



ע"פ 5203/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 5203/15

כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט מ' מזוז

לפני:

פלוני

המערער:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגנית הנשיא ר' יפה-כ"ץ, והשופטים י' צלקובניק וא' ואגו) בתפ"ח 17731-12-10 הכרעת הדין מיום 10.11.2014 וגזר הדין מיום 30.6.2015

(16.5.2016)

ח' באייר התשע"ו

תאריך הישיבה:

עו"ד דוד אביטל; עו"ד משה לוי

בשם המערער:

עו"ד ג'ואי אש
גב' ברכה וייס

בשם המשיבה:
בשם שרות מבחן למבוגרים:

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

לפנינו ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגנית הנשיא ר' יפה-כ"ץ והשופטים י'

עמוד 1



צלקובניק וא' ואגו), שהרשיע את המערער בעבירות של מעשה סדום לפי סעיף 347(א) וסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); בעבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(ג) לחוק; ובעבירה של איומים לפי סעיף 192 לחוק. בגין הרשעה זו גזר בית המשפט על המערער 30 חודשי מאסר בפועל; מאסר על תנאי, בתנאים שפורטו בגזר הדין; ופיצוי כספי למתלוננת בסכום של 15,000 ש"ח. הערעור שלפנינו מכוון להכרעת הדין ולגזר הדין כאחד.

כתב האישום

1. על פי עובדות כתב האישום, המערער, יליד 1975, ו-ס' (להלן: המתלוננת; וביחד: בני הזוג) נישאו בשנת 2004, ולהם בן משותף יליד שנת 2005. החל מראשית היכרותם התגוררו המערער והמתלוננת בבית הוריו של המערער (להלן: דירת ההורים) וזאת עד ליום 7.11.2010, אז עזבה המתלוננת את דירת ההורים על רקע היחסים הרעועים בין בני הזוג. במהלך חייהם המשותפים נהג המערער להשפיל את המתלוננת; לקלל אותה; להגביל את אמצעי הכספיים; ולומר לה שאם לא תיענה לבקשותיו לא יסיעה לביקור בבית אימה. עוד איים המערער על המתלוננת כי אם תפנה לקבלת עזרה יטען הוא כי מדובר בעלילת שווא וייקח ממנה את בנם המשותף.

2. לפי האישום הראשון, במספר רב מאוד של מועדים בין חודש אפריל 2006 לבין חודש ספטמבר 2010 קיים המערער יחסי מין בהסכמה עם המתלוננת, שבמהלכם - חרף התנגדותה של המתלוננת - קיים עמה יחסי מין אנאליים ואף החדיר לעיתים את אצבעותיו לישבנה בניגוד לרצונה. לפי הנתען, המערער ביצע את המעשים בכוח, תוך שהוא גורם למתלוננת לכאבים ולדימום מישבנה. חרף התנגדות המתלוננת למעשים האמורים המשיך המערער במעשיו, ואף אמר לה: "אני לא אוהב לשמוע לא במיטה". במקרים אחרים דרש המערער מהמתלוננת ללקק ולהחדיר אצבעות לישבנו, וזאת חרף סירובה לעשות כן. לפי האישום השני, ביום 7.11.2010 התווכחו בני הזוג בדירת ההורים. במהלך הוויכוח דפק המערער בחוזקה על קירות הדירה ואמר למתלוננת כי "מצידו היא [המתלוננת - ע' פ'] יכולה לקחת את הדברים שלה ולעוף", קילל את המתלוננת ואיים עליה בפגיעה שלא כדין בגופה באומרו: "מצידו אני יישב [כך במקור - ע' פ'] בכלא אבל אני אהרוג אותך". לפי האישום השלישי, ביום 25.11.2010 הגישה המתלוננת בקשה לצו הגנה, על רקע האירועים המתוארים באישום השני. בהמשך לכך ביום 29.11.2010 אסר בית משפט השלום באשקלון (כב' השופטת א' חדד) על המערער להיכנס לבניין המגורים של אימה של המתלוננת באשקלון, שם שהתה המתלוננת; וכמו כן להתקרב אל המתלוננת עצמה. נוסף לכך נתן בית המשפט צו עד למתן החלטה אחרת בעניין הסדרי הראייה של בנם המשותף של בני הזוג, שבמסגרתו נקבע כי הבן יתגורר עם המתלוננת, ואולם למשיב יעמדו זכויות ראייה כפי שפורטו בהחלטה. כנטען בכתב האישום, בסמוך להחלטה זו - ביום 3.12.2010 - הגיע המערער לבית אימה של המתלוננת ודרש לקבל לידיו את בנם המשותף חרף סירובה של המתלוננת ובניגוד להחלטת בית המשפט האמורה. בגין המעשים האמורים הואשם המערער בעבירות רבות של מעשי סדום לפי סעיף 347(א) בצירוף סעיפים 345(ב)(3) ו-345(א)(1) לחוק; עבירות רבות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(ג) לחוק; עבירה של איומים לפי סעיף 192 לחוק; ועבירה של הפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287(א) לחוק.

יצוין, כי על רקע האירועים נושא האישום השלישי הגיש המערער עוד באותו היום - 3.12.2010 - תלונה במשטרה נגד המתלוננת בגין הפרת הוראה חוקית, וזאת נוכח טענתו כי הפרה את החלטת בית המשפט בעניין הסדרי הראייה של



בנם המשותף. בערבו של אותו יום נחקרה המתלוננת באזהרה כחשודה בתחנת המשטרה באשדוד. במהלך חקירתה סיפרה המתלוננת – בין היתר – על אודות עבירות המין שביצע בה לכאורה המערער, ובהמשך לכך זומן גם הוא לחקירה כחשוד בביצוע עבירות המין נושא האישום הראשון.

עיקרי הכרעת הדין

3. בהכרעת הדין מיום 10.11.2014 הרשיע בית המשפט המחוזי בבאר שבע (מפי השופט א' ואגו אליו הצטרפו כב' סגנית הנשיא ר' יפה-כ"ץ, והשופט י' צלקובניק) את המערער במספר רב של עבירות של מעשה סדום; במספר רב של עבירות של מעשים מגונים; ובעבירה של איומים כאמור ברישה של פסק דין זה, וזיכה את המערער מעבירה של הפרת הוראה חוקית, לאחר שהמשיבה חזרה בה מאישום זה.

נוכח העובדה שלא הייתה מחלוקת בין בני הזוג על עצם קיומם של יחסי מין אנאליים, מיקד בית המשפט את המחלוקת בטענת המתלוננת כי יחסים אלה נכפו עליה, חרף התנגדותה המפורשת, ותוך שהמערער היה מודע לכך שהדבר אינו בהסכמה. תחילה עמד בית המשפט על גרסת המתלוננת. כאמור בהכרעת הדין, המתלוננת נחקרה תחילה כחשודה בעבירה של הפרת הוראה חוקית. רק במהלך חקירה זו העלתה המתלוננת לראשונה טענות הנוגעות לעבירות מין שביצע בה לכאורה המערער. בית המשפט ציין כי המתלוננת לא הסתירה כי בכך ביקשה ליצור משקל נגד לתלונתו של המערער, אך קבע כי אין בכך כדי ללמד כי מדובר בעלילה, כגרסת המערער. לעמדת בית המשפט, ניסיון המערער לקשור בין נושא התלונה לבין שאלת המשמורת על הבן אינו מעוגן בחומר הראיות ואף נראה משולל הגיון, שכן לא ברור מדוע תבחר המתלוננת להתמקד דווקא באירועים בתחום יחסי המין שבינה לבין המערער – חלף אירועים הקשורים ליחסיו של המערער עם בנם – ובפרט מדוע בחרה להעליל על המערער דווקא בעניין יחסי המין האנאליים, כאשר ברור היה לה כי הדבר יעורר שאלות אינטימיות ומביכות נוכח בעיה רפואית שממנה סבלה.

