



תפ"ח 9030/02/14 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית המשפט המחוזי בירושלים

תפ"ח 9030-02-14 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני כבוד השופט הבכיר, צבי סגל - אב"ד, והשופטים בן ציון גרינברגר וארנון דראל
המאשימה

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד ג'ני אבני

מפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

-נגד-

הנאשם

פלוני

ע"י ב"כ עוה"ד מיכל אופיר, רון אופיר

הכרעת דין

השופט בן-ציון גרינברגר:

1. בפתח הדברים אציין, כמצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, כי החלטנו ברוב דעות לזכות את הנאשם מחמת הספק מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.
2. ביום 5.2.14 הוגש כתב אישום נגד הנאשם, בגין **עבירת אינוס** לפי סעיף 345(א)(1) **לחוק העונשין, התשל"ז - 1977** (להלן: "**החוק**") ובגין **עבירת מעשים מגונים** - עבירה לפי סעיף 348(ג1) לחוק.

העובדות הנטענות בכתב האישום

3. בכתב האישום נטען, כי ביום 8.1.14 סמוך לשעה 16:00, הגיעה מ', תירת מארה"ב ילידת 1996 (להלן: "**המתלוננת**"), אל חנות קיוסק ברובע היהודי בירושלים השייכת למנהלת התיירות, בה עבד הנאשם כמוכר (להלן: "**החנות**"). בין המתלוננת לנאשם הייתה היכרות שטחית ממפגש חברתי קודם.
4. לאחר שנכנסה המתלוננת לחנות, התפתחה בינה לבין הנאשם שיחה ארוכה, במהלכה סיפרה המתלוננת לנאשם פרטים אישיים על חייה, לרבות פרטים חושפניים על פגיעה מינית שעברה. לאחר פרק זמן ארוך יחסית בו שהתה המתלוננת בחנות, אמר לה הנאשם שעליו ללכת לסדר מצעים בחדרי אירוח הממוקמים כמאה מטרים מהחנות והשייכים אף הם למנהלת התיירות, והציע לה לבוא לעזור לו בסידור המצעים. המתלוננת נענתה להצעתו.
5. הנאשם נטל בקבוק וודקה ומשקה אנרגיה ויצא מהחנות יחד עם המתלוננת לעבר חדרי האירוח. בדרך לשם אמרה המתלוננת לנאשם, "אתה יודע שאני לא אשכב אתך", והנאשם השיב שהוא מבין.
6. הנאשם והמתלוננת נכנסו לתוך אחד מחדרי האירוח, סידרו את המצעים בחדר והתיישבו על כסאות בחדר לשתות וודקה ומשקה אנרגיה. המתלוננת שתתה מעט וודקה בעוד שהנאשם שתה הרבה וודקה.



7. הנאשם התקרב אל המתלוננת והחל לנשקה על פניה. בתגובה לכך, המתלוננת אמרה לנאשם "לא, לא, לא". הנאשם נסוג לאחור, אך לאחר מכן שב והתקרב אל המתלוננת ונישק אותה בצווארה, משך אותה לעברו והושיבה על ברכיו, הצמיד את ידיה לגופה בחוזקה והחל לנשקה בשפתיה. המתלוננת נענתה לו בשל פחדה ממנו.
8. הנאשם העמיד את המתלוננת, דחף אותה על המיטה ונשכב מעליה. הנאשם הרים את חולצתה והמתלוננת משכה את החולצה כלפי מטה ואמרה לנאשם שוב "לא".
9. המתלוננת שכבה קפואה בשל פחדה מהנאשם, הוא הרים שוב את חולצתה ונשך את החזה שלה. לאחר מכן הרים הנאשם את חצאיתה של המתלוננת, הפשיט אותה מתחתוניה והחל מחדיר את לשונו לתוך איבר מינה של המתלוננת ומלקק את איבר מינה. המתלוננת המשיכה לשכב קפואה כשגרונה נחנק, ולא אמרה דבר.
10. לאחר מכן שב הנאשם ונישק את המתלוננת, התפשט מבגדיו, נשכב על גופה והחדיר את איבר מינו לתוך איבר מינה עד שהגיע לסיפוקו ושפך את זרעו על בגדיה של המתלוננת.
11. לאחר מכן קם הנאשם, הביא מגבת וניגב את זרעו מבגדיה של המתלוננת. הנאשם נשק למתלוננת ושאל אותה "אם היה טוב". המתלוננת לא השיבה. המתלוננת ביקשה ללכת אך הנאשם הפציר בה להישאר. לבסוף אמרה שחברתה ודאי דואגת לה והיא הלכה.
12. כן נטען בכתב האישום, כי כתוצאה ממעשיו של הנאשם נגרמו למתלוננת חבורות על החזה, וכי במעשים האמורים הנאשם בעל את המתלוננת שלא בהסכמתה החופשית וביצע בה מעשים מגונים בכוח.

תשובת הנאשם לכתב האישום

13. לבקשת המאשימה שמע בית המשפט עדות מוקדמת של המתלוננת ושל עד נוסף (א.ד.), בנימוק כי הם מתעתדים לטוס לארה"ב. בפתח הדיון האמור הודיע ב"כ הנאשם כי הנאשם כופר כפירה כללית באמור בכתב האישום, כאשר לטענתו, יחסי המין שהתקיימו בינו לבין המתלוננת התקיימו בהסכמה. לאחר שמיעת שתי העדויות המוקדמות, הוגשה בכתב תשובתו המפורטת של הנאשם לכתב האישום.
14. הנאשם אישר בתשובתו כי המתלוננת הגיעה לחנות. לא זכור לו כי פגש בה קודם לכן. הנאשם מאשר כי התקיימה שיחה ארוכה בינו לבין המתלוננת, בה סיפרה לו פרטים אישיים, ברם המתלוננת היא זו אשר הציעה לבוא לעזור לו לסדר מצעים במלון. כן הוסיף, כי השניים פלרטטו ביניהם בזמן השהות בחנות.
15. השניים לקחו בתיקה של המתלוננת בקבוק וודקה ומשקה אנרגיה ויצאו יחד לכיוון דרכי האירוח. בדרך אמרה המתלוננת אמירה כלשהי בקשר ליחסי מין והנאשם השיב כי אינו מצפה למשהו.
16. הנאשם כופר בתיאור העובדות שבכתב האישום המתארות את שאירע בחדר האירוח. לטענת הנאשם, בחדר האירוח שתו שניהם וודקה בכמות דומה. לטענתו, תחילה התחבקו הוא והמתלוננת באופן בלתי מיני, אשר לאחריו התיישבה המתלוננת על ברכיו. הנאשם נישק אותה והיא אמרה "לא, לא". הנאשם הפסיק לנשקה. מאוחר יותר נישק הנאשם את המתלוננת בצווארה ובהמשך נישק אותה על שפתיה כאשר המתלוננת נענתה לנשיקה. השניים נשכבו על המיטה באופן טבעי. הנאשם מאשר שבשלב זה המתלוננת משכה את חולצתה כלפי מטה, כנראה מתוך מבוכה. הנאשם כופר בכך שהמתלוננת אמרה "לא" בשלב זה. הנאשם טוען כי המתלוננת עצמה הורידה חלק מבגדיה והנאשם הוריד את תחתוניה וליקק את איבר מינה והכל בהסכמת המתלוננת. בשלב כלשהו הרים הנאשם את חולצתה של המתלוננת



