, באופן שנשיקה, אף אם יש בה "גוון מיני", לא תהווה מעשה מגונה (ראו דברי ההסבר להצעת-החוק, בע' 306). הצעה זו לא התקבלה, וחוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990, קבע את ההגדרה המצויה כיום בסעיף 348(ו) לחוק העונשין. הגדרה זו קובעת רכיב התנהגותי רחב ביותר בהיקפו - "מעשה". אופיו ה"מגונה" של המעשה, נובע מהמטרה הנלווית לעשייתו - "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". מדובר בשאיפה סובייקטיבית הנושאת אופי מיני, בלא שנדרשת התקיימותה של תוצאה; לפיכך, אין הכרח להוכיח כי המטרה של "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" התממשה בפועל.

שאלה לעצמה היא האם ה"מעשה", שהוא היסוד ההתנהגותי הנדרש בהגדרה הקבועה בסעיף 348(ו) לחוק העונשין, יכול שיהא מעשה כלשהוא, אף אם הוא כשלעצמו נראה לכאורה תמים, ובלבד שמתלווית לביצועו מטרה של "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"; או שמא בנוסף להתקיימותה של מטרה מינית כאמור, נדרש כי המעשה עצמו יישא אופי מיני פסול על-פי טיבו, ובלשונו של השופט ד' לוי - מעשה "אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד... ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע" (ע"פ 616/83 פלייטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (1) 449, 458). דעתי היא כי בנסיבות מסוימות, גם מעשה הנראה לכאורה תמים כשהוא לעצמו, יקיים את היסוד ההתנהגותי בהגדרה, אם ההקשר בו הוא בוצע ומכלול נסיבות העניין, שוללים את אופיו התמים ופוגעים בערך המוגן באיסור (השוו דברי ברע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (5) 729, 754 וראו ההפניות המובאות שם). יפים בעניין זה דבריו של השופט זמיר בעש"מ 6713/96 בן-אשר הנ"ל:

"מחמאה, שיחה על נושא מיני, מגע גופני, ואפילו חיבוק או נשיקה, לא בהכרח יש להם אופי מיני. הכול תלוי בטיב היחסים שבין שני הצדדים ובנסיבות. בדרך-כלל ברור מן הנסיבות אם יש, או אין, להתנהגות אופי מיני. לעיתים אין זה ברור. עם

זאת, כפי שנאמר לגבי פיל, אף שקשה להגדיר אותו, כשרואים אותו, אין קושי לזהות אותו".
(שם, בע' 682).

מכל מקום, השאלה האם המעשה בוצע "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", תיבחן על רקע טיבו של המעשה, ההקשר בו בוצע ומכלול נסיבות העניין.

יסוד נוסף בהגדרה של הטרדה מינית מסוג של מעשה מגונה שלא בהסכמה, הוא כי המוטרדת (או המוטרד, לפי העניין) לא הסכימה לעשיית המעשה המגונה בה. חוסר ההסכמה יכולה לבוא לידי ביטוי במילים או בהתנהגות. העדר ההסכמה של המוטרדת אינה חייבת להתבטא בהתנגדות פיזית, בצעקות או בבכי, ודי, למשל, בשלילה מילולית של המעשים כדי ללמד על העדר ההסכמה לביצועם. זאת ועוד; בנסיבות מסוימות, יש אף בהתנהגות הפסיבית של האישה, כדי ללמד על העדר ההסכמה למעשים, והכל בהתחשב במכלול נסיבות האירוע (ראו: עשי"מ 6713/96 בן-אשר, בע' 685; והשוו: ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 873, 887-888).

היסוד האחרון שיש להוכיחו במסגרת ההגדרה של הטרדה מינית מסוג של מעשה מגונה שלא בהסכמה, הוא כי המטריד היה מודע בפועל לכך שהמוטרדת אינה מסכימה למעשיו, או, למצער, עצם עיניו מפני אי ההסכמה, קרי - חשד באופן ממשי באפשרות שהמוטרדת אינה מסכימה למעשיו, אך נמנע מבדיקת המצב לאשורו והמשיך במעשיו. כידוע, על-פי חוק העונשין עצימת עיניים שקולה מבחינת האנטי-חברתיות הגלומה בה למודעות בפועל, ולפיכך היא שוות-ערך לה (ראו: סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין).

כיצד יקבע בית-המשפט האם המטריד ידע או, למצער, עצם עיניו, מפני אי ההסכמה של המתלוננת לביצוע מעשיו? כידוע, בית-המשפט אינו יכול לבחון כליות ולב. לפיכך, השאלה בדבר מצבו הנפשי-סובייקטיבי של המטריד בעת ביצוע המעשים, תיבחן על רקע מכלול נסיבות העניין. במקרים בהם הביעה המוטרדת באופן ברור וחד-משמעי - במילים או בהתנהגות - את העדר ההסכמה למעשיו המגונים של המטריד, ולא היה בהתנהגותה או ביתר נסיבות העניין כדי לסתור את המשמעות הברורה של אי ההסכמה שהובעה כאמור, כי אז, ככלל, תתבקש המסקנה כי המטריד היה מודע לכך שהמוטרדת אינה מסכימה למעשיו, או לפחות חשד בכך, אך בחר להמשיך בביצוע המעשים. בהתאם לכך, נקבע בפסיקתנו כי כאשר האישה הביעה העדר ההסכמה מילולית ומפורשת למעשים, כי אז הוכיחה התביעה לכאורה שהנאשם היה מודע להעדר ההסכמה. וכך אמרתי בע"פ 5938/00 אזולאי הנ"ל:

"...בהוכחת ביטוי מילולי של אי-ההסכמה מצד האישה מוכיחה התביעה לכאורה הן את הנסיבה של אי-ההסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם. בדרך-כלל, בהעדר ראיות חיצוניות או נסיבות שיש בהן כדי לסתור את אי-ההסכמה שהוכחה כאמור, יעבור הנטל המשני לנאשם להראות כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידה מלכתחילה..."
(שם, בע' 898).

ובלשונו של השופט ריבלין:

"...משהביעה האישה התנגדות מפורשת...בתחילת האירוע, והאיש מודע להתנגדותה זו, או אז רק ביטוי מפורש וברור (לאו דווקא מילולי) לשינוי לבבות חיובי עשוי לשלול את קיום היסוד הנפשי בעבירה.

...במילים אחרות, משהוכיחה התביעה הן את היסוד החיובי והן את היסוד השלילי שבמצב דברים זה, לאמור את העובדה שהמתלוננת הביעה מלכתחילה התנגדות ברורה...ולא המירה התנגדות זו בהבעת ההסכמה ברורה- הוכחה מודעותו של הנאשם".

(שם, בע' 910; אך ראו עמדתו של השופט מצא, שם, בע' 906-905).

דברים אלה נאמרו בנוגע להוכחת מודעות פלילית לקיומה של העדר הסכמה בעבירת האינוס. עם זאת, הדברים נכונים גם לגבי הוכחת מודעות לקיומה של העדר הסכמה, במסגרת ההגדרה להטרדה מינית בסעיף 3(א)(2) לחוק ובסעיף 421.43(2) לתקשי"ר בצירוף סעיף 348(ג) לחוק העונשין: במקרים בהם המוטרת הביעה במילים מפורשות את העדר הסכמתה למעשיו של המטריד, ואין בהתנהגותה או ביתר נסיבות העניין כדי לסתור את אי הסכמתה שהובעה כאמור, כי אז יעבור הנטל המשני לשכמו של המטריד; יהא עליו להראות כי על אף שהאישה נתנה ביטוי מילולי מפורש להעדר הסכמתה למעשיו, היא שינתה מעמדתה הראשונית ונתנה ביטוי מפורש וברור (לאו דווקא מילולי) לכך שהיא מסכימה להמשך המעשים. אם המטריד נכשל בהוכחת האמור, כי אז תתבקש המסקנה שהוא היה מודע, או למצער חשד, בקיומה של העדר הסכמה מצד המוטרת, אך בחר להתעלם מכך.

10. לעניין היסוד הנפשי הנדרש בעבירות משמעותיות שרקען התנהגות פסולה בעלת אופי מיני, ראוי לציין כי לא בהכרח תידרש מודעות בפועל לצורך הטלת אחריות משמעותית לפי סעיף 17 לחוק המשמעת. יתכנו מקרים, שלא כאן המקום לפרטם, בהם ישא עובד מדינה באחריות משמעותית בגין התנהגותו הפסולה גם בהעדר מודעות בפועל לאי הסכמה מצד הנפגעת או הנפגע, אך בהתקיים מודעות בכוח לכך, היינו - נסיבות בהן היה על עובד המדינה לדעת על העדר ההסכמה להתנהגותו האמורה. מכל מקום, ביצוע מעשה מיני כאמור לא יהווה הטרדה מינית על-פי החלופה של מעשה מגונה שלא בהסכמה לפי סעיף 3(א)(2) לחוק ולפי סעיף 421.43(2) לתקשי"ר, בהעדר מודעות סובייקטיבית לקיום הנסיבה של אי-הסכמה. השאלה האם די ביסוד נפשי של מודעות בכוח במסגרת חלופות אחרות של "הטרדה מינית" לפי סעיף 3(א) לחוק, אינה מתעוררת במקרה שלפניי ועל כן אינה דורשת הכרעה. (לעניין היותן של העבירות הקבועות בסעיף 17 לחוק המשמעת רחבות מן ההגדרה של הטרדה מינית, ראו: עש"מ 2168/01 חמני נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נה (5) 949, 960; לעניין החלתו של מבחן אובייקטיבי בהקשר של הטרדה מינית, טרם חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, ראו: עש"מ 6713/96 בן-אשר הנ"ל, בע' 687; על הטלת אחריות בדין משמעתי בהתקיים יסוד נפשי של מודעות בכוח, ראו באופן כללי: בג"צ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (2) 749, 787-788, 792, 797; עש"מ 5550/98 גל-אור נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 326, 333-334; ער"מ 6494/00 חזי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נד (5) 101, 109-105).

מן הכלל אל הפרט

11. האם התנהגותו של המשיב בגינה הועמד לדין משמעתי, מהווה הטרדה מינית מסוג של מעשה מגונה שלא בהסכמה, על-פי ההגדרה בסעיף 3(א)(2) לחוק ובסעיף 421.43(2) לתקשי"ר, בצירוף סעיף 348(ג) לחוק העונשין?

בפתח הדברים אציין כי בשים לב לחומרתו של אישום משמעתי בגין הטרדה מינית, ובהתחשב באופיה של ההתנהגות המיוחסת למשיב, ראוי במקרה שלפניי לבחון את שאלת התקיימותם של מרכיבי ההגדרה של הטרדה מינית מהסוג של מעשה מגונה שלא בהסכמה, על-פי רמת ההוכחה הנדרשת בפלילים, קרי - מעבר לספק סביר.

מתיאור העובדות המוסכמות עולה כי בתחילת הנסיעה, החמיא המשיב למתלוננת באומרו לה כי היא יפה, חמודה ומתוקה וכי התגעגע אליה. במהלך הנסיעה אחז המשיב מספר פעמים בכף ידה, ואף הצמיד את ידה של המתלוננת אל חזהו. בהמשך הנסיעה, נישק המשיב את גב כף ידה של המתלוננת. לבסוף, בעת שעצר את הרכב בחניון שקט באמצע הדרך, אחז המשיב בצווארה של המתלוננת על-מנת לקרבה אליו, וניסה לנשקה. האם יש בהתנהגות האמורה כדי להוות "מעשה מגונה", על-פי ההגדרה בסעיף 348(ו) לחוק העונשין? אני סבורה שכן. אמנם, המחמאות שחלק המשיב למתלוננת ואחיזת כף ידה בתחילת הנסיעה, עשויים היו, כשהם לעצמם, להצטייר כמעשה ידידות. עם זאת, המשך אחיזתו של המשיב בכף ידה של המתלוננת במהלך הנסיעה, הצמדת כף ידה של המתלוננת אל חזהו ונשיקתו גב כף ידה לאחר מכן, עשויים להצביע על כך שכוונתו של המשיב במעשיו האמורים לא היתה תמימה וידידותית גרידא. זאת, נוכח טיבם של המעשים והישנותם, ובהתחשב בכך שטרם הנסיעה הנדונה, המשיב מעולם לא נגע במתלוננת ואין כל טענה שמערכת יחסיהם בעבר כללה קירבה אינטימית כלשהיא. אף-על-פי-כן, לו בכך היה

מסתיים המקרה, יתכן כי היה נותר ספק סביר האם המעשים האמורים בוצעו "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". שאלה זו אינה דורשת הכרעה, שכן כאמור, בכך לא תם האירוע. המשיב עצר את רכבו בשולי הדרך, תפס בצווארה של המתלוננת על-מנת לקרבה אליו, ואז ניסה לנשקה. נסיבות המקרה מלמדות בבירור כי לא היה זה מעשה ידידותי ותמים, כגון חיבוק ונשיקה לשלום בתחילת פגישה או בסיומה: המשיב בחר בחניון שקט לצד הדרך, ושם החנה את הרכב. עצירת הרכב נעשתה במפתיע במהלך הנסיעה, ובטרם הגיעו ליעד אליו ביקשה המתלוננת להגיע. המשיב עצר את הרכב באמצע הנסיעה, על אף שידע כי המתלוננת ממהרת להגיע למכללה בה למדה, ועל אף שהמתלוננת שאלה אותו מדוע עצר את הרכב והפצירה בו להמשיך לנסוע. טרם הנסיעה הנדונה, המשיב מעולם לא נגע במתלוננת, ולא חיבק או נישק אותה. בהתחשב בנסיבות אלה, אחיזת המשיב בצווארה של המתלוננת על-מנת לקרבה לגופו, וניסיונו לנשקה, לאחר שאחז בכף ידה וקירבה לחזהו ולפיו, נשאו אופי מיני ברור, המצביע על כך שהמשיב פעל לשם סיפוק מאויים מיניים.

המשיב חדל מביצוע מעשיו רק כאשר המתלוננת הדפה אותו וציינה בפניו כי היא יכולה להיות הבת שלו. על-פי דבריו של המשיב בחקירתו בנש"מ ובעדותו בפני בית-הדין, הוא הזדעזע מדבריה האמורים של המתלוננת והתבייש במה שקרה (ת/1 בע' 3; ע' 31 לפרוטוקול). בחקירתו בנש"מ, הוסיף המשיב ואמר כי: "היא (המתלוננת) הורידה לי את כל החשק, ועזבתי אותה" (ת/1, בע' 2). הזעזוע והבושה שחש המשיב עקב דבריה של המתלוננת, ועדותו בדבר "ירידת החשק", מחזקים את הרושם כי מעשיו נעשו "לשם גירוי או סיפוק מיניים". למסקנה דומה מובילה העובדה שעם סיום הנסיעה, ביקש המשיב מן המתלוננת כי לא תספר על האירוע לאיש.

יצוין כי המשיב אמר בחקירתו בנש"מ כי: "היתה לי משיכה מינית אל ... (המתלוננת). חיבבתי אותה מאד אך ידעתי שהיא נשואה טריה. אולי זה היה דחף פתאומי מצידי אך לא חשבתי שזה יגיע לידי כך. כשהתחלתי איתה חשבתי שיצא לי משהו איתה מבחינה מינית, אך לא חשבתי עליה לטווח רחוק. אני חשבתי שאנו חברים לעבודה ואולי יצא לנו משהו ביחד..." (ת/1, בע' 2). אמנם, בעדותו בפני בית-הדין ניסה המשיב לטעון כי כוונותיו כלפי המתלוננת היו לקשר ידידותי וחברי. עוד טען כי הביטוי "משיכה מינית" לא נאמר על-ידו בחקירת הנש"מ, וכי המילים הוכנסו לפיו. עם זאת, בחקירה הנגדית של חוקר הנש"מ בפני בית-הדין, נמנע הסגור מלעמתו עם הטענה כי "השתל" מילים בפי מרשו. זאת ועוד; המשיב הודה בעדותו בפני בית-הדין כי ניסה "להתחיל" עם המתלוננת וכי נמשך אליה (ע' 30 לפרוטוקול; ע' 28 להכרעת-הדין). המסקנה המתבקשת ממכלול נסיבות העניין היא כי אחיזת המשיב בצווארה של המתלוננת וניסיונו לנשקה, היוו "מעשה מגונה" על-פי ההגדרה בסעיף 348(ו) לחוק העונשין. (ראו והשוו: ע"פ 190/58 ס'ל"א נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב (3) 1847, 1848, שם נקבע כי נשיקה תהווה מעשה מגונה אם נעשתה ללא הסכמה לשם "סיפוק חשק מיניים").

12. בחקירתה בנש"מ ובעדותה בפני בית-הדין, סיפרה המתלוננת כי במהלך הנסיעה עם המשיב, היא חשה חוסר נוחות ולחץ נפשי רב. המתלוננת העידה כי לא רצתה בכך שהמשיב יגע בידה, ובוודאי שלא הסכימה לכך שיעצור את הרכב באמצע הדרך, יאחוז בצווארה וינסה לנשקה. המתלוננת היתה נסערת ובוכיה לאחר האירוע נשוא כתב-התובענה, ועל כך העידו בפני בית-הדין שתיים מחברותיה וכן הגב' יצחקי. המתלוננת הדגישה בעדותה כי חשה פגועה ומושפלת עקב מעשיו של המשיב. כפי שצוין לעיל, בית-הדין נתן אמון מלא בעדותה של המתלוננת אודות מצבה הנפשי ותחושותיה הקשות. בא-כוח המשיב לא חלק על כך שהמתלוננת לא הסכימה ברמה הסובייקטיבית למעשיו של מרשו, וטיעונו התמקדו בשאלה האם נתנה ביטוי ברור להעדר הסכמתה. אין חולק, איפוא, כי המתלוננת לא הסכימה למעשיו של המשיב. האם המשיב היה מודע לכך?

על-פי קביעתו של בית-הדין למשמעת, במהלך הנסיעה לא הבין המשיב כי התנהגותו אינה רצויה למתלוננת; לגישת בית-הדין, מודעותו של המשיב להעדר הסכמתה של המתלוננת התגבשה רק בשלב בו התנגדה המתלוננת לניסיונו לקרבה אל גופו ולנשקה, ואז חדל המשיב מיד ממעשיו (ע' 31 להכרעת-הדין). בית-הדין נמנע מלהתייחס לשאלה האם המשיב עצם עיניו במהלך הנסיעה מפני העדר הסכמתה של המתלוננת, קרי - האם התעורר אצל המשיב חשד ממשי בדבר האפשרות כי המתלוננת אינה מסכימה למעשיו, אך הוא בחר להתעלם מכך. כפי שצוין לעיל, יחס נפשי של עצמת עיניים שקול ליחס נפשי של מודעות בפועל; לפיכך, אם חשד המשיב באפשרות כי המתלוננת אינה מסכימה למעשיו, יש לראותו כמי שפעל מתוך מודעות בפועל לכך.

על מנת להסיק מה היה יחסו הנפשי הסובייקטיבי של המשיב כלפי העדר הסכמתה של המתלוננת, יש לבחון מה הבין המשיב מהתנהגותה של המתלוננת, על רקע מכלול נסיבות האירוע.

אין חולק כי בתחילת הנסיעה, חייכה המתלוננת נוכח המחמאות שהשמיע המשיב, ונמנעה מלהגיב כשהחל לאחוז בידה. על-פי עדותה של המתלוננת, היא אמנם חשה במבוכה נוכח התנהגותו האמורה של המשיב, אך באותו שלב לא ייחסה לכך חשיבות. יש לזכור כי המתלוננת הכירה את המשיב במקום עבודתה, והיתה מיוודדת עימו. לפיכך, עשויים היו מעשיו של המשיב באותו שלב, להתפרש כמעשי ידידות גרידא. כאשר הוסיף המשיב לאחוז בידה, ביקשה ממנו המתלוננת בעדינות לעזוב את ידה, והוסיפה: "זה מכאיב לי". העדינות בה ביקשה המתלוננת מן המשיב לעזוב את ידה, נבעה - על-פי עדותה - מן המבוכה שחשה. ניתן להסביר זאת גם בהתחשב בכך שהמתלוננת הכירה את המשיב ממקום עבודתה וידעה כי הוא מבוגר ממנה בשנים רבות, ולפיכך נזהרה מלפגוע בו. באופן דומה ניתן להסביר את נסיונה של המתלוננת במהלך הנסיעה לפתוח בשיחה עם המשיב על בעלה ועל בנו, בניסיון לרמוז בעדינות למשיב כי אינה מעוניינת בו.

לשיטתי, ראוי היה כי המשיב יפסיק את נגיעותיו במתלוננת החל מהרגע בו ביקשה ממנו במפורש לעזוב את ידה. עם זאת, מאחר ובקשתה הראשונית של המתלוננת נאמרה בעדינות, ובהתחשב בכך שהמתלוננת הוסיפה ואמרה "זה מכאיב לי", מוכנה אני לקבל את טענת המשיב לפיה הבין כי המתלוננת אינה מתנגדת לכך שיאחוז בידה, אלא מבקשת כי יחליש את אחיזתו. כן מוכנה אני להניח כי טעותו של המשיב בשלב זה של הנסיעה, היתה כנה. אלא שהגנה זו אינה יכולה לעמוד לזכותו של המשיב בנוגע למעשיו בהמשך הנסיעה. אין חולק כי המתלוננת הוסיפה וביקשה מהמשיב מספר פעמים במהלך הנסיעה כי יעזוב את ידה. על-פי עדותה, היא עשתה זאת ביתר תקיפות ביחס לבקשתה בתחילת הנסיעה. ברי, איפוא, כי כאשר המתלוננת אמרה למשיב "ידי" וביקשה ממנו בשנית ובשלישית להפסיק לאחוז בידה, היא לא התכוונה לכך שיחליש את אחיזתו, אלא ביקשה ממנו להפסיק לגעת בה. אמירות אלה של המתלוננת הבהירו בבירור כי מעשיו של המשיב אינם רצויים בעיניה, וכי אינה מסכימה לכך שהמשיב ייגע בה. אינני שותפה, איפוא, לעמדת בית-הדין שסבר כי תגובתיה של המתלוננת היו עמומות. כאשר המתלוננת שבה וביקשה מהמשיב במהלך הנסיעה לעזוב את ידה, ואף אמרה לו "תפסיק" ו"ידי", היא נתנה ביטוי מילולי מפורש וברור להעדר הסכמתה למעשיו.

בהתחשב בכך שהמתלוננת ביקשה מהמשיב מספר פעמים במהלך הנסיעה לעזוב את ידה ואף אמרה לו במפורש "תפסיק" ו"ידי", הוכיחה התביעה לכאורה כי כאשר המשיב עצר את רכבו, אחז בצווארה של המתלוננת וניסה לנשקה, הוא ידע, או לפחות חשד, כי היא אינה מסכימה לכך. מכלול נסיבות העניין תומכות במסקנה בדבר מודעותו הסובייקטיבית של המשיב לאי הסכמתה של המתלוננת: מלכתחילה, הסכימה המתלוננת לנסוע עם המשיב, על-מנת להגיע למכללה בה למדה. היתה זו, איפוא, נסיעה שמטרתה הוגדרה מראש והיתה ידועה למשיב; המשיב ידע על הפרש הגילאים הרב בינו לבין המתלוננת, ואף ידע כי המתלוננת נישאה זמן קצר קודם לכן; הקשר בין המתלוננת למשיב עד לאותה נסיעה משותפת היה קשר ידידותי, ולא נשא מעולם אופי מיני או רומנטי; לאחר שהמתלוננת ביקשה מהמשיב לעזוב את ידה, לא היה דבר בהתנהגותה שהצביע על כך שהיא מעוניינת ביחסי-קירבה עימו או כי היא מסכימה למעשיו. להפך; המתלוננת חזרה שוב ושוב על בקשתה כי יעזוב את ידה. היא ניסתה לפתוח עם המשיב בשיחה על בעלה ועל בנו. היא הדגישה בפני המשיב מספר פעמים במהלך הנסיעה כי היא ממחרת ללימודים במכללה, והיא אף סירבה להצעתו לשבת בבית-קפה. כאשר עצר המשיב את הרכב בפתאומיות באמצע הדרך, שאלה אותו המתלוננת מה הוא עושה וביקשה ממנו להמשיך בנסיעה. בהתחשב בכל אלה, ברי כי כאשר המשיב אחז בצווארה של המתלוננת וניסה לנשקה הוא ידע, או לפחות חשד, כי המתלוננת אינה רוצה שייגע בה, אך בחר להתעלם מכך ולהמשיך במעשיו. טענותיו של המשיב לפיהן המתלוננת לא בכתה או צעקה במהלך הנסיעה, ואף לא משכה את ידה כאשר אחז בה, אין בהן כדי להועיל לו. אי הסכמתה של המתלוננת לא היתה חייבת להתבטא בבכי ובצעקות, ואף לא בהתנגדות פיזית למעשיו של המשיב. כאמור, די בכך שהמתלוננת הביעה את העדר הסכמתה במילים ברורות - "תעזוב לי את הידי", "ידי", "תפסיק" - כאשר לא היה בהתנהגותה וביתר נסיבות העניין כדי לסתור את המשמעות שיש לייחס למילים אלה.

כאמור, על אף שהמשיב ידע או לפחות חשד בכך שהמתלוננת אינה רוצה שייגע בה, עצר המשיב את הרכב בפתאומיות באמצע הדרך, אחז בצווארה של המתלוננת על-מנת לקרבה אליו, וניסה לנשקה. רק כאשר המתלוננת הדפה בכוח את המשיב ואמרה לו כי היא יכולה להיות הבת שלו, הרפה ממנה המשיב. הפסקת המעשים בשלב זה, לא נבעה מכך שהמשיב הבין לראשונה כי מעשיו אינם רצויים בעיני המתלוננת; כאמור, שוכנעתי כי המשיב ידע או לפחות חשד בכך, עוד בטרם אחז בצווארה של המתלוננת וניסה לנשקה. על-פי עדותו של המשיב, הוא חדל ממעשיו מכיוון שחש בעזוה ובושה מדבריה של המתלוננת כי היא יכולה להיות בתו. בחקירתו בנשי"מ, אף ציין המשיב כי: "היא (המתלוננת) הורידה לי את כל החשק ועזבתי אותה" (ת/1, בע' 2). הנה כי כן, המשיב חש נפגע כשעומת עם דברי המתלוננת שראתה בו גבר מבוגר בגיל אביה. רק בשלב זה, וכאשר המתלוננת התנגדה בכוח לניסיונו לקרבה לגופו ולנשקה, חדל ממעשיו.

לא נעלם מעיני כי כאשר העידה המתלוננת בפני בית-הדין על כך שהמשיב אחז בצווארה וניסה לנשקה, הוסיפה וציינה כי: "נראה לי שהוא (המשיב) לא היה מודע למה שעשה באותו רגע". מאחר והמתלוננת אינה בקיאה במשמעות המשפטית של הביטוי "מודע", יש לפרש את דבריה על רקע מכלול עדותה. המתלוננת ציינה בחקירתה בנש"מ כי לדעתה, המשיב לא הבין את חומרת מעשיו ואת הפגיעה וההשפלה שגרם לה (מ/4, בע' 6). דברים אלה מתיישבים עם המסקנה כי המשיב נהג בחוסר אכפתיות כלפי רגשותיה של המתלוננת וכלפי רצונה כי לא ייגע בה, והוא המשיך במעשיו על-אף שידע או לפחות חשד בכך שהמתלוננת אינה מסכימה לכך.

הנה כי כן, נוכח אי-ההסכמה המילולית שהביעה המתלוננת למעשיו של המשיב, ובהתחשב בהתנהגותה של המתלוננת במהלך הנסיעה ובמכלול נסיבות העניין, אני סבורה שהוכח מעבר לספק סביר כי בעת שהמשיב אחז בצווארה של המתלוננת וניסה לנשקה, הוא היה מודע, או, למצער, חשד בהעדר הסכמתה למעשים אלה, אך גילה חוסר אכפתיות כלפי רגשותיה ורצונה של המתלוננת. לפיכך, יש לדחות את טענת הסנגור כי מרשו טעה טעות כנה וסבר כי המתלוננת מסכימה למעשיו האמורים. כן יש לדחות את טענת הסנגור כי המשיב חיזר אחר המתלוננת בדרכים לגיטימיות. עצירת הרכב על-ידי המשיב באופן פתאומי בחניון שקט באמצע הדרך, על אף שהמתלוננת הדגישה בפניו כי היא ממחרת ללימודים, וביקשה ממנו להמשיך בנסיעה ליעד אליו רצתה להגיע; העובדה כי המשיב אחז בצווארה של המתלוננת על-מנת לקרבה אליו וניסה לנשקה, על אף שהיה מודע לכך שאינה מסכימה למעשים אלה, או לפחות חשד בכך והתעלם מהעדר ההסכמה; כל אלה אינם מהווים חיזור לגיטימי הנעשה מתוך הסכמה וכבוד הדדיים, ואף לא התנהגות מקובלת "שהיא טבעית לבני-אדם הגונים" (בג"צ 7074/93 טו"ס הנ"ל, בע' 782). מעשיו האמורים של המשיב קיימו את יסודות ההגדרה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית ובסעיף 421.43.2(2) לתקשי"ר, ולפיכך היוו הם הטרדה מינית פסולה מסוג של מעשה מגונה שלא בהסכמה.

האם מעשיו של המשיב מהווים עבירת משמעת?

13. הסנגור טען בפניי כי אין מקום להטיל אחריות משמעתית על מרשו, באשר המעשים בגינם הועמד לדין, התרחשו לאחר שעות העבודה, שלא במקום העבודה, ובלא קשר עם עבודתם של המשיב ושל המתלוננת בשרות המדינה, שהרי שניהם עובדים במשרדי ממשלה שונים ואין ביניהם יחסי כפיפות או מרות. טענה זו דינה להידחות. ככלל, בנסיבות מתאימות, עלול עובד מדינה לשאת באחריות משמעתית בגין מעשים שהם עבירות משמעת שביצע אף אם עשה זאת שלא בקשר עם עבודתו בשרות המדינה, ובוודאי שכך כאשר מדובר בהטרדה מינית. אלא שלא זה המקרה בפניי: המשיב והמתלוננת הכירו זה את זה במסגרת עבודתם בשירות המדינה, וטיב ההיכרות או הקשר ביניהם נבעו מקשרי עבודה. ביום הרלוונטי לאישום, פגשה המתלוננת את המשיב בצאתה ממקום עבודתה, ואז הציע המשיב להסיעה למכללה בה למדה. מעשיו של המשיב בוצעו כשנהג ברכב השרד הממשלתי ששימש לעבודתו במשרד החוץ. הנה כי כן, מעשיו של המשיב בוצעו בקשר עם עבודתו בשירות המדינה, גם אם קשר זה עקיף הוא.

מאחר והמשיב הטרד מינית את המתלוננת על-פי ההגדרה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק ובסעיף 421.43.2(2) לתקשי"ר, הוא הפר במעשיו את האיסור הקבוע בסעיף 4 לחוק למניעת הטרדה מינית. לפיכך, ביצע המשיב עבירת משמעת לפי סעיף 17(2) לחוק המשמעת, בשל אי קיום חובה המוטלת עליו על-פי חוק והוראה כללית.

כבר נקבע בפסיקתנו כי לצורך הטלת אחריות משמעתית בגין הטרדה מינית, אין הכרח להוכיח כי נתקיימה פגיעה בתנאי עבודתה של המוטרת (ראו: עש"מ 6713/96 בן-אשר, בע' 684). אף אין הכרח להוכיח את מידת הפגיעה הסובייקטיבית במוטרדת, ודי בכך שההתנהגות המטרדה, מעצם טיבה, פגעה פגיעה ממשית בכבודה של המוטרת כאדם, בפרטיותה או בזכותה לשוויון (ראו: עש"מ 5771/01 פדלובסקי הנ"ל, בע' 478). אף על-פי-כן, אני רואה לציין כי המתלוננת העידה שחשה נסערת, פגועה ומושפלת ממעשיו של המשיב, ובית-הדין קבע כי עדות זו אמינה בעיניו. זאת ועוד; הגב' יצחקי העידה בחקירתה בנש"מ ובעדותה בפני בית-הדין, כי לאחר האירוע נשוא כתב-התובענה, הביעה בפניה המתלוננת חשש שמא תתקל במשיב במקום עבודתה (מ/4, בע' 4; ע' 20 לפרוטוקול). יצוין עוד כי המתלוננת העידה בחקירתה בנש"מ, כי מספר ימים לאחר האירוע נשוא האישום, התקשר המשיב למשרד ראש הממשלה בו עבדה המתלוננת כמרכזנית; כששמעה את קולו, ניתבה המתלוננת את שיחת הטלפון למרכזנית אחרת, כדי שלא תאלץ לשוחח עם המשיב בעצמה (מ/4, בע' 6). בכל אלה יש כדי להמחיש את אשר נקבע בפסיקתנו זה מכבר: הטרדה מינית פוגעת בכבודה של המוטרת כאדם, פולשת אל פרטיותה ומפרה את

אוטונומית הרצון שלה לגבי גופה ומיניותה. התנהגות זו אינה הולמת אף אדם, ובוודאי שאינה הולמת עובד מדינה (ראו: עש"מ 6713/96 בן-אשר הנ"ל, בע' 674-675). כאשר ההטרדה המינית מבוצעת בין עובדים בשירות המדינה, היא מעכירה את האווירה בסביבת העבודה, משבשת יחסי עבודה, ואף מזיקה לתפקוד התקין של שרות המדינה ולתדמיתו הראויה (ראו: עש"מ 1928/00 מדינת ישראל נ' ברוכין, פ"ד נד (3) 694, 710). המסקנה המתבקשת, איפוא, היא כי מעשיו של המשיב פגעו במשמעת שירות המדינה, והיוו התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד מדינה, וכן התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה, כאמור בסעיפים 17(1) ו- (3) לחוק המשמעת.

14. אשר על כן, ומן הטעמים האמורים, אני רואה לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את המשיב בעבירות משמעת לפי סעיפים 17 (1), (2) ו- (3) לחוק המשמעת. התיק יוחזר לבית-הדין למשמעת של עובדי המדינה, על-מנת שבית-הדין ישמע טיעונים, ואולי אף ראיות, לעניין העונש, ייתן דעתו למכלול נסיבות המעשה לחומרא ולקולא ולנסיבותיו האישיות של המשיב, ובהתאם לכך יקבע את אמצעי המשמעת שיוטלו עליו.

ניתן היום, ג' באדר א' תשס"ג (5.2.2003).

שׁוֹפֵט