4. בחקירתה סיפרה המתלוננת כי למן לידת בנם המשותף החל המערער לעמוד על קיום יחסי מין אנאליים, וזאת למרות שאמרה לו כי הדבר אינו לרוחה וביקשה שיפסיק. לדבריה, יחסי המין עם המערער החלו בהסכמה, ואולם כאשר היה המערער מחל ביחסים אנאליים הייתה מבקשת ממנו להפסיק אך ללא הועיל, ואם הייתה צועקת – היה כועס עליה. לטענתה, כאשר אמרה כי אינה רוצה לקיים עמו יחסים אנאליים היה המערער מגיב באומרו כי הוא אינו "אוהב לשמוע לא במיטה". לדבריה, היא חשה "במין כישוף", שבמסגרתו עשתה מה שהמערער ביקש ממנה. עוד הוסיפה המתלוננת כי במקרים אחדים היה המערער משתיק אותה כשצעקה מפאת הכאב שחשה וזאת כדי שלא תעיר את הוריו. אשר לשאלה מדוע המשיכה לקיים יחסי מין עם המערער השיבה המתלוננת כי עשתה כן מתוך חשש שהמערער יסבור "שאינה מתפקדת במיטה, ויבגוד בה, ואף יכניס הביתה מחלות".

חיזוקים חיצוניים לגרסה זו של המתלוננת נמצאו בעדות המערער ובגרסתו שלפיה רצה לקיים עם המתלוננת יחסים אנאליים, ואף אמר לה כי "אינו אוהב לשמוע סירוב במיטה". חיזוקים נוספים נמצאו בעדות המטפלת של סבתו של המערער (להלן: פלורה) – שהתגוררה אף היא באותה העת בדירת ההורים; בעדות אמו של המערער; בהודעות רופא כירורג שאליו פנתה המתלוננת על רקע בעיה רפואית שממנה סבלה (להלן: ד"ר טיטנר); בעדות חברתה של המתלוננת; ובעדות עובדת סוציאלית במרכז למניעת אלימות במשפחה באשדוד שאליה פנתה המתלוננת (להלן: זברק).



לבסוף נתמכה גרסת המתלוננת בעדות אמה.

5. בית המשפט מצא את עדות המתלוננת אמינה. נקבע כי המתלוננת לא ניסתה להאדיר ולהגזים בתיאור מעשי המערער, דבר שהיה מתבקש לו היה מדובר - כטענת המערער - בעלילת שווא. בניגוד לגרסת המתלוננת, דחה בית המשפט את עדות המערער וקבע כי היא אינה מעוררת אמון וכי היא מאופיינת ב"צדקנות יתר". המערער סיפר בעדותו על מקרים ספורים בלבד שבהם סירבה המתלוננת לקיים עמו יחסים אנאליים. לדבריו, בכל המקרים הללו הוא כיבד את סירובה. פרט למקרים אלה טען המערער כי לא נתקל באי הסכמה מצד המתלוננת לקיום יחסים אנאליים וכי הקפיד תמיד לוודא כי המתלוננת מסכימה לכך מראש. המערער הכחיש שימוש בכוח פיזי במהלך קיום יחסי המין, וטען כי עדות המתלוננת שקרית - ומטרתה לסייע לה בהשגת "עמדת פתיחה" טובה יותר בסכסוך הגירושין שהתגלע לימים בין בני הזוג, בפרט בקשר לשאלת המשמורת על בנם המשותף. לטענתו, בחודש ספטמבר 2010 ביקשה המתלוננת כי הוא יחדל מקיום יחסים אנאליים עמה והוא נעתר לבקשתה, אף שלא ידע מה הסיבה לכך. כאמור, בית המשפט קבע כי גרסת המערער אינה מעוררת אמון. בית המשפט קבע כי קשה להאמין לגרסת המערער שלפיה עד אשר שמע דרישה נחרצת מהמתלוננת שיחדל מקיום היחסים האנאליים לא העלה על דעתו כי היא אינה מעוניינת בכך ואף קיבל את הסכמתה המפורשת לכך פעם אחר פעם.

6. אשר לאישום בעבירה של איומים ציין בית המשפט כי אין מחלוקת בין הצדדים בהתייחס לעובדות המבססות את האישום. בית המשפט עמד על כך שהמערער לא הכחיש בחקירתו במשטרה כי איים על המתלוננת שיהרוג אותה, וכי המתלוננת דייקה בעדותה בעניין זה והיא ראויה לאמון. במענה לטענת המערער שלפיה איומיו לא הושמעו מתוך כוונה לביצוע פעולה כלשהי נקבע כי יסודות עבירת האיומים אינם דורשים כוונה להוציא את האיום לפועל; וכי בנסיבות האירוע היה יכול המערער לצפות שהמתלוננת תחוש מפחדת מהדברים. על יסוד כל אלה הרשיע בית המשפט את המערער בעבירה של איומים. אשר לאישום השלישי, משהודיעה המשיבה כי היא חוזרת בה מאישום זה, התייתר בירורו במסגרת הכרעת הדין.

נוכח כל האמור הרשיע אפוא בית המשפט את המערער בעבירות שיוחסו לו באישומים הראשון והשני תוך השמטת הנסיבות המחמירות לפי סעיף 345(ב)(3) לחוק באישום הראשון.

גזר הדין

7. לקראת גזירת הדין הונחו לפני בית משפט קמא תסקיר מטעם שירות המבחן ותסקיר נפגע עבירה לפי סעיף 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לעמדת שירות המבחן קיימת רמת סיכון נמוכה לביצוע עבירות נוספות של המערער כלפי המתלוננת, ואולם נשקף סיכון מסוים לביצוע עבירות נוספות מצדו במסגרת מערכת זווגית עתידית, ככל שהמערער לא יקבל במסגרתה מענה לצרכיו. שירות המבחן הוסיף כי מאז השלמת הליך הגירושין מהמתלוננת קיים עמה המערער קשר קורקטי בלבד בעניין גידול בנם המשותף; וכי הוא מנהל מערכת יחסים חדשה עם בת זוג אחרת. אשר ליחסו לעבירות צוין כי המערער מכחיש את ביצוען. בשיחה שקיים עם המערער הבחין עורך התסקיר בהיעדר אמפטיה מצד המערער כלפי המתלוננת תוך שהמערער משליך על המתלוננת באורח מניפולטיבי את



תוקפנותו. על יסוד כל אלה נמנע שירות המבחן מלבוא בהמלצה טיפולית או עונשית. בית המשפט התייחס עוד לתסקיר נפגע עבירה שנערך למתלוננת, שבו צוין כי חרף נישואיה החדשים המתלוננת מוסיפה לחוות קשיים גופניים, רגשיים ונפשיים בשל מעשי המערער. הודגש כי המתלוננת עדיין מרגישה חלשה בהתמודדות עם זוגיות חדשה וכי צפויים לה קשיים בהליך ההחלמה ובתהליך השיקום העצמי שהיא מנסה לעבור.

8. בגזר הדין עמד בית המשפט על הערך המוגן שנפגע כתוצאה ממעשי המערער - ריבונות האישה על גופה והאוטונומיה שלה לנהוג בגופה כרצונה. בית המשפט שקל את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות וקבע כי הן מצדיקות קביעת מתחם ענישה מתון יחסית. זאת משום שהמערער לא הפעיל אלימות פיזית לשם כפיית מעשיו; בהינתן שלא נגרמו למתלוננת נזקים או חבלות כתוצאה ממעשי המערער; ומשתחילתם של יחסי המין האנאליים בקיום יחסי מין ברצון. בנתון לדברים אלה, העמיד בית המשפט את מתחם הענישה ביחס לעבירות כולן בטווח שבין 4 שנות מאסר ל-6 שנים, כאשר חלקו של המאסר יכול שיהיה על תנאי. בית המשפט הוסיף כי הגם שהמערער הורשע בשני אישומים נפרדים, הצדדים לא התייחסו להרשעה בעבירה של איומים. לפיכך גזר בית המשפט עונש כולל אחד להתרחשות כולה. בבואו לגזור את עונשו של המערער בגדרי המתחם שנקבע שקל בית המשפט את גילו של המערער - 39 שנים - שזו לו הרשעתו הראשונה; את אורחות חייו של המערער; ואת העובדה שהמערער המשיך במסלול חייו והוא מנהל מערכת יחסים זוגית חדשה. בכך - צוין - מתחזקת מסקנת התסקיר בדבר המסוכנות הנמוכה הנשקפת ממנו. לכך הוסיף בית המשפט כי המערער הוא אב טוב ומסור לבנו וכי הטלת עונש מאסר מתון תאפשר לילד לגדול כאשר שני הוריו מעורבים בחייו. נוכח כל האמור גזר בית המשפט על המערער עונשים כאמור ברישה של פסק דין זה.

מכאן הערעור שלפנינו, המכוון הן להכרעת הדין, הן לגזר הדין של בית המשפט המחוזי.

הטענות בערעור

9. המערער מיקד את ערעורו באירועים נושא האישום הראשון, שעניינו עבירות המין. בפתח הדברים ציין המערער כי את האירועים נושא כתב האישום יש לבחון על רקע מערכת היחסים בינו לבין המתלוננת, שכללה - כדבר שבשגרה ובהסכמת המתלוננת - חיי מין מגוונים, שעשויים להצטייר אף כבעלי גוון חריג; ובשים לב לסכסוך הגירושין שהתגלע לימים בינו לבין המתלוננת, בפרט בסוגיית המשמורת של בנם המשותף. על יסוד דברים אלה מסביר המערער את אמירותיה של המתלוננת במשטרה שלפיהן הייתה "במין כישוף" במהלך קיום יחסי המין, וטוען כי אלו אמירות המעידות באופן מובהק על כך שהמתלוננת נתנה את הסכמתה לקיום יחסי המין בכלל, ויחסי המין האנאליים בפרט. המערער מוסיף וטוען כי למצער מעידות אמירות אלו כי המתלוננת לא הביעה אי הסכמה לקיום היחסים האנאליים; וכי הוא לא היה מודע לסירובה. עוד טוען המערער כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל הולם לכך שהמתלוננת ציינה כי באירועים מסוימים היא ביקשה מן המערער לחדול מקיום היחסים האנאליים והוא עשה כן; לעובדה שהמתלוננת המשיכה בקיום יחסי מין עם המערער - מתוך רצון חופשי - למרות טענותיה בדבר היחסים האנאליים; ולכך שבבקשה שהגישה המתלוננת בחודש נובמבר 2010 לקבלת צו הגנה לאירוע אחד בלבד שבמסגרתו הכריח אותה המערער לקיים יחסי מין אנאליים.

המערער מיקד את טענתו בכך שבית המשפט לא התייחס לכבישת עדותה של המתלוננת במשך תקופה ארוכה.



לדברי המערער, טענת המתלוננת שלפיה כבשה את תלונתה בשל חששה ממנו אינה יכולה לעמוד שכן התנהלותה מלמדת כי היא לא פחדה ממנו. עוד נטען כי המתלוננת התלוננה על עבירות המין כדי לשפר את מצבה בסכסוך הגירושין בין בני הזוג, בפרט בכל הנוגע למשמורת על בנם המשותף.

10. לבסוף טוען המערער נגד חומרת העונש שהושת עליו. לשיטתו, בית המשפט לא נתן משקל מספיק לעובדה שמרבית יחסי המין בינו לבין המתלוננת התקיימו בהסכמה, לא כל שכן ללא שימוש באלימות. לטענתו, אי ההסכמה של המתלוננת היא ברף הנמוך, ויש לתת לכך ביטוי בגזר הדין. נוסף לכך טוען המערער כי בית המשפט לא ייחס משקל הולם לשיקולי השיקום ובכללם לכך שהוא עומד להינשא לבת זוג חדשה; לעובדה שהיעדרותו מחייבנו לתקופה ארוכה עלולה לפגוע בקטין; ולנסיבותיו האישיות כאדם צעיר שהתחנך בתרבות שונה.

11. המשיבה מנגד סומכת ידיה על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי. המשיבה מציינת כי בית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מעדות המתלוננת ומצא אותה אמינה. לכך הוסיפה המשיבה כי בית המשפט מצא חיזוקים רבים לעדות המתלוננת התומכים בגרסתה. מנגד, עדותו של המערער נמצאה "צדקנית" ולא טבעית. המשיבה הדגישה כי בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער שלפיה המתלוננת העלילה עליו עלילה כדי להשיג משמורת על בנם המשותף, וזאת על יסוד העובדה שהיא נמנעה מהשחרת פני המערער, הגם שהייתה יכולה לעשות כן לו רצתה; וכמו כן נמנעה מחשיפת הפרשה עד שהבינה שלדבר עשויות להיות השלכות על חיי בנה. בהקשר זה טען לפנינו בא כוחה של המשיבה כי ידוע שבעבירות מין ישנם אירועים המשמשים כזרז להגשת התלונה מצד קורבנות העבירה, ואולם אין בכך כדי לקבוע כי התלונה אינה תלונת אמת. אשר לגזר הדין טענה המשיבה כי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי בשים לב לעונש המזערי הקבוע ביחס לעבירות המין שבהן הורשע המערער, ולכך שבמכלול הדברים – ונוכח העבירות הרבות שבוצעו – לא מדובר בענישה מחמירה.

להשלמת התמונה יצוין כי ביום 6.8.2015 עיכב בית משפט זה (כב' השופטת ע' ברון) את עונש המאסר בפועל שהושת על המערער עד להכרעה בערעור זה. כמו כן, בתסקיר משלים מיום 10.5.2016 שהוגש לעיונו עובר לדין בערעור לא ראה שירות המבחן לשנות ממסקנותיו בתסקיר שהוגש לבית המשפט המחוזי.

דין והכרעה

12. האישום הראשון, שעניינו עבירות המין, עומד במוקד הדין. כאמור מעלה, המערער אינו כופר בקיומו של מגע מיני, והמחלוקת תוחמת עצמה לשתי שאלות, שעמדו גם לפני בית המשפט המחוזי: האחת, אם היחסים האנאליים שהתקיימו בין המערער לבין המתלוננת התקיימו בהסכמתה; והשנייה – שתעלה רק ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא שלילית – אם היה המערער מודע לכך שהמתלוננת אינה מסכימה לקיום היחסים האנאליים. אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את חומר הראיות וטענות הצדדים לא מצאתי מקום לסטות מהכרעת הדין ומגזר הדין של בית המשפט המחוזי.

יסוד ההסכמה בעבירת אינוס – מסגרת נורמטיבית

13. עבירת האינוס מעוגנת בסעיף 345(א)(1) לחוק, שקובע כהאי לישנא:



אינוס

(א) הובעל אשה -
(1) שלא בהסכמה החופשית;
[...]

הרי הוא אונוס ודינו - מאסר שש עשרה
שנים.

