



תפ"ח 35357/08/14 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית המשפט המחוזי בחיפה

03 דצמבר 2014

תפ"ח 35357-08-14 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני הרכב כב' השופטים:
רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]
אברהם אליקים
תמר נאות פרי
המאשימה
נגד
הנאשם
מדינת ישראל
פלוני

ב"כ המאשימה: עו"ד גב' שלי זאבי (פרקליטות מחוז חיפה - פלילי)

ב"כ הנאשם: עו"ד יניב אביטן (סנגוריה ציבורית)

הכרעת דין

נוסח מותר לפרסום לאחר שהשמטו פרטים מזוהים

תמצית הכרעת הדין

אנו קובעים כי המתלוננת הייתה אמינה. עם זאת ומטעמים שיפורטו, החלטנו לזכות את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, עבירה של ניסיון אינוס לפי סעיף 345(א)(1) ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

אנו קובעים כי במעשיו של הנאשם התקיימו יסודות העבירה של מעשה מגונה בכוח, עבירה לפי סעיף 348 (ג)(ג1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בהתאם, אנו קובעים כי הנאשם ביצע עבירה זו.

החלטנו, מטעמים שיפורטו, שלא להרשיע את הנאשם, לעת הזו, ולקיים דיון לעניין עצם ההרשעה לאחר שיוגש תסקיר והצדדים ישלימו טיעוניהם.

החלטנו להתיר את פרסום הכרעת הדין תוך איסור פרסום שמם של המתלוננת ושל הנאשם.

להלן יפורטו נימוקי המותב.



השופט א' אליקים:

מבוא וטיב המחלוקת

1. המתלוננת ילדת ... (...), הנאשם (...), עלו לארץ לפני כשלוש שנים, שהו עם משפחותיהם יחדיו במרכז קליטה ושם נוצרה ההיכרות המוקדמת ביניהם, אחר כך עברו לגור בשכנות.

עובר לאירוע כל אחד מהם למד בפנימיה והיה מגיע לביתו בערך פעם בשבועיים לסוף שבוע. ביום שישי, 15.8.2014 בסמוך לשעה 23:00, כחלק ממפגש שתחילתו מפגש עם חברים נוספים, התבודדו השניים באיזור הטיילת ליד חוף הים.

2. לטענת המאשימה, הנאשם ניסה לבעול את המתלוננת שלא בהסכמתה החופשית תוך גרימת חבלה גופנית ולכן יוחסה לו בכתב האישום עבירה של ניסיון אינוס- עבירה לפי סעיף 345(א)(1) ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן-החוק).

3. אקדים מאוחר למוקדם ואבהיר הנאשם טוען כי המתלוננת היא חברתו, היא לא התלוננה כלל על מעשיו וכל שנעשה נעשה בהסכמתה. בתגובתו לכתב האישום טען כי מדובר במעשים שנעשים בין חברים במובן האינטימי, אקט של משחק שכלל "נגיעות" ולא מעבר לכך ומכאן ששתי שאלות עיקריות טעונות הכרעה:

-מה ארע בפועל בין השניים, האם ניסה הנאשם לבעול את המתלוננת?

-האם מה שנעשה נעשה בהסכמתה החופשית?

מטיעוני הצדדים עלו שתי שאלות נוספות:

-הראשונה, מה היה טיב היחסים שבין השניים, האם ידידות או חברות אינטימית?

ו-השניה, האם חקירת המשטרה הביאה לגרסתה המפלילה לכאורה של המתלוננת שלא רצתה כלל להתלונן כטענת הסנגור וגם הדברים שאמרה לעיתים תוך סתירות מהותיות, נאמרו עקב חקירה משטרתית מדריכה ש"הכניסה" לפיה דברים שאינם נכונים, לעיתים מבלי שהבינה את תוכנם.

עיקרי עובדות כתב האישום

4. בתאריך 15.8.2014 טיילו הנאשם, המתלוננת, אחותו של הנאשם וידיד נוסף בטיילת, בסמוך לשעה 23:00 ביקש הנאשם מהמתלוננת להפרד מהאחרים על מנת לשוחח ביחידות והיא נעתרה לו. הנאשם אמר למתלוננת כי ברצונו שיהיו חברים, המתלוננת הבהירה לו שהיא אוהבת אותו כאח, לא כחבר, הנאשם החל לדגדג את המתלוננת, הפילה לקרקע באזור חשוך בין השיחים במטרה לבעול אותה. נשכב מעליה, ניסה להפשיטה מבגדיה למרות התנגדותה, נגע בחזה שלה, ניסה לנשק אותה, המתלוננת צרחה אולם הנאשם סכר



את פיה והמשיך במעשיו.

הנאשם פתח את רגליה באמצעות רגליו, הרים את חצאיתה, ניסה להוריד את תחתוניה, פתח את רוכסן מכנסיו, הוציא את איבר מינו וניסה להחדירו לאיבר מינה של המתלוננת, למרות התנגדותה וניסיונה להדפו מעליה. במהלך ההתנגדות אחזה המתלוננת באיבר מינו של הנאשם ובצווארו על מנת למנוע ממנו לבעול אותה, המשיכה לצרוח כשהנאשם שב וסכר את פיה בידו, אחז בידה בחוזקה מעל לראשה והמשיך לרתק אותה על הקרקע ולנסות להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. במהלך ניסיון הבעילה נשרטה המתלוננת בידה השמאלית.

בשלב זה שמעו עוברי אורח את זעקות המתלוננת, אחזו בנאשם והרימו אותו מעל למתלוננת, הזעיקו כוחות משטרה שעצרו את הנאשם.

5. הנאשם בתגובה מפורטת לכתב האישום (ישיבת 3.9.2014) הבהיר כי מערכת היחסים שבינו לבין המתלוננת, היתה של חברות במובן הבין-אישי, עובר לאירוע היו ביניהם מגעים מיניים, מגעים של חברים צעירים בגילם, ללא קיום יחסי מין. ביוזמת המתלוננת באותו ערב נפרדו השניים מהאחרים שהיו עימם, על מנת להתנשק "ולעשות דברים מהסוג הזה" שלא בנוכחות האחרים. כשהיו בנפרד הם התנשקו, היה אקט של משחק שכלל נגיעות, הכל בהסכמת המתלוננת, בשום שלב הנאשם לא הוציא את איבר מינו ולכן גם לא ניסה לבעול את המתלוננת.

דין

האירוע השנוי במחלוקת, תחילתו בהתבודדותם של הנאשם והמתלוננת בהסכמה, במקום חשוך ללא עדי ראיה. האירוע הופסק כטענת המאשימה בשלב בו "שמעו עוברי אורח את זעקות המתלוננת, אחזו בנאשם והרימו אותו מעל המתלוננת", (סעיף 6 לכתב האישום), מבין עוברי האורח, אותר ראמי, שהלך לתומו לאורך הטיילת ומשראה את השניים חשד כי לנגד עיניו מתבצעת עבירת מין ולכן הזעיק את המשטרה והפריד בין השניים.

6. בפנינו העידו המתלוננת, הנאשם וראמי כשכל אחד מסר גרסתו למתרחש, העידו החברים שהלכו עימם בתחילת הערב לאזור הטיילת, אימה של המתלוננת, אנשי המשטרה שהגיעו למקום או חקרו את הנאשם והמתלוננת. בנוסף הוגשו בהסכמה מסמכים לרבות הודעות הוריו של הנאשם.

[לזירת האירוע הגיעו גם שתי עובדות סוציאליות, ורד ורעות, הודעותיהן, נ/1, נ/2 הוגשו ע"י הסנגור בכפוף להבאתן לעדות ומשבחר הסנגור שלא לזמן, אתעלם מתוכן ההודעות].

7. בטרם אנתח את הסוגיות הטעונות הכרעה, אסיר מעל הפרק שתי שאלות להם ייחסו הצדדים משמעות יתרה, ללא הצדקה לטעמי:

האחת היא באשר לטיבה של מערכת היחסים בין הנאשם לבין המתלוננת, האם ידידות או חברות רומנטית/אינטימית



והשניה באשר לשאלה מי מהשניים יזם את ההיפרדות מהחבורה, האם הנאשם או המתלוננת.

לצורך הכרעה בשאלות אלו, לא נדרשת בחינת עדויות, שני ידידים או שני חברים אינטימיים או בעל ואשה, יכולים להפגש ביוזמת האשה או ביוזמת הבעל, ביוזמת הידיד או ביוזמת הידידה, אך בשום שלב ובשום מערכת יחסים אין לאף אחד מהם זכות לכפות עצמו על האחר ובכלל זה חבר- לו זו הגדרת מערכת היחסים כטענת הנאשם- אינו רשאי לאנוס, לנשק או להוריד את בגדיה של חברתו ללא הסכמתה החופשית ומרצון, ולכן גם אם אבחר בגרסת הנאשם ולפיה המתלוננת, חברתו ביקשה שיסורו למקום מבודד, אין בכך כדי לתת לו היתר לנסות ולאנוס אותה.

על פי העדויות שוכנעתי כי הנאשם היה זה שביקש מהמתלוננת לסור הצידה למקום מבודד כדי לדבר, (ראו תמלילי הודעות המתלוננת, ת/1ב עמוד 3 שורה 35, עמוד 4 שורה 1 ות/2ב עמוד 3 שורה 17, עדות המתלוננת עמוד 9 שורה 19, עמוד 38 שורה 24, ועדות אחותו עמוד 154 שורה 10, עדות נאשם עמוד 204 שורה 23).

כפי שציינתי לעיל, לטעמי טיבה של מערכת היחסים אינה רלבנטית לשאלת ביצוע עבירת המין, ואני סבור כי לא ניתן לקבוע מימצא ברור אם הם היו חברים או ידידים. בראש ובראשונה משום שמדובר בצעירים אשר גם אם בחרו להיות חברים לצורך קשר אינטימי, בהתאם לנורמות המקובלות בחברה שלהם, הם הסתירו זאת מהאחרים ואפילו מחוקרי המשטרה. לכך אוסיף כי הגדרת המושג חבר או ידיד, אינה בהכרח הגדרה שיש לה ביטוי בשפת האם של השניים, מצפייה בקלטות חקירת המתלוננת אני משוכנע כי היא לא ניסתה לשקר במודע, למעט בזירת האירוע כשנלחצה מהגעת השוטרים וכאשר ביקש ממנה הנאשם ל"להציל" אותו ולהגיד שהם חברים (ראו טענתה בפני השוטרת סיון בזירת האירוע כי הם חברים-ת/18 והסברה בעדותה בפנינו עמוד 15 שורה 6, עמוד 26 שורה 11 ועמוד 27 שורה 11).

כשנחקרה המתלוננת מיד לאחר האירוע בתחנת המשטרה, שנשאלה האם הם חברים, היא נראית מהססת, נבוכה, חושבת ארוכות (ראו ת/1 דקה 10:14, תמליל ת/1ב עמוד 4 שורה 38) ואולי מתביישת לספר את טיבו של הקשר האמיתי, (ראו גם הסברה בעדותה בפנינו, עמוד 7 שורה 14, עמוד 15 שורה 13, עמוד 17 שורה 16, עמוד 18 שורה 6, תמליל הודעתה השנייה ת/2ב עמוד 9 שורה 21 ואילך עמוד 10 שורה 27 עמוד 11 שורה 1, עדות אחותו של הנאשם עמוד 155 לפרוטוקול שורה 3 ועדות החבר שלהם שהיה עימם, עמוד 161 לפרוטוקול שורה 3).

טענתו של הסנגור היא כי להבדלי הגרסאות מפי המתלוננת באשר לטיב היחסים שביניהם, יש השלכה על מהימנותה או ראייה ל"זיהום" גרסאותיה, שבתחילה, כבר בזירת האירוע אמרה לשוטרים כי היא והנאשם חברים, ומהודעתה השנייה במשטרה ולאחר מכן בבית משפט הבהירה כי לא הבינה את משמעות המושג "חברים" בעברית ולמעשה הם ידידים. טענת הסנגור בנושא זה אינה מקובלת עליי, לאור התרשמותי מעדותה המהימנה של המתלוננת, כפי שאפרט בהמשך.

8. בעת ניתוח העדויות חשוב להתייחס לנסיבות בכללותן, שני צעירים, חסרי ניסיון והבנה בתחום המיני, בני משפחות שמרניות, שומרות מסורת, ששתו אלכוהול בתחילתו של הערב על כל המשתמע מכך,



התבודדו בהסכמה, במקום חשון וחוו סיטואציה טעונת רגשות לא מתוכננת מראש. חלקה הראשון, על פי עדות שניהם כחלק ממשחק בין צעירים, המתלוננת תיארה זאת כ"דגדוגים" ואולי הנאשם ראה זאת כחלק ממשחק מקדים או דרך להתקרב אל מי שחשק בה, זה מכבר. לא במקרה בחקירותיהם לשאלות עובדתיות רבות, כל אחד מהם השיב "לא יודע" או "לא זוכר" ואני מאמין שמנקודת מבטו של כל אחד מהם זו האמת, שכן לחלקים פחות משמעותיים מאותו ערב, "בזמן אמת", לא ייחס מי מהם חשיבות ואולי סערת הרגשות המלווה אירוע רומנטי גם ללא ביצוע עבירות מין, משפיעה על החושים והזכרון.

9. (לענין השימוש באלכוהול, ראו תמלילי הודעות המתלוננת ת/ב עמוד 14 שורה 39, עמוד 17 שורה 10, ת/ב עמוד 3 שורה 11, עמוד 11 שורה 34, ת/ב עמוד 10 שורה 35, עמוד 11 שורה 2 ואילך, עדותה בפנינו עמוד 8 שורה 23, עמוד 9 שורה 8, עמוד 37 שורה 6, עדות אחותו של הנאשם עמוד 154 שורה 7, עדות החבר עמוד 160 שורה 18 ועדות הנאשם עמוד 195 שורה 9, חוסר הבנתו של הנאשם בתחום האלכוהול עולה גם מגרסתו כי הם שתי וויסקי, ת/ב 9 שורה 9, כשבפועל התברר כי הם שתי וודקה).

10. עוד חשוב לציין כי המתלוננת והנאשם, במהלך חקירותיהם במשטרה שתועדו בתיעוד חזותי, כמו גם בעדותם בפנינו, היו במבוכה שבאה לידי ביטוי בחיכים, (ראו למשל בענין הנאשם עמוד 146 לפרוטוקול שורה 18), זאת בנוסף למגבלות השפה, למרות היותם דוברי השפה העברית.

הדבר בלט יותר בעדותה ובחקירותיה של המתלוננת, צעירה בת 16 שנים בלבד. ומאחר ועדותה אמינה עליי בעיקרה, אוסיף כי היא נחקרה לאחר שחוותה פגיעה מינית מאדם קרוב, אותו היא אוהבת כדבריה "כמו אח".

כבר מהחקירה הראשונה המתועדת באופן חזותי עולה שהמתלוננת התקשתה לבטא מונחים או מעשים מתחום חיי המין, לעיתים בשל קשיי שפה ולעיתים בשל בושם ומבוכה או לחץ שמקורו בחוויה הלא נעימה שחוותה.

המתלוננת נקלעה שלא מרצון לחקירה משטרתית בה היא נדרשה לספר מה עשה לה הנאשם, שזמן קצר לפני כן, ביקרה בביתו ויצאה לבילוי תמים ליד חוף הים, יחד עימו, עם חברתה אחותו של הנאשם, בת 15.5 שנה וחבר נוסף של שניהם בן 16.5 שנה. ראו למשל ביטוי למבוכתה בעדותה בפנינו, בעת חקירתה הנגדית:

"ש: לא, אני שואל שאלה. מותר לך הכול. נראה לך הגיוני שאחרי אירוע שאת אומרת שהוא אירוע קשה כמה דקות אחרי האירוע הזה את מחייכת, זה נראה לך הגיוני?
ת: לא, נכון, לדוגמא, אם שואלים אותי כל מיני שאלות שזה פדיחה יכול להיות שאני מחייכת כי זה מפדח אותי, זה מבייש אותי",
(עמוד 29 לפרוטוקול שורה 23, ראו תמליל הודעתה השניה ת/ב עמוד 4 שורה 29).

"כב' הש' שפירא: זו השאלה ששואל הסנגור. את יודעת למה אמרת לה ככה?
ת: בגלל זה, אתה יודע, הייתי מתביישת, אני, זה מבייש אותי להגיד את הכול".
(עמוד 67 לפרוטוקול שורה 2).

11. בחינת גרסת המתלוננת אל מול גרסת הנאשם מראה שחלקים ניכרים בגרסותיהם, דומים מאוד, אין מחלוקת כי המתלוננת הסכימה לדבר עם הנאשם במקום מבודד ליד שיחים (עמוד 84 לפרוטוקול שורה 8)



וכי בשלב הראשון המתלוננת הסכימה למעין משחק שהתפתח ביניהם, ראו למשל עדותה בחקירה הנגדית:

"ש: זאת אומרת היה שלב, הבנתי, היה שלב, תכף נגיד לך בדיוק מה אמרת אבל אני רוצה, היה שלב שאתם שכבתם אחד, הוא שכב עליך, היה שלב שהוא שכב עליך ועדיין זה היה בסדר מבחינתך?

ת: בזמן שהיה מדגדג לי בבטן,

ש: כן. הוא שוכב עליך ומדגדג אותך ,

ת: כן, בזמן זה חשבתי שזה משחק.

ש: זה בסדר?

ת: כן."

(עמוד 87 לפרוטוקול שורה 24, ראו גם עדותה בעמוד 10 שורה 1, ועמוד 88 שורה 21).

12. בשני נושאים בולטים מתפצלות גרסאות שניהם, האחד בשאלת הסכמת המתלוננת והשני, בשאלה האם הנאשם הוציא את איבר מינו כדי לבעול את המתלוננת שרק בשל אחיזתה בחוזקה מנעה את הבעילה/אינוס.

זה השלב להבהיר כי אני מוצא כל פגם ברצונו של הנאשם לקיים עם המתלוננת יחסי מין ובלבד שהדבר יעשה בהסכמה, ראו לענין זה תשובתו בחקירה הנגדית:

"ש: אתה התכוונת לקיים איתה יחסי מין באותו זמן?

ת: מה?...?

העד, ...כן אם היא הייתה מסכימה לי כן" (עמוד 213 לפרוטוקול שורה 8).

האם המעשים נעשו בהסכמתה החופשית של המתלוננת?

בכתב האישום יש הפנייה להוראת החיקוק בקשר לנסיבות סעיף 345(א)(1) שמשמעו מעשים "שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת".

13. התשובה לשאלת ההסכמה די ברורה מעצם העובדה כי גם הנאשם וגם המתלוננת מאשרים כי המתלוננת צרחה, כמעט ללא הפסקה. המתלוננת טוענת כי הנאשם סתם את פיה בידו כדי שזעקותיה לא יישמעו, הנאשם בגרסתו הראשונה אישר עובדה זו, וגם בגרסאות המאוחרות לא כפר בעובדה כי המתלוננת צרחה בעת שעשה את מה שעשה (פרטי המעשים יבואו בהמשך).

המתלוננת היטיבה לתת משמעות לצעקות אלו בעת חקירתה במשטרה, כשנשאלה בחקירתה השניה מה תשובתה לשאלה אם הנאשם יגיד שזה היה בהסכמתה:

"...מה פתאום... אם היה בהסכמה שלי למה הייתי צורחת".

(תמליל ת/2 עמוד 18 שורה 15, ראו דברים דומים שאמרה בעדותה בפנינו עמוד 15 שורה



21 לפרוטוקול).

וחשוב להפנות לגרסת הנאשם בזירת האירוע כשנשאל על ידי השוטרת סיון מדוע שם למתלוננת יד על הפה, השיב "כי היא צורחת עליי ולא רציתי שתצרח ואנשים ישמעו שקרה משהו", (ת/18). גם בעדותו בפנינו אישר הנאשם כי המתלוננת צעקה, אלא שהסברו היה כי "סתם היא צועקת", (עמוד 195 לפרוטוקול שורה 30) והסברו הכבוס לענין סתימת פיה היה כי ליטף לה את הפנים מעל הסנטר (עמוד 197 שורה 23 ואילך).

לאורך כל חקירותיה במשטרה ובעדותה בפנינו טענה המתלוננת כי התנגדה למעשיו של הנאשם, כך למשל כשניסה לנשק אותה היא הזיזה את הראש (תמליל הודעתה הראשונה ת/1ב עמוד 7 שורה 9), במהלך כל האירוע היא ביקשה שיפסיק וצרכה ככל יכולתה, גם שסתם את פיה, (עמוד 10 לפרוטוקול שורה 20, עמוד 14 שורה 1, עמוד 50 שורה 18), בנוסף היא רצתה לברוח מהמקום (תמליל חקירתה הראשונה ת/1ב עמוד 4 שורה 21 עד שורה 31, דקה 8:49 בתקליטור ת/1).

עוד חשוב לציין כי מעדותה של המתלוננת ניתן ללמוד כי הנאשם הפעיל כח כדי לנטרל את התנגדותה ואת אי הסכמתה, הוא תפס את ידיה, (ראו עמוד 12 לפרוטוקול שורה 11) וראו התיאור מפיה בפנינו:

"ש:אוקי, עכשיו, וביד השנייה מה הוא עשה?
ת: הוא תפס לי את הידיים ואז הצלחתי לשחרר את הידיים ואז הוא משך, דחפתי אותו אבל לא הצלחתי כי לא היה לי כוח".
(עמוד 12 לפרוטוקול שורה 28).

14. זה השלב להפנות לעדותו של עובר האורח ראמי, עד ניטרלי שהלך לתומו לאורך הטיילת וגילה אזרחות טובה עת נחלץ לעזרת המתלוננת לשמע זעקותיה. עדותו מהימנה ובשאלות העובדתיות שבמחלוקת עדותו עדיפה על עדות שני הצעירים, המתלוננת והנאשם, שחוו ארוע רווי מתח והתרגשות לאחר שתיית אלכוהול.

ראמי בעדותו בפנינו הסביר כי שמע רעשים מוזרים מבין השיחים "מישהי שמנסה לצעוק", לאחר שהתקרב והתבונן ארוכות בשניים, חשד שמדובר בניסיון לאונס ולכן התקשר למשטרה, למשל"ט, שיחתו הוקלטה (ת/4, התקליטור ת/4 והתמליל ת/4ב) ובזמן אמת הוא נשמע מדווח על מאבק בין בחור לבחורה, הבחור "ממש שוכב עליה" סותם לה את הפה (עמוד 2 שורה 6 לתמליל ת/4ב). חשוב להפנות לתיאורו בעדותו בפנינו, תאור מאבק שדומה מאוד לתאורה של המתלוננת ואשר מחזק בצורה מהותית את דבריה בדבר הפעלת כח וניסיון להתגבר על התנגדותה וצעקותיה:

"ת:ואני המשכתי לשמוע את הבחורה מנסה כאילו לצעוק ובאיזה שהוא שלב ראיתי את היד שלה מצד ימין יוצאת כאילו מתוך, פתאום אני רואה את היד שלה, ואז כאילו שהוא תפס לה את היד והחזיר אותה כאילו איפה שהוא....

ש: אוקי, ואתה ראית את מצב הגוף שלו ומה הוא עשה עם הגוף שלו?
ת: הגוף שלו היה נראה באקט של כאילו שהוא מנסה לבצע אקט מיני כל שהוא, כאילו, זה



היה בשכיבה ושהוא מנסה לעשות, לבצע אקט מיני".
(עמוד 102 לפרוטוקול שורה 9).

מהימנותה של המתלוננת

15. בהמשך לאמור לעיל, ולתמיכה בגרסת המתלוננת על ידי תיאורו של העד הניטרלי, ראמי, אבהיר כי עדותה של המתלוננת אמינה בעיניי. המתלוננת נחקרה 3 פעמים במשטרה, בנוסף לעימות שעומתה מול הנאשם (ת/11, ת/11א), כל שלוש החקירות תועדו בתעוד חזותי, (ת/1א, ת/2א, ת/3א) תומצתו בצורת הודעה (ת/1, ת/2, ת/3) ותומללו תמלול מלא (ת/1ב, ת/2ב, ת/3ב).

מאחר והצדדים היו חלוקים באשר לטיבעה ואופייה של חקירת המתלוננת, צפיתי בשלושת התקליטורים, וקביעותי יהיו בהתאם לכך ובהתאם לתמלילים שהוגשו שתוכנם תואם בצורה מלאה את תוכן החקירה החזותית (למעט טעות אחת שנפלה בתמליל ההודעה הראשונה, ת/1ב עמוד 5 שורה 37, בניגוד למה שנרשם, אומרת המתלוננת בקולה כי אף פעם לא קיימה יחסי מין).

16. המתלוננת בעת מסירת אימרתיה נבוכה, היא לא ששה לשתף פעולה בשל המצב הנפשי והחברתי אליו נקלעה שלא מרצונה, אך גרסתה לאורך כל הדרך במשטרה ובפנינו היא גרסה עקבית וגרסה מפלילה ובה תאור של ביצוע עבירות מין על ידי מי שאותו אהבה עד לאותו ארוע אהבת אחות לאח. ראו לענין זה הסברה בחקירתה הראשית:

"לא, מיד שהלכתי לבית בכיתי כי מה, אמרתי הלכתי לשמוח ואז משהו קורה ככה, אח שלי, מה איתי, מה הייתי שהוא אח שלי, כאילו, אני רואה אותו כמו אח שלי, ואז הייתי גאה בו, הייתי מאמינה בו ואז הגיע כזה שהוא רצה לעשות לי, אז חשבתי על זה ואז בכיתי", (עמוד 15 לפרוטוקול שורה 28).

17. עוד אציין כי החקירה בעיקרה לא היתה חקירה מדריכה או חקירה פגומה, המתלוננת לא נסחפה בחקירתה כדי להפליל, היא אינה עונה תשובה חיובית לכל שאלה, כדי לרצות את החוקרים גם שהשאלות מדריכות בחלקן.

(ראו למשל על פי תמליל חקירתה הראשונה ת/1ב, הוא טוענת כי הנאשם לא נגע לה בישבן, ולא החדיר אצבעות. ראו תמליל חקירתה השניה ת/2ב לפיו הנאשם לא נגע באיבר מינה, עמוד 8 שורה 34).

[גם לא הוכחו מחדלי חקירה מהותיים, לידי הסנגור הגיע-כנראה בטעות, "דו"ח סודי" מיום 18.8.2014 שהוצג לבית משפט בשלב המעצר ובו פירוט פעולות להשלמת החקירה שבכוונת המשטרה לבצע, יומיים לאחר האירוע, (נ/3). משהתפתחה החקירה והסתבר כי זירת המחלוקת בין הנאשם לבין המתלוננת כה מצומצמת, לא נדרשו פעולות המתוארות באותו דו"ח סודי, כמו הובלה והצבעה והגנת הנאשם לא נפגעה מאי ביצוען].

18. הקושי של המתלוננת לבטא מילים או מעשים הקשורים במין, לא רק בשל קשיי שפה, בולט, בין עמוד 8



בשל גילה הצעיר ובין בשל ביישנותה. מצפייה בתקליטורים ומעיון בתמלילים ניתן לראות כי היא חוזרת מספר רב של פעמים על התשובה "אהה, אוי ואבוי לי" או "אלוהים אדירים" לשאלות המביכות בקשר למעשים מיניים (ראו למשל תמליל ת/2 עמוד 7 שורה 19 ועמוד 8 שורה 22) וכאשר היא נשאלת האם היא מוכנה לעימות מול הנאשם, תשובתה המיידית "לא אני מתבישת, מתבישת לראות אותו" (תמליל ת/2 עמוד 15 שורה 10), ולענין זה ראו גם תגובתה בחקירה השלישית "מתבישת, או ואבוי לי אלוהים אדירים", (ת/3 עמוד 12 שורה 18), בשלב מאוחר יותר נערך עימות (ת/11).

חוסר ההבנה או הבושה לשאול את החוקרת בקשר למילים מסוימות, התבטא בשאלה "הרגשת משהו שחודר לאיבר המין שלך?" ותשובתה:

"כן הרגשתי. אבל לא ממש. בסדר הרגשתי קצת",
(ראו דקה 39:00 בת/1 ועמוד 13 לתמליל ת/1 ב שורה 6 וההמשך בשורה 24).

בחקירה השנייה פירשה החוקרת בצורה לא נכונה את דברי המתלוננת והציגה לה מצג כאילו המתלוננת טענה שהנאשם החדיר את איבר מינו ומתשובות המתלוננת בולטת אמינותה, היא לא מבינה את דברי החוקרת ולא מאשרת אותם (ראו תמליל הודעתה השניה ת/2 עמוד 13 שורה 23 ואילך) ובהמשך מתקנת את החוקרת ומשיבה "לא אמרתי, אמרתי שהוא לא הצליח" (ת/2 עמוד 14 שורה 13).

19. עדותה האמינה של המתלוננת נתמכת גם במצבה הנפשי סמוך לאחר האירוע. ראמי העיד כי המתלוננת "קמה בבכי ובהלם, מטושטשת כזאת, לא יודעת מה קורה", (עמוד 104 לפרוטוקול שורה 17 ועמוד 106 שורה 23). דאודי, השוטר הראשון שהגיע לזירת האירוע, ראה לפניו את המתלוננת "מאוד מאוד נסערת, מאוד חוששת" (עמוד 134 לפרוטוקול שורה 14) והיא נראתה גם מפוחדת (עמוד 137 לפרוטוקול שורה 17 ועמוד 138 שורה 10). סיוון השוטרת שהגיעה שנייה למקום, לא ראתה סימני פחד אבל ראתה שהמתלוננת "רק מעט לחוצה מכל השוטרים סביבה" (ת/18). אימה של המתלוננת שפגשה אותה מיד בתום החקירה הראשונה סיפרה כי המתלוננת הגיעה כועסת ונסערת (עמוד 164 לפרוטוקול שורה 24).

20. לסיכום עד כאן, המתלוננת התבודדה מרצון עם הנאשם, לבקשתו לצורכי שיחה או משחק ובניגוד להסכמתה, תוך הפעלת כח ביצע בה הנאשם מעשים מיניים, המתלוננת ניסתה להיאבק בנאשם, להתנגד למעשיו בהתנהגותה ובזעקותיה.

מה המעשים שעשה הנאשם והאם מדובר בניסיון לאונס

21. המתלוננת בכל שלוש הודעותיה במשטרה ובעדותה בפנינו תארה בעקביות כי הנאשם תפס בכתפה, הפילה לקרקע, נשכב עליה, אמר כי ברצונו לשכב איתה, הרים את חצאיתה באמצעות רגליו, הזיז מצד לצד את תחתוניה, נגע בחזה, נישק אותה בראשה ובצווארה. בהמשך הוסיפה כי הוא פתח את רוכסן מכנסיו, הוציא את איבר מינו כדי להחדירו לאיבר מינה ורק אחיזתה באיבר מינו מנעה את החדירה, היא פירשה זאת



כניסיון לאונס.

אדגיש כי אין בסיס בחומר הראיות לטענת הסנגור כי מילים אלו הוכנסו לפיה על ידי החוקרים במכוון או במשתמע. כבר בחקירתה הראשונה, ביוזמתה וללא הדרכה היא טוענת "הוא ניסה לאונס אותי" (ראו תקליטור ת/1 דקה 25:30 והתמליל ת/1ב עמוד 9 שורה 20), בחקירתה השניה ושוב ללא שאלות מדריכות היא חוזרת על הטענה כי הנאשם רצה לאונס אותה (ת/2ב עמוד 4 שורה 34). אך חשוב להבהיר כי היא אינה טוענת כי הנאשם נגע באיבר מינה והיא לא ידעה להשיב אם החדיר אצבעות (ת/2ב עמוד 9 שורה 27).

22. השאלה המרכזית שהתשובה לה אינה חדה מעדות המתלוננת, אך מובנת מעדות העד ראמי, היא האם הנאשם הוציא את איבר מינו ממכנסיו כדי לממש את זממו.

באופן טבעי מתקשה המתלוננת לדעת את הפרטים המלאים לגבי מה שעשה הנאשם באמצעות איבר מינו, אם עשה (ואין מחלוקת כי הוא לא החדירו לאיבר מינה, ראו למשל תמליל ת/1ב עמוד 15 שורה 12 גם בתשובה לשאלה מדריכה).

כזכור המתלוננת היתה נסערת, היא לא היתה במעמד של צופה מהצד שכן הנאשם נשכב עליה, תפס בידיה ובצווארה, כך למשל לא בהכרח יכולה היתה המתלוננת לראות אם הנאשם פתח את רוכסן מכנסיו, בחקירתה השנייה לשאלה זו, היא השיבה "נראה לי שכן" (ת/2ב עמוד 11 שורה 13), אך חשוב לראות את תשובתה לשאלה "איך את יודעת שהוא הצליח לפתוח את הרוכסן?", "גם אמרו לי שזה היה פתוח, המשטרה" (תקליטור ת/2 דקה 32:16 תמליל ת/1ב עמוד 11 שורה 17).

תשובה שייתכן ונמסרת ממבוכה וייתכן ונמסרת כתמיכה לטענת הסנגור כי עדותה הושפעה ממידע שהגיע אליה מהחוקרים.

המתלוננת במשטרה ובפנינו חזרה על אמירתה כי הנאשם הוריד מכנסיו עד למותניים והיא תפסה באמצעות ידה את איבר מינו של הנאשם כדי למנוע ממנו לאונס אותה, (ראו למשל ת/2ב עמוד 8 שורה 2 ואילך, עמוד 54 לפרוטוקול שורה 19 ועמוד 61 שורה 31), לעיתים בחרה לתאר זאת במילים "...הרגשתי את האיבר מין שלו, ואז תפסתי, ואז תפסתי את האיבר מין שלו ואת הצוואר שלו כדי להציל את עצמי." (עמוד 10 לפרוטוקול שורה 26).

הנאשם כופר בטענה ולדבריו בשום שלב באירוע, מכנסיו לא היו מופשלים ואיבר מינו לא הוצא ממכנסיו (עמוד 197 לפרוטוקול שורה 10 ועמוד 212 שורה 21).

למרות שגרעין עדותה של המתלוננת אמין בעיניי, בהתחשב בעובדה כי מדובר בהליך פלילי, אני סבור כי הפתרון למחלוקת ימצא בגרסת עד הראיה ראמי שלמעשה הפסיק את הנאשם במהלך ביצוע מעשיו, בכך שהרים אותו מעל המתלוננת.



בנושא זה העיד ראמי באופן חד וברור והסביר כי היה בקשר עין עם הנאשם במשך מספר דקות, ראה את הנאשם שוכב על המתלוננת, אולם לדבריו "המכנסיים היו עליו, כשהקמנו אותו המכנסיים היו עליו", הנאשם רק סגר את רוכסן מכנסיו, (עמוד 112 לפרוטוקול שורה 2).

"עו"ד אביטן: עכשיו תאמר לי, בבקשה, וגם כשהוא קם אתה לא הסרת לשנייה את העין ממנו, נכון?
ת: נכון.
ש: לא ראית את איבר המין שלו בחוץ?
ת: את איבר המין שלו לא ראיתי" (עמוד 112 לפרוטוקול שורה 27).

המתלוננת עומתה בחקירתה הנגדית עם הבדלי הגרסאות ולא היו לה תשובות ברורות, לא במקרה התבקשה בחקירתה החוזרת להבהיר הנושא לרבות באשר לטענתה כי הנאשם קם לבד וגם בשלב זה היא לא ידעה להשיב תשובה ממוקדת.

23. אני מאמין למתלוננת, גם לגבי אמירותיה כי היא לא יודעת את כל הפרטים. קרבן עבירת מין הנמצאת בסיטואציה כה מלחיצה, הנלחמת על חייה וכבודה, יכולה שלא לזכור ולמעשה מבחינה אובייקטיבית גם לא לראות כל פרט (למשל כשלפתע מגיעה הישועה מעובר אורח שמרים את הנאשם מעליה, היא יכולה לחשוב שהוא קם מעצמו). לאור עדותו של ראמי ובהתחשב ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים, אני סבור כי יש לקבוע כמימצא עובדתי כי בשלב המתקדם ביותר אליו הגיע האירוע, מכנסיו של הנאשם לא היו מופשלים, איבר מינו היה בתוך מכנסיו, רוכסן המכנסים היה בשלבי סגירה.

24. השאלה היא האם ריכוז כל המעשים הנ"ל, לרבות אמירות הנאשם כי הוא רוצה לשכב עימה, מגבשים מצב עובדתי ונפשי של עבירת ניסיון לאינוס.

המאשימה ביססה טענותיה בנושא זה על 3 פסקי דין: ע"פ 5150/93 וע"פ 5447/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183 (15.3.94) (להלן-ענין סריס), ע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 236 (21.6.1999) (להלן-ענין מדר) ותפ"ח 35796-09-10 מדינת ישראל נ' גרמסיון (19.9.2011).

בענין סריס נקבעה ההלכה שלמעשה אומצה ויושמה בשני פסקי הדין המאוחרים יותר, (באותו מועד עבירת האינוס הוגדרה בצורה שונה בחוק, אך אין לשינוי זה משמעות רלבנטית לענינו) וכך הוגדרה המסגרת הנורמטיבית על ידי כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז), השופט אהרון ברק:

"המערער הועמד לדין בניסיון צליח אך בלתי מוגמר לעבור עבירה התנהגותית העבירה שבה הואשם היא ניסיון לאינוס...ניסיון לעבור עבירה משמעות, פעולה של אדם אשר מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה (סעיף 33(א) לחוק העונשין)...בענייננו, היסוד הנפשי הוא המטרה לבעול אישה ללא הסכמתה, מתוך מודעות של העושה לכך שהאמצעים שהוא נוקט יביאו לבעילתה של אישה ללא



הסכמתה החופשית (בשל שימוש בכוח). היסוד העובדתי של הניסיון הוא אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה ולגדר השלמת העבירה המוגמרת לא הגיעה...המאפיין התנהגות זו, שהיא ביטוי התנהגותי...המהווה חוליה...שרשרת חוליות התנהגותיות מתאימות שהיו מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי אלמלא הופסקו...ודוק:ואין כל דרישה, כי חוליה התנהגותית זו תהיה המעשה האחרון, הסופי או המכריע....די לה לאותה התנהגות, כדי שתהווה ניסיון לעבור עבירה, אם היא יצאה מגדר התנהגות מכינה בלבד".

25. גם אם אניח כי התקיים בנאשם היסוד הנפשי לבצע עבירת אינוס, אני סבור כי לא הוכחו במקרה זה יסודות עובדתיים, שניתן לראות בהם שרשרת חוליות המובילות בהכרח לניסיון אינוס, מעבר לשלב המקדים של הכנה.

לענין זה אעיר כי עובדות שלוש פסקי הדין הנ"ל, אליהם הפנתה ב"כ המאשימה שונות בפרטים מהותיים ביחס למקרה שבפנינו.

בשלושת המקרים מדובר במפגש בין נאשם לבין קרבן עבירה שאינם מכירים זה את זה, כל הנאשמים עובר למפגש חפשו קרבן ליצירה. בענין גרמסיון, התנפל הנאשם על אישה בחניון, הפילה ארצה, גרר אותה לאורך 3 מטרים לעבר שיח כדי לאנוס אותה. בענין סריס, הודה הנאשם כי רצה לקיים יחסי מין עם זונה, הוא הלך למקום בו חשב שנמצאות זונות, כשראה עוברת אורח הולכת לתומה בדרכה לביתה, משך אותה בשערותיה אל עבר סלעים שבצד הדרך כדי לאנוס אותה, בענין מדר ארב הנאשם בחצר בית, לאשה אותה לא הכיר, וכשהגיעה לביתה התנפל עליה וניסה לאנוס אותה.

במקרה שבפנינו, מדובר בשני צעירים שהתבודדו בהסכמה, למטרות משחק, חיזור או למימוש כוונות מיניות מצידו של הנאשם בלבד. כל "חוליות" שהוכחו, לפיהן הנאשם נשכב על המתלוננת, הרים את חצאיתה של המתלוננת באמצעות רגליו, הזיז את תחתוניה או אמר לה שהוא רוצה לעשות "מה שצריך כמו כל בן אדם שעושה", לטעמי לא משלימים שרשרת חוליות המובילה לעבירת ניסיון לאינוס בהכרח ואדגיש כי הנאשם לא הוריד את מכנסיו, לא הוציא את איבר מינו, דיבר על ליבה של המתלוננת, הפעיל כוח- אך כפי שאפרט בהמשך כוח פיזי מתון.

מיותר לציין כי ניסיון לעבור עבירה אחת, אינו מונע הוכחת קיומה של עבירה מוגמרת אחרת, ובמקרה זה המסקנה כי טרם החל שלב ניסיון האינוס, לא מונעת הגעה למסקנה כי מדובר בביצוע של עבירה אחרת, מעשים מגונים בכוח למשל.

בטרם אבחן אפשרות זו אפנה להוראת סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות



סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו כן עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום".

ראו לענין זה פסק דינה של כב' השופטת ד' ברק ארז מיום 18.11.2014:

"העיקרון של "הזדמנות סבירה להתגונן" פורש בפסיקה כמחייב עמידה במבחן כפול: מבחן טכני-פרוצדוראלי, היינו האם ניתנה לנאשם הזדמנות ממשית לחקור עדים ולהביא ראיות, ומבחן מהותי, היינו האם ניתנה לנאשם הזדמנות לגבש ולהציג קו הגנה ביחס לעבירה...כן נקבע בפסיקה כי עמידה בדרישה של "הזדמנות סבירה להתגונן" אינה חייבת להתבטא באזהרה מפורשת של הנאשם במהלך הדיון" ע"פ 4190/13 סמואל נגד מדינת ישראל (18.11.2014).

עיון בעובדות כתב האישום, בתגובת הנאשם לכתב האישום ולתוכן העדויות לרבות חקירת העדים על ידי הסנגור, מראה כי לנאשם ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן גם נגד עבירה של ביצוע מעשים מגונים. בין עבירת ניסיון אינוס לעבירת ביצוע מעשים מגונים, קיימת זיקה ענינית הדוקה והתשתית העובדתית לשתי העבירות מצוייה בעובדות כתב האישום. במקרה זה לא מתקיימות הנסיבות החריגות לשמן חוקק סעיף 184 הנ"ל, לא מדובר בעובדות שלא הוזכרו בכתב האישום ונתגלו לראשונה במהלך המשפט.

מעשים מגונים

סעיפי העבירה המתאימים לכאורה למקרה זה הן שילוב הוראות סעיף 348 (ג)(1) לחוק:

"(ג) העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו, אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג1), דינו - מאסר שלוש שנים.

(ג1) נעברה עבירה לפי סעיף קטן (ג) תוך שימוש בכוח או הפעלת אמצעי לחץ אחרים, או תוך איום באחד מאלה, כלפי האדם או כלפי זולתו, דינו של עובר העבירה - מאסר שבע שנים."

ולמקרה שתוכח חבלה גופנית, שילוב הוראות סעיף 345(ב)(3) עם 348(ב):

"345 (ב)(3) "תוך גרימת חבלה גופנית."

348 (ב) "העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) עד (5), בשינויים המחויבים, דינו - מאסר עשר שנים."

26. לענין המעשים המגונים, ולאחר שהגעתי למסקנה כי המעשים נעשו ללא הסכמת המתלוננת, ניתן לראות כי אין הבדלים מהותיים בין גרסת המתלוננת לבין גרסת הנאשם.

הנאשם מודה למעשה שנישק את המתלוננת, נגע בגופה וחיבק אותה, (עמוד 202 לפרוטוקול שורה 17), נגע באיזור איבר מינה מעל לחצאית, בשאלה זו במהלך חקירתו הנגדית שינה גרסה ולאחר שאישר זאת בתחילה, (עמוד 208 לפרוטוקול שורה 5), טען כי נגע בישבנה, (עמוד 211 לפרוטוקול שורה 12).

חקירתו הראשונה של הנאשם במשטרה חשובה לענין זה. ביום 16.8.2014 בשעה 4:10 מספר שעות לאחר



האירוע, ולאחר שהנאשם שוחח עם עורכת דין מהסנגוריה הציבורית, הוא מאשר לאורך כל הודעתו (ת/20), כי נגע למתלוננת באיזור איבר המין, מעל לחצאית או במילותיו "בבגדים למטה" (שורות 128, 130, 135, 153, 225, 234), נישק אותה ונגע לה בחזה (שורה 204).

אבהיר כי עדותו של הנאשם בפנינו, בנקודות שבמחלוקות, אינה אמינה בעיניי, וניתן להמחיש זאת במספר דוגמאות בולטות, ראמי עד ראיה אוביקטיבי ראה את הנאשם שוכב על גופה של המתלוננת ומשחשד שבפניו מתבצעת עבירה הרים את הנאשם והפריד אותו מהמתלוננת. הנאשם התעקש בעדותו כי לא היה במצב שכיבה על המתלוננת וכי קם מעצמו, (ראו עמוד 198 לפרוטוקול שורה 24, עמוד 216 שורה 6), גרסה שפגעה מהותית במהימנותו.

27. אשוב לתיאור הארועים מפי המתלוננת, שעדותה אמינה ואציע לחבריי לאמץ את אימרותיה לענין המעשים המגונים. כבר בחקירתה הראשונה תארה כי הנאשם דחף אותה לקרקע, נישק את צווארה, (ת/1 עמוד 7 שורה 27 ראו בהתאם עמוד 46 לפרוטוקול שורה 2), ניסה להוריד את חצאיתה, (ת/1 עמוד 8 שורה 13) ולמעשה הרים את חצאיתה באמצעות רגליו, (עמוד 49 לפרוטוקול שורה 11, עמוד 54 שורה 3, עמוד 56 שורה 3, עמוד 58 שורה 16, עמוד 59 שורה 24 ועמוד 61 שורה 11). נגע לה בחזה (ת/1 עמוד 8 שורה 30). בהמשך בחקירות ובפנינו תארה כי הנאשם נשכב מעליה (ת/2 עמוד 4 שורה 17, עמוד 12 לפרוטוקול שורה 5), הזיז את תחתוניה באמצעות ידיו מצד לצד, (עמוד 12 לפרוטוקול שורה 24 ועמוד 55 שורה 32).

28. לאחר ניתוח העדויות, אני סבור כי לא הוכח שבעת ביצוע המעשים נגרמה למתלוננת חבלה גופנית, הגם שהופעל כוח. המתלוננת בעדותה בפנינו טענה כי קיבלה מכה במרפק (עמוד 11 שורה 26). השוטר סיוון שהגיעה שנייה לזירת האירוע, לא ראתה על המתלוננת סימנים חיצוניים כל שהם, (עמוד 189 לפרוטוקול שורה 7), המתלוננת לא הצביעה בפניה על פגיעה גופנית. רק בחקירתה השלישית כשנשאלה המתלוננת אם קיבלה מכה בזמן האירוע, הצביעה על מרפק יד שמאל, (ת/3 עמוד 4 שורה 27 ואילך), ובהמשך טענה כי קבלה מכה ליד העין ובאיזור הפה (ת/3 עמוד 5 שורה 3). החוקרת צילמה את השריטה (ת/8).

29. לטעמי לא מדובר בחבלה גופנית שנגרמה עקב המעשים המגונים, אזכיר כי המתלוננת בהסכמתה הצטרפה אל הנאשם לבקשתו להיפרד מהחבורה, הם התיישבו ליד שיחים ושם התחיל מבחינתה משחק. היא הסבירה באותה חקירה שלישית כי השריטות במרפק וליד העין נגרמו מקוצים, עשבים (ת/3 עמוד 6 שורה 20 ואילך, עמוד 7 שורה 1).

הגם שהופעל כוח על ידי הנאשם, מדובר בהפעלת כוח מתון, תפיסת המתלוננת בידיה, סתימת פיה באמצעות היד, או הפעלת לחץ באמצעות גופו כאשר נשכב מעליה, פעולות אלו לא גרמו לחבלה גופנית.

האם יש להרשיע את הנאשם

30. הוכח בפנינו כי הנאשם ביצע במתלוננת מעשים מגונים תוך הפעלת כח, ללא הסכמתה, ומבלי שנגרמה לה חבלה גופנית.

הנאשם, בחור צעיר, גילו המדויק לא ידוע, (ראו הודעת הסנגור בישיבה הראשונה בפנינו, ישיבה מיום 3.9.2014). בחקירתו הראשונה במשטרה (ת/9) לא אוזכר כלל תאריך הלידה, בחקירתו השנייה במשטרה, חקירה מיום 21.8.2014 (ת/10) הוא טען שהוא נולד בשנת 1996, מבלי שהוא יודע באיזה חודש או יום, (ת/10 עמוד 9) בתגובה אומרת לו החוקרת כי בתעודת הזהות שלו נרשם כי נולד בחודש יוני 1996, (ללא ציון היום בחודש), באותו שלב הנאשם הבהיר כי הוא אמור להמשיך את לימודיו בכיתה יב', (המשך שנקטע בשל מעצרו עד לתום ההליכים) וכי הוא לא יודע עדיין את תאריך הגיוס לצה"ל.

אניח כי הנאשם היה כבן 18 וחודשיים במועד ביצוע העבירה, בהתחשב בגילו הצעיר ומבלי שנחשפנו לנסיבות חייו



(הוריו או בני משפחתו לא הגיעו לאף אחת מהשיבות), כשעל הפרק סיום לימודיו בתיכון ובהמשך גיוס לצה"ל, אציע לחבריי שלא להרשיע את הנאשם בשלב זה. מאחר והנושא לא עלה עד כה במהלך הדיון אציע לאפשר לצדדים לטעון לענין ההרשעה, וממילא יוצגו בפנינו בהמשך תסקיר שירות המבחן ואולי גם תסקיר נפגעת העבירה.

סיכום

31. אציע לחבריי לקבוע כי הנאשם ביצע במתלוננת עבירה של מעשה מגונה בכח ללא הסכמתה, עבירה לפי סעיף 348 (ג) (ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

השופט ר' שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

אני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט אליקים, ולתוצאה אליה הגיע.

האירוע נשוא כתב האישום גלש אל העולם הפלילי שלא בטובתו של הנאשם, ולטעמי גם שלא בטובתה של נפגעת האירוע. בבסיסו של האירוע מפגש בין שני צעירים. היא בת כ-16 שנים. הוא עבר זמן קצר לפני האירוע את גיל 18. שניהם תלמידי תיכון. במובנה המהותי של ההווה - שניהם כקטינים. לשניהם הייתה זו התנסות חריגה בשתיית אלכוהול. שניהם אוהבים אחד השני, כל אחד בדרכו. שניהם פרשו הצידה והתרחקו מחבריהם כדי להתבודד. אלא שהמפגש האינטימי חרג מתיאום הציפיות של כל אחד מהם. בעוד שהיא ביקשה לעצור בשלב הנגיעות, הליטופים והדיגדוגים (כהגדרתה), הוא רצה להגיע רחוק יותר ולממש את אהבתו אליה, לפי תפיסתו. מדובר באירוע שבבסיסו חוסר תיאום ציפיות ומפגש טעון הורמונים ויצרים.

שני הצעירים שהיו צד לאירוע העידו בפנינו. שניהם היו אמינים. שניהם תיארו בצורה דומה את ההתרחשות. נראה ששניהם עדיין מאוהבים ונבוכים מההתפתחות אליה נקלעו. בגרסאותיהם לא היה הבדל של ממש. התופעה והתחושות שהפגינו שני הצדדים להתרחשות אינה זרה לנו. היא מאפיינת את גיל ההתבגרות, וככל הנראה אינה ייחודית לצעירים שבפנינו. תיאור לאותו פער בציפיות מאהבת הבוסר מוכר בהקשרים שונים. ביטוי נאמן לכך ניתן למצוא בפזמון, שהיה ללהיט עוד בשנת 1970, תקופת דור ילדי הפרחים, של להקה בשם האנגלי Mashmakhan. באלבום בשם Miscellaneous (שונים), שרה הלהקה שיר ששמו "כשהשנים חולפות", As The Years Go By. מילותיו של הבית השני בשיר מתאימות למקרה שבפנינו, הגם שחלפו מאז שנים לא מועטות:

At seventeen a girl says do you love me"

And it really means will you respect me

The teenage boy answers I love you

And it really means can I make love to you

עמוד 15



"And as the years go by true love will never die

<https://www.youtube.com/watch?v=Sq8VLC6vLLE>

עד כאן לרקע בגינו מצויים אנו בבירור של כתב אישום חמור.

שותף אני לעמדתו של חברי, כי הגם שעדותה של הצעירה אמינה, ואין ספק כי היא מבטאת את תחושותיה האותנטיות לאירוע, קיים ספק בשאלה האם הפשיל הנאשם את מכנסיו. עד התביעה ראמי, אזרח ערני ושומר חוק שנקלע באקראי לזירה, תיאר את האירוע. לדבריו היה הנאשם לבוש במכנסיו שהיו מורמים. מכאן שקיים ספק סביר בכל הנוגע לטענה כי הנאשם הוריד את מכנסיו. ואדגיש כי העובדה שהצעירה אחזה באיבר מינו של הנאשם כדי להדוף אותו ולהרחיקו ממנה אינה שוללת את האפשרות כי מכנסיו של הנאשם לא הורדו. גם היא לא יכלה להעיד כי הנאשם הוריד את מכנסיו. בנסיבות אלו סבור אני, כפי שגם סבר חברי, כי הספק פועל לזכותו של הנאשם. נזכיר בהקשר זה של התרחשות אגב מגע ראשוני של אהבת נעורים, את שירם של מאיר אריאל (מילים) ושלום חנוך (לחן) **"אגדת דשא"**, שגם הוא מתאר התרחשות עם רכיבים דומים:

..."

מתחת לראשי מונחת ירך ועל בטני צרור תלתלים מוטל בלאט יוצאות ידיים אל הדרך ומסלולן ארוך ומפותל."

מכאן שבהחלט תיתכן האפשרות, שהגם שהנאשם לא הפשיל מכנסיו, אירעה אותה התרחשות שתיארה הצעירה בעדותה. לא מצאתי מקום להטיל ספק באמינותה, ואולם נותר בי הספק בכל הנוגע לפרטי ההתרחשות. המסלול המפותל יכול והתרחש גם כאשר מכנסיו של הנאשם על גופו, מורמים. אין בכך כדי לפגום באמינות תחושותיה ותיאורה של הצעירה, כפי שבאו לידי ביטוי בעדותה. ואולם בנסיבות אלו נותר בי הספק גם בנוגע לשלב שהגיע אליו הנאשם במעשיו. ספק זה פועל לזכותו.

אין חולק כי הצעירה הביעה בצורה חד-משמעית את רצונה לחדול מההתרחשות. בתי המשפט כבר פסקו (בהקשר לשיר אחר): "כשאת אומרת לא" (בין אם באמירה או במעשה) אין עוד שאלה "למה את מתכוונת". הכוונה ברורה וה"לא" מחייב הפסקה מיידית של המגע המיני. היה על הנאשם לחדול מידיית ממעשיו. משלא חדל הוא נמצא מבצע עבירה של מעשה מגונה אגב הפעלת כוח, כפי שקבע חברי. ומכאן מצטרף אני למסקנתו כי עלינו לקבוע שבוצעה עבירה של מעשה מגונה בכוח.

מכאן לשאלה האם בצד הקביעה כי בוצעה עבירה יש להרשיע את הנאשם. בשאלה זו טרם גיבשתי עמדה וסבור אני, כפי שסבר גם חברי, כי בנסיבות המיוחדות של המקרה ראוי ששאלה זו תלובן לאחר שיוגשו לעיוננו תסקיר בעניינו של הנאשם וכן תסקיר בעניינה של הצעירה, נפגעת העבירה. אדגיש כי התסקיר בעניינה של נפגעת העבירה חיוני מאחר והתרשמתי, כפי שצוין לעיל, כי חרף ההתרחשות, נותרו רגשותיה כלפי הנאשם מעורבים (וכלשונו של השיר שצוטט לעיל - אהבת אמת אינה גוועת).



כפי שצוין, בפנינו בגיר צעיר שזה עתה מלאו לו 18 שנים. בהיבט הטכני של החוק הוא אינו קטין. בהיבט המהותי - מדובר בתלמיד כיתה י"ב שבכל מובן נוהג כקטין. אין לו משפחה תומכת (ולפחות אנו לא ראינו כזאת בפנינו). יכולתו של צעיר במצבו להשתלב בחברה תהיה תלויה, במידה רבה, גם בהחלטה שתתקבל בסופו של הליך זה. הגם שבשלב זה עסקין בהכרעת הדין ולא בגזירת העונש, עלינו להיות מודעים לכך שמעבר לתוצאה העונשית הישירה של הליך זה, גורלו ועתידו של הנאשם הצעיר שבפנינו יוכרע לא מעט בהתאם לתוצאה אליה נגיע.

בנסיבות אלו סבור אני, כמו חברי, כי קודם שנקבל החלטה סופית בעניינו של צעיר זה, ראוי שיונחו בפנינו תסקירים ראויים, כך שנוכל לשקול את כל ההיבטים של הכרעה סבוכה וקשה זו.

אדגיש, למען הסר כל ספק, כי אין לראות באמור לעיל כגיבוש עמדה סופית לכאן או לכאן. לאחר שיוגשו התסקירים והצדדים ישלימו טיעוניהם נשקול את כל ההיבטים, לרבות חומרת המעשה, ונשלים את מלאכתנו. ואולם לעת הזאת, ובטרם הוצגו בפנינו כל המשמעויות האפשריות, אין להיחפז ולקבל החלטה שיש בה משום חריצת גורל.

אשר על כן, ומכל הטעמים שפורטו, אני מצטרף לחברי וקובע כי הנאשם ביצע עבירה של מעשה מגונה בכוח, ומותיר את שאלת הרשעתו בדין לבחינה בהמשכו של ההליך.

השופטת ת' נאות פרי:

1. קראתי את אשר כתבו חברי להרכב ואני מצטרפת לתוצאה הסופית אליה הגיעו.
2. עמדתי היא כי העובדות כפי שהוכחו, מתגבשות לכדי העבירה שעניינה ביצוע מעשה מגונה בכוח אך לשיטתי קיים ספק באשר לעבירת ניסיון האינוס, ומן הראוי לאפשר לנאשם להנות מאותו ספק.
3. בפסקי הדין העוסקים בעבירת ניסיון האינוס, כלומר - בניסיון צליח אך בלתי מוגמר לעבור עבירה התנהגותית, הביעו הערכאות השונות את עמדתם לגבי הקושי של שרטוט מדויק של קו הגבול בין ביצוע של מעשה מגונה בכוח (כאשר מעשה מגונה הינו כל מעשה "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" והפעלת כח משמעה שימוש בכוח או הפעלת אמצעי לחץ אחרים) לבין הניסיון לבצע את עבירת האינוס (שעניינה "בעילה שלא בהסכמה חופשית"). עבירת הניסיון מוגדרת בסעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע כי: "**אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה**" וההבחנה בין "הכנה" לבין מעשה שאין בו "הכנה בלבד" אינה פשוטה ככל שעסקין בהתנהלות אינטימית מינית.
4. מכאן שבכל הנוגע לרכיב ההתנהגותי, יש צורך להוכיח שהנאשם עבר מהשלב שבו הוא ביצע פעולות "הכנה" בלבד אל השלב שבו הוא התחיל בביצוע בפועל של העבירה המוגמרת.



5. כאשר עסקינן בניסיון לרצח או בניסיון לבצע עבירות כלכליות או עבירות סמים, לעתים קל יותר לנסות ולהגדיר איזה מעשה מהווה חלק משלב ההכנה ואיזה מעשה כבר עובר את סף התחלת ביצוע העבירה עצמה.

6. אלא שבמקרים כגון אלו בהם עסקינן בתיק זה, דהיינו בניסיון לאונס, אני סבורה שקו הגבול ערטיילאי עוד יותר- שכן בשל מהות ההתנהגויות הנבחנות, קשה עד מאוד לקבוע מתי הנאשם מבצע פעולות "הכנה" ומתי עבר לביצוע שלבי האונס. דומה כי אף המונחים עצמם (דהיינו, ה"הכנה" וה"ביצוע"), אשר שאולים מההלכות שעניינן עבירות הנסיון, אינם מונחים שמתאימים לתאר את מגוון ומנעד ההתנהגויות הרלבנטיות.

7. קל וחומר שעה שהאירוע התחיל בהסכמה, כפי שהיה במקרה דכאן. ואבהיר.

8. כפי שציין חברי, כבוד השופט אליקים, במרבית פסקי הדין בהם הורשעו הנאשמים בעבירת ניסיון האונס, המדובר היה בנאשמים שתקפו, כך לפתע פתאום, את המתלוננות הקורבנות, ללא היכרות מוקדמת, ללא מגעים קודמים, ובוודאי שלא רומנטיים או כאלו שכללו נגיעות ודגדוגים. בכל המקרים (או לפחות באלו אשר סקרתי), המדובר היה במגע שהחל בתקיפה אלימה, לרבות בדחיפתן של המתלוננות, גרירתן אל מקום חשוך, הדיפתן אל הקרקע, הכאתן, תלישת פרטי לבוש בלימוות ועוד - והכל תוך כדי שהמתלוננות מתנגדות לכל מגע מהרגע הראשון. במצב דברים שכזה, ניתן להבין מדוע כל רכיב התנהגותי אשר מלמד על כוונה לבצע אקט מיני, מלמד על כך שהנאשם אינו עוד בשלב שניתן לכנותו כ"הכנה", אלא בשלב שבו הוא מתחיל לבצע את העבירה המוגמרת, את האונס. כאשר מתלוננת מסוימת נגררת בחשכת הליל מהשביל שבו היא צועדת כמה מטרים באמצעות משיכה בשיער ראשה, מופלת על הקרקע בסמוך לסלעים אשר יסתירו אותה מהעוברים והשבים וכאשר בהמשך להתנהלות שכזו מתחיל הנאשם לגעת בה, או להסיר את בגדיה או להסיר את בגדיו - המשמעות הינה שהוא מתחיל לבצע את העבירה, והיא - בעילת המתלוננת בניגוד להסכמתה.

9. מעבר לתיאור המקרים שנדונו בע"פ 5150/93 **סריס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(2) 183 (1994) (להלן: "**פס"ד סריס**"); ע"פ 2776/97 **מדר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(3) 236 (1999) ותפ"ח (מחוזי תל-אביב) 35796-09-10 **מדינת ישראל נ' גרמסיון** (19.9.2011), אשר בכולם מסכת אירועים אלימה במיוחד, בין זרים, עובר לאירועים שלגביהם נקבע כי מהווים ניסיון לאונס, אפנה עוד למקרים הנוספים הבאים:

10. ע"פ 401/99 **עאמר מצארווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(3) 561 (1999), שם הנאשם הסיע את המתלוננת במכוניתו, סטה מן הדרך לדרך צדדית, פנה אל המתלוננת והביע את רצונו לקיים עמה יחסי-מין, היא התנגדה, הוא ניסה לחבק אותה ולגעת בה בחלקי גופה השונים, הנאשם קרע את תחתוניה, היא הצליחה לצאת מן המכונית, הנאשם רדף אחרי המתלוננת, התפתח ביניהם מאבק, תוך כדי המאבק נקרעה שמלתה של המתלוננת, והמתלוננת, שהיתה אתלטית במקצועה, הצליחה להכות את הנאשם ולכן, כך הסתיים האירוע.



11. בתפ"ח (מחוזי תל-אביב) 5168/99 **מדינת ישראל נ' ראובן מששה** (27.04.2000) נסעו הנאשם והמתלוננת ברכב, ואז עצר הנאשם את הרכב על המדרכה וסטר בפתאומיות על לחייה הימנית של המתלוננת. המתלוננת ביקשה מהנאשם שיניח לה, אך הוא אחז בחוזקה בשתי ידיה הצמיד אותן מאחורי גבה, ואיים על המתלוננת באומרו כי "אם תלכי תתלונני במשטרה אני ארצח אותך, גם בנאדם שהורג אחרי כמה שנים והוא משתחרר". לאחר מכן הטא הנאשם את משענות המושבים לאחור, עלה על המתלוננת ושכב עליה. המתלוננת ביקשה בשנית מהנאשם שיניח לה, אולם הנאשם הפשיל בכוח את מכנסיה ותחתוניה עד לכפות רגליה, פישק בכוח את רגליה ונגע באיבר מינה. לאחר מכן, הפשיל הנאשם את מכנסיו ותחתונו, הוציא את איבר מינו בשעה שהוא שוכב על המתלוננת הערומה. המתלוננת צעקה וניסתה לדחוף את הנאשם מעליה, אך הנאשם סטר לה על פניה כאשר התנגדה למעשיו. למשמע צעקות המתלוננת הגיעו עוברי אורח - וכך הסתיים האירוע.
12. בתפ"ח (מחוזי מרכז) 21438-07-11 **מדינת ישראל נ' אספה מולוקן** (24.06.2012), המדובר היה במתלוננת שיצאה לבלות עם חברים בפאב וכאשר החלה לעזוב את המקום פסעה בצדו של הנאשם. לאחר שפסעו מספר צעדים, ביקשה המתלוננת לחזור לפאב. הנאשם סירב, שם את ידו על כתפה של המתלוננת, היכה אותה באגרופ, הפיל אותה לקרקע וגרר אותה בידה לעבר השיחים על מנת לבעול אותה שלא בהסכמתה החופשית ותוך גרימת חבלה גופנית. בעוד המתלוננת שכובה על גבה, נשכב עליה הנאשם, תוך שהוא מכה בה באגרופים, סוטר על פניה וחונק אותה באמצעות ידיו עד שהתקשתה לנשום, כשבאותה עת זעקה לעזרה, ביקשה מהנאשם שיעזוב אותה, שלא יהרוג אותה, וניסתה להיחלץ מאחיזתו. הנאשם ניסה לחסום את פיה באמצעות ידו, אחז בה על מנת למנוע ממנה להימלט, הורה לה לשתוק ואיים עליה שיאנס אותה ויהרוג אותה ואף פתח את רוכסן מכנסיו. בשלב זה הצליחה המתלוננת להדוף את הנאשם ממנה ונמלטה לעבר הכביש, שם אסף אותה לרכבו נהג שעבר במקום.
13. השוו אף למקרה שנדון בתפ"ח (מחוזי ים) 5058/02 **מדינת ישראל נ' אחמד שקיר** (06.03.2003), אשר אף שם נקבע כי הנאשם נכנס לדירת המגורים של המתלוננת, בניגוד לרצונה, הדף את המתלוננת לעבר מיטתה, נגע באבריה האינטימיים ומשך בחוזקה את תחתוניה. הנאשם לא מסר כל הסבר להתנהגותו, הכחיש כל מעשה בעל גוון מיני ואף את עצם היותה של המתלוננת ערומה- ונקבע לגבי כי יש רק מסקנה אחת מתבקשת ממעשיו הגלויים ואין מקום לתת לו ליהנות מהספק, שמא לא התכוון לבעול את המתלוננת, אלא "להסתפק" במעשה מגונה זה או אחר.
14. דא עקא, שלא מצאתי מקרים בהם המפגש נשוא כתב האישום החל בהסכמה, כפי שהיה במקרה דנן, כאשר בשלב "המוסכם" היו מגעים מסוימים שאף להם יש נופך מיני, לרבות נגיעות, ליטופים ודגדוגים, אשר המתלוננת עצמה הגדירה כ"משחק"- ורק לאחר מכן הפך האירוע לכזה אשר בו המתלוננת מתנגדת להמשכו, בנחרצות ותוך צעקות (ויובהר כי עדותה מהימנה עלי).
15. עמדתי, כי במקרה כגון זה קשה שבעתיים לקבוע חד משמעית, מעבר לכל ספק סביר, שבשלב מסוים הפכה התנהגותו של הנאשם לכזו אשר מלמדת על כך שהוא התחיל לבצע את עבירת האינוס, דהיינו החל בפעולותיו לקראת בעילתה של המתלוננת שלא בהסכמתה.



16. קו הגבול בין מעשים אשר מלמדים על חתירתו לקראת המטרה לבין מעשים אשר מלמדים על ביצוע מעשים מגונים "בלבד" אינו ברור ולשיטתי התביעה לא הוכיחה מעבר לספק סביר כי עסקינן במעשים אשר הפרשנות היחידה שלהם הינה שהם מהווים את תחילתה של עבירת האינסוס, להבדיל ממעשים אשר מהווים ביצוע של מעשים מגונים בכח.

17. בפסיקה הקיימת פירוט לעתים הערכאות מה הם המעשים מבחינת הרכיבים ההתנהגותיים אשר בהצטברם יש לומר שהנאשם עבר משלב "ההכנה" לשלב "הניסיון" (כגון דחיפת המתלוננת למנח של שכיבה, שכיבה מעל המתלוננת, הפשטת בגדיה של המתלוננת, או פשיטת בגדיו של הנאשם עצמו, הוצאת איבר מינו וכיוצ"ב התנהגויות). ברי כי אין עסקינן ברשימת "מכולת" של התנהגויות אשר בהצטברן תקום ההרשעה, ויש לבחון כל מקרה לגופו בכל הנוגע למהות ההתנהגויות ומשמעותן. במקרה דכאן, שוכנעתי כי המתלוננת והנאשם החלו את השלב המוסכם בשיבה ועברו יחדיו למנח של שכיבה, תוך אותה התנהלות של "דגדוגים" ומגעים בהסכמה. לא הוכח כי הנאשם דחף את המתלוננת לקרקע, למצב בו היא חסרת אונים ופגיעה יותר למול כוחו הפיזי הרב משלה. יש ספק לשיטתי באשר לשאלה אם מגעיו של הנאשם בגופה, בין אם בשלב המוסכם ובין אם לאחר מכן, היו מעל הבגדים או שמתחת לבגדים (והמחלוקת בהקשר זה הייתה למעשה רק לגבי פלג גופה התחתון של המתלוננת, ואין טענה לפיה הוא נגע בה מתחת לבגדים התחתונים בפלג הגוף העליון). אף אם הנאשם הזיז את תחתוניה של המתלוננת כפי שהיא טוענת - לא הוכח כי הוא הפשיט אותה או כי המשיך ב"הזזת" התחתונים. לא הוכח כי הוא החל בפשיטת בגדיו - ובהקשר זה יש לראות כי מעדותו של העד ראמי עולה כי אפילו ב"שיאו" של האירוע, כאשר הוא "הציל" את המתלוננת, הנאשם היה לבוש, במכנסיו ובתחתוניו ולא אוכל לקבל את הטענה לפיה איבר מינו היה בשלב מסוים מחוץ לבגדיו. ניתן כמובן לבצע עבירה של אינסוס גם במצב זה, על ידי החדרת אצבעותיו של הנאשם, ועדיין - אם ננסה להשוות את רכיבי ההתנהגות אשר הצטברו כדי גיבושה של עבירת ניסיון האינסוס בפסיקה שמוזכרת מעלה, עם רכיבי ההתנהגות במקרה שלנו, על רקע העובדה שהאירוע החל בהסכמה, דומה שקיים קושי לקבוע שהוכח הרכיב ההתנהגותי אשר משמעות תחילת ביצועו של אונס.

18. ויובהר כי אני מצטרפת לעמדת חברי לפיה הוכח שבשלב מסוים, הביעה המתלוננת את התנגדותה, חד משמעית, שעה שהנגיעות של הנאשם הפכו אינטימיות יותר ואני אף מצטרפת לעמדתם לפיה הוכח כי החלה לצעוק וכי הנאשם סכר את פיה בידו. ברם אולם - אין בכך כדי לחייב את המסקנה האחת והיחידה לפיה אותן נגיעות מהוות תחילתו של אונס, משמע - תחילת בעילתה של המתלוננת שלא בהסכמתה.

19. אשר על כן, קיים לידי ספק, ובוודאי שספק סביר, בכל הנוגע לרכיב ההתנהגותי וסיווגו במקרה מיוחד זה.

20. הוא הדין בכל הנוגע ליסוד הנפשי.

21. כידוע, היסוד הנפשי במקרה בו עבירת הניסיון מתייחסת לעבירה התנהגותית כמו עבירת האינסוס, הוא מודעות כלפי המעשה והנסיבות של העבירה המושלמת בנוסף לשאיפה לביצועה של העבירה המושלמת (ע"פ



1599/08 לוינשטין נ' מדינת ישראל (19.02.09)). ברי, כי לעולם לא נדע מה היה קורה אלמלא הגיע אותו אזרח, ראמי, אשר בזכותו הופסק האירוע וחבריי כבר פירטו לעיל את הנתונים הרלבנטיים בכל הנוגע לפועלו.

22. עדיין יש לשאול, אם התגבש גם היסוד הנפשי מבחינת הנאשם, דהיינו אם גמלה בו ההחלטה לבעול את המתלוננת שלא בהסכמתה, יהא אשר יהא - ואף לגבי רכיב זה בעיני נותר ספק מעבר לספק הסביר.

23. בעוד שבפסיקה הקיימת פירטו לעתים הערכאות מה הם הרכיבים ההתנהגותיים אשר בהצטברם התגבש היסוד ההתנהגותי, אזי שמבחינת הרכיבים הנפשיים, לא ניתן להצביע על מבחן אשר עשוי לשמש כאבן בוחן במקרים כגון אלו.

24. במספר מקרים, מלאכתו של ביהמ"ש הייתה במובן מסוים קלה בהיבט זה, שכן הנאשמים בעצמם הודו והסבירו שהם התכוונו לבעול את המתלוננת, גם שלא בהסכמתה (ואפנה כדוגמה לכך שבפס"ד המנחה, פס"ד סריס, הנאשם עצמו הסביר כי התכוון לקיים יחסי מין עם המתלוננת אף ללא הסכמתה (סעיף 4, בעמ' 187) וראו אף את הסברו של הנאשם לגבי כוונותיו בע"פ 401/99 **עאמר מצארווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג (3) 561 (1999) הנ"ל).

25. מנגד, במרבית המקרים, הנאשמים לא הסבירו מה הייתה כוונתם, ונקבע כי -

"היסוד הנפשי מוסק ממכלול הנסיבות החיצוניות, מהגיונם של הדברים, מראיות נסיבתיות ומניסיון החיים המצטבר" (פס"ד סריס, בעמ' 187).

26. בנסיבותיו של מקרה זה, לאור מערכת היחסים שבין המתלוננת לבין הנאשם, ודווקא לאור דבריו של הנאשם עצמו לפיהם הוא כן רצה לקיים יחסי מין עם המתלוננת אבל היה עושה כן רק אם היא הייתה מסכימה, לאור שאר הנסיבות ולאור התרשמותי מהעדויות של המתלוננת ושל הנאשם, אני מוצאת כי קיים גם ספק באשר לגמירות הדעת שלו בנוגע לאפשרות לבעול את המתלוננת שלא בהסכמתה, לו המגעים ביניהם היו ממשיכים ולולא היה מפסיק אותם האזרח ראמי.

27. לא שוכנעתי שהדברים היו מגיעים לכדי אינוס ולא שוכנעתי שהתגבש אצל הנאשם היסוד הנפשי הנדרש לשם בעילתה, שלא בהסכמתה.

28. מכאן, שלשיטתי קיים גם ספק באשר לרכיב זה של העבירה, ואין חולק כי על התביעה להוכיח כל יסוד בפני עצמו, הגם שאפשר שנסיבות של יסוד אחד תסייענה להוכחת היסוד האחר, ונזכור את סיכומם של הרכיבים הדורשים הוכחה שעה שעסקין בעבירה בה עסקין, כפי שמופיע בפס"ד סריס, לאמור:

"עבירת הנסיון מורכבת מיסוד נפשי ויסוד עובדתי ... היסוד הנפשי הוא המטרה לבעול את האישה ללא הסכמה, מתוך מודעות של העושה לכך שהאמצעים בהם



הוא נוקט יביאו לבעילתה של האישה ללא הסכמתה החופשית. היסוד העובדתי של הנסיון מהווה אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה ולגדר השלמת העבירה המוגמרת לא הגיעה".

29. אשר על כן, ולאור הספקות שקיימים הן בכל הנוגע לרכיב ההתנהגותי והן בכל הנוגע לרכיב הנפשי ובוודאי שלאור השילוב של הספקות - אני מצטרפת לעמדת חברי ולפיה העובדות אינן מלמדות על התקיימותה של עבירת ניסיון האינסוס אלא על התקיימותה של עבירת ביצוע המעשים המגונים בכוח (כאשר הפעלת הכח באה לידי ביטוי בכך שהנאשם חסם את פיה של המתלוננת בידו והחזיק את הידיים שלה, או אחת מהן, באמצעות אחת מידיו).

30. מהמקובץ עולה, שאני מצטרפת למסקנות חברי בכל הנוגע לעבירה שרכיביה התגבשו, מכח סעיף 348(ג)(1) לחוק העונשין.

31. באשר לשאלה אם יש מקום להרשיע את הנאשם בעבירה כאמור כבר בשלב זה, או שמא יש מקום להמתין לתסקירים שאליהם התייחסו חברי, אומר כי קיימים לבטים מבחינתי באשר לסוגיה זו, אך גם לגביה אני סבורה שמן הראוי להמתין עד שיוכנו התסקירים, שכן במקרה זה ישנם נתונים מיוחדים לגבי המתלוננת והנאשם אשר לבטח יבואו לידי ביטוי בתסקירים ואשר עשויים להיות רלבנטיים בהמשך.

בסיכומי של דבר, החלטנו לזכות את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום. אנו קובעים כי במעשיו התקיימו יסודות העבירה של מעשה מגונה בכוח, עבירה לפי סעיף 348(ג)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בהתאם, אנו קובעים כי הנאשם ביצע עבירה זו.

החלטנו, מטעמים שפורטו, שלא להרשיעו לעת הזו, ולקיים דיון לעניין עצם ההרשעה לאחר שיוגשו תסקירים והצדדים ישלימו טיעוניהם.

ניתנה היום, י"א כסלו תשע"ה, 03 דצמבר 2014, במעמד הצדדים ובאי כוחם.