www.nevo.co.il

עפ 1651/10 פלוני נ' מדינת י

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפ

ע"פ 1651/10

בפני:	כבוד השופט א' רובינשטיין כבוד השופט ס' ג'ובראן כבוד השופט י' דנציגר
המערער:	פלוני
	נ ג ד
המשיבה:	מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 15.7.2009 בתפ"ח 1184/07 שניתן על ידי כבוד השופטות: ר' אבידע, ח' סלוטקי ומ' ברנט

תאריך הישיבה:	י"ב בתשרי התשע"א	(20.9.2010)
בשם המערער:	עו"ד אבי חימי; עו"ד משה וייס	
בשם המשיבה:	עו"ד יאיר חמודות	
בשם שירות המבחן:	גב' ברכה וייס	

חקיקה שאוזכרה:

חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 80(ג)(2), 345, 345(א)(1), 347(ב)

מיני-רציו:

* יש בסתירות הרבות והמהותיות בעדות המתלוננת בכדי להטיל ספק סביר באשמתו של המערער עד כדי זיכויו. בפני המערער היה מצג ברור כי פני המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים, כהמשך ישיר

--- סוף עמוד 1 ---

למגעים הראשוניים והמתקדמים בין השניים. כאשר הובעה אי הסכמה לראשונה תגובתו של המערער הייתה נסיגה מיידית. כך שבמקרה דנן, לא היה זה "אונס שתחילתו ברצון", אלא קיום מגעים מיניים שמתחילתם ועד סופם ברצון היו (ולכל הפחות כך הוצגו בפני המערער).

* בתי-משפט – ערעור – התערבות בית-משפט שלערעור

* ראיות – מהימנות – התערבות ערכאת ערעור

* בתי-משפט – ערעור – התערבות במימצאים עובדתיים

* ראיות – עדות – קורבן עבירת מין

* ראיות – עדות – סתירות

* עונשין – עבירות – אינוס

.

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בב"ש, במסגרתו הורשע המערער ברוב דעות באישומים שיוחסו לו: אינוס ומעשה סדום, שבוצעו במהלך מגע מיני שקיים עם המתלוננת. בעת האירועים הנדונים הייתה המתלוננת כבת 17.5, נערה בתיכון, בתולה, בעוד הנאשם היה כבן 38. הוסכם כי המעבר לחלקו האחורי של הרכב והורדת פרטי הלבוש העליונים של המתלוננת נעשו בהסכמתה, תוך הסכמה להתנשק ולהתגפף עם המערער. עיקר המחלוקת נעוץ בשאלה האם התגבש מצג של הסכמה אצל המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים, והאם חזרה ממנו טרם החדירה. באם התשובה לכך חיובית, נשאלת השאלה האם חדל המערער ממעשיו. כן יש להכריע בשאלה כיצד הגיע המערער לסיפוקו (האם בוצע מין אוראלי בכפיה?). בגרסת המתלוננת נמצאו סתירות. בעוד שדעת הרוב סברה שמדובר בסתירות קלות ערך דעת המיעוט סברה כי יש בסתירות שעלו מעדותה של המתלוננת בכדי לנטוע ספק סביר באשמתו של המערער.

.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט ס' ג'ובראן בהסכמת השופטים א' רובינשטיין וי' דנציגר) קיבל את הערעור, ופסק כי:

יש בסתירות הרבות והמהותיות בעדות המתלוננת בכדי להטיל ספק סביר באשמתו של המערער עד כדי זיכויו.

אמנם כלל נקוט הוא בידי בימ"ש זה, כי אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בקביעותיה של הערכאה הראשונה אשר שמעה את העדויות, התרשמה מהן ומחומר הראיות ובחנה את המכלול באופן בלתי אמצעי. ברם, כלל אי ההתערבות אינו כלל בל-יעבור. כפי שנפסק בעבר, לעתים נדירות שזורים ממצאי העובדה של הערכאה הראשונה לא רק בשיקולי התרשמות אלא גם בשיקולים שבהיגיון. במקרים שכאלו, על בית-המשפט שלערעור לבחון האם אם לפי שיקולים של היגיון ולמרות שיקולי ההתרשמות של הערכאה הראשונה יכולה מסקנת בית-המשפט של ערכאה ראשונה לעמוד. במידה והתשובה לכך שלילית, חובת ערכאת הערעור – משיקולים של צדק – להתערב במסקנה. במקרה דנן, שיקולי ההיגיון העולים למקרא גרסאותיה של המתלוננת, והצלבתם מול גרסת המערער, יחד עם כלל נסיבות האירוע והאירועים שהתרחשו לפניו ואחריו – מובילים למסקנה כי דעת הרוב כפי שנקבעה, אינה יכולה לעמוד. כך גם נקבע בעניין אפגאן (ע"פ 3579/04): "יש שערכאת הערעור תתערב בממצאי מהימנות וזאת במקום שבו נעשתה טעות הנובעת מהתעלמות מגורמים שהיה מקום לייחס להם משקל, כגון סתירות בעדויות, תמיהות הנותרות ללא מענה ונתונים בעלי משקל" – אשר הללו כולם יפים לענייננו.

--- סוף עמוד 2 ---

ביהמ"ש הוסיף כי התערבות זו אינה נובעת דווקא מהעובדה שבביהמ"ש קמא ניתנה חוות דעת המיעוט. שכן, אין בעובדה זו לכשעצמה בלבד בכדי להצדיק התערבות אוטומטית מעין זו. ברם, הן בשל הנימוקים לעיל, והן העובדה שגם בקרב שופטות הרוב הוצגו תיזות שונות להסברת סתירות בעדות המתלוננת – ביהמ"ש הגיע לכלל מסקנה כי יש לבחון מחדש, ואף להפוך את התרשמותה של הערכאה הדיונית מהמערער והמתלוננת בתיק זה.

קיום יחסי מין מותנה ברצונם החופשי של בני הזוג ובהסכמתם, אותה יש לבחון בכל שלב ושלב מהאקט המיני ולא רק בתחילתו. כפי שנאמר בעבר לגבי הדרך לבחון מקרה שעניינו "אונס שתחילתו ברצון": לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי המין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן הזוג באופן ברור. לפיכך עומדות בפנינו שתי

שאלות מרכזיות הנתונות להכרעה: (1) האם השתכללה הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים עם המערער? (2) האם הובעה אי הסכמתה של המתלוננת בשלב מאוחר יותר, ובאם התשובה לכך חיובית – האם הפסיק המערער ממעשיו כרצונה? בקשר לשאלות אלו, ביהמ"ש סבור, כי במעשיה ואופן התנהגותה של המתלוננת בערב האירוע, ובהינתן נתונים נוספים (מפורטים בפסה"ד), התשובה לשאלה הראשונה חיובית היא. היה למעשה מצג ברור כי פני המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים, כהמשך ישיר למגעים הראשוניים והמתקדמים בין השניים. באשר לשאלה השנייה, נראה כי כאשר הובעה אי הסכמה לראשונה (ויתכן שגם בפעם האחרונה) על ידי המתלוננת, כאשר צעקה לאחר שחדר אליה המערער למספר שניות – הייתה תגובתו של המערער נסיגה מיידית. כך שבמקרה דנן, לא היה זה "אונס שתחילתו ברצון", אלא קיום מגעים מיניים שמתחילתם ועד סופם ברצון היו (ולכל הפחות כך הוצגו בפני המערער).

בין היתר, ביהמ"ש מקבל את ההנחה המשפטית שעובדת היות בחורה בתולה יכולה לשמש אינדיקציה לאי רצונה להיבעל. ברם, מאחר ולא הוכח כי המערער אכן ידע טרם החדירה כי מדובר בבתולה, ולאור האירוע במושב הסמוך בו כבר קיימו השניים יחסי מין אוראליים, ביהמ"ש לא השתכנע כי המערער יכול היה לצפות קיום עובדה זו, חרף גילה הצעיר של המתלוננת. נוכח האמור, גם שימוש בנתון זה להוכחת מודעותו של המערער לאי הסכמתה האפשרית של המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים – אינו במקומו.

לעניין פער הגילאים בין המתלוננת למערער צוין כי פער שכזה יכול להעיד בסיטואציות מסוימות על פערי ניסיון וללמד על אפשרות לאי הסכמה. החובה לקבלת הסכמת הצד השני המוטלת ברגיל על צד ליחסי אישות, מתעצמת שבעתיים בהינתן פער גילאים שכזה, ובהיות המתלוננת קטינה והמערער איש עסקים מבוגר ובעל משפחה. ברם, סופו של יום עלינו לקבוע האם מעל המערער בחובה זו. לדעת ביהמ"ש הוצגה בפני המערער תמונה של הסכמה לקיום יחסי מין מלאים ברגע החדירה. תמונה זו הכילה בין גווניה הרבים אף את פער הגילאים החריג. אף כי מוטב היה ולא היו באים יחסים הרי סכנה אלו לעולם מלכתחילה, לא היה מקום למצות את הפגם המוסרי כשיקול לקביעה כי בוצע אינוס במקרה דנן.

לאור מסקנות אלו, יש לבחון מחדש את הרשעתו של המערער במעשה הסדום שארע מיד לאחר מכן, ואף בעניין זה, סבור ביהמ"ש כי אין מקום להרשיעו בכך. על אף ששופטות הערכאה הדיונית נחלקו כולן, באשר לפרשנות גרסאותיה (3 !) של המתלוננת לשאלה כיצד הגיע המערער לסיפוקו. דעת הרוב, דחתה את גרסתו של המערער שלאחר החדירה, הביאה אותו המתלוננת לסיפוק באמצעות ידיה, וקבעה כי המערער ביצע בה מין אוראלי בכפיה ולאחר מכן הגיע לסיפוקו. (שופטת המיעוט (השופטת ברנט) סברה כי מדובר בשלוש גרסאות סותרות, אשר אינן ניתנות ליישוב). בימ"ש זה סבור, כי ריבוי גרסאותיה של המתלוננת בנושא מהותי כגון דא, אינו מאפשר לזקקן לגרסה עובדתית אחת (כפי

--- סוף עמוד 3 ---

שקבעה השופטת אבידע), או שתי גרסאות אשר אינן פוגמות במהימנותה של המתלוננת (כפי שקבעה השופטת סלוטקי).

גרסאות המתלוננת השונות (בשני האישומים), הן בתוכנן, והן בנקודות שונות בהן הן מתנגשות אלו באלו, מעלות את הספק הסביר בדבר אשמתו של המערער. אמנם, עדות קרבנות עבירות מין אשר יש בה אי דיוקים או סתירות, עשויה להיות אמינה ועל ביהמ"ש לבור את המוץ מן התבן, וללקט ממנה את חלקי האמת אולם במקרה דנן, מאפילות סתירות אלו וכן אי הדיוקים שתוארו בפסה"ד, על כלל גרסתה של המתלוננת.

פסק-דין

-

השופט ס' ג'ובראן:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (תפ"ח 1184/07; כב' השופטות ר' אבידע, ח' סלוטקי ומ' ברנט), מיום 15.7.2009, במסגרתו הורשע המערער ברוב דעות באישומים שיוחסו לו.

כתב האישום

1. כנגד המערער הוגש כתב אישום אשר ייחס לו ביצוע עבירות של אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ומעשה סדום, עבירה לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין בנסיבות המנויות בסעיף 345 לחוק העונשין – כל זאת במהלך מגע מיני אשר קיים המערער עם מ.א, המתלוננת בתיק (להלן: המתלוננת).

2. על פי המפורט בכתב האישום, הכירה המתלוננת, ילידת שנת 1990, את המערער היכרות קודמת כאחד הבעלים של מועדון לילה באחד מישובי הדרום. בתאריך 15.12.2007, הגיעה המתלוננת לאותו מועדון בסביבות חצות הליל, ופגשה שם את חברתה נ.מ. מכתב האישום עולה, כי בסיום הבילוי לקח המערער את המתלוננת וחברתה ברכבו על מנת להסיען לביתן. משחששה המתלוננת לנסוע עם המערער בגפה, ביקשו השתיים מהמערער כי יסיע קודם את המתלוננת לביתה, ורק לאחר מכן את חברתה, אך האחרון סירב, הוריד את נ.מ והמשיך בנסיעה עם המתלוננת בלבד. המערער נסע למגרש חניה הממוקם בסמוך לביתו ועצר שם. או אז, כך על פי כתב האישום, ביקש המערער מהמתלוננת שתעבור למושב האחורי של רכבו,

--- סוף עמוד 4 ---

ומשעשתה כן, עבר גם הוא למושב האחורי. בשלב זה, ניסה המערער לפתוח את מעילה של המתלוננת ולהרים את חולצתה, ומשהתנגדה, אמר לה "בסדר שטויות, אל תדאגי". המערער נישק את המתלוננת והוריד את חולצתה בהסכמתה, אך כאשר ניסה להוריד את מכנסי הג'ינס שלבשה, התנגדה לכך, הזיזה את עצמה ואמרה לו לא להוריד את מכנסיה ותחתוניה. למרות זאת אמר לה המערער "יהיה בסדר" והמשיך להפשיטה. מכתב האישום עולה כי לאחר שהפשיט את המתלוננת ממכנסיה ותחתוניה עד ברכיה, למרות התנגדותה, הפשיל אף הוא את מכנסיו שלו. המתלוננת המשיכה להתנגד ואמרה לו שיעזוב אותה כי היא בתולה ותפסה בידו, אך המערער החזיק אותה בכוח והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה בכוח. במעשים אלו, כך נטען, גרם המערער למתלוננת כאבים עזים והיא החלה לצעוק שיעזוב אותה, אך הלה אמר

לה שתהיה בשקט שכן אשתו עלולה לשמוע אותה. המתלוננת החלה להתפרע ברכב, דחפה את המערער וביקשה שיעזוב אותה, ובתגובה, אמר לה המערער "למה את מבאסת אותי", תפס בראשה, הורידו לכיוון איבר מינו וביצע בה מעשה סדום עד שהגיע לסיפוק מיני. כל זאת, בשעה שהמתלוננת בוכה ומתנגדת לכך. לאחר מכן, נרדם המערער ברכב, ואילו המתלוננת התלבשה במהירות, ברחה מהמקום והתקשרה לחברתה נ.מ לעזרה. כל זאת – על פי כתב האישום (ולהלן: האירוע).

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. ביום 15.7.2009, לאחר שמיעת ראיות, הרשיע בית המשפט המחוזי בבאר שבע את המערער, ברוב דעות, בעבירות המיוחסות לו. כפי שיפורט להלן, סברו כב' השופטות אבידע וסלוטקי כי יש לתת אמון בעדות המתלוננת ולהרשיע את המערער, ואילו השופטת ברנט, סברה בדעת מיעוט, כי יש בסתירות שעלו מעדותה של המתלוננת בכדי לנטוע ספק סביר באשמתו של המערער. ביום 19.1.2010 נגזר עונשו של המערער ל-24 חודשי מאסר בפועל, 24 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, ופיצוי למתלוננת בסכום של 30 אלף ש"ח (יצוין כי אף בעניין זה נחלקו שופטות ההרכב, כאשר השופטת ברנט הציעה להטיל על המערער עונש של שישה חודשי מאסר בעבודות שירות, והשופטת סלוטקי סברה שיש להטיל עליו עונש של ארבע שנות מאסר בפועל. השופטת אבידע הציעה כי יוטל עונש של 24 חודשי מאסר בפועל, ובהתאם לסעיף 80(ג)(2) לחוק העונשין, נפסק כדעתה).

חוות דעת שופטות הרוב – ח' סלוטקי ור' אבידע

--- סוף עמוד 5 ---

4. בחוות דעתה הקדימה השופטת סלוטקי ועמדה על מספר נקודות שאינן שנויות במחלוקת במקרה דנן: ראשית, מוסכם כי המתלוננת עבדה לסירוגין, בהזדמנויות שונות במועדון שבבעלות המערער, במשך שנה, ובתקופה זו הכירו השניים, אולם לא נוצר ביניהם קשר בפועל. שנית, כשבוע לפני האירוע המפורט בכתב האישום, התבצע מגע מיני נוסף בין השניים. אז, לקח המערער את המתלוננת וחברתה נ.מ, קטינה אף היא, לדירה השייכת לו במושב סמוך. באותו אירוע, המתלוננת, חברתה והמערער שתו משקאות אלכוהוליים. לאחר מכן, קיימו המתלוננת והמערער מין אוראלי (להלן: האירוע במושב). עוד מוסכם כי המערער אכן לקח את המתלוננת וחברתה בערב האירוע ברכבו והוריד קודם את חברתה של המתלוננת מהרכב, ולאחר מכן המשיך למגרש החניה הסמוך לביתו. מוסכם גם כי המעבר לחלקו האחורי של הרכב והורדת פרטי הלבוש העליונים של המתלוננת נעשו בהסכמתה, תוך הסכמה להתנשק ולהתגפף עם המערער.

5. השופטת סלוטקי כאמור, נתנה אמון בגרסתה של המתלוננת על אף הסתירות הפנימיות שספק אם גלומות בה ועליהן עמדה. יחד עם זאת, קבעה השופטת סלוטקי כי אין לתת אמון בגרסת המערער. השופטת אבידע הכירה בסתירות בעדותה של המתלוננת, אולם לשיטתה אין בהן בכדי לפגום במהימנותה. בקביעות השופטת אבידע לא נקבעו ממצאים לזכות או לחובת מהימנות המערער.

השופטת סלוטקי התרשמה כי המתלוננת הנה "בחורה צעירה ותמימה" ואת עדותה יש לבחון אל מול עדותו של המערער, אשר "ניצל את גילה הצעיר, תמימותה, מערכת היחסים המינית הקודמת ביניהם והיראה שחשה כלפיו כמעביד שלה, כדי לבצע בה את המיוחס לו בכתב האישום". עוד ראתה השופטת לחובת המערער את עובדת פער הגילאים בין השניים: "כאשר בעת האירועים הנדונים הייתה המתלוננת כבת 17 וחמישה חודשים, נערה בתיכון, בתולה, בעוד הנאשם הוא איש בן 40 [כך במקור, אולם למעשה בעת ביצוע המעשים המיוחסים לו, היה המערער בן 38 – ס"ג], אב למשפחה, בעל עסק ובעל ניסיון חיים רב יותר. פער גילאים זה בין הנאשם לבין המתלוננת הוא עצום, למעלה מ-20 שנה". בנוסף, למרות שנקבע כאמור, שהאירוע המקדים במושב הסמוך היה בהסכמת המתלוננת – הטילה בכך השופטת סלוטקי ספק: "האירוע הקודם לא נכלל בכתב האישום וכאמור גם המתלוננת לא ראתה בו משום מעשה מיני שבוצע בלא הסכמתה, אך קשה לומר, בהינתן העובדה שהמתלוננת הייתה

--- סוף עמוד 6 ---

שתויה באותה עת, כי המעשה בוצע בהסכמתה החופשית שכן המתלוננת הייתה במצב "המונע ממנה לתת 'הסכמה חופשית'".

6. על פי השופטת סלוטקי, עיקר המחלוקת נעוץ בשאלה – האם המתלוננת הביעה את התנגדותה להורדת מכנסיה ולהחדרת איבר מינו של המערער לאיבר מינה? נקודות נוספות השנויות במחלוקת הן: האם המתלוננת אכן חששה לנסוע עם המערער בערב האירוע?; מהו העיתוי בו אמרה המתלוננת למערער כי היא בתולה בערב האירוע?; האם היה זה המערער שהוריד את מכנסיה של המתלוננת בכוח וללא הסכמתה?; האם כפה המערער על המתלוננת לבצע בו מין אוראלי לאחר שהוציא את איבר מינו מאיבר מינה וכיצד הגיע המערער לסיפוקו המיני?. ככלל, הסכימה השופטת אבידע עם מרבית קביעותיה וממצאיה של השופטת סלוטקי בשאלות אלו.

7. השופטת סלוטקי קיבלה את גרסת המתלוננת כי כבר מתחילת הערב חששה מהמערער, ודחתה את טענת ההגנה של המערער, על פיה התנהגותה והסכמתה לעבור למושב האחורי ולהתעלס עם המערער אינן עולות בקנה אחד עם חשש זה.

השופטת קיבלה את הסברה של המתלוננת לעניין זה: "...יכול להיות שהייתי אולי טיפשה...תמימה...הלכתי בלב כבד, אבל בכל זאת הייתי שם בידיעה ששום דבר מהסוג הזה לא הולך לקרות, שהוא לא ינסה לעשות שום דבר לא מרצוני". השופטת סלוטקי לא ייחסה בפסק דינה חשיבות לכך שהתנהגותה של המתלוננת באותו הערב, אינה מתיישבת עם חששו הצפוי של קרבן – כפי שקבעה דעת המיעוט.

8. על העדר הסכמתה החופשית של המתלוננת למדה השופטת סלוטקי הן מנסיבות המקרה והן מהתנהגות המתלוננת ודברים שנאמרו על ידה. כך למשל הפנתה השופטת לעדותה של המתלוננת:

> "הגעתי למצב שאני נמצאת בתנוחה עוברית לכיוון המושב, לכיוון אחורה של הרכב. לא הבנתי מה קורה, לא הבנתי באיזה מצב אני נמצאת, הוא פתאום התחיל להוריד לי את המכנסיים בכוח. אני לא הסכמתי לזה, אני לא הבנתי מה קורה, אני הייתי קודם כל בהלם, איך בכלל אתה מגיע למצב כזה. אני לא רציתי להגיע למצב של חדירה בכלל, בכלל. אני הייתי בתולה לפני כן, אין לי סיבה בעולם להיות עם בנאדם בן 40, בלי אמצעי מניעה, ולא הבנתי בדיוק מה קרה שם. הייתי בהלם. הוא הצליח איך שהוא להוריד לי את המכנסיים עד לברכיים, לא ראיתי מה הוא עשה שם לא הסתכלתי בכלל, לא
>
> --- סוף עמוד 7 ---
>
> ראיתי אותו, הוא היה מאחורי, הוא הוריד את המכנסיים שלי עד לברכיים, המכנסיים שלו כנראה הוא הוריד אותם באיזה שהוא שלב, לא ראיתי. לא הבנתי מה הוא מנסה לעשות, לא הבנתי מה קורה. הרגשתי שיד אחת מחזיקה אותי, וביד אחת הוא מחזיק את איבר המין שלו, אני ניסיתי להתחמק קצת, לא הסכמתי לזה כל כך, ניסיתי לזוז. אמרתי בשלבים האלה שאני לא רוצה, אני אפילו ניסיתי להחזיק לו את היד, הוא חזק אז לא כל כך הצלחתי. הוא ניסה להכניס את איבר המין שלו באותו זמן, לא ידעתי לאן. בהתחלה חשבתי שזה היה לפי הטבעת, ואז ניסיתי להתנגד, וזה לא קרה שם, אמרתי, בשלבים האלה עדיין האמנתי שהולך לקרות משהו. לא ידעתי שמשהו, שהוא מנסה בכלל להחדיר את איבר המין שלו לתוך איבר המין שלי. אני ניסיתי להתנגד אמרתי לא די אני בתולה, לא לא לא. הוא המשיך ל[התחכך] בי באיבר המין שלי, עוד לא סיימתי את המשפט הבנאדם נכנס, הספיק להכנס, זה כאב לי, כאב לי מאוד, הייתי בתולה לפני כן, לא רציתי להגיע למצב כזה בחיים" (עדות המתלוננת מיום 4.5.2008, עמ' 6).

9. ביטוי נוסף לחוסר הסכמתה של המתלוננת להיבעל, ולשימוש בכוח שעשה המערער במהלך האירוע, מצאה השופטת סלוטקי, במכתב שכתבה המתלוננת

ושהוצג בבית המשפט כמוצג ת/1 (להלן: ת/1). מכתב זה אשר נכתב "למגירה", ועליו תאריך המאוחר ביומיים לאירוע, נמצא על ידי אמה של המתלוננת, ובעקבותיו נודע לה על שהתרחש. השופטת סלוטקי, השתמשה בתוכן מכתב זה כתימוכין לדברי המתלוננת, וראתה בו כמעין "יומן", אשר מהווה תיעוד למה שהתחולל בנפשה של המתלוננת להעדר הסכמתה, לשימוש בכוח שנעשה כנגדה וכתחליף לתיעוד מפי אדם אחר.

10. לדעת השופטת סלוטקי, המערער לא יכול היה להניח שהמתלוננת מסכימה לקיום יחסי מין מלאים, בשל כך שהסכימה להתערטל בחלק גופה העליון ולהתעלס עמו והיה עליו לבדוק את הסכמתה לקיום יחסי מין מלאים באופן מפורש (וכך לא נעשה אף לשיטת המערער). זאת, בנסיבות פער הגילאים ביניהם ובנסיבות בהן נמצא המערער מאחורי המתלוננת. השופטת סלוטקי דחתה את טענת ההגנה כי ניתן ללמוד שהחדירה נעשתה בהסכמה מאחר והמערער, מיד לאחר ההחדרה הוציא את איבר מינו למשמע צעקת המתלוננת. לשיטתה, אין באמור כדי ללמוד על העדר יסוד נפשי לעבירת אינוס, שכן על פי גרסת המתלוננת, מיד לאחר מכן המערער כפה עליה לבצע בו מין אוראלי. גם השופטת אבידע סברה כי מכך שהמערער יצא מגופה של המתלוננת אין ללמוד כי סבר קודם לכן שהיא מסכימה לקיום יחסי המין וקבעה כי המערער "...חשש שצעקות המתלוננת יעירו את אשתו, וחשש זה, יחד עם העובדה שייתכן

--- סוף עמוד 8 ---

שזעקתה פתחה את עיניו, וכבר לא יכול היה להתעלם מהתנגדותה, הם שהביאו לכך שהנאשם חדל ממעשה הבעילה" (עמ' 50 לפסק הדין).

11. באשר לשאלה מי היה זה שהוריד את מכנסי המתלוננת, קבעה השופטת סלוטקי כי היה זה המערער שעשה זאת. השופטת הסתמכה בעניין זה על סתירה בעדותו של המערער, אשר בחקירתו הראשית אמר כי "...היא הורידה את הסוודר ואת החזיה שלה וגם את המכנסיים היא הורידה עד הברכיים וגם את התחתונים הורידה עד הברכיים". ברם בהמשך, בחקירתו הנגדית העיד המערער ביחס לשאלה האם המתלוננת הביעה את התנגדותה: "היא לא אמרה לי שהיא לא רוצה כשהורדתי לה המכנסיים". גם בהמשך פסק-דינה ייחסה השופטת סלוטקי חשיבות רבה לסתירה זו בדברי המערער.

12. באשר לעיתוי בו אמרה המתלוננת למערער כי היא בתולה בערב האירוע, עמדה השופטת סלוטקי על שוני בגרסאות שמסרה המתלוננת לעניין זה. המתלוננת סיפרה לרופא שבדק אותה כי אמרה למערער שהיא בתולה רק לאחר שהוציא את

איבר מינו מאיבר מינה, בשל צעקתה בזמן ההחדרה. בעדותה, אמרה המתלוננת כי אמרה זאת במהלך ההחדרה, ובחקירתה הנגדית אמרה כי "יכול להיות שלרופא אמרתי בטעות אחרי, כי הייתי לחוצה, קורה, אך אני זוכרת שאמרתי לפני, עכשיו" (פרוטוקול מיום 4.5.2008, עמ' 57). השופטת סלוטקי לא ייחסה לשוני זה בגרסאות משקל רב, ולמעשה נקבע כי לא מן הנמנע שהמתלוננת החלה להגיד שהיא בתולה תוך כדי החדירה, אך טרם שהשלימה את המשפט כבר בוצעה החדירה – זאת כפי שהעיד המערער.

13. המערער טען כי לאחר החדירה, הביאה אותו המתלוננת לסיפוק באמצעות ידיה. השופטת סלוטקי דחתה גרסה זו, ועל אף אי האחידות בגרסאותיה של המתלוננת בנקודה זו, כפי שיובאו בהמשך – קבעה כי המערער ביצע במתלוננת מין אוראלי בכפיה ולאחר מכן הגיע לסיפוקו. לטעמה, השוני בגרסאותיה מוביל לכל היותר לשתי גרסאות הניתנות ליישוב, ובכל מקרה לא נראה סביר שהמתלוננת המציאה את קיום המין האוראלי, בו המערער אינו מודה. השופטת אבידע אף הרחיקה וקבעה כי גרסתה של המתלוננת מהימנה וכי "...מדובר באותה גרסה, אלא שלא בכל פעם המתלוננת סיפרה את כולה מתחילתה ועד סופה" (עמ' 67 לפסק הדין).

חוות דעת המיעוט – השופטת מ' ברנט

--- סוף עמוד 9 ---

14. השופטת ברנט, בדעת מיעוט, קבעה כי יש לזכות את המערער מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום, הואיל והמשיבה לא הרימה את הנטל המוטל עליה ולא הוכיחה מעבר לספק סביר את עובדות כתב האישום. לשיטתה, בגרסאותיה של המתלוננת סתירות רבות ומהותיות, אשר אינן מאפשרות לקבוע ממצאים מרשיעים לחובת המערער.

15. השופטת ברנט הפנתה לדברי המתלוננת שעה שעומתה עם סתירה בגרסאותיה לגבי מי נכנסה להביא את תיקה מרכבו של המערער לאחר האירוע – האם הייתה זו חברתה, או שמא היא בעצמה. בתשובה לכך ענתה המתלוננת תשובה מחשידה: "כנראה אמרתי כמה דברים שאולי לא קרו באותו רגע, או דברים קצת שונים". בנוסף, עצם התנהגותה של המתלוננת באותו ערב אינו מתיישב עם חששה הנטען מן המערער: לכאורה המתלוננת חששה מן המערער שמא יעשה לה משהו בניגוד לרצונה והנה, לאחר שהמערער לקח את נ.מ לביתה, הציעה האחרונה למתלוננת "פתח מילוט" והציעה לה לבוא לישון אצלה, סירבה לכך המתלוננת, המשיכה עם המערער בנסיעה והתפשטה והתעלסה עמו מרצונה (כאן המקום לציין כי נ.מ לא הספיקה להעיד במשפט עקב מותה המצער בתאונת דרכים).

16. סתירה נוספת בעדות המתלוננת עליה עמדה, בין היתר, השופטת ברנט, הנה תיאור המתלוננת את הניסיונות ליצירת קשר טלפוני מטעמה של נ.מ חברתה עמה במהלך האירוע. תחילה אמרה המתלוננת כי שמעה את השיחות הנכנסות בטלפון הנייד שלה, ומיד לאחר מכן אמרה כי הטלפון הנייד שלה לא היה לידה והיא לא שמעה את הצלצולים. בהמשך טענה כי שמעה את הצלצול אך לא יכלה לענות. בגרסה נוספת שמסרה אמרה כי "יכול להיות שגם שהתאפשר לי לא עניתי". לאחותה סיפרה המתלוננת כי המערער מנע ממנה לענות. המתלוננת הסבירה שאמרה זאת מכיוון שכבר אמרה לאחותה שכל האינטראקציה בין השניים נעשתה כבר מתחילתה בכוח (באשר לנקודה זו הודתה המתלוננת כי שיקרה לאחותה ולפיכך טענה זו התבררה כלא נכונה).

17. באשר לאירוע מעשה הסדום המאוחר לחדירה, קבעה השופטת ברנט כי בפי המתלוננת היו שלוש גרסאות שונות לקרות הדברים: האחת, שהמערער כפה עליה מין אוראלי ואחר כך אונן והגיע לסיפוק מיני. השנייה, שהמערער הגיע לסיפוק מיני רק ממין אוראלי. השלישית, שמיד לאחר החדירה, הוציא המערער את איבר מינו והביא עצמו לסיפוק מיני. ריבוי הגרסאות במקרה זה, אשר אינן מתיישבות זו עם זו, כך על פי השופטת ברנט – ראוי שיעמוד לחובת המאשימה ויפעל לזכות המערער. השופטת

--- סוף עמוד 10 ---

עמדה על כך שגם באשר לטענת הכפייה של המין האוראלי מסרה המתלוננת מספר גרסאות – החל מכפיה מלאה, עובר בכפיה התחלתית וכלה בביצוע ללא כפיה כלל. מבין גרסאות אלו העדיפה השופטת ברנט את הגרסה האחרונה, שכן לטעמה, המערער לא כפה מגע זה על המתלוננת בשום שלב.

18. בהתייחסה למכתב שכתבה המתלוננת, ת/1, ציינה השופטת ברנט, כי עולה ממנו יחסה של המתלוננת לאבדן בתוליה, והטינה החזקה שהיא חשה כלפי המערער, עד כדי כך שהיא שואפת למותו ושמה לה למטרה לנקום בו ולהרוס את חייו. השופטת הדגישה כי במכתב לא מצוין כי המתלוננת אמרה למערער "לא", והיא אינה מתארת כל התנגדות מצידה.

19. השופטת ברנט לא השתכנעה כי הורדת מכנסיה של המתלוננת וכן החדרת איבר מינו נעשו ללא הסכמתה. המתלוננת טענה כי המערער הוריד את מכנסיה תוך שימוש בכוח וללא הסכמתה תוך התנגדותה הפיזית והמילולית, אך בעדותה טענה כי המערער לא נקט באלימות כלשהי כלפיה, ולא ידעה לציין כיצד הורדו מכנסיה בפועל, בהינתן תנוחת השניים והמרווח הצר במושב האחורי. כן עלה מדבריה כי

החלה להתפרע ברכב רק לאחר החדירה וכי לא צעקה עד אז. בעימות בין השניים בנושא, אמר המערער למתלוננת כי אם הדבר היה נעשה בכוח, אזי הוא היה תופס אותה בכוח, והייתה צריכה להיות התנגדות או צעקות. על כך ענתה המתלוננת, כי המערער לא יכול היה להרשות לעצמו התנהגות כזו מאחר ו"זה היה במקום מותר". השופטת למדה כי מהוצאת איבר מינו של המערער מאיבר מינה של המתלוננת עקב צעקתה, עולה כי המערער היה קשוב לה ולא רצה לגרום לה כאב נוסף, בשעה שיכול היה להשלים לכאורה את זממו. השופטת הצביעה על מספר תמיהות נוספות בעניין: מדוע בחר המערער במקום הסמוך לביתו ובתי מגורים אחרים למימוש תוכניתו? מדוע עברה המתלוננת למושב האחורי ופשטה את בגדיה העליונים שעה שחששה שינסה לעשות לה משהו, ולאחר שטענה שכל שהסכימה לו היה רק שינשק אותה? וכיצד הצליח המערער להפשיטה ממכנסי הג'ינס שלה ללא הסכמתה ברכב קטן, בעודה שוכבת בתנוחה עוברית כשגבה מופנה אל המושבים הקדמיים?. השופטת אף הביאה קטע מעדותה של המתלוננת מיום 4.5.2008, בו היא ציינה כי "לא הסכמתי לזה כל כך" (עמ' 6 לפרוטוקול), ולא שלא הסכימה כלל.

20. כהסבר להאשמותיה של המתלוננת, ניתחה השופטת ברנט את המניע שהוביל אותה לעשות כן. לשיטתה, נטרה המתלוננת טינה למערער, אשר נבעה מאובדן בתוליה

--- סוף עמוד 11 ---

לאדם נשוי שלא התעניין בה לאחר מכן, ולא בשל מקרה אונס. יתכן גם שהמתלוננת פירשה את הכאב שחשה בזמן החדירה ואת הדימום כאקט של כפיה. המתלוננת הסבירה כי הגורם שהובילה להגשת התלונה במשטרה היה בסופו של דבר סרט בו צפתה ובו הוצגה "בחורה עושה אהבה מרצון והבנתי שזה נלקח ממני והבנתי מה שקרה לי והחלטתי להגיע למשטרה" (הודעת המתלוננת מיום 23.12.2007). על פי השופטת ברנט, גרסה זו לא יכולה לעמוד בגרסת המציאות, שכן על פי עדותה של המתלוננת עצמה, היא הבינה את שקרה לה עוד ביום האירוע. על כן, מדובר בגרסה מאולצת אשר נבעה מאכזבתה של המתלוננת מהתנהגות המערער כלפיה לאחר האירוע.

21. נוסף על המפורט כאן, התייחסה השופטת ברנט, בין היתר גם לסתירות שעלו בגרסאות המתלוננת ולאי ההתאמות באשר לחוות הדעת הרפואית בעניינה; מפגשיה של המתלוננת עם המערער לאחר האירוע במועדון שלו; שינוי גרסתה באשר לניסיון החדרת איבר המין של המערער לפי הטבעת שלה; צעקותיה במהלך האירוע; מכתב שכתבה המתלוננת לבית המשפט ביום 30.1.2008 וזהות מי שכתב אותו בפועל;

והקשר של המתלוננת עם אחד החוקרים בתיק, יהושע צפוני, אשר אפשר לה לעיין בחוות הדעת הרפואית שלה וניהל עם המתלוננת קשר שלא זכה לתיעוד כלשהו בכתובים.

22. לסיכום נקבע בדעת המיעוט כי מדובר במתלוננת שאינה תמימה כלל ועיקר. האחרונה ידעה כי מדובר בגבר נשוי, המבוגר ממנה, וחרף האמור הסכימה לבצע בו מין אוראלי בנוכחות חברתה במהלך האירוע במושב הסמוך. הסתירות בעדותה ובאמרותיה של המתלוננת פגמו משמעותית בהערכת מהימנות עדותה, ועל כן אין בהן בכדי להוכיח את אשמת המערער. אדרבא, השופטת ברנט קבעה כי גרסתו של המערער הייתה אחידה ועקבית, ומכלל עדותו יש ללמד כי לא היה בכוונתו לבצע במתלוננת דבר בניגוד להסכמתה.

מכאן הערעור שבפנינו.

הערעור

טענות המערער

23. המערער טוען כי שגתה דעת הרוב כאשר הרשיעה אותו במיוחס לו, ונסמך על חוות דעת המיעוט ועל טיעוניו כפי שנשמעו בפני הערכאה הדיונית. בערעורו כאן, לא

--- סוף עמוד 12 ---

משיג המערער על הכלל כי קביעת ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות מסורה לערכאה הדיונית, אולם טוען שהמקרה דנן הינו חריג לכלל זה. לטענתו, הפערים בין דעת המיעוט לבין דעת הרוב, ואף בתוך דעת הרוב עצמה באשר למהימנות המתלוננת והמערער – מחייבים את התערבותה של ערכאה זו. לטענת המערער, יש לבחון שוב את הסתירות בגרסת המתלוננת, ולהכריע שוב האם הן אכן קלות ערך כפי שנקבע בדעת הרוב בבית המשפט קמא, או שמא יש בהן בכדי לקעקע את אמינות המתלוננת.

24. המערער טוען, בין היתר, כי שגתה השופטת סלוטקי שקבעה, בקשר לאירוע במושב הסמוך ש"קשה לומר... כי המעשה בוצע בהסכמתה החופשית" – וייחסה את האירוע לחובתו. שכן, לא יוחסה למערער כל עבירה באשר למגע מיני זה, ולא הוכח ולא נטען כי המתלוננת הייתה שתויה עד כדי חוסר יכולת למתן הסכמה חופשית. המערער משיג גם על כך שפער הגילאים בין השניים שימש לחובתו. לטעמו, אמנם יש פגם מוסרי בקיום מגע מיני בפער גילאים כה גדול, אולם החוק לא אוסר על כך, ופגם זה מתעמעם לאור התנהגותה של המתלוננת עצמה באירוע במושב הסמוך, ובתחילת האירוע נשוא כתב האישום, ובכך נשללת למעשה טענת תמימותה של המתלוננת. עוד נטען, כי אין לייחס לרעת המערער את היות המתלוננת בתולה בעת

האירוע, שעה שמוסכם על כלל שופטות ההרכב, שעד החדירה כלל לא ציינה המתלוננת באוזני המערער עובדה זו. המערער טוען עוד כי שגו שופטות הרוב משייחסו משקל מכריע לטענת המתלוננת כי המערער היה המעביד שלה וניצל את מעמדו כלפיה. לטענתו, אף לגרסתה, המתלוננת עבדה במועדון פעמים ספורות ולעיתים רחוקות בלבד, ולא היה בכך בכדי לשוות לאירוע אופי שלילי של מגע מיני תחת יחסי עובד-מעביד.

25. המערער טוען כי שגה בית המשפט קמא, בכך שחוות דעת הרוב נעדרת התייחסות לעובדת הסכמת המתלוננת להסרת הבגדים מפלג גופה העליון ולהתגפפות עם המערער, כאבן בוחן למהימנותה של המתלוננת וכממצא הפועל לטובת המערער בשאלה האם יכול היה לצפות את אי הסכמת המתלוננת לקיום יחסי מין עמו, אם הייתה כזו. המערער קובל גם על ממצאי בית המשפט באשר להורדת מכנסיה של המתלוננת והסתירה בדברי המערער עליה עמדה חוות דעת הרוב.לטענתו, גרסת המתלוננת בעניין זה אינה ברורה – זאת מאחר שלא ידעה לפרט כיצד בדיוק הופשלו מכנסיה, וישנו ספק ממשי האם מכנסיה הורדו ממנה בכוח והאם הביעה התנגדות מילולית או פיזית להורדתם. גרסת המערער לנושא זה אמנם כללה אמירה סתומה ובודדת בה טען בהקשר אחר כי הוא היה זה שהוריד את מכנסיה, אולם לטענת בא כוח המערער, גם אם אכן כך היה, הרי שהשאלה המהותית היא האם אכן הביעה המתלוננת את התנגדותה לכך.

--- סוף עמוד 13 ---

26. המערער הוסיף כי היה על בית המשפט לייחס משקל מקסימאלי לכך שהוציא את איבר מינו מאיבר מינה של המתלוננת מיד, ובהתחשב בצעקתה. לטענתו, דבר זה מלמד על כך שהיה נעדר יסוד נפשי של בעילת המתלוננת ללא הסכמתה וכי היה קשוב לה ולא חפץ לגרום לה אי נוחות או כאב או עצם עיניים לכך. בנוסף, המערער חוזר ועומד על כך שהתלונה שהגישה המתלוננת נבעה מטינה שרחשה כלפיו ולא בשל מעשה אונס שבוצע בה. לפי המערער יש לפרש גם את המכתב ת/1 בהקשר זה ולא במנותק משאר הראיות, כפי שלטענתו נעשה בדעת הרוב. המערער מציין עוד כי אין מחלוקת שלאחר האירוע, סיפרה המתלוננת אודותיו לחברתה נ.מ, לאחותה, לשני ידידים ולאמה (שנחשפה לסיפורה דרך המכתב ת/1 שמצאה). עוד אין מחלוקת שהמתלוננת שיקרה לכל אלו וסיפרה להם שהאירוע מתחילתו ועד תומו היה בכפייה. המערער עומד על כך, כי אין מדובר רק באי דיוקים המתמצים בהחסרה של פרטים אלא אף בהוספת שקרים שלא היו מעולם. לפיכך טוען המערער, היה צריך בית המשפט קמא ללמוד על חוסר מהימנותה ויכולתה לבדות פרטים יש מאין.

27. המערער מצביע על המפגשים שנערכו בין השניים לאחר האירוע, ועל השיחות ביניהם (ובכלל אלו השיחות היזומות בפיקוח משטרתי שערכה המתלוננת אליו), אשר מהם עולה לדעתו פער עמוק בין טענות המתלוננת כי חששה ממנו, לבין התנהגותה בפועל בקרבתו. הדברים שנאמרו בין השניים, לטענת המערער, מלמדים על העדר תחושת אשמה אובייקטיבית שלו ועל העדר כל מודעות שלו בדבר חוסר הסכמה מצד המתלוננת בזמן האירוע. המערער טוען כי שגתה השופטת סלוטקי משלא יחסה חשיבות לדבריו בשיחות היזומות, שהוקלטו ללא ידיעתו ואשר תומכות בגרסתו, זאת מאחר ולשיטתה ניתן היה להסביר את דבריו בכך שהמערער ידע כבר למחרת האירוע מפי נ.מ על טענות המתלוננת כנגדו.

28. ועוד – המערער טוען כי שגה בית המשפט קמא בחוות דעת הרוב, בקביעתו שאין בחוות הדעת הרפואית של בדיקת המתלוננת בכדי לפגום במהימנותה. חוות דעת זו (שסימנה ולהלן: ת/4), הוגשה בהסכמה, ועיקריה תוצאות בדיקה שנערכה למתלוננת שמונה ימים לאחר קרות האירוע. על פי חוות הדעת נמצאה חבלה בת "כיום יומיים" באיבר המין של המתלוננת, באופן שיכול להצביע גם על "ניגוב כוחני עצמי". המתלוננת הכחישה כל דרך בה יכולה להיגרם לה החבלה כמתואר, יומיים טרם הבדיקה. בא כוח המערער טוען כי המתלוננת גרמה חבלה לעצמה, במתכוון, על מנת לחזק את גרסתה. בא כוח המערער מוסיף כי יש לראות בחומרה את העובדה שרכז

--- סוף עמוד 14 ---

החקירות, החוקר יהושע צפוני, זימן את המתלוננת למשרדו, לאחר שהסתיימה החקירה וכבר הוגש כתב אישום, ונתן בידיה את חוות הדעת לעיונה וכל זאת מבלי לתעד את המפגש. עוד קובל המערער על כך ששופטות הרוב לא נתנו משקל מספק לחומרה שבהתנהלותו של צפוני, שעה שניהל עם המתלוננת קשר טלפוני ופרונטאלי ארוך טווח, שעסק ברובו בנושא החקירה, ללא שום תיעוד מצידו. לטענתו, התנהגותו של צפוני יצרה חסר ראייתי עצום ואולי אף הכין את המתלוננת לעדותה בבית המשפט, ועל כך יש לתת את הדעת.

טענות המשיבה

29. על פי המשיבה דין הערעור להדחות. בנימוקיה, בין היתר, סומכת המשיבה את ידה על פסק דינן של שופטות הרוב בבית המשפט המחוזי. לטענת המשיבה קבעו שופטות הרוב ממצאי מהימנות ברורים על סמך התרשמותן מהמתלוננת ומהמערער, וזאת חרף מודעותן לסתירות בעדות המתלוננת כפי שנפרשו בחוות דעת המיעוט של השופטת ברנט. על פי המשיבה, גם השופטת ברנט לא התרשמה לשלילה מאופן מתן

עדותה של המתלוננת, אלא מסתירות שונות שנתגלו בה, ואשר ניתן להן מענה בחוות דעת הרוב. המשיבה טוענת עוד, כי שגתה שופטת המיעוט משלא נתנה דעתה לסתירה בעדות המערער באשר לטענתו שלא הוא היה זה שהוריד את מכנסי המתלוננת – ועל כן קבעה בטעות כי עדותו עקבית ואחידה. באשר להסכמת המתלוננת לקיום יחסי מין, טוענת המשיבה כי בהתחשב במכלול נסיבות העניין אין לקבל טענה של טעות כנה בעובדה מצד המערער, כאילו חשב שהמתלוננת נתנה את הסכמתה לבעילה וגינאלית על ידו.

30. המשיבה טוענת כי אין באירוע שהתרחש במושב הסמוך כשבוע טרם האירוע נשוא כתב האישום, לשנות את האופי השטחי ביחסי המערער והמתלוננת. לטענתה, באותו אירוע המתלוננת סירבה לקיום יחסי מין מלאים. המערער אמנם טען כי המתלוננת נימקה זאת בהיותה במחזור, ולא בכך שהייתה בתולה, אך אין זה משנה את העובדה שסירבה לקיים עמו יחסי מין מלאים. המשיבה טוענת כי קיים פער רב בין קיום יחסי מין מלאים למגעים מיניים אחרים, הבא לידי ביטוי ביתר שאת כשמדובר בקטינה, בגיל ההתבגרות.

31. המשיבה שבה ומפנה לקביעת שופטות הרוב כי המתלוננת הביעה את אי הסכמתה להיבעל על ידו ולהתערטל בחלק גופה התחתון. המשיבה טוענת, כי בניגוד לטענת המערער, לא התעלמו שופטות הרוב מנסיגת המערער מגופה של המתלוננת מיד

--- סוף עמוד 15 ---

לאחר שצעקה. לשיטת המשיבה השתמשו שופטות הרוב בעובדה זו לא כדי להסיק שהמערער סבר כי המתלוננת הסכימה למעשיו עד אותו שלב, אלא למדו ממנה כי באותו שלב המערער הבין שרמת ההתנגדות של המתלוננת השתנתה ונעשתה חריפה וחדה יותר, ואין הוא יכול להתעלם ממנה עוד. המשיבה מדגישה כי אין מקום לטענתו של המערער כי לא ביצע כלל מעשה סדום במתלוננת ולהרחקתו מאירוע זה.

32. המשיבה טוענת כי לא ניתן להסיק את אי אשמתו של המערער מהשיחות היזומות שערכה עמו המתלוננת בנוכחות משטרתית. ראשית, אף אם לא הודה המערער במהלך השיחות בביצוע המעשים, קשה לקבוע כי ניתן ללמוד מהן על תחושת חוסר אשם ובכל מקרה לא ניתן ללמוד מהן על הסכמת המתלוננת לבעילתה. המשיבה מדגישה כי עבירת האינוס אינה מותנית בהכרח בהפעלת כוח ואף לא בהתנגדותה של האישה, אלא בכך שהמעשה נעשה "שלא בהסכמתה החופשית".

33. לעניין המניע להגשת התלונה על ידי המתלוננת, טוענת המשיבה, כי אכן אין ספק שאבדן בתוליה חרה לה מאוד, אך שופטות הרוב היו מודעות לכך בטרם

החלטתן. באשר לטענת המערער כי אין מקום לטענת המתלוננת כי פחדה ממנו וכי התנהגותה אינה מאפיינת חשש זה, טוענת המשיבה כי עניין זה אינו מצוי בליבת האירוע וחשיבותו מוגבלת. בכל מקרה, כך המשיבה, שופטות הרוב התייחסו גם לעניין זה בפסק דינן ובמסגרת הערכת המהימנות של המתלוננת. בנוגע לטענת המערער לעניין אי תיעוד הקשר שבין החוקר צפוני לבין המתלוננת, סבורה המשיבה כי אכן ראוי שהדברים יתועדו, אך לא היה בכך להשליך על השאלות שעמדו להכרעת בית המשפט קמא ואשמת המערער.

דיון והכרעה

34. לאחר שעיינתי בפסיקת בית המשפט קמא, בראיות השונות ובטיעוני הצדדים – השתכנעתי כי יש לקבל את הערעור ולזכות את המערער מחמת הספק מהמיוחס לו בכתב האישום מחמת הספק. כפי שיובהר להלן, דעתי היא כי יש בסתירות הרבות והמהותיות בעדות המתלוננת בכדי להטיל ספק סביר באשמתו של המערער עד כדי זיכויו.

35. אמנם כלל נקוט הוא בידי בית משפט זה, כי אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בקביעותיה של הערכאה הראשונה אשר שמעה את העדויות, התרשמה מהן ומחומר הראיות ובחנה את המכלול באופן בלתי אמצעי (ראו: ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה

--- סוף עמוד 16 ---

(2) 918, 924 (2001); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4), 632 (2000) (להלן: עניין יומטוביאן)). ברם, כלל אי ההתערבות אינו כלל בל-יעבור. כך נקבע, כי במקרים חריגים יש שערכאת הערעור תתערב בממצאי מהימנות:

> "כלל אי־ההתערבות אינו כלל הרמטי. השאלה ששופט בית־משפט שלערעור צריך להציג לעצמו היא מהו המשקל שיש ליחס לשיקולי ההתרשמות של הערכאה הראשונה, וכרגיל שיקולים אלה עשויים להיות מכריעים. אך לעתים נדירות שזורים ממצאי העובדה של הערכאה הראשונה לא רק בשיקולי התרשמות אלא גם בשיקולים שבהיגיון. במקרה זה שומה על שופט בית־המשפט שלערעור להציג לעצמו את השאלה, אם לפי שיקולים של היגיון ולמרות שיקולי ההתרשמות של הערכאה הראשונה יכולה מסקנת בית־המשפט של ערכאה ראשונה לעמוד; אם תשובתה של ערכאת הערעור לשאלה זו היא שלילית, חובתה – משיקולים של צדק – להתערב במסקנה. כמו במקרים אחרים גם כאן השאלה היא שאלה של איזון בין מימצאים של התרשמות לבין מימצאים של היגיון" (עניין יומטוביאן, בעמ' 640).

לדידי נראה, כי שיקולי ההיגיון העולים למקרא גרסאותיה של המתלוננת, והצלבתם מול גרסת המערער, יחד עם כלל נסיבות האירוע והאירועים שהתרחשו לפניו ואחריו – מובילים למסקנה כי דעת הרוב כפי שנקבעה, אינה יכולה לעמוד. כך גם נקבע בע"פ 3579/04 אפגאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו], 27.12.2004): "יש שערכאת הערעור תתערב בממצאי מהימנות וזאת במקום שבו נעשתה טעות הנובעת מהתעלמות מגורמים שהיה מקום לייחס להם משקל, כגון סתירות בעדויות, תמיהות הנותרות ללא מענה ונתונים בעלי משקל" – אשר הללו כולם יפים לענייננו. לעניין זה אוסיף עוד, כי התערבות זו אינה נובעת דווקא מהעובדה שבבית המשפט קמא ניתנה חוות דעת המיעוט של השופטת ברנט. שכן, אין בעובדה זו לכשעצמה בלבד בכדי להצדיק התערבות אוטומטית מעין זו. ברם, הן בשל הנימוקים לעיל, והן העובדה שגם בקרב שופטות הרוב הוצגו תיזות שונות להסברת סתירות בעדות המתלוננת – הגעתי לכלל מסקנה כי יש לבחון מחדש, ואף להפוך את התרשמותה של הערכאה הדיונית מהמערער והמתלוננת בתיק זה (והשוו: ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב (פורסם בנבו], 13.9.2005)).יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט א' רובינשטיין, כפי שנאמרו בע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו], 31.5.2007):

--- סוף עמוד 17 ---

> "במה נשתנה תיק זה מאחרים, שהוכרעו על סמך אמון במהימנות המתלוננת? בשניים הכרוכים זה בזה: ראשית – בעצם קיומה של דעת מיעוט בבית המשפט הדיוני, דבר המזמין, מטבעו, משנה עיון. ושנית, ברקעה של המתלוננת, שהיה במידה רבה היסוד לדעת המיעוט... השאלה היא איפוא האם אמרה המתלוננת אמת 'אובייקטיבית', אמת עובדתית כהוויתה, או את האמת שלה, דברים שהאמינה בהם כשלעצמה, סובייקטיבית, אך הרקע האמור מביא להטלת ספק, המצטרף להיעדר חיזוקים אובייקטיביים לגירסה. כל אלה הופכים מקרה זה לשונה מן המקרה ה'רגיל', שאף הוא כמעט תדיר אינו פשוט כשלעצמו, באשר לערכאת הערעור בקיימה ביקורת שיפוטית על הכרעת בית המשפט הדיוני" (שם, בפסקה ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

36. קיום יחסי מין מותנה ברצונם החופשי של בני הזוג ובהסכמתם, אותה יש לבחון בכל שלב ושלב מהאקט המיני ולא רק בתחילתו. בעבר, כבר עמדתי על הדרך לבחון מקרה שעניינו "אונס שתחילתו ברצון": לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי המין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן הזוג באופן ברור (ראו: ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם

בנבו], 7.2.2007) (להלן: עניין פלוני)). לפיכך עומדות בפנינו שתי שאלות מרכזיות הנתונות להכרעה: (1) האם השתכללה הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים עם המערער? (2) האם הובעה אי הסכמתה של המתלוננת בשלב מאוחר יותר, ובאם התשובה לכך חיובית – האם הפסיק המערער ממעשיו כרצונה?. לדעתי, במעשיה ואופן התנהגותה של המתלוננת בערב האירוע, ובהינתן נתונים נוספים שיובאו להלן, התשובה לשאלה הראשונה חיובית היא. מקובל עלי שהסכמת המתלוננת לא הייתה פרי דמיונו הקודח של המערער או טעות שלו בהבנת מצב הדברים, והייתה למעשה מצג ברור כי פני המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים, כהמשך ישיר למגעים הראשוניים והמתקדמים בין השניים. באשר לשאלה השנייה, נראה כי כאשר הובעה אי הסכמה לראשונה (ויתכן שגם בפעם האחרונה) על ידי המתלוננת, כאשר צעקה לאחר שחדר אליה המערער למספר שניות – הייתה תגובתו של המערער נסיגה מיידית. כך שבמקרה דנן, לא היה זה "אונס שתחילתו ברצון", אלא קיום מגעים מיניים שמתחילתם ועד סופם ברצון היו (ולכל הפחות כך הוצגו בפני המערער). לאור מסקנותיי אלו, יש לבחון מחדש את הרשעתו של המערער במעשה הסדום שארע מיד לאחר מכן, ואף בעניין זה, דעתי היא כי אין מקום להרשיעו בכך, והכל כפי שיפורט להלן.

--- סוף עמוד 18 ---

הממצאים החיצוניים לאירוע שיוחסו לחובת המערער ונפקותם

37. היות המערער מעבידה של המתלוננת – כאמור, השופטת סלוטקי ייחסה משקל כבד לעובדה שהמערער לא הסס לנצל את מעמדו כלפי המתלוננת. ברם, הגם שצריך מעביד להיזהר שבעתיים ביצירת קשר עם הכפופה לו, לא שוכנעתי כי קשרי עובדת ומעסיקה וניצולם הם שהנחו את מהלך האירועים כפי שקרו. המתלוננת עצמה מסרה כי עבדה במועדון פעמים ספורות ולעיתים רחוקות, וכי ההיכרות בין השניים הייתה שטחית ביותר. בעדותה בבית המשפט כאשר נדרשה להסביר את המינוח "בוס" בקונוטאציות שליליות, אשר בו השתמשה במהלך ההולכה שנעשתה לה, התקשתה המתלוננת לשכנע כי בין השניים אכן התקיימה מערכת רצינית של עובדת ומעביד, אשר עלולה לגרום לניצול ומרות. כך למשל: "הוא ביקש מ[נ.מ] שאני אעבוד. אף פעם לא היה בינינו דיבור ישיר....חוץ משלום לא" (עמ' 29 לפרוטוקול מיום 4.5.2008). המתלוננת ידעה לספר כי עבדה במקום לפרקים קצובים ואף לא זכרה מי היה הגורם ממנו קיבלה תשלום, והאם בכלל שולם לה הכסף ישירות. בהתאם, לא ידעה המתלוננת לספר מתי המערער בכלל עבד במועדון (שם, בעמ' 30). איני חושב כי העובדה שבפועל העסיק המערער את המתלוננת במועדון

שברשותו, ועל אף שבמסגרת זו אכן הייתה היכרות מסוימת בין השניים – מביאה לכדי מסקנה שיחסים אלו הובילו לניצולה של המתלוננת כעובדת המקום.

38. האירוע במושב – כשבוע טרם האירוע נשוא כתב האישום, התקיים בין השניים מגע מיני בנוכחות נ.מ בבית השייך למערער במושב סמוך. כך תיארה המתלוננת את שקרה בהודעתה מיום 23.12.2007:

> "...הלכנו אני ו[נ.מ] [למערער] לבית שלו ב[מושב] שתינו שם...אני ישבתי בספה...[המערער] כיסה אותנו בפוך עד הצוואר ואז הוא ניסה להכניס את היד שלו מתחת לחולצה שלי, ולא התנגדתי כי אני חושבת שאם לא הייתי שתויה לא הייתי מסכימה לכך, הוא הצליח להכניס [את] היד ליטף [את] החזה שלי כמה דקות והוציא את היד אחר כך ביקש שאני והוא נלך לחדר השינה שלו אמרתי לו שאני לא רוצה, ואז נ.מ עברה לספה השנייה שבה הייתי לפני כן, אני והוא נשארנו לשבת בספה עם הפוך עלינו, ואז הוא ביקש שאני אבצע בו מין אוראלי, ואני עשיתי זאת בהסכמה".

--- סוף עמוד 19 ---

גם בעדותה מיום 4.5.2008, לקחה המתלוננת אחריות על אותו אירוע, וציינה כי הייתה תחת השפעת אלכוהול:

> "אז הוא ביקש שאבצע בו מין אוראלי, הסכמתי. חשוב לציין שלא הייתי מסכימה לדעתי אם לא הייתי תחת השפעת אלכוהול. אבל אני לוקחת על עצמי את כל האירוע" (עמ' 2-4 לפרוטוקול).

כאמור, חוות דעת הרוב ייחסה אירוע זה לשלילה ולחובת המערער. השופטת סלוטקי אף ציינה כי "קשה לומר... כי המעשה בוצע בהסכמתה החופשית" (עמ' 41 לפסק הדין). המערער בעדותו אמנם העיד כי השלושה אמנם שתו, אולם "לא היינו שתויים ברמות שאנו לא מודעים למעשים שלנו" (עדותו מיום 26.10.2008, עמ' 25 לפרוטוקול). לדידי נראה, כי את כלל הסיטואציה במושב הסמוך, ניתן לפרש כאירוע מוסכם ומתירני בין שניים: בין המתלוננת (שלטענתה בקושי שוחחה עם המערער עד אז), לבין המערער. יהיו אשר יהיו הממצאים העובדתיים הנוגעים לאירוע נשוא כתב האישום – אין ללמד חובה על המערער מהאירוע הנפרד שהתרחש במושב הסמוך. משהוסכם בסופו של יום על כלל הצדדים, כי הובעה הסכמת המתלוננת לכך, והמגע היה ברצון השניים (וברי כי לא הוגש כתב אישום, ולא נקבעו ממצאים עובדתיים באשר לכך) – שגה בית המשפט קמא משנעזר באירוע זה כנדבך להרשעתו של המערער. אדרבא, אם יש מקום לשימוש באירוע זה, יהיה זה דווקא לערער את גרסתה של המתלוננת בדבר "תמימותה", שעה שקיימה מגע מיני, עם גבר כמעט זר, בנוכחות חברתה. עוד חלוקים הצדדים בשאלה מדוע לא התקיימו יחסי מין מלאים

ביניהם באותו אירוע. לטענת המתלוננת, המערער הציע את הדבר, אך היא סירבה ותו לא . לפי גרסת המערער המתלוננת סירבה מאחר והייתה במחזור, ולא מאחר והתנגדה עקרונית לקיום יחסי מין עמו. כך או אחרת, איני נדרש כעת להכריע בשאלה זו ולהוסיף על שכבר קבעתי.

39. היות המתלוננת בתולה בעת האירוע – כאמור לעיל, כלל שופטות בית המשפט קמא, הסכימו להנחה כי לא מן הנמנע שהמתלוננת ציינה את דבר היותה בתולה רק עובר לזמן החדירה. מקובלת עלי ההנחה המשפטית שעובדת היות בחורה בתולה יכולה לשמש אינדיקציה לאי רצונה להיבעל. ברם, מאחר ולא הוכח כי המערער אכן ידע טרם החדירה כי מדובר בבתולה, ולאור האירוע במושב הסמוך בו כבר קיימו השניים יחסי מין אוראליים, לא השתכנעתי כי המערער יכול היה לצפות קיום עובדה זו, חרף גילה הצעיר של המתלוננת. נוכח האמור, גם שימוש בנתון זה להוכחת

--- סוף עמוד 20 ---

מודעותו של המערער לאי הסכמתה האפשרית של המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים – אינו במקומו.

40. פער הגילאים בין המתלוננת למערער – בעת האירוע הייתה המתלוננת בת 17.5 שנים. מנגד, היה המערער בן 38, דהיינו מבוגר מהמתלוננת בכ-20 שנים. פער שכזה יכול להעיד בסיטואציות מסוימות על פערי ניסיון וללמד על אפשרות לאי הסכמה. בא כוח המערער ציין, כי הגם שמוסכם כי מדובר בפגם מוסרי, אין החוק אוסר על כך ואין להסיק מכך ממצאים לחובת המערער. לטעמי, אכן החובה לקבלת הסכמת הצד השני המוטלת ברגיל על צד ליחסי אישות, מתעצמת שבעתיים בהינתן פער גילאים שכזה, ובהיות המתלוננת קטינה והמערער איש עסקים מבוגר ובעל משפחה. ברם, סופו של יום עלינו לקבוע האם מעל המערער בחובה זו. לטעמי, וכפי שאפרט בהמשך, הוצגה בפני המערער תמונה של הסכמה לקיום יחסי מין מלאים ברגע החדירה. תמונה זו הכילה בין גווניה הרבים אף את פער הגילאים החריג, ואף שלדידי נראה כי מוטב היה ולא היו באים יחסים הרי סכנה אלו לעולם מלכתחילה, איני חושב שהיה מקום למצות את הפגם המוסרי כשיקול לקביעה כי בוצע אינוס במקרה דנן.

האמנם חששה המתלוננת מהמערער לפני האירוע?

41. כאמור לעיל, דעת הרוב שללה את התיזה שהביעה השופטת ברנט, על פיה, אין לקבל את טענת המתלוננת כי חששה מהמערער טרם האירוע, שכן התנהגותה אינה מתיישבת עם חשש האמור לקנן בליבו של קורבן מהצפוי לו. לטעמי, יש לקבל

בעניין זה את ממצאי דעת המיעוט. המתלוננת טענה בהודעתה כי הגיעה לארח חברה לנ.מ אשר עבדה במועדון בערב האירוע, וכי היה מתוכנן שהמערער יסיע אותן לביתן בסיום עבודתן. לטענתה, בשעה שהמתינו השתיים למערער, היא אמרה לחברתה ש"יש לי הרגשה רעה שהוא [המערער] ינסה לעשות משהו ואמרתי לה שאני הולכת ברגל הביתה" (הודעת המתלוננת מיום 23.12.2007, בשורה 14). עולה אם כן השאלה, כיצד מצאה עצמה המתלוננת נוסעת ברכבו של המערער מרצונה?. עוד טענה המתלוננת כי השתיים ביקשו מהמערער כי יוריד קודם את המתלוננת ורק אז את חברתה. לטענתה המערער בחר להמשיך בכל זאת בכיוון נסיעתו. המתלוננת לא ידעה לספק הסבר מניח את הדעת מדוע הסכימו השתיים לשינוי, וסיכמה "שתקתי. לא אמרתי כלום" (עדות המתלוננת מיום 4.5.2008, בעמ' 5). המתלוננת הוסיפה וסיפרה, כי לאחר שהורדה נ.מ מהרכב, התנהלה בין השתיים שיחת טלפון (המתלוננת סיפקה מספר גרסאות באשר למועד המדויק של שיחה זו), במהלכה הציעה נ.מ למתלוננת לבוא ולישון בביתה, אך

--- סוף עמוד 21 ---

המתלוננת סירבה לכך. יודגש כי המערער לא ידע כי היא משוחחת עם חברתה, אלא "עם מישהו שהוא לא מכיר" כפי שציינה באוזניו. מקובל עלי כי ייתכן והמתלוננת אכן לא רצתה לנסוע בתחילה עם המערער, ואולי אף חששה מכך. ברם, משלב מסוים ככל הנראה, התגבשה אצלה הסכמתה להמשיך עמו בנסיעה ועל כן לא נעזרה בהצעתה של חברתה, לא הביעה מורת רוחה משינוי כיוון הנסיעה, ובהמשך, אף לשיטתה, שיתפה פעולה כשעברה לשבת במושב האחורי והתעלסה עם המערער מרצונה בסמוך לביתו. בחלק מגרסאותיה טענה המתלוננת כי העירה למערער על כיוון נסיעתו לאחר שהוריד את נ.מ, אך הלה הסיח את דעתה כששינה את נושא השיחה לכדורגל (הודעת המתלוננת מיום 23.12.2007, שורות 138-139). לאור האמור לעיל, ובכלל זה, חששה של המתלוננת עוד בהיותה במועדון, הורדת חברתה ראשונה בניגוד למתוכנן, ושיחה טלפונית שערכה עם חברתה באשר לחששותיה הנטענים – מתקשה אני לקבל את גרסתה כאילו שיחה אגבית בזוטות הסיחה את דעתה מהסכנה האורבת לה. כלל פרטים אלו אינם מתיישבים עם החשש שהביעה המתלוננת מהמערער, ובוודאי שאין לצפות מהאחרון כי יפעל בהתאם למצב דברים זה.

חלקו הראשון של האירוע – האישום באונס

42. אין חולק כי בעת עצירת רכבו של המערער בחניה הסמוכה לביתו, עברה המתלוננת מרצונה החופשי למושב האחורי של הרכב. עוד אין חולק כי בהסכמת

המתלוננת החלו השניים להתגפף, והורדו חולצתה וחזייתה. כאמור, המתלוננת חששה לכאורה מלכתחילה כי המערער "ינסה לעשות משהו", אך בכל זאת הסכימה "שהוא רק ינשק אותי ויוריד לי את החולצה" (הודעת המתלוננת מיום 23.12.2007, שורה 36), כל זאת תוך מעבר למושב האחורי. כפי שכבר ציינתי לעיל, עלינו לבחון בכל רגע ורגע, האם התגבש מצג של הסכמה אצל המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים, והאם חזרה ממנו טרם החדירה. חשיבותם של האירועים המקדימים למעשה החדירה, בכך שהם עצמם מהווים נדבכים חדשים של מגעים מיניים בין השניים, אשר שבוע קודם לכן קיימו יחסי מין אוראליים, וכעת, מסכימה המתלוננת להורדת בגדיה העליונים, מעבר למושב האחורי והתגפפות פיזית עם המערער. כפי שמסרה המתלוננת בהודעתה, היא שאלה את המערער בעת שהוריד את חולצתה: "[ה]אם זה נראה לו בסדר שקורה דבר כזה, שבכלל נגיע למצב כזה, והוא אמר לי בסדר שטויות אל תדאגי, ואז אמרתי בסדר..." (שם, בשורות 34-35). לדידי נראה, כי בשלב זה מבין המערער כי עלה בידו לשכנע את המתלוננת להמשיך ולהעמיק את הקשר הפיזי בין השניים, והוא ממשיך, ללא אלימות,

--- סוף עמוד 22 ---

על פי תפיסה זו. אין בכך בכדי ללמד כי המתלוננת אכן הסכימה בתוך תוכה לאשר ארע בהמשך אותו הערב, אולם גם אם כך היו פני הדברים, כלפי חוץ שידרה למערער כי היא מסכימה למעשים אלו.

43. לאחר שהשניים התגפפו משך זמן מסוים, הופשלו מכנסיה של המתלוננת. הצדדים חלוקים בשאלה מי היה זה שהוריד את מכנסיה, והאם הדבר נעשה בהסכמה. דעת הרוב בבית המשפט קמא ייחסה חשיבות רבה לעובדה שהמערער סתר עצמו בבית המשפט, כאשר בתחילה טען שהמתלוננת הורידה אותם, ולאחר מכן טען מבלי משים שהוא הוריד את המכנסיים. לטעמי נראה, כי טרם בחינת סוגיה זו, יש לברר האם הורדת המכנסיים נעשתה בהסכמה או בניגוד לרצון המתלוננת. שכן, ממה נפשך, לו הסכימה המתלוננת לעניין זה, כי אז אין זה מעניינו מי היה זה שבפועל הוריד את המכנסיים. זאת בדומה לשלב הראשוני של הורדת פרטי הלבוש העליונים, בו קיימת מחלוקת עובדתית בין הצדדים מי היה זה שבפועל הפשיט את המתלוננת, אך לא מיוחסת לפלוגתא זו כל חשיבות בהינתן העובדה שהמתלוננת הסכימה לכך.

44. על מנת להכריע בסוגית הסכמת המתלוננת לקיום יחסי מין מלאים עם המערער, שומה עלינו לבחון כעת האם התנגדה המתלוננת, כדבריה, להורדת המכנסיים ממנה והאם הופעלה אלימות מצד המערער על מנת לכפות עליה את רצונו. בהודעת המתלוננת מיום 23.12.2007, מסרה האחרונה כי "הוא הוריד לי

המכנס בכוח הייתי בהלם כזה וכל הזמן זזתי וניסיתי להדוף אותו אך הוא היה חזק יותר ממני" (שם, בשורות 39-41). ברם, בעדותה בפני בית המשפט ציינה המתלוננת כי לא הופעלה כלפיה אלימות, וכי המערער לא הרביץ לה או הכה אותה (עדות המתלוננת מיום 4.5.2008, עמ' 37). בהמשך התקשתה המתלוננת לפרט כיצד בדיוק הוריד המערער את מכנסיה. המתלוננת טענה כי המערער החזיק אותה בכוח במותניה, ברם בחקירתה הנגדית של המתלוננת אמרה: "היד שלו הייתה במותניים. ניסיתי להזיז אותה. לדעתי זה היה קטע שאני לא אזוז. רק אחרי המקרה הבנתי את זה" (שם, בעמ' 38). המתלוננת טענה כי התנגדה להורדת המכנסיים באמצעות הזזת גופה להורדת המכנסיים (הודעתה מיום 23.12.2007, בשורה 38), בחקירתה הנגדית (מיום 4.5.2008, בעמ' 38) ענתה:

> "ש: איך, איך הוא הוריד אותו [את המכנס – ס"ג] בכוח?
> ת.: [מן] הסתם בכוח, ניסיתי להתחמק, הוא הוריד אותו.
> ש: איך ניסית להתחמק, את בתנוחה עוברית, איך?
> ת: ניסיתי לזוז קצת ימינה, קצת שמאלה."

--- סוף עמוד 23 ---

ברם, בהמשך הודעתה של המתלוננת, ציינה האחרונה כי לאחר החדירה "התחלתי להתפרע ברכב והוא יצא ממני...אני התפרעתי ודחפתי אותו" (הודעתה מיום 23.12.2008, שורות 44-45). משתי המובאות האחרונות ניתן ללמוד, כי או שהמתלוננת כלל לא החלה בהתנגדות בשלב הורדת המכנס, או שהביעה אותה בצורה לא ברורה דיה אשר לא היה בה בכדי להבהיר למערער כי אינה מסכימה עוד (והשוו לעניין פלוני הנזכר, בעמ' 31, שם כתבתי כי "ככל ששלב החזרה מההסכמה מאוחר ומתקדם הוא יותר, נדרשת היא אף החרטה להיות ברורה ובהירה יותר, וזאת על-מנת לוודא, כי מבצע העבירה אכן היה מודע ללא כל ספק לשינוי הלבבות שהתרחש").חיזוק לגרסת המערער, כי המתלוננת לא התנגדה לו פיזית, ניתן להסיק מדברים שנאמרו בעימות שנערך בין השניים: "[המערער:] בנאדם שעושה בכוח, יתפוס ת'יידיים, יתפוס ת'רגליים, יהיה התנגדות, יהיה צעקות, יהיה משהו", ולכך ענתה המתלוננת: "זה היה במקום מותר, אתה לא יכולת להרשות לעצמך" (ת/6 בעמ' 6). משמע, המתלוננת הסכימה לאמירתו של המערער כי לא בוצע שימוש בכוח, ואף מצאה לכך סיבה. בנוסף, עולה מתמליל העימות כי המתלוננת טענה שהייתה "בהלם" בעת הורדת המכנסיים, וזו הייתה הסיבה לכך שלא צעקה בעת הורדתם, מכאן שגם התנגדות מילולית של ממש לא הובעה באותו שלב באירוע.

מאחר והגעתי לכלל מסקנה כי הורדת המכנסיים נעשתה ללא התנגדות המתלוננת וכהמשך ישיר להתגפפות שקדמה לה – אין אני נדרש להכריע בשאלה מי היה זה שהורידם. אמת, המערער כשל בלשונו כאשר הציג גרסאות סותרות לשאלה זו, ובית המשפט קמא ייחס לכך חומרה רבה. ברם, שעה שהמתלוננת התקשתה להציג ולעמוד מאחורי גרסה ברורה משל עצמה למתרחש, וכך גם באשר להתנגדותה הפיזית והמילולית והאלימות שהופעלה כנגדה – מתקשה אני לייחס דווקא לסתירה בדברי המערער משקל מכריע.

לעניין זה אוסיף עוד כי איני שותף לתהיות דעת המיעוט באשר להתכנות הורדת מכנסי ג'ינס במושב האחורי ברכב קטן, שעה שהמתלוננת בתנוחה עוברית בגבה אל המערער. הדבר לא הוכח כיאות, ולאור שאר ממצאי, אין בו כעת צורך לענייננו.

45. לאחר שהופשלו מכנסיה של המתלוננת, החדיר המערער את איבר מינו לתוך איבר מינה. בשלב זה צעקה המתלוננת, ובתגובה הוציא המערער את איבר מינו. תיאור מצב עניינים זה, שנמשך שניות ספורות, נקבע כממצא עובדתי על ידי הערכאה הדיונית, והצדדים אינם חלוקים בנקודה זו. הספק המתעורר, הוא האם השתכלל בליבו

--- סוף עמוד 24 ---

של המערער היסוד הנפשי הנדרש להרשעתו. המערער טוען להגנתו כי דווקא העובדה כי הוציא מייד את איבר מינו, מלמדת עליו זכות, שכן הוא היה קשוב למתלוננת ולא רצה להסב לה כאב או צער. כך גם העובדה שהלה לא ניסה להחדיר את איבר מינו פעם נוספת. השופטת סלוטקי קבעה כאמור, כי אין באמור בכדי ללמד על העדר יסוד נפשי לעבירת אינוס, שכן (על פי גרסתה של המתלוננת שהפכה להרשעה בבית המשפט קמא) – מיד לאחר מכן כפה המערער על המתלוננת מעשה סדום. השופטת אבידע סברה כי הסיבה שהמערער חדל ממעשה הבעילה, הייתה החשש שצעקות המתלוננת יעירו את אשתו, וכן "שזעקתה פתחה את עיניו, וכבר לא יכול היה להתעלם מהתנגדותה". גישת השופטת סלוטקי אינה מקובלת עלי, שכן כפי שאבהיר להלן, איני סבור כי המערער אכן כפה על המתלוננת מעשה סדום. גם לשיטתה של השופטת אבידע, נראה כי המערער לא היה מודע להתנגדותה של המתלוננת עד שצעקה, וצעקה זו, כפי שכבר ציינתי – לא התרחשה טרם החדירה. האמור לעיל עולה בקנה אחד עם התנהלותו ועדותו, ברובה המוחלט, של המערער. המערער קיבל מצג של הסכמה ו"אור ירוק" מהמתלוננת. השניים התפשטו מבגדיהם התחתונים, ואו אז החדיר המערער את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, כשעד

לאותו שלב המתלוננת לא הביעה אי הסכמה מורגשת, פיזית או מילולית. בעת החדירה, פולטת המתלוננת צעקה ואת דבר היותה בתולה. המערער לא משתהה ומוציא את איבר מינו מיד, אולי מכיוון שלא רצה להכאיב לה, אולי מאחר ונרתע מהיותה בתולה ואולי מסיבות אחרות (כגון החשש מהערת אשתו שישנה בבית סמוך). כך או אחרת, המערער פעל באופן מיידי וחדל בשלב זה ממעשיו.

46. בהקשר זה אציין עוד, כי בהודעתה של המתלוננת במשטרה טענה: "לפני שהוא חדר לאיבר מיני הוא רצה לחדור לפי הטבעת ואני לא שאני לא מסכימה והתנגדתי בכך שזזתי בתנועות של להתחמק ממנו כל הזמן..." (הודעתה מיום 23.12.2007, שורות 127-129), בהודעתה השנייה הסבירה המתלוננת כי "אני בהתחלה לא הבנתי מה זה פי הטבעת וחשבתי שפי הטבעת זה הנרתיק" (הודעתה מיום 25.12.2007, שורות 14-17). כבר מגרסאות אלו יש לתמוה, כיצד יכול הסברה של המתלוננת לעמוד (שחשבה כי פי הטבעת הוא הנרתיק), לאור ההבחנה שערכה בהודעתה הראשונה בין איבר מינה לפי הטבעת שלה. ועוד, בעדותה של המתלוננת כבר מסרה הסבר שונה: "בהתחלה חשבתי שזה היה לפי הטבעת" (עמ' 6 לפרוטוקול, מיום 4.5.2008), ובהמשך: "אני הרגשתי שזה הולך להיכנס לשם, התחמקתי, הוא התחכך בי ואז נכנס לאיבר המין". בכתב האישום לא יוחס למערער ניסיון להחדרת איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, ובית המשפט לא ייחס בדעת הרוב חשיבות

--- סוף עמוד 25 ---

לשינויי גרסה אלו. השופטת אבידע קבעה כי ההסבר המקורי של המתלוננת בהודעתה הראשונה מקובל עליה. השופטת ברנט קבעה כי יש בכך בכדי להעיד על חוסר אמינותה בשל הסבריה ההפכפכים ושינויי גרסתה. לטעמי, יש לזקק משקל מה לחובת אמינות המתלוננת מעניין זה. האשמה חמורה נוספת, כמו ניסיון המערער להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, צריכה להישקל ולהינתן בכובד ראש. מאחר ובדיני נפשות עסקינן, אין לקבל כמובן מאליו את שינויי הגרסה המתוארים לעיל, רק בשל העובדה שכתב האישום לא נצרך להם בסופו של יום.

חלקו השני של האירוע – האישום במעשה סדום

47. בית המשפט קמא דחה את גרסתו של המערער שלאחר החדירה, הביאה אותו המתלוננת לסיפוק באמצעות ידיה, וקבע כי המערער ביצע בה מין אוראלי בכפיה ולאחר מכן הגיע לסיפוקו. שופטות הערכאה הדיונית נחלקו כולן, באשר לפרשנות גרסאותיה של המתלוננת לשאלה כיצד הגיע המערער לסיפוקו. השופטת ברנט, שופטת המיעוט, קבעה כי מדובר בשלוש גרסאות סותרות, אשר אינן ניתנות ליישוב.

בתחילה, טענה המתלוננת בהודעתה, כי האחרון כפה עליה מין אוראלי וכך הגיע לסיפוקו:

> "ואז [המערער] תפס לי את הראש לכיוון א[י]בר מינו והוא רצה שאני אבצע בו מין אוראלי ועשיתי זאת כאשר אני בוכה, הוא הגיע לסיפוק כתוצאה מהמעשה האוראלי שעשיתי לו" (הודעת המתלוננת מיום 23.12.2007, שורות 47-48).

בהמשך אותה הודעה, טענה המתלוננת כי המערער הגיע לסיפוקו מיד לאחר החדירה:

> "הוא חדר ויצא ואז שפך על הג'ינס שלי" (שם, בשורות 121-122).

ואילו בעימות שנערך בין השניים לאחר מכן, הבהירה המתלוננת כי לאחר שכפה עליה מין אוראלי, הוא הביא את עצמו לסיפוק:

> "לקראת סיום הוא עשה לבד ביד, ואז כשזה נגמר היה כתמי זרע על הג'ינס שלי" (ת/6 בעמ' 13)

--- סוף עמוד 26 ---

על גרסה זו חזרה המתלוננת אף בחקירתה הנגדית (פרוטוקול מיום 4.5.2008, בעמ' 59):

> "ש: עזרת לו לאונן?
> ת: לא.
> ש: נגעת לו באיבר המין?
> ת: לא.
> ....
> השופטת אבידע: אבל את לא עזרת לו בשלב הזה?
> ת: לא".

לטעמי, ריבוי גרסאותיה של המתלוננת בנושא מהותי כגון דא, אינו מאפשר לזקקן לגרסה עובדתית אחת (כפי שקבעה השופטת אבידע), או שתי גרסאות אשר אינן פוגמות במהימנותה של המתלוננת (כפי שקבעה השופטת סלוטקי).

48. המתלוננת מסרה מספר גרסאות גם באשר לשאלת אופי הכפייה של המעשים הנטענים. תחילה טענה כי המערער כפה עליה שתבצע בו מין אוראלי, תפס את ראשה לכיוון איבר מינו והיא עשתה כן תוך שהיא בוכה. בהמשך, בעדותה מיום 4.5.2008, מסרה המתלוננת כי רק תחילת האקט האוראלי היה בכפייה ומרגע מסוים שיתפה פעולה על מנת שיסתיים האירוע והיא תוכל לעזוב את המקום. במהלך ההולכה שביצעה המתלוננת, לא ידעה האחרונה להסביר כיצד התבצעה הכפייה וטענה כי לאחר שהמערער הוריד את ראשה לכיוון איבר מינו, היא ביצעה בו מין אוראלי ללא כפייה פיזית, וזאת על מנת שהעניין יגמר והיא תוכל ללכת משם, עוד הוסיפה כי גם

כאשר ניסתה להרים את ראשה, הוא בתנועתו החזקה אילץ אותה להמשיך. במהלך העימות שנערך בין השניים הטיח המערער במתלוננת כי ברגע שצעקה, הוא התיישב במקומו ואילו המתלוננת המשיכה בעצמה לאונן לו. על כך השיבה המתלוננת שעשתה כן משום "שאני רציתי שזה ייגמר" (ת/6, בעמ' 9). מתשובה זו ניתן ללמוד כי בניגוד לטענתה, אקט ספציפי זה לא נכפה עליה. ועוד, בשיחה יזומה שנערכה בין המתלוננת למערער, ושעל הקלטתה לא ידע המערער (ת/8), נאמר:

> "המערער: ...אמרת לי אני בתולה...אמרתי לך שאין בעיה, אני לא אני לא יכניס אותו, תפסתי אותו...את זוכרת? ואחר כך יענו ראית ראיתי שמה שזה לא הולך, קמנו והמשכנו בדברים אחרים, בהסכמה ובהכל....
> המתלוננת: אני מבחינתי רציתי שהכל י[ג]מר, רק בגלל זה, רק בגלל זה." (ת/8, בעמ' 14).

--- סוף עמוד 27 ---

גם מהאמור כאן, משתמע, כי לאור רצונה של המתלוננת בסיום האקט היא המשיכה ב"דברים אחרים" ללא התנגדות.

המערער כאמור, דבק בגרסתו כי לא קוימו באותו מועד יחסים אוראליים בין השניים, וכי המתלוננת הייתה זו שהביאה אותו לסיפוקו באמצעות ידיה מרצונה החופשי. גם באשר לסוגיה זו, דעתי כדעת המיעוט בבית המשפט קמא. בפנינו האשמה חמורה, המהווה את אחד משני עמודי התווך של כתב האישום. בגרסאותיה של המתלוננת קיים שוני מהותי, זאת בהשוואה לגרסתו היציבה של המערער, שעמדה בהודעתו במשטרה, בשיחות שהוקלטו ללא ידיעתו, בעימות בין השניים, ובעדותו בבית המשפט. המערער לא הרחיק עצמו מרוב האירועים המתוארים בכתב האישום, למעט טענתו כי לא בוצעו יחסי מין אוראליים בין השניים אותה עת. זאת על אף שציין כבר מהרגע הראשון את עובדת קיום יחסי מין אוראליים בין השניים באירוע במושב הסמוך, בשבוע שקדם לכך. מצב עניינים זה מחזק בקרבי את האמון בגרסתו, שכן לאור האירוע במושב, היה קל יותר להגנה להוכיח כי בעת האירוע נוצרו יותר אינדיקציות להסכמה למין אוראלי, מאשר לחדירה. ההגנה בחרה שלא לנקוט בקו זה, וכאמור, הרחיקה את המערער ממעשים אלו, זאת בשעה שנאבקה להוכיח את חפותו בנוגע לאי ההסכמה למעשה החדירה בו הודה. כל אלו מעוררים בקרבי את הספק הסביר כי המעשים אכן בוצעו על פי המתואר בכתב האישום.

מוצג ת/1 – והמניע האפשרי להגשת התלונה

49. כמתואר לעיל, מצאה אמה של המתלוננת בין חפציה, מכתב הנושא את התאריך 17.12.2007. על פי מכתב זה, אשר סומן כמוצג ת/1, הסיקו שופטות הרוב, בין היתר, כי המגע המיני בין השניים היה בכוח, ולא בהסכמה. מאידך, הסיקה

השופטת ברנט, כי המכתב אינו מתאר התנגדות מצד המתלוננת, וכי לא נובע ממנו שהמתלוננת אמרה למערער "לא".

הלכה נקוטה בידינו כי יומן אישי שמנהל קורבן של מעשה אונס (ושל מעשי אלימות בכלל) עשוי להוות תיעוד באשר למה שהתחולל בנפשו של אותו הקורבן ותחליף לעדותו של אדם אחר בעניין זה. כך למשל נקבע בע"פ 3416/98 איפרגן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 769, 784-785 (2000):

--- סוף עמוד 28 ---

> "על מצבו הנפשי של הקורבן לאחר מעשה מעיד, בדרך כלל, אדם שהיה עד לגילוי חיצוני בהתנהגותו של הקורבן... רשומות אישיות שרשם קורבן העבירה לעצמו - בצורת יומן, או בצורה אחרת - אף הן בגדר גילוי חיצוני בדבר מצבו הנפשי לאחר מעשה ויכול שישמשו מעין "צילום רנטגן" של נפשו. כמו ה'צילום' המובא על ידי עד, כך ה"צילום" שברשומות האישיות. הראשון 'מצלם' את הגילויים החיצוניים, כפי שהם נקלטים בחושיו של העד; השני את התחושות הפנימיות, כפי שרשם אותן הקורבן. גם כאן, התשובה לשאלה האם הרשומות הן מהימנות, ועד כמה יש בהן ללמד על המתחולל בנפשו של הקורבן פנימה, תלויה בגורמים שונים... ראוי לציין, לענין זה, שיש ורישום ביומן ייטיב לשקף את מצבו הנפשי של קורבן העבירה מעדותו של עד חיצוני, שקלט את התנהגותו בחושיו שלו. כך, בעיקר במקרים שבהם כובש הקורבן את תחושותיו בלבו ואינו מסגיר אותן לאחרים. כאן שותף הסוד היחיד הוא היומן, מקום המפלט שבו הוא מוצא פורקן לרגשותיו ולתחושותיו ובו הוא נותן להן דרור". (וראו עוד: ע"פ 6923/07 גרואג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 10.1.2008), ע"פ 2820/98 סיגמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 183 (1999)).

ואכן, את מכתבה - "יומנה" - של המתלוננת יש לבחון היטב, לאור העובדה שגם על פי גרסת המתלוננת, כאשר סיפרה על האירוע לחבריה ומשפחתה, שיקרה להם, וטענה כי האירוע כולו התרחש ללא הסכמתה. כפי שנראה להלן, האמור במכתב, וקביעותיהן של שופטות הרוב מהימן בעיני, אולם יש לנתח ממצאים אלו, בהתאם לשאר חלקי התצרף הניצבים לפנינו ובהתאם להקשר ומכלול סיפור המעשה.

50. בשל אי ההסכמה בין שופטות ההרכב באשר לפרשנותו של מסמך זה, נביא אותו כאן כלשונו ובמלואו:

> "בחיים לא חשבתי שזה יקרה לי.
> בחיים לא חשבתי שככה תהיה הפעם הראשונה
> בכאב, בכוח, ללא אהבה עם בנאדם שאני בקושי מכירה
> היום אני בת 17 ו-5 חודשים אני כבר לא בתולה
> אני מישהי אחרת אני לא רוצה להגיד מושפלת

אבל גם לא ההיפך.
זה לא היה בהסכמה לא רציתי לשכב איתו
כמו שלא רציתי לשכב עם אחד מהבחורים שהכרתי
בחיים שלי כולל אלה שאהבתי.
[המערער], אני שונאת אותך שעשית לי את זה.
אני שונאת את העובדה שאתה קיים ושאתה ממשיך
--- סוף עמוד 29 ---
להתקיים כאילו לא קרה ולעולם לא יקרה
אני מאמינה שלך בכלל לא אכפת
אבל הכבוד שלי כבר אבד, הרסת לי את החיים
והלוואי שיכלתי לרצוח אותך והייתי עושה את זה
אם לא היו לך ילדים הייתי מרעילה אותך וגומרת לך
את החיים
כל יום [אני] אחיה עם העובדה שאתה הראשון שלי
הראשון שלי בכח. אני לא הסכמתי שזה יקרה
אתה החלטת לבד ויום יבוא ואתה תשלם על זה
אני ינקום בך [המערער] אתה תשלם על כל הסבל
שקורה לי
כל עוד אתה חי אני ידאג שתסבול עד שתחליט למות
בעצמך.
אתה הרסת לי את החיים שלי ואני יהרוס לך את
החיים שלך".

בא כוח המערער טוען, כי אמנם מכתבה של המתלוננת מעיד על אי הסכמתה לנעשה, אך מכתב זה נעדר כל ציון של התנגדות מטעמה, לא ורבאלית ולא פיזית. מנגד, המתלוננת כותבת במפורש: "בכאב, בכוח ללא אהבה עם בנאדם שאני בקושי מכירה", ובהמשך "הראשון שלי בכח. אני לא הסכמתי שזה יקרה". את הכתוב אפשר לפרש לשיטתי לשני כיוונים: הראשון – לשיטת המתלוננת המערער הפעיל כוח ואלימות כלפיה, והדברים באים לידי ביטוי בכתב. השני – המתלוננת חשה אכזבה קשה לגבי זהות האדם עמו איבדה את בתוליה, וכן התאכזבה מאופן האקט המיני, שהיה "בכאב, בכוח, ללא אהבה". כאשר המתלוננת מעידה למעשה על הפער בין ציפיותיה שלה מאירוע שכזה, אשר האידיאל בו הוא "אהבה", לבין המציאות בפועל, שהייתה אגרסיבית וחסרת משמעות. לטעמי, המכתב שבפנינו אכן מעיד על חשיבתה של המתלוננת שבוצע בה מעשה של כפיה. אולם פרשנות זו שלה, נבעה באופן מאוחר לאירוע, והתבססה על טינה קשה שחשה כלפי המערער, ויש לבחון אותה בהתאם להקשר בו נאמרים הדברים במכתב. הדברים נשזרים כחוט השני בממצאינו עד כה: בשלב מתקדם מאוד של קרבה פיזית בין השניים, יתכן וגמלה בקרבה של המתלוננת הרגשה כי אינה מסכימה יותר למתרחש. ברם, המתלוננת לא הביעה את אי הסכמתה, או התנגדות למעשי המערער, למעט זעקת הכאב שהשמיעה בעת החדירה ויידוע המתלונן כי היא בתולה. מעת זו, פעלה המתלוננת בכדי לסיים מהר ככל האפשר את האירוע, אך שוב, ללא החצנת חזרתה מההסכמה. לאחר

האירוע, כשבחנה את תחתוניה ומצאה בהם כתמי דם, והבינה את המשמעות שבאבדן בתוליה, יתכן וניסתה לצקת באירוע משמעות באשר לזהות הפרסונאלית של האדם עמו זה קרה. ברם, משקיבלה

--- סוף עמוד 30 ---

"כתף קרה" מהמערער, אדם נשוי, פירשה את האירוע ככזה שאירע ללא הסכמה ובכפיה.

סערת הרגשות שחוותה המתלוננת עקב אבדן בתוליה, עולה בקנה אחד עם הודעתה מיום 23.12.2007, שם אמרה: "...ועל התחתון היו סימני דם והתחלתי לבכות עוד יותר כשראיתי את זה והבנתי שאני כבר לא בתולה ושהוא לקח לי את הכבוד ששמרתי עליו עד כה" (שורות 61-62). בעדותה של צ', אחותה של המתלוננת פירטה האחרונה: "יש משפט שהיא אמרה לי שכל הזמן מהדהד לי בראש 'מה שהכי כואב לי שלצערי הרב חבל מאוד שהבתולים שלי הלכו בגלל מקרה כזה, זאת לא הייתה המטרה שלי, כל כך הרבה שמרתי על הכבוד שלי והוא לקח לי את הכבוד" (פרוטוקול מיום 2.7.2008, בעמ' 16). גם מהאמור לעיל, קשה להשתכנע שמוקד הסערה הרגשית שחוותה המתלוננת היה בהכרח עקב האונס שחוותה ולא בשל אובדן בתוליה למערער.

51. יודגש, איני סבור כי התלונה הוגשה דווקא על מנת לנקום במערער ובשל רצון לפגוע בו, על אף שהדברים מובאים בצורה ברורה בת/1. אחזור ואדגיש, כי לדעתי, המתלוננת, נערה צעירה בשלהי גיל ההתבגרות, חוותה משבר קשה עקב אובדן בתוליה, עקב דיסוננס קשה בין ציפיותיה הפיזיות והרגשיות ממגע מיני מלא עם המערער, אשר החלו להציק לה כבר בעת האירוע. ברם, כפי שחזרתי ושניתי, השאלה המונחת בפנינו היא האם בעת האירוע יכול היה המערער להבין מהמתלוננת כי היא אינה מסכימה למתרחש. לי נראה, כי התשובה לשאלה זו גם למקרא ת/1 על פרשנויותיו השונות – היא שלילית.

52. עוד ברצוני להעיר לעניין זה, כי טענתה של המתלוננת באשר למניע להגשת התלונה – סרט בו צפתה – אינה חפה אף היא מתהיות. בהודעת המתלוננת מיום 23.12.2007, טענה כי בחרה להגיש תלונה לאחר ש"הלילה ראיתי סרט שבחורה עושה אהבה מרצון והבנתי שזה נלקח ממני והבנתי מה שקרה לי והחלטתי להגיע למשטרה" (שורות 166-167). לאחותה צ', סיפרה המתלוננת כי החליטה להתלונן לאחר שראתה סרט "על מקרה דומה" – משמע אינוס, ולא סרט "אהבה מרצון" (הודעת אחות המתלוננת, ת/5, שורות 31-32). כך או אחרת, תימה כיצד טוענת

המתלוננת כי הבינה מה שקרה לה בעקבות סרט בו צפתה ביום 23.12.2007, בה בשעה שאת ת/1 כתבה כבר ביום 17.12.2007.

--- סוף עמוד 31 ---

עוד על גרסת המתלוננת

53. בשולי הדברים, ראיתי לעמוד בקצרה על מספר נקודות נוספות שעלו למקרא גרסאות המתלוננת. ראשית, כפי שכבר ציינתי לעיל, המתלוננת מסרה גרסה שאינה נכונה למשפחתה ומכריה אחר האירוע, ובה ציינה כי האירוע כולו היה ללא הסכמה. אמנם, סיבות רבות ומגוונות עלולות להוביל קרבן עבירת מין לכבוש את עדותו, אך הדברים חמורים יותר כאשר המתלוננת במקרה דנן הוסיפה יש מאין האשמות חדשות כנגד המערער. כן תמוה בעיני מדוע הגיעה המתלוננת פעמיים למועדון המערער לאחר האירוע, וכיצד ניגשה יחד עם חברתה לזירת האירוע זמן קצר לאחר מכן על מנת להביא את תיקה – כל זאת לאור חששה הנטען מהמערער. עוד יש לתהות מדוע לא ענתה המתלוננת לניסיונות יצירת קשר עמה מטעמה של נ.מ במהלך האירוע, וזאת על אף שמסרה באחת מגרסאותיה כי "יכול להיות שגם שהתאפשר לי לא עניתי". שאלות אלו מציבות סימני שאלה נוספים סביב הספק הסביר לאשמתו של המערער, ואף אותן יש לקחת בחשבון בקביעת מהימנות גרסת המתלוננת כפי שנמסרה.

54. לא שוכנעתי בטענת בא כוח המערער כי המתלוננת גרמה לעצמה חבלה במתכוון, במטרה לחזק את גרסתה לקראת בדיקתה הרפואית. בא כוחו של המערער נתלה בהתעניינותה הרבה של המתלוננת בגורלה של בדיקה זו, ורצונה כי ימצא ממצא כלשהו שיחזק את טענותיה. לטעמי, אין זה חריג כי מתלונן, אשר טען לפגיעה בו, ולמעשה "עומד למבחן" מסוים של אמינותו בעת בדיקה רפואית, יתעניין בתוצאות הבדיקה. מתוצאות הבדיקה עצמן, קשה ללמוד לכיוון זה או אחר, שכן הבדיקה נערכה כשמונה ימים לאחר האירוע, וממצאיה, שאינם חד משמעיים, יכולים להתאים לשיטות שני הצדדים. לעניין זה אוסיף עוד, כי התנהלותו של החוקר צפוני במגעיו התכופים והבלתי מתועדים עם המתלוננת, וכן העובדה שיידע אותה בתוצאות חוות הדעת הרפואית (ת/4) – אכן יש בהן טעם לפגם. בהינתן התוצאה אליה הגעתי בסופו של יום, אין לי צורך להכריע בטענת המערער, כאילו מפגשים אלו שלא תועדו מהווים חסר ראייתי וכי בהם הוכנה המתלוננת לעדותה בפני בית המשפט.

סיכום

55. כפי שתואר לעיל, גרסאות המתלוננת השונות, הן בתוכנן, והן בנקודות שונות בהן הן מתנגשות אלו באלו, מעלות בקרבי את הספק הסביר בדבר אשמתו של

המערער. אין בליבי כל ספק כי בשלב מסוים במהלך האירוע, חשה המתלוננת כי אין

--- סוף עמוד 32 ---

ברצונה להמשיך עוד במגע מיני. אולם, כלפי חוץ המשיכה להפגין את הסכמתה בשלבים השונים. לאור הסכמה זו, לא יכול היה המערער לקלוט בחושיו כי כעת מעשיו נופלים בגדר התחום האסור של "אי הסכמה", וכאשר כבר ניתן איתות בדמות צעקת המתלוננת, ניכר כי המערער הגיב בהתאם, ובחן מחדש את מערך ההסכמה שבפניו, ובכל מקרה לא כפה על המתלוננת קיום מעשה סדום או עצם את עיניו למתרחש. המתלוננת חשה בשלב מוקדם מאוד כי חלק מהותי ומרכיב יסודי בכבודה, שהיוו לשיטתה, בתוליה – אבד לבלי שוב. תוצאת הכרה זו הייתה חוויה נפשית קשה, עד כדי בניית סיפור דֶמוֹני וייחוס ביצוע מעשים קשים מנשוא למערער. אמנם, עדות קרבנות עבירות מין אשר יש בה אי דיוקים או סתירות, עשויה להיות אמינה ועל בית המשפט לבור את המוץ מן התבן, וללקט ממנה את חלקי האמת (ראו: ע"פ 1485/00 הנזכר לעיל). אולם במקרה דנן, מאפילות סתירות אלו וכן אי הדיוקים שתוארו לעיל, על כלל גרסתה של המתלוננת. באשר למערער, גרסתו של האחרון לאירועי אותו ערב הייתה אחידה ועקבית, למעט בסוגית הורדת מכנסי המתלוננת שהובאה לעיל. הלה אף לא הרחיק את עצמו ממרבית ההתרחשויות בכתב האישום, וטען למעשה בעיקר כנגד יסוד ההסכמה. המערער מאמין כי כשל מוסרית באותו לילה, ואכן, מוטב היה לו כי ירחיק עצמו מסיטואציה מסוכנת כגון דא בה הוא מוצא עצמו עם יחד קטינה, הצעירה ממנו בכ-20 שנים, ואשר עבדה תחתיו בצורה זו או אחרת – לבד ברכב באישון ליל. ברם, מצווים אנו לבחון את יסודותיה של עבירה המופיעה עלי חוק כתוב. סופו של דבר, אין מנוס מקביעה שיסודות אלו לא התקיימו במקרה דנן.

56. נוכח כל האמור, לו תישמע דעתי, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור, ונזכה את המערער מהעבירות בהן הורשע, וזאת מחמת הספק.

ש ו פ ט

-

השופט א' רובינשטיין:

לאחר העיון מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן ולזיכוי המערער מחמת הספק. לעניין מהותו של ספק ראו לאחרונה ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו], בין השאר בפסקאות ה'-ז' לחוות דעתי. במקרה דנא אכן מדובר בקשר מיני שלא במקומו מכל בחינה, אם גם בהסכמה, בין גבר מבוגר (38)

לנערה בת 17 וחמישה חודשים, שהידרדר עד שהגיע לנסיבות שנדונו בכתב האישום.

--- סוף עמוד 33 ---

אכן, יתכן מאוד שאשה תסכים למגע מיני חלקי ולא למגע מיני מלא, ולמשל תבקש לשמור על בתוליה; וניתן להאמין, גם למקרא מכתבה של המתלוננת ת/1, מיומיים לאחר האירוע, שאליו נדרש חברי, כי המתלוננת לא רצתה לאבד את בתוליה בנסיבות הללו, ואין לבוא עמה בכל טרוניה על כך. ואולם, השאלה היא אם "שידרה" למערער מסר זה בבירור בנסיבות, עד לאחר החדירה החלקית אשר התנגדה לה חדל המערער מהמשך האקט הוגינלי, ואת הספקות בעניין זה תיאר חברי, כמו גם באשר להמשך האירוע. משעלו ספקות אלה, שאין להוציאם בכלל אפשרות, מצטרף אני לדעת חברי, וכאמור בלא לפגוע בתפיסה הסובייקטיבית ובתחושה של המתלוננת לעת ההיא.

להערתו של חברי השופט דנציגר אוסיף, כי השופט עציוני בפרשת קריב כיון לדעתו של אילן גדול, הרמב"ם, שכתב בספר המצוות (לא תעשה ר"צ), כהאי לישנא "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד" (הובא גם בסיפת חוות דעתי ב[ע"פ 5582/09] פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו]).

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן ולזיכוי המערער מחמת הספק בלבד.

כבר הבעתי דעתי בעבר ([ע"פ 7401/07] מדינת ישראל נ' פלוני ([פורסם בנבו], 20.2.2008) בפסקה 6) כי הרציונל המקובל המסביר את הצורך בהצבת רף הוכחה גבוה, של "מעבר לספק סביר" המוטל על כתפי התביעה במשפט פלילי, מתבסס על העיקרון לפיו "מוטב לשחרר תשעים ותשעה אנשים שפשעו מאשר להרשיע חף מפשע אחד" [כדברי השופט עציוני ב[ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 757 (1978)].

אף שהתנהלותו של המערער בפרשה דנן ראויה, בנסיבות העניין, לגנאי, מהטעמים שפורטו על ידי חברי השופט ג'ובראן ושהוזכרו גם על ידי חברי השופט רובינשטיין, לא ניתן להתעלם מהסתירות הרבות והמהותיות בגרסאות שאותן מסרה

--- סוף עמוד 34 ---

המתלוננת באשר לארועים נושא כתב האישום, סתירות המטות את הכף לקביעה כי יש לזכות את המערער מחמת הספק.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, א' בכסלו התשע"א (8.11.2010).

א' רובינשטיין 54678313-1651/10

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 10016510_H05.doc שצ
מרכז מידע, טל' 02-6593333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה
בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

--- סוף עמוד 35 ---