עבירת האינוס היא עבירה התנהגותית, שיסודותיה הם התנהגות של "בעילה" (כהגדרתה בסעיף 345(ג) לחוק) שצריך שתעשה "שלא בהסכמה חופשית". רבות נכתב בפסיקתו של בית משפט זה אשר ליסוד אי ההסכמה, ודי אם נזכיר כי כיום אין עוד הכרח כי האישה תביע התנגדות פיזית לקיום יחסי המין. כלומר, נאשם אינו יכול לחסות תחת טענה לקיומה של הסכמה מקום שבו מוכח כי האישה הביעה התנגדות מילולית, פיזית, או בדרך אחרת של התנהגות המעבירה מסר ברור כי היא אינה מעוניינת בקיום יחסי המין (ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 156 (10.11.2011) (להלן: עניין קצב); ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 26 (7.2.2007)). זאת ועוד. בית משפט זה עמד על כך שאת יסוד ההסכמה החופשית יש לבחון ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות, מתוך הכרה בהבדלים הקיימים בין הקורבנות השונים; התוקפים השונים; וטיבן וטבען של מערכות היחסים השונות. לכן נפסק כי אי ההסכמה יכולה להתגבש גם ללא ביטוי אקטיבי; וכי אפילו במקום שבו נוקטת האישה עמדה פאסיבית, ואינה נותנת ביטוי חיצוני להתנגדותה, אין לראות בכך בהכרח הסכמה חופשית כי אם, בנסיבות המתאימות, כניעה והשלמה עם יחסי המין הבלתי רצויים תוך היעדר יכולת או טעם להתנגד להם (ע"פ 7212/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (25.1.2016); ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (5.9.2011); ראו עוד דפנה ברק-ארז "האשה הסבירה" פלילים ו 115, 130-125 (1997)). בהקשר זה יוזכר כי עבירת האינוס שוב אינה טעונה עוד הוכחה של "שימוש בכוח" מצד התוקף (ראו חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001, ס"ח 1794).

14. על רקע זה דומה שאין צורך לשוב ולהרחיב במושכלות יסוד אלו, לאישה - כמו גם לגבר - הזכות לקבוע בכל עת "קווים אדומים" (עניין קצב, פסקה 155). דברים אלה נכונים הן במסגרת יחסים בין מכרים, הן במסגרת יחסי נישואין. היכרות מוקדמת בין שני בני הזוג, לא כל שכן קיומם של יחסי מין קודמים בהסכמת הצדדים, אינם בבחינת הסכמה מכללית או "התחייבות בלתי חוזרת" לקיום יחסי מין בכל עת ובכל מקום. גם אם התחילו בני הזוג - מתוך רצון חופשי ובהסכמה מלאה - לקיים יחסי מין, ואפילו הסכימו לקיום יחסי מין באופן מסוים, זכאי כל אחד מהצדדים לדרוש את הפסקתם לאלתר, ועל הצד השני לכבד רצון זה באופן מידי וללא שהות. דברים אלה נכונים בין שהאישה יוזמת את יחסי המין מרצונה החופשי ובין אם הגבר הוא היוזם. עמד על כך השופט ס' ג'ובראן בע"פ 7951/05 הנזכר לעיל:

"היכולת לקיום יחסי אהבה אמיתיים, ויחסי אישות בכללם, הינה יכולת אנושית ייחודית, יכולת האוצרת בתוכה את תמציתו הנפשית והרצונית של כל אדם. יכולת 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 לסגת מהיחסים, כאשר איבדו אלו את ערכם בעיני אחד מבני הזוג, ואת השמירה על בחירתו החופשית של כל אחד מהם" (שם, פסקה 36).

על רקע דברים אלה נפנה כעת לבחינת התשתית הראייתית שעליה נסמכה הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי.



אקדמת מילין על התערבות בממצאי מהימנות

15. הרשעת המערער במקרה זה מיוסדת על עדותה של המתלוננת ועל קביעות בית המשפט לעניין מהימנות הגרסה שמסרה. הלכה היא כי הביקורת השיפוטית של ערכאת הערעור על קביעות הערכאה הדיונית שעניין עובדה וממצאי מהימנות תעשה במשורה. הגיונו של כלל זה הוא בכך שהערכאה הדיונית היא זו שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדים שהובאו לפניה, מאופן מסירת עדותם ומאותות האמת שהתגלו בעדות זו. משכך נהנית הערכאה הדיונית מיתרון על ערכאת הערעור, המתרשמת מן העדים רק התרשמות עקיפה. דברים אלה נכונים בפרט מקום שבו הערכאה הדיונית השתיתה את קביעותיה העובדתיות על התרשמות ישירה מהעדים. אכן, "ההסתכלות באופן בלתי אמצעי על תגובות העד, הבעת פניו, התרגשותו, אופן דיבורו, המשולבת עם בחינת תוכן הדברים ושקילתם במסגרת הכוללת היא הדרך בה מתגבשת מסקנתם של השופטים" (ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (16.4.2012); ראו גם ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (11.2.2015); ע"פ 420/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (23.11.2009)). יוער כי בצד הכלל האמור בדבר אי ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי מהימנות ועובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית התווה פסיקתו של בית משפט זה כמה חריגים, שבהתקיימם תוכל ערכאת הערעור לשקול התערבות בהכרעותיה של הערכאה הדיונית גם בענייני עובדה ומימנות (ע"פ 6577/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 53 (28.11.2013); ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (6.6.2012); ע"פ 2353/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (7.12.2009)).

16. ההלכה הפסוקה החילה את כלל אי ההתערבות ביתר שאת מקום שבו מדובר בעבירות מין, שהוא "נושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד". משכך "מתעורר לעתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן – כל אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 426 (2004)). טעם נוסף לכך הוא כי עבירות אלו מאופיינות פעמים רבות במצב של "גרסה מול גרסה", שכן הן מבוצעות במקרים רבים בחדרי חדרים וללא נוכחות עדים נוספים פרט לנפגע העבירה (ע"פ 9468/10 הנזכר לעיל, שם; עניין קצב, פסקה 123; ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 6 (3.7.2007)). עם זאת, בפסיקתו של בית משפט זה נשמעו גם דעות שלפיהן החלת הכלל במצבים אלה – של "גרסה מול גרסה" – מעוררת קושי, וזאת נוכח החשש מהרשעות שווא (ראו למשל עמדתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 9 לחוות דעתו (12.1.2012), שלפיה אין לקבוע כלל אפריורי בדבר היקף התערבות מצומצם מן הרגיל של ערכאת הערעור. יוער כי דברים אלה יוחדו בפרט למקרים שבהם חל סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, הקובע דרישת הנמקה בלבד מקום שבו בית המשפט מרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של קורבן עבירת מין; ראו גם עמדת השופט י' דנציגר בע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה, פסקה 39 (25.10.2012); לסקירה של העמדות בפסיקה ולפסקי דין נוספים ראו ע"פ 1933/14 הנזכר לעיל, פסקה 13 והאסמכתאות שם). כפי שצינתי לא אחת, איני סבור כי יש סתירה בין הקביעה שלפיה כלל אי ההתערבות יחול בעוצמה רבה יותר לגבי הערכת עדויות בעבירות מין, לבין הדרישה לקיום ביקורת ערעורית קפדנית על מסקנות הערכאה הדיונית בכגון דא. בחינה קפדנית של המסקנות אינה משמיעה בהכרח מידת התערבות רבה יותר בממצאי המימנות (ע"פ 1933/14 הנזכר לעיל, שם; ראו גם ע"פ 4487/10 גילי נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (6.11.2012); ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (26.7.2012); ע"פ 5484/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (19.4.2012)). כפי שיובהר להלן, במקרה זה לא מצאתי כי עניינו של המערער מצדיק התערבות בקביעותיו של בית המשפט המחוזי לפי כל אחת מהגישות האמורות. שוכנעתי כי הרשעת המערער מבוססת היטב על עדות המתלוננת – שנמצאה מהימנה ומוצקה – ועל חיזוקים נוספים, שגם עליהם אעמוד להלן.



17. עיקר הגנתו של המערער לפנינו מבוססת על סוגיית כבישת עדותה של המתלוננת במשך תקופה ארוכה וחשיפתה בסמוך לפרוץ הסכסוך בין בני הזוג בעניין המשמורת על בנם המשותף. בניסיונו לשכנע כי המתלוננת כבשה את תלונתה האמורה מתוך תכנון מוקדם, ובאופן שיועיל לה במאבק המשמורת על בנם, מציין המערער כי עוד בתחילת חודש נובמבר 2010 מצאה המתלוננת עבודה באשקלון, כ"הכנה מוקדמת" לעזיבתה את דירת ההורים שבה התגוררו בני הזוג; כי המתלוננת פתחה חשבון בנק פרטי שבו הפקידה את משכורת חודש נובמבר 2010; וכי המתלוננת שכרה שירותי עורכת דין עובר להגשת התלונה במשטרה. אקדים ואומר כי לא ראיתי כי כבישת התלונה יכולה לסייע למערער בנסיבות המקרה. כידוע, כבישת עדות על ידי נפגע עבירות מין היא תופעה שכיחה ומוכרת (ע"פ 6643/05 הנזכר לעיל, פסקה 35; ע"פ 1258/03 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 637-638 (2004)), וכבר נפסק כי במקום שבו לכבישת העדות קיים הסבר מניח את הדעת אין בכך כדי לפגוע במהימנותה של העדות (עניין קצב, פסקה 128). בעניין שלפנינו נדרש בית המשפט המחוזי להסבירה של המתלוננת בדבר כבישת העדות, ולא מצאתי מקום להתערב במסקנתו. בית המשפט המחוזי התייחס באריכות לטענת המערער ושלל אותה במפורש. צוין כי "טענת העלילה" של המערער אינה מעוגנת בחומר הראיות והיא נראית נטולת הגיון, שכן ככל שחפצה המתלוננת להבטיח שבנה לא ימסר למערער או למשפחתו הייתה זו בודה עלילה הקשורה ביחסי המערער ובנם המשותף. בית המשפט המחוזי הדגיש כי המערער לא הצליח להסביר באופן משכנע מדוע החליטה המתלוננת להעליל עליו עלילת שווא - כגרסתו - דווקא בעניין יחסי המין האנאליים, כאשר המתלוננת הייתה מודעת לכך כי הדבר יגרור בירור מעמיק ומביך על רקע הבעיה הרפואית שממנה סבלה. צוין כי דווקא עניין זה מחזק את עדות המתלוננת, שכן זו לא ניסתה להסתיר את קיומה של אותה בעיה רפואית, שאינה קשורה למעשי המערער, והיא אף לא ניסתה לטעון כי הנזקים שנגרמו לה בעטיה של אותה בעיה הם תוצאה של עבירות המין שביצע בה המערער. המתלוננת הסבירה כי פתחה את חשבון הבנק בנפרד כדי לסייע לאמה להפקיד כספי פיצויים שקיבלה (פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2011, עמ' 27, שורות 11-13; פרוטוקול הדיון מיום 29.5.2011, עמ' 55, שורות 18-28; עמ' 63, שורות 7-10); וכי הפקידה את משכורת חודש נובמבר 2010 בחשבון זה לאחר שהמערער לקח ממנה את כרטיס האשראי שלה, כדי שתוכל לפרנס את בנה (פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2011, עמ' 37, שורות 28-30). בנוסף, הסבירה המתלוננת כי עברה לאשקלון על רקע האירועים נושא האישום השני (שם, עמ' 57, שורות 28-33). בהקשר זה יש לזכור כי אף המערער העיד כי יחסיו עם המתלוננת עלו על שרטון עוד הרבה לפני חשיפת הפרשה על ידה, ועל כן את מעשיה המתוארים לעיל של המתלוננת יש לבחון על רקע נסיבות אלו.

18. בית המשפט דחה את טענת המערער שלפיה המתלוננת חשפה את הפרשה רק בחודש נובמבר 2010. נקבע כי קיימות עדויות רבות של גורמים חיצוניים - שעליהן אעמוד להלן - ששמעו מהמתלוננת על מצוקתה האמורה, בדרגות פירוט משתנות, וזאת ללא קשר למאבק המשמורת על הבן. אכן, ניכר כי המתלוננת ניסתה תחילה לפתור את הבעיה בתוך גדר התא המשפחתי ולהימנע מפניה לגורמים חיצוניים, אך כשהדבר לא עלה בידה היא העלתה את הנושא לפני ד"ר טיטנר שממנו ביקשה לקבל מכתב שאוסר עליה לקיים יחסים אנאליים, על מנת להראות אותו למערער (פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2011, עמ' 37, שורות 6-10); לפני העובדת הסוציאלית במרכז למניעת אלימות במשפחה באשדוד; ומאוחר יותר, סמוך לחשיפת הפרשה, בבקשה שהגישה לקבלת צו הגנה פירטה על אודות אירוע אחד שבמסגרתו סירבה לקיים עם המערער יחסים אנאליים (סומן נ/1). אין לכחד כי תהליך חשיפת הפרשה על ידי המתלוננת היה הדרגתי, מהוסס ולא עקבי. אולם הסבירה בעניין זה, שלפיהם פחדה לחשוף את הפרשה בשל תחושת המחויבות שחשה כלפי התא המשפחתי וחששותיה שמא המערער יבגוד בה מתקבלים על הדעת, בפרט בשים לב לכך שבני הזוג הנשואים התגוררו יחדיו בדירת הורי המערער; ובהתחשב בהשלכות האפשריות של חשיפת הפרשה על המשפחה כולה ועל בנם המשותף (ראו שם, עמ' 41, שורות 18-26).



19. לכך אוסיף כי משהחליטה המתלוננת לחשוף את הפרשה סיפרה את אשר על ליבה למן החקירה הראשונה. המתלוננת דבקה בגרסתה הראשונית ולא סטתה ממנה גם בחקירותיה הבאות ובעדותה בבית המשפט. ייתכן כי אלמלא נקראה למשטרה לא הייתה המתלוננת חושפת את הפרשה באופן מפורט ומפורש כפי שעשתה. הגעתה לחקירה, וחששה שמא הדבר עלול להשפיע על הסדרי המשמורת בעניין בנה, הביאו אותה לשטוח את אשר על ליבה (ראו שם, עמ' 48, שורות 9-19). אולם אין בכך כדי להשפיע על מהימנות עדותה (והשוו ע"פ 7595/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 1, 12-11 (22.4.2004)).

משהסרנו משוכה זו, נפנה עתה לבחון את גרסת המתלוננת וכנגדה את גרסתו של המערער.

גרסת המתלוננת והחיזוקים לעדותה

20. עיון בחומר הראיות מעלה כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי מבוססות היטב על החומר שנפרש לפניו. למן חקירתה הראשונה של המתלוננת במשטרה ובאופן נרחב בעדותה בבית המשפט - דבקה המתלוננת בגרסתה שלפיה המערער כפה עליה קיום יחסי מין אנאליים בניגוד לרצונה ולמרות שהבהירה לו באופן מפורש כי היא אינה מעוניינת בכך (הודעה נ/12(א), שורות 41-43; הודעה נ/12(ב), שורות 7-9). המתלוננת הדגישה כי גם כאשר הייתה מבקשת ממנו להפסיק, היה המערער ממשיך בקיום היחסים האנאליים (הודעה נ/12(ב), שורות 10-14; וראו, בין היתר: הודעה נ/12(ב), שורות 26-29; הודעה נ/12(ג), שורות 59-62). לטענתה, היחסים האנאליים בניגוד לרצונה התקיימו בתדירות משתנה, וההתרחשות האמורה חזרה על עצמה "הרבה פעמים" (הודעה נ/12(א), שורה 36). חרף טענות המערער שלפיהן המתלוננת ניסתה להעליל עליו עלילת שווא, תיאוריה של המתלוננת בחקירות המשטרה מאופיינים בהקפדה על דיוק בפרטים, גם כשהדברים אינם משרתים לכאורה את גרסתה (ראו הודעה נ/12(א), שורות 75-78; הודעה נ/12(ג), שורות 84-87; הודעה נ/12(ד), שורות 124-128).

המתלוננת הטעימה וביקשה לציין כי יחסי המין "הנורמאליים", כלשונה, בינה לבין המערער התקיימו בהסכמה, וזאת בניגוד ליחסים האנאליים (הודעה נ/12(ב), שורות 23-24). בהמשך, כשנשאלה מדוע המשיכה לקיים יחסי מין עם המערער, השיבה כי הייתה "במין כישוף" (הודעה נ/12(א), שורה 45); וכי חשה מחויבת כלפיו (הודעה נ/12(ג), שורה 89). במקום אחר אף מסרה כי "הסכמתי כי לא היתה לי ברירה, הוא היה אומר לי שהוא לא אוהב שאומרים לו 'לא' במיטה, כל מה שהוא רצה אני עשיתי במיטה, אבל לזה שיכניס לי מאחורה אף פעם לא הסכמתי" (הודעה נ/12(ב), שורות 35-36; ראו גם הודעה נ/12(א), שורות 45-49; הודעה נ/12(ג), שורות 74-75).

21. על דברים אלה חזרה המתלוננת גם בעדותה בבית המשפט המחוזי, שהתאפיינה בניסיון לדייק בפרטים תוך הימנעות מ"השחרת" פניו של המערער לשווא. נזכיר כי בית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מעדותה של המתלוננת וציין כי זו "אמינה ומהימנה ומשקפת את ההתרחשויות כהווייתן" (הכרעת הדין, בעמ' 31). המתלוננת העידה כי חזרה על התנגדותה פעמים רבות, אך המערער לא חדל ממעשיו (פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2011, עמ' 11); וכי בתגובה להתנגדותה היה המערער אומר לה: "אני לא רגיל שאומרים לי לא במיטה. ומה שאני מבקש את תעש" (שם, עמ' 12, שורות 7-8; ראו גם עמ' 31 שורות 16-19). בתשובה לשאלת בית המשפט אם המערער היה מודע לסירובה לקיים עמו יחסים אנאליים הבהירה המתלוננת כי כאשר - במהלך קיום יחסי המין המוסכמים בין בני הזוג - היה המערער מנסה לקיים אתה יחסים אנאליים, היא הייתה אומרת לו באופן מפורש שיחדל ממעשיו, אולם הוא היה ממשיך חרף הכאב הרב שנגרם לה(שם, עמ' 13, שורות 13-29; וראו דברים דומים גם בפרוטוקול הדיון מיום 29.5.2011, עמ' 10).



65). המתלוננת דחתה באופן שלא מותיר מקום לספק את טענת המערער שלפיה יש לפרש את דבריה כאילו הייתה "במין כישוף" כהסכמה לקיום יחסים אנאליים והבהירה כי המערער "הוא בן אדם כזה, שמה שהוא רצה, הוא קיבל. גם אם הייתי אני לא רוצה, אומר אני לא אוהב אישה אומרת לא במיטה מה שאני אומר את עושה ולי לא הייתה ברירה ואני כמו עבד" (פרוטוקול הדיון מיום 29.5.2011, עמ' 70, שורות 7-9). בהמשך לכך חזרה על דבריה בחקירה שלפיהם המשיכה לקיים עם המערער יחסי מין משום שחששה כי יבגוד בה עם נשים אחרות (שם, עמ' 72, שורות 20-25); וכי רצתה לשמור על התא המשפחתי (שם, עמ' 73, שורות 1-3).

22. לעדותה של המתלוננת נמצאה תמיכה משמעותית בדברי העדים שהעידו לפני בית המשפט המחוזי כמו גם בדברי המערער עצמו, שעליהם אעמוד בהמשך. לפני בית המשפט הובאו כאמור עדויות של אנשים מהמעגל הקרוב למתלוננת, שאותם היא שיתפה - ברמות פירוט משתנות - במתרחש בינה לבין המערער. בית המשפט התייחס לעדותה של פלורה, אשר התגוררה בדירת ההורים. נקבע כי המתלוננת הייתה קרובה לפלורה וראתה בה דמות אם וחשפה לפנייה כי המערער מקיים עמה יחסים אנאליים בכוח (פרוטוקול הדיון מיום 19.6.2011, עמ' 94, שורות 20-28). בצד זאת עמד בית המשפט המחוזי בהרחבה על עדות אמו של המערער שטענה כי המתלוננת מעולם לא סיפרה לה על עבירות המין שביצע בה המערער, ואולם מסרה כי "היא באה אלי פעם אחת עם כוס קפה ביד ואמרה שהיא רוצה לדבר איתי על סקס [...] אני אמרתי לה שאני לא מדברת על נושאים כאלה. אני אישה מבוגרת ואני לא רוצה לדבר על הנושא המודרני הזה" (שם, עמ' 116, שורות 18-22; ראו גם הודעה ת/8, שורות 10-12). בית המשפט המחוזי ציין כי המתלוננת ניסתה בשיחה זו לבקש סיוע במצוקתה כדי לפתור את הבעיה בתוך גבולות התא המשפחתי; וכי טענת האם שממנה משתמע כי המתלוננת רצתה להזמינה ל"שיחת חולין" היא מיתממת, וזאת בפרט נוכח היחסים הטעונים בין השתיים, שעליהם עמדה האם בהרחבה בעדותה.

23. פרט לאלה עמד בית המשפט על שתי ההודעות שמסר במשטרה ד"ר גרגורי טיטנר, שהוא רופא כירורג שבדק את המתלוננת ביום 7.9.2010 (הודעות נ/5(א) ו-נ/5(ב)). ד"ר טיטנר לא העיד בבית המשפט, אך הודעותיו במשטרה הוגשו בהסכמה. ד"ר טיטנר סיפר כי המתלוננת הגיעה אליו בשל כאבים בפי הטבעת ודימום על רקע הבעיה הרפואית שממנה סבלה. לטענתו המתלוננת סיפרה לו כי "בעלה התעסק איתה בסקס קבוע בפי הטבעת" (הודעה נ/5(א)), שורות 9-10; וכי אמרה לו "שמדי פעם בעלה עושה לה סקס בכוח פיזי בפי הטבעת" (הודעה נ/5(ב)). חיזוק נוסף לעדות המתלוננת מצא בית המשפט המחוזי בעדותה של זויה זברק, עובדת סוציאלית במרכז למניעת אלימות במשפחה באשדוד, שאליה פנתה המתלוננת. בין השתיים התקיימו שתי פגישות ביום 20.9.2010 וביום 18.10.2010. זברק פירטה את ששמעה מהמתלוננת בטופס קבלה שנערך בזמן אמת במהלך הפגישה הראשונה; בטופס סיכום הפגישה השנייה (שני אלה סומנו נ/4); וכמו כן בעדותה במשטרה ובבית המשפט. זברק סיפרה כי במהלך פגישתן הראשונה אמרה לה המתלוננת "שהיו יחסי מין בכוח, היא דיברה בלחש על מין אנאלי שכאב לה מאוד [...] היא בכתה לאורך השיחה, הייתה נסערת, בתחושת חוסר אונים" (הודעה נ/4(ב), שורות 7-12). נוסף לכך התייחס בית המשפט המחוזי לעדות אמה של המתלוננת, שאף היא מחזקת את גרסתה וכמו כן לעדות חברתה של המתלוננת שסיפרה כי שמעה ממנה כי במקרים אחדים היא סירבה לבקשת המערער לקיים עמו יחסים אנאליים ובמקרים אחרים היא "נכנעה" (השלמת פרוטוקול הדיון מיום 19.6.2011, עמ' 4, שורות 20-22).

גרסת המערער

24. בניגוד לגרסת המתלוננת שנמצאה - כאמור - אמינה על בית המשפט המחוזי, על גרסת המערער קבע בית המשפט כי היא אינה מעוררת אמון. המערער הכחיש באופן נחרץ למן חקירותיו במשטרה ועד לעדותו בבית המשפט כי



הוא קיים עם המתלוננת יחסים אנאליים בניגוד לרצונה וציין כי תמיד ביקש את הסכמתה מראש (פרוטוקול הדיון מיום 28.11.2011, עמ' 133, שורות 24-26; ראו עוד שם, עמ' 147, שורות 5-13; עמ' 154, שורות 3-9; עמ' 155, שורות 10-1; עמ' 159, שורות 7-8). המערער סיפר על שני מקרים בודדים שבהם המתלוננת התנגדה לקיום יחסים אנאליים והוא הפסיק לבקשתה (שם, עמ' 158, שורות 1-6). פרט לאירועים אלה טען המערער כי בחודש ספטמבר 2010 המתלוננת אמרה לו באופן חד משמעי כי היא אינה מעוניינת לקיים יותר יחסים אנאליים והוא אכן נענה לבקשה זו (הודעה ת/3, שורות 92-106; הודעה ת/6, שורות 31-33, 59-61). במענה לשאלת החוקרת מדוע הייתה צריכה המתלוננת לבקש שיפסיק לקיים עמה יחסים אנאליים אם ממילא היה מבקש את הסכמתה בכל פעם מחדש ענה המערער כי בפעמים אחרות המתלוננת לא ביקשה שיפסיק (הודעה ת/3, שורות 109-113). לטענתו, ייתכן שאמר למתלוננת כי אינו אוהב לשמוע "לא בסקס", אולם הדבר נאמר בסמוך להיכרותם, שנים רבות לפני התרחשות המעשים נושא האישום הראשון (הודעה ת/2, שורות 42-48). כמו כן, המערער אישר שייתכן שהשתיק את המתלוננת במהלך קיום יחסי המין, אך לטענתו עשה זאת כדי שהוריו לא ישמעו את גניחותיה ולא – כטענת המתלוננת – על מנת להשתיקה במהלך קיום יחסים אנאליים (הודעה ת/3, שורות 118-125). המערער ציין כי המתלוננת אף שילמה לפלורה על מנת שזו תסייע לה ותשקור בעבורה (שם, עמ' 149, שורות 3-19; ראו גם עמ' 150, שורות 14-25). לטענת המערער המתלוננת עשתה כן על מנת "להכין את התשתית", כלשונו, לסכסוך הגירושין של השניים (שם, שורות 20-23; שם, עמ' 151, שורות 16-29; עמ' 152, שורות 1-2), ובשל כך שהבהיר למתלוננת עוד בחודש אוגוסט 2010 כי "אלחם על הילד" (שם, עמ' 152, שורות 19-28; עמ' 153, שורות 1-2; ראו בהקשר זה גם עמ' 161, שורות 3-7). במענה לשאלת בית המשפט מדוע החליטה המתלוננת לטעון כי המערער כפה עליה את היחסים האנאליים בלבד – להבדיל מיחסי המין כולם – ענה המערער "זה מה שלימדו אותה להגיד כי זה דבר הכי בטוח, הכי טריוויאלי בשביל להפיל גבר" (שם, עמ' 154, שורות 1-2; ראו גם הודעה ת/2, שורות 132-136), ובשל הבעיה הרפואית שממנה סבלה, ושביניה נגרמו לה נזקים באזור פי הטבעת (שם, עמ' 155, שורות 16-20).

לביסוס טענותיו האמורות הובאו מטעם ההגנה להעיד גם אחיו ואביו של המערער, שהתגוררו אף הם בדירת ההורים בתקופה הרלוונטית (יוער כי האח התגורר בדירה במשך שנתיים בלבד). אמו של המערער העידה גם היא מטעם ההגנה, אך בדבריה נמצא דווקא חיזוק לגרסת המתלוננת כמתואר לעיל.

הערכת הראיות ומשקלן

25. משעמדנו על הראיות והעדויות שהוצגו לפני בית המשפט המחוזי נפנה למלאכת הערכת הראיות ומשקלן. בהינתן מכלול הטעמים שעליהם עמד בהרחבה בית המשפט המחוזי, מקובלת עליי הכרעתי כי עדות המתלוננת – בצירוף החיזוקים החיצוניים הרבים הנלווים לה – מבססת את אחריותו הפלילית של המערער בעבירות המיוחסות לו. אכן, הגרעין הקשה של העלילה בפרשה שלפניי התרחש בחדר השינה של בני הזוג בדירת ההורים בלא נוכחות של עדים נוספים. ייתכן כי כלפי חוץ שמרו בני הזוג על ארשת מסוימת של תפקוד זוגי "שגרתית", ואף המתלוננת העידה כי המשיכה לקיים יחסי מין עם המערער מרצונה ובהסכמתה. אולם, אין בכך כדי ללמד בהכרח כי המתלוננת רצתה לקיים יחסים אנאליים עם המערער. במקרה שלפנינו שוכנעתי כי היחסים האנאליים שהתקיימו בין המערער לבין המתלוננת לא התקיימו בהסכמתה החופשית וכי המערער היה מודע לכך. מחומר הראיות עולה כי המתלוננת לא ניסתה להשחיר את פניו של המערער ונצמדה לגרסתה החל מחשיפת הפרשה. מהדברים שאמרה המתלוננת עולה כי התנגדותה למעשיו של המערער לא נותרה בליבה פנימה והיא הביעה אותה באופן ברור ומפורש, גם אם לא באופן פיזי. לא בהתנגדות פאסיבית עסקינן, אלא בהתנגדות מילולית הנלמדת גם מהתנהגותה של המתלוננת המעידה באופן ברור כי זו לא רצתה לקיים עם המערער יחסים מסוג זה.



26. לעומת גרסת המתלוננת, גרסתו של המערער הייתה מתחמקת - המערער טען כי הוא ביקש את הסכמתה של המתלוננת מראש ובנפרד לפני כל מעשה ומעשה. מנגד הבהיר כי רק בחודש ספטמבר 2010 שמע מהמתלוננת לראשונה כי היא אינה מעוניינת עוד בקיום יחסים אנאליים ולפיכך חדל ממנהגו. בהקשר זה מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי שלפיה המערער לא נתן הסבר מניח את הדעת לשאלה מדוע הייתה צריכה המתלוננת לבקש ממנו לחדול מקיום היחסים האנאליים ככל שאכן ביקש את הסכמתה בכל פעם ופעם מחדש. זאת ועוד. המערער לא הסביר מדוע הייתה צריכה המתלוננת לבקש מכתב רפואי מד"ר טיטנר, שימליץ על הימנעות מקיום יחסים אנאליים, אם נכונה הייתה טענתו שלפיה ביקש את הסכמתה לפני כל מעשה ומעשה. התמקדותה של ההגנה ביחסי המין המגוונים שהתקיימו בין בני הזוג אינה מעלה או מורידה לעניין זה. מרגע שהביעה המתלוננת את דעתה כי היא אינה חפצה בקיום יחסי מין אנאליים, היה על המערער לחדול ממעשיו באופן מיידי. גם העובדה שהמתלוננת לא חשפה את מלוא חומרת הפרשה לפני האנשים שאיתם שוחחה אינה מטילה דופי באמינות גרסתה. מקובלת עלי בהקשר זה מסקנת בית המשפט המחוזי שלפיה את עדויותיהן של פלורה ושל חברתה של המתלוננת בעניין זה יש לראות על רקע מכלול הפרשה שנחשפה לפנינו, שבמסגרתה נענתה המתלוננת לדרישותיו המיניות של המערער נוכח אובדן כוחה מולו ותחושת ההשפלה שהוא הסב לה.

סיכומי של עניין: בדיון הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער במעשים המיוחסים לו. יחסי המין האנאליים שהתקיימו בין המערער לבין המתלוננת נעשו שלא בהסכמתה החופשית; והמערער היה מודע להתנגדותה וחרף זאת המשיך במעשיו. אציע אפוא לחברי לדחות את ערעורו של המערער בכל הנוגע להכרעת הדיון.

הערעור על גזר הדין

27. דין הערעור על גזר הדין להידחות אף הוא. כידוע, ערכאת הערעור נמנעת מלהתערב בעונש שקבעה הערכאה הדיונית למעט במקום שבו נפלה טעות מהותית בגזר הדין או משנמצא כי העונש שהושת על המערער סוטה סטייה ניכרת מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (ראו, בין רבים, ע"פ 1933/14 הנזכר לעיל, פסקה 25; ע"פ 5117/13 וימר נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (11.11.2014)). עניינו של המערער אינו נופל בגדרי מקרים אלה. עבירות המין, ובראשן - עבירות של אינוס ושל מעשה סדום - הן בין העבירות החמורות והמכוערות המנויות בחוק. "הן פוצעות את הקורבנות בגוף ונפש", ועל כן הולם אותן עונש מאסר ממושך (ע"פ 2963/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 26 (10.2.2014); ראו גם: ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (25.6.2012); ע"פ 9468/10 הנזכר לעיל, פסקה 25; ע"פ 54/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 67 (7.3.2012)). כפי שצינה השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.8.2008):

"הניצול המיני של הזולת בדרך של כפייה, או תוך אי התחשבות בהעדר הסכמה הוא אחת התופעות הקשות והפוגעניות ביותר בביטחון הגופני והנפשי של הפרט, ובשלום הציבור ככלל. הפגיעה המינית העבריינית פולשת לגופו ולנפשו של הקרבן, והורסת בו חלקה טובה. היא מבזה את עצמיותו, ופוגעת באינטימיות ובאוטונומיה המקודשת של גופו. היא משקפת את השתלטות החזק והברוטאלי על החלש וחסר האונים" (שם, פסקה 14).

28. אכן, ביצוע עבירות מין בין מכרים ובתוך מערכת יחסים זוגית הוא עניין מורכב (ע"פ 1933/14 הנזכר לעיל, פסקה 25 והאסמכתאות שם; עניין קצב, פסקאות 155-156; ע"פ 7951/05 הנזכר לעיל; להרחבה על השינויים

עמוד 13



בתפיסת עבירת האינוס ראו גיל סיגל וצחי דוידוביץ "כן לא שחור לבן - על יסוד אי ההסכמה ושינוי הלבבות בעבירות האינוס" הארת דין ד(2) 140 (2007); ראו גם לסלי סבה "עבירת האינוס - מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים 46, 60-61 (1992). ברם אין זו בהכרח רק נסיבה לקולה. היחסים הזוגיים אמורים לספק לאדם מסגרת של ביטחון והגנה, ובמובנים רבים חומרה יתרה נשקפת מעבירה שכרוך בה ניצול האמון ויחסי הקרבה שבין הקורבן לבין התוקף (ראו ע"פ 1933/14 הנזכר לעיל, פסקה 25; ע"פ 4284/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (1.6.2014); ע"פ 567/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (25.5.2011)). בע"פ 1933/14 הנזכר לעיל הזדמן לי להתייחס לטענה בדבר הצורך להבחין ברמת הענישה בין אונס המתבצע באופן "ברוטאלי ואכזרי", שבו תוקף העבריין קורבן תמים - זר לחלוטין - ובו הוא מבצע את זממו באלימות, בכוחניות ובאכזריות, לבין אונס בין שני אנשים הקרובים זה לזה, אנשים שמכירים האחד את השני ושמנהלים מערכת יחסים שבמסגרתה הם מקיימים יחסי מין בהסכמה עד למועד ביצוע העבירה. צינתי כי אין בעובדה שלמערער ולמתלוננת ישנו עבר מיני משותף בהסכמה כדי להשליך על חומרת המעשים שנעשו שלא מרצונו החופשי של הקורבן. וכפי שהסברתי שם:

"משחלפו השנים והשתנו העתים, דומה כי שוב אין מקום להבחנה קטגורית גורפת בהקשר זה. לעניין גזירת עונשו של עבריין שהורשע באינוס, אין נפקא מינה אם הכיר את קורבנו עובר לביצוע העבירה אם לאו. הבחנה זו איננה קובעת את חומרת המעשים, וכפועל יוצא אין בה כדי לשנות לעניין העונש. חלף כך, יש לבחון את חומרת העבירה בכל מקרה לגופו ובהתאם לנסיבות העניין" (שם, פסקה 25; וראו גם דבריו של השופט א' א' לוי בע"פ 130/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (4.7.2005)).

והדברים יפים גם לעניין שלפנינו, שבו כפה עצמו המערער על המתלוננת - זוגתו - תוך שהוא מתעלם מהיעדר הסכמתה לקיום היחסים האנאליים.

29. בעניין שלפנינו, המערער ביצע במתלוננת את עבירות המין פעם אחר פעם, כדבר שבשגרה במשך תקופה ארוכה, וזאת חרף התנגדותה המפורשת ותוך פגיעה בכבודה ובגופה. העבירות בוצעו בביתה של המתלוננת דווקא מצד מי שהוא אדם קרוב אליה. העובדה שהמערער והמתלוננת קיימו בעבר יחסי מין בהסכמה - אינה מפחיתה מחומרת מעשיו. כך בצד החומרה. מנגד עמד בית המשפט המחוזי בהרחבה על נסיבות המקרה הפרטני ושקל את השיקולים המצדיקים הקלה בעונשו של המערער: העובדה שהמערער לא הפעיל אלימות כלפי המתלוננת; גילו של המערער והעובדה שהוא נטול עבר פלילי; עדויות האופי החיוביות שנשמעו בעניינו; העובדה שפנה למסלול חיים המשכי והוא מבקש להקים משפחה עם בת זוג חדשה; קביעות שירות המבחן בעניין המסוכנות הנמוכה הנשקפת מהמערער; וכמו כן שיקולים הקשורים בטיפול הקשר בין המערער לבין בנו. באיזון בין אלה לבין אלה לא שוכנעתי כי העונש שהושת על המערער חורג מרמת הענישה המקובלת במקרים דומים ודומה כי בשל הטעמים לקולה שעליהם עמד בית המשפט המחוזי הוא אף מצוי ברף התחתון של הענישה הנוהגת בעבירות בכגון דא (השוו ע"פ 1933/14 הנזכר לעיל; ע"פ 2760/11 פלוני נ' מדינת ישראל (7.2.2013); ע"פ 7037/10 פלוני נ' מדינת ישראל (26.12.2010); ע"פ 269/12 פלוני נ' מדינת ישראל (18.10.2010)). משכך לא מצאתי כי הונחה עילה להתערבותו של בית משפט זה בגזר הדין של בית המשפט המחוזי.

סוף דבר



30. הרשעת המערער בעבירות המיוחסות לו התבססה על גרסתה של המתלוננת וכמו כן על חיזוקים שנמצאו לה בעדויות שהוצגו לפני בית המשפט. נקבע כי גרסה זו סדורה ומהימנה. לעומת זאת, גרסת המערער נמצאה כלא אמינה. כמבואר לעיל, לא נמצאה עילה להתערבותנו הן בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי הן בעונש שנגזר. אציע אפוא לחברי לדחות את הערעור על כל חלקיו.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

המערער יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 17.7.2016 עד השעה 10:00 בבית סוהר דקל, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

ניתן היום, י"ז בסיון התשע"ו (23.6.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט