

ע"פ 9741/16 - מור אסלן נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעוריהם פליליים

ע"פ 9741/16

לפני:

כבוד השופט ב' הנדל
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנر

המערער:

מור אסלן

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק דיןו של בית המשפט המחוזי תל אביב-
יפו (השופטים ג' נויטל, ס.ג., ג' רVID ומ' יפרח) מיום
1.12.16 בTCP"ח 21304-10-14

תאריך הישיבה:

ט' בסיוון התשע"ח (23.5.2018)

בשם המערער:

עו"ד ששי גז; עו"ד Shiran Golberg

בשם המשיבה:

עו"ד ד"ר בת עמי ברוט

שירות המבחן למボגרים: עו"ס ברכה וייס

פסק דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ערעור על ההחלטה דינו מיום 19.7.2016 וגזר דיןו מיום 1.12.2016 של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו (השופטים ג' נויטל, ס.ג., ג' רVID ומ' יפרח) שנitin בת"פ 21304-10-14, במסגרתו הורשע המערער בעבירות

עמוד 1

© verdicts.co.il - פסק דין

כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין

הבות: איןום קטינה מתחת לגיל 16 לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק ומעשה סתום בקטינה מתחת לגיל 16 לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(1)-345(א)(1) לחוק.

עיקרו כתוב האישום וגרסת המערער

1. לפי המתואר בכתב האישום, ביום 27.9.2014 בשעה 01:40 Uhr הגיע המערער לתחנת דלק "פז" (להלן: תחנת הדלק) עם רכבו, ג'יפ מסוג "יונדי", שםפגש את המתлонנת, נערה בת 15 באותו מועד, עמה לא הייתה לו היכרות מוקדמת. המתлонנת בילתה עם חבריה בבחנות הנוחות הצמודה לתחנת הדלק. בעקבות שיחת בין המערער לבין בחור בשם ע' אחד מהחברים איתם בילתה המתлонנת, במהלך סיפר ע' למערער כי המתлонנת "נותנת", הציע לה המערער לנוהג ברכבו. המתлонנת, שהיתה נתונה באותה עת תחת השפעת אלכוהול, נῆנסה אל הרכב והשניים נסעו מרחק קצר ועצרו בסמוך לאתר בנייה בקרבת מקום. לאחר שעזבו השניים את תחנת הדלק, חבריה של המתлонנת ניסו להתקשר אליה מספר רב של פעמים אך המערער אמר לה שלא לענותטלפון שברשותה.

2. בשלב זה החל המערער לנשך את המערערת ואף שלח ידיו לעבר תחנותיה. המתлонנת ביקשה מהמעערער לחודל ממעשי, אך זה אמר לה לעבור למושב האחורי. היא נענתה לבקשתו ואף ביצעה בו מין אוראלי, לדבריה, בשל פחד מהמעערער. בשלב זה הסיר המערער את תחנותיו המתлонנת, הושבה עלייו והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. המתлонנת ביקשה מהמעערער שיפסיק, אמרה לו שכואב לה, שהיא בתולה ושהוא ללא קונדום.

3. המערער חדל ממעשי והחל בנסיעה לבחנות נוחות בתחנת הדלק "סונול" בקרבת מקום, על מנת לקנות קונדום. אותה עת נותרה המתлонנת שרואה במושב האחורי של הרכב. בעוד המערער יצא לקנות קונדומים, המתлонנת החלה לשלווח הודעות טקסט בקובצת ווטס-אפ של חבריה בהן כתבה, בין היתר, "ילד אחד קיבל אותו באוטו", "הוא מנסה לי'zion אותו", "הוא מכיריך אותן", "הוא מנסה לאננסס אותו", "אני מתהננתתת", "תעזרו לי", אני בוכה", "הוא לך אותו", "תעזרו לי" (השגיאות במקור - ד.מ.). לאחר מספר דקות שב המערער לרכב, ואז החדר את איבר מינו לאיבר מינה של המתlonנט, ללא הסכמתה. למרות התנגדותה של המתlonנט, לא חדל המערער ממעשי והחדיר את איבר מינו גם לפני הטעבת שלה תוך שהיא צועקת ובוכה שכואב לה. רק בשלב זה חדל המערער ממעשי ואחד מחבריו שהגיע למקום הסיע את המתlonנט חוזרת לתחנת הדלק.

4. המערער כפר בביצוע המעשים אשר ייחסו לו. הוא לא הכחיש את מרבית המסכת העובדתית שתוארה לעיל, אך לטענותיו וחיסי המין שקיים עם המתlonנט היו בהסכמה והוא אף היה הגורם היוזם לאור כל הדרך. המערער אף לא הכחיש כי המתlonנט ביקשה ממנו לחודל ובכתה במהלך המפגש ביניהם, אך לטענותו הפסיק את מעשיו ברגע שהיא ביקשה זאת ממנו.

תמצית פסק דין של בית המשפט המחוזי

5. בהכרעת דין מKİפה שהتبessa על עדותה של המתlonנט, עדויות נוספות התומכות בגרסתה וראיות תומכות נוספות, הרשע בית המשפט המחוזי פה אחד את המערער בביצוע המעשים שייחסו לו בכתב האישום.

6. בית המשפט ביכר את גרסתה של המטלוננט על פני גרסתו של המערער, ומצא כי היא "מסרה בבית המשפט עדות סדורה שנמסרה באופן מעורר אמון. דברי המטלוננט בבית המשפט היו קוחרנטיים ועקביים. למרות שהמטלוננט נחקרה בחקירה שנייה וערב לא קלה ... היא לא שינה את תשובה והייתה איתנה בדיעה" (הכרעת הדין) עמוד 10). נקבע כי בוגד לטענת ההגנה, לפיה גרסת המטלוננט "ידעה شيئا' ותפנויות", אין בהבדלים מסוימים הקיימים בין ההודעות שמסירה במשטרה לבין גרסתה בבית המשפט כדי לשנות ממהות סיפורה ולקעקע את מהימנות גרסתה. זאת, בפרט נוכח הראיות אשר הציבו כי המטלוננט הייתה תחת השפעת אלכוהול בזמן האירוע. בית המשפט ציין כי התרשומות מהימנותה של המטלוננט נבעה, בין השאר, מכך שלא ניסתה להפריז ולהקצין את מעשי המערער ודיברה בגלוי על מעשה באותו ערב, אף כאשר הדברים עלולים היו להציגו באור שליל.

7. בית המשפט התייחס לעובדה שאינה שניתנה בחלוקת, לפיה לאחר האירוע המטלוננט קיימה יחס מיון מלאים עם חברה נ.ש.. במסגרת זו שלל בית המשפט את טענת ההגנה כי העובدة שהמטלוננט הסתרה עובדה זו ואף ביקשה מנ.ש. ומחברה נוספת בשם ה', לשומר זאת בסוד, מלמדת על חוסר מהימנותה. בית המשפט קיבל את טענת המטלוננט כי חשבה תחילת שהמיען אינו רלוונטי ולא הבינה את חשיבותו הריאיתית. עוד ציין בית המשפט כי אין להתעלם מן העובدة שהמטלוננט חשפה את יחסיה עם נ.ש. מיווזמתה, תחילתה בפני עצמה ולאחר מכן בפני המשטרה. סיכום של דברים, בית המשפט קבע כי יש לקבל את גרסת המטלוננט ולדוחות את גרסתו של המערער, שנמצאה "לא הגיונית, לא עקבית ולא אמינה" (עמוד 14 להכרעת הדין).

8. בית המשפט מצא מספר חיזוקים לתמיכת בגרסת המטלוננט. ראשית, הודיעות הטקסט אשר פורטו לעיל ונשלחו בזמן לחבריה. שנית, התנהלות המטלוננט בנסיבות המערער לאחר סיום המפגש בין השניים. בהקשר זה ציין בית המשפט שאין מחלוקת בין הצדדים כי המטלוננט החלה לבכות, עוד בהיותם ברכבת. עוד ציין כי המטלוננט דיווחה לחבריה מיד עם צאתה מהרכבת על כך שנאנסה, תוך שהיא נסערת ובוכה. על סערת הרגשות בה הייתה מצויה לאחר האירוע העידו רבים מהעדים במשפט, אף אלו שתמכסו בעדותם בגרסת המערער. שלישיית, בית המשפט מצא במצב הנפשי של המטלוננט לאחר האירוע חיזוק לגרסהה. ד"ר טטיאנה מושבה, פסיכיאטרית שטיפלה במטלוננט לאחר האירוע, הגישה חוות דעת במסגרתה היררכית כי המטלוננט נמצאת במצב של פוטט טראומה וסובלת מסימנים של חרדה, מצב רוח ירוד וזכירות טראומטיים. גם גב' ענבר הרפץ, אשר טיפולה במטלוננט עוד לפני האירוע במסגרת קידום נוער, העידה שגם האירוע חל שניינן לרעה במצבה של המטלוננט, כאשר התנהגותה היפה "המנועית", חרדה מציפה אותה בכל מני מצבים והמעגל החברתי שלה ה证实 מואוד. ציון כי ההגנה ניסתה לערער על קביעות אלה, אך בית המשפט דחהuko הגנה זה וממציא כי התנהגותה המתואמת משקפת פוטט טראומה בה לקתה המטלוננט לאחר האירוע. רביעית, בית המשפט מצא כי התנהגות המערער לאחר האירוע יכולה אף היא להוות חיזוק או סיווג לעדות המטלוננט. בין היתר, ציין בית המשפט את העובدة של אחר האירוע לא החיזיר המערער את המטלוננט לתחנת הדלק, אלא נתן לאחד מחבריו לנוהג ברכבת ולהחזירה, ואת העובدة שהמערער התנצל לאחר האירוע בפני המטלוננט ובפני אביה.

9. בית המשפט גם בחר ודחה את טענת ההגנה כי יש לזכות את המערער מכוח הסיג של "טעות במצב דברים" לפי סעיף 34 לחוק. נקבע כי משעה שהתקבלה גרסת המטלוננט לגבי אופן התנהלות העניינים ולגבי תגובתה בכלל אחד מן השלבים של האירוע, לא ניתן לקבל את הטענה כי יכול להיווצר אצל המערער טעות בתום לב שהוא מעוניינת בקיום יחס מיון עימיו. מה גם שטענה זו לא עולה בקנה אחד עם גרסת המערער עצמו.

10. להשלמת התמונה ציון, כי בית המשפט התייחס בהכרעת דין גם לשאלת האם המטלוננט הייתה שתויה בעת עמוד 3
כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - או © verdicts.co.il

הairoeu ון לאירועים שהתרחשו בדירה ברמת גן עם חברות קודם לאירוע.

11. בגזר הדין, לאחר שנדרש לטענות בא-כוח הצדדים לעונש ולמכול השיקולים הקיימים לעניין, קבע בית המשפט המחויז כי מתחם הענישה ההולם נع בין 3.5 ל-6 שנות מאסר בפועל. מכאן פנה בית המשפט לקבוע את עונשו של המערער בתוך המתחם, והשית עליו מאסר בפועל למשך ארבע וחצי שנים, מאסר על-תנאי ותשלום פיצויים למ洋洋נת בסך של 30,000 ש"ח.

מכאן הערעור שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים

12. בכתב ערעור מפורט תוקף המערער את הכרעת דינו של בית המשפט המחויז לכל אורך החזית. המערער טוען, בין היתר, נגד קביעותיו של בית המשפט המחויז בעניין שכורתה של המתלוננת בעת האירוע; התנגדותה הפיזית של המתלוננת למעשי המערער; היוזמה של המערער לקניית הקונדומים; שימושות ההודעות שללה המתלוננת לחבריה בזמן האירוע; היעדר הסכמתה של המתלוננת לקיים יחס מיוחד אונאליים; מצבה הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע. עוד טוען המערער כי שגה בית המשפט המחויז באמצעות גרסת המתלוננת, אשר אינה עומדת ב מבחני הסבירות, ההיגיון והשכל הisher, וקיימות בה סתיות רבות שאליהן לא התייחס בית המשפט. בהקשר זה נטען, כי היה על בית המשפט לבחון את שאלת הסכמתה של המתלוננת לאור התנהגותה לאור כל הערב בו התרחש האירוע. בנוסף טוען המערער למחדלי חקירה של המשטרה, אשר לא ביררה פרטים נוספים לגבי מה שאירע בדירה ברמת גן בתחילת הערב. לחלוין ובשותי הדברים נטען כי בשל התנהגותה של המתלוננת במהלך האירוע, סבר המערער לתומו כי היא מעוניינת לקיים עמו יחס מיוחד, ועל כן מתקיים הסיג לאחריות פלילית למשעו - "טעות במצב דברים".

13. באשר לגזר הדין, המערער סבור כי מתחם הענישה שנקבע מחמיר מדי וחורג מדיניות הענישה הנוגגת במקרים דומים. כך, לטענותו, לא ניתן משקל מספיק לעובדה שהמעשים התרחשו ללא תכנון, ללא אלימות ולא איום. עוד טוען המערער כי גם בתוך מתחם העונש היה על בית המשפט להתחשב בנסיבותו האישיות, כגון גילו, היעדרו של עבר פלילי והאמור בתסוקיר שירות המבחן.

14. בדיון שלפנינו המשיבה סמכה את ידיה על פסק דין של בית המשפט המחויז וטענה כי דין הערעור להידוחות. נטען כי מרבית הערעור נסוב על מצאי עובדה ומהימנות של בית המשפט המחויז ואין מקום להתערב בקביעות אלה. עוד עדמה המשיבה על הריאות המחזיקות הרבות לגרסתה של המתלוננת. כן החזיקה המשיבה אחר גזר דין של בית המשפט המחויז.

דין והכרעה

15. הלכה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב במצבים עובדה ומהימנות של הערכאה הדינית אלא במקרים חריגים (ראו למשל: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643-645 (2000)). זאת מכיוון שערכאת הערעור חסירה את יכולת התרשם, באופן בלתי אמצעי, מהעדים ומהראיות שהוצעו בפני הערכאה הדינית. כוחו של כלל אי ההתערבות נכוון ביתר שאת לגבי עבירות מן. יפים לעניין זה דבריו של השופט א' שהם בע"פ

: 10.7.2013 (25 פסקה) : 5633 נימן נ' מדינת ישראל

"הגינוי של כל אי-ההתערבות נכון ביתר שעת, כאשר תחת שבטה של ערכאת הערעור נבחנים קביעות מהימנות וממצאי עובדה, הנוגעים בביצוע עבירות מי. זאת משני טעמים עיקריים: ראשית, עבירות אלה מתרחשות, ככל, בנסיבות, ובנסיבותם של התקף וקורבנו בלבד. לפיכך, במרבית המקרים, על הערכאה הדונית להכריע בין גרסאותיהם הסותרות של המעורבים באירוע, אשר, לעיתים קרובות, אין נטימות בריאות אובייקטיביות כלשהן. שנית, אופיה הייחודי של עבירות המין, והטרומה הרבה שהיא מסבה לקורבנה, משפיעים, במקרים רבים, על אופן מתן העדות, ומילא על החשיבות שבהתרשומות הישרה של בית המשפט מן העדויות. שכן, במקרים אלו "עצמם טיבה, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואנינטיי אחד, ולפיכך מתעורר, לעיתים, קושי במתן עדות ברורה ורזהה. בנסיבות אלה, הטעון, אופן הדיון, שפת הגוף, וכל אוטם גורמים שאינם שייכים לשירות לעולם התיכון, מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 10163 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9, והפניות שם (13.9.2010)). במצב דברים זה, ק"י מת חשיבות יתרה להתרשםותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדונית, מהעדויות שנשמעו בפניה" (ראו גם: ע"פ 2035 פלוני נ' מדינת ישראל (14.9.2017); ע"פ 252 פלוני נ' מדינת ישראל (21.12.2017))

16. בעניינו, לאחר שבחןתי את עדות המתלוננת, את הערעור ואת הריאות הנוספות, לא מצאתי פגם בקביעותיו של בית המשפט המחויז. המערער ניסה להצביע על סתרות בעדויה של המתלוננת הפוגמות במהימנותה, אך לא עלה בידו לעשות כן. כפי שנקבע לא אחת על ידי בית משפט זה, יש לבחון את אמינות גרסתו של נגע עבירה המין בכללותה, תוך ניסיון לאתר את "גרעין האמת", ולעיתים אף ניתן להסתפק ב"גרעין הקשה" של הגרסה (ראו למשל: ע"פ 16/252 פלוני נ' מדינת ישראל (21.12.2017)). במקרים דנא אף אני נדרש להלכה זו משעה שהגרסה שמסרה המתלוננת לכל אורך הייתה מלאה, עקבית וקורנתית. הסתרות או חוסר הדוקים עליהם הצבע המערער הם בעניינים לא מהותיים, שאינם משליכים כלל על השאלה העיקרית שניצבה לפתחו של בית המשפט - האם הסכימה המתלוננת לקיים יחסין מין עם המערער אם לאו.

יתרה מזאת, החיזוקים השונים הקיימים לעדויה של המתלוננת מבסיסים את הרשותו של המערער מעבר לכל ספק סביר - חיזוקים שהם בבחינת מעלה מן הצורך, שכן די בעדויה של המתלוננת כעדות יחידה להרשות המערער במיחס לו בכפוף לחובת ההנמקה, לפי סעיף 54(ב) לפקודת הריאות [נוסח חדש], התשל"א-1971 - הכל כפי שיפורט להלן.

17. עיר בתחילת כי בהליך לפנינו, בדומה להליך בבית המשפט המחויז, המערער ניסה לקעקע את אמינותה של המתלוננת על ידי הפנית זרcker לעבר עברה המיני יותר מעשה באותו ערבות, לפני ואחרי האירוע. נטען כי היה מקום ליתן משקל לכך שהמתלוננת, על פי הנטען, ביצעה באדם נוסף מין אוראלי בדירה ברמת גן לפני האירוע וקיימה יחסין מין עם נ.ש. לאחריו, ובלשון בא-יכוחו של המערער:

"מן המפורסמות הוא שעלה בית המשפט מוטל התקpid הלא נעים כל כך לשפוט גם התנהגותן של מתלוננות. לא ניתן בשום פנים ואופן לקבל ולהסביר כל התנהלות של מתלוננת מעצם היותה כזו. על אף המורכבות הברורה העולה מהצורך לבחון התנהלות של מתלוננת במצב מסוים, אי אפשר שלא לתהות במקרה דנן על התנהגותה של המתלוננת באותו הלילה" (עמ' 56 בכתב הערעור).

ולכן אשיב כי ניתן גם נתן, והחוק והפסיקה אף מורים לנו לעשות כן, משעה שהשאלה היחידה הצריכה לעניינו היא האם המתלוונת הסכימה לקיימן יחסית מין עם המערער. יפים לעניין זה דבריו של השופט י' עמית בע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל, פסקה 45 (14.3.2016):

"במסגרת הליך משפטי, נורמה של מתלוונות מינית איננה רלוונטית כלל ועיקר להוכחת יסודותיהן של עבירות מין, ובראשן עבירת האינוס. השאלה אם נဟה עבירה של אינוס איננה מושפעת מדפוסי ההתנהגות המינית הכלליים של הצדדים, מתייחסים או שמרנים כל شيءו, אלא תליה אך ורק בשאלת הסכימה לקיימן יחסית מין."

הדברים אף באים לידי ביטוי בסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, הקובע כי בית המשפט לא ירשא חקירה בדבר עבר מי של נפגע עבירת מין, "אלא אם ראה, מטעמים שיירשו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין" (ראו גם: סעיף 13 לחוק נפגעי עבירה, התשס"א-2000). את הניסיון לקשר, אף במרמז, בין עבירה המינית של המתלוונת לבין שאלת הסכמתה לקיומם של יחסית המין, יש לדחות מכל וכל (ראו גם: יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: האמת' המוגדרת והשתתקת הקול השונה" המשפט טז 97, 120-114 (תשע"א)). מוטב אפוא כי טענות אלו לא יהיו מועלות כלל.

טענות נוספות אליהן התייחס המערער בהרחבה, כגון שאלת שכורות המתלוונת בעת האירוע, אף הן אין רלוונטיות לשאלת הסכמתה. אף אם נקבל את טענות המערער בהקשר זה, ממילא אין בהן כדי להביא להתערבותנו בקביעות המהימנות של בית המשפט המחויז. אדרבה, כפי שנראה להלן, ישנן רגילים מוצקות לסבירה שהמעערער ביקש לנצל את שכורתה של המתלוונת כדי לבצע בה את זמנו.

נעביר אם כן לעיקר גרסתה של המתלוונת.

18. בעודותה לפניה בית המשפט המחויז תיארה המתלוונת כיצד לאחר שביצעה במעערר מין אוראלי, הוא קיים עמה יחסית מילאים, ללא הסכמתה: "הייתי יושבת לידיו, בהתחלה הוא העלה לי את השמלה ואחריו זה שם אותו עלי, לא זכרת במדויק, משהו כזה. אחרי זה הוריד לי את התחתונים למגמי, אמרתי לו להפסיק, מה הוא עשה, הוא אמר לי לא לדאוג ושאני אהנה. אחרי זה הוא חדר אליו, כאב לי ובקשתי שיפסיק, שיעצור לי כאב לי ... הוא המשיך להגיד שהוא יהנה (כך במקור - ד.מ.) וזה כלום וזה בסדר ואני שזה עדין כאב לי ואחריו זה הוא יצא מהאטו והפסיק" (פרוטוקול הדיון, עמוד 14, שורות 13-23). בשלב זה קנה המערער קונדומים ומתלוונת מתארת כי כאשר חוזר לרכב "הוא עצר ובא למושב האחורי איפה שאני שכובה והעלה לי את השמלה שוב והפעם זה היה עם קונדום, אחרי זה הוא חדר אליו" וניסיתי לסגור את הרגליים בכיתתי לו שכואב לי וגם צעקתי לו שיפסיק ואחריו זה הילכתי קצת הצד, ניסיתי לחוץ ממנו ואז הוא גם חדר אליו אחורינית בישבן" (שם, עמ' 15, שורות 25-17). גם בחקירתה הנגדית, כאשר הסניגור טען כי לגרסת המתלוונת המערער הפסיק כאשר ביקשה, ענתה המתלוונת כי "הוא לא הפסיק. שאני אמרתי לו שכואב לי ופסיק הוא לא הפסיק. הוא הפסיק מרצוני ולא מרצוני ... רק אחרי שצעקתי לו ממש והתנגדתי אבל כשבקשתי שיפסיק הוא לא הפסיק" (שם, עמ' 52, שורות 12-10).

תיאור דומה של מהלך הדברים נתנה המתלוונת גם בעודותה במשטרה:

"ש: את אומרת שהוא מזמין אותך וזה היה מרצון, איך את לא מכירה את הבן אדם ואת ישר נותנת לו למזמין אותך? ת: אני הייתי שתויה ולא הייתה מודעת למעשים שלי ואז שהוא הושיט את היד שלו לתחתונים התחלי לצחיק ואמרתי לו והוא אמר לי יהיה לך כיף את הולכת להנות אבל מז שהוא התחל לhapusית אותו אני ממש צרחותי ואמרתי לו לא ואז הוא אמר לי לבוא למושב האחורי.

ש: את עוברת למושב האחורי כשאת בלי בגדים?

ת: השמלה הייתה עלי, התחתון היה עלי אבל היה באזור الرجالים למיטה אני זכרת שעברתי למושב האחורי והחזקתי ברכב כי לא יכולתי לעמוד, אז אחורי זה באתי להיכנס לאוטו והוא נתן לי דחיפה קלה ואז נשכתי על המושב והוא הוריד לי את התחתונים לגמרי והעלה לי את השמלה כאילו עד הצוואר כזה שהיא אני זכרת שהוא נגע בי בגוף ואמר לי איזה גוף יש לך' משהו זהה אני לא זכרת במפורט ואז הוא הרם אותו מעליו, הוא ישב והוא כבר הספיק להוריד את המכנסיים שלו אבל לא עד הסוף כאילו קצת וכאיilo אני עליו והוא מחדיר לי את האיבר מין שלו אליו ואני לא יכולת להתנגד ואין לי כוח אני בוכה וצעקה שכואב לי ושהוא יפסיק ואני מנסה לרדת ממנו והוא אומר לי אל תתנגד כי היה לך כיף ואני עדיין מתנגדת, אז אמרתי לך זה גם בלי קונדום מה אתה עשו ואז אחורי זה הוא אמר אני הולך לקנות משחו

...

ניסיתי להימלט ללכת לצד השני של המושב האחורי כי גם צעקתי לו שכואב לי ואז הוא אמר ננסה משהו אחר ולא הבנתי מה הוא מתכוון ואז שהוא ניסה אנאלי בכלל גם צרחותי היה לי [כל הנראה צ"ל "לי כאבי" - ד.מ.] توفת וביקשתי ממנו שיפסיק ושכאב לי ושיחזר את החברים שלי וכל זה אני בוכה והוא ממש עשות את זה" (מתוך עדותה של המתלוננת במשפטה מיום 2.10.2014, ת/18).

וגם בעימות מיום 5.10.2014 (ת/3) בין לבני המערע, אמרה המתלוננת כך:

"וז עצמנו ליד אחר בניה שקרוב לתחנת דלק והתנשקנו שזה היה גם מרצוני ואז הוא העביר לי את היד לעבר התחתונים שלי ואני ציחקתי ואמרתי לו 'לא' ואני לא זכרת שהגענו למצב שהוא שאל אותו נüber למושב האחורי ואז אני לא זכרת את הזמן מתי זה קרה אני לא יודעת מה היה לפני ומה היה אחריו וגם אז אני ירדתי לו ... אני לא זכרת מתי ירדתי לו והוא הוריד לי את התחתונים והיתה חדרה הוא שם אותו מעליו וכואב לי ואמרתי לו שיפסיק ואמרתי לו שכואב לי ואמרתי לו שאני בתולה ואחרי זה הוא נסע לתחנת דלק, אני זכרת שהוא אמר לקנות משחו אז זה קונדומים ... אז היה שהוא שם גם קונדום ושוב היה מועלוי והוא ניסה להחזיר לי ואמרתי לו שכואב לי ואני לא רוצה וגם בכיתי ואז הוא גם ניסה אנאלי שימוש היה כאב לי ובכitti לו שיפסיק וכואב לי ורק אחריו שמש בכitti וצעקתי הוא אמר שהוא מפסיק".

19. כאמור, בית המשפט המחויז מצא מספר חיזוקים לגרסת זו. ראשית, אין עורין באשר למצוות הנפשי של המתלוננת מיד לאחר האירוע. כך, למשל, תיארה ה', חברותה של המתלוננת, את מצובה לאחר האירוע:

"ה': אני זכרת שהוא נכנסה לאוטו שלנו מאחורי ואז היא פשוט התחללה לבכות ואמרה שאנסו אותה.

ש: ואז מה קרה?

ה': היא בכתה, אני לא זכרת מה היה אחרי, אבל הגענו לפז, והוא נכנסה לשירותים והתחללה לבכות ואז אחרי זה נכנסתי אליה לשירותים, nisioti לעודד אותה ואיך שהוא הוכחתי אותה, היא באמת בכתה הרבה, לא יכולה להגיד שלא היא לא יכולה לדבר היא הייתה בפאניקה. ס' אמרה שכואב לה והוא בוכה והייתי איתה והוא פשוט רק בכתה, אני פשוט רק הסתכלתי עליה, לא היה לי איך לעזור לה. הינו בשירותים" (פרוטוקול הדיון, עמוד 101, שורות 12-19).

על תיאור דומה חזו עדים נוספים.

20. **cidou, "מצב נפשי - נחשב מАЗ ומדובר כחיזוק ואפיו סיווע ... שהרי כמו שהוא נמצא פיזי בגופה של המתлонנת, המעיד על מה שעבירה" (ע"פ 9458/05 רחמיlob נ' מדינת ישראל, פסקה י"א (24.7.2006)).**

21. **חיזוק נוסף נמצא בהודעות שלחה המתлонנת בעת האירוע לחבריה. הודיעות אלה משקפות את הלחץ רוחה של המתлонנת בזמן ואת חוסר הסכמתה לקיום יחסי מין עם המערער, ומחזקות יותר שתאת גרסתה. המערער ניסה לטעון, כפי שטען לפני בית המשפט המקורי, כי ההודעות נשלחו בשל רצונה של המתlonנטה למשוך תשומת לב ולמנוע התפשטות שמוותות לבניה לפניה יחסית מין עם המערער. עוד טען המערער כי המתlonנטה "לא פעולה בהיגיון", שכן בחרה לשולח הודיעות בקבוצת וואטס-אפ ולא התקשרה למי חבריה או למשטרה, או ניסתה לצאת מן הרכב, שעה שהמערער קונה קונדומים במחנות הדלק. טענות אלה אין להלום. בית משפט זה חזר ושנה בשורה של פסקי דין כי אין לבחון את התנהלותה ותגובותיה של נגעת עברית מין אך בבחן ההיגיון הצרוף, וזאת מוגון התגובה האנושיות האפשרות למצבי לחץ וטרואה. לעומת זאת דבריו של חברי השופט נ' הנדל בע"פ 7082/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (10.3.2011) :**

"העובדת שהתנהגות קרובן עבירה בכלל וקרובן עבירה מין בפרט נראה למשמעות תמורה ובלתי הגינית, אין בה חשש עצמה כדי לפגוע במאימנות עדותו ... הסיבה לכך היא שיש לבאר 'התנהגות סבירה' תוך התחשבות בנסיבות בהן היא מצוי הנפגע בעבירות מין. שיקולים כגון ניסיון חיטם, גיל ותפישת עולם של הנפגע בעבירה מעין זו - גם הם עשויים להיות רלוונטיים להערכת עדותו ... אין להציג לכללים בדבר ההיגיון 'המצופה' מקרובן עבירה מין. הקרובן איננו חייב להתנהג בסבירות או בדרך מסוימת שמוכתבת לו על ידי الآخر הנמצא מחוץ לעולמו הפנימי".

כך בעניינו. אף אם יכולה הייתה המתlonנטה לפעול בדרכים אחרות, אין יכולתו של בית המשפט לשפוט ולנחת בדיעבד את התנהלותה. cidou, "אין לשוכח שאדם - אפיו הוא נבן ומושב מטבחו - עלול להידחף על ידי תחושה של לחץ ומצוקה להתנהגות שאינה מתישבת, לכארה, עם תבנית אישיותו. עוד אין לשוכח, כי בבואנו להסיק מסקנות מן ההתנהגות, אין אנו עושים זאת בגין 'ביקורת התבונה', שבה, אלא בגין ניסיון לקבוע אם נעברה עבירה" (ע"פ 599/02 פרי נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (22.5.2003)).

22. **לديי, די בדרכים שהובאו עד כה על מנת להוות חיזוק מספיק (אף לו נדרש) לעדודה של המתlonנטה, אך כאמור נמצאו חיזוקים נוספים לגרסתה, ובهم השני לרעה של במצבה הנפשי והתנהגותו של המערער לאחר האירוע. כך למשל, מספר ימים לאחר האירוע התקשר המערער למצלוננטה אשר העבירה את הטלפון לאביה. במהלך השיחה עם האב אמם הבהיר המשערר כי פעל בניגוד לרצונה של המתlonנטה, אך ככל אורך השיחה התנצל על התנהלותו. המערער גם התנצל לפני המתlonנטה מיד לאחר האירוע. כפי שציין בית המשפט המקורי, אם אכן הייתה התנהגות לא רבב והמתlonנטה טופלת עליו האשמות שווה, מדוע ביקש סלחנה?**
עמוד 8

23. לבסוף אצין כי לא עלה בידי המערער ליתן הסבר מניח את הדעת למוטיבציה של המתלוונת להגיש נגדו תלונות שווה, שעה שלא הייתה בין השניים כל היכרות מוקדמת. המערער ניסה לטעון כי המתלוונת ביקשה להסתיר מהחבריה את העובדה שקיימה עימם יחסי מין בהסכם. מלבד העובדה שקשה להلوم טענה זו, נוכח המחיר הכספי שמשלמות תדייר מתלוונות בעבירות מין, הרי שהיא גם אינה מתישבת עם טענות המערער בגיןו לאופי המתלוונת ו"מתרנונתה" המינית.

אמנם, לגרסת המערער המתלוונת הייתה הגורם היוזם לכל אורך האירוע, כפי שטען בעדותו, לפיה המתלוונת "...קמה והתיישה עליו" ואז היא אמרה לי שאtan לה סטירה ואמרתי לה מה פתאום, והוא שרטה אותה בחזה. ואז היא ירדה על שתים ... והיא ירדת לי, מצחה לי. ואז היא קמה ואמרה לי תזין אותה ואמרתי לה שאין לה [צ"ל "לי" - ד.מ.]. פה קנדומים ואמרה לי שלא צריך קנדומים, ואמרתי לה שבלי קנדומים אני לא עושים זאת זה" (פרוטוקול הדיון, עמ' 182, שורות 18-23). כאשר עומת בחקירה הנגדית עם הניגוד בין להיטותה הנטענת של המתלוונת לבין ההודעות שלחה, טען המערער כי "בנסיעה לטו גוד [חנות הנגוחות בתחנת הדלק אליה נסע המערער - ד.מ.] - אז רأיתי את שני החברים שלי. עצרתי שם. אמרתי להם שאני נסוע לקנות קנדומים. היא הייתה באותו, היא שמעה שאני אומר לאנשים. וכנראה מזה, אז היא לא רצתה שיגידו 'עשיתם דבריהם', אז הכל קל להגיד 'הוא אונס אותו'" (שם, עמ' 203, שורות 28-31). אלא שגרסה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי, כאמור, וגם אין בה כדי לישב את הפער עליו הצבעה המשיבה. יתר על כן, ההגנה לא זימנה את חברי של המערער להעיד בבית המשפט בתואנות שונות, ועל כן גרסה זו לא נתמכה בעדויות נוספות, ובשלב מסוים אף העלה המערער הסבר חלופי להודעות המתלוונת, לפיו היא רצתה לגרום לע' לקנא. הסברים אלה אינם משכנעים, בלשון המעטה.

אם כן, טענותיו של המערער בהקשר זה דין להידחות.

24. לא מצאתי ממש גם בטענת המערער בדבר "טעות במצב דברים". אף שהדברים לא נכתבו במישרין, עולה כי המערער טוען שנוכח הסכמתה של המתלוונת שיחדר אכבעות לאיבר מינה ולמין אוראל, הוא טעה בדבר הסכמתה לקיים עמו יחסי מלאים. טענה זו יש לדוחות מכל וכל. כאמור, על פי עדות המתלוונת, היא הביעה מידית, באופן שאינו משתמש לשני פנים, את חוסר הסכמתה לקיום יחסי מלאים עם המערער. אף לפי גרסתו שלו הוא הבחן במצויקתה. למרות חוסר הסכמה זה, המערער לא חדל ממעשי. ודוק, על פי גרסת המתלוונת, שהתקבלה כאמור, המערער החדר את איבר מינו לאיבר מינה הן לפני קנית הקנדומים והן לאחריה. האם יתכן כי המערער לא הבחן פעמיים בחוסר הסכמתה של המתלוונת? התשובה לשאלת רטורית זו ברורה על פניה והוא מובילה לשילית טענת המערער בדבר טעות במצב דברים, בפרט כאשר הוא לא העלה טענה זו ולא הרים את נטל הריאות כדי לבסתה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי (עמוד 43 להכרעת הדיון). לא לモותר לצין, כי גם אונס שתחילה ברצון וסופו באונס - דין אונס.

ובכלל לעניין עבירת האינוס,iffs דבריו הנכונים של השופט (כתארו אז) ס' ג'ובראן בע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 36 (7.2.2007):

"היכולת לקיים יחסי אהבה אמיתיים, יחסי אישות בכללים, הינה יכולת אנושית יהודית, האוצרת בתוכה את תמציתו הנפשית והרציניות של כל אדם. יכולה זו מושתתת היא על האמון בין בני הזוג ועל הבחירה החופשית של כל אחד מהם. ללא בחירה זו, אין ליחסים אלו כל ערך. האמון בין בני הזוג כולל הוא, מיניה וביה, גם את מתן האפשרות ל Sangat

מהיחסים, כאשר איבדו אלו את ערכם בעניין אחד מבני הזוג, ואת השמירה על בחירתו החופשית של כל אחד מהם. בעניין זה, נבדלים הם יחסיו האהבה והאישות מכל משאב אחר, בו יכול בן אונוש לסחור ולקים יחסים חזים. לא ניתן בעניינים شبלב, להעניק התcheinות בלתי חוזרת ... בכל עת ובכל שעה מותר לו לאדם להחליט מה יעשה בನפשו ובגופו. תהא אשר תהא הסיבה אשר בגל תחפות האישה בהפסקת היחסים - כאב פיזי, חששות ועכבות נפשיות, מוסריות או אחרות - אין כל זכות, אף אחד, לפגוע בחירות זו ולהתעלם ממנה. העוסקה זאת ראוי לגינוי חברתי ולענישה הולמת".

מהמכלול עולה אפוא כי אין כל עילה להתערבותנו בהכרעת דין של בית המשפט המחויז.

25. באשר לערעור על גזר הדין, דיןו להידחות גם כן. הלכה פסוקה היא כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בגזר הדין של הערכאה הדינית אלא במקרים חריגים, כאשר נפלת טעות מהותית, או כאשר העונש שנגזר חורג באופן קיצוני מרמת העונשה המקובלת במקרים דומים (ראו, למשל: ע"פ 4813/17 פלוני נ' מדינת ישראל (6.6.2018); ע"פ 593/18 פלוני נ' מדינת ישראל (17.4.2018)). המקרה שלפניו אינו נמנה על אותם מקרים.

26. כבר נאמר על ידי בית משפט זה, כי "עבירות המין, ובראשן החמורות שבهن - העבירות של אינוס ושל מעשי סדום - הן בין העבירות החמורות והמקוונות המנווית בחוק העונשין. הן פוצעות את הקורבנות בגוף ובנפש, ועל כן הולם אותן עונש מסר ממושך" (ע"פ 2963/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 26 (10.2.2014)). لكن, קבע בית משפט זה מדיניות עונשה מחמירה ביותר בעבירות מסווג זה לאורך השנים (ראו, למשל: ע"פ 764/12 גרמיון נ' מדינת ישראל (23.6.2013)). בא-כוחו של המערער טענו כי מתחם העונשה שנקבע על ידי בית המשפט המחויז היה גבוה מדי, אך נמנעו מהבהיר פסיקה שתתמוך בטענה זו. באשר לקביעת העונש בתחום המתחם, עיון בגזר הדין מעלה כי בית המשפט המחויז נתן דעתו לכל השיקולים הضرיכים לעניין, ולא התעלם מגילו הצעיר של המערער, מעברו הפלילי הנקוי ומיתר נסיבותיו האישיות.

27. סיכום של דברים, יצא לחבריו לדוחות את הערעור על כל חלקיו.

שפט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שפט

השופט י' וילנר:

אני מסכימה.

שופטת

לפיך הוחלט כאמור בפסק דין של השופט ד' מינץ.

המערער יתייצב לריצוי עונשו ביום"ר ניצן ביום 19.8.2018 עד לשעה 10:00, שברשותו תעוזת זהות. על המערער לחתם את הכניסה למאסר כולל האפשרות למינוי מוקדם, עם ענף אבחון ומינוי של שב"ס, טלפונים 08-9787336, 08-9787377.

ניתן היום, ז' באב התשע"ח (19.7.2018).

שופטת

שופט

שופט