ונשקה בחזה. הנאשם מאשר כי התפשט מבגדיו, נשכב על גופה והחדיר את איבר מינו לתוך איבר מינה עד שהגיע לסיפוקו, וייתכן כי חלק מהזרע נשפך על בגדי המתלוננת. הנאשם מוסיף כי להבנתו, המעשים נעשו בהסכמתה של המתלוננת ומרצונה. הנאשם מוסיף כי במהלך קיום היחסים, הוא שאל את המתלוננת מספר פעמים שאלות בנוסח - "האם נוח לה וכיף לה".

17. כן כופר הנאשם את הנטען באשר למה שאירע לאחר המגע המיני. לדבריו, לאחר המגע המיני הם שוב התנשקו ושוחחו ביניהם, ולאחר מכן הלך כל אחד לדרכו. הנאשם כופר בכך שנגרמו למתלוננת חבורות על החזה.

מבט-על על ראיות הצדדים

18. בפרשת התביעה העידו: המתלוננת (פרוטוקול מיום 18.2.14 עמודים 8-90); א.ד. (פרוטוקול מיום 27.3.14 עמודים 93-109); רס"ל איה אבו חאמד (להלן: "רס"ל איה") (פרוטוקול מיום 26.5.14 עמודים 116-155).

19. כן הוגשו מטעם התביעה מוצגים כדלהלן: **ת/1** - הודעת הנאשם מיום 29.1.14 (דיסקים ת/א1', ת/ב1'); **ת/2** - הודעת הנאשם מיום 31.1.14; **ת/3** - דו"ח ביצוע עימות מיום 2.2.14 (ת/א3' דיסק העימות); **ת/4** - תמליל השיחה המוקלטת בין הנאשם למתלוננת מיום 16.1.14 (ת/א4' - דיסק השיחה); **ת/5** - מזכר של אליעזר מזרחי מיום 21.1.14; **ת/6** - מזכר של אליעזר מזרחי מיום 23.1.14; **ת/7** - מזכר של יואב בר מיום 29.1.14; **ת/8** - מזכר של יואב בר מיום 3.2.14; **ת/9** - מזכר של איה אבו חמד מיום 16.1.14 בעניין תיעוד קולי של התלונה; **ת/10** - מזכר של איה אבו חמד מיום 16.1.14 בעניין סירוב המתלוננת להיבדק במרכז "בת עמי" ועניינים נוספים; **ת/11** - מזכר של איה אבו חמד מיום 22.1.14 בעניין ניסיונות איתור הנאשם; **ת/12** - מזכר של איה אבו חמד מיום 3.2.14 בדבר התנהגות המתלוננת בעת גביית הודעתה; ת/14 - מזכר של איה אבו חמד מיום 4.2.14 בדבר טעות הקלדה בהודעה.

20. בפרשת ההגנה העיד הנאשם (פרוטוקול מיום 26.5.14 עמודים 155-215).

21. כן הוגשו מוצגים מטעם ההגנה: תמונות ממצלמת האבטחה בחנות: **נ/1** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:20:05; **נ/2** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:20:28; **נ/3** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:20:10; **נ/4** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:22:23; **נ/5** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:48:51; **נ/6** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:50:55; **נ/7** - תמונה מיום 8.1.14 מהשעה 16:58:55; **נ/8** - מסמך רפואי מהמרכז הרפואי שערי צדק (תיעוד אשפוז הנאשם בתום חקירתו מיום 29.1.14); **נ/9** - דיסק פגישת הנאשם - המתלוננת מיום 16.1.14; **נ/10** - מזכר של ברוך סבתו מיום 30.1.14, בו מופיע כי אמר לנאשם שהמתלוננת עברה בדיקת פולגרף ויצא כי היא דוברת אמת.

22. אציין כי בתום הליך הבאת הראיות ולפני שלב הסיכומים, הודיע ב"כ הנאשם, עו"ד עופר אשכנזי, אשר ייצגו מטעם הסניגוריה הציבורית, כי הנאשם מבקש לעבור לייצוג פרטי חלף הייצוג באמצעות הסניגוריה הציבורית ומינה את עו"ד מיכל אופיר כבאת-כוחו. בית המשפט רשם בפניו את החלפת הייצוג תוך שהודה לעו"ד אשכנזי על הטיפול המקצועי שנתן עד לשלב זה בתיק.

תמצית סיכומי הצדדים

23. המאשימה טוענת כי יש להרשיע את הנאשם בעבירות המיוחסות לו, בהתבסס על עדות המתלוננת הנתמכת



בעדות ידידה, בהתנהלות הנאשם בשלב החקירה, בשקרי הנאשם בחקירתו ובדברי הנאשם במהלך עדותו בבית המשפט.

