



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4930/07

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופט ח' מלצר

המערער : דוד טולדו

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בתפ"ח 1044/04 מיום 30.5.2007, שניתן על ידי כב' השופטים : ש' טימן (אב"ד), ת' שפירא ושי' ברוש

תאריך הישיבה : י"ב בחשון התשס"ט (10.11.08)

בשם המערער : עו"ד רחל תורן, עו"ד אהרון שליין

בשם המשיבה : עו"ד יעל שרף

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב מתאריך 30.5.2007 ב-תפ"ח 1044/04 (הרכב כב' השופטים : ש' טימן (אב"ד), ת' שפירא ו-ש' ברוש), אשר הרשיע את המערער בעבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן – חוק העונשין) ובעבירה של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין.

על המערער נגזרו 4 שנות מאסר לריצוי בפועל; שנתיים מאסר על תנאי, כאשר התנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו כל עבירת מין על פי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין. כן חויב המערער לשלם פיצוי למתלוננת בסך של 10,000 ש"ח.

הערעור מופנה הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין.

כתב האישום ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. בכתב האישום נטען כי בתאריך 18.11.2003 פגש המערער ב-ק', ילידת 1986 (להלן – המתלוננת), ברחובה של עיר מסוימת. לבקשתו, מסרה לו המתלוננת את מספר הטלפון שלה. יומיים לאחר מכן, בתאריך 20.11.2003 אסף המערער את המתלוננת מביתה ברכבו, לאחר שנדברו מראש, והשניים נסעו לאזור נמל תל אביב. על פי האמור בכתב האישום, באותו מועד, בעודם ישובים ברכב, ביקש המערער מהמתלוננת לשים את ידה על איבר מינו, המתלוננת סירבה, אך המערער לקח את ידה והניח אותה על איבר מינו, מעל למכנסיו. לאחר מכן הוא השעין את כיסא המתלוננת לאחור ורכן מעליה, כך שגופו היה מעל גופה של המתלוננת. בכתב האישום נאמר עוד, כי המערער הרים את חולצתה וחזייתה של המתלוננת, מצץ את פטמתה, פתח את כפתורי מכנסיה והחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת וכן לישבנה. לאחר מכן הפשיל המערער את מכנסי המתלוננת והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד הגיעו לסיפוק. את המעשים המתוארים לעיל, נטען בכתב האישום, עשה המערער שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת ובעודה מבקשת ממנו שוב ושוב שיפסיק, כאשר היא בוכה ומנסה להדוף אותו מגופה.

3. בית המשפט הנכבד קמא שמע, לצורך הכרעתו, 2 חוקרי נוער שעסקו בחקירת הפרשה, את עדויות המערער והמתלוננת וכן את עדות אמה של המתלוננת ואת עדותו של הרופא, ד"ר ריקרדו נחמן, שבדק את המתלוננת כיומיים לאחר האירוע הנטען בכתב האישום. בית המשפט המחוזי הנכבד, בהכרעת דין ארוכה ומפורטת, שנכתבה בעיקרה על ידי כב' השופטת שרה ברוש (אליה הצטרפו: כב' השופטת תחיה שפירא – בהסכמה מלאה ובלוויית הערה (להלן: הכרעת הרוב) – ואב בית הדין, כב' השופט שלי טיימן, בהסכמה לגבי התוצאה ותוך הנמקה שונה מעט, שנדון בה בהמשך) – החליט כאמור להרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו (ביצוע מעשה סדום ואינוס). עדות המתלוננת תוארה בהכרעת הרוב כ"מהימנה, מוצקה, עקבית, עומדת איתנה מול

טענותיהם הרבות מספור של הסניגורים, תואמת את דבריה במשטרה וראויה למלוא האמון והמשקל" (עמ' 295 להכרעת הדין).

על פי גרסת המתלוננת, שנמצאה אמינה כאמור, המערער התקשר אליה טלפונית מספר שעות לאחר שנפגשו באקראי ברחוב, כאשר המערער, שנסע ברכב ספורט, עצר לידה והציע לה הסעה. המתלוננת לא נענתה לו, אך מסרה למערער את מספר הטלפון שלה. כאשר המערער התקשר כאמור עיקר השיחה ביניהם התמקדה בתחום המיני, כאשר המערער מתחקר אותה לגבי ניסיונה המיני והעדפותיה בתחום זה והמתלוננת נענית לו ומשיבה בפירוט לשאלותיו. למחרת שיחה זו, המתלוננת היא שיזמה פנייה למערער באמצעות הודעת טקסט – SMS, שבעקבותיה התקשר אליה המערער טלפונית ובשיחה שניה זו הם נדברו להיפגש למחרת היום. המתלוננת סיפרה כי בעת שנפגשו, על פי מה שנקבע, המערער הציע כי ייסעו לאיזור נמל תל-אביב (רידינג) ומסרה כי היא לא הכירה כלל את המקום. בדרך לרידינג, לאחר שהמערער נגע במתלוננת בגופה במהלך הנסיעה והם שבו ודיברו בענייני מין, עצר המערער בקיוסק בתל אביב ורכש לשניהם שתיה קלה ומסטיקים, ולאחר שהגיעו לרידינג וחנו במקום מסוים, הזיז המערער את רכבו למקום מרוחק ומבודד מעט יותר. אז, לטענת המתלוננת, ביצע בה המערער את המעשים שיוחסו לו בכתב האישום.

בית המשפט הנכבד קמא, בהכרעת הרוב, בחן את טענות המערער לגבי סתירות ותמיהות שנשמעו בעדות המתלוננת (בין היתר הועלו בהקשר זה ההשגות הבאות: המתלוננת לא זכרה באיזה שלב הורידה את המעיל אותו לבשה; מתי הזיז המערער את רכבו ממקום החניה הראשון שבו עצר – למקום החניה שבו בוצע, לטענת המתלוננת, האונס; המתלוננת אמרה בעדותה בבית המשפט שהמערער החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה פעמיים, בעוד שמחקירתה במשטרה עולה כי לאחר שהכניס את אצבעו לפי הטבעת שלה היא ביקשה שיפסיק והוא אכן עשה כמבוקשה) – וקבע כי אין בטענה לגבי הסתירות שנמצאו בדברי המתלוננת מהות וכי אף אם יש סתירות, הרי שהן בשולי גרסתה של המתלוננת.

בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב, דחה עוד את טענת המערער ולפיה המתלוננת לא ניצלה מספר הזדמנויות לצאת מרכבו ולברוח. בית המשפט קבע לעניין זה כי ניסיון החיים והפסיקה, מלמדים כי לא ניתן לבחון בדיעבד את חוסר ה"סבירות" הנטען לגבי התנהגותה של המתלוננת ומכך אין להסיק שהיא איננה דוברת אמת. בית המשפט קבע עוד בהכרעת הרוב כי התנהגותה של המתלוננת לאורך כל האירוע

התאפיינה בפאסיביות, שיתוק, קיפאון ופחד מהמערער, אך התנהגות זו איננה חריגה בקרב קורבנות עבירת מין ואין בה כדי להעיב על מהימנותה (עמ' 303 להכרעת הדין). עוד דחה בית המשפט בהכרעת הרוב את טענת המערער ולפיה המתלוננת שידרה לו כי היא מעוניינת, כמוהו, במין מזדמן. בית המשפט קבע בהקשר זה כי אף אם המתלוננת אכן ביקשה בתחילה לשאת חן בעיני המערער ורצתה לקיים עימו קשר, שהיא קיוותה שיהיה מתמשך ורציני – אין בכך משום "הבטחה" לקיים יחסי מין ומובן שאין בכך כדי "להתיר את גופה ונפשה של המתלוננת" (עמ' 305 להכרעת הדין). בית המשפט הנכבד קמא הוסיף כי אף אם היה מסר מיני בשיחת הטלפון הראשונה שקוימה בין המערער לבין המתלוננת וגם אם יכול היה המערער להסיק מכך כי יש נכונות מצד המתלוננת לקיים עימו יחסי מין, הרי שלמתלוננת שמורה הזכות המלאה לשנות את דעתה באשר לקיום יחסי המין – עובר למעשה המיני ואף לאחר תחילתו.

חיזוקים לעדות המתלוננת מצא בית המשפט המחוזי בעדות אמה, שראתה אותה לאחר שחזרה מן המפגש עם המערער והעידה על מצבה הנפשי המכונס של המתלוננת באותו זמן, ובעדות הרופא המומחה מהמכון לרפואה משפטית, ד"ר ריקרדו נחמן, אשר העיד כי הממצאים הרפואיים שמצא עולים בקנה אחד עם מה שנטען על ידי המתלוננת. חיזוק נוסף לעדות המתלוננת נמצא, על פי הכרעת הרוב, בשיחת טלפון מבוקרת שנערכה בין המתלוננת לבין המערער, אשר ממנה עלה כי המערער הודה כי המתלוננת ביקשה ממנו יותר מפעם אחד לחדול ממעשיו, אולם, לשיטתו, סירובה לא היה אגרסיבי ותוקפני מספיק על מנת שיפסיק את הפעילות המינית.

לגבי המערער, קבע בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב, כי גירסתו איננה ראויה לאמון נוכח העובדה שעדותו היתה מלאת סתירות ותמיהות, ושונה בפרטים רבים מהדברים אותם מסר בהודעותיו במשטרה. בית המשפט המחוזי הנכבד הגיע איפוא למסקנה כי הנאשם לקה בעיוורון כלפי מסרי הסירוב שהעבירה לו המתלוננת (עמ' 313 להכרעת הדין). התרשמותו של בית המשפט הנכבד קמא מן המערער הייתה כי לגישתו, סירוב שאיננו תקיף – איננו בחזקת סירוב.

כאן המקום להעיר כי במהלכו של המשפט התפרץ המערער פעמים אחדות וחווה התקפי בכי וזעם קשים. הגיעו הדברים עד כדי כך שהיה צורך להרחיקו מאולם בית המשפט מספר רב של פעמים ובית המשפט, לאחר שמיעת הראיות, ביקש לפנים משורת הדין ובהסכמת הצדדים, כי המערער ייבדק על ידי הפסיכיאטר המחוזי, או מי מטעמו. מחוות הדעת שנערכה בתאריך 6.3.2006 על ידי ד"ר יעקב צ'רנס, סגן

הפסיכיאטר המחוזי במחוז תל-אביב, עולה כי המערער פנה בעבר לקבלת טיפול פסיכולוגי, הופנה לפסיכיאטר שהמליץ על טיפול בנוגדי חרדה ודיכאון, אולם המערער התמיד בטיפול התרופתי תקופה קצרה בלבד והפסיקו על דעת עצמו. הפסיכיאטר לא מצא סימנים לקיומה של מחלת נפש, והוסיף כי הנאשם מבין את משמעות העבירות המיוחסות לו, וכן את משמעות ההליכים המשפטיים, ומסוגל לעמוד לדין. עם זאת בית המשפט המחוזי הנכבד התרשם, כי המערער הינו אדם בעל סף סיבולת נמוך, המתקשה לרסן את כעסיו ורצונותיו ואין לשלול, כי התנהג כך גם כלפי המתלוננת, כאשר סירבה לממש את בקשותיו.

בית המשפט בהכרעת הרוב דן בהרחבה בשאלת קיומו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירת האינוס ובעבירת ביצוע מעשה הסדום – מודעות של הנאשם לטיב המעשה ולקיום אותו מרכיב – אצל המערער. בית המשפט הנכבד קמא דחה את טענת הסנגורים, כי לא התגבש אצל המערער היסוד הנפשי הנדרש, בקבעו כי המערער למצער עצם את עיניו מלראות את סממני התנהגותה של המתלוננת, שהצביעו על סירובה לקיים עימו יחסי מין: לא זו בלבד שהיא אמרה את הדברים במפורש, אלא שניסתה להדוף בידיה את המערער מעל פניה. לפיכך נקבע כי המערער היה מודע לסירובה של המתלוננת, אך על פי השקפתו, לא היה זה סירוב אגרסיבי ותוקפני מספיק ולכן מותר היה לו להמשיך במעשיו. כן נדחתה טענת המערער לגבי טעות במצב הדברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין.

אב בית הדין השופט ש' טימן הסכים לתוצאה ואולם נימק הדברים בצורה קצת שונה, ולדעתו הנבדלת נתייחס בהמשך.

לאחר הדברים הללו, בית המשפט הנכבד קמא גזר כאמור את עונשו של המערער, כמפורט בפיסקה 1 שלעיל.

טענות הצדדים

4. המערער איננו חולק על עצם קיומם של יחסים מיניים בין השניים, אלא טוען כי המעשים המיוחסים לו בוצעו בהסכמתה החופשית של המתלוננת, או בהבנה שלו שזה מצב הדברים. אשר לניתוח הראיות, טוען המערער כי בית המשפט הנכבד קמא, בהכרעת הרוב, שגה בקבעו כי עדות המתלוננת מהימנה, נוכח הסתירות הרבות שהצביע עליהן בבית המשפט הנכבד קמא, אשר על פי שיטת המערער, באו על מנת למזער את מימד ההסכמה שלה, כפי שהוא הבין אותה. עוד טען המערער בפנינו

באמצעות באת-כוחו המלומדת, שלא יצגה אותו בהליך דלמטה וטענה כאן בעבורו כל שניתן להעלות, בהתחשב בחומר הראיות שהתגבש בתיק, כי שגה בית המשפט הנכבד קמא כשלא קיבל את טענת המערער בדבר הגנת "הטעות במצב הדברים", העומדת לו לגבי כל אחת מהעבירות, בשים לב לתשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט הנכבד. לטענת המערער, בית המשפט הנכבד קמא שגה, בהכרעת הרוב, בקובעו כי אף אם טעה המערער, טעות זו לא היתה כנה ועל כן ההגנה איננה עומדת לו. בהקשר זה מבקש המערער להסתמך על אמירה מסוימת בחוות דעתו הנפרדת של אב בית הדין בערכאה הדיונית, השופט שלי טימן, אשר ראה גם הוא להרשיע את המערער ואולם ציין במקום מסוים בחוות דעתו כך: "על פי התרשמותי יכול הנאשם שלפנינו לשמש דוגמה לאותם אנשים בודדים ואותם מקרים נדירים לגביהם יכול לחול הסייג שעל פי סעיף 34ח". עוד טוען המערער כי נפלו מחדלי חקירה בתיק, שכן נמנעה חקירתם של שני עדים מהותיים ומשמעותיים להגנת המערער: חברה לשעבר של המתלוננת, לו היא סיפרה לראשונה על האונס שבוצע בה לטענתה, וחוקר נוער, ידיד המשפחה, שעומו שוחחה אימה של המתלוננת ואשר ראיין את המתלוננת טרם שניגשה למשטרה ומסרה הודעתה. לטענת המערער, יש גם במחדלי חקירה אלו כדי להוביל לזיכוי.

המערער טוען, לחילופין, כי אם יידחה ערעורו לגבי הכרעת הדין, ראוי לקבל את ערעורו לגבי חומרת העונש, שכן היה בן כ-20 בעת האירוע, סעד את אביו שגסס מסרטן (ונפטר במהלך המשפט), וכי הוא סובל מדכדוך נפשי קשה ביותר (מצבו זה אף הוביל את בית המשפט להפנותו כאמור לבדיקה פסיכיאטרית). נוכח נסיבותיו האישיות הקשות, טוען המערער, יש להקל עימו ולהסתפק בעונש מאסר קל הרבה יותר.

5. המדינה תומכת יתדותיה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד מטעמיו, ומדגישה כי עיקר פסק הדין מבוסס על קביעות עובדתיות וממצאי מהימנות, שבהם לא נוטה ערכאת הערעור להתערב. לטענת המדינה, המערער איננו מצביע על עילה כלשהי שתצדיק התערבות של ערכאת הערעור בקביעות העובדתיות של בית המשפט הנכבד קמא ואשר עשויה להביא לשינוי פסק דינו של בית המשפט המחוזי. מעבר לכך המדינה גורסת כי אין לקבל את ההגנה של "טעות במצב דברים". לעניין חומרת העונש טוענת המשיבה כי העונש שהוטל על המערער הולם את חומרת המעשים שבהם הורשע ואת נסיבותיו האישיות ולכן אין מקום להתערב גם בעונש.

6. לדעתי ראוי לדחות את הערעור בכל מה שנוגע להרשעה בעבירת האינוס, ואולם יש לקבלו – מן הספק – ביחס להרשעה בעבירה של ביצוע מעשה הסדום ולהפחית בהתאמה – במקצת – את מרכיב העונש של מאסר בפועל שנגזר על המערער. אנמק מסקנותיי אלה להלן.

ממצאי מהימנות והתערבות בהם מצד ערכאת הערעור

7. ככלל, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, לא כל שכן כאשר ממצאים עובדתיים אלה נקבעו על יסוד הערכת מהימנות העדים, אשר העידו בפני הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001); ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.11.2007); ולאחרונה: ע"פ 7396/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.5.2009); ע"פ 420/09 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 23.11.2009)). הטעמים לכך ברורים, ועיקרם: לערכאה הדיונית יש שליטה מלאה בחומר הראיות, על כל דקויותיו; הערכאה הדיונית שמעה את העדויות והתרשמה מהן באופן בלתי אמצעי, מה גם ששופטי הערכאה הדיונית מנוסים, מטבע הדברים, עד מאוד בהערכת מהימנות של עדים (וכבר נזדמן גם לי להרחיב בסוגיה זו ב-ע"פ 425/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.11.2007)). אשר על כן, יש צורך בנימוק מיוחד להתערבותה של ערכאת ערעור בעובדות ובמצאי עובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. הצבעה על תמיהות מסוימות, אין די בה בהקשר זה ולכן על מנת לסטות ממצאים שנקבעו נדרש כי העובדות תראנה בעליל כי הערכאה הדיונית לא יכולה היתה להתרשם, כפי שהתרשמה (ראו: ע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.3.2007)); זאת ועוד – במצבים שבהם בית המשפט אמור להכריע בין שתי גרסאות עובדתיות השונות זו מזו, בפרט בעבירות מין "בהן - לרוב - רב הנסתר על הנגלה, ואך השניים המעורבים בפרשה יודעים את שאירע לאמיתו" (ע"פ 3793/06 וורקו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.4.2007)) – מקבלת התרשמותו הבלתי-אמצעית של בית המשפט מן העדים ומהעדויות משנה תוקף – התרשמות שנעשית באמצעות החושים וסימני האמת במשפט (ראו: ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 4199 (2004); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.1.2007)).

על אף כל האמור לעיל, אין ממצאי המהימנות חסינים מביקורתה של ערכאת הערעור (ראו: סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982) ויש לעיתים לבחון אותם בהקפדה יתרה, למשל, כאשר אין תמימות דעים מלאה לגביהם בין

שופטי הערכאה הדיונית (זה המקרה שלפנינו). עיינו: ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225 (1983)). אולם גם סמכות ביקורת זו של ערכאת הערעור – יש להפעיל בזהירות רבה ותוך מודעות לנחיתותה של ערכאת הערעור מול הערכאה הדיונית בתחום האמור. במסגרת זו נפסק, בין השאר, כי ערכאת הערעור רשאית להתערב בקביעות עובדתיות במיוחד "כאשר ישנן סתירות בעדות היורדות לשורש העניין, אשר הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה להן, או כאשר מתגלה טעות מהותית בהערכת המהימנות" (ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.3.2008)).

בהערכת מהימנות של עדות מתלוננת בעבירת מין, על בית המשפט להביא בחשבון מספר נתונים רלבנטיים נוספים:

ראשית – ההתרשמות מן האישיות של המתלוננת. (עיינו: ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל פ"ד נו (6) 205, 218-219 (2002)).

שנית – סתירות בעדות הנפגעת עלולות להשפיע על הקביעה בדבר מהימנותה, ואולם יש להבחין לעניין זה בין סתירות לכאורה, הנובעות מן הטבע האנושי, ובין סתירות אמיתיות, המעלות חשש לאמירת שקר. ככלל, רק סתירות אמיתיות יכרסמו במהימנות המתלוננת, העדה הנפגעת (ע"פ 11235/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.5.2007)).

ניתן למנות עוד נתונים שעשויים, או עלולים להשפיע על קביעת המהימנות, ואולם לא נפרטם כאן, שהרי אין הם רלבנטיים לעניינו וממילא מובן שבשיקולים ובנימוקים שפורטו לעיל – אין מדובר ברשימה סגורה.

כאן המקום לציין עוד כי בכל הנוגע להערכת עדותו של הנאשם – גרסאות כבושות, או שקרים שנתגלו, אף אם חזר מהם הנאשם, מצביעים, לעיתים, על תחושת אשם מצידו של העד-הנאשם. על כן סתירות מהותיות בגרסאותיו של הנאשם עלולות לשמש, במקרים המתאימים, כראייה מחזקת לראיות האחרות נגדו (ראו: ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.5.2007)).

לסיום תת-פרק זה נדגיש כי ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי העובדה בהקשר של עבירות מין, יש ייחוד נוסף, שעליו נעמוד מיד בהמשך.



הרשעה על סמך עדות יחידה של נפגע בעבירת מין

8. בעוד שבעבר נדרשה תוספת ראייתית מסוג סיוע לשם הרשעה על פי עדות יחידה בעבירת מין, הרי שכיום דרישת הסיוע בוטלה ובמקומה נקבעה חובת הנמקה. סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, התשל"א – 1971 קובע, בנוסחו הנוכחי, כי בית המשפט רשאי לבסס הרשעה על פי עדות יחידה של נפגע עבירת מין, ובלבד שינמק מדוע החליט להסתפק בעדות זו כבסיס להרשעה (ראו: ע"פ 288/88 גונדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45 (1988); ע"פ 993/00 הנ"ל; ע"פ 6375/02 הנ"ל; חוות דעת המיעוט שלי ב-ע"פ 9930/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) 21.7.08; להלן – פרשת פלוני). הנה כי כן, די עתה בעדותה של המתלוננת בעבירת מין לשם הרשעה, אך במקרה שכזה נדרש בית המשפט להנמקה שתמודד באופן ראוי, הוגן וממצה, עם כל קושי שעלול לעורר מתן האמון בעדות היחידה של הנפגעת (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון, 158, 188-189 (2003); ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.2007); ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.2.2008)). יתר על כן דרישת ההנמקה חלה על כל עבירה המיוחסת לנאשם – בנפרד. אם דרישות אלו אינן מתמלאות באופן מספק – יזוכה הנאשם מן הספק (ראו: ע"פ 252/99 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 88 (1999) (להלן – פרשת ביטון)).

עתה הגיעה העת לבחון את השלכת הכללים האמורים על המקרה שלפנינו.

אמינות המתלוננת

9. המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם מקרים של "גירסה מול גירסה", כאשר מהות ההכרעה, כמעט כולה, מתבססת על העדפת גירסה אחת על פני הגירסה האחרת. המתלוננת טענה בחקירתה במשטרה ובעדותה בבית המשפט הנכבד קמא כי לא הסכימה לקיים יחסי מין עם המערער וגם אמרה לו שאיננה מסכימה לכך וביקשה שיפסיק ממעשיו בכמה הזדמנויות באותו ערב. גירסת המערער שונה כאמור, ולטענתו הבין כי המתלוננת מעוניינת לקיים עימו יחסי מין, וכי היא שיתפה איתו פעולה לאורך כל הפגישה. לטענתו ברגע שהבין שהמתלוננת איננה משתפת עימו פעולה עוד, חדל ממעשיו והחזיר את המתלוננת לביתה.

כאמור לעיל, בית המשפט הנכבד קמא, בהכרעת הרוב, העדיף את גרסת המתלוננת על פני גירסת המערער, בקבעו כי הוא נותן במתלוננת אמון מלא וכי המערער לא אמר אמת בבית המשפט. אב בית הדין השופט ש' טימן ביטא גישה שונה

מעט בקבעו: "כשלעצמי לא סברתי כי אוכל לנמק הרשעה על פי עדותה היחידה של המתלוננת". עם זאת הוא הוסיף מיד בסמוך הערה (לא בהירה לגמרי) הקוראת כך: "בנסיבות שנוצרו – אין טעם שאסביר טעמי לכך, והם שזורים בביאורים הבהירים שהביאה חברתי (הכוונה לכב' השופטת ש' ברוש – ח"מ) בחוות דעתה משום שקיימות די ראיות להרשעת הנאשם, בנוסף לעדותה" (פיסקה 2 לחוות דעתו).

10. המערער בערעורו מבקש להצביע על סתירות ותמיהות מהותיות בעדות המתלוננת, אשר אינן מתיישבות, לשיטתו, עם המסקנה שאליה הגיע בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב, כי עדות המתלוננת אמינה. המערער מדגיש בהקשר זה את הנקודות הבאות: מהתנהלות המתלוננת עולה כי היא רצתה בקיום מין מזדמן כמוהו. לצורך כך היא נתנה לו את מספר הטלפון שלה ברחוב, לאחר מפגש אקראי, משהוקסמה מכך שעצר לצידה ברכב הספורט שלו. לאחר מכן היא שוחחה עימו בטלפון שיחה, שעיקרה, אף לשיטת המתלוננת, עסקה במין והתמקדה בתיאור היחסים המיניים שקיימה עם חברה לשעבר וכן בפירוט העדפותיה המיניות. זאת ועוד – לאחר אותה שיחה, שהמין בה היה עיקר כאמור, המתלוננת היא שיזמה את המשך הקשר עם המערער; המתלוננת, שלגירסתה רצתה לצאת עם המערער לבילוי והיתה מעוניינת בקשר רציני, הסכימה עם זאת לנסוע עם המערער לאיזור מבודד יחסית על יד נמל תל אביב וגם לאחר שהמערער אמר לה שהוא מבקש שיישארו ברכבו – היא לא יצאה מן הרכב, או ביקשה שיחזיר אותה הביתה, דבר המלמד, לגישת המערער, על רצונה "לזרום" עם המערער לכיוון של מין מזדמן; המתלוננת הסכימה לבקשות המערער להוריד את המעיל שלבשה ואת התיק שהחזיקה בין רגליה; רק בעדותה בבית המשפט סיפרה המתלוננת לראשונה כי המערער הזיז את רכבו ממקום החניה הראשון שבו עמד למקום חניה אחר, ששם בוצע, לטענתה, האונס – פרט מהותי שאין לו זכר בהודעתה במשטרה; המתלוננת סיפרה בעצמה בהודעתה במשטרה כי בסמוך למקום שבו עצר המערער את רכבו (רידינג) היו שומרים של החניון ובשים לב לעובדה זו היא התקשתה להסביר מדוע לא ניגשה לשומרים, או קראה להם, או ניסתה לברוח מן המערער, אם אכן ניסה, לטענתה, לאנוס אותה; המתלוננת סיפרה בבית המשפט כי התחילה לפחד מן המערער, כבר בשלב שבו הזיז את רכבו למקום החניה השני והמבודד יותר ואולם בהודעתה במשטרה סיפרה כי החלה לפחד רק כאשר המערער ניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. דבר זה מתיישב לשיטתו, עם השוני שהוא הבחין בהתנהגותה: עד אותו שלב השניים ניהלו "משחק מקדים", לטענת המערער, ורק לקראת החדירה המתלוננת החלה להסס. המתלוננת מסרה גם במהלך עדותה בבית המשפט מספר גרסאות לגבי מקומות החניה; זאת ועוד, קיימת סתירה בעדותה של המתלוננת ביחס

להנחת ידה על איבר מינו של המערער, לגבי אופן הרמת חולצתה על ידי המערער והפשלת מכנסייה ותחתוניה. מסתירות אלה מתברר, לגישת המערער, כי טענתה, ולפיה המערער הפשיט אותה בניגוד לרצונה – איננה נכונה; המתלוננת גם מכחישה שחייבה את המערער במהלך יחסי המין, אך בהודעתה במשטרה סיפרה כי המערער ביקש שתחבק אותו והיא אמנם עשתה כן. המערער מוסיף וטוען כי גם התנהגותה של המתלוננת לאחר האונס הנטען צריכה לעורר ספק לגבי עצם קיומו של אירוע האונס. בהקשר זה הוא מציין שהמתלוננת חזרה עם המערער ברכבו לביתה, שוחחה איתו במהלך אותה נסיעה – שיחת חולין, איפשרה לו להתקשר ממכשיר הטלפון הנייד שלה, סיפרה לו כי הוציאה דיסק שירים ואף ביקשה ממנו להמתין לה ברכב, כשהגיעו לביתה על מנת שתוכל להביא ולהראות לו את הדיסק.

אינני סבור כי יש ברשימה המפורטת לעיל (שאם בודקים אותה אל מול הראיות – ניתן למצוא בה גם מספר אי-דיוקים, שאין אני רואה צורך לסקרם, שהרי אין אנו הערכאה הדיונית) כדי ללמד על כרסום במהימנותה הבסיסית של המתלוננת, כדי כך שהדבר יביא לזיכוי המערער מעבירת האונס. שונה הדבר לגבי עבירת מעשה הסדום המיוחסת לו, שבה הואשם המערער בנפרד ואשר קרתה, על פי הנטען, עובר לאונס ולגביה יבואו התייחסות ופירוט בהמשך. כאן רק אזכיר כי בית המשפט בהכרעת הרוב דן בטענות המערער לגבי האונס ודחה אותן לגופו של עניין, תוך שהוא בוחן את טענותיו לגבי הסתירות הנטענות בעדות המתלוננת לגבי האונס – ככל שהן אכן התקיימו – ומוצא להן הסברים ראויים, כך שהתוצאה איננה מצדיקה זיכוי המערער מעבירה זו. כנגד זאת לגבי עבירת מעשה הסדום והטענות שהעלה המערער לגביה – בית המשפט, הן בהכרעת הרוב והן בחוות דעתו הנפרדת של השופט ש' טימן לא ראה לנכון לנהוג בדרך דומה וחוסר זה בפירוט ההנמקה, בצד ההשגות שהצליח המערער להעלות לגבי שלב זה, מצדיקים לדעתי זיכוי מן הספק מעבירה זו. יתר על כן לגישתי, ככל שדברי המתלוננת, שנמצאו אמינים בהכרעת הרוב תומכים, ולו חלקית בגירסת הנאשם – ראוי לזקוף הדבר לזכותו, וכך נראים הדברים ביחס לעבירה של מעשה הסדום.

11. כאן המקום להבהיר כי נוכח אופי הטענות אותן השמיע המערער בפנינו וקביעתו של אב בית הדין השופט ש' טימן, שלא סבר כי יוכל לנמק הרשעה על פי עדותה היחידה של המתלוננת – עיינתי עיון מעמיק בכל חומר הראיות הרב שהיה בפני בית המשפט הנכבד קמא, ובפרוטוקול בית המשפט, ובעקבות כך לא מצאתי מקום להתערבות בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד קמא לגבי

עבירת האונס ונסיבותיה (בשונה מהעבירה השניה של ביצוע מעשה סדום שיוחסה למערער כאמור). את מסקנותיי אדגים בשתי דוגמאות בלבד (שהרי ברגיל אין זו כאמור מלאכתה של ערכאת הערעור):

(א) בהודעת הערעור (סעיף 45 שם) נטען כי בעוד שבעדותה במשטרה טענה המתלוננת כי היא "שמה" את ידה על איבר מינו של המערער, בבית המשפט היא סיפרה כי הנאשם נטל את ידה והניח אותה על איבר מינו והיא לאחזקת הזיזה את היד משם. מעיון בהודעת המתלוננת במשטרה מתאריך 21.11.2003, מתברר כי הגירסה שמסרה המתלוננת במשטרה תואמת ביסודה את עדותה בבית המשפט. בחקירתה הראשונה במשטרה סיפרה המתלוננת (בשורה 9) כך: "הוא לקח את היד שלי והזיז אותה לאיבר המין שלו ואמר לי שאני אחזיר (כך במקור – ח"מ) לו את איבר המין והזזתי את היד שלי והתנגדתי, אמרתי לו אני לא רוצה ולקחתי את היד ואז עוד פעם". גם בתאריך 27.11.2003, משנחקרה המתלוננת שוב במשטרה היא חזרה על גרסתה זו, כשהפעם היא מוסיפה כי המערער הכניס את ידה גם מתחת לבגדיו התחתונים. בחקירתה בבית המשפט חזרה המתלוננת על גרסתה ולפיה לא נגעה באיבר מינו של המערער, אלא רק מעל בגדיו. לדידי, אין בהבדלים אלה משום סתירה מהותית המכרסמת באמינות המתלוננת, שכן בעיקרו של דבר היא חזרה על אותה גרסה יסודית מספר פעמים. השאלה האם המערער הכניס את ידה אל מתחת לתחתוניו, אם לאו – אין לה נפקות משמעותית בקביעת מהימנותה של המתלוננת בנקודה זו, שהרי יתכן שבלהט האירועים לא שמה המתלוננת לב לפרטים, או שלא הצליחה לזכור כיצד התנהלו הדברים בדיוק.

(ב) דוגמה נוספת לשוליות של הסתירות הנטענות על ידי המערער הינה בתיאור שנתנה המתלוננת לאקט של החדרת האצבעות לאיבר מינה. ב"כ המערער מדגישים בטיעוניהם את העובדה כי המתלוננת מסרה לכאורה גרסאות שונות לגבי אירוע זה. לשיטתם, פעם אחת היא אמרה כי היתה עוד לבושה כשהמערער ניסה להחדיר אצבעותיו, אך לדבריה הוא לא הצליח בכך וביקש ממנה להתפשט; פעם אחרת סיפרה המתלוננת כי המערער ניסה והצליח להחדיר אצבעותיו לאיבר מינה, אך היה לו קשה להתמיד בכך והוא ביקש ממנה להתפשט; אולם, הן בחקירתה הראשית (עמ' 40-41 לפרוטוקול) והן בחקירתה הנגדית (עמ' 160-169 לפרוטוקול), חוזרת המתלוננת על גרסתה ולפיה המערער ניסה והצליח להחדיר אצבעותיו לאיבר מינה, אך מדגישה כי המערער אמר שלא נוח לו ולכן ביקש שתתפשט. כלומר, גם כאן – אף אם יש שינוי

מסוים וקל בפרטים שמספרת המתלוננת בהזדמנויות השונות – אין מדובר בהבדלים של מהות, שכן ביסוד הדברים, גרעין האירוע הנטען הינו ברור ועקבי מצד המתלוננת.

12. טיעון נוסף שבאי כוח המערער שבים ומעלים (אשר נדחה אף הוא על ידי בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב), הוא באשר ל"סבירות" התנהגותה של המתלוננת, במהלך אירוע האונס ולאחריו. הטיעון שזור כחוט השני בהודעת הערעור ובעיקרי הטיעון שהוגשו מטעם המערער, ועיקרו: אם המתלוננת אכן הבינה שהמערער מעוניין לקיים איתה יחסי מין והיא לא היתה מעוניינת, מדוע לא יצאה מן הרכב בשלבים מוקדמים יותר, מדוע לא הודיעה לשומרים שהיו בחניון בנמל תל אביב על מה שהתרחש, מדוע לא ברחו מן המערער, מדוע לא לחצה על לחצן המצוקה שהיה מותקן במכשיר הסלולארי שלה, שהיה עמה, מדוע שוחחה עם המערער ברכב (שיחות על מין), וכך הלאה. המערער מבקש ללמוד מהתנהגותה האמורה של המתלוננת כי היא בדתה, כביכול, את סיפור האונס – מתוך שחששה מחברה לשעבר (שהיה קנאי לה), עמו חידשה קשר, או מתוך רצון לעורר בו קנאה, שהרי ביום שלאחר המפגש עם המערער היא פנתה לחברה לשעבר והוא היה הראשון ששמע ממנה על פרשת האונס. על כל אלה השיב בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב, כדלקמן (עמ' 302 להכרעת הדין):

"ניסיון החיים והפסיקה לימדנו, כי אין לבחון בדיעבד את חוסר "סבירות" התנהגותה של המתלוננת, ולקבוע כי משום כך איננה דוברת אמת...  
זאת אף זאת. כבר נפסק לא אחת כי התנהגותה של מתלוננת בעבירת מין עלולה להיראות בדיעבד לא הגיונית ולא רציונאלית, אולם יש להיזהר בבחינת התנהגותה בחוכמה שלאחר מעשה..."

תשובה זו מקובלת עלי והיא מבוססת גם על פסיקתו של בית משפט זה. (עיינו: ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נ"ח(6) 625 (2004); ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ה (3) 873 (2001)).

בהקשר זה אבקש להוסיף עוד כי אף אם התמיהות המועלות על ידי המערער אכן מעוררות סימני שאלה מסוימים לגבי התנהגותה של המתלוננת לאחר אירוע האונס שעברה, בפרט בעת הנסיעה חזרה אל ביתה, הרי שאלה אינם עולים כדי ספק סביר, לגישתי. הבחינה המרוחקת 'הקרה' והמאוחרת בזמן של התנהגות קורבן עבירת מין, בפרט בנסיבות כגון אלו העולות בערעור שלפנינו – אונס שבוצע במהלך פגישה (המכונה באנגלית: date-rape), על ידי מי שמלכתחילה דווקא מצא חן בעיני

המתלוננת והיא נדברה להיפגש עימו, בעודה מצויה במקום שאיננה מכירה ומרוחק מאנשים – איננה במקומה והיא בעייתית (עיינו לעניין זה: יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" משפטים לא(3) 579, 596-597 (תשס"א)). יתכן אף שבמהלך הנסיעה חזרה לביתה עוד לא "עיכלה" המתלוננת את כל שאירע לה ואת רגשותיה לגבי האירוע (הדבר איננו סותר את העובדה שבמהלך אירוע האונס היא הביעה את התנגדותה וגם המערער מצידו הודה שביקשה ממנו בשלב מסוים שיפסיק – ובכתה). אמנם כן, איננו יודעים מה עבר במוחה של המתלוננת בעת האירוע ולאחריו ולא נוכל לדעת זאת, אך אין בכך בלבד כדי לשלול את מהימנותה, או להוביל למסקנה כי גירסתה איננה אמינה, אף אם התנהגותה לאחר האונס אכן עשויה להיראות למתבונן מן הצד, שאיננו מעורב רגשית במכלול – שונה במקצת מהמצופה. הדבר עולה בקנה אחד גם עם הכתיבה האקדמית והמחקרים בתחום עבירות המין, אשר הצביעו על כך שלא ניתן לאבחן מהי התנהגות "סבירה" מצד קורבן עבירת מין ומהי התנהגות שאיננה "סבירה", בשים לב לאופיה של עבירת האונס. ראו: דפנה ברק-ארז "האישה הסבירה" פלילים ו' 115, 127-126 (תשנ"ח); יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה" פלילים ו' 187, 203-230 (תשנ"ח).

מן המקובץ עולה, כי בשים לב להלכה הפסוקה ולספרות המשפטית, שהובאה לעיל ובהתחשב בנסיבות המקרה שלפנינו – לא קמה כאן עילה להתערבות של ערכאת הערער בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד קמא – בכל הנוגע לאמינותה של המתלוננת ביחס לתיאור עבירת האונס. מכאן שבית המשפט הנכבד קמא לא שגה, כאשר בחר בהכרעת הרוב ליתן אמון במתלוננת ובגרסתה בקטע האמור והנמקתו ראויה במכלול זה. זה המקום להעיר כי לגבי נסיבות מעשה הסדום המיוחס למערער הדברים שונים מעט וזו הסיבה לכך שהייתי מציע לזכות את המערער מן הספק בעבירה זו, כמובהר עוד בפירוט בהמשך.

אמינותו של המערער

13. כאמור, בית המשפט הנכבד קמא, בהכרעת הרוב, קבע כי אין הוא מאמין לדברי המערער וכי עדותו היתה מלאה סתירות ותמיהות. המערער טוען כי היה עקבי בגרסתו, אולם בנימוקי הערער לעניין זה שבים ומדגישים ב"כ המערער במיוחד דווקא אותן סתירות ותמיהות אותן העלו ביחס למתלוננת, ואשר נדחו לעיל ואין הם מצליחים לתרץ את סתירותיו של המערער עצמו. בהקשר זה הם מוסיפים עוד כי המערער לא התנהג כפי שמתנהג אנס: בכך, למשל, שאמר למתלוננת, לטענתה, כי הוא רוצה שהיא תיהנה בעת קיום המגע המיני ביניהם; בכך שדיבר עם אמה של המתלוננת בטלפון

בניחותא והבטיח לה כי יחזיר את בתה בשלום הביתה; בכך שהפסיק את מעשיו לאחר שראה את המתלוננת בוכה, וכיו"ב. אולם, בהשגותיהם אלו אין כאמור כל התייחסות לקביעות בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב, לפיהן: המערער שינה את גרסתו ביחס לדברים שמסר במשטרה, נאחז כל העת ברושם שהותירה עליו המתלוננת במהלך שיחת הטלפון המוקדמת שביניהם ולא התייחס ליתר המסרים (השליליים) שהעבירה לו המתלוננת, לשיטתו אחר שהחנה את רכבו והחל להפשיט אותה לקראת האונס.

נוכח האמור, בדין קבעה לגישתי הערכאה הדיונית, בהכרעת הרוב, כי גרסתו של המערער איננה עקבית וכי ניכר שלתפיסת עולמו, התנגדות שאיננה כוחנית, איננה בגדר התנגדות וסירוב שאיננו אגרסיבי דיו – לא צריך להיחשב כסירוב. בהכרעת הרוב – נסקרות סתירות שונות בלתי מוסברות בעדות המערער, ומהן – נזכיר כמה בלבד: הנאשם סבר, לאחר שיחת הטלפון הראשונה, רוויית התיאורים המיניים שקיים עם המתלוננת, כי מדובר בבחורה "פתוחה" וליברלית, אך כשהגיעו למקום החניה סירבה המתלוננת אפילו להוריד את סוודר הסריג שלבשה על מנת לחשוף את כתפה כדי להראות לו את הקעקוע שיש לה על זרועה. על אף זאת, הדבר לא גרם למערער לשנות מדעתו עליה כבחורה מתירנית; הנאשם סיפר כי המתלוננת אמרה לו שהיא חושבת "שסקס זה רק ההתחלה ונותן הרבה כוח לקשר" (עמ' 288 להכרעת הדין), אך ציין בעצמו שהמתלוננת נראתה לו מאוד ביישנית בזמן שהיה איתה במכונית; המערער מסר כי תמה, כאשר ראה שהמתלוננת מגיעה לפגישה עימו כשהיא לבושה בבגדים חגיגיים "כאילו היא יוצאת לחתונה" ולא בצורת לבוש המותאמת, לדעתו, למטרת קיום מין חפוז (ראו: עמ' 222 לפרוטוקול ועמ' 4 לחקירתו במשטרה מתאריך 30.11.2004 – ת/1). כאמור, לסתירות אלה לא מצאנו גם אנו כל הסבר מתקבל על הדעת, לא כזה שהונח בפני בית המשפט הנכבד קמא ולא כזה שהונח בפנינו, ואשר על כן, גם במקרה זה אין להתערב בקביעת המהימנות של בית המשפט הנכבד קמא לגבי המערער, בכל מה שנוגע לתיאור האונס.

עדויות נוספות המחזקות את עדותה של המתלוננת

14. בית המשפט הנכבד קמא, בהכרעת הרוב, האמין כאמור למתלוננת. יצוין כי אב בית הדין, כב' השופט ש' טימן, ציין בחוות דעתו הנפרדת כי הוא עצמו איננו סבור כי ניתן לבסס את הרשעת הנאשם על בסיס עדותה של המתלוננת לבדה, אך גם הוא סמך את ידו על העדויות "המחזקות" שנמצאו לעדות המתלוננת.

לגישה נבדלת זו יש חשיבות והיא שהביאה אותנו לבחינה נפרדת ומדוקדקת של שתי העבירות שיוחסו למערער. לגבי עבירת האונס (שהיא העיקר בתיק זה) – אין השוני בגישות מכריע, שכן לגביה ממילא מצא בית המשפט הנכבד קמא – על דעת כל שופטיו – עדויות נוספות שחיזקו את עדות המתלוננת. הדברים מכוונים לעדותה של אמה של המתלוננת, למצבה הנפשי של המתלוננת, לעדות המומחה, ד"ר ריקרדו נחמן ולבסוף – לתוכן השיחה המבוקרת שנערכה בין המתלוננת למערער. בנושא אחרון זה אבקש להרחיב מעט, שהרי יש בה מחד גיסא אישוש לגירסת האונס ומאידך גיסא קריעת פתח לספק מסוים ביחס לעבירה של מעשה הסדום, המביאה אותי למסקנה כי יש לזכות את המערער מעבירה זו.

15. השיחה המבוקרת בין המתלוננת למערער נערכה לאחר שהמתלוננת הגישה את התלונה במשטרה ובטרם נודע למערער על דבר הגשת התלונה. המתלוננת התקשרה למערער מן המשטרה והשיחה הוקלטה ותומללה (ת/2(א)). בשיחה זו שבה ושאלה המתלוננת את המערער מדוע המשיך במעשיו גם לאחר שביקשה ממנו להפסיק (באותה שיחה מוקלטת כפי שציין, בצדק, בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת הרוב, המתלוננת היתה מעט להוטה מדי רק לשמוע את התשובות הרצויות לה מן המערער). המערער, שהופתע מאוד מתוכן שאלותיה של המתלוננת, שהופנו כלפיו, הגיב בצעקות, תוך שהוא מטיח כלפי המתלוננת בכמה הזדמנויות "אני עשיתי לך משהו בכוח?" (ההדגשה איננה במקור – ח"מ). עם זאת כשנשאל על ידי המתלוננת האם ביקשה ממנו להפסיק (את מעשה האונס) הוא משיב שכן, אך מסביר שהוא המשיך במעשיו בגלל שהיא לא הרימה את מכנסיה שהיו מופשלים, ומדגיש "אם היית מרימה את המכנסים שלך ואמרת לי תעוף ממני עכשיו – לא הייתי עושה לך כלום". היינו, מן השיחה עולה כי המערער שם לב לכך שהמתלוננת ביקשה ממנו להפסיק את קיום יחסי המין, אך לשיטתו לא היה מדובר בסירוב תקיף דיו על מנת לחדול. שיחה זו מחזקת את עדותה של המתלוננת בכל מה שנוגע לעבירת האונס ואולם אין בה התייחסות חד משמעית לחוסר ההסכמה שגילתה המתלוננת ביחס למעשים המיניים שהתקיימו עובר למעשה האונס. במקטע זה (הכולל את מעשה הסדום המיוחס למערער) הדברים אינם ברורים, וזאת בשונה מהאמור לגבי האקט המיני עצמו, וכך משתקפים הדברים מתוך ציטוטים שנאמרו בשיחת הטלפון המוקלטת האמורה:



”המתלוננת: ... לא רציתי בכלל שזה יגיע לאן שזה הגיע.  
 המערער: זה משהו אחר. זה משהו אחר. זה לא מה שאת  
 אומרת. אני עשיתי לך משהו בכוח?”  
 (עמ' 6 לתמליל)

”המתלוננת: אמרתי לך שאני לא רוצה עד הסוף. עד  
 הסוף. אני התחלתי לבכות...”  
 (עמ' 18 לתמליל)

”המערער: אמרת לי להוציא מתי שהכנסתי לך את  
 האצבע בטוסיק. אז אמרת לי להוציא – והוצאתי.  
 המתלוננת: נכון”  
 (עמ' 23 לתמליל)

#### סיכום ביניים

16. לאור כל האמור לעיל, נראה לי כי ביחס למעשה הסדום הנטען (שקדם לאונס) יש מקום לזכות את המערער מן הספק ואולם בכל מה שנוגע לטענת ההסכמה למעשה האונס – דין הערעור להידחות. אולם, בכך אין די, שכן המערער טוען עוד שתי טענות: (א) מחדלי החקירה בתיק זה מחייבים זיכוי. (ב) שגה בית המשפט הנכבד קמא, כאשר דחה את טענתו לגבי קיומה של הגנת הטעות במצב הדברים, לפי סעיף 34 לחוק העונשין. להלן נבחן שתי טענות אלה.

#### מחדלי החקירה הנטענים

17. בהקשר זה מעלה המערער בערעורו טענה כי שני עדים משמעותיים לא נחקרו כלל על ידי המשטרה: חברה לשעבר של המתלוננת, שהוא הראשון ששמע מן המתלוננת על האונס וכן חוקר נוער ידיד המשפחה, שעימו שוחחה אמה של המתלוננת, והוא זה ששמע את גירסתה של המתלוננת, עוד לפני שהגישה תלונה רשמית במשטרה. לטענת המערער, בנסיבות תיק זה, שבו ניצבת גירסה מול גירסה, יכולה היתה חקירתם של שני העדים הללו לתרום לגילוי האמת. המערער מוסיף וטוען כי על המשטרה היתה מוטלת החובה לחקור את העדים הללו, ולאחר מכן על התביעה היה לזמנם לעדות, שכן על המדינה מוטל הנטל להוכיח את הנטען בכתב האישום מעבר לכל ספק סביר.

18. בכל הנוגע לבחינת טענה של מחדלי חקירה, הפסיקה קבעה כי יש לבחון האם המחדלים הנטענים הם חמורים במידה כזו המעוררת חשש שהגנת הנאשם קופחה “כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו, או להוכיח את גרסתו

שלו" (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.5.2006)). בדיקה זו נעשית תוך שקלול המחדל הנטען על רקע מכלול הראיות שהונחו בפני בית המשפט (ע"פ 10357/06 אבו זיב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.8.2007); ע"פ 2548/07 אלימלך נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.7.2009)).

בבואנו לבחון את טענות המערער בהקשר זה, מסקנתי היא כי הגנת המערער לא קופחה כתוצאה מאי חקירה של העדים האמורים. בפתח הדברים אדגיש כי אין חולק כי הנטל להבאת הראיות מוטל על כתפי התביעה במשפט הפלילי. אולם, אם סבר המערער כי עדויותיהם של עדים אלה יוכלו להביא לזיכוי, מובן שהיה עליו לזמנם להעיד בבית המשפט הנכבד קמא, וכאן צדק בית המשפט המחוזי הנכבד – בהכרעת הרוב – כשקבע כי אין למערער אלא להלין על עצמו בהקשר זה. פה ניתן לקבל את טענת התביעה ולפיה סברה כי התיק שלפניה היה מבוסס דיו ולא הצריך את הבאת חברה לשעבר של המתלוננת לעדות, אף שהיה הראשון ששמע מן המתלוננת על ההתרחשות (במיוחד בשים לב לכך שכל עדותו היתה בגדר עדות מפי השמועה בלבד לגבי אירוע האונס עצמו), מה גם שהמערער יכול היה לזמנו כאמור (השוו: ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.11.2009)).

באשר לזימונו של חוקר הנוער, ידיד המשפחה, דומה כי אכן ראוי היה שהמשטרה תקרא אותו לחקירה, ולו מן הטעם שמדובר באיש מרות – חוקר נוער ששוחח עם המתלוננת טרם הגשת התלונה הרשמית. אולם, יש לזכור כי: "במשפט פלילי השאלה שבפני בית המשפט היא לא אם אפשר וראוי היה לעשות עוד צעדי חקירה אלה או אחרים, אלא אם יש די ראיות המוכיחות את האישום מעבר לספק סביר" (ע"פ 5741/98 עבוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.6.1999)). לגישתי, אין לקבל את הטענה ולפיה רק בשל אי חקירתו של חוקר הנוער, לא יכול היה המערער להתמודד כדבעי עם חומר הראיות העומד כנגדו, או להוכיח את גרסתו שלו, או כי נגרם למערער עיוות דין כתוצאה מכך. עד זה יכול היה אמנם לשפוך אור מסוים נוסף על התנהגותה של המתלוננת לאחר האירוע ועל גירסתה, ואולם כאשר התביעה ובית המשפט הנכבד קמא הסתפקו בעדות המתלוננת עצמה ובעדות אמה על נושאים אלה – אין בכך כדי להביא לכרסום ההרשעה. השוו: ע"פ 9274/08 הנ"ל.

טענות במצב הדברים

19. כידוע, עבירת האינוס ועבירת מעשה הסדום הינן עבירות, אשר לשם ביצוען דרושה מחשבה פלילית. בהיעדר הוכחה לקיומה של מחשבה פלילית – יזוכה הנאשם

מעבירות אלו. לעיתים היסוד הנפשי נלמד מנסיבות ביצוע העבירה שהובאו בפני בית המשפט ולעיתים עולה הטענה כי לא ניתן לייחס לנאשם מחשבה פלילית, שכן ביצע את המעשה בהתבסס על טעות במצב דברים. סעיף 34 יח לחוק העונשין קורא כך:

”(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.  
 (ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)”

עובר לתיקון 39 לחוק העונשין, קדם לסעיף 34 יח הנ”ל – סעיף 17 לחוק העונשין, שקבע כדלקמן:

”העושה מעשה או מחדל בהנחה כנה או סבירה, אך מוטעית, בדבר מצב דברים – אינו נושא עליהם באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח, והוא כשאינן הוראה אחרת מפורשת או משתמעת”

כפי שניתן לראות מהשוואה בין הנוסחים של שני הסעיפים, ההכרה כיום בטעות במצב דברים, בהתאם לסעיף 34 יח(א) לחוק העונשין, איננה מותנית עוד בהיותה של הטעות כנה וסבירה, אלא בכנות של הטעות בלבד, שכן דרישת הסבירות מוגבלת כעת רק לעבירות רשלנות. עם זאת, סבירות הטעות עדיין יכולה לשמש כיום את בית המשפט כאמת מידה לבחינת אמינות גרסת הנאשם לגבי טעותו (ראו: דנ”פ 1294/96 משולם נ’ מדינת ישראל פ”ד נב (5) 1, 18-19 (1998); ע”פ 5938/00 אזולאי נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה(3), 873, 897-898 (2001) (להלן – עניין אזולאי). כן ראו: רות קנאי “המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה” מחקרי משפט י”א 147 (תשנ”ד)). אולם, יש להדגיש כי מי שהיה מודע לקיומה של נסיבה, או חשד בקיומה ונטל באופן מודע סיכון שהיא מתקיימת – לא יוכל להיחשב כמי שטעה טעות כנה לגביה (עניין אזולאי, עמ’ 897-898). הנה כי כן בענייננו, אם התביעה היתה מוכיחה שהמערער היה מודע להיעדר ההסכמה החופשית מצד המתלוננת לגבי מעשה האונס או מעשה הסדום, או לכל הפחות עצם עיניו מפני עובדה זו – הרי שבכך היתה נסתרת הטענה של טעות במצב דברים.

20. השופטת ש' ברוש בבית המשפט המחוזי הנכבד הגיעה למסקנה כי המערער עצם את עיניו ביחס לסירובה של המתלוננת, חרף כל הסימנים שעמדו בפניו להתנגדותה. לפיכך היא באה לידי קביעה שטענתו של המערער לא היתה כנה, ועל כן אין הוא יכול לחסות בצילה של ההגנה בדבר "טעות במצב דברים" (שס בפסקה 69 לחוות דעתה בהכרעת הדין).

כב' השופטת ש' שפירא, שהצטרפה כאמור בהסכמה מלאה לחוות דעתה של השופטת ש' ברוש, הדגישה בהערה שהוסיפה כי הטענה החילופית בדבר "טעות בעובדה" אינה עולה בקנה אחד עם הטענה הבסיסית (שהעלה המערער) בדבר הסכמתה של המתלוננת.

אב בית הדין השופט ש' טימן הציג גישה נבדלת מעט גם בסוגיה זו – וראוי להביא דבריו במלואם וכלשונם:

"התלבטותי בשאלת ההרשעה (במישור התיאורטי) נוגעת לטעות אפשרית שלו (של המערער – ח.מ.) במצב הדברים, כפי שזו מוגדרת בסעיף 34 יח' לחוק העונשין. אין חולק, כי מאז תיקון 39 לחוק, ששינו את החלק המקדמי, מדובר בטעות סובייקטיבית של הנאשם, שאם תוכח – לא ישא באחריות פלילית. התיקון הזה, שם קץ למחלוקת ולגיבוש איטי של היסוד הנפשי, הנדרש בעבירת מין, ומתן פרשנות לטענת הטעות בעובדה, כחלק בלתי נפרד מדיון זה. אזכיר כי לפי סעיף 17 לחוק, שקדם לסעיף 34 יח', נדרשה טעות "כנה וסבירה", והיום נדרשת טעות סובייקטיבית שאם בית המשפט יאמין בקיומה, יש בזה כדי לפטור נאשם מאחריות בפלילים.

עוד בטרם בא התיקון לעולם, ובמסגרת הדיון בדבר היסוד הנפשי הנדרש – כאמור – בעבירות מין (היום – אין ספק כי זו מוגדרת בסעיף 20(א)+(ג) לחוק העונשין).

בפסק הדין בעניין אופיר בארי (ע"פ 5612/92 פ"ד מ"ח(1) 302) דנים בכך, כב' הנשיא שמגר וכב' השופט גולדברג (המתייחסים – שניהם – למאמרו של הנשיא אגרנט "התפתחויות במשפט הפלילי", עיוני משפט יא עמ' 33).

....

ואם כך הדיון, קודם לשינוי בהוראות החוק, מכוחו של תיקון 39 – ודאי שכך, ביתר שאת, מעת שהטעות נבחנת מנקודת מבטו של הנאשם. ועל פי התרשמותי, יכול הנאשם שלפניו, לשמש דוגמא לאותם אנשים בודדים, ואותם מקרים נדירים, לגביהם יכול לחול הסייג שעל פי סעיף 34 יח'.

אלא שגם היום נבדקת אמיתותה של טעות סוביקטיבית, בכלים ראייתיים מוכרים, ובהם: סבירותה של הטענה בעיני בית המשפט.

ומשכך – אין לנאשם להתלונן, אלא על עצמו. תגובותיו (והודאותיו בתיאורי המתלוננת) בשיחת הטלפון היזומה והמוקלטת; תשובותיו לחוקרת במשטרה; והסתבכויותיו בסתירות ופירויות, במהלך חקירתו הנגדית (כמו גם התפרצויותיו שחשפו את הפך המאיים שבאופיו) – הכריעו את הכף.

לא רק אישוש ואישור לגרסת המתלוננת (ואפילו תשובות לתיאורים שנראו בעיניי בעייתיים) – יש באלה. אלא גם שלילת האפשרות כי לא הבין את התנגדותה וכוונותיה (בשל אופיו ודרך מחשבתו המעוותת), וטעה בהבנת מצב הדברים.

מסתבר כי היה מודע, לאורך כל הדרך, לכוונתה, רצונותיה, הבנותיה והתנגדותה של המתלוננת, לקיומם של יחסי מין חפוזים במכונית, בדרך שבה נעשו, ובכל זאת – כפה עצמו עליה.

התנהגות זו, איננה מעידה על חוסר הבנה ייחודי ונדיר, אלא על חוסר התחשבות והתנהגות מצ'ואיסטית לשמה, שכל יסודות עבירת האינוס ומעשה הסדום, מתמלאים בה”

(פסקאות 4-6 לחוות דעתו).

כעת, הגיעה איפוא העת להתעכב קמעא ולדון ביסודותיה של ההגנה האמורה ובתחולתה על ענייננו.

21. טענת ההגנה של טעות במצב דברים לאחר תיקון 39 לחוק העונשין וההקשר שלה למצבים של “עצימת עיניים” (עם התייחסויות מיוחדות לענייני מין) זכו לליבון מקיף הן בספרות המשפטית (ראו: ש’ פלד “טעות במצב הדברים” מחקרי משפט י”ב, 5 (1995) (להלן פלד, טעות במצב דברים); קרן שפירא אטינגר “עצימת עיניים – סיפור על שועלים ועל יענים” ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 625 (2006) (להלן: שפירא אטינגר “עצימת עיניים”) והן בפסיקה (ע”פ 115/00 טייב נ’ מדינת ישראל, פ”ד נ”ד(3) 289 (2000); עניין אזולאי).

בפסיקה נקבע כך:

אין “עצימת עיניים” (או: “עוורון מכוון”) יכולה לדור בכפיפה אחת עם טעות כנה. שהרי “עצימת עיניים” פירושה כי “הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה, אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ו’לא רצה לדעת’, פן תתאשר העובדה ואז לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, שידע עליה”... ולא זו בלבד, אלא שיש

ש"עצימת עיניים" מתבטאת ב"היתממות" ... או בחוסר נכונות "מלראות נכוחה דברים המזדקרים לעין כל" (דברי השופט א' גודלברג בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 385, 302; עיינו גם: פרשת טייב; ע"פ 9187/03 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם – 26.9.05).

הניתוח האנליטי בספרות המשפטית הסביר תוצאה זו בדרך שונה:

"(2) אדם שמתנהג בניגוד לאיסור פלילי, מתוך הנחה שהוא רשאי לפעול לפי דפוסי התנהגות משלו, אמנם טעות בידו, אך טעות שאינה מענינה של טעות בעובדה, על נפקויותיה המשפטיות. זוהי טעות משפטית, [לגביה חל סעיף 34 לחוק העונשין – ח"מ] שאינה מקרינה על פליליות התנהגותו של אותו אדם ועל אחריות לה..."

(4) ה"חשד" אינו תחליף "דל" למחשבה פלילית, שכן הוא והיא, כאחד, מתבייתים על אותו מושא; ההבדל היחידי ביניהם מתבטא בכך, שבו בזמן שהמחשבה הפלילית מתאפיינת במודעות לקיום מצב דברים נתון, ה"חשד" מתאפיין במודעות לאפשרות קיומו של אותו מצב דברים; יחד עם זאת, בכך שבעל ה"חשד", במקום לברר את העובדות, ובהתאמת החשד להימנע מן המעשה, מעדיף לממש את מזימתו עד הסוף; התמדה זו משתווה בהחלט עם ההליכה עד הסוף תוך מודעות לקיום אותו מצב דברים; שהרי בדיוק את הסיכון הזה נוטל על עצמו גם בעל ה"חשד", תוך "עצימת-עיניים" מפני התממשות סיכון זה."

(פלר, טעות במצב הדברים, 33-34).

ד"ר קרן שפירא-אטינגר מחזיקה בדעה דומה וכך היא אומרת: "לכאורה אדם שאינו מבין טיבה של הסכמה ומבחין רק במה שטוב בעיניו – אינו עוצם עיניים לגבי העובדות, אלא שוגה באשר לנורמות" (שם בעמ' 637 למאמרה: "עצימת עיניים").

סקירת הדעות השונות וישומן על המקרה שלפנינו (בשוני הנסיבתי שעלה בין תיאור מעשה הסדום, המיוחס למערער, לבין מעשה האינוס, שהוא הואשם לגביו) – מלמד כי לעתים, בסיטואציות חריגות ביותר, ניתן לטעון את ההגנה בדבר טעות במצב הדברים גם בהתרחשויות מעין אלו שאירעו כאן. הטענה שייכת איפוא במכלול שבפנינו, אם בכלל, רק ביחס לשלב המקדים, שבגדרו בוצע מעשה הסדום הנטען, שהמערער חדל הימנו מיד לאחר שהמתלוננת ביקשה זאת ממנו. באותו חלק מקדים של המפגש המיני אין לשלול את האפשרות כי המערער דימה שנתונה לו הסכמתה של

המתלוננת, בין מלכתחילה ובין בדיעבד, והיו לו מספר "סימנים" לכך:

(א) המתלוננת עצמה הסבירה בבית המשפט כי התרשמה ממראהו וממכוניו של הנאשם (מכונית ספורט כסופה מסוג פיג'ו 206 קבריולט עם גג נפתח), ולכן מיהרה למסור לו את מספר הטלפון שלה (עמ' 262 להכרעת הדין).

(ב) שיחת הטלפון הראשונה בין המתלוננת למערער היתה שיחה שרובה ככולה יוחדה כאמור לענייני מין, אופן קיומם והניסיון שיש למתלוננת בהם. שיחה זו נטעה במערער את הרושם (או התקווה) כי מדובר במי שנוהגת פתיחות מיוחדת וקלילות בכל הנוגע ליחסי מין. דבר זה תאם את מטרותיו של המערער שחיפש מין מזדמן והקריין רושם זה לסביבתו וגם למתלוננת (ראו גם עמ' 263 להכרעת הדין).

(ג) המתלוננת עצמה הודתה כי באותה שיחת הטלפון המערער נטע בה את הרושם שהוא מחפש רק סקס, כך היא הבינה מייד, שכן המערער נראה לה "סקס מניאק" (ע' 34 לפרוטוקול). בכל זאת, לאחר השיחה, תוך שהיא מודעת למטרותיו של המערער, המתלוננת היא ששלחה למערער – מיזמתה – מסרון (SMS) לטלפון הנייד שלו, בעקבותיו התקשר אליה וקבע להיפגש עימה.

(ד) לדברי המתלוננת, גם במהלך הנסיעה למתחם "רידינג", כשהיא המשיכה לענות לו לשאלותיו בענייני מין ולספר לו על ניסיונה המיני הקודם. בתגובה המערער אמר לה לדבריה שהוא "אוהב בחורות פתוחות כמוה" (שם, בעמוד 114 ש' 2-3 לפרוטוקול) והיא לא הביעה מחאה על כך. הנה כי כן, מי טוב מהמתלוננת על מנת להסביר כיצד היא הצטיירה בעיני המערער ומה חשב, או הבין לגבי גישתה בשלב זה.

(ה) בשיחת הטלפון המוקלטת בין השניים (ת/א2'), כשהמערער אינו יודע כי הוא מוקלט והמתלוננת מנסה להכשילו בלשונו, היא אומרת למערער, בניגוד לגירסתה כי כפה עצמו עליה למן תחילת האירוע ועד סופו, כי היא לא התכוונה שמה שהתרחש ביניהם ימשיך "עד הסוף" (שם בעמ' 18 ש' 15), כשהדגש הוא על המילים "עד הסוף". מילים אלה מלמדות לכאורה כי עד לשלב המגע המיני הכלול במעשה האיננוס יתכן והמתלוננת הסכימה, או למצער השלימה עם מעשי המערער, או שהוא יכול היה לדמות לעצמו שזה המצב. יש בדברים אלה כדי להשליך גם על הלך מחשבתו הסובייקטיבי של המערער לגבי עמדת המתלוננת עובר לשלב החדירה (שאז ברור היה לשניהם שהמתלוננת מתנגדת, כאמור וכמפורט בפיסקה 22 שלהלן).

ה"סימנים" הנ"ל מצדיקים איפוא אף הם את זיכוי של המערער מהעבירה של מעשה הסדום שיוחסה לו – מן הספק, כפי שנפסק בפרשת ביטון, שהתקיימו בה מספר סממנים דומים. עיינו גם: יעקב קדמי, על הדין בפלילים – חוק העונשין כרך ראשון 564 (תשס"ה-2004).

22. הנסיבות בעת מעשה האונס שונות בתכלית השינוי. בשלב זה המתלוננת בכתה וביקשה שהמערער לא יבצע חדירה (ואף ניסחה להדוף אותו). עם זאת המערער לא שעה לה, בתירוץ שהתנגדותה לא היתה תקיפה דיה. מצב דברים זה משקף את הסיטואציה המוכרת לנו מהפסיקה – הדוחה את ההגנה של טעות במצב דברים ומחייבת את ההרשעה, שהרי ענין לנו כאן בסיטואציה, אשר כדברי הנשיא שמגר מתאפיינת ב"גברתן פסיכופת – שאיננו חולה נפש ואינו מפגר – המאמין בכנות שהנאנסת מסכימה למגע המיני (יתכן על יסוד אמונתו שנשים לעולם אינן מסרבות לו, או שאינן רשאיות לסרב לו" (עניין בארי, 349)). בשלב זה אין ספק שהמערער "עצם את עיניו" והתעלם מן הסירוב ומהתפיסה הנורמטיבית של מערכת היחסים הרצונית המתחייבת בין גבר לאישה. (ראו: שפירא-אטינגר, עצימת עיניים, בעמ' 637).

23. הנה כי כן, השוני במצבים שתוארו ביחס לשתי העבירות שיוחסו למערער ובתוצאותיהם המשפטיות, מוכיח לנו שוב שלפרקים המציאות עשירה לא פחות מן הדמיון ונוכח העובדה שהתביעה בחרה להאשים את המערער בשתי עבירות, הרי שגם אנו נדרשנו להתייחס לכל אחת מהן בנפרד ולהגיע למסקנות שונות לגבי כל אחת מהן. ואכן המגוון בתחומים הללו ובהבנתם הוא רב ואין זה מפתיע שאף הספרות עסקה בכך. דוגמה לעצימת עיניים מחד גיסא, או לטעות בהבנת הדברים (אמיתית, או מדומה) מאידך גיסא, מצאנו בסיפורו של גימפל תם מספרו של יצחק שבס-זינגר השטן מגוריי – מעשה משכבר הימים וסיפורים אחרים (תרגום מ' ליפסון, 1979) 269, שתקצירו הובא במאמרה של ד"ר קרן שפירא-אטינגר הנ"ל ותואר כך (שם, בעמ' 626):

"גימפל תם, אופה במקצועו, היה כל ימיו בעל נטייה מופרזת להאמין בדברי אחרים. יום אחד חזר לביתו בשעה מוקדמת, מחמת תקלה בתנור האפייה, וראה "אצל אלקה (אשתו) מוטל איש". מיד עזב גימפל את החדר, כדי שלא ליצור מהומה שתעיר את ילדו משנתו, וחזר למאפייה. למחרת היום הכחישה אלקה את כל טענותיו של גימפל, ואמרה לו שראה זאת, כנראה, בחלומו. הרב עמו התייעץ הורה לגימפל לעזוב את הבית, היות שאשתו אסורה לבעלה ולבועלה. אולם, געגועיו לאשתו ולבנו הביאו אותו להשתכנע כי אולי צדקה אלקה, וכי לא ראה באמת מה שדימה לראות, אלא



חלם זאת. "שמא סמיות-עיניים הייתה כאן?" שאל גימפל את עצמו, "עתים אדם רואה בכואה או אישון וכשהוא סומך – עורב פרח. אם כן הרי לקתה מידת הדין". מיד געה גימפל בבכי, הלך לרב וסיפר לו כי טעה לגבי אלקה. כעבור שנה בקירוב של שאלות ותשובות אצל רבנים אחרים החליט הרב כי ניתן להתיר לגימפל לשוב לביתו. "מובטח לך, גימפל, כי טעית?" שאל אותו הרב. "וודאי, רבנו", ענה גימפל. "כיצד?" שאל הרב, "הרי בעיניך ראית". "וודאי צל היה", ענה גימפל. "צל?" שאל הרב, "צל של מה?" וגימפל השיב: "צל של קורה". אף שהיה נלהב ונרגש מקבלת ההיתר לשוב לביתו, לא רצה גימפל להעיר את בני משפחתו משנתם, ומשום כך חזר הביתה בערב, לאחר העבודה, ובשקט. כצפוי, הוא מצא במיטתה של אלקה גבר זר, שהתברר כי הוא השוליה שלו במאפייה. אלקה העמידה פנים שהכל כשורה, ורק שאלה את גימפל כיצד הותר לו לשוב לאחר-מכן, מבלי שתגלה שמץ של מבוכה, היא שלחה אותו לבדוק את העז שמחוץ לבית, וכך נתנה למאהבה הצעיר הזדמנות להסתלק. כאשר חזר גימפל, הוא שאל מי היה הבחור במיטתה, והיא ענתה בשאלה: "איזה בחור?" גימפל הסביר את שאלתו, היא ענתה שאך הזיותו הן, ואז הגיע אחיה והכה אותו בראשו. כשהתעורר בבוקר התעמת גימפל עם השוליה, אשר הביט בו בתמהון והציע לו בחום למצוא רופא או "עממית זקנה" להזיותו. כך הגיע גימפל לאמונה כי שגה גם הפעם. הוא שב לגור עם אלקה וחי עמה באושר במשך עשרים שנה נוספות, שבמהלכן היא ילדה ארבע בנות ושני בנים. בהיותה על ערש דווי התוודתה אלקה, כי הילדים אינם שלו. או אז אומר גימפל (שהוא המספר, בגוף ראשון): "אילו הטיחו במטיל ברזל על ראשי, לא הייתי מתבלבל כדרך שנתבלבלתי מדבריה".

כשחוזרים מהדמיון הספרותי לראליה המשפטית, שהדמויות והמצבים שונים בה לחלוטין כמובן – הספקות מורכבים אפילו הרבה יותר והם אינם מניחים לי לחתום פה על הרשעה בעבירה של עשיית מעשה סדום.

תת-פרק אחרון זה מביא אותנו לדיון בערעור על גזר הדין.

הערעור על חומרת העונש

24. על המערער הוטל עונש מאסר בן שש שנים, מתוכו ארבע שנים לריצוי בפועל ושנתיים מאסר על תנאי. כן הוטל על המערער לשלם למתלוננת פיצוי בסך 10,000 ש"ח.

המערער טוען כי נוכח גילו הצעיר בעת ביצוע העבירה (היה בן 20 וכעת הוא בן 25); העובדה שסעד את אביו החולה (שבינתיים הלך לבית עולמו וזכרו לברכה); מצבו הנפשי הקשה מאז תחילת המשפט, שלא נעלם מעיני בית המשפט הנכבד קמא (אשר הורה כאמור על עריכת בדיקה פסיכיאטרית למערער) ולבסוף העובדה שגם לדברי בית המשפט הנכבד קמא, מדובר במקרה שאיננו מצוי בקשת העליונה של חומרת המעשים (פיסקה 13 לגזר הדין) – נסיבות אלה כולן מצדיקות הקלה בעונשו.

25. המדינה מתנגדת מנגד וטוענת כי העונש שהוטל על המערער הינו עונש ראוי, ההולם את חומרת מעשיו וכולל בתוכו התחשבות בכל השיקולים האינדיבידואליים לקולא. כן היא מתבססת על תסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער, שממנו עולה כי גם עתה המערער איננו מפנים את חומרת מעשיו ומשליך את האחריות למצבו – על המתלוננת. עוד מציינת המדינה כי על אף גילו הצעיר של המערער, הוא כבר הורשע בעבר בעבירות סמים ואלימות, וגם במהלך תקופת ניהול ההוכחות בתיק זה הוא ביצע עבירת איומים, העלבת עובד ציבור ושימוש בכוח או באיומים כדי למנוע מעצר ובתאריך 6.2.2007 הוטל עליו בגין הרשעתו בעבירות אלה עונש של מאסר על תנאי וקנס. אשר על כן, טוענת המדינה, כי העונש שהוטל עליו משקף כבר את כל השיקולים לקולא, שעליהם הצביע המערער בערעורו.

26. ההכרעה בנושא העונש גם היא איפוא קשה כאן. על הכף האחת מונחת העובדה שאני מציע כי הערעור בענין ההרשעה יתקבל חלקית, והמערער יזוכה מחמת הספק מהעבירה של ביצוע מעשה סדום. כמו כן, עומדות בצד זה נסיבותיו האישיות הקשות של המערער, ומצבו הנפשי הרעוע, שיתכן והם הגורם להתדרדרותו, לעברו הפלילי ולכך שאיננו מפנים את חומרת מעשיו. אף בית המשפט המחוזי הנכבד הדגיש כי "מצווים אנו גם להתייחס אל הנאשם ולמצבו הנפשי המיוחד, אשר ללא ספק תרם את תרומתו לביצוע העבירות, ולמצבו כיום. מצבו הנפשי הקשה של הנאשם זועק לשמיים כעת ואף במהלך הדיון במשפטו. ניתן להבחין במצוקתו בנקל, גם ללא השכלה פורמאלית בתחום הפסיכולוגיה, או הפסיכיאטריה" (פיסקה 14 לגזר הדין; הערה: בינתיים חל שיפור מסוים במצבו של המערער).

מן העבר האחר עומדים בהחלט השיקולים אותם מנתה התביעה.

לפיכך, אציע לחברי לשנות את היחס שבין רכיב העונש של הריצוי בפועל לבין המאסר על תנאי. אם תישמע דעתי, יועמד לפיכך המאסר בפועל שנגזר על המערער על

שלוש שנים תחת ארבע שנים שגזר עליו בית המשפט המחוזי ונקבע כי יתרת שלוש שנות המאסר תהיה בדרך של מאסר על תנאי. התנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירת מין כלשהי על פי סימן ה', לפרק י' לחוק העונשין במשך שלוש שנים ממועד שחרורו. שינוי יחס זה ברכיבי העונש אפשרי בשים לב לאמור בפסק דינה של חברתי, ראש ההרכב השופטת א' פרוקצ'יה, בע"פ 1867/00 מדינת ישראל נ' גוטמן, פ"ד נד (3) 145, 155 (2000) (עיינו גם: יעקב קדמי על הדין הפילי- חוק העונשין חלק שלישי 1450 (2001)). אם תתקבל דעתי – שאר מרכיבי גזר הדין לא ישונו.

27. לאחר סיום כתיבת חוות דעתי הגיעו לידי חוות-הדעת של חברי: השופט ט' ג'ובראן וראש ההרכב, השופטת א' פרוקצ'יה. בהקשר זה אסתפק בשלוש הערות קצרות:

(א) לשיטתי ראוי לחזור – במקרי ספק בעבירות מין נטענות – לגישה הזהירה שבוטאה בפרשת ביטון מפי המשנה לנשיאה, השופט ש' לוי (בהסכמת השופטים: ט' שטרסברג-כהן, וע' ר' זועבי)

(ב) בחוות דעתי ניסיתי ליתן נפקות לשוני המסוים ולניואנסים שבין הכרעת הרוב לבין עמדתו של אב בית הדין בערכאה הדיונית, השופט ש' טימן.

(ג) לא מצאתי תשובה (ומנוח) לגבי הטענה של "טעות במצב הדברים" באשר לעבירה של ביצוע מעשה סדום, שיוחסה למערער.

## שופט

### השופט ט' ג'ובראן:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר ואני מצטרף להכרעתו לדחות את הערעור על ההרשעה בעבירת האינוס, אך לצערי איני יכול לקבל את המסקנה אליה הגיע בדבר אחריותו של המערער לעשיית מעשה סדום במתלוננת.

ערעור על הכרעת הדין

2. כאמור, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כי המערער בעל את המתלוננת וביצע בה מעשה סדום. שינויי הגרסאות ביניהם נגעו רק לשאלת ההסכמה ובית המשפט המחוזי קיבל לעניין זה את גרסת המתלוננת, לפיה שני המעשים בוצעו שלא

בהסכמתה. מטבע הדברים, העדות היחידה לביצוען של עבירות אלה נמסרה מפי המתלוננת עצמה.

3. ההבחנה שמבקש לעשות חברי בין שתי העבירות בשאלת ההסכמה, מבוססת רובה ככולה על דרישת ההנמקה בה מחויב בית המשפט לעמוד על פי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: סעיף 54א(ב)), במידה והוא מחליט להרשיע נאשם על פי עדות יחידה של קרבן עבירת מין. חברי השופט מלצר מדגיש, כי חובה זו חלה על כל עבירה בנפרד ובעוד היא מולאה במקרה דנן לגבי עבירת האינוס, הרי שההרשעה בעבירת מעשה הסדום לא נומקה כראוי ובאופן ממצה, ועל כן יש לזכות את המערער מן האחריות לה, מחמת הספק.

4. במה דברים אמורים? הקושי בהרשעת המערער בעבירת מעשה הסדום, מצוי לדידו של חברי באחד מן החיזוקים שהועלו בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי כתמיכה בגרסת המתלוננת – הוא תוכן השיחה המבוקרת שנערכה ביוזמת המשטרה בין המתלוננת למערער. בשיחה זו המערער אמנם מודה, כי לא שעה לבקשת המתלוננת להפסיק לאחר שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. ברם לפי העובדות, אירע מעשה הסדום לפני קיום יחסי המין הווגינליים ובתשובות המערער בשיחה, אין כדי לאשש את התנגדותה של המתלוננת למעשה זה, באופן חד משמעי. מכאן מסיק חברי, כי לא ניתן להשתמש בראיה זו כנימוק להרשעה בעבירת מעשה הסדום.

5. תנא דמסייע למסקנה זו, הוא אב בית הדין בערכאה הדיונית – כבוד השופט ש' טימן – אשר ציין בחוות דעתו, כי לולא הראיות הנוספות לביצוע העבירות המיוחסות למערער, לא היה ניתן להרשיעו על סמך עדותה היחידה של המתלוננת.

6. משהניח חברי, כי השיחה המבוקרת לא מהווה תמיכה לגרסת המתלוננת, רשימת החיזוקים להרשעת המערער בעבירת מעשה הסדום הצטמצמה והדבר הגביר במידה מסוימת את הספק בשאלה, האם גם כעת קיימים נימוקים מספיקים להרשעה. כאמור, החלשה ראייתית זו מספיקה לטעמו של השופט מלצר, כדי לזכות את המערער מעבירת מעשה הסדום.

7. כאמור, דעתי היא שאין לשנות מהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי ואינני מסכים עם קביעותיו של חברי. ראשית סבורני, כי בנסיבות העניין, אין צורך להיזקק

לחיזוקים חיצוניים כלשהם לשם הרשעת המערער, מאחר שמהימנות גרסתה של המתלוננת ממלאת לכשעצמה את חובת הנימוק שבסעיף 54א(ב).

מהימנות עדות המתלוננת

8. הרשעתו של המערער בעבירת מעשה הסדום – כמפורט בחוות הדעת העיקרית להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ש' ברוש) – נומקה בראש ובראשונה בכך, שעדותה של המתלוננת נתקבלה במלואה, בהיותה מהימנה, עקבית, ומוצקה.

9. על פי עדות זו, המתלוננת לא הסכימה למעשי המערער למן התחלת המגע המיני ביניהם והביעה את התנגדותה בשלבים מוקדמים מאוד. כבר כאשר לקח המערער את ידה של המתלוננת, הניחה על איבר מינו מעל מכנסיו וניסה להזיזה, היא משכה אותה אליה ואותתה כבר בכך, כי איננה מעוניינת במגע המיני, אפילו בעודם לבושים. מנקודה זו ואילך, התנגדותה הלכה וגברה. לאחר שהמערער גהר מעליה, פתח את מכנסיה והכניס את ידו מתחת לתחתוניה, היא אמרה לו מפורשות, כי איננה רוצה במעשיו, ביקשה שירד ממנה ואף דחפה אותו במותניו. היא המשיכה להתנגד לו פיזית ומילולית, גם כאשר מעשיו של המערער הסלימו והוא הרים את הסוודר שלבשה, מצץ את שדה עד כי גרם לשטף דם על עורה ולאחר מכן נשך את ירכה.

10. פעולות מיאון ומחאה אלה של המתלוננת התרחשו כולן, עוד לפני שהמערער החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה ומהימנות גרסתה של המתלוננת לגבי פעולות אלה נתקבלה לא רק על דעת שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי, כי אם אף על דעתו של חברי. מכל מקום, די היה בכל אחת ואחת מהן כדי להבהיר למערער, כי הוא כופה עצמו על המתלוננת ללא הסכמתה (ראו על מעשים ללא הסכמה עוד בטרם האקט המיני, ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.12.2009), פסקה לד). אם כן, כאשר ביצע המערער מעשה סדום במתלוננת לאחר מכן, לא נותר כל מקום לספקות, באשר להתנגדותה למעשים אלה, מה עוד שעל פי קביעת הערכאה הדיונית, המערער ביצע בה מעשה סדום פעמיים.

11. מעדותה של המתלוננת עלה, כי לאחר שהמערער החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה, היא ביקשה ממנו להפסיק ואמרה שהדבר מכאיב לה. המערער אמנם הוציא לאחר מכן את אצבעו, אך חזר על המעשה בשנית, הפעם לאחר הבעת התנגדות

מפורשת מצידה. יודגש, כי דברים אלה עולים בקנה אחד לפחות בחלקם עם גרסתו של המערער עצמו, אשר הודה בכך שהמתלוננת ביקשה ממנו שיוציא את אצבעו, אך הכחיש כי לאחר מכן חזר וביצע בה מעשה סדום.

12. לאחר שקיבלה את עדות המתלוננת כמהימנה על כל פרטיה ולאחר שדחתה את הטענות שהועלו כנגד עדות זו, ציינה השופטת ברוש בחוות הדעת העיקרית של בית המשפט המחוזי, כי די כבר בכך כדי להרשיע את המערער. קביעה זו נתקבלה כדעת הרוב לאחר שאושרה על ידי השופטת השלישית בהרכב בבית המשפט המחוזי – כבוד השופטת ת' שפירא.

13. אציין, כי לאחר שעיינתי בעדות המתלוננת ובהודעותיה במשטרה, נוטה גם אני להסכים עם עמדה זו של שופטי הרוב בערכאה הדיונית ואינני מוצא בטענות בא כוח המערער בערכאה הדיונית או לפנינו, כדי להטיל ספקות כלשהם בגרסת המתלוננת.

14. ראשית, אין לקבל את טענות בא כוח המערער בדבר חוסר הסבירות שבהתנהגותה של המתלוננת במהלך שהייתה במחיצת המערער. בעניין זה סומך אני את ידיי על עמדתו המנומקת של חברי השופט מלצר בפסקה 12 לחוות דעתו, לפיה אין סימני השאלה שהועלו בערעור בסוגיה זו, מקימים ספק סביר לגבי מהימנות גרסתה.

15. יתר על כן, השופט מלצר דוחה את טענות בא כוח המערער גם לגבי הסתירות והפגמים שנפלו לכאורה בגרסתה של המתלוננת. כך מציין הוא, כי עדותה בדבר הנחת ידה על איבר מינו של המערער תואמת בעיקרה את תוכן הודעותיה במשטרה, וכי אין שינויים מהותיים בעדות גם לגבי אקט החדרת האצבעות לאיבר מינה (ראו פסקאות 11(א) ו-11(ב) לחוות דעתו). דעתי כדעתו גם לעניין זה.

16. עם זאת סבור חברי, כי אין לאשר את ממצאי המהימנות במלואם וכי בסוגיית מעשה הסדום יש מקום להתערב בקביעותיה של הערכאה הדיונית. בסוגיה זו אנו חלוקים. בית המשפט המחוזי לא התעלם מן הטענות שהעלה בא כוח המערער לגבי עבירה זו והבהיר מדוע מעדיף הוא לבכר את גרסת המתלוננת על פני זו של המערער, גם כאן. יחד עם זאת, ככל שקיים צורך להרחיב במידת מה את ההתייחסות למהימנות המתלוננת בעניין זה, אכנס אני בנעליו ואנסה ללבן את הדברים.

17. אי התיאום בגרסת המתלוננת עליו מצביע בא כוח המערער, נובע מכך שהמתלוננת לא ציינה בהודעתה במשטרה, כי מעשה הסדום בוצע פעמיים. ואולם, אין לראות בהבדל זה סתירה היורדת לשורש עדותה של המתלוננת בבית המשפט. כאשר היא נשאלת בחקירתה מיום 27.11.2003 על מה שאמרה למערער לאחר שהוא החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה, תגובתה היא:

“אמרתי לו מספיק זה כואב לי. ואז הוא לא הקשיב לי  
ואחרי דקה שתיים הפסיק”

18. מבחינה עובדתית, עולים דברים אלה בהחלט בקנה אחד עם עדותה, באשר השינויים בין הגרסאות – קרי, האם המערער הוציא את אצבעו או הותיר אותה בפי הטבעת – הינם מינוריים ויכולים להיות תוצאה של מגוון גורמים. ייתכן והסיבה לאי הדיוק נעוצה בכך שהמתלוננת ייחסה מלכתחילה חשיבות משנית למעשה הסדום ולא נדרשה לפרטיו (ראו פסקה 39 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). ההלם וסערת הרגשות אותם חוותה בעת האירוע, יכלו להשפיע גם הם על חדות זיכרונה ואולי ההסבר הפשוט ביותר להבדלים אלה נובע מן העובדה הפשוטה, ששמיעת העדויות בפני בית המשפט המחוזי נערכה רק בחלוף כשנה וחצי לאחר האירוע (ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.11.2007); ע"פ 993/00 שלמה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 233 (2002); ע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.9.2005); ע"פ 5636/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.1.2009)).

19. מעבר לכך, להעדפת הגרסה שמסרה המתלוננת במשטרה, אין כל נפקות מעשית להרשעתו של המערער. זאת הואיל וגם במצב דברים זה ברור, כי המערער ביצע בה מעשה סדום לאחר שהביעה את התנגדותה לכך. משכך, גם לו הנחתי כי מלכתחילה, החדיר המערער את אצבעו בהסכמתה של המתלוננת – וכאמור הדברים רחוקים מכך – הרי שהותרת האצבע בפי הטבעת שלה לאחר הפצרתה להפסיק, גיבשה את הנסיבות לכדי עבירה של מעשה סדום. לעניין זה ציינתי במקום אחר:

“לא ניתן לומר, כי מרגע שנודע לאדם באופן ברור על חזרה מהסכמה... ניתן לו זמן כזה או אחר לסגת. באופן פשוט וברור, מרגע שהתגבשה מודעותו לנסיבות החדשות, עליו להפסיק את מעשהו באופן מידי” (ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 7.2.2007), פסקה 35. ראו גם ע"פ 8296/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.2009), פסקה 8; ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.9.2008)).

20. דעתי היא אם כן, כי יש לקבל את גרסת המתלוננת במלואה – כולל סוגיית מעשה הסדום – ומכל מקום, אינני מוצא נימוקים מיוחדים אשר יצדיקו סטייה מממצאי המהימנות של בית המשפט המחוזי, מה עוד שהם נעוצים במידה לא מבוטלת בהתרשמותן הבלתי אמצעית של השופטת ברוש והשופטת שפירא, מן הדרך בה נמסרו העדויות (ע"פ 5905/04 סולומון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.10.2007; ע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' אלדנקו (לא פורסם, 6.2.2006)).

21. משכך, הסתמכותה של דעת הרוב על ממצאים אלה כדי להביע אמון מלא ומפורש בגרסת המתלוננת הייתה בדין, ואף אני סבור בנסיבות אלה, כי הדבר מספיק כדי למלא את חובת הנימוק להרשעת המערער הקבועה בסעיף 54א(ב), גם לגבי עבירת מעשה הסדום (ראו ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.2009); ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.2.2008); ע"פ 4187/04 גנטשקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.6.2006) (להלן: עניין גנטשקה)).

22. די במסקנתי זו, כדי לדחות את הערעור על ההרשעה בשתי העבירות. ואולם, כדי לצאת ידי חובת כל הדעות אעמוד גם על החיזוקים החיצוניים שהוצגו בחוות דעתה המפורטת של השופטת ברוש.

ראיות חיצוניות למהימנות עדות המתלוננת – למעט השיחה המבוקרת

23. כפי שצוין, החוק איננו מחייב כיום להציג ראיות של סיוע לתמיכה בגרסתו של נפגע עבירת מין לצורך הרשעה. עם זאת, על בית המשפט לנמק מדוע בוחר הוא לבכר את עדותו של מתלונן על פני זו של הנאשם. כאמור, יש וחובת ההנמקה מתמלאת על בסיס העדות עצמה ללא צורך בתמיכה נוספת. ואולם, כאשר מוצא בית המשפט, כי בעדותו של נפגע עבירות מין נפלו פגמים המכרסמים במהימנות גרסתו – וכאמור, סבורני שאין זה המקרה העומד לפנינו כאן – עליו להקפיד ולהציג הנמקה ממשית, מדוע החליט להסתמך על גרסה זו, חרף הקשיים שנתגלו בה (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 216 (2002) (להלן: עניין נור)). טיבה ושיעורה של חובת הנמקה זו נבחנת בכל מקרה על פי נסיבותיו ונקבעת ביחס הפוך לחוזקה או חולשתה של העדות העיקרית (עניין נור, שם; ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 425-426 (2004); עניין גנטשקה; ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.4.2009); ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.2009)).



24. במקרה שלפנינו, מלבד תוכנה של השיחה המבוקרת, הציגה הערכאה הדיונית ארבעה חיזוקים נוספים, התומכים בגרסת המתלוננת: עדותה של אם המתלוננת על מצבה הנפשי העגום לאחר האירוע; ממצאי הבדיקה הרפואית אשר אישרו את עיקרי התלונה ואף הצביעו על פצע קרע-מתיחה במעבר עור-רירית בפי הטבעת; היעדר מניעים אצל המתלוננת להעליל על המערער ולבסוף, דחיית גרסתו המיתממת של המערער כלא אמינה, לנוכח הסתירות והתמיהות שעלו ממנה ובשל התפרצויותיו והתקפי הזעם שלו במהלך המשפט.

25. שני החיזוקים הראשונים נתקבלו גם על ידי השופט מלצר, כתומכים בהרשעה בעבירת מעשה הסדום (ראו פסקה 14 לחוות דעתו). יתר על כן, מצבה הנפשי של המתלוננת בלבד, יכול לעלות אף כדי דרגת "סיוע" לגרסתה (ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45, 50 (1988); ע"פ 1121/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 360, 361 (1996); ע"פ 7320/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.5.2009), וזאת כמובן לא רק לגבי עבירת האינוס, כי אם גם לגבי עבירת מעשה הסדום. ממילא, חיזוק זה הינו בעל משקל רב לצורך הנמקת ההרשעה (יעקב קדמי על הראיות – חלק ראשון 276 (2003) (להלן: קדמי)). מכל מקום, גם אם אניח, כי אין בהם די כדי להבטיח את מילויה של חובת ההנמקה, הרי ששני החיזוקים האחרים שציינתי, משלימים את שנחסר לדבריו של השופט מלצר בשל אי הרלוונטיות של השיחה המבוקרת. שקרים המתגלים בגרסתו של אחד הצדדים והתנהגותו במהלך מסירת העדות משמשים גם הם כחיזוק למהימנותו של הצד השני (ראו למשל ע"פ 10586/05 בן אברהם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.1.2009); ע"פ 3470/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.11.2009), פסקה 28). חברי מציין בנקודה זו בעצמו, כי לסתירות אשר הוצגו בפני הערכאה הדיונית לא נמצא כל הסבר מתקבל על הדעת (ראו סוף פסקה 13 לחוות דעתו). בנסיבות אלה, היעדרו של מניע ממשי להעליל על נאשם, יכול לשמש גם הוא תימוכין למהימנות המתלוננת (ראו ע"פ 7513/08 בסרייב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.7.2009), בפסקה 15).

26. בנסיבות אלה, סבורני כי בכך מולאה חובת ההנמקה במלואה גם לגבי ההרשעה בעבירת מעשה הסדום. ואולם מעבר לכל האמור, אינני יכול לקבל את עמדת חברי גם בכל הנוגע למשקלה של השיחה המבוקרת עצמה.

השיחה המבוקרת כמחזקת את נימוקי ההרשעה בעבירת מעשה הסדום

27. חובת ההנמקה המופיעה בסעיף 54א(ב), איננה דורשת בהכרח מבית המשפט להציג ראיות חיצוניות אשר יתמכו ישירות בכך שהאקט המיני אכן נעשה ללא הסכמת קרבן העבירה. כך למשל, הגשתה של תלונה מיידית במשטרה לא יכולה לאשש פרטים כאלה או אחרים בעדות המתלונן, אך היא יכולה לספק לכשעצמה את חובת ההנמקה, בין השאר משום שהיא מוכיחה את עקביות הגרסה (ראו קדמי, בעמ' 281-282).

28. נדמה לי, שתשובותיו של המערער בשיחה המוקלטת, מתפקדות במקרה זה באופן דומה. הן מוכיחות, כי גרסתה של המתלוננת עקבית ובכך מספקות גושפנקא נוספת להרשעתו גם בעבירת מעשה הסדום. המערער מודה מספר פעמים במהלך השיחה, כי המתלוננת ביקשה ממנו לחדול ממעשיו (הדוגמה הבולטת ביותר בעמ' 15 לתמליל: "את אמרת לי להפסיק אני לא משקר אותך, את אמרת לי להפסיק נכון, את צודקת שאמרת לי את זה"). גם אם דבריו אלה מתייחסים לאינוס בלבד ולא לבקשותיה הרבות של המתלוננת עובר למעשה זה (כמפורט לעיל), הרי שהשתלבותם בגרסת המתלוננת מוסיפה עוד נדבך לאמון שיש לרכוש לגרסה זו בכללותה. לבסוף, בין כך ובין כך וודאי שאין בשיחה המבוקרת כל ראייה המחלישה את מהימנות המתלוננת או סותרת את אחד מחיזוקיה.

29. ואם בכך לא די, הרי שלטעמי ניתן למצוא בין דברי המערער בשיחה, התייחסות מפורשת לא רק להתנגדותה לאינוס, כי אם גם הודאה בכך שהיא הביעה את התנגדותה כבר בתחילת המגע המיני. כך למשל, לשאלת המתלוננת "מתי אמרתי לך להפסיק", משיב המערער במפורש "מתי ש... מתי ש... באתי בכלל להוריד לך את המכנס" (עמ' 17 לתמליל). משפט זה מלמד אם כן, על התנגדותה החד משמעית של המתלוננת למעשי המערער, עוד בטרם הוא ביצע בה מעשה סדום. משכך, אינני מוצא כל סיבה להפחית ממשקלה של השיחה המבוקרת בחובת ההנמקה על פי סעיף 54א(ב).

30. לנוכח קיומם של חיזוקים חיצוניים למכביר, לתמיכה בגרסת המתלוננת, ספקותיו של כבוד השופט טימן באשר למידת האמון שיש לתת בעדותה כעדות יחידה, אינם רלוונטיים (כפי שאכן מצוין בחוות דעתו).

31. לסיכום הדברים, מסקנתי היא כי דרישת ההנמקה שבסעיף 54א(ב), מולאה במקרה דנן במלואה הן לגבי עבירת האינוס – מנימוקיו של השופט מלצר – והן לגבי

עבירת מעשה הסדום, מן הנימוקים שהבאתי לעיל. משכך, התשתית הראייתית בתיק, מספקת כדי לבסס את אחריותו של המערער בשתי העבירות, וזאת מעבר לכל ספק סביר. מטעם זה, סבור אני כי יש לדחות את הערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בשני חלקיו.

ערעור על גזר הדין

32. דינו של הערעור על גזר הדין להידחות גם הוא. בידוע, שערכאת הערעור לא מתערבת בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בלבד (ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי (לא פורסם, 3.7.2006); ע"פ 7486/07 בר ששת נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.3.2009)). התיק שלפנינו איננו נמנה על אותם מקרים. לאחר שלקח בחשבון את חומרתן של העבירות בהן הורשע המערער ואת עברו הפלילי (הגם שללא תקופות מאסר קודמות), התחשב בית המשפט המחוזי בטרם גזירת העונש, גם בכלל הנסיבות המקלות. כך צוין, כי מעשי המערער אינם עומדים בקשת העליונה ביותר של עבירות המין וכי הם בוצעו במסגרת מסכת אירועים אחת. נסיבותיו האישיות של המערער באו גם הן לידי ביטוי ובהן, המצוקה הנפשית אליה נקלע בעקבות ניהול ההליך המשפטי כנגדו והעובדה שמדובר בריצוי ראשון של עונש מאסר בפועל. מכלול השיקולים אוזן כראוי ובצורה מנומקת. בשל כך מוצא אני, כי העונש שהוטל על המערער איננו סוטה כלל וכלל ממסגרת רף הענישה, במידה המצדיקה את התערבותנו.

33. אשר על כן, אם תישמע דעתי, יידחה הערעור על כל פרטיו, הן לעניין הרשעת המערער בעבירות האינוס ומעשה הסדום והן לעניין חומרת העונש שהוטל עליו בבית המשפט המחוזי.

שופט

השופטת א' פרוקצ'יה:

במחלוקת שנפלה בין חברי, השופטים מלצר וג'ובראן, אני מצטרפת לעמדתו של השופט ג'ובראן הן לענין הערעור על הכרעת הדין והן לענין הערעור על העונש. כמוהו, נראה גם לי כי התשתית הראייתית להרשעת המערער בעבירות מעשה הסדום והאינוס הינה מבוססת ומשכנעת, ואין מקום להתערב בה. אשר לעונש – מידתו, כפי

שנגזרה בידי בית המשפט קמא, מתאפיינת במימד לקולא. משכך, בודאי שאין להקל בו עוד. ממילא, דין הערעורים על הכרעת הדין ועל העונש להידחות.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור על כל חלקיו.

ניתן היום, כ"ג בכסלו התש"ע (10.12.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת