

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5938/00

בפני: כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין

המערער: ניסים אזולאי

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית
המשפט המחוזי בחיפה מיום 12.7.00 בת"פ
300/99 שניתן על ידי כבוד השופטים:
ג' גינת, ר' חוזה, נ' שרון

תאריך הישיבה: ח' בשבט התשס"א (01.02.01)

בשם המערער: עו"ד עמי קובו ועו"ד וופא זועבי-פאהום

בשם המשיבה: עו"ד רבקה לוי-גולדברג

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

1. המערער הורשע בבית-המשפט המחוזי בחיפה באינוס, עבירה לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). ההרשעה היתה ברוב דיעות (השופטים ג' גינת ונ' שרון, כנגד דעתה החולקת של השופטת ר' חוזה). על המערער נגזרו שש שנות מאסר, מתוכן ארבע שנים לריצוי בפועל (בניכוי תקופת המעצר), והיתרה מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שלא יעבור אחת מן העבירות המוגדרות בסעיפים 345 עד 348 לחוק העונשין. כן חוייב המערער בתשלום פיצויים בסך של 6,000 ש"ח למתלוננת. בפנינו ערעור כנגד ההרשעה, ולחלופין כנגד חומרת העונש.

2. המתלוננת הינה ילידת 1.8.85, כך שביום האירוע נשוא האישום (27.8.99) מלאו לה 14 שנים. אף על פי כן, הועמד המערער לדין בעבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק, ולא בעבירת אינוס קטינה שטרם

מלאו לה שש-עשרה שנים לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק, שכן הוסכם כי המתלוננת הציגה עצמה בפני המערער כמי שמלאו לה שש-עשרה שנים.

שלושת שופטי ההרכב בבית-המשפט המחוזי מצאו את גירסתה העובדתית של המתלוננת מהימנה, וקיבלו אותה במלואה. וזו השתלשלות הדברים כפי שהיא נלמדת מעדותה של המתלוננת בפני בית-המשפט קמא;

המתלוננת הכירה את המערער ביום שלישי ה- 24.8.99, עת טיילה עם חברתה ב"הדר" שבחיפה. המערער פנה אליה באומרו: "איזה חמודה" או "איזה תלילים". בהמשך אותו יום, בפגישה נוספת, ניגשה המתלוננת למערער וביקשה ממנו סיגריה. במהלך אותו מפגש, שאל המערער לשמה של המתלוננת ולגילה, והיא ענתה שמלאו לה 16. המערער סיפר למתלוננת כי הוא בן 22 (אף שגילו אותה עת היה 34). בתשובה לשאלתו, סיפרה המתלוננת למערער שהיא מתגוררת בהוסטל לנערות בחיפה ונקבה בשמו. בהודעתה המשטרית (נ/2), הוסיפה המתלוננת כי המערער שאל אותה מדוע היא בהוסטל, והיא ענתה "בעיות" בלי לפרט. באותו מפגש היכרות, סירבה המתלוננת לתת למערער את מספר הטלפון שלה והעדיפה שהמערער יתן לה את מספר הטלפון שלו. המתלוננת התקשרה אליו למחרת היום. באותו שיחה טלפונית, שאלה המתלוננת את המערער איזה סוג קשר הוא מחפש, ובמילותיה: "שאלתי אותו אם הוא מחפש קשר רציני או קשר לסטוצ, כי אם זה רק לסטוצ זה לא מתאים לי, מסיבות אישיות... הוא אמר לי שהוא מחפש קשר רציני, וגם לו לא מתאים קשר של סטוצ..." (עמ' 5 לפרוטוקול). באותו יום, לא נפגשו השניים, למרות שהמערער ביקש זאת. ביום חמישי סיפרה המתלוננת למנהלת ההוסטל על הכרותה עם המערער, ואף על כך ששיקרה לו לעניין גילה.

ביום שישי, ה- 27.8.99, התקשרה המתלוננת למערער בסביבות השעה 20:00, והשניים קבעו להיפגש. המתלוננת ביקשה מהמערער להגיע תחילה להוסטל ולהציג את תעודת הזהות שלו, בהתאם לנוהל שחל במקום. המערער השיב כי אינו יכול להגיע, וביקש שהמתלוננת תיסע במונית לקולנוע "עצמון" בהדר, ותפגוש אותו שם. כשהגיעה למקום המפגש, עמדה המתלוננת לרדת מן המונית, אולם המערער הורה לה להישאר, והחליט כי יסעו לביתו של אבי, חברו של המערער (להלן: אבי). שם, על גג הבית, עישנו המערער ואבי גראס, ואילו המתלוננת סירבה להצעתו של המערער לעשן איתם. בהמשך הערב, צעדו המתלוננת והמערער ברגל לפאב בקירבת מקום. במהלך ההליכה לפאב, ניסה המערער לנשק את המתלוננת, אולם היא סירבה. לדבריה: "זה היה נראה לי מוזר כבר בהתחלה. אמרתי לו שיגיע הזמן, בינתיים זה מוקדם" (עמ' 6 לפרוטוקול). הם ישבו בפאב כשעתיים, והמערער הזמין למתלוננת בירה. בפאב ניסה המערער שוב לנשק את המתלוננת, אך היא סירבה. לאחר שיצאו מהפאב וצעדו ברגל, ניסה המערער פעם נוספת לנשק את המתלוננת,

והפעם היא הסכימה. לדבריה: "גם בדרך מהפאב הנאשם (המערער) ניסה לנשק אותי ונכנעתי לו והסכמתי להתנשק איתו. עצרנו שם והתנשקנו. ליד הבית הנטוש, הוא נעצר והחליט שוב לנשק אותי. אני הסכמתי" (עמ' 6 לפרוטוקול).

לפי עדותה של המתלוננת, לאחר שהמערער נשק לה, הוא משך אותה לבניין הנטוש שבקירבתו נעצרו, ושם החל להפשיטה. המתלוננת הגיבה באומרה: "מה אתה עושה" וכן "לא, לא, לא", אולם המערער המשיך במעשיו והפשיטה מכל בגדיה עד שנשארה עירומה לחלוטין. במהלך הפשטתה, השכיב המערער את המתלוננת על הריצפה. אחר כך התפשט אף הוא, וחדר אליה. המתלוננת העידה כי שכבה על הריצפה קפואה ומאובנת, וכי נאטמה: "פשוט הייתי אבן..." (עמ' 7 לפרוטוקול). כן העידה כי המערער לא היכה אותה ולא השמיע איומים, ובחקירתה הנגדית אף ציינה כי בעת החדירה לא הרגישה כאב. לשאלת הסניגורית, ענתה: "לא הרגשתי כלום... כי לא רציתי להרגיש" (עמ' 19 לפרוטוקול).

לאחר שהמערער סיים, קמה המתלוננת והתלבשה, והמערער התלבש אף הוא. בחקירתה הנגדית במשפט, חזרה המתלוננת על דבריה בהודעה המשטרית (נ/2), לפיהם לאחר שהמערער סיים, הוא שאל אותה אם היא בסדר, ובתגובה היא הינהנה בראשה וחיכה (עמ' 19 לפרוטוקול). המתלוננת העידה כי המערער הציע לה לשוב לביתו של אבי, אך היא סירבה באומרה שעליה לחזור להוסטל, וביקשה מן המערער כסף למונית. השניים צעדו עד לקרבת ביתו של אבי, שם עצר המערער מונית, שילם את מחירה, והמתלוננת נסעה לדרכה. טרם כניסתה למונית ניסה המערער לנשקה, אולם לטענתה, היא סירבה לכך, ובמילותיה: "כיוון שהיה שם מישהו היה לי את האומץ להרחיק אותו, והרחקתי אותו באזור הבטן שלו. הוא אמר לי משהו כמו 'תתקשרי'". (עמ' 7 לפרוטוקול). המתלוננת העידה כי בעת נסיעתה במונית, היא דיברה עם הנהג וצחקה איתו. על כך העיד גם נהג המונית, שהודעתו המשטרית הוגשה בהסכמה לבית-המשפט. בהמשך עדותה, פירטה המתלוננת כי לאחר שהגיעה להוסטל באותו הלילה, הרגישה "מגעילה", חשה צורך להתקלח ואף פרצה בבכי. עדותה לגבי אופן התנהגותה באותו לילה לאחר הגעתה להוסטל, נתמכת בעדויותיהם של מספר עדי תביעה, וביניהם חברתה של המתלוננת וכן המדריך שעבד אותו ערב בהוסטל.

יצוין, כי המתלוננת סיפרה על הפרשה למנהלת ההוסטל ולעובדת הסוציאלית ביום ראשון, יומיים לאחר המקרה. בתחילה, פחדה המתלוננת לגשת למשטרה ולהגיש תלונה נגד המערער, אולם צוות ההוסטל הבהיר לה את חשיבות הדבר. העובדת הסוציאלית העידה כי היא ומנהלת ההוסטל, חששו מן המתלוננת תסרב להגיש תלונה במשטרה, ואחר-כך תשכח את פרטי המקומות בהם שהתה עם המערער. על כן, למרות ההתנגדות והחשש שהביעה בפניה המתלוננת, יצאה עימה העובדת הסוציאלית עוד באותו יום לסויר, במהלכו

הראתה לה המתלוננת את המקומות בהם היתה עם המערער בלילה הרלוונטי, כולל הבניין בו שכב עימה המערער. מספר ימים אחר כך, הגישה המתלוננת תלונה במשטרה נגד המערער.

3. בהודעותיו במשטרה ובעדותו בפני בית-המשפט המחוזי, טען המערער כי המתלוננת סיפרה לו שהיא בת 19, ורק בסוף הערב, טרם פרידתם, אמרה לו שהיא בת 16. המערער לא הכחיש כי קיים יחסי מין עם המתלוננת בבניין אותו תארה כנטוש. עם זאת, גירסתו היתה כי המתלוננת היא שיזמה את קיום יחסי המין, ושיתפה עימו פעולה באופן מלא. לטענתו של המערער, לאחר קיום יחסי המין עלתה עימו המתלוננת לגג ביתו של חברו אבי, ושם התחבקה והתנשקה עימו. אבי העיד על כך במשפט כעד-הגנה.

בית המשפט המחוזי דחה את גירסתו של המערער וקבע כי היא מגמתית ושקרית לכל אורכה, רצופה אי דיוקים וסתירות ללא הסבר. כאמור, קיבל בית המשפט קמא כמהימנה את גירסתה העובדתית של המתלוננת לאירועים, וסמך ממצאיו עליה. בית המשפט התרשם מאמינותה של המתלוננת, וכן מכנותה כאשר העידה על דברים שהציגו אותה באור שלילי. כך למשל, הודתה המתלוננת שרצתה להכיר את המערער, כי שיקרה למערער ביחס לגילה האמיתי, וכי הסכימה לשתות בפאב משקה אלכוהולי. בית המשפט לא ראה לייחס משקל לסתירות לכאורה בין עדותה של המתלוננת במשפט לבין פרטים שמסרה בהודעתה המשטרית (נ/2). כך למשל, קבע בית-המשפט כי אין לייחס משמעות לכך שהמתלוננת העידה בהודעה המשטרית כי אמרה למערער שהיא בת 16, ואילו בעדותה במשפט טענה כי סיפרה לו שהיא בת 16 וחצי. בעניין זה, סבר בית-המשפט כי העיקר הוא שהמתלוננת העידה ביושר על ששיקרה למערער לגבי גילה האמיתי (עמ' 8 להכרעת הדין).

4. שלושת שופטי ההרכב בבית-המשפט קמא הסכימו, אפוא, כי יש לסמוך על עדות המתלוננת. בהתאם לכך נקבע, כי היא לא הסכימה לקיום יחסי המין עם המערער. המחלוקת בין השופטים נגעה לשאלה האם המערער היה מודע להעדר הסכמתה זו.

דעת המיעוט (השופטת ר' חוזה) סברה כי מתעורר ספק האם המערער היה מודע להעדר ההסכמה מצד המתלוננת. המתלוננת אמרה, אמנם, למערער את המילים "לא, לא, לא" כשהחל להפשיטה, אולם לאחר מכן ובעת קיום יחסי המין, היא לא ביטאה סירוב נוסף ולא התנגדה למערער. לדעת השופטת חוזה: "התנהגותה של המתלוננת לאחר מילות הסירוב היחידות שנאמרו על-ידה במועד שלפני הפשטתה על-ידי הנאשם (המערער), יכולה היתה להתפרש על-ידי הנאשם כשינוי לבבות" (עמ' 38 להכרעת הדין). בהקשר זה, הזכירה השופטת חוזה כי בתחילת הערב סירבה המתלוננת להתנשק עם המערער, אולם בהמשך התרצתה

והסכימה לכך. לדעתה, נשאר ספק האם המערער האמין בטעות כי המתלוננת התרצתה והסכימה גם לקיום יחסי המין עימו. אשר על כן, סברה השופטת חוזה כי יש מקום לזיכוי המערער מעבירת האינסוס.

דעת הרוב (השופטים גינת ושרון) קבעה מנגד כי המערער היה מודע להעדר הסכמתה של המתלוננת לקיום המגע המיני עימו. השופט גינת נימק את עמדתו, בין היתר, במילים הבאות:

"הנאשם (המערער) ביום האירוע היה בן 34. המתלוננת היתה בת 14. מקובל עלינו שהמתלוננת אמרה לפני האירוע שהיא אינה מסכימה לקיום יחסי מין עם הנאשם. בכך עשתה המתלוננת כל מה שנדרש כדי להביע התנגדותה ליחסים. אינני מוכן ללמוד דבר מכך שלפני כן היא הסכימה להתנשק עם הנאשם, וכן אינני ללמוד דבר מכך שהנאשם הצליח להפשיט אותה מבגדיה או מכך שהמתלוננת לא נתנה ביטוי נוסף להתנגדותה. היא העידה, וגם דבריה אלה מקובלים עליי, שהנאשם היה יכול ללמוד על התנגדותה גם מכך שהיתה מאובנת בעת האירוע. בשים לב להפרש הגילים, לשעת הלילה שבה מדובר, לחוסר האונים שחשה המתלוננת, ולמקום שבו נמצאו השניים, ברור לי שהנאשם היה מודע לאי הסכמתה של המתלוננת ליחסים".
(עמ' 42 להכרעת-הדין)

השופטת שרון הוסיפה כי מחומר הראיות עולה שהמתלוננת לא נתנה הסכמתה לקיום יחסי המין, לא בדיבור ולא בהתנהגות. בהתאם למסקנת דעת הרוב כי המערער היה מודע לאי הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי המין, הורשע המערער בעבירת האינסוס.

5. בפנינו לא ערערה הסניגוריה על הקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא. כך, הסכימו באי-כוחו של המערער, כי המתלוננת לא הסכימה לקיום יחסי המין עם המערער. כן קיבלו הם את גירסתה של המתלוננת שהיתה מהימנה על בית המשפט קמא, ולפיה אמרה המתלוננת למערער "מה אתה עושה" וכן "לא, לא, לא" כאשר החל המערער להפשיטה, אך לאחר מכן התנהגותה היתה קפואה. למותר לציין כי הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית-המשפט קמא, מבוססים היטב בחומר הראיות, ונשענים על התרשמותו של בית-המשפט מן העדים שהופיעו בפניו. לפיכך, צדקו הסניגורים בהנחתם כי אין יסוד להתערב בהם. עמדת באי-כוחו של המערער בפנינו הינה כי אין בגירסה העובדתית שהתקבלה על-ידי בית-המשפט קמא, כדי לבסס את אשמת המערער בעבירת האינסוס.

יסודות עבירת האינסוס

6. סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין קובע:

אינוס 345(א) הובעל אישה -
 (1) שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש
 בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי
 לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת
 היא אם נעשו אלה כלפי האישה או כלפי
 זולתה;
 ...
 הרי הוא אונוס ודינו - מאסר שש-עשרה
 שנים.

כעולה מסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, עבירת האינוס היא עבירה התנהגותית, בלא שנדרשת במסגרתה תוצאה. יסודותיה העובדתיים של העבירה כוללים התנהגות של "בעילה", כמוגדר בסעיף 345(ג) לחוק, וכן שלוש נסיבות: "של אישה"; "שלא בהסכמתה החופשית"; "עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה" (להלן נכנה נסיבה זו: יסוד הכפייה). מבחינת היסוד הנפשי, מדובר בעבירה "שותקת". סעיף 19 רישא וסעיף 20(א) לחוק העונשין מורים כי עלינו לפרשה כך שנדרשת במסגרתה מחשבה פלילית, הן לגבי טיב ההתנהגות והן לגבי הנסיבות.

אין חולק כי המערער חדר לגופה של המתלוננת שהיא אישה, והיה מודע למעשהו זה. אין אף מחלוקת כי במישור העובדתי, נתקיימה הנסיבה של העדר הסכמה חופשית מצד המתלוננת. עמדת באי-כוח המערער, לפיה אין בגירסה העובדתית שקיבל בית-המשפט קמא כדי לבסס את אשמת המערער בעבירת האינוס, מבוססת על שתי טענות עיקריות: הטענה האחת נוגעת ליסוד העובדתי בעבירה, ועניינה בשאלה האם הוכח שהמערער הפעיל אמצעי כפייה כנגד המתלוננת. הטענה השנייה נוגעת ליסוד הנפשי בעבירה, ועניינה בשאלה האם המערער היה מודע להתקיימות הנסיבה "שלא בהסכמתה החופשית". באת-כוח המדינה הדגישה בטיעוניה כי המתלוננת הביעה את אי הסכמתה לקיום המגע המיני, ומשכך הדבר, לטענתה, כל עוד לא נתנה המתלוננת ביטוי אקטיבי לשינוי רצונה, אין מקום לעורר ספק אם המערער היה מודע לאי ההסכמה. נדון בטענות אלה כסדרן.

יסוד הכפייה

7. ההגדרה של עבירת האינוס מורה כי חדירה אל אישה שלא בהסכמתה החופשית, צריכה להיעשות "עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה". המילה "עקב" מצביעה על קשר סיבתי, והשאלה המתעוררת הינה מהי הסיבה ומהו המסובב. שאלה זו נידונה בע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 289. אפשרות אחת היא לפרש את העבירה כך שהקשר הסיבתי הנדרש,

הוא בין הפעלת אמצעי הכפייה לבין העדרה של הסכמה חופשית. כך, יתכנו מצבים בהם האישה הסכימה לקיום יחסי המין, אך הסכמתה נבעה מהכפייה שהופעלה נגדה, ולכן לא מדובר בהסכמה חופשית ואמיתית. במקרים כאלה, הקשר הסיבתי בין העדר ההסכמה לבין אמצעי הכפייה הוא ברור. (ראו למשל: ע"פ 3274/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 353, 356, 360). אך יתכנו מצבים בהם על-אף השימוש בכפייה, הביעה האישה אי-הסכמה לקיום יחסי המין. במקרים כאלה, אין לומר כי מתקיים קשר סיבתי בין השניים (ע"פ 115/00 טייב הנ"ל, בפסקה 46 לפסק-דין של השופט אנגלרד). המסקנה המתבקשת, כפי שנקבעה בע"פ 115/00 טייב הנ"ל, היא כי הקשר הסיבתי הנדרש בעבירת האינוס, הינו בין אמצעי הכפייה לבין מעשה-האישות. אף כי קביעה זו היתה מוסכמת על שלושת שופטי ההרכב בפרשת טייב, התעוררה באותו מקרה מחלוקת בין השופטים בשאלה האם יסוד הכפייה הוא בהכרח חיצוני ונוסף למעשה האישות, אם לאו. בטרם נדון בשאלה זו, נעמוד תחילה על הרקע לקביעת יסוד הכפייה בהגדרה של עבירת האינוס, ואת ההתפתחויות שחלו בפסיקה ביחס לפרשנות יסוד זה. במקביל לשאלה זו נבחן מה נדרש לשם הוכחת העדר ההסכמה של האישה, על פי הוראת החוק כיום.

הוכחת העדר הסכמה

8. בשורה של פסקי דין עמד בית משפט זה על השינויים שחלו בתפיסת המחוקק בכל הנוגע לעבירת האינוס ועל הפרשנות המתחייבת משינויים אלה (ראו לדוגמא: ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי ואח', פ"ד מח (1) 302; וכן: ע"פ 115/00 טייב הנ"ל). נזכיר, איפוא, בקצרה את הרקע שהביא לפרשנות הנוהגת בפסיקתנו ביחס לעבירה זו.

בטרם תוקן, קבע נוסחו של סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין הישראלי (שמקורו בפקודת החוק הפלילי, 1936) בזו הלשון:

"הבועל אישה, שאינה אשתו, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו
עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב
המונע את התנגדותה, דינו- מאסר ארבע-עשרה שנים".
(ס"ח תשל"ז, עמ' 277; ההדגשות הוספו)

מקורו של הביטוי "נגד רצונה" היה במשפט המקובל האנגלי, בו נדרש כי מעשה הבעילה של אישה יהיה "against her will". בהתאם להגדרה זו, דרשה פסיקתנו באותם ימים כי ברמה הראייתית יוכח שהאישה התנגדה למעשה האינוס, ונתנה ביטוי חיצוני-פיזי לאי הסכמתה. כך למשל, נפסק כי כאשר קדמו ליחסי המין קשרי ידידות, נדרש להוכיח "התנגדות ממשית ורצינית" או "התנגדות אמיתית וראויה לשמה", על

מנת להסיק כי האישה לא הסכימה לקיום יחסי המין. (ראו: ע"פ 65/55 **רבצ'יק נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ט 1373, 1378; ע"פ 277/76 **בוגנים נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא (1) 561, 565; וכן ראו: ע"פ 579/76 **פרג'ון נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא (3) 219, 223-224). אמנם, הפסיקה הכירה בקיומן של נסיבות בהן בוצע מעשה אינוס, אף אם המתלוננת לא הרימה קול צעקה ולא נאבקה או זעקה לעזרה (ראו למשל: ע"פ 83/50 **שולמן נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ה 174, 183). אף על פי כן, היווה הדבר חריג לכלל שדרש התנגדות פיזית ברורה מצד האישה למעשה האינוס.

9. משך השנים התפתחה הפסיקה האנגלית, והחלה להסתפק בבחינת קיומה של אי-הסכמה למגע המיני מצד המתלוננת, מבלי לדרוש הוכחת התנגדות פיזית דווקא. גישה זו היתה לחלק מהמשפט המקובל (ראו: p.200, (C.S.Kenny **Outlines of Criminal Law** (Cambridge, 19th ed., 1966)). שינוי זה מצא עיגון סטטוטורי ב-Sexual Offences (Amendment) Act 1976, s. 1. חוק זה זנח את הביטוי "against her will", וקבע כי די להוכיח שהאישה לא הסכימה ("does not consent") למעשה המיני. בשנת 1994 תוקן החוק האנגלי פעם נוספת, כך שנוסח ההגדרה של עבירת האינוס באנגליה הוא כדלקמן:

1-(1) It is offence for a man to rape a woman or another man.
 (2) A man commits rape if-
 (a) he has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse **does not consent** to it;
 and
 (b) at the time he knows that the person does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether that person consents to it".
 (Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 142)

(ההדגשה הוספה)

הביטוי "does not consent" כפי שהופיע עוד בחוק משנת 1976 פורש בפסיקה האנגלית כך שאין הכרח שהאישה תגלה סימני התנגדות פיזית למעשה האינוס, ודי להוכיח כי לא הסכימה לו (ראו למשל: **R v. Olugboja** [1981] 3 All ER 443).

שינוי דומה התרחש במשפט הישראלי. במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח - 1988 (להלן: תיקון 22 לחוק), נזנח הביטוי "נגד רצונה", והוא הוחלף בביטוי "שלא בהסכמתה החופשית". בעוד

שצמד המילים "נגד רצונה" השמיע, כמו מעצמו, דרישה לגילוייה של התנגדות פיזית מצד האישה למעשה האישות, הרי הביטוי "שלא בהסכמתה החופשית" הדגיש את ההיבט הפנימי של רצון האישה (אף שברור כי על רצונה והסכמתה של האישה, יש ללמוד על דרך גילויים חיצוניים) (ראו: ע"פ 5612/92 בארי הנ"ל, בעמ' 376, 378 לפסק-דינו של השופט חשין). כתוצאה מזניחת היסוד של "נגד רצונה", נעלמה הדרישה הראייתית, נחלת פסיקתנו בעבר, לפיה יש להוכיח התנגדות פיזית מצד קורבן העבירה. בלשוננו של השופט חשין:

"מתוך שהסכמתה (של האישה) אינה מובנית מאליה ואין היא כמו נתונה מראש...התנגדות למעשה האישות אינו יסוד יוצר בעבירה. אכן, גילוייה של אי-הסכמה יכולים שיבואו בהתנגדות - לעיתים קרובות כך הוא - אך אין הכרח שכך יהיה, ואנו לא נעמוד על דרישת ההתנגדות".
(ע"פ 5612/92 בארי הנ"ל, עמ' 378 מפי השופט חשין; ההדגשות במקור).

כיום מוסכם על הכל, כי די בשלילה מילולית גרידא כדי ללמד על אי הסכמת האישה למגע המיני. (ראו: ע"פ 5612/92 בארי הנ"ל, עמ' 346-347 מפי הנשיא שמגר; ע"פ 235/90 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (1) 209, בפסקה 9 לפסק-דינו של השופט ד' לוי; ע"פ 5739/96 אוחנונה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (4) 721, בפסקה 6 לחוות דעתי; ע"פ 4967/98 טובולוב נ' מדינת ישראל, דינים-עליון נז 684; ע"פ 819/96 פלוני נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 97 (2) 366, בפסקה 18 לפסק-דינה של השופטת דורנר; ע"פ 8523/99 דורב ואח' נ' מדינת ישראל, דינים-עליון נח 521, בפסקה 6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן). יתרה מזאת, במקרים מסויימים יש גם בהתנהגותה הפסיבית של האישה, כדי להצביע על העדר הסכמה מצידה למגע המיני, והכל בהתחשב בנסיבות האירוע. (ראו: ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 769, בפסקה 6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

זניחת דרישת ההתנגדות במשפט הישראלי, מבטאת שינוי משמעותי בתפיסות התרבותיות והחברתיות בישראל. הוראת החוק בנוסחה כיום משקפת את ההכרה בזכות האישה לשלוט על גופה, והיא מבטאת את השאיפה להגן על אוטונומית הרצון שלה. הדרישה להתנגדות פיזית שהיתה נהוגה בעבר, הביאה לעולם המושגים המשפטי את התפיסה לפיה האישה היא אובייקט מיני פסיבי כך שניתן להניח שהיא מסכימה לקיום יחסים מיניים, ורק התנגדות פיזית ונמרצת מצידה יכולה לסתור חזקה זו. (ראו: ע' גרוס "אינוס בטעות או שמא אינוס של הטעות?" הפרקליט מב (תשנ"ה) 334, 337; י' לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה" פלילים (תשנ"ח) 187, 215-216). לעומת זאת, ההנחה הגלומה בתיקון 22 לחוק הינה כי חופש הבחירה של האישה ושליטתה על גופה, מחייבים לראות במגע מיני שלא בהסכמתה - אינוס, אף אם האישה לא הביעה את אי הסכמתה על-דרך של התנגדות פיזית דווקא.

זאת ועוד, עם השנים גברה ההכרה כי המציאות מורכבת יותר מהתפיסה החברתית הדוגמטית המניחה כיצד על אישה להתנהג בעקבות מעשה אינוס, וכי תתכנה קשת של תגובות ודרכי התמודדות מצד הקורבן למעשה האינוס. יש שאישה בוחרת בגישה של שכנוע, ומבקשת להניא את האנס ממעשיו בדברים רוגעים (ראו: ע"פ 256/78 **הן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד (3) 589). ויש שאישה נאבקת ומתנגדת בכוח למעשה האינוס (ראו: ע"פ 288/88 **גנדור נ' מ"י**, פ"ד מב (4) 45). מנגד, ישנם מצבים בהם האישה אינה מתנגדת בכוח ואינה צועקת לעזרה, בין היתר, נוכח פחד וחוסר אונים בהם היא שרויה. לעיתים, מבכרת האישה שלא להתנגד פיזית, עקב היות כוחה נחות ביחס לזה של הגבר, וכן עקב כך שנסיון חייה לא הכשירה לחילופי מהלומות. (ע"פ 5612/92 **בארי הנ"ל**, עמ' 346-347 לפסק-דין של הנשיא שמגר; ע"פ 3230/93 **דרעי נ' מדינת ישראל**, דינים-עליון לט 6; ע"פ 111/99 **שוורץ הנ"ל**, בפסקה 2 לפסק-דין של השופט מצא). במצבים כאלה, דרישה מן האישה כי תתנגד בכוח על-מנת שנוכל לקבוע שנעשה בה מעשה אינוס, תוך התעלמות מכך שהביעה את חוסר הסכמתה למעשה המיני בדרכים אחרות, אינה ראויה. (א' שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" **עיוני משפט** יח (תשנ"ד) 159, 183; ד' ברק-ארז "האשה הסבירה" **פלילים** ו (תשנ"ח) 115, 126; כן ראו: ע"פ 5612/92 **בארי הנ"ל**, בעמ' 347).

ודוק, אף שהפסיקה לאחר תיקון 22 לחוק העונשין קבעה כי אין הכרח להוכיח התנגדות פיזית של האישה למעשה האישות, הרי ברור כי התביעה עודנה נושאת בנטל השכנוע, ועליה להוכיח במסגרת היסוד העובדתי של העבירה כי האישה לא נתנה הסכמתה החופשית למעשה האישות. נוכח המעבר של מרכז הכובד מהתנגדות אקטיבית להעדר הסכמה חופשית מצד האישה, יש הסבורים כי במסגרת הנטל המשני של הבאת הראיות, על הנאשם להראות כי האישה הסכימה למעשה האישות, מקום בו הוא שיזם את קיום היחסים ביניהם (ראו: ע"פ 5612/92 **בארי הנ"ל**, עמ' 377, 379 לפסק-דין של השופט חשין; וראו מנגד את דברי השופט גולדברג שם, בעמ' 385; כן ראו ע"פ 115/00 **טייב הנ"ל**, בפסקה 2 לפסק-דין של השופט חשין). כשלעצמי, סבורה אני כי בדרך כלל הנטל המשני להבאת הראיות לעניין זה יעבור לנאשם רק כאשר הניחה התביעה תשתית לכאורית להוכחת אי ההסכמה או הציגה נסיבות לכאוריות המצביעות על אי הסכמה מצד האישה. אולם תהא אשר תהא הגישה לשאלה זו, בעניין שלפנינו, כיוון שמוסכם על הצדדים כי המתלוננת לא הסכימה לקיום היחסים עם המערער, אין מתעורר הצורך להביע עמדה בשאלה זו.

מעמדו של יסוד הכפייה ושאלת היותו חיצוני למעשה-האישות

9. כאמור, הנוסח המקורי של סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, קבע בין יסודות העבירה, כי מעשה האישות התבצע "נגד רצונה" של האישה "תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה...". גם דרישה אחרונה זו מקורה היה במשפט המקובל האנגלי שנהג בעבר, לפיו התקיימה עבירת אינוס רק אם הופעלה אלימות נגד האישה על מנת להכניע את התנגדותה (ראו: C.S.Kenny **Outlines of Criminal Law** (Cambridge, 19th ed. (1966), p. 200).

עם זניחת הדרישה להתנגדות פיזית מצד האישה במשפט המקובל האנגלי, לא נותר עוד טעם בדרישה, כי התנגדותה תוכנע על-ידי שימוש בכוח או איום בו. בהתאם לכך, ביטל המשפט האנגלי את יסוד הכפייה, וכיום הוא אינו נכלל בהגדרה של עבירת האינוס בחוק (ראו: Sexual Offences (Amendment) Act 1976, s. 1; Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 142; **R v. Olugboja**; **Card, Cross & Jones- Criminal Law** (1998) 230-231; [1981] 3 All ER 443; **Smith**; **Hogan Criminal Law** (1999) 457). החקיקה הישראלית טרם עברה התפתחות דומה. אמנם, תיקון 22 לחוק העונשין הביא לזניחת הדרישה להתנגדות פיזית מצד האישה. אף על פי כן, נותר יסוד הכפייה בהגדרתה של עבירת האינוס, כשריד לגישה המסורתית שנהגה עובר לתיקון 22 לחוק.

אף שיסוד הכפייה נותר בהגדרת עבירת האינוס בישראל, הרי לשונו של תיקון 22 לחוק העונשין הביאה להחלשתו של יסוד זה. עם הוספת החלופה "אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה" במסגרת תיקון 22 לחוק, אין עוד הכרח בהפעלת אלימות פיזית דווקא או איום בה, כדי לקיים את יסודות העבירה, ויסוד הכפייה עשוי להתבטא בהפעלת אמצעים אחרים. זאת ועוד, נוכח החלפת הביטוי "תוך שימוש בכוח..." בביטוי "עקב שימוש בכוח...", נפסק כי אין הכרח שהשימוש בכוח או שהפעלת הלחץ ייעשו בצמוד לקיום יחסי המין, ויכולים הם להתבצע גם במועד מוקדם יותר (ע"פ 5612/92 בארי הנ"ל, בעמ' 367; ע"פ 3274/94 פלוני הנ"ל, עמ' 360-361).

תיקון 22 לחוק העונשין הותיר בהגדרתה של עבירת האינוס, את החלופה של הפעלת כוח פיזי עובר למעשה האישות ("שימוש בכוח"). עם זאת, חל שינוי בדרישה הנוגעת למידתו ולעוצמתו של הכוח הפיזי בחלופה זו, בכפוף כמובן לנסיבותיו של כל מקרה. כך למשל, הובעה הדיעה כי ניתן להסתפק בדחיפת קורבן האינוס למצב של שכבה. (ראו: ע"פ 5612/92 בארי הנ"ל, בעמ' 367 מפי הנשיא שמגר, וגם: ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" **מחקרי משפט** יא (תשנ"ד) 147, 155). את נטייתה של הפסיקה לאחר תיקון 22 לחוק, להפחית ממידתו והיקפו של הכוח הפיזי הנדרש במסגרת החלופה של "שימוש

בכוח", ניתן להסביר בשניים. ראשית, זניחת הביטוי "נגד רצונה" והדגשת הסכמתה החופשית של האישה, מעידים כי הערך המוגן הדומיננטי של עבירת האינוס לאחר תיקון 22 לחוק העונשין, הוא ההגנה על הרצון החופשי של האישה ועל שליטתה על גופה; לעניין זה, אין נפקא מינה אם יחסי המין לוו בהפעלת כוח משמעותית דווקא, אם לאו. הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העניקו מעמד-על לזכותה של האישה להחליט מה ייעשה בגופה. על כן נראה כי השאלה האם מעשה אישות שנעשה ללא הסכמתה של האישה, לווה בהפעלה ניכרת של כוח פיזי אם לאו - איבדה מחשיבותה. (השוו: ע"פ 115/00 **טייב** הנ"ל, פסקאות 19-22 לפסק-דין של השופט חשין; ע' גרוס "אינוס בטעות או שמא אינוס של הטעות?" **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 334, 338). שנית, עד תיקון 22 לחוק העונשין, ה"שימוש בכוח" או האיום בו, נדרשו לצד התנגדות האישה לכפיית מעשה האישות עליה. כאמור, תיקון 22 לחוק הביא לזניחת הדרישה הראייתית להתנגדות פיזית של האישה. ממילא, במקרים בהם האישה הביעה את אי הסכמתה באופן מילולי או בהתנהגות, אולם לא התנגדה באופן פיזי למעשה-האישות, אין מקום להידרש להפעלה משמעותית של כוח.

10. על רקע החלטת מעמדו של יסוד הכפייה בעבירת האינוס, מתעוררת השאלה האם הוא מהווה יסוד חיצוני ונוסף למעשה האישות, אם לאו. כאמור, בפרשת **טייב**, ענה השופט חשין לשאלה זו בשלילה. דעתו היתה כי מעשה האישות, הוא עצמו - הפלישה לגוף האישה, מהווה "שימוש בכוח", ולכן כאשר נעשה המעשה שלא בהסכמתה החופשית של האישה, ייחשב הוא לאינוס. עמדת השופטים אנגלרד וטירקל באותו פסק דין היתה שונה. שניהם הסכימו, אמנם, כי המצב הראוי הוא זניחת יסוד הכפייה, מהנימוקים שהובאו בפסק-דין של השופט חשין. עם זאת, לדעתם, אין זה המצב המצוי על-פי לשון החוק הקיים. משכך, סברו הם כי מעשה אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, מתקיים רק כאשר הוכח שנעשה בלא הסכמת האישה, ובנוסף הוכח כי הגבר עשה שימוש באמצעי כפייה באופן נפרד ובבדל ממגע-האישות עצמו, תוך שמתקיים קשר סיבתי בין אמצעי הכפייה לבין מעשה האישות. עם זאת, השופט אנגלרד ראה לציין כי די בכפייה "למצער קלה" (ראו: ע"פ 115/00 **טייב** הנ"ל, בפסקה 51 לפסק-דין). מכאן שאף לשיטת הסבורים כי יסוד הכפייה ממשיך להתקיים בנפרד מיסוד ה"בעילה", הרי באותה פרשה היתה הסכמה כי מעמדו של יסוד זה נחלש ביחס לעבר; לפיכך, יהיו מקרים בהם נוכח מכלול נסיבות האירוע, ניתן יהיה לקבוע שאף אם הופעלה מידה קטנה של כוח, ניתן להסיק שישוד הכפייה התקיים.

במקרה שלפנינו, אין מתעורר הצורך להכריע בין הדיעות השונות שהובעו בפרשת **טייב**, כיוון שמעשי המערער, אף שלא לוו באלימות קשה, היה בהם שימוש בכוח נפרד וחיצוני למעשה האישות עצמו.

11. מוסכם על הצדדים כי המערער משך את המתלוננת לבניין שהיה נראה נטוש. המערער החל להפשיט את המתלוננת וזו הגיבה באומרה "מה אתה עושה" וכן "לא, לא, לא". לאחר מכן "קפאה" המתלוננת ולא עשתה או אמרה דבר עד שהמערער סיים. מוסכם גם כי המערער לא היכה את המתלוננת, לא איים עליה באופן מילולי, ואף לא הכאיב לה.

תחושת החרדה וחוסר האונים שאחזו במתלוננת והביאו להתנהגותה הפסיבית והקפואה לאחר אמירת הלאו למערער, עלו מעדותה בבית המשפט, והוסברו גם היטב בדברים שמסרה עוד בהודעתה במשטרה:

"ואז משך אותי, איך שהתנשקנו, משך אותי לגדר לשער...ושם התחיל להוריד לי את הבגדים...לא הפרעתי כי פחדתי שהוא ירביץ לי, ייתן לי מכות, אז נכנעתי...והייתי בשוק לא דיברתי כלום. בהתחלה אמרתי בקול לא לא אני לא רוצה, לא בא לי. הוא הוריד לי את הבגדים...ונשארתי ערומה לגמרי. לא היה אור, היה חושך מוחלט...אני פחדתי שאולי יבעט בי או יעשה לי משהו ואני ישאר צמח. אני נכנסתי לחדרה ולפחד. הוא גם גבר וגם יותר חזק ממני, ומהתחלה כבר ידעתי שאין לי סיכוי. גם לא צעקתי כי פחדתי מהדבר הזה. ואז הוא זיין אותי. לא יודעת כמה זמן זה היה. הייתי בשוק והראש שלי לא עבד. לא דיברתי ולא אמרתי כלום..."

(נ2; ההדגשות הוספו)

בחקירתה הנגדית במשפט, חזרה המתלוננת והעידה כי קפאה עקב הפחד שחשה, והוסיפה כי השיתוק שאחז בה נבע מאירוע קודם שחוותה בעברה ("בגלל המקרה עם דודי"; עמ' 17 לפרוטוקול). מעדותה בבית המשפט קמא, עולה כי ניתן להסביר את הפחד והשיתוק אליהם נקלעה, גם על רקע מכלול נסיבות האירוע. כך, השליטה על התנהלות הערב בו בילו יחדיו, היתה בידי המערער: הוא אשר הורה למתלוננת לקחת מונית ולפוגשו בקולנוע "עצמון", הוא אשר החליט כי יסעו אל בית חברו אבי, שם עישן גראס וניסה להציעו גם למתלוננת, הוא אשר לקח את המתלוננת לפאב שם השקה אותה במשקה אלכוהולי, הוא אשר דיבר במשך רוב זמן ישיבתם בפאב, והוא אשר ניסה כל הערב לנשקה ללא הפסק. נראה כי הפרש הגילאים הרב בין השניים, ניכר היטב בדינמיקה ששררה ביניהם, והמערער היה הדומיננטי והשולט; המתלוננת, שעל מהימנותה וכנות עדותה אין חולק, העידה כי הבניין אליו משך אותה המערער, נראה היה לה נטוש וכי אף אדם לא עבר שם אותה עת (עמ' 17 לפרוטוקול; נ2 / 2). בסיוע שערכה במקום עם העובדת הסוציאלית לאחר האירוע באור יום, היא ראתה אמנם אישה זקנה מביטה מבעד לחלון הבניין, ועל כן יתכן שמדובר בבניין מאוכלס, אולם העיקר הוא התרשמותה של המתלוננת בליל האירוע, שאז נראה היה הבניין נטוש. יצוין כי גם העובדת-הסוציאלית שערכה עימה את הסיוע לאור יום לאחר האירוע, אישרה בעדותה במשפט כי הבניין נראה נטוש וכי האזור מוזנח (עמ' 62 לפרוטוקול); היתה זו שעת לילה מאוחרת והמתלוננת העידה כי במקום שרר חושך מוחלט; הפשטתה של

המתלוננת מכל בגדיה (כולל נעליים וגרביים) הותירה אותה עירומה לחלוטין בבניין שומם בשעת לילה. משיכתה של המתלוננת לבניין, הפשטתה והשכבתה על הארץ ללא כל שיתוף פעולה מצידה, ולאחר שהביעה חוסר הסכמה, יש בהם משום שימוש בכוח כנדרש על-פי הסעיף. על רקע מכלול הנסיבות הללו, אך מובן הוא כי בתנאים אלה, המתלוננת, נערה צעירה, קפאה לאחר אמירת ה"לא", ופחדה לעשות או לומר דבר.

באי-כוח המערער טענו בפנינו כי מידות גופו של המערער אינן מאיימות. עם זאת, מחומר הראיות עולה כי גם המתלוננת היא נמוכת-קומה (בהודעתה המשטרתית (2/1) מסרה המתלוננת כי המערער בגובה שלה או קצת גבוה ממנה). על הפחד של המתלוננת מן המערער בעת האירוע, ניתן ללמוד גם מתגובתה לאחר מעשה, עת ראתה אותו באקראי בעת הסיור שערכה במקום עם העובדת הסוציאלית. זו העידה כי:

"ה' (המתלוננת) היתה מאד נסערת. אני זוכרת שפשוט התחילה לרעוד פיזית, כל הגוף, אני הייתי צריכה להחזיק אותה. אמרה לי: מזל שאת פה. מזל שאת פה".
(עמ' 54 לפרוטוקול)

על רקע מכלול הנסיבות שפורטו, נראה כי הפחד והשיתוק שאחזו במתלוננת לא איפשרו לה להתנגד באופן אקטיבי למעשיו של המערער. אולם, כפי שהוסבר לעיל, בעקבות תיקון 22 לחוק העונשין נזנחה כליל הדרישה להוכיח כי האישה התנגדה באופן פיזי למעשה האישות, ודי בהבעת אי הסכמה מילולית למגע המיני. בענייננו, הביעה המתלוננת את סירובה באופן מפורש כאשר אמרה למערער עם תחילת הפשטתה "לא". מאחר והמתלוננת לא התנגדה פיזית למעשיו של המערער לאחר מכן, אך ברור הוא שהמערער לא היה צריך להפעיל כוח משמעותי כנגדה. בנסיבות אלה, די במשיכת המתלוננת על-ידי המערער אל עבר הבניין הנוטש, הפשטתה על-ידו מכל בגדיה והשכבתה על הריצפה בעודה משותקת ופסיבית לחלוטין, על מנת לקיים את דרישת ה"שימוש בכוח" בהגדרת העבירה. ברי כי בפעולות אלה של המערער היה כדי לאפשר את מעשה האינסוס, ומכאן שמתקיים קשר סיבתי בין לבין יסוד ה"בעילה".

היחס הנפשי של המערער להעדר ההסכמה מצד המתלוננת

12. טענתם העיקרית של באי-כוח המערער הינה כי על אף שהמתלוננת לא הסכימה לקיום יחסי מין עם המערער, היא כבשה את אי-רצונה פנימה, באופן שהמערער לא היה מודע להעדר הסכמתה. לטענתם, מכלול נסיבות האירוע-היזמה של המתלוננת להיפגש עם המערער, יציאתם המשותפת לבילוי בפאב, היענותה לרצונו של המערער לנשקה, העובדה שאיפשרה למערער להפשיטה מכל בגדיה ולהשכיבה על הריצפה בלא שהתנגדה; כל אלה מעוררים ספק שמא המערער סבר בטעות כי המתלוננת מסכימה לקיום יחסי המין עימו, ועל

כן ממילא לא היה מודע להעדר הסכמתה. במהותה, תואמת טענת הסניגורים את הסייג לאחריות פלילית הקבוע בסעיף 34(א) לחוק העונשין, המכונה "טעות במצב דברים", אף שזו לא נטענה במפורש.

"טעות במצב דברים"

13. סעיף 34 לחוק העונשין קובע:

טעות במצב 34(א) העושה מעשה בדמותו של 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....

סעיף 34 כלול בפרק ה' לחוק שעניינו סייגים לאחריות פלילית, כפי שנקבעו בתיקון 39 לחוק העונשין.

הסייג של טעות במצב דברים דורש לשם התקיימותו, עשיית מעשה בדמותו של מצב עובדתי שאינו קיים. נוסח זה מורה כי על הטעות להיות כנה, באופן שהנאשם האמין במצב דברים שאינו מתקיים בפועל. (ראו: הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב 1992-, ה"ח 140: "אם הטעות לא היתה כנה, לא היתה כלל טעות"). סעיף 34 לחוק העונשין אף מורה כי בעבירות של מחשבה פלילית, להבדיל מעבירות רשלנות, אין הכרח להוכיח כתנאי מהותי כי הטעות היתה סבירה. עם זאת, בעבירות של מחשבה פלילית, הסבירות יכולה לשמש אמת-מידה ראייתית לבחינת אמינותה של גירסת הטעות מצד הנאשם (ראו: ע"פ 389/91 **מדינת ישראל נ' ויסמרק**, פ"ד מט (5) 705, בפיסקה 14 לפסק-דינו של השופט ברך; ע"פ 4260/93 **חג' יחיא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא (4) 869, בפיסקה 11 לפסק-דינו של השופט זמיר; ע"פ 2598/94 **דנינו נ' מדינת ישראל**, דינים-עליון מב 218, בפיסקה 11 לפסק-דינו של השופט גולדברג; דנ"פ 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (5) 1, בפיסקה 12 לפסק-דינו של השופט מצא; וכן: ש"ז פלר "טעות במצב דברים" **מחקרי משפט יב** (תשנ"ה) 5, 18).

חזקה היא כי מעשה נעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית (ראו: סעיף 34 לחוק העונשין). עם זאת, בהתאם לסעיף 34(ב) לחוק, משעורר הנאשם ספק סביר בדבר קיומו של סייג לאחריות פלילית, הנטל על התביעה להסיר ספק זה. (ראו: ע"פ 4675/97 **רוזוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג (4) 337). מסעיפי חוק אלה עולה כי על הנאשם לעורר את טענת הטעות במצב דברים, או למצער, שהטענה תעלה מגירסתו העובדתית לאירוע נשוא האישום (ראו: ע"פ 2534/93 **מליסה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא (2) 597,

בפיסקה 14 לפסק-דינו של השופט מצא). בפנינו, ניסו הסניגורים לעורר ספק שמא המערער טעה לעניין התקיימותה של הנסיבה "שלא בהסכמתה החופשית", וסבר בתום-לב כי המתלוננת הסכימה למגע המיני עימו. קבלת טענה זו, משמעותה למעשה כי הטעות שללה את המחשבה הפלילית לגבי אותה נסיבה, באופן שהעבירה כלל לא התהוותה (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב, תשמ"ז) 513, 524; ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" **מחקרי משפט** יא (תשנ"ד) 147, 149). דא עקא, שבעדותו בפני בית-המשפט קמא לא טען המערער לקיומה של טעות כזו, אלא העיד כי קיום יחסי המין עם המתלוננת היה ביוזמתה ובשיתוף פעולה אקטיבי ומלא מצידה. בגירסתו זו, לא היה זכר לטענה בדבר טעות כנה. על כן, ספק בעיני אם במקרה שלפנינו ניתן להיזקק לטענת הטעות במצב דברים כפי שהיא עולה מטיעוני הסניגורים. מכל מקום, ראוי להדגיש כי מי שהיה מודע לקיומה של נסיבה, או חשד בקיומה ונטל במודע סיכון שהיא מתקיימת, לא יכול להיחשב כמי שטעה טעות כנה לגביה. (ראו: ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב, תשמ"ז) 515-514, 525). בהתאם לכך, אם ניוכח כי התביעה הוכיחה שהמערער היה מודע להעדר ההסכמה מצד המתלוננת, או למצער עצם עניו מפניה, הרי שבכך תיסתר ממילא הטענה של טעות במצב דברים. במקרה שלפנינו, אכן שוכנעתי כי הוכח שהמערער עצם עניו מפני העדר ההסכמה של המתלוננת לקיום יחסי המין עימו, אם לא למעלה מכך.

מודעות ועצימת עיניים

14. סעיף 20(א) לחוק המגדיר את היסוד הנפשי של "מחשבה פלילית" קובע כי מחשבה פלילית בעבירה התנהגותית, הינה מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות. לעניין מודעות, מוסיף סעיף 20(ג)(1) לחוק וקובע:

מחשבה פלילית	20(ג)(1)	"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".
--------------	----------	---

סעיף זה הוחק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין. מדברי ההסבר להצעת-החוק עולה כי בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין התקבלה גישתו של פרופ' פלר, לפיה "עצימת עיניים" הינה התעלמות מודעת מאפשרות קיומה של נסיבה על אף החשד שמא היא מתקיימת, והימנעות עובר למעשה מבידוק המצב לאשורו (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד) 519). הסעיף קובע כי עצימת עיניים הינה שווה-ערך למודעות בפועל ("ידיעה ממשית"). התפיסה המעוגנת בסעיף הינה, כי האנטי-חברתיות הגלומה בהתנהגות של נאשם, שחשד באפשרות שמא מתקיימת נסיבה שיש בה כדי להפליל את מעשהו אך הוא בחר לפעול מבלי לבדוק אם

היא אכן מתקיימת אם לאו, שקולה כנגד פעולה מתוך מודעות בפועל לקיום אותה נסיבה. (ש"ז פלר "טעות במצב דברים" **מחקרי משפט** יב (תשנ"ה) 5, 20).

לפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, על העושה עצמו לחשוד באפשרות התקיימות נסיבה. לפיכך, על החשד להיות אישי-סובייקטיבי, ואין להסתפק בחשד שהיה מתעורר בליבו של אדם מן היישוב ("האדם הסביר"). (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד) 521; ש"ז פלר "טעות במצב דברים" **מחקרי משפט** יב (תשנ"ה) 5, 17). בכך נדחתה העמדה שצידדה בהכנסת מדד אובייקטיבי ל"עצימת עיניים", ולפיה גם חשד ש"צריך היה" להתעורר בליבו של הנאשם (אף אם לא התעורר בפועל), ישמש תחליף לידיעה ממשית. (ראו: ע"פ 5612/92 בארי הנ"ל, בעמ' 363; וכן ראו: י' קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" **פלילים** ה (תשנ"ו) 149, 153).

מנוסחו של סעיף 20(ג)(1) לחוק עולה בנוסף, כי לצורך קיום מצב של "עצימת עיניים", די בחשד ממשי (או בלשונו של פרופ' פלר: "חשד מעשי- רציונלי"). (ראו: ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד) 522-524). בכך הכריע המחוקק לגבי אימרות שונות בפסיקה טרם תיקון 39 לחוק, אשר ניתן היה לפרשן כאילו הכלל הוא שנדרשת רמת חשד גבוהה, על מנת שישמש תחליף למודעות בפועל.

15. מלומדים שונים הביעו ביקורת כנגד ההכרעה שבאה לידי ביטוי בנוסחו של סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, והעלו הצעות שונות לתיקונו. כך למשל, הובעה הדיעה כי ישנם מקרים בהם מוצדק שעושה, החושד באפשרות התקיימותה של נסיבה, יטול את הסיכון שהנסיבה מתקיימת, אף בלא שיברר את חשדו. (ראו על-כך ועל נקודות ביקורת נוספות: י' קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" **פלילים** ה (תשנ"ו) 149; במאמרו זה מציע ד"ר קוגלר כי רק נטילה מודעת של סיכון "בלתי סביר" לכך שהנסיבה מתקיימת, היא אשר תהווה תחליף למודעות בפועל). כן הובעה בקרב מלומדים ביקורת על-כך שסעיף 20 לחוק העונשין לא הבחין בין רמות שונות של מודעות פלילית, אשר תחולנה בהתאם למהותה ולחומרתה של כל עבירה. (ראו: ר' קנאי "האומנם תמיד דין אחד לחושד וליודע?" **מחקרי משפט** יב (תשנ"ו) 433; וכן: י' קוגלר במאמרו הנ"ל, בעמ' 175). ואכן, תתכנה עבירות של מחשבה פלילית אשר נוכח מהותן ומאפייניהן, אין זה ראוי להסתפק במסגרתן בחשד ממשי כתחליף למודעות בפועל. כך למשל, נפסק לאחרונה כי העבירה של אי מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין, מהווה דין ספציפי (lex specialis) ביחס לסעיף 20(ג)(1) לחוק, וכי במסגרתה נדרש להוכיח ידיעה ממשית של התקיימות הנסיבות. (ע"פ 3417/99 מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 40 לפסק-דינו של השופט חשין).

לשון החוק היא ברורה, אך אין להתעלם מכך שהסוגיה סבוכה, ועלולה לעיתים לעורר קושי. מצד אחד עומדת לשונו המפורשת של החוק, ומן הצד האחר יתכן כי מצבים שונים עשויים להצדיק דרישת מודעות ברמה שונה כלפי הנסיבות, הכל על-פי ההגדרה של כל עבירה ועבירה ועל-פי תכליתו של האיסור הפלילי. אולם לכל הדיעות, בכל הנוגע לעבירת האינוס, הוכחת קיומו של חשד ממשי מצד הנאשם בדבר התקיימות הנסיבה "שלא בהסכמתה החופשית", בלא שהנאשם בירר חשד זה עובר למעשה-האישות, מהווה תחליף הולם למודעות בפועל; כך המצב בהתאם לדין המצוי הקבוע בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, ובעיני כך גם המצב הראוי. הדרישה כי נאשם, שבליבו התעורר חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי מין עימו, יברר את הסכמת האישה עובר למגע המיני, אינה מהווה דרישה מוגזמת. הגבר והאישה נמצאים יחדיו, ומה יותר קל מלברר את רצונה של האישה, אלא אם כן הגבר מעדיף שלא לדעת. (ראו: ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" **מחקרי משפט** יא (תשנ"ד) 147, 152). יתרה מזאת, עקב קיומו של הצורך בהגנה על אוטונומית הרצון החופשי של האישה, כבודה ושליטתה על גופה, מוצדק לדרוש כי כאשר מתעורר חשד ממשי בליבו של גבר בדבר העדר הסכמתה של האישה למגע המיני, תוטל עליו חובה לברר את חשדו. ממכלול טעמים אלה, קיימת הצדקה לראות בחשד ממשי בדבר העדר הסכמתה של האישה, תחליף הולם לידיעה של ממש במסגרת עבירת האינוס. יצוין כי אף החוק האנגלי אימץ הסדר דומה לעניין זה. (ראו: Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 142: "...he **knows** that the person does not consent to the intercourse or he is **reckless** as to whether that person consents to it" בהדגשות אינן במקור. כן ראו: R. Card **Card, Cross & Jones- Criminal Law** (1998) 232-233, וכן: Smith & Hogan **Criminal Law** (1999) 460).

מן הכלל אל הפרט

16. במקרה דנן הוכח שהמערער לפחות חשד ברמה גבוהה, שהמתלוננת אינה מסכימה לקיים יחסי מין עימו, אך בחר להתעלם מחשדו זה בלא לבררו. בכך עצם המערער את עיניו בפני התקיימותה של הנסיבה "שלא בהסכמתה חופשית", ולפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין- כמוהו כמי שהיה מודע לאי הסכמתה של המתלוננת.

באי-כוח המערער אינם חולקים על כך שהמערער היה מודע לאמירת הלאו מצד המתלוננת עם תחילת הפשטתה על-ידו, ולפסיביות שאחזה בה לאחר מכן. השאלה המתעוררת היא מה הבין המערער מהתנהגותה זו של המתלוננת. שאלה זו יש לבחון על רקע כלל נסיבות האירוע, כפי שכבר פורטו: השליטה על התנהלות הערב בו בילו יחד המערער והמתלוננת, היתה בידי של המערער. התנהגותו הדומיננטית

והאסרטיבית במשך הערב, היתה על רקע היותו מבוגר בהרבה מן המתלוננת; הבניין אליו משך את המתלוננת היה נראה נטוש ומוזנח; השעה היתה שעת לילה מאוחרת והמתלוננת העידה כי במקום שרר חושך מוחלט; הפשטתה של המתלוננת מכל בגדיה הותירה אותה עירומה לחלוטין בבנין שומם בשעת לילה; אף אם המערער לא ידע את גילה האמיתי של המתלוננת (14), הוא ידע שגילה צעיר מאד, בוודאי ביחס לגילו (16 או 16 וחצי). הוא גם ידע כי היא מתגוררת בהוסטל לנערות שכן היו לה "בעיות" כדבריה, וכי היא אינה מחפשת "סטוצ", כהגדרתה; על רקע מכלול הנסיבות הללו, התנהגותה הקפואה של המתלוננת לאחר אמירת הלאו המפורשת מצידה, לא יכולה היתה להתפרש על-ידי המערער כ"שינוי לבבות" וכהסכמה להמשך קיום היחסים. להפך, העדר שיתוף הפעולה, הקיפאון שאחז במתלוננת על רקע כלל נסיבות האירוע, לאחר שהמתלוננת הביעה במפורש בפני המערער את העדר רצונה בהפשטתה ולא נתנה כל ביטוי לכך ששינתה דעתה, מביאים למסקנה כי המערער לפחות חשד באפשרות, כי המתלוננת אינה מסכימה לקיום יחסי המין עימו, אך בחר להתעלם מכך ולהמשיך בסיפוק מאווי. על רקע מכלול הנסיבות, שאלתו של המערער את המתלוננת עם סיום יחסי המין עימה האם היא בסדר (עמ' 19 לפרוטוקול, נ2), מעידה אף היא כי קינן בליבו חשד ממשי שמא המתלוננת לא הסכימה לכל שהתרחש.

אכן, קיום יחסי מין בהסכמה עשוי להיות תוצאה של דינמיקה המתפתחת ליחסי קירבה, לגילוי מאווים ורגשות, גם אם קדם לכך סירוב מילולי מצד האישה. זהו אותו הליך של "שינוי לבבות" אשר פסיקתנו התייחסה אליו. אולם קיומה של אפשרות כזו אינו ממעיט מתוקפה וממשמעותה של הבעת אי הסכמה מילולית. בהוכחת ביטוי מילולי של אי-הסכמה מצד האישה, מוכיחה התביעה לכאורה, הן את הנסיבה של אי-ההסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם. בדרך כלל, בהעדר ראיות חיצוניות או נסיבות שיש בהן כדי לסתור את אי-ההסכמה שהוכחה כאמור, יעבור הנטל המשני לנאשם להראות כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידה מלכתחילה בסמוך למעשה האישות. בענייננו, אין ראיות כאלה. לאחר אמירת הלאו המפורשת בעת שהחל המערער לבצע זממו, "קפאה" המתלוננת, כהגדרתה, ולא עשתה דבר ממנו יכול היה המערער להסיק כי שינתה דעתה וכי הסכימה להמשך המגע המיני. למילותיה המפורשות נצטרפו התנאים ששררו במקום, הבידוד ועובדת השלטת רצונו של המערער על המתלוננת במהלך כל האירועים שקדמו למעשה המיני. בנסיבות אלה, לא יכול היה המערער להסיק מהתנהגותה של המתלוננת הסכמה למעשיו.

בעובדה שהמתלוננת הסכימה דקות קודם לאירוע להתנשק עם המערער, אין כדי להועיל לו. המתלוננת הסכימה לנשיקה לאחר שכל הערב סירבה לכך בהבהירה למערער כי "זה מוקדם". התנשקותם נעשתה ברחוב הפתוח. לא ניתן להסיק מכך, כי מיד לאחר מכן הסכימה גם להיסחב על-ידי המערער לבניין

נטוש, ולקיים שם עימו יחסי מין. אמירת הלאו המפורשת למערער בשלב שבו החל להפשיטה, העידה באופן ברור על אי הסכמתה. על כן, ההיקש שמנסים באי-כוח המערער ללמוד מע"פ 235/90 **חדד** הנ"ל, בפיסקה 8 לפסק-דין של השופט ד' לוי, אינו במקומו: המתלוננת לא שיתפה פעולה עם המערער בתהליך האינטימי, אלא הביעה את העדר רצונה באמירת לאו מפורשת בתחילתו. ממילא, הראיות הנדרשות כדי להוכיח נקודת תפנית ("שינוי לבבות"), נוגעות לשאלה האם המתלוננת התרצתה לקיום היחסים לאחר הבעת הסירוב, והסכימה פוזיטיבית להמשך המגע המיני. כאמור, ראיות כאלה אינן בנמצא.

נעיר עוד, כי באי-כוח המערער הפנו לכך שבחקירתה הנגדית, אמרה המתלוננת כי במצבי לחץ או מצוקה, היא נוהגת לחייך ולצחוק כאילו דבר לא קרה. גם חברתה של המתלוננת העידה במשפט כי "לפעמים קשה לדעת מה קורה איתה (עם המתלוננת)". לטענת באי-כוח המערער, מדברים אלה ניתן להסיק כי אף אם המתלוננת לא הסכימה למגע המיני, היא שידרה מסר שונה כלפי חוץ. טענה זו אין לה על מה לסמוך. המתלוננת אמרה במפורש למערער כי אינה רוצה בהפשטתה. מעדותה של המתלוננת, שהתקבלה כמהימנה על בית-המשפט קמא, עולה כי המתלוננת לא חייכה במהלך האירוע, ולא אמרה או עשתה מעשה כלשהוא ממנו יכול היה המערער להסיק כי לאחר אמירת הלאו, התרצתה והסכימה למגע המיני עימו.

הסניגורים הדגישו כי בחקירתה הנגדית במשפט, ענתה המתלוננת שקפאה מפחד בעת שהמערער קיים עימה יחסים, עקב אירוע קודם שחוותה בעברה. לטענת הסניגורים, לא היה המערער מודע למקרה האחר שיצר אצל המתלוננת טראומה, ולא יכול היה לנחש כי תגובתה קשורה לאותו המקרה. טענה זו נכונה היא, אך איננה רואה כיצד יש בה כדי לסייע להגנה. המערער היה מודע לכך שלאחר אמירת הלאו מצידה, קפאה המתלוננת והפכה פסיבית לחלוטין. על רקע כלל נסיבות האירוע, די היה בכך כדי לעורר בליבו חשד ממשי שמא המתלוננת אינה רוצה בקיום יחסי המין עימו, בלא שנדרשת ידיעה מצידו לגבי עברה של המתלוננת. מאחר והמערער בחר להתעלם מחשדו זה והמשיך במעשיו, הרי יש לראותו כמי שהיה מודע בפועל להעדר הסכמתה של המתלוננת.

17. בסיום הדיון בנוגע ליחס הנפשי של המערער כלפי העדר ההסכמה מצד המתלוננת, מן הראוי להזכיר כי ניתן למצוא בחומר הראיות אינדקציות לכך שהמערער לא רק עצם עיניו בפני האפשרות שהמתלוננת לא מסכימה לקיום יחסי המין עימו, אלא היה מודע בפועל להעדר הסכמתה. וכך אמרה המתלוננת בהודעתה המשטרית:

"...הוא פתח לי את הרגליים כששכב מעליי...לא עשיתי כלום, הייתי בשקט, לא התנגדתי, לא עשיתי כלום...הוא שכב עליי ואמרתי לו לא, אני פחדתי...אני נכנסתי לחדרה...גם לא צעקתי כי פחדתי מהדבר הזה, ואז הוא זיין אותי".
(נ2, עמ' 4; ההדגשה הוספה)

בחקירתה הנגדית, נשאלה המתלוננת אודות הקטע הנ"ל:

"ש. מפנה לעמ' 4 שורה 17 בהודעתך. האם את יכולה לשלול את שאפשרות שלא ניתן היה להבין ממך שאת לא מסכימה לתנוחה מינית, ולא דווקא לכל האקט המיני.
ת. לא אני לא מסכימה איתך. בן אדם ששוכב עם מישהי מרצונה, היא אמורה להראות לו שכיף לה והיא נהנית שהיא איתו ביחד והיא מסכימה. במקרה הזה אני לא חושבת שהוא היה צריך להבין מזה שאני נהנית. אני שוכבת קפואה".

(עמ' 22 לפרוטוקול)

אם המתלוננת אכן אמרה למערער "לא" מפורש כאשר הוא כבר נשכב מעליה, אין ספק כי נתקיימה במערער לא עצימת עיניים בלבד, אלא ידיעה ממשית אודות העדר הסכמתה למגע המיני עימו. עם זאת, מאחר שבית המשפט קמא לא קבע ממצא עובדתי בעניין זה, ומאחר ומהטעמים שפורטו, הגעתי למסקנה כי המערער לפחות עצם עניו לגבי העדר הסכמתה של המתלוננת, די בכך כדי לבסס את המסקנה כי הוכחה מודעות של המערער לנסיבה "שלא בהסכמתה החופשית", ואין צורך להכריע בשאלה האם הוכחה ידיעה ממשית מצידו.

חקירה בדבר עבר מיני של מתלוננת

18. בשולי הדברים נוסיף כי בהודעה שמסרה במשטרה (נ2/), הזכירה המתלוננת מעשים מיניים שבוצעו בה בעבר על-ידי אחרים שלא בהסכמתה. לבקשת הסניגוריה, הורה שופט בית משפט המחוזי, ע' גרשון, על העברת שני תיקי חקירה שנפתחו בעניין, לעיונה של ההגנה. תיקים אלה הוגשו כראיה לבית המשפט קמא, עם תחילת שמיעת ההוכחות וסומנו כנ1/ (עמ' 9 לפרוטוקול). במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת, סירב בית המשפט המחוזי לאפשר לסניגורית לחקור את המתלוננת אודות האירועים נשוא תיקי החקירה נ1/.

בפנינו, טענו באי-כוחו של המערער כי סירובו של בית המשפט קמא לאפשר את חקירת המתלוננת אודות תלונות קודמות שהגישה בעברה, פגע בהגנת המערער וגרם לו עיוות-דין. לטענתם, חקירה כזו יכולה היתה לשפוך אור על התנהגותה של המתלוננת ולהצביע על-כך שהיא נוטה לשדר הסכמה לקיום מגע מיני עימה, אף כאשר אינה מסכימה לו.

19. סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 (להלן: חוק חקירת עדים) קובע:

חקירת נפגע 2א. בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר
בעבירות מין עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי
סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין,
התשל"ז 1977-, אלא אם כן ראה
מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה
עלול לגרום לנאשם עיוות דין".

סעיף 2א הנ"ל הוחק במסגרת תיקון 22 לחוק העונשין. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, תכליתו

של הסעיף הינה להגן על קורבנות עבירות מין מפני פגיעה מיותרת ברגשותיהם ובפרטיותם:

"הסעיף בא להגביל חקירה בדבר עברו המיני של נפגע בעבירות מין.
בדרך כלל, אין לחקירה כזו כל שייכות לעניינו של הנאשם, אך יש בה כדי
להביך את הנפגע ולטעת בו תחושה שהפך ממאשים לנאשם.
האפשרות שתיערך חקירה כזו עלולה להניא את הנפגע בעבירת מין
מלהתלונן על העבירה שנעברה בו...מוצע להגביל חקירה מסוג זה,
ולאפשר אותה רק במקרים שבהם קבע בית המשפט, בהחלטה
מנומקת, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין".

(ה"ח תשמ"ו 308).

מסעיף 2א לחוק חקירת עדים עולה שכלל, אין להתיר חקירה של קורבן עבירת מין על עברו המיני,
אלא אם החקירה רלוונטית ודרושה להגנת הנאשם, והעדרה יגרום לו עיוות דין. תלונות שהגישה מתלוננת
בעבירת מין בגין מעשים מיניים שבוצעו בה על-ידי אחרים בעבר, נכללות אף הן בגדר הכלל לפיו אין להתיר
חקירה בדבר עברו המיני של הקורבן. עם זאת, אין לשלול קיומם של מקרים חריגים בהם הגנת הנאשם תצדיק
סטייה מכלל זה. כך, למשל, כאשר הסניגוריה מצביעה על קיומן של תלונות חוזרות ונשנות מצד המתלוננת בגין
מעשי אינוס שבוצעו בה לטענתה בעבר על-ידי אחרים, כשהתברר שהתלוננות חסרות בסיס, ועיון בתלונות אלה
מלמד על דמיון משמעותי בין לבין התלונה נשוא האישום, עד כי מתעורר חשד רציני בדבר שיטה של עלילה
נגד גברים. במקרה כזה, חקירת המתלוננת לגבי התלוננות הקודמות שהגישה בעבר, עשויה להיות רלוונטית
להגנת הנאשם ועל כן ראוי להתירה (ראו: צ' האופטמן "אונס - יסוד ההסכמה ודיני הראיות" **מעמד האישה
בחברה ובמשפט** 1995, פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכים) 189, 214; ד' ביי "השינויים בנקודת האיזון
שבין ההגנה על קורבן עבירת האינוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 281, 290).

במקרה דנן, שני תיקי החקירה המסומנים כנ1/, הוגשו כראיה לבית המשפט קמא בשלבים
המוקדמים של שמיעת ההוכחות, באופן שהיתה בידי בית המשפט אפשרות לעיין בהם עם תחילת חקירתה
הנגדית של המתלוננת. עמדת בית-המשפט קמא היתה כי שאלות הסנגוריה בנוגע לאירועים אלה, היו חסרות
כל רלוונטיות לכתב-האישום בעניינו של המערער. עיון בנ1/ הביאני למסקנה כי קביעה זו של בית המשפט קמא

היתה כדין. שני תיקי החקירה נפתחו בעקבות תלונה למשטרה שהגישה המתלוננת בעבר בגין אירוע אחד, במהלכו לטענתה נאנסה. התלונה לא הופרכה והתיקים נסגרו מטעם אחר. האירוע נשוא תיקי החקירה נ/1, שונה מהאירוע נשוא האישום נגד המערער. העובדה כי המתלוננת הגישה בעבר תלונה למשטרה בגין פגיעה מינית בה, היא כשלעצמה, אינה רלוונטית להגנת המערער. בנסיבות אלה, לא היה מקום לחקירת המתלוננת בעניין.

20. סיכומם של דברים; שוכנעתי כי המערער עשה שימוש בכוח כנגד המתלוננת ועל כן יסוד הכפייה התקיים. כן הוכח שהמערער עצם עיניו (אם לא יותר מכך) מפני העדר הסכמתה של המתלוננת, ועל כן יש לראותו כמי שהיה מודע לה. מאחר ושאר היסודות של עבירת האינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין אינם שנויים במחלוקת, הרשעתו של המערער בדיון היא, ואינני רואה להתערב בה.

הערעור על העונש

21. כאמור, גזר בית המשפט קמא על המערער שש שנות מאסר, מהן ארבע שנים לריצוי בפועל (בניכוי ימי מעצרו), והיתרה מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שהמערער לא יעבור אחת מן העבירות לפי סעיפים 345-348 לחוק העונשין. כן חוייב המערער בתשלום 6000 ש"ח פיצויים למתלוננת.

הסניגורים טענו בפנינו כי בהתחשב בכך שלא הופעלה כנגד המתלוננת אלימות פיזית משמעותית ובהתחשב בכך שאין למערער עבר פלילי בעבירות מין, יש מקום להקל בעונשו ולהפחית מתקופת מאסרו. בנוסף, נטען בפנינו כי המערער הוא דל אמצעים, ויקשה עליו לפצות כספית את המתלוננת.

דין הערעור על העונש להידחות. בית המשפט קמא שקל את נסיבותיו האישיות של המערער, וכן את העובדה כי לא הורשע בעבר בעבירות מין. אולם מנגד, עומדת החומרה הרבה של מעשיו. עבירת האינוס חמורה היא, והיא משפילה ופוגעת ברגשותיה של האישה ובכבודה כאדם, אף כאשר האונס בוצע ללא אלימות פיזית. לא בכדי נקבע בפסיקתנו כי עבירת האינוס היא מן החמורות והבזויות שבעבירות. המערער ניצל את גילה הצעיר של המתלוננת ואת האמון שנתנה בו, ראה בה טרף קל על מנת לספק את יצריו, ופגע בגופה ובנפשה. בהתחשב בחומרת מעשיו של המערער ובהתחשב בעברו הפלילי העשיר (שעיקרו עבירות רכוש וסמים), אין מקום להתערבותנו בעונש המאסר שהוטל עליו.

מעדותה של המתלוננת בפני בית המשפט קמא וכן מעדויות עובדי ההוסטל בו שהתה, עלה כי למתלוננת נגרמה פגיעה רגשית וסבל רב. כך עולה גם מהשירים שכתבה המתלוננת, אותם הגישה לבית המשפט (ת1/). על-פי סעיף 77 לחוק העונשין, רשאי היה בית המשפט קמא לחייב את המערער בפיצוי המתלוננת בגין הנזק והסבל שגרם לה במעשיו. מובן כי אין בכך כדי לחסוך מן המתלוננת את הכאב והפגיעה שחוותה, אולם יש בחיוב הכספי כדי לפצותה ולו במעט על שאירע לה, וכן לגנות חברתית את מעשי המערער ולהרתיע אחרים מביצועם. בנסיבות אלה, אין להתערב בשיעורו של הפיצוי בו חוייב המערער. יחד עם זאת, על מנת להקל על המערער בביצוע התשלום, אנו קובעים כי הפיצוי ישולם בשיעורים של 1,000 ש"ח מדי חודש בחודשו, בראשון לכל חודש, החל מחודש יוני 2001.

ש ו פ ט ת

השופט א' מצא:

לצער, אין בידי להסכים לפסק-דינה של חברתי, השופטת ביניש. חברתי הרחיבה בניתוח הסוגיות המשפטיות. ואולם, לדידי, השאלה הניצבת להכרעתנו בערעור זה היא, בעיקרה, עובדתית. השאלה היא, האם הוכח, מעבר לספק סביר, כי המערער היה מודע - או, למצער, חשד - כי המתלוננת אינה מסכימה למעשה הבעילה. לשאלה זו יש, לדעתי, להשיב בשלילה. אכן, דבר אי-הסכמתה של המתלוננת שוב אינו שנוי במחלוקת בין הפרקליטים. ואולם, לדעתי, הראיות שהובאו על-ידי התביעה לא שללו את האפשרות שהמערער פירש את התנהגות המתלוננת כהסכמה למגע המיני.

2. מתיאורו העובדתי של האירוע עולה, כי לאחר שהמתלוננת הסכימה להתנשק עמו, משך אותה המערער אחריו לתוך בית קרוב, הנראה כ"בניין נטוש", והחל להפשיטה. המתלוננת שאלה: "מה אתה עושה?" והוסיפה: "לא, לא, לא". אך המערער המשיך להפשיטה, עד שהותירה עירומה לחלוטין. תוך כדי הפשטתה השכיבה על הרצפה, אחר-כך התפשט בעצמו ובעל אותה. המתלוננת סיפרה, כי במהלך כל האירוע הייתה "קפואה ומאובנת". היא הניחה למערער להפשיטה ולבועלה מבלי להתנגד לו בדרך כלשהי. לטענתה, חששה שאם תתנגד, עלול המערער לפגוע בה. עם זאת הודתה, כי המערער לא היכה אותה ולא איים עליה, ובחדירתו לא הכאיב לה. לאחר המעשה התלבשו שניהם. המערער שאל אותה אם היא "בסדר", ובתגובה הינהנה בראשה וחייכה.

3. עיקריו של תיאור זה, שהובאו בפסק-דינה של השופטת ביניש, לא נשנו במחלוקת בין הצדדים. חברתי סבורה, כי במה שאמרה המתלוננת למערער, בעת שהחל להפשיטה, היה משום הבעת סירוב מפורש; ודי בכך כדי להוביל למסקנה כי המערער ידע - ולפחות חשד - כי המתלוננת אינה מסכימה לקיום המגע המיני. גם מן העובדה שהמתלוננת לא גילתה כל התנגדות להפשיטה, ואף לבעילתה, לא יכול המערער להסיק כי המתלוננת מתרצה לו; שכן, האדישות המאובנת בה הגיבה על מעשי המערער ביטאה הלך-נפש של סירוב מלווה בחרדה, והמערער לא יכול לפרשה כביטוי להסכמה. משבחר המערער להמשיך בשלו, הרי בין שהיה מודע לאי-הסכמתה של המתלוננת ובין שחשד כי אינה מסכימה אך בחר לעצום את עיניו ונמנע מלברר את עמדתה, מתחייבת המסקנה כי הוא ביצע במתלוננת מעשה אינוס.

לפנים מן הצורך מפנה השופטת ביניש לכך, כי בהודעתה בחקירת המשטרה סיפרה המתלוננת שכאשר המערער שכב עליה, שבה ואמרה לו כי אינה מסכימה למעשה; כלשון המתלוננת באימרה: "הוא שכב עלי ואמרתי לו לא". חברתי מעירה, כי מדברים אלה ניתן לכאורה להסיק "שהמערער לא רק עצם עיניו בפני האפשרות שהמתלוננת לא מסכימה לקיום יחסי המין עמו, אלא היה מודע בפועל להיעדר הסכמתה". עם זאת, ולאור הנחתה כי בית המשפט קמא לא קבע מימצא בעניין זה, מסתפקת חברתי בביסוס אחריותו של המערער על מצב נפשי של עצימת עיניים, השקול למודעות בפועל.

חברתי אינה רואה צורך לנקוט עמדה בשאלה, שנשנתה במחלוקת בין השופטים בפרשת טייב (ע"פ 115/00 הנ"ל), אם לשיכלולה של עבירת אינוס די להוכיח שהמעשה בוצע שלא בהסכמתה החופשית של האישה, או שמא מוטל על התביעה להוכיח, כי הנאשם כפה על האישה את המעשה, בכוח, באמצעי לחץ או באיומים. לדעת חברתי, אף שמעשי המערער לא לוו באלימות קשה, הרי שבמשיכתה של המתלוננת לבניין ה"נטוש", הפשיטה מכל בגדיה והשכבתה ללא שיתוף פעולה מצדה, ולאחר שהביעה אי-הסכמה, יש משום שימוש בכוח שהוא נפרד וחיצוני למעשה האישות עצמו.

4. למען הסר ספק אבקש להדגיש, כי על-פי הכרעת הערכאה הראשונה ביטאה המתלוננת את אי-הסכמתה למעשה המיני רק במה שאמרה בעת שהמערער התחיל להפשיטה (קרי: "מה אתה עושה? לא, לא, לא, לא"). באימרתה בחקירה אמנם סיפרה המתלוננת, כי גם כאשר המערער נשכב עליה, שבה ואמרה לו "לא". אך נראה שבית המשפט קמא לא קיבל גרסה זו, כחלק מן התשתית העובדתית המוכחת. כך עולה מדברי השופטת חוזה, בחוות-דעת המיעוט, שחלקה העובדתי אומץ במלואו על-ידי שופטי הרוב:

"בענייננו, קבעתי, כאמור, כי התנגדותה של המתלוננת לקיום יחסי המין עם הנאשם התבטאה אך ורק במילים: 'לא, לא, לא' וזאת עוד בשלבים מוקדמים של התרחש האירוע, לפני שהנאשם החל להפשיטה. מעבר לכך - לא ביטאה המתלוננת בדרך אחרת כלשהי כל התנגדות."

5. באמירת המתלוננת "לא, לא, לא" - בעת שהמערער החל להפשיטה - רואה השופטת ביניש משום הבעת אי-הסכמה מפורשת לקיום יחסי המין. ולאמירה זו מייחסת חברתי משקל ראיתי מכריע. כדבריה (בפיסקה 16 לחוות-דעתה), "בהוכחת ביטוי מילולי של אי-הסכמה מצד האישה, מוכיחה התביעה לכאורה, הן את הנסיבה של אי ההסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם. בדרך כלל, בהיעדר ראיות חיצוניות או נסיבות שיש בהן כדי לסתור את אי-ההסכמה שהוכחה כאמור, יעבור הנטל המשני לנאשם להראות כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידה מלכתחילה בסמוך למעשה האישות. בענייננו, אין ראיות כאלה".

כשלעצמי, אינני מוכן לקבוע כלל, שכאשר אישה מביעה אי-הסכמה מילולית, בשלב שקדם למגע המיני, יעבור הנטל לנאשם להוכיח כי בשלב מאוחר יותר הסכימה האישה למעשה. משקלה הראיתי של אי-הסכמה מילולית, לפני קיום היחסים, והשפעתה על נטלי הראיה במשפט, טעונים בירור וקביעה על-פי נסיבותיו של המקרה הנתון. "אי-הסכמה מילולית מפורשת", בשלב בו מבקש גבר את קירבתה של אישה, עשויה תוך פרק זמן קצר להפוך ל"הסכמה מפורשת", ולא-דווקא מילולית. בכגון דא יש לנהוג מידה של זהירות מיוחדת, ואין בידי להסכים לקביעת כללים שמשמעותם המעשית היא העברת הנטל לשכמו של הנאשם, להוכיח את חפותו, בעוד שהספקות המתעוררים יתפרשו לחובתו. יפים לכאן דברי השופט גולדברג בפרשת בארי (ע"פ 5612/92 הנ"ל), שנאמרו בתגובה לדברי השופט חשין באותה פרשה:

"הכלל כי 'לא' פירושו 'לא', ו'כן' פירושו 'כן', יפה לדיני חוזים, בהם הוודאות המשפטית מחייבת כי בהצעה ובקיבול 'ישלטו' שני צבעים בלבד, שחור ולבן. לא כן ביחסי אישות ובהקדמות להם, בהם תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי-הסכמה, שגוניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם. - עיקר הבעיה באותם מקרים בתחום האפור. האם במקרה כזה ראוי לדבר על 'נטלים'? האם אכן על הגבר 'הנטל לבקש הסכמתה של האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה', כדברי השופט חשין, כאילו עסקנו בכריתת חוזה? - לא באתיקה אנו עוסקים אלא בפלילים, ולא ידענו כי באלה פועל הספק לרעת הנאשם, ולא שמענו כי עליו הנטל להוכיח את חפותו..." (שם, בעמ' 385).

אכן, אף להבעת אי-הסכמה מילולית על-ידי אישה, בשלב שקדם לקיום היחסים, נודעת משמעות; אך בשאלה אם היחסים התקיימו שלא בהסכמתה, ובשאלה אם ועד כמה היה הנאשם מודע לאי-הסכמתה לקיום היחסים, יש להכריע על-פי כלל העובדות והנסיבות הסובבות שהוכחו במקרה הנתון. העובדה שלפני קיום היחסים אמרה

האישה לנאשם, כי אינה מסכימה לקיומם, מהווה אינדיקציה חשובה הן להיעדר הסכמתה והן למודעותו של הנאשם כי הוא עושה את המעשה שלא בהסכמת האישה. אך בשאלה אם אמירת האישה מהווה ראייה מספקת לאי-הסכמתה, ולמודעות הנאשם לאי-ההסכמה, יש להכריע על רקע כלל נסיבותיו של המקרה, לרבות התנהגות האישה לאחר האמירה ובזמן קיום היחסים. אכן, לא מן הנמנע כי בין התבטאויות האישה לבין התנהגותה עשוי להתקיים פער, שלפחות יעורר ספק, אם לא לגבי אי ההסכמה, הרי שלפחות לגבי מודעותו של הנאשם לאי ההסכמה (השוו: ע"פ 252/99 ביטון נ' מדינת ישראל, תק-על 99(3) 1456). גם חברתי מסכימה, כי אישה, שמלכתחילה סירבה לקיום מגע מיני, יכולה לחזור בה מסירובה "במילים או במעשים". אני סבור, כי בנסיבות מתאימות גם התנהגות פסיבית, שאין עמה מילים או מעשים, עשויה לבטא חזרה מסירוב או אף הסכמה. על כל פנים, היעדר תגובה מצד אישה, שמלכתחילה ביטאה סירוב מילולי, להפשטתה ולבעילתה, עשוי, בנסיבות מתאימות, לעורר ספק בדבר מודעותו של הנאשם להיעדר ההסכמה. ודוק: איני מבקש ואיני מתיימר לקבוע כללים כלשהם. נהפוך הוא: אני מבקש להטעים, כי במערכות היחסים בין המינים תיתכנה סיטואציות שונות ומשונות, וכי דבקות בכלל כזה או אחר עלולה להסיח את הדעת מן המסקנה המתחייבת מבחינת נסיבותיו העובדתיות של המקרה הנתון.

6. מסקנת השופטת ביניש, כי אשמת המערער הוכחה מעבר לספק סביר, מבוססת על שתי הנחות עובדתיות עיקריות: האחת, כי את תגובתה הקפואה והמאובנת של המתלוננת, להפשטתה ולבעילתה, לא יכול המערער לפרש כהסכמה; והשנית, כי במעשיו של המערער התקיים גם יסוד של כפייה, שהוא חיצוני למעשה הבעילה עצמו. חוששני, שאין בידי להסכים לאף אחת מן הנחות. התנהגות פסיבית של אישה - קל וחומר של נערה בגילה של המתלוננת - יכולה לנבוע גם מסיבות נוספות; מבוכה, ביישנות, היעדר ניסיון מיני, או אף יחס אמביוולנטי כלפי הסיטואציה, ואין בה בלבד כדי לשלול התרשמות אפשרית, כי היא מסכימה למעשה. יכולה, כמובן, להישאל השאלה, אם אדם סביר במצבו של המערער עשוי היה לפרש את התנהגות המתלוננת כהסכמה לקיום יחסי מין. אך שאלה זו, שעיקרה בשיקולי מדיניות ולא בהערכה עובדתית של מודעות סובייקטיבית, חורגת מגדר ההכרעה. שלא כחברתי, אין בידי לקבל כי במשיכת המתלוננת אחריו, לתוך הבית הנראה כ"נטוש", בהפשטתה ובהשכבתה על הרצפה, יש - בנסיבות המקרה הנדון - משום "שימוש בכוח", כמשמעו בהגדרת העבירה. יתר על כן: אף בהנחה שניתן לראות במעשים אלה "שימוש בכוח", אין בידי לקבל כי התקיים קשר סיבתי ביניהם לבין מעשה הבעילה. על כל פנים, כדי שהמערער ימצא אשם בבעילת המתלוננת "עקב שימוש בכוח", היה על התביעה להוכיח, לא רק את המעשים, אלא גם את מודעותו של המערער לעובדה שיש במעשיו משום שימוש בכוח. אכן, טענת המתלוננת כי חששה להיפגע מידי המערער, עשויה לכאורה להעיד על תחושתה, שהמערער מפעיל עליה אמצעי לחץ; אך בכך לא סגי. כדי שהמערער ימצא אחראי בדיון לבעילת המתלוננת עקב הפעלתם של אמצעי לחץ, צריך בית המשפט להשתכנע כי המערער עצמו היה מודע לכך שהוא מפעיל אמצעי לחץ על המתלוננת. וגם לגבי זה מעורר המקרה שלפנינו ספק.

7. הערה לסיום: בצדק מטעימה השופטת ביניש, בגדר דיונה ביסודות עבירת האינוס, כי "זניחת דרישת ההתנגדות במשפט הישראלי מבטאת שינוי משמעותי בתפיסות התרבותיות והחברתיות בישראל". לכך אבקש להעיר, כי זניחת דרישת ההתנגדות הפיסית אינה פוטרת את האישה מן החובה להראות, כי העמידה את הנאשם בבירור על אי-הסכמתה. אכן, "כדי שתיאמן גירסתה, שמעשה בעילה שנעשה בה נעשה שלא בהסכמתה, אין אישה חייבת להראות, כי מיצתה את כל האפשרויות הפיסיות של התנגדות לבעילה הבלתי רצויה לה, ודי לה שתראה, כי הבהירה את אי-הסכמתה באופן שזו הגיעה לתודעתו של התוקף" (ע"פ 3179/91 שיאחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 52, בעמ' 56). כן אני מסכים להערת חברתי, כי "אף שיסוד הכפייה נותר בהגדרת עבירת האינוס בישראל, הרי לשונו של תיקון 22 לחוק העונשין הביאה להחלשתו של יסוד זה". לכך ניתן להוסיף, כי בין רכיבי היסוד העובדתי של עבירת האינוס - רכיב אי ההסכמה ורכיב הכפייה - קיימת מידה רבה של חפיפה. ראיה לביצוע בעילה בכפייה מוכיחה, מניה וביה, שהבעילה בוצעה שלא בהסכמת האישה; ומראה שהבעילה בוצעה ללא הסכמה ניתן, בדרך כלל, להסיק כי הבעילה נכפתה על האישה. ואולם, דווקא לאור הדינים המקילים ביחס להתקיימותם של רכיבי היסוד העובדתי של עבירת האינוס, נדרשת הקפדה מיוחדת בבירור השאלה אם בנאשם אכן התקיים גם היסוד הנפשי הנדרש לשיכלול העבירה: כלום היה מודע לאי-הסכמתה של האישה? וכלום היה מודע לכך שהוא כופה עליה מגע מיני שאינה מסכימה לקיומו? ללא הקפדה כזאת עלול בית המשפט להיגרר להרשעתם של ספק אשמים.

8. חברי, השופט ריבלין, החליט להצטרף להכרעת חברתי השופטת ביניש, מנימוקים הזוהים, בעיקרם, לנימוקי חברתי. עמדתי, כאמור, שונה. אני סבור, כי ענייננו במקרה גבולי, והמערער שלפנינו הוא בבחינת ספק אשם. מכאן מסקנתי, כי יש לקבל את ערעורו, לבטל את הכרעת-דינו של בית המשפט המחוזי ולזכות את המערער מעבירת האינוס, מחמת ספק באשמתו.

ש ו פ ט

השופט א' ריבלין:

1. עיינתי בפסקי הדין של חברי הנכבדים, השופט מצא והשופטת ביניש. לדעתי, דין הערעור להדחות. מקובלים עלי הנימוקים שפורטו בפסק-דינה של חברתי השופטת ביניש, ואולם אבקש להעיר הערות מספר.

השאלה שעמדה להכרעה בערעור זה היא בעיקרה זו: באלה מקרים רשאי מי שהואשם בעבירת אינוס לסמוך על "שינוי לבבות חיובי" מצד המתלוננת, מקום בו הביעה המתלוננת מלכתחילה התנגדות ברורה לקיום יחסי מין.

היום אין המערער שבפנינו חולק עוד על ממצאיו של בית המשפט המחוזי, כי המתלוננת, במקרה זה, לא הסכימה, מלכתחילה לקיים עמו יחסי מין. עם זאת, כך הוא טוען, משלא היה מודע, לעובדה שהמתלוננת המשיכה בסירובה, לקיים יחסי מין עמו, גם בהמשך הדברים, לא נתקיים היסוד הנפשי הנדרש. משלא הופעל על ידו כוח בעת ששכב עם המתלוננת, לא נתקיימו - כך הוא סבור - גם כל היסודות העובדתיים שבעבירה.

כפי שהבהירה חברתי השופטת ביניש, דין שתי הטענות להידחות.

2. המתלוננת לא רצתה ביחסי המין עם המערער. היא הביעה באוזניו התנגדות מפורשת לקיום יחסי המין. מני רגע זה ואילך היה המערער מודע להתנגדותה. מודעות זו עשויה אכן להשתנות אילו באה לתודעתו בחירתה לסגת מסירובה. הבחירה לעבור מסירוב להסכמה היא בבחינת "שינוי לבבות חיובי". זהו צידו האחד של מטבע "שינוי הלבבות". צידו האחר של המטבע הוא "שינוי הלבבות השלילי", לאמור - בחירתה של האשה לחזור בה מהסכמתה ולהתנגד לקיום יחסי המין. בע"פ 235/90, 523 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 209, ובו קבע השופט ד' לוי כי:

"אין לשלול קיומו של אונס אף כאשר בשלבים הראשונים של האירוע לא הראתה המתלוננת כל התנגדות ולכאורה אף שיתפה פעולה בתהליך האינטימי. אך כאשר טוענת אישה לאונס בנסיבות שכאלו, עליה להוכיח בראיות חזקות שהיתה נקודת תפנית, נקודה שממנה לא רצתה עוד בקיום המגע המיני וזה נכפה עליה" (שם, בעמ' 214).

בית המשפט ציין, באותה פרשה, כי "לפעמים די אפילו בהתנגדות קלה ביותר, כדי שנכריע ונאמר, כי הנאשם ידע שהוא פועל בניגוד לרצון הנבעלת. כל מקרה ייבחן לגופו, וייתכן שבנסיבות מסוימות די יהיה אף במלים ספורות הנאמרות בלחש כדי להעמיד את הבועל על טעותו". ואולם, כך נפסק, בנסיבות בהן תחילת האירועים "בהתנהגותה המתירנית והמפתה של המתלוננת... היה צורך בהתנגדות ברורה וחד-משמעית כדי להעמיד את [הנאשם] על 'שינוי הלבבות'" (שם, בעמ' 216; ההדגשה הוספה).

אינני נדרש כאן לשאלה האם אכן יש, במקרה כזה, צורך בקיום התנגדות ברורה וחד משמעית, כדי להעמיד את האיש על "שינוי הלבבות השלילי". ואולם, אין לי ספק כי ביטוי ברור וחד משמעי לקיומו של "שינוי לבבות חיובי" - נדרש גם נדרש.

3. אכן, כפי שמציין חברי השופט מצא, אין בהבעת אי הסכמה מילולית, בשלב שקדם למגע המיני, כדי להעביר את הנטל אל הנאשם להוכיח כי בשלב מאוחר יותר הסכימה האישה למעשה המיני. כל מקרה ראוי לו כי ייבחן על פי נסיבותיו. חברי השופט מצא מציין כי:

"אי הסכמה מילולית מפורשת, בשלב בו מבקש גבר את קרבתה של אישה, עשויה תוך פרק זמן להפוך ל"הסכמה מפורשת", ולאו דווקא מילולית".

אכן כן, אולם, משהביעה האישה התנגדות מפורשת לקיום יחסי המין בתחילת האירוע, והאיש מודע להתנגדותה זו, או אז, רק ביטוי מפורש וברור (לאו דווקא מילולי) ל"שינוי לבבות חיובי", עשוי לשלול את קיום היסוד הנפשי בעבירה. מי שעוצם את עיניו לעובדה שלא בא מצד המתלוננת כל ביטוי, כאמור, לחזרה מן ההתנגדות, וממשיך בקיום יחסי מין, כמוהו כמי שממשיך להיות מודע לעובדה שאין היא מסכימה למעשה.

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

4. בענייננו גם לא נתקיים פער ממשי בין התבטאותה של המתלוננת לבין התנהגותה. דומני, כי אין המקרה הזה דומה למקרה שנדון בע"פ 252/99 ביטון נ' מדינת ישראל, תק-על 99(3) 1456, המוזכר על ידי חברי השופט מצא בפסק-דינו. באותו מקרה הביעה המתלוננת התנגדות מילולית לקיום יחסי מין עם הנאשם. אולם, בית המשפט התייחס לעדות הנאשם, לפיה סייעה לו המתלוננת להפשיט את בגדיה, ושכבה נכחו ברגליים פסוקות. בית המשפט ציין גם, באותו מקרה, כי הנאשם ליטף את ידה של המתלוננת עובר למעשה הבעילה, וכי הוא חדל ממעשיו כשאמרה לו שהיא בתולה. בנסיבות אלה, כך נפסק, נותר ספק "אם לא נתקיים בשלבים הרלבנטיים של האירוע פער בין התבטאויותיה של המתלוננת לבין התנהגותה, ספק הגורר אחריו ספק נוסף לגבי מודעותו של המערער לכך שהמתלוננת לא הסכימה לקיים עמו יחסי מין". לא כך בענייננו. כאן לא נתקיים פער שכזה בין התבטאויותיה של המתלוננת לבין התנהגותה, ועובדות המקרה הן הנותנות.

5. העובדות בפרשה זו אינן שנויות במחלוקת, ונחזור עליהן בקצרה, משתוארו בהרחבה בפסק-דינה של חברתי השופטת ביניש. המתלוננת היתה בת 14 שנים בעת שפגשה לראשונה במערער. המערער היה בן 34 שנים. בעת שנפגשו סיפר לה המערער כי הוא בן 22 שנים והיא סיפרה לו כי היא בת 16. היא סיפרה לו גם כי היא מתגוררת במעון לנערות חוסות בשל "בעיות". היא ביקשה את מספר הטלפון שלו והתקשרה אליו למחרת היום. באותה שיחה ביקשה ללמוד מפיו אם מתכוון הוא ליצור עמה קשר רציני או מעוניין במין מזדמן - "סטוצ" כהגדרתה - שאז, כלשונה, "זה לא מתאים לי". הוא השיב כי פניו לקשר רציני.

כעבור יומיים התקשרה המתלוננת למערער. היא ביקשה לפגוש אותו תחילה במעון, הוא השיב כי אין הוא יכול לבוא לשם וביקש להיפגש עימה בסמוך לבית קולנוע בשכונת הדר. כשהגיעה למקום במונית הורה לה להישאר בה ונסע יחד עמה לביתו של חבר, שם עשנו המערער וחברו גראס. המתלוננת סירבה להצטרף למעשה העישון. מאוחר יותר צעדה המתלוננת עם המערער לעבר פאב שמצוי בקרבת מקום. במהלך הצעידה ניסה המערער לנשקה והיא סירבה. בפאב ביקש שוב לנשקה והיא עמדה בסירובה. משיצאו את הפאב, לאחר שלגמו במקום בירה, וצעדו ברגל, ניסה המערער, פעם נוספת, לנשק את המתלוננת והיא, כך בלשונה, "נכנעתי לו והסכמתי להתנשק איתו". לאחר מכן נישק המערער שוב את המתלוננת, משך אותה לבניין שנראה לה חשוך ומוזנח, והפשיטה מכל בגדיה. המתלוננת אמרה "מה אתה עושה, לא, לא, לא", אולם המערער המשיך בשלו, השכיבה על הרצפה וקיים עמה יחסי מין, בעוד היא, לדבריה, "נאטמה" והיתה ל"אבן". משסיים המערער, התלבשו השניים, ולשאלת המערער, השיבה המתלוננת כי היא בסדר. המתלוננת שבה למעון במונית, לאחר שסירבה להצעת המערער לשוב לביתו של חברו, ולניסיונותיו לנשקה. היא חשה, לדבריה, "מגעילה", התקלחה ופרצה בבכי.

בנסיבות אלה לא היה די בהתנהגותה הפסיבית, שאין עמה מילים או מעשים ואשר באה לאחר שהביעה התנגדות מפורשת לקיום יחסי המין, כדי להתיר למערער להניח כי היא חזרה בה מסירובה. הבהרותיה של המתלוננת מראש כי אין היא מעונינת להחיש את התקדמות מערכת היחסים בינה לבין המערער במישור המיני, העובדה שהיתה זו פגישה ממשית ראשונה של השניים, ניסיונותיו של המערער לשכנעה מיד עם פגישתם לעשן סמים עם חברו, הזמנתה לשתות בירה וניסיונותיו החוזרים ונשנים לנשקה, חרף סירובה, משיכתה למקום המוזנח בו קוימו יחסי המין על אף הבעת התנגדות מצדה, מצביעים כולם על כך שהמערער בא לפגישה נחוש בדעתו לקיים עם המתלוננת יחסי מין, עד שלא ראה צורך ליתן את הדעת לרצונה שלה ובחר להתעלם מן ההתנגדות המפורשת שהביעה.

העובדה שהמתלוננת נתקפה שיתוק, קיפאון ופחד, כאשר המשיך המערער במעשיו, לא היה בה בשום פנים, כדי להתיר לו להתעלם מן ההתנגדות שהביעה תחילה. לא היתה זו הסכמה שבשתיקה, כי אם קיפאון שבכניעה. לא כל ויתור על התנגדות מבטא הסכמה. המערער לא היה רשאי לפרש את התנהגותה כהסכמה. התנהגותה הקפואה של המתלוננת, שבאה בהמשך להתבטאות מפורשת מפיה, בדבר היעדר הסכמה, בטאה כניעה ולא הסכמה, פחד ולא חפץ.

6. חברי חלוקים ביניהם בשאלה נוספת, והיא השאלה אם נתקיים במעשי המערער יסוד הכפייה. אף אני אין בכוונתי היום לנקוט עמדה במחלוקת שנתגלעה בין השופטים בע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, הואיל, וכמו חברתי השופטת ביניש, סבור גם אני כי יסוד הכפייה נתקיים, אף אם הולכים על פי דעת הרוב בעניין טייב, הדורשת קיומו של יסוד כפייה חיצוני בנוסף למעשה האישות. חברתי עמדה בפסק דינה על היחלשותו של יסוד הכפייה הנדרש בעבירה זו, ביחס למעמדו בפסיקה בעבר, ועל כי בנסיבות מסוימות, עשוי להספיק שימוש במידה קטנה של כוח, על מנת להקים את יסוד הכפייה. לדברים אלו מבקש אני להסכים, והייתי אף מוסיף כי יסוד הכפייה - גם כיסוד נפרד, כדעת שופטי הרוב בעניין טייב - עשוי להתקיים בעת שגבר עב בשנים נוהג כבריון זה כלפי נערה רכה בשנים, מושך אותה אל מקום חשוך ומנוכר, אוטם אוזניו להתנגדות שהיא מביעה, משכיבה אל הרצפה, מפשיטה מכל בגדיה, גוהר עליה כשהיא נותרת קפואה ומקיים עמה יחסי מין. די בכל אלה כדי לקיים את יסוד הכפייה.

אשר על כן, מצטרף אני לתוצאה אליה הגיעה השופטת ביניש, ולפיה דין הערעור להידחות. כמותה סבור גם אני, כי אין להתערב גם במידת העונש שהושת על המערער.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות, כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, כ"א באייר תשס"א (14.5.2001).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

העתק מתאים למקור

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו בקובץ
פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
N04.00059380
חכ/