24. המאשימה טוענת כי עדותה של המתלוננת הייתה עקבית, כנה ומשכנעת, וניכרים בה סימני האמת. המתלוננת לא ניסתה בשום שלב לייפות את המציאות. היא הביאה את עצמה, על כל מורכבויותיה, לבית המשפט - באופן כן ואף בוטה. כעסה הרב של המתלוננת על הנאשם היה ניכר בעדותה. מדובר בקטינה ..., תיירת מארה"ב, אשר גדלה בבית חרדי אולם מגדירה עצמה כ"ילדת רחוב", ואשר כנראה עברה תקופת התבגרות לא פשוטה, והיא עדיין לא יודעת להיזהר מפני הסכנות האורבות לה.

25. המאשימה טוענת כי הנאשם הציג מספר גרסאות, וכי מבין הגרסאות שמסר, הגרסה הנכונה היא זו העולה מהשיחה שהוקלטה בינו לבין המתלוננת, בה חזר על כך שהוא מצטער, תוך שטען שהוא לא הבין את כוונתה, והתחנן בפניה שתסלח לו. צוין כי הנאשם ניסה להתחמק מהמשטרה הגם שידע כי המשטרה מחפשת אותו, והדבר מלמד על העדר כנות טענותיו.

26. עוד נטען כי הגרסה שמסר הנאשם במשטרה הייתה שקרית, והנאשם הודה מאוחר יותר כי פרטים רבים שמסר במשטרה לא קרו במציאות, וכדבריו הוא "הפריז לגביהם". לטענת המאשימה, הנאשם אישר שהמתלוננת סיפרה בעדותה את האמת מנקודת מבטה, כך שיריעת המחלוקת מצומצמת מאוד ומתמקדת בשאלה האם הנאשם היה מודע לכך שהמתלוננת אינה מסכימה למין האוראלי, לנגיעה בחזה ולהחדרת איבר מינו; ולטענת המאשימה, יש לדחות את גרסתו, שאינה מהימנה.

27. המאשימה טוענת כי הנאשם ידע כי המתלוננת אינה מסכימה למעשים שלו, ועל קיום היסוד הנפשי לגיבוש העבירות בהן הוא מואשם; ולחילופין, מתקיים מצב של "עצימת עיניים". המאשימה מוסיפה כי לא ניתן לטעון בנסיבות המקרה כי התקיימה "טעות במצב הדברים".

28. מנגד טוען הנאשם כי מסכת הראיות מובילה למסקנה כי יחסי המין התקיימו בהסכמה מלאה. המתלוננת הסתירה בחקירתה, בכוונה תחילה, פרטים מהותיים אשר היו יכולים לאיין את כתב האישום. כן לטענתו, בנדון דנן התקיימה "טעות במצב הדברים" וכי על כן יש לזכותו מן העבירות המיוחסות לו.

29. עוד נטען כי חקירת המשטרה הייתה בריונית ורשלנית, מגמתית ומוטה, ואשר במסגרתה לא נעשה כל ניסיון לחיפוש האמת. לטענת הנאשם, החוקרת התעלמה מתחוננו כי יילקח הסרט המצולם מהחנות, עד שזה נמחק ונעלם. החקירה נוהלה מבלי שעדי מפתח בה יזומנו, הגם שסוגיה זו עלתה בדיון מעצר הימים.

דין והכרעה

30. אין חולק כי הנאשם והמתלוננת קיימו יחסי מין. המחלוקת נעוצה בשאלה האם יחסי המין התקיימו בהסכמה אם לאו, והאם הנאשם היה יכול להבין כי המתלוננת מסכימה למעשים. יריעת המחלוקת משתרעת על מחלוקות עובדתיות בין הצדדים על מעשים או מחדלים של כל צד, אשר יכולים ללמד על הסכמה או אי-הסכמה של המתלוננת למעשים.

31. אתחיל בסקירת ראיות התביעה, ובפרט עדות המתלוננת; ולאחר מכן נסקור את ראיות ההגנה. כן אתייחס לחלקו הראשון של האירוע בחנות בו עבד הנאשם, לשלב המעבר בדרך למלון, ולחלק השלישי בחדר בית המלון.



עדות המתלוננת

32. עדות המתלוננת נשמעה כאמור בעדות מוקדמת, ביום 18.2.14, כחודשיים וחצי לאחר האירוע נשוא כתב האישום. אציין כי המתלוננת דוברת את השפה האנגלית, ועדותה לוותה בתרגום ע"י מתורגמן בית משפט. הודעותיה במשטרה לא הוגשו כראיות, ברם היא נחקרה ונשאלה באשר להבדלים בין גרסתה בבית המשפט לגרסתה במשטרה. עוד טענה כי הודעותיה במשטרה נכתבו בעברית ולא הוקראו לה בטרם חתימתה עליהן.

השחות בחנות

33. כאמור, המתלוננת הגיעה לחנות בה עבד הנאשם ושהתה עמו שם כשעתיים. המתלוננת מאשרת בעדותה שהייתה לה אינטראקציה טובה עם הנאשם (עמוד 45 שורות 22-25) וכן סיפרה לו על אונס שעברה בחו"ל, כשהייתה בת 15 (עמוד 14 שורות 10-11). המתלוננת חשפה בעדותה פרטים נוספים לגבי מה שארע בינה לבין הנאשם בשעות בחנות, אותם לא חשפה קודם לכן - הן במשטרה והן בהכנה לכתב האישום.

34. המתלוננת העידה שבחנות הנאשם התחכך בכתפה, נישק אותה על הלחי וחייב אותה (עמוד 52 שורות 12-16). היא נשאלה מדוע לא אמרה קודם שזה קרה, וענתה שהיא לא חשבה שזה רלוונטי, ואמרה **"הוא לא התחיל להתעסק לי בפנים. הוא ליטף אותי"** (עמוד 52 שורות 18-28).

35. ב"כ הנאשם הציג לה תמונה שצולמה מסרט האבטחה של החנות (הסרט כבר אינו קיים) ובה היא נוגעת בזרועו. המתלוננת מנסה להסביר כי הוא ניסה לגעת בלחי שלה והיא ניסתה לאחוז בזרועו כדי להרחיק אותו ממנה. כן הוצגה לה תמונה נוספת שצולמה חמש שניות לאחר מכן, ובה רואים שהוא מלטף לה את הפנים, והיא מחייכת אליו. המתלוננת השיבה **"כן. בפעם הראשונה שדחיתי אותו הוא אמר לא לא. ואני לא ידעתי מה לעשות. אנחנו במקום ציבורי ואני הייתי בסדר. ואמרתי בסדר. שיהיה מה שיהיה."** מדברים אלו יוצא כי כבר בחנות הנאשם נגע בה באיזה שהוא אופן אשר לשיטתה היה נגד רצונה, והיא מאשרת זאת; אך היא אומרת, שזה לא היה עניין גדול מבחינתה (עמוד 56 שורות 5-25).

המתלוננת מסבירה כדלקמן (עמוד 58 שורות 6-22):

ש. אני מראה לך את התמונה השנייה פשוט. בין לבין אם את תופסת לו את היד בשנייה אפס חמש, והוא מלטף לך את הפנים באפס שמונה אנחנו רואים סליחה בעשר. אנחנו רואים בשנייה אפס שמונה הוא עם הפנים לא אליך ואת שולחת את היד לעבר האוזן שלו. את יכולה להסביר? אם את יכולה להיזכר למה זה?

ת. אני כבר הסברתי לבית המשפט. בנקודה הזו אני עדיין העברתי את הזמן. היה לי כיף אני פשוט העברתי זמן. והוא אמר משהו. אינני זוכרת מתי הוא אמר את זה אבל הוא אמר משהו כמו סוג של משהו פוגעני. אבל בצורה של בדיחה. ואז משכתי באוזנו מכיוון שזה מה שאני עושה במקום לסטור למישהו בפרצוף זה מה שאני עושה.

ש. הבנתי. האם נכון שלפני שנייה רצית להגיד שבאותו שלב את פשוט נהנית. 'אנג'ויד' ופשוט עצרת את עצמך?

כבוד השופט גרינברגר: היא אמרה

ת. העברתי את הזמן. כשאני נהנית כוונתי.. כדי ללכת הביתה ולהגיד אוי איזה יופי. איזה יום היה לי. אני הייתי למעשה משועממת. ושם היה מישהו שיכול היה לבדר אותי. היה משהו שעשיתי. היה משהו.



36. עולה אם כן מדברי המתלוננת, כי היא שהתה בחנות בשביל "להעביר את הזמן", הייתה משועממת, ונהנתה עם הנאשם. המתלוננת הודתה בקיומן של נגיעות הדדיות בינה לבין הנאשם, לרבות ליטופים וחיבוקים, בעיקר מצדו של הנאשם. נגיעות אלו לא הוזכרו בכתב האישום, בו נטען רק כי התפתחה שיחה ארוכה בין הנאשם למתלוננת. כן מצינת המתלוננת שכאשר היו בחנות הוא שאל אותה אם היא בתולה (עמוד 14 שורות 5-6) ובעקבות שאלה זו השיבה שנאנסה בגיל 15, וגם מידע זה הוצג לראשונה בגרסתה בבית המשפט.

37. המתלוננת הכחישה כי פלרטטה עם הנאשם, ובנושא זה אמרה את הדברים הבאים (עמוד 48 שורות 19-29, עמוד 50):

ת. אנשים היום בדרך כלל מניחים שאם אתה אדם מנומס שאתה נחמד וידידותי ואתה אומר להם תודה, בבקשה, ובוקר טוב ואתה מחייך אליהם הם חושבים..בוא נזדיין. זה לא עובד ככה. מכיוון שזה גם לא עבד ככה לפני כן. מדוע שזה יקרה כך היום? רק בגלל שאני בן אדם נחמד? מה אני צריכה לסבול בשביל זה.

ש. בהמשך לתובנה הזו שאמרת עכשיו אני אשאל אותך את השאלה באופן הזה. האם, האם הנאשם הזה ספציפית באותה סיטואציה בחנות היה יכול להניח שאת מפלרטטת איתו. בין אם את עושה את זה ובין אם לא.

ת. לא. הוא היה מאד בקטע של לפלרטט. אבל אני הייתי רק בקטע של להיות נחמדה. יש הבדל גדול מאד בין לפלרטט ולהיות נחמד.

ש. כלומר אם אני מבין את הסיטואציה את יודעת באותו שלב שבדרך כלל אנשים בעולם חושבים שאם את נחמדה אליהם את הולכת להזדיין איתם כדברך. או קי? והוא מפלרטט אתך ואת למרות שידעת את זה. ממשיכה את הסיטואציה הזו נכון?

ת. זה לא מה שהתכוונתי. אם אני יכולה לנסח את דברי מחדש. אנשים בדרך כלל חושבים שכשאתה נחמד אני לא, הייתי מאד נחמדה, אני הייתי נחמדה. אני נכנסת לחנות

ש. שנייה ברשותך. לצורך השאלה הזו אני מקבל את ההנחה שאת רק היית נחמדה. עכשיו אני שואל אותך. את נחמדה. ואת יודעת איך אנשים מפרשים את הנחמדות שלך או קי?

ת. אני בדיוק ניסיתי להסביר את זה לך. אבל כנראה שלא הקשבת. אני מבינה את מה שאמרת. מה שאני רוצה לומר זה כמה גוונים לנחמדות. אני לא הייתי נחמדה עד כדי פלרטוט

ש. אני חושב שהבנתי את זה. ובדיוק זה בגלל זה אני שואל אותך רגע. את רואה מצד אחד שאת רק נחמדה, את לא מפלרטטת אפילו לא לרגע. מצד שני את רואה שהוא מפלרטט עד כאן נכון?

ת. כן

ש. או קי. עכשיו אני שואל אותך מאחר ואת יודעת שאנשים מפרשים את הנימוס ואת האדיבות שלך כהזמנה ליחסי מין. ואת רואה שהוא מפלרטט אתך את היית חייבת לזהות את המצב באותה עת מאחר ואת בחורה מאד אינטליגנטית נכון?

ת. כן. אם אני יכולה אבל להסביר. יש לי הרבה ניסיון. מרבית מחברי הם מבוגרים ממני. הם בשנות העשרים שלהם. ואף אחד מהם אפילו לא היה חולם שיהיה לו סקס איתי. בגלל שאני צעירה בהרבה מאד. הם היו בשנות העשרים.

כך שאני רגילה שאנשים מפלרטטים איתי. אבל כשאני נחמדה בחזרה הם בדרך כלל מבינים שיש פלרטוט ושאני נחמדה.

ובכל זאת אני בטוחה בזה שהבן אדם הזה בן 37 שזה אפילו לא כמו בן 25. אפילו לא שלושים זה 37 הוא כל כך בגיל כזה שכמעט יכול היה להיות אבי בגילו. לא הייתי מניחה, זה לא ממש שהוא ממש מפלרטט איתי. את יודעת אני רוצה לזין אותך עכשיו נגד הקיר. הוא היה מפלרטט קלות קלות כמו שגברים מבוגרים יותר עושים עם נערות פשוט רק..ראיתי את זה בפעמים רבים. בהרבה מאד מהמקרים וזה לא קרה. אתה יודע מדוע? מכיוון שרוב אנשים הם לא אנסים זאת הסיבה.



אם כן, המתלוננת טוענת למעשה כי הנאשם פלרטט אתה מאוד אך היא הייתה רק נחמדה אליו בחזרה. לדבריה היא רגילה שאנשים מפלרטטים אתה ובדרך כלל הם מבינים שהיא רק נחמדה, ולא יכפו עליה יחסי מין. בהמשך עדותה ציינה המתלוננת כי היא גרה בבית (של קרובי משפחה) אך הגדירה עצמה כילדת רחוב פקחית (עמוד 50 שורות 12-19).

הדרך למלון

38. המתלוננת העידה בעדותה הראשית, כי הנאשם שאל אותה האם היא יכולה לעזור לו לסדר דירות מלון המושכרות לתיירים, והיא השיבה בחיוב כי גם כך חיכתה לחבר (עמוד 14 שורות 15-19, עמוד 13 שורות 22-23).

39. לשאלת בית המשפט מדוע אמרה לנאשם בדרך למלון כי היא אינה מתכוונת לשכב עמו, השיבה כי בדרך למלון הנאשם התחכך בכתף שלה וגם אמר לה שהיא יפה ומשהו לגבי הגוף שלה. לכן אמרה לו שהיא אינה מתכוונת לשכב אתו, כי "הייתי מעט מודאגת. אבל בכל זאת רציתי להיות בטוחה" (עמוד 16 שורות 4-12).

40. בכתב האישום נכתב כי הנאשם נטל עימו בקבוק וודקה ומשקה אנרגיה והשניים יצאו לכיוון המלון. ברם בחקירתה הנגדית, אישרה המתלוננת שהיא שמה את הוודקה ומשקה האנרגיה בתרמילה. המתלוננת השיבה שהנאשם ביקש ממנה לשים את הבקבוקים בתרמילה, והיא עשתה זאת. בהתחלה טענה שהוא הכריח אותה לעשות כן, ואח"כ אישרה שהוא ביקש ממנה בנימוס (עמוד 36 שורות 25-29, עמוד 26 שורות 1-11).

ש. בכל מקרה כאשר אתם הלכתם למלון האם ייתכן שאת החזקת את הבקבוק האלכוהול בידך? בדרך
ת. בדרך לשם? לא. יש לי תרמיל איתי. והוא הכריח אותי לשים את זה בתרמיל
ש. הוא הכריח אותך
ת. לא. הוא לא הכריח הוא ביקש. הוא ביקש אבל לא היה ויכוח. אני מצטערת בהיותי אמריקאית אני מבינה את הדברים בצורה קצת שונה.
בוא נאמר את זה כך: שהוא מאד ביקש ממני בנימוס לשים את זה בתיקי.
ש. ותאשרי לי ולא בציניות שאכן הוא ביקש ממך לקחת בנימוס את האלכוהול.
ת. אלוהים. הוא ביקש שאני אשים את זה בתיקי. זה לא היה במיוחד אדיב. וזה לא היה בצורה גסה. אבל זה פשוט הייתה דרישה
ש. זה פשוט הייתה בקשה נורמלית נכון?
ת. כן.

האירוע במלון

41. המתלוננת תיארה בעדותה הראשית את האירוע בחדר המלון כדלקמן (עמוד 16 שורות 19-30, עמודים 17-18):

ואז סיימתי לאכול. וקמתי כדי להתחיל לסדר. והוא כבר היה קצת מעורפל קצת שיכור. ואז הוא בא מאחורי ונישק את צווארי. ואני הסתובבתי אליו ואמרתי לו לא אינני מתכוונת לעשות את זה. הוא אמר בסדר בסדר. או קי. ניגשתי לנקות את צלחתי מהאוכל. וחזרתי ואז הוא ניסה לנשקני. ודחיתי אותו מעלי ואמרתי לו לא לא. כבר אמרתי לך אתה לא יכול לעשות את זה. אתה לא יכול לקיים איתי יחסי מין. והוא אמר כמובן שלא, כמובן שלא. ואז הוא החזיק את זרועותיי לצדי גופי ונישק אותי שוב. הוא היה שיכור ואני התחלתי לפחד. ואז נישקתי אותו בחזרה מכיוון שסברתי שזה כל מה שהוא רצה. והיה שם כיסא ממש מאחוריו במקום שהוא



ישב. הוא ישב עליו ומשך אותי על ברכיו ובזמן שעדיין החזיק בזרועותיי. ואז הוא קם ודחף אותי על המיטה.

הוא התחיל שוב לנשק אותי. הוא התחיל למשש את גופי. אני סובבתי את ראשי ממנו. הפנית את ראשי ממנו ואז הוא התחיל לנשק את צווארי.

...

אני לא יודעת. הוא ירד לי. עם ידיו ועם פיו ולא הייתי מסוגלת לזוז. לא יכולתי לנשום לא יכולתי לצעוק. וגם אם הייתי צועקת לא היה מי שישמע אותי.

וכמה פעמים במהלך זה קרה, הוא שאל אותי זה נעים לך? איך את מרגישה? זה היה מטורף לגמרי מכיוון שמרבית האנשים לא אמורים לשאול. ואז הוא שוב קם והתחיל לנשק אותי שוב.

אני הפנית, הסתובבתי. הוא ניסה להוריד את חולצתי. אבל לא אפשרתי לו

בנקודה מסוימת אינני זוכרת מתי בדיוק הבגדים שלו ירדו מגופו. אני הייתי בשוק וישבתי כשגופי חצי מורם. ואז הוא דחף אותי שוב למטה התחיל שוב לנשק אותי. ולגעת בי. והחזיק את זרועותיי כלפי מטה.

אינני יכולה איך להתנסח בנקודה זו.

כבוד השופט סגל: בפשטות כמו שזה היה.

ת. הוא זיין אותי בבסיסם של דברים. וכל הזמן הוא שאל אותי שוב ושוב האם זה נעים לך? האם זה נעים לך? אני לא ענית לא הייתי מסוגלת לדבר מבחינה פיזית לא הייתי מסוגלת לדבר או לזוז.

הוא גמר בתוך דקה. הוא למעשה יצא ממני וגמר מחוץ לגופי על חולצתי. ואז הוא הביא מגבת וניגב את זה. ואני פשוט שכבתי שם.

ואז הוא ניסה אחר כך לחבק אותי להתכרבל איתי. ואני ניסיתי לדחות אותו מעלי. אבל לא ממש יכולתי לזוז. ואז אמרתי לו שאני חייבת ללכת כי חברי מחכה לי. אז הוא קם התלבש. ולקח לעצמו את הזמן עם כל הסידורים.

אני קמתי סידרתי את בגדי. התלבשתי. לקחתי את התרמיל שהיה לי והתחלתי לגשת לדלת. הייתי ממש לידה. ואז הוא בא שוב וניסה לחבקני. ואמר את יודעת האם אני יכול לקבל את מספר הטלפון שלך? איפה את גרה? את יודעת כדאי שתעברי פעם שנשתי משהו ביחד. וכל מה שאמרתי לו שאני חייבת ללכת אני באמת חייבת ללכת. ואז הוא הציע שהוא ילווה אותי, שהוא ילווה אותי לפחות עד סוף הדרך. אמרתי לו לא. אני באמת צריכה ללכת. ואז פשוט יצאתי.

42. במסגרת סיפור המעשה בסגנון "חופשי" של המתלוננת, היא הוסיפה מספר רב של פרטים שלא הוזכרו בכתב האישום, וכפי הנראה גם לא במשטרה: כי הם הגיעו למלון והיא התיישבה לאכול, כאשר לא ציינה קודם לכן שאכלה במלון (בהמשך הוסבר כי הנאשם קנה לה שווארמה בדרך למלון כי ראה שהיא רעבה); המתלוננת הוסיפה כי אמרה לנאשם במלון שהוא לא יכול לקיים אתה יחסי מין; שהיא נישקה אותו בחזרה; שהוא שאל אותה מספר פעמים, תוך כדי המין האוראלי ותוך כדי החדירה, האם זה נעים לה; שהוא ניסה להתחבק אתה בסיום יחסי המין ולהתכרבל אתה והיא ניסתה לדחות אותו אבל לא יכלה לזוז; ושהוא ביקש ממנה את מספר הטלפון שלה והציע שתבוא שוב.

43. המתלוננת נשאלה מדוע לא מסרה את הפרטים הללו במשטרה, והיא השיבה שבפעם הראשונה היא בכלל לא רצתה ללכת למשטרה. לדבריה, בדו"חות (הכוונה להודעות, ב.ג.) המאוחרים אכן מסרה יותר פרטים מאשר בהודעה הראשונה, וציינה כי: "מכיוון שבנקודת הזמן ההיא לא בדיוק הייתי בטוחה בתהליך לא הייתי בטוחה בדברים שקורים. והייתי מאד מפוחדת לענות על שאלות. זה קודם כל. דבר שני לא חשבתי ממש שזה היה כל כך חשוב ללכת צעד אחר צעד אם אתה מבין למה אני מתכוונת. אני יותר נתתי איזה תמצית בסיסית" (עמוד 63 שורות 8-23).

44. בהמשך היא מאשרת שבפעם הראשונה שהיא אמרה שהיא נישקה את הנאשם בחזרה, זה היה בפרקליטות, והיא נשאלה כיצד היא מתארת את האירוע בשונה ממה שתיארה אותו במשטרה (עמוד 64):



ש. עכשיו אני אומר לך שהתיאור שאת מוסרת עכשיו הוא שונה מאד מהתיאור שאותו אמרת במשטרה.

ת. **אני לא הייתי מעוניינת לדבר עם המשטרה. אני עכשיו נותנת לך את הפרטים השלמים של הסיפור.** באותה נקודת זמן לא רציתי בכלל לענות לשאלות כלשהם. לא הלכתי למשטרה מכיוון שרציתי ללכת למשטרה, אני הלכתי למשטרה מכיוון שחברה שלי אמרה אוי יש לנו פה איזה עניין של אונס. בנקודה הזו אמרתי או קי. אני כבר עושה את זה. אני כבר משגעת את עצמי. אז אני אתן עכשיו כל פרט של מידע, לא משנה מה זה יגרום לי מאוחר יותר. אני לא מסתירה שום דבר. אני לא משקרת. אין לי מה להסתיר

(ההדגשות אינן במקור - ב.ג.)

45. בהמשך טענה המתלוננת שהנאשם ירד לה ושאל ארבע פעמים האם זה טוב לה, והיא לא ענתה כיון שהייתה קפואה. למתלוננת אין הסבר מדוע לא ציינה עובדות אלו במשטרה. תשובותיה לשאלות ב"כ הנאשם היו מתחמקות - בתחילה ענתה כי בפעם הראשונה שהגיעה לדווח במשטרה לא מסרה מידע, ובכלל לא הייתה אמורה לספר על האירוע לחוקר שהיה במשטרה (שגם לא שלט בשפה האנגלית), אלא לחוקרת. ברם היא לא הצליחה להסביר מדוע בהודעה השנייה, כשהיא הייתה אמורה ליתן פרטים מדויקים, ומולה יושבת חוקרת הדוברת אנגלית רהוטה, היא עדיין לא סיפרה את העובדות הללו. המתלוננת השיבה שהחוקרת "**לא שאלה מתי הוא ירד לי**", ובהמשך אמרה:

מותר לי, אני אמרתי שהוא ירד לי מכיוון שאני זוכרת שאמרתי את זה. מכיוון שאני עמדת להקיא באותו רגע. כשהייתי שם לא, אני הייתי מאד בכעס. אני הייתי במצב של כעס כשישבת מול החוקרת. אינני זוכרת כל דבר שאמרתי באופן ספציפי מכיוון שאני לא ממש חשבתי. ואני הייתי די בהלם. אני זוכרת שאמרתי אבל בכל זאת שהוא ירד לי. אני זוכרת את זה בוודאות.

(עמודים 72-73)

46. המתלוננת נשאלה שוב ושוב מדוע לא סיפרה במשטרה על כך שהנאשם ירד לה ושאל האם זה טוב לה, וענתה לשאלת אב בית הדין, "**אני מבקשת, אינני סומכת על אנשי משטרה. אינני אוהבת משטרה, זו גם הסיבה שלא הלכתי בפעם הראשונה. אני לא סומכת עליהם. אם אתה חושב על מקום שאני מרגישה בטוחה בו - אז אתה צריך לחשוב על מקום אחר**" (עמוד 74 שורות 21-24). אז נשאלה שוב מדוע לא סיפרה זאת בפרקליטות, שזה כבר לא המשטרה. המתלוננת לא הבינה את השאלה הברורה, עד שלבסוף ענתה (עמוד 76 שורות 1-9):

שני דברים. קודם כל לא חשבתי שזה רלוונטי באותו זמן. אתה גם יכול לשאול את הפרקליטה. אבל אני גם צעקתי עליהם הרבה. אני לא ממש הרגשתי יותר בטוחה שמה, אני גם צעקתי עליהם הרבה.

47. ב"כ הנאשם שאל את המתלוננת אודות שיבוש נוסף בגרסתה - הכיצד בהודעתה הראשונה אמרה שהנאשם נישק אותה כמה רגעים אחרי שנכנסו לחדר, ואילו בהודעה השנייה אמרה שזה היה מיד כשנכנסו לחדר, אחרי שהנאשם הניח את הדברים שהביא עמו. בבית המשפט מסרה המתלוננת גרסה שלישית, שהיא התיישבה לאכול ורק לאחר מכן, ולאחר שהנאשם שתה, הוא נישק אותה. המתלוננת עומדת על כך שאין לה מושג מה כתוב בהודעות שמסרה וחתמה. לטענתה, הנאשם לא נישק אותה זמן קצר לאחר שנכנסו לחדר, כיון שהיא אכלה כריך שהוא קנה לה, והנאשם יצא אז מהחדר והלך להביא מגבות. הוא חזר, הוציא את המשקאות תוך כדי שהיא אוכלת ורק לאחר מכן נישק אותה (עמוד 68, עמוד 69 שורות 1-9). כך הגיבה בהמשך לשאלת ב"כ הנאשם (עמוד 69 שורות 4-9 בורות 1-9) שהיא אוכלת ואחלה להביא מגבות. שתות חצי ברבור וודקה. זה היה מיד כשנכנסו לחדר אחרי שהניח את הדברים):

ש. אני אומר לך שאת משקרת כרגע. מכיוון שאת סיפרת בהזדמנויות אחרות שהוא נישק



אותך ברגעים הראשונים שנכנסת לחדר. ואת לשיטתך אמרת לו לא.

ת. אני אומרת לך שאתה מפגר. מכיוון שאם אתה תלך לפי דוחות המשטרה שאותם אני לא יכולה לאשר. מכיוון שאיני יודעת מה כתוב בהם. אז פשוט אתה לא למדת דבר בנפשך.

48. המתלוננת מודה כי הנאשם יצא מהחדר במלון פעמיים, להביא כביסה וכוסות (עמוד 86 שורות 7-16).

49. באשר לנטען בכתב האישום כי נגרמו למתלוננת חבורות בחזה, בעדותה הראשית לא סיפרה המתלוננת כלל שהנאשם גרם לה לחבלות בחזה או כי נגע בה באותו מקום (שהרי היא הורידה את החולצה והוא לא ניסה בשנית להרימה). רק כשהתבקשה ע"י בית המשפט לספר מה היה המצב הגופני שלה לאחר האירוע, השיבה שכשהנאשם שכב מעליה הוא הרים את חולצתה ונשך אותה וצבט את חזה, "ואני מניחה שזו דרכו להראות חיבה גופנית" (עמוד 25 שורות 1-5).

50. בחקירתה הנגדית אישרה המתלוננת שלא הסכימה להראות לאף אחד את סימני החבלות שלטענתה גרם לה הנאשם, והיא הסבירה שזה משום שכבר עברה מעשה אלימות שבוע אחד בלבד לפני המקרה, והיא לא ששה להראות לאדם אחר את הסימנים, וכי היא אינה מראה את גופה לאף אחד (עמוד 84 שורות 4-8).

51. לסיכום עדותה של המתלוננת, לא ניתן להתעלם מהפרטים הנוספים שציינה בבית המשפט, כאשר פרטים רבים לא מסרה במשטרה ואף בפרקליטות עובר להגשת כתב האישום. אין המדובר בפרטים שוליים: בין יתר הפרטים המצוינים לעיל, יש להפנות במיוחד לאותו חלק הנוגע להתרחשות בחנות, בגדרו הסתירה המתלוננת כי היה מגע בינה לבין הנאשם, כולל אף ביוזמתה, ולא ציינה שהיא זו שלקחה את האלכוהול למלון בתרמילה וכי הנאשם קנה לה אוכל בדרך למלון. במסגרת האירוע במלון, המתלוננת לא ציינה כי נישקה את הנאשם חזרה - דבר שכמובן יכול להעיד על הסכמתה; וכן את העובדה שלדבריה שאל אותה הנאשם מספר פעמים, גם לפני החדירה, תוך כדי החדירה ואף לאחריה, האם זה "נעים" לה, שאף פרט חשוב זה מצביע לכאורה על העדר כל רצון או כוונה מצד הנאשם לכפות על המתלוננת דבר שלא בהסכמתה.

52. יש לציין כי תשובותיה לשאלה מדוע לא ציינה במשטרה ובפרקליטות את הפרטים עליהם העידה בבית המשפט, היו מתחמקות וסותרות, וניכר אף שההסברים התגבשו "תוך כדי תנועה" בעדותה; ובכך פגמה המתלוננת במהימנות גרסתה.

53. בהקשר זה יוער, כי הטענה שפחדה במשטרה, וכי בשל כך לא מסרה פרטים, הייתה יכולה אולי להתקבל בנוגע להודעה הראשונה, אותה מסרה מול חוקר שאינו דובר אנגלית, ואשר עליו אף אמרה המתלוננת, "אלוהים אני לא אוהבת אותו", תוך שהסבירה כי בעיניה הוא היה בוטה, האנגלית שלו הייתה קלושה, הוא הסתכל עליה בצורה מוזרה ולעג לה, ושאל אותה שאלות "איומות" (עמוד 28). מאידך גיסא, לא היו לה תלונות ספציפיות נגד החוקרת רס"ל איה, שחקרה אותה בהודעה השנייה. אף האזנה להקלטת העימות בין הצדדים שנוהל ע"י רס"ל איה מגלה, כי איה הייתה סבלנית מאוד ונעימה כלפי המתלוננת, ונתנה לה להשיב באופן מלא. הטענה כי לא סיפרה את מלוא הפרטים במשטרה כיון שאינה סומכת על המשטרה, אינה מסתדרת עם עצם העובדה שבכל זאת הגיעה לדווח על אונס שחוותה, ועל כן היא הרי הבינה, או צריכה הייתה להבין, כי עליה למסור את מלוא הפרטים הרלוונטיים (קל וחומר בפרקליטות, כאשר הבינה שמתגבש כתב אישום חמור נגד הנאשם אשר עלול להביא להטלת עונשים כבדים עליו). עובדה זו מובילה למסקנה כי קיים הגיון רב בטענת ב"כ הנאשם, שלא בכדי הסתירה המתלוננת את הפרטים האמורים, שהרי בכוחם של פרטים אלה שהוסתרו לתמוך בגרסתו של הנאשם ולצייר את האירוע אחרת מהדרך בה תיארה היא את אשר אירע.



54. אציין, כי עדות המתלוננת הייתה מעט מתלהמת ווולגרית, ואף לוותה במעט צעקות, והיא הפגינה חוסר סבלנות לכל אורך עדותה. ברם יובהר, כי ניתן להבין שהתנהגות זו נובעת מהיותה "ילדת רחוב", כפי שהיא הגדירה את עצמה, על כל המשתמע מכך בנוגע לשפה שבה היא מתבטאת ולכללי ההתנהגות שלה מול גורמי מרות; ועל כן איני מייחס להתנהגותה בעדותה משקל משמעותי, ודאי לא מכריע, בבואי להסיק מסקנה באשר למהימנות עדותה לגופה.

55. עם זאת, הקושי המשמעותי בדבר הסתרת פרטים במשטרה ובפרקליטות שיכולים ללמד על הסכמתה ליחסים ואף על המסר אותו העבירה לנאשם - נותר בעינו, ועל כך ארחיב להלן.

56. באשר לראיות הנוספות שהציגה התביעה, שמענו בעדות מוקדמת את עדותו של א.ד., בן 19 וידיד של המתלוננת. יש לציין כי כשהתבקשה העדות המוקדמת שלו נטען כי השניים הם בני זוג, וכי הם אמורים לטוס יחד לחו"ל (פרוטוקול מיום 18.2.14 עמוד 90 שורות 4-8); ברם בעדותו של א.ד. התברר כי הם כבר אינם בני זוג, והנסיעה לחו"ל לא בהכרח משותפת.

57. א.ד. העיד כי המתלוננת התקשרה אליו בערב האירוע, אבל המכשיר הנייד שלו היה בתיקון, ולכן הוא חזר אליה רק למחרת (עמוד 95 שורות 1-5). א.ד. תיאר כי "היא לא הייתה נשמעת הכי טוב. היא הייתה עם קול קצת חנוק. והיא אמרה לי, א' נאנסתי" (עמוד 96 שורות 1-3). א.ד. תיאר כך את מה שהמתלוננת סיפרה לו על האירוע:

והיא סיפרה לי שהיא הייתה בעיר העתיקה אתמול. והיא חיכתה למישהו שלא הגיע. והיה קר ואז האדון הזמין אותה לכוס תה לחדר, לקיוסק שלו. ואחר כך הם ישבו ודיברו קצת ואז הוא הציע לה לבוא אליו לחדר שלו למלונת שלו, אני לא יודע מה זה לעזור לו או משהו. אז היא אמרה לו בסדר. אבל בתנאי ששום דבר לא יקרה. הוא אמר בוודאי שום דבר לא הולך לקרות. ופה היא לא נכנסה לפרטים היא רק אמרה שהיא נכנסה והוא פשוט שכב אתה. (עמוד 96 שורות 14-19)

58. מלבד דברים אלו, א.ד. אישר כי הוא הצטרף למתלוננת לשיחה עם הנאשם שהוקלטה ע"י המשטרה (התמלול ודיסק השיחה הוגשו כמוצגים ת/4, ת/4א בהתאמה). לראיה זו אתייחס בהמשך.

עדות הנאשם

59. בעדותו הראשית סיפר הנאשם על האירוע באופן דומה לתיאור שמסר בתשובתו לכתב האישום. הוא טען כי כאשר שהו בחנות, הנאשם והמתלוננת פלרטטו אחד עם השני והייתה כימיה טובה. לטענתו, בדרך למלון אמרה לו המתלוננת בציניות ובגיחוך: "רק לסדר אנחנו הולכים נכון?" והוא ענה שהוא לא מצפה לשום דבר (עמוד 161 שורות 16-19). כן סיפר, שבדרך קנה לה שווארמה כי היא הייתה רעבה.

60. הנאשם העיד כי כשהיו במלון, הכול התרחש באווירה נינוחה. הם דיברו על האונס שהיא חוותה בעבר, והיא בכתה, הם עברו לשוחח על נושאים שמחים והוא הצחיק אותה. הוא נישק אותה והיא אמרה שזה לא מתאים, אבל אח"כ קירב אותה אליו, היא ישבה על הרגליים שלו, הוא נישק אותה והיא נישקה אותו חזרה. הם עברו למיטה תוך כדי נשיקות. הוא נישק אותה מהפנים לכיוון החזה וכשהזיