



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 9468/10

ע"פ 125/11

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט נ' הנדל

המערער בע"פ 9468/10
המשיב בע"פ 125/11 : פלוני

נ ג ד

המשיבה בע"פ 9468/10
המערערת שכנגד
בע"פ 125/11 : מדינת ישראל

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים בתפ"ח 640/09 מיום 24.11.10 שניתן על ידי
כבוד סגן הנשיא י' צבן והשופטים מ' מזרחי ור' כרמל

תאריך הישיבה: כ' בשבט תשע"ב (13.2.12)

בשם המערער בע"פ 9468/10
המשיב בע"פ 125/11 : עו"ד ר' ליטן, עו"ד מ' כץ, עו"ד ע' ויצמן

בשם המשיבה בע"פ 9468/10
המערערת שכנגד בע"פ
125/11 : עו"ד א' פטל-רוזנברג

בשם שירות המבחן: גב' ב' וייס

פסק דין

השופט ע' ארבל:

1. לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
(כב' השופטים י' צבן אב"ד, מ' מזרחי ור' כרמל), לפיו הורשע המערער באיננוס

בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 345(ב)(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: החוק), ובמעשה סדום, עבירה לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א) לחוק. על המערער נגזר עונש של ארבע שנות מאסר בפועל, שנה מאסר על תנאי למשך 3 שנים, שלא יעבור עבירה על הוראות סימן ה' בפרק י' לחוק, וכן קנס בסך 2000 ₪ ופיצוי למתלוננת בסך 30,000 ₪.

עיקרי העובדות והאירועים

2. נגד המשיב הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירות של אינוס בנסיבות מחמירות ומעשה סדום.

ביום 20.8.09, לאחר השעה 01:00, נהג המערער במכוניתו מסוג מאזדה 3 כשהוא שתוי. באותה עת עמדה ר' קטינה ילידת 04.12.92 (להלן: המתלוננת) ביציאה מהעיר בית שמש וביקשה לעצור רכב שיסיעה לביתה. המערער עצר רכבו והציע למתלוננת להסיעה לביתה והיא הסכימה. במהלך הנסיעה הציע לנסוע לביתו במושב תירוש ומשהגיבה המתלוננת שאינה מעוניינת, עצר את רכבו במקום חשוך ומבודד והורה לה לרדת מהרכב. כיוון שפחדה הגיב המערער ואמר לה שרק צחק עימה והמשיך בנסיעה. בשלב מסוים עצר פעם נוספת את הרכב ואמר לה לרדת אם אין רצונה להתלוות אליו למושב תירוש, שם יש בכוונתו לפגוש שניים מחבריו ואז יסיעה לביתה. כשהגיעו סמוך לביתה ביקשה המתלוננת שיסיעה לביתה, אולם המערער אמר שעליה להתלוות אליו ולאחר מכן ישיבה לביתה. במהלך הנסיעה שאל אותה אם היא בתולה ולאן הגיעה הכי רחוק עם גבר. המתלוננת סירבה לענות, המערער נגע בפניה שלוש פעמים והיא הסיטה את ידו. בהגיעם למושב תירוש ביקש המערער מהמתלוננת להתלוות לביתו אך היא סירבה ואמרה שאינה מעוניינת והוריה דואגים לה. הוא הביא מהבית וודקה מעורב במשקה רד בול, אך המתלוננת לגמה לגימה אחת בלבד ושפכה את השאר. המתלוננת אמרה לו כי גילה 17 שנים וחצי. היא בקשה שוב ושוב מהמערער להחזירה לביתה, והוא השיב כי שני חבריו יסיעוה. המתלוננת סירבה לנסוע עם השניים ואז שבו המערער והמתלוננת לרכב ונסעו לכיוון מושב זכריה. המערער ניסה לשכנעה להתלוות אליו לפארק בריטניה, המתלוננת סירבה וחרף התנגדותה סטה המערער לכוון הפארק תוך שהוא מתעלם מבקשתה שיסיעה לביתה. המערער החנה את הרכב במקום מבודד ואז התנפל על המתלוננת, תפס בראשה בחוזקה, נישק אותה בפיה, תוך שימוש באלמות כדי להתגבר על התנגדותה, תפס בידה והוריד את חולצתה. לאחר מכן, עבר לשבת לידה, נגע בחזה, הוריד את מושב הכיסא בשכיבה ארצה, הפשיל את מכנסיה והחדיר את אצבעותיו לאבר מינה, הכאיב לה וגרם לה דימום. המתלוננת המשיכה

להיאבק אך המערער לא הרפה והחדיר אצבעותיו לפי הטבעת ושוב לאיבר מינה ולפי הטבעת תוך שהוא מכאיב לה. המערער דרש ממנה לפסק רגליה אך היא סירבה והידקה אותן. אז דרש ממנה למצוץ את איבר מינו, והיא סירבה וביקשה שוב ושוב שיקחנה לביתה. לאחר מכן הסיע המערער את המתלוננת לביתה. היא נכנסה לביתה פצועה המומה ופרצה בבכי.

כך מתאר כתב האישום את מעשי המערער, תאור עליו חזר בית המשפט בהכרעת דינו.

ההליך בבית המשפט המחוזי

3. בפני בית המשפט המחוזי הודה המערער כי הסיע את המתלוננת במכוניתו, אך טען שלא היה שתוי. לדבריו, הציע לה להצטרף אליו למושב תירוש ולשם נסעו. הוא כפר בכך שנסע למקומות חשוכים וכי שאל אותה שאלות אינטימיות. המערער אישר שהביא מביתו וודקה ומשקה רד בול, הם נפגשו עם חבריו ושתו יחד. לדבריו, המתלוננת סירבה להיכנס לביתו ולכן שתו בכניסה לישוב. לטענתו, היא הציגה עצמה כבת 18. הוא אישר שליטף אותה אך טען כי היא לא הסיטה ידו ממנה. הוא הציע שחבריו ייקחו אותה אך היא ביקשה שיסיע אותה לבדו לביתה. בהסכמה נסעו לפארק בריטניה שם התנשקו התגפפו, פשטו בגדיהם והחלו בקיום מגע מיני. המערער טען כי בהסכמתה החופשית החדיר אצבעותיו לאיבר מינה מבלי לגרום לה כאב. המגע המיני הופסק כשהוברר שלמערער אין קונדום. הוא כפר בהחדרת אצבעותיו לפי הטבעת. לאחר מכן הסיע אותה לביתה והם קבעו להידבר ביניהם.

4. בית המשפט המחוזי הציג את יריעת המחלוקת בשתי שאלות

א. האם במהלך הנסיעה מבית שמש עצר המערער פעמיים ואמר למתלוננת שאם לא תיאות לבוא איתו למושב תירוש עליה לרדת מהרכב.

ב. האם הפנייה לפארק בריטניה הייתה בהסכמה והאם המגע המיני היה בהסכמה או בכפייה.

5. העדות המרכזית בבית המשפט המחוזי הייתה עדותה של המתלוננת, תלמידת תיכון, שגוללה את מסכת האירועים והמעשים שביצע בה המערער. היא העידה שבערב האירוע חגגה את יום הולדתה והייתה אמורה לישון אצל חברתה בבית שמש, אולם הסתבר כי החברה אמורה לקום בבוקר לעבודה, ומשכך החליטה המתלוננת לחזור לביתה. היא לוותה על ידי שתי חברות במטרה לתפוס טרמפ לביתה במושב זכריה. בהמשך תיארה את האירועים המתוארים בכתב האישום. בית המשפט, הגם שמצא סתירות ותמיהות בגרסתה, סבר "שמדובר בעניינים פריפריאליים שאינם נוגעים לאירועי אותו לילה". באשר לאמינות גרסתה קבע כי "גרסתה של המתלוננת על מהלך הדברים עם הנאשם הייתה ברורה, הגיונית וקוהרנטית, תיאוריה אותנטיים מתוך מתן ביטוי לפחדים ולחששות שחוותה". בית המשפט ציין שלא הסתירה פרטים פחות נוחים לה בגרסתה, כמו נסיעה בטרמפים באישון לילה, העובדה שעישנה סיגריות, ושהסכימה להתלוות לנאשם. בית המשפט האמין למתלוננת כי עמדה על דעתה וביקשה מהמערער שיביאה לביתה, וסירבה להיוותר עימו במקום סגור ומבודד, כמו גם סירבה להיכנס לביתו ולמקום מבודד ביער.

6. בית המשפט מצא תמיכות לגרסתה של המתלוננת בעדות אחיה הצעיר שנכנס באותו לילה הביתה ושמע אותה בוכה, ובדברי אמה של המתלוננת ששמעה את בכייה, ושאלה אותה רק למחרת כיצד חזרה הביתה שהרי הייתה אמורה לישון אצל חברה, ומתגובתה הבינה שקרה משהו. על פי תיאור האם מצאה את המתלוננת רועדת, קפואה במיטה, שוכבת בבגדיה, וכשניסתה לעזור לה להתפשט ראתה שהחזייה שלה מוכתמת בדם. האם העידה כי אמרה למתלוננת שהן הולכות לתחנת המשטרה. האם תיארה את מצבה של בתה מאז המקרה, מתקשה לישון בלילות, ירדה בלימודים, פוחדת לצאת מהבית ונזקקת לטיפול פסיכולוגי. בית המשפט מצא שהממצאים הרפואיים כמו שפשוף בשפתה, שריטות וחבלות ברגליה, כמו גם סימני שפשוף באיבר מינה תואמים את סיפורה. בית המשפט קבע שהסימנים שנמצאו על גופה מעידים על שימוש בכוח ולא על מגע מיני נינוח כפי שניסה המערער להציג. שיחת המערער עם חברו חזן (ת/10), בה הוא מספר לו על האירוע, אף היא מחזקת את גרסת המתלוננת למרות דברי הרהב וההתרברבות של המערער בהם היא שזורה. בית המשפט סיכם את התרשמותו מעדות המתלוננת כי "נמצאה מבוססת ואמינה מתוכה ומברה" שכן עדותה זכתה לחיזוקים חיצוניים משמעותיים. לעומת זאת דחה בית המשפט את גרסת המערער, לפיה כל הערב התנהל ביניהם על בסיס רצון והסכמה מצידה של המתלוננת.

7. כאמור בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער באיננו המתלוננת בנסיבות מחמירות ובמעשה סדום. לאחר שקיבל תסקיר שירות מבחן, בו נמנע שירות המבחן מהמלצה טיפולית, כמו גם תסקיר נפגעת עבירה המביא פרטים רבים על השפעת אירוע האיננו על המתלוננת תוך תאור בדידותה, הסתגרותה, ופחדיה, גזר עליו בית המשפט את העונשים כאמור: ארבע שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יבצע עבירה מהוראות סימן ה' בפרק י' לחוק העונשין. עוד קבע כי מהמאסר בפועל יש לנכות את תקופת המעצר בין הימים 16.11.09 - 23.8.09. עוד הטיל בית המשפט על המערער קנס בסך 2000 ₪ או 20 ימי מאסר תמורתו, וכן פיצוי למתלוננת בסך 30,000 ₪ אשר ישולם לא יאוחר מיום 15.1.2011. יוער כי דעת המיעוט של השופט מזרחי גרסה כי יש להטיל על המערער שלוש שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי.

טענות הצדדים

8. באי כוחו של המערער, עו"ד כץ ועו"ד ליטן, טענו כל שניתן לשכנענו כי במקרה דנן יש הצדקה להתערב בהכרעת הדין. לעמדתם, אין מדובר בערעור על מהימנות המתלוננת, אלא בקביעות עובדתיות ומסקנות שאינן הולמות את מסכת הראיות שהוצגה בפני בית המשפט, כגון הקביעה שהמתלוננת אולצה על ידי המערער לנסוע למושב תירוש, כמו גם המסקנות שאינן עולות בקנה אחד עם הממצאים הרפואיים. לטענתם, בית המשפט נתן למתלוננת ליהנות מהספק תחת חובתו שבדין לתת למערער ליהנות מהספק, ותוך התעלמות מאותם ממצאים אשר יש בהם ללמד על חקירה רשלנית ולא ראוייה של אנשי משטרה שביקשו להוביל להרשעתו של המערער. "הראיות התומכות" עליהן ביסס בית משפט קמא את הרשעתו של המערער לא רק שאינן תומכות, לטענתם, אלא שיש בהן כדי לכרסם כרסום של ממש בגרסת המתלוננת. עוד מוסיפים הם כי בית המשפט שגה כשקבע כי הסתירות והתמיהות שבעדות המתלוננת מצויות בפריפריה ואינן נוגעות ישירות לאירועים. כך למשל באשר לסתירות בדבריה לגבי הסכמתה או אי הסכמתה לשתות אלכוהול במהלך הנסיעה. עוד שגה בית המשפט, לטענתם, בקובעו כי הייתה למערער תכנית מראש להוביל את המתלוננת בדרכי כזב במטרה לבצע את זממו. העובדה שהמערער הציע למתלוננת לנסוע עם שניים מחבריו אינה מתיישבת עם קביעת בית המשפט המחוזי כי למערער היתה תוכנית מותווית לביצוע זממו. לטענת באי כוחו של המערער קיימת חוסר קוהרנטיות בהסבריה של המתלוננת באשר לסירובה לנסוע עם שניים מחבריו לביתה שבמושב זכריה, שכן מעדותה עולה שהסבירה את סירובה בכך שהמעשה אינו מכובד, ובשלב מאוחר יותר הוסיפה וטענה שיהיה לה קשה יותר להשתלט על שניים מאשר על אחד.

חלק משמעותי מדבריהם הפנו הסנגורים לכך שטענתה של המתלוננת על אונס קודם זה למעשה לתלונה נשוא ערעור זה, כאשר לטענתם אין מחלוקת שבמקרה הקודם כלל לא התרחש אונס. ההתנהלות כאן מלמדת, לטענתם, על דפוס התנהגות של המתלוננת ואמה. לעמדת באי כוח המערער התנהגות האם גם היא מוזרה, ויתכן שהמניע להגשת התלונה היה פחדה של המתלוננת מאמה. עוד מוסיפים הם כי השיחה בין המערער וחזן היא שיחה ניטרלית, ואין בה בשום פנים כדי לתמוך בגרסת המתלוננת. כך גם באשר לממצאים הרפואיים אשר על פי חוות דעת הרופא היו יכולים להיגרם במסגרת מגע מיני נינוח ומתוך הסכמה.

לעניין העונש מבקשים הסנגורים לא להיעתר לבקשת המאשימה, אלא להקל בעונשו של מרשם, וכן מבקשים הם לשים לב לדברי השופטת מזרחי ולהתרשם מתמונת המתלוננת בפייסבוק. פסקי הדין שהוגשו על ידי התביעה משקפים, לטענתם, נסיבות חמורות בהרבה מהעונש הראוי במקרה זה.

9. המדינה מנגד טוענת באמצעות באת כוחה, עו"ד פטל רוזנברג, כי יש לדחות את הערעור מן הטעם שאינו מגלה עילה להתערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים ובקביעותיו של בית המשפט. לדעת המשיבה הרשעתו של המערער בדין יסודה ואין עילה להתערב בממצאי המהימנות והעובדה שקבעה הערכאה הדיונית. בית המשפט המחוזי ביסס קביעותיו על ממצאי מהימנות ביחס לעדות המתלוננת, והאמין לה על אף תמיהות שהעלתה ההגנה. בית המשפט מצא חיזוקים משמעותיים בעדות אמה ואחיה ובממצאים הרפואיים על פי חוות דעת רפואית שהוגשה (ת/1). גם השיחה של המערער עם חזן יומיים לאחר האירוע מתיישבת ואף תומכת בגרסת המתלוננת.

כמו כן מבקשת המשיבה לדחות את הערעור המופנה כלפי חומרת העונש שהושת על המערער ולקבל את ערעורה על קולת העונש. היא מטעימה שהעונש קל ומצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור, שכן לא היה מקום להפחית מהעונש המזערי הקבוע בחוק. מדובר באונס בשדה, אונס של אדם זר שלכאורה עושה טובה למתלוננת, מעלה אותה לטרמפ, מנצל את תלותה ומבצע בה את זממו. הוא מציע לה לרדת מהמכונית אך מוסיף שאם תרד התנים יאכלו אותה, ומתוך פחד היא ממשיכה לנסוע איתו. הטעמים לקולא אינם יכולים להצדיק עונש שהוא מתחת לעונש המזערי. למערער 3 הרשעות קודמות לחובתו, והוא ריצה בעבר עונש מאסר בפועל של 16 חודשים. הפגיעה במתלוננת היא פגיעה חברתית, ולכן חשוב להעביר מסר ציבורי לפיו

כאשר מתרחשת פגיעה מסוג זה של אונס בשדה בית המשפט יחמיר בעונש. בית המשפט היה צריך להתרשם מהלך הרוח של המערער ובכלל זה השיחה שלו עם חזן ולתת גם לכך משקל לעניין העונש.

ד"ר

10. יאמר כבר בפתח הדברים כי לאחר שעיינתי בגרסת המתלוננת, כמו גם בעדויות וההודעות הנוספות שניתנו, והאזנתי לקלטות שהוגשו, מצאתי כי דבריה של המתלוננת יוצרים תשתית קוהרנטית וברורה אליה מתווספות ראיות נוספות, ובראשן עדויות האח והאם כמו גם הממצאים הרפואיים, שיש בהן להוכיח את אשמתו של המערער מעל לכל ספק סביר.

הסתירות שמצא בית המשפט המחוזי, ושעליהן עמדו הסנגורים בטיעונם הנמרץ והתמיהות שהעלו, אינן פוגעות בליבת הדברים, ולא בגרעין האמת העקבי שבעדותה ובתיאור האמין והמשכנע שהציגה, ואין בהן כדי לעורר ספק באמיתות דבריה ובתיאורה. כאשר בית המשפט ציין כי "מדובר בעניינים כמעט פריפריאליים שאינם נוגעים ישירות לאירועים באותו לילה" נראה שכוונתו הייתה שמדובר בדברים שבשוליים ולא הדברים שהם המשמעותיים או הגרעין הקשה של אירועי אותו לילה נורא, ובעיקר שהם אינם מתייחסים ישירות למעשים הקשים שביצע המערער כלפיה. ואכן, הנושאים בהם התגלו סתירות, כגון המשקה ששתתה המתלוננת והגיל שמסרה למערער, נוגעים כולם לאירועי אותו לילה, אך אינם בליבת האירועים ויותר נכון בליבת המעשים שהמתלוננת מייחסת למערער.

וכך סיכם בית המשפט המחוזי את התרשמותו מעדותה של המתלוננת:

"גרסתה של המתלוננת על מהלך הדברים עם הנאשם הייתה ברורה, הגיונית וקוהרנטית, תיאוריה אותנטיים תוך מתן ביטוי לפחדים ולחששות שחוותה."

והוסיף:

"מסקנתי היא כי חרף התמיהות והסתירות בחינה פנימית של גרסת המתלוננת מעלה כי הגירסה נכונה."

11. כפי שנאמר שוב ושוב בפסיקתו של בית משפט זה, ככלל אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית המשפט שלדיון, אלא באותם מקרים שבהם מוצאת ערכאת הערעור כי המסכת העובדתית שנקבעה על ידי הערכאה הדיונית אינה מתקבלת על הדעת לאור חומר הראיות (ראו למשל: ע"פ 7595/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 1 (2004); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918 (2001)). יכולתה של הערכאה הדיונית לתור באופן ישיר אחר אותות האמת שנתגלו בעדויות ולהסיק מהם מסקנות בעניינים של מהימנות מצדיקה כי בית משפט שלערעור ימשוך ידו מהתערבות במסקנותיה, למעט מקרים חריגים. ההסתכלות באופן בלתי אמצעי על תגובות העד, הבעת פניו, התרגשותו, אופן דיבורו, המשולבת עם בחינת תוכן הדברים ושקילתם במסגרת הכוללת היא הדרך בה מתגבשת מסקנתם של השופטים.

טעם זה מקבל חיזוק ומשנה חשיבות כשעסקינן בעבירות מין המתבצעות במרבית המקרים בצנעה ללא נוכחות אנשים נוספים, זולת מבצע העבירה הנטענת וקורבן העבירה. בית המשפט נדרש לקבוע במי מן העדים הוא נותן אמון בעמתו גרסה מול גרסה (ראו ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 632-634 (2004); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (2002) (להלן: עניין נור); ע"פ 4043/93 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.12.94); ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 3.7.07)).

12. ואכן מדובר בעניינים בממצאים עובדתיים ולא במסקנות שגויות כטענת הסנגורים. בית המשפט המחוזי בחר לאמץ את עדות המתלוננת תוך שהוא מתאר התרשמותו ומתייחס בפירוט גם לתמיהות שבעדותה. עם זאת פסק כי בסופו של יום אין הסתירות והתמיהות מעלות ספק בנכונות גרסתה. ברי כי לא קיימת מניעה שבית המשפט שלערעור יבחן אף הוא, כפי שנתבקשנו על ידי הסנגורים, את תוכן הדברים ואת משמעות הסתירות. חרף שבתו כערכאת ערעור בית משפט זה אינו פטור מבדיקה מחודשת של הראיות, ומבחינת המסקנות אותן הסיק בית משפט דלמטה. כאמור, לאחר שהתחקיתי אחר הסתירות והתמיהות עליהן הצביעו הסנגורים בטיעוניהם, והתבוננתי בתמונה המצטיירת בעיקר מעדותה של המתלוננת והעדויות השונות שנארגו סביבה, סבורה אני כי אין בסתירות ובתמיהות כדי לערער את קביעותיו של בית המשפט המחוזי, ואין בהן כדי ליצור ספק באשר לאשמתו של המערער במעשים שיוחסו לו ובהם הורשע בסופו של יום.

13. בחינה אופקית מדוקדקת של הודעותיה ועדותה של המתלוננת, לצד העדויות והראיות האחרות, מספקת לדעתי תמונה ברורה של קו עקבי בדבריה ומבססת את מסכת האירועים נשוא כתב האישום. המתלוננת מסרה את תלונתה במשטרה פחות מ-24 שעות לאחר האירוע כשהיא עדיין כואבת ופגועה. המתלוננת שוחחה עם המערער בהנחיית המשטרה ואף התייצבה לעימות קשה מולו, פרסה את גרסתה בבית המשפט לאורך עשרות עמודים, נחקרה חקירה נגדית נוקבת, של עו"ד ליטן, כמו גם ענתה לשאלות שנשאלה על ידי כל אחד משלושת השופטים להרכב. היא עמדה בנחישות על גרסתה, הסבירה שוב ושוב שנסעה עם המערער כי לא חשבה שכך יקרה, התנגדה מאוד למעשיו בהיותם בפארק והביעה התנגדותה תוך השתוללות ברכב שגרם להידלקות האורות וצפירת הרכב. היא נשאלת על ידי הסנגור לפרטי פרטים, לדוגמה היכן האור שהדליקה והאם נכון שרגל אחת שלו הייתה באותו שלב מעל מוט ההילוכים, והיא אינה מתבלבלת ומשיבה בדיוקנות, בשטף ובביטחון על הקורות אותה ברגעים הכי קשים, כיצד התנגדה וכיצד המערער השתלט עליה, תפס לה את הידיים והתחיל להוריד את החולצה ועבר למכנס ולדבריה "אז התחלתי להשתולל ואמרתי לו תעזוב אותי אני לא רוצה, די מספיק, ואז בעטתי עם הרגליים וצפרתי" (עמ' 69 לפרטכל).

14. המתלוננת נשאלת כיצד המערער מצליח לדחוף לה ארבע אצבעות כשהיא מתפרעת ומתנגדת, אך היא עומדת על דעתה שהוא הצליח בכך, ומתארת את הכאב והדימום הנלווה אל מעשיו. כשהיא נשאלת מדוע לא ברח מהרכב היא משיבה "איך אברח אני אצא לחושך ומה אני אעשה שם, למי אני אתקשר? אני אתחיל ללכת ברגל?". היא נחקרה ארוכות בנושא המחזור החודשי והדימום שהיה לה, ומסבירה שהתאריך שהרופא כתב אינו נכון, ועומדת שוב ושוב על דעתה שלא הייתה בזמן מחזור, ושיתכן שהרופא לא שמע אותה נכון (עמ' 78 לפרטכל). תשובותיה ניתנות בשטף ללא היסוס, באופן הגיוני וברור, ועל פניהן מעוררות אמון כפי שהתרשם וקבע בית המשפט המחוזי.

15. המתלוננת הודתה כי שיקרה ביחס לגילה והסבירה שהיא נמצאת עם שכבת גיל של תלמידים שגדולים ממנה, ועל מנת להרגיש כבני גילה היא נוהגת לומר את הגיל שלהם - גיל 17.5 שנה. היא לא ניסתה להתחמק מהתשובה או מהעובדה שכך נהגה, כשם שלא הסתירה שנסעה בטרמפים בלילה, שעישנה ושהתלוותה בהסכמה למערער בנסיעתו. אין בכך להצביע בהכרח, כפי שמבקשים באי-כוח המערער לשכנע, כי המתלוננת שקרנית ומשכך גם גרסתה אינה אמינה.

אכן, עדות המתלוננת, גם אם אינה מושלמת אין פרוש הדבר שהיא אינה שלמה. וככל שנתרו בה לקויים ופגמים, מתגמדים הם נוכח גרעין האמת המוצק שבגרסתה (ראו עניין נור, בעמ' 236, 237).

16. לעדות המתלוננת מצא בית המשפט חיזוקים שנמצאו על ידו כמבססים ומחזקים את מהימנותה. חיזוק ראייתי משמעותי לגרסת המתלוננת המעיד באופן אותנטי על מצבה הנפשי והפיזי לאחר האירוע, מצא בית המשפט בעדות אחיה הצעיר בן ה-14 ששמע אותה בוכה בלילה, אך מפאת גילו הצעיר נמנעה לדבריה מלשתפו במצוקתה, כמו גם עדות האם, שאמנם לא ניגשה אליה בלילה כששמעה את בכייה, אך שמעה את שקרה בשעות הצהריים שלמחרת, וללא היסוס ובאופן מיידי לקחה את ביתה למשטרה על מנת למסור תלונה, ואחר כך התלוותה אליה לבדיקות בבית החולים. איני סבורה כי התנהלות האם בלילה, עת שמעה את ביתה בוכה ולא ניגשה אליה, יש בה בכדי לפגום באמינות תיאורה של האם את מצב ביתה כפי שנצפתה ביום שאחרי האירוע הקשה שחוותה. התיאור של האח והאם לגבי בכייה והלך רוחה של המתלוננת נמצא מחזק את מהימנותה של המתלוננת.

17. חיזוק משמעותי נוסף מצא בית המשפט בתעודות הרפואיות שהוצגו המעידות על שימוש באלומות כלפי המתלוננת, ועל כך שמעשיו של המערער בוצעו שלא בהסכמתה, והשאירו סימני פגיעה על גופה (בכתף, בשפתיים ובשוק הימנית). לאלה מצטרפת עדותו המפורטת והברורה של הרופא, ד"ר א' בזיזינסקי, שהסביר שסימני השפשוף שנמצאו באבר מינה של המתלוננת יכולים להיעשות על ידי אבר המין של הגבר, ויכולים להיווצר על ידי החדרת אצבעות כאשר נוגעים שם בצורה אלימה או בצורה חזקה. לדעתו לא סביר שהחדרת אצבעות בהסכמה תגרום לסימני השפשוף שנמצאו (עמ' 131). העובדה שלא נמצאו סימני קרע או שפשוף בפי הטבעת אינה שוללת כטענת הסנגורים את התלונה על החדרת אצבעות לפי הטבעת, שכן המתלוננת לא טענה כי החדרת האצבעות הייתה בכוח, ולכן יתכן כטענת המשיבה שההחדרה היותר אלימה הייתה לתוך הנרתיק. אמנם בשני המקרים חשה המתלוננת כאב, אולם כדבריה הדם ירד באבר המין (עמ' 28 לפרטכל). בנוסף העיד הרופא כי הדימום של תחילת וסת לא יכול להתיישב עם הממצאים שראה על החזייה (עמ' 132 לפרטכל), אשר יותר אופייניים לדם טרי או דם בכמות משמעותית. מכל מקום, הממצאים על גופה של המתלוננת על פי חוות הדעת הרפואית ועדות הרופא שוללים את גרסתו של המערער שהיה זה מגע מיני "נינוח, שנטי, כיף ולא סוער" כפי שניסה לתארו. כשנשאל המערער בחקירתו במשטרה מדוע התנצל בפני המתלוננת כשסיפרה לו בטלפון למחרת

שירד לה דם השיב, "אני התנצלתי על זה שאולי לא התקשרתי אליה ולא התייחסתי אליה מספיק". המערער אישר שהחדיר אצבעות לאבר המין שלה וכשנשאל לגבי סימני אצבעות דם על החזייה אמר כי את החזייה היא הורידה לפני שהחדיר לה אצבעות והסביר "יכול להיות שהיא הלכה הביתה ופצעה את עצמה לא יודע בשביל מה".

18. אשר למקור הדם שנמצא בנרתיקה של המתלוננת ניסה בא כוחו של המערער לשכנע שמדובר בתחילת מחזור ולא בדימום הקשור לפציעת המתלוננת, כשהוא נאחז ברישום הוסת האחרון שנרשם על ידי הרופא בבית החולים ליום 16.7.09. המתלוננת בעדותה עמדה על כך שהרישום מוטעה, שכן הרופא שאל אותה לעניין המחזור והיא אמרה שהסתיים שבוע וחצי שבועיים קודם לבדיקה, שנערכה למחרת האירוע, בעוד שעל פי הרישום מדובר בחודש ויותר לפני האירוע. המתלוננת מסרה בעדותה שהיא יודעת את תאריך המחזור ויתכן שהרופא שמע אותה לא נכון (עמ' 78 לפרטכל), או שבמקום הספרה 6 הוא רשם ספרה 16. גם הרופא אמר לגבי מועד הוסת ש"יכול להיות שהיא התבלבלה... אם היא טעתה נגיד זה במקום 16 זה 26 יכול להיות" (עמ' 133 לפרטכל). בא כוח המשיבה מפנה בהקשר זה לרשום בת/1 עמ' 2 שם נראה שנכתב תחילה תאריך אחר המתחיל בספרה 2 והוא נמחק. בחקירתה מסבירה המתלוננת כי חזייתה התלכלכה בדם, זאת היא ראתה רק בבית, וכדבריה על החזייה "יש צורה של אצבעות, וגם כאב לי למטה וראיתי שירד לי דם...". (עמ' 79-80 לפרטכל). על פי חוות הדעת של הגב' דליה חרמון מהמעבדה הביולוגית מז"פ, הכתם שנמצא על החזייה הוא דם של המתלוננת. בית המשפט האמין לגרסתה שהמגע המיני לווה באלימות, כמו גם שהמערער החדיר אצבעותיו לאבר מינה. הימצאות הדם על החזייה וההסבר שנתנה מחזק לטעמי את גרסתה שהמערער ביצע בה מעשה מיני בכפיה.

19. לאלה יש להוסיף את השיחה בין המערער למיכאל חזן (ת/10) אותה שמענו והתרשמנו כי אכן מדובר בהתרברבות של המערער שאינה מסתירה את תיאור "ההתנפלות" שלו על המתלוננת לאחר שסטה כדבריו בדרך לביתה לפארק בריטניה, ובניגוד לדברים שמסר קודם לכן במשטרה שהיא זו שביקשה ללכת לפינה ביער (ת/2) (ת/3). הדברים מחזקים את קביעותיו של בית המשפט כי מתחילת הערב המערער תכנן לקיים עמה קשר מיני, ושהיא לא נעתרה לרצונו הוא כפה זאת עליה בפארק נידח לאחר שסטה מדרכו, בדרכי כפיה ואלימות במכונית, כשהיא משתוללת בועטת ומתנגדת, אך הדבר לא צלח בידה.

20. נושא אחרון שהסנגור יחס לו חשיבות רבה, הוא מעשה האונס הקודם עליו סיפרה המתלוננת בחקירתה הראשונה במשטרה בתשובה לשאלת החוקר האם היא בתולה. המתלוננת השיבה כי היא חושבת שלא, מאחר וכבר קרה לה מקרה אונס בעבר חצי שנה קודם לכן. בעדותה בבית המשפט בתשובה לשאלות הסנגור הסבירה כי היה זה מקרה בו שתתה אלכוהול ונרדמה ברכב. למחרת ראתה כתם דם, היא נלחצה וסיפרה על כך לאמה שחששה שאולי הידיד עשה לבתה מעשה אסור וביקשה לגשת עמה להתלונן במשטרה. המתלוננת סירבה בתוקף שכן מדובר בידיד שלה ובסופו של דבר לא הוגשה כל תלונה. משכך גם לא ידעה אם היא בתולה או לא, עד שנבדקה על ידי ד"ר בזיזנסקי בבית החולים הדסה לאחר האירוע שקבע שהיא בתולה.

הסנגור מבקש להסיק מכך על התנהלות חוזרת של המתלוננת בבחינת "עדות שיטה", כך לשיטתו, שכן לדבריו גם באירוע הקודם המתלוננת שתתה, גם שם סבלה מדימומים שמקורם במחזור, וגם שם דרשה האם שתמסור תלונה נגד אותו ידיד בתחנת משטרה, אלא ששם המתלוננת סירבה להתלונן. הסנגור גם קובל על כך שבית המשפט סרב לבקשת ההגנה לחשוף את שמו של הידיד כמו גם את חקירתו מאחר ואינם רלבנטיים למקרה שבפנינו.

21. בית המשפט המחוזי ציין בהקשר זה כי המתלוננת חשבה בזמנו שידיד שלה אנס אותה, כיוון שהייתה שתויה, אך הדבר לא התרחש בפועל, היא מאמינה באותו ידיד ומה שייחסה לו לדבריה לא ארע. בית המשפט מצא שהסברה של המתלוננת אינו מספק. עם זאת, לא מצא שיש בכך לפגום במהימנותה ואמיתות גרסתה בעניין נשוא הערעור שבפנינו. אני סבורה שאכן יש לראות בהסברה של המתלוננת לאירוע הקודם הסבר מספק אם נותנים את הדעת לכך שרק לאחר בדיקת הרופא בבית החולים הדסה, שהתבצעה לאחר האירוע האחרון, התברר למתלוננת שהיא עדיין בתולה למרות מה שעברה. בדיקה זו שכנעה אותה שבפעם הקודמת חששה היה לשווא, וחיזקה את אמונתה שמה שייחסה לידידה (ללא תלונה במשטרה) אכן לא ארע. הדברים מתחזקים עוד יותר מעיון בחקירתה במשטרה מיום 20.8.09 שעה שנשאלה אם היא בתולה השיבה שחושבת שלא כי קרה לה מקרה אונס בעבר. לאחר הבדיקה בבית החולים שאז אמר לה הרופא שהיא בתולה, בחקירותיה המאוחרות יותר, מיום 22.8.09 ומיום 23.8.09, כשנשאלה האם היא בתולה השיבה בחיוב. משכך, שמו של הידיד אותו ביקשה הסנגוריה לחשוף, לא היה מעלה או מוריד לצורך העניין. ספק רב בעיני אם חשיפת שמו של הידיד וחקירתו בבית המשפט הדבר היו מסייעים למערער בניהול הגנתו, וסביר שהיה בהם כדי לפגוע בפרטיותו של הידיד ושל המתלוננת.

22. לא יכולה להיות מחלוקת שהמערער כמו כל נאשם זכאי למלוא הגנתו, וכי קיימת חשיבות עליונה להבטיח שיהיו בידיו כל הכלים הנדרשים לשם כך, ובראש ובראשונה מלוא חומר הראיות. יחד עם זאת, אין בכך משום קריאת דרור לפגיעה בפרטיותה של המתלוננת או בצדדים שלישיים שאינם נוגעים לעניין, במיוחד כאשר אין בכך לסייע להגנתו של הנאשם. נוסחת האיזון שנקבעה בפסיקתו של בית משפט זה קובעת ככלל כי זכות הנאשם למשפט הוגן גוברת על ההגנה על פרטיותם של עדים ומתלוננים, ואולם, כאשר הפגיעה בזכותו של הנאשם הינה רחוקה ובלתי משמעותית יש לתת משקל הולם לאינטרסים של עדים וקורבנות עבירה ולאינטרס הציבורי לעודד חשיפת עבירות, לקיים הליכי משפט ולאכוף את הדין (ראו בש"פ 3642/04 סרפו נ' מדינת ישראל (לא פורסמה, 12.5.04); בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 454 (2000); בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (לא פורסמה, 13.9.09); בש"פ 9322/99 מסרווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376 (6.2.00)). המסקנה היא, אם כן, כי יש לדחות את טענות הסנגורים גם לעניין זה.

לטכום

23. במקרה שבפנינו הציגה המתלוננת צעירה לימים ביום האירוע (בת 16 ו-9 חודשים) גרסה עקבית, קוהרנטית ושלמה הן מבחינה פנימית - כאשר בוחנים חלקים פנימיים בעדותה - וכן מבחינה חיצונית - כאשר בוחנים את שאר הראיות שהיו בפני בית המשפט קמא. אין פרוש הדבר שגרסתה נעדרת אי התאמות ואף סתירות ותמיהות כפי שהובהר, אלא שבית המשפט היה מודע לעובדה זו, ועל אף זאת מצא להאמין למתלוננת ולקבל את גרסתה ולדחות את גרסת המערער. גרסת המתלוננת נבנית מפרטים שקיבלו חיזוק בעדים ובעיקר בחוות דעת רפואית, בהקלטות, ובעימות שנערך ביניהם. אין כל ספק שמעשה האונס ומעשה הסדום אכן בוצעו במתלוננת כפי שקבע בית המשפט המחוזי באומרו: "עדות המתלוננת נמצאה אמינה, שלא כך עדותו של הנאשם... כפי שאמר בעצמו, מרגע הראשון הייתה כוונה לקיים יחסי מין עם המתלוננת".... ובהמשך "היוזמה לסטות מהדרך היא יוזמתו של הנאשם, שם כפה עצמו על המתלוננת שהביע התנגדות בדבור ובמעשה"....

לקביעת בית המשפט נמצאו חיזוקים כפי שפורט, שוכנעתי כי דין הערעור על הכרעת הדין להידחות.

24. שני הצדדים מערערים על גזר הדין. המדינה מערערת על קולת העונש בהדגישה את חומרת המעשים בנערה צעירה שביקשה טרמפ, נאספה אל מכוניתו של המערער ומצאה עצמה כשהיא תלויה בו וברצונו כשהיא חוזרת ומבקשת שיחזירנה לביתה. התמונה המצטיירת מהכרעת הדין של אירועי אותו ערב היא קשה, כאשר המערער הסיע את המתלוננת טרמפיסטית תמימה, חלף על פני המושב בו היא מתגוררת, התעלם מבקשתה לעצור ולהורידה ונסע למושב תירוש בו הוא מתגורר. לאחר שהות קצרה במושב תירוש שם שתה וודקה וניסה גם להשקותה, הסיע אותה בחזרה לכוון מגוריה, בדרך סטה לפארק בריטניה וכפה עצמו עליה, הגם שהביעה התנגדות בדיבור ובמעשה.

באי כוח המערער טוענים שהתמונה כפי שהוצגה על ידי המאשימה צובעת את האירוע ואת המערער בצבעים לא נכונים. המתלוננת הסכימה לנסוע עמו למושב שלו, לשהות עמו, אחר כך התעקשה שיחזיר אותה לביתה והוא חדל ממעשיו והחזירה לביתה. המגע המיני לא גרם לאובדן הבתולים. לטעמם, מצבה האמיתי של המתלוננת משתקף ב"פייסבוק", שם נראית המתלוננת מצולמת ומשוחזרת כפי שהיא במציאות. עוד טענו כי העובדה שהמערער לא הודה במיוחס לו בכתב האישום, וכי הוא עומד בהכחשתו, מונעת ממנו תסקיר חיובי. לטענתם, הפסיקה שהוגשה על ידי בא כוח המאשימה מציגה מקרים חמורים בהרבה מהמקרה שלפנינו. הם מבקשים להפנות לפסיקה בה נגזרו על מי שביצעו עבירות דומות ואף חמורת יותר עונשים קלים בהרבה מזה שהוטל על המערער. כמו כן מפנים הם לעמדתה של שופטת המיעוט שלטעמה הנסיבות מצדיקות להסתפק בשלוש שנות מאסר בפועל ושנה אחת על תנאי.

25. העבירות בהן הורשע המערער הן מהחמורות בספר החוקים, כאשר לעבירת האינוס נקבע עונש מזערי בחוק. למתלוננת נגרמו פגיעות פיזיות ונפשיות שקיבלו ביטוי מפורט בתסקיר נפגעת העבירה, הסתגרות, פחדים, אובדן ביטחון עצמי, קושי בהתמודדות בלימודים ובשירות, חוסר אמון בעצמה ובסובב אותה. כן פורטו השלכות פגיעתה על מצבה האישי ועל המשפחה כולה.

תסקיר שרות המבחן נמנע בזמנו מהמלצה טיפולית בנוגע למערער בשל תפיסותיו הבלתי בשלות את המין האחר. תסקיר הערכת מסוכנות קבע מסוכנות משמעותית.

26. העובדה שנערה עוצרת טרמפ בלילה משוחחת ומדברת בקלילות ומעשנת סיגריה אינה עילה להפכה לטרף קל. המתלוננת נתנה אמון במערער הבוגר ממנה כמעט פי שניים בגיל, הוא ניצל את האמון שנתנה בו, לא עצר ליד ביתה והמשיך במטרה להשיג מטרתו - לקיים עימה יחסי מין. הסיטואציה בה מצאה את עצמה ביער באישון לילה במכוניתו נאבקת בכל דרך להניאו ממעשיו, פוחדת וחוששת, כאשר גם הפלאפון האישי נפל ולא היה ברשותה, היא סיטואציה קשה המצדיקה ענישה קשה.

בית המשפט המחוזי הקל עם המערער בהשיתו עליו עונש של 4 שנות מאסר. המערער הורשע בעבירה של אינוס תוך גרימת חבלה גופנית או נפשית לפי סעיף 345 (ב)(3) לחוק, והושת עליו העונש המזערי הקבוע בחוק רק עבור עבירה זו. בית המשפט התעלם מכך שהמערער הורשע בעבירה נוספת של מעשה סדום, כמו גם התעלם מכוונת המחוקק בקובעו עונש מזערי לתת ביטוי לחומרה שהוא רואה בביצוע עבירות מסוג זה. העונש שהוטל על המערער אינו תואם את כוונת המחוקק, במיוחד כשמדובר בשתי עבירות, לא את מדיניות הענישה הראויה, ולא את פסיקת בית משפט זה לגבי עבירות מין בנסיבות אלימות המבוצעות כלפי נערה צעירה תלמידת בית ספר תיכון שבטחה במערער והוא ניצל את אמונה ומצוקתה וביצע בה את זממו. נסיבותיו האישיות של קורבן העבירה והשפעת העבירה על חייו ועל מצבו הגופני והנפשי הם שיקולים לגיטימיים שעל בית המשפט להתייחס אליהם כמו גם אל נסיבותיו האישיות של מבצע העבירה. העונש המוטל על נאשם בעבירות חמורות כגון אלו מטרתו בין היתר להעביר מסר המגן על האוטונומיה של האישה על גופה ועל כבודה, כדי שיהיה בו לעודד נשים לבוא ולהתלונן בעבירות מסוג זה, על אף הקשיים הרבים הכרוכים בכך.

אעיר לפני סיום כי הפנייתם של הסנגורים לתמונותיה של המתלוננת ב"פייסבוק" אינה ראויה לטעמי, ועשויה בכך להיגרם פגיעה בפרטיותה ובכבודה של המתלוננת. האופן בו בוחר אדם להציג עצמו ברשת חברתית אין לו דבר וחצי דבר עם האירועים והמעשים הקשים שנידונו בפנינו. לדעתי ראוי היה לטענה זו שלא תועלה.

המסקנה מן האמור, ולאור הנוהג שאין ערכאת הערעור ממצה את הדין, כי יש להחמיר בעונשו של המערער ולהעמידו על 6 שנות מאסר בפועל. יתר רכיבי גזר הדין יעמדו בעינם.

השופט ס' ג'ובראן:
אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. מצטרף אני לפסק-דינה המקיף של חברתי השופטת ע' ארבל. נוסף על כך, ארצה להתייחס לסוגיה המתעוררת הימנה, בשל חשיבותה העקרונית והמעשית גם יחד. ברקע יצוין כי המשפט הפלילי התקדם בעשורים האחרונים צעדים משמעותיים לעבר הכרה וחיזוק של מעמד נפגע העבירה במסגרת ההליך. הדבר בא לידי ביטוי באופנים שונים – הגשת תצהיר נפגע עבירה, הבעת עמדה ביחס להסדר טיעון ועוד. חוששני כי הניסיון המשפטי מלמד כי דווקא בסוגיה משפטית אחת שנוגעת לנפגעי עבירות מין, סעיף חוק שנחקק לפני שנים לא מעטות טרם השתרש כראוי בשיטתנו המשפטית.

בסעיפים 20-21 לחוות דעתה דנה חברתי במשמעות מקרה "האונס" הקודם (שלא הוכח ואינו קשור למערער), אחריו הבחינה המתלוננת בכתם דם אצלה, ואודותיו סיפרה המתלוננת לחוקר המשטרתי בתגובה לשאלתו האם היא בתולה. האומנם מעיד מקרה זה על התנהלות שיטתית של המתלוננת כטענת הסנגור, או כלום יש בו לפגום במהימנות גרסתה? אני שותף למסקנתה של חברתי כי הסברה של המתלוננת בנוגע לסיבה שלא הגישה תלונה עקב האירוע הקודם מספק ושאינו לו רלוונטיות למקרה שלפנינו. מלבד זאת, לדידי יש לתת את הדעת לסוגית חוקיות הפניית שאלה זו בדבר עברה המיני למתלוננת ולאופן שאילתה.

חקירה של נפגע עבירת מין בדבר עברו המיני מוסדרת באמצעות שני דברי חקיקה, המתייחסים הן לחקירת הנפגע במשטרה, הן לחקירתו כעד בבית המשפט.

2. סעיף 2 א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957 (להלן: סעיף 2א) קובע איסור על חקירת נפגע עבירת מין בדבר עברו המיני, אלא אם הגבלה זו עלולה לגרום לנאשם עיוות דין. הסעיף מחזק הוראה קודמת הקבועה בסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האוסר על חקירה "שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה או ביוש שאינם לעניין הנידון ואינם הוגנים". סעיף 2א חוקק עם תיקון מס' 22 לחוק העונשין,

התשמ"ח-1988 (ס"ח התשמ"ח מס' 1246) שהחיל מספר שינויי חקיקה מהותיים בנוגע לעבירות מין ונפגעי עבירות אלו. בין היתר, הורחבה הגדרת עבירת האינוס כך שלא נדרש שהבעילה תעשה "שלא כדין נגד רצונה" של האישה אלא "שלא בהסכמתה החופשית" וגם הורחבה הגדרת עבירת הסדום. כחלק משינוי חקיקה זה, נאסר על חקירה בבית המשפט בדבר עברו המיני של נפגע עבירה, בכפוף לסייג הקבוע בסיפא של סעיף 2א: "אלא אם כן ראה מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין".

מדברי ההסבר לסעיף עולה כי ביסוד האיסור על עריכת חקירה עמדו שתי תכליות. התכלית הראשונה היא מניעת פגיעה נוספת בנפגע עבירת מין הנחקר בעניינה כתוצאה מתחקורו בדבר עברו המיני כאשר אין לכך רלוונטיות לעניין. התכלית השנייה נובעת מהראשונה, והיא צמצומה של אותה פגיעה המהווה תמריץ-שלילי להגשת תלונות על עבירות מין (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), תשמ"ו-1986, דברי ההסבר התפרסמו בה"ח 1797 בעמ' 308).

הרציונאל בבסיסו של סעיף זה אוזכר בפסיקותיו של בית משפט זה:

" השיטה שלפיה מעביר הסניגור, כאילו בסרט נע, את ההיסטוריה של חייה המיניים של המתלוננת כלשהי כבר איננה מקובלת ואיננה מותרת...
העובדה שהמתלוננת הייתה – אם בכלל – מוכנה להתגפף פעם עם חייל, אינה אומרת ולא כלום על רצונה לשכב עם נדב, אלי, אריק, שלום או צפריר או משהו אחר מן החבורה, ומה גם בנוכחות כולם, חוץ מניסיון להכפיש שמה של המתלוננת... הניסיון להוכיח חפותו של אנס על-ידי העלאת פרשיות על קיום יחסי מין מרצון עם גבר אחר, שבועלה בבתי המשפט. הוא נועד להטות את ההכרעה מן הנושא העומד לדיון, על-ידי הניסיון לשכנע כי אישה השוכבת עם פלוני מרצונה יוצרת בכך תשתית ראייתית שלפיה היא מסכימה לשכב גם עם פלמוני ואלמוני. זהו ניסיון שלא יצלח וראוי הוא שיידחה מכול וכול. " (ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' אופיר בארי פ"ד מה(1) 302, 6-325) (להלן: פרשת בארי מפי הנשיא מ' שמגר).

גישת המחוקק הינה, אם כן, כי במקרים שאין רלוונטיות לעברם המיני של נפגעי העבירה, אין להביאם כראייה בבית המשפט. זאת על רקע הפרקטיקה שהייתה נהוגה לחקור נפגעת עבירה בדבר התנהגותה באירועים מיניים קודמים שאינם קשורים או בדבר דרך לבושה ואופן בילויה וזאת כדי להעיד על הסכמתה אף במקרה הנידון,

וכדי לערער באמצעות שאלות מביכות אלו את מהימנות עדות הנפגעת (גיל סגל וצחי דוידוביץ "כן לא שחור לבן: על יסוד אי ההסכמה ושינוי הלבבות בעבירת אינוס" הארת דין ד(2) 140, 158 (התשס"ז); דן בייץ "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קורבן עבירת האנוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב 281, 289 (1995)). פרקטיקה זו מקורה לעתים בדעה קדומה בנוגע ל"סוג" הנשים שהתנהגותן המינית בעבר יוצרת כלפיהן חזקה כי הן מתירניות גם כלפי יחסי מין בהווה. כפי שנכתב על-ידי השופט ס' ג'ובראן:

"נראה לי כי מדובר בשרידים של תפיסה חברתית מוטה, אשר נטתה לראות בנאנסת כאחראית למצבה ולא כקרבן. הצורך בעקירת תפיסה זו הביא, בין היתר, גם לחקיקתם של חוקים כדוגמת סעיף 2א לחוק חקירת עדים וסעיף 13 לחוק נפגעי עבירה (ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 34 לפסק הדין (07.02.07) (להלן: פרשת פלוני)).

עוד נקבע כי חקירה בדבר תלונות שהגישה מתלוננת בגין מעשים מיניים שבוצעו בה בעבר על-ידי אחרים נכללת אף היא בגדר איסור החקירה (ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל פ"ד נה(3) 873, 901).

נמצא, אפוא, שהנחת המוצא של סעיף 2א היא כי החקירה בדבר עברו המיני של נפגע העבירה אסורה. הטעם הוא שאין לעבר המיני רלוונטיות להתנהגות הפלילית של הנאשם בתיק. נאשם בעבירת מין, ככל נאשם, נהנה מחזקת החפות. אך חזקה זו איננה מתעצמת או נחלשת בכפוף לעברה המיני של המתלוננת. אם כך הוא המצב, קיימת הצדקה נוספת לאיסור על חקירה בדבר עבר מיני והיא מניעת הפגיעה במתלוננת כעדה בהליך הן על מנת לשמור על כבודה, והן כדי למנוע ניסיון, מכוון או לא מכוון, להסיט את המוקד בחקירה הנגדית מן הנאשם ומן אמינות גרסת המתלוננת בתיק הנידון אל עבר סיפור חייה הכללי. לצד זאת, מותר לחקור בעברה המיני של המתלוננת אם בית המשפט מוצא שאיסור החקירה יגרום לנאשם עיוות דין.

סעיף 2א יוצר איזון בין זכויות נפגע העבירה לפרטיות ולכבוד לבין זכות הנאשם להוכיח את חפותו. ברי כי מלאכת יישום האיזון אינה קלה היא, אך לא זאת ברצוני להדגיש. מטרתי היא להפנות את הזרקור אל עצם קיומו של סעיף 2א שנוקט בלשון איסור. יושם אל לב לשונו של סעיף 2א לרבות הפתיח:

”בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה... אלא אם כן ראה... כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין”.

עולה שמתפקידו של בית המשפט למנוע חקירה אסורה באולמו. השאלה בסייג האם איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין נתונה היא לשיקול דעתו - משמעותה שעליו לשיקול את העניין. נדמה כי הרף להותיר חקירה בדמות של גרימת עיוות דין לנאשם הוא גבוה יותר מרף המבחן הכללי של רלוונטיות בבחינת שאלה המופנית כלפי עד במשפט. עוד נראה שהסעיף בא ללמדנו כי אין להניח שחקירה על עבר מיני של מתלונן הינו נושא רלוונטי, ואף אין להניח שאיסור החקירה יגרום בהכרח לנאשם עיוות דין.

3. נקודה נוספת הדורשת תשומת לב היא חקירת עברה המיני של מתלוננת במהלך השלב המקדים של החקירה המשטרית, בנבדל מהחקירה בבית המשפט. למעשה נקודה זו נגזרת מהאיסור המתואר בסעיף 2א. ההיגיון אומר שלצד המגבלה על חקירה בדבר עבר מיני במהלך המשפט, נדרשת בנוסף מגבלה מסוימת, לאו דווקא זהה, על חקירה במהלך החקירה המשטרית. היגיון זה מעוגן בחוק. הכללים שנקבעו ביחס לחקירת נפגע עבירת מין כעד בבית משפט, הוחלו לאחר מכן גם על חקירתו על תלונתו במשטרה באמצעות סעיף 13 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס”א-2001 (להלן: סעיף 13).

חוק נפגעי עבירה נחקק על רקע הרצון ליתן מקום לנפגע העבירה בהליך הפלילי המתנהל עקב תלונתו, מעבר למסירת תלונה במשטרה ומתן עדות על-ידו (ד”כ חוברת ג’ עמ’ 601, וחוברת י”ד עמ’ 2988, י”ג אדר התשס”א (06.03.2001)). החוק מכיל שורה של זכויות, בין היתר לקבלת מידע על ההליך הפלילי, לנוכחות בדיונים ולהבעת עמדה בעניינים שונים כגון עיכוב הליכים. החוק גם קובע את זהות הרשויות האמונות על יישומן של הזכויות. סעיף 1 לחוק נפגעי עבירה מגדיר כי מטרתו “לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים”. כחלק מהגנה על כבודו, סעיף 13 נועד להגן על נפגע העבירה מפני שאלות פוגעניות שאינן נדרשות לצורכי חקירת האמת בהליך הפלילי כבר בשלב החקירה במשטרה:

”מוצע כי במסגרת החקירה במשטרה, לא ייחקר נפגע העבירה על עברו המיני. איסור זה הוא ברוח האיסור הקבוע כיום לגבי חקירת נפגע עבירת מין בבית המשפט, בסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים),

התשי"ח-1957, והוא מרחיב אותו גם לשלב החקירה המשטרית. כסייג לאיסור, מוצע כי חקירה בדבר עבר מיני תותר אם מדובר בשאלות רלבנטיות לגבי קשר מיני קודם של הנפגע עם החשוד, או אם הקצין הממונה אישר חקירה כזו, מטעמים שיירשמו, כאשר היא רלבנטית ונחוצה להשלמת תמונת האמת של המקרה. מטרתו של סעיף זה לשרש פרקטיקות חקירה נהוגות, שאינן מתיישבות עם ההגנה החוקית שכבר קיימת לגבי חקירת נפגעי עבירות מין בבית המשפט. " (ה"ח 2978 תשס"א 2978, עמ' 510).

סעיף 13 מורה לנו:

"(א) במהלך חקירת תלונה בגוף החוקר בדבר עבירת מין או אלימות לא ייחקר נפגע העבירה על עברו המיני, למעט חקירה הנדרשת בנסיבות העניין בדבר קשר מיני קודם עם החשוד, אלא אם כן קבע הקצין הממונה מטעמים שיירשמו, כי חקירה זו חיונית כדי להגיע לחקר האמת.
(ב) חקירה על עברו המיני של נפגע עבירת מין או אלימות לפי הוראות סעיף קטן (א) תיעשה תוך שמירה קפדנית על כבודו ופרטיותו של הנפגע."

כפי שעולה מלשון הסעיף, ההוראה החוקית לגבי חקירת נפגע עבירת מין במשטרה בדבר עברו המיני נחלקת לשני שלבים: האחד, האם יש לחקור. השני, הכיצד יש לחקור. התשובות שסעיף 13 לחוק נפגעי עבירה מספק דומות הן לאמור בסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין.

השלב הראשון בוחן את הלגיטימיות של עצם חקירת נפגע העבירה, הכלל הינו שאין לחקור נפגע עבירת מין – וחוק נפגעי עבירה מוסיף גם נפגע עבירת אלימות – על עברו המיני. שני חריגים לכלל מאפשרים לסטות מאיסור החקירה: כאשר בנסיבות העניין נדרשת חקירה בדבר קשר מיני קודם עם אותו החשוד; או במצב שקבע הקצין הממונה, מטעמים שיירשמו, שיש צורך חיוני בחקירה כזו כדי להגיע לחקר האמת. השלב השני מתעורר כאשר אחד החריגים בשלב הראשון נענה בחיוב והוחלט לערוך את החקירה. עניינו של השלב השני אינו האם מותר לחקור, כי אם איך יש לחקור. סעיף 13(ב) מתווה כי החקירה צריכה להיערך "תוך שמירה קפדנית על כבודו ופרטיותו של הנפגע". חשיבות הוראה זו מתחזקת נוכח העלאת הזכות לכבוד ולפרטיות על נס עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובפרט סעיפים 2 ו-7 לחוק היסוד; והשוו לסעיף 18 לתקנון שירות המדינה שנקבע לפי סעיף 7(ד)(2) לחוק למניעת הטרדה

מינית, התשנ"ח-1998, וזאת ביחס לחקירת תלונה של מתלונן על הטרדה מינית על ידי אגף החקירות בנציבות שירות המדינה).

4. הפסיקה לא הרבתה להתייחס לסעיף 2א (ראו פרשות פלוני ובארי, שאוזכרו לעיל), ואף קשה לאתר ניתוח פסיקתי אודות סעיף 13. בשל כך או למרות זאת, ראוי לעמדת שהסעיפים יוזכרו ויאוזכרו כדי לחזק את המודעות לקיום הסעיף ואת ההקפדה על הוראותיו. באשר לתפקידו של בית המשפט המובא בסעיף 2א הדברים הוזכרו לעיל. ואילו באשר לסעיף 13, ניתן לקוות שהמשטרה קבעה נהלים ודרכי פיקוח בנידון.

ההנחיה העולה משילובם של סעיף 13 לחוק נפגעי עבירה וסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי דין מורה, אפוא, לחוקרים, לקציני המשטרה הממונים ולבית המשפט לעמוד על זכויותיהם של נפגעי העבירה בשלבי חקירתם השונים. זאת בראש ובראשונה נוכח העבירות החמורות והרגישות שהם נחקרים לגביהם כמתלוננים. שנית, מאחר שנפגעי העבירה אינם מהווים צד להליך, לרוב הם אינם מיוצגים על-ידי עורך דין אשר ישמור על זכויותיהם (כיום חלקם מיוצגים על-ידי מרכזים לשירותי סיוע שונים, מדינתיים או לאו). בנוסף, וכפי שעולה מסעיף 23 לחוק נפגעי עבירה, גם על נציגי הפרקליטות – כמייצגים את אינטרס המדינה – לקחת חלק במימוש זכויותיהם של נפגעי העבירה שלא להיחקר על עברם המיני.

5. במקרה דנא, נוכח גרסתה של המתלוננת כי נמצא דימום בנרתיקה לאחר מעשה האינוס שייחסה למערער, והספק האם מדובר בתחילת מחזור חודשי, ייתכן ששאלת חוקר המשטרה בדבר היותה בתולה הייתה רלוונטית. חרף זאת, ומבלי להביע עמדה לגבי מקרה זה, שאלה מעין זו הייתה צריכה להישאל ברגישות ובעדינות הראויה, תוך שמירה קפדנית על כבודה ופרטיותה של המתלוננת. מוטב היה לשאול האם המתלוננת מודעת למקור הדימום. יתר על כן, השימוש של הסנגור בתשובתה של המתלוננת לשאלת החוקר – כי חשבה שהייתה קורבן למעשה אונס קודם – על מנת להצביע על התנהלות חוזרת של המתלוננת להגיש תלונות שווא היה צריך להדליק אור אדום ברמזור או ליתר דיוק אור צהוב מהבהב. כוונתי שבית המשפט חייב לפקח על מידת החקירה המותרת בשלב זה בהתאם לאיזונים שצוינו לעיל. ודוק, אף אם הנסיעה במסלול מותרת, על בית המשפט לוודא שחציית "צומת החקירה" תעשה בזהירות. כן עליו לבחון באיזו מידה ניתן להתיר את המשך החקירה הנגדית בנושא. וזאת אף מבלי להתייחס לכלל הראייתי בדבר סופיות התשובות בעניינים צדדיים, שגם הוא עשוי להיות נימוק לסיום החקירה הנגדית בדבר עברו המיני של המתלונן. בראייה זו, סירובו

של בית המשפט המחוזי לבקשת הסנגוריה לחשוף את שם הידיד הקשור למקרה הקודם
היה במקומו.

6. יודגש כי נוכח חשיבות הטעמים שעמדנו עליהם ביסוד הסעיפים האוסרים על
חקירת מתלונן בדבר עברו המיני, עלינו – כבית משפט וכחלק ממערכת הצדק –
להקפיד שסעיפים אלה לא יהיו בגדר הלכה ואין מורין כן. מטרתם של הסעיפים כאמור
הינה להביא לשינוי בפרקטיקות החקירה שהיו נהוגות. ההקפדה על איסור החקירה
בכפוף לסייגים הקבועים בדין, תתרום להמשך שינוי התפיסה בחברה לגבי נפגעי
עבירות מין – הבנת הקשיים שמלווים אותם והכרה במעמדם ותפקידם הראוי בהליך.
כך המשפט יתמקד בסוגיה שבאמת עומדת להכרעה. כל זאת לאורו של העיקרון בדבר
חפות הנאשם וזכותו להתגונן בפני האשמת המדינה. מטריית כבוד האדם רחבה דייה
כדי להגן על שניהם.

כאמור לעיל אני מסכים לפסק דינה ולנימוקיה של חברתי השופטת ע' ארבל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ"ד בניסן תשע"ב (16.4.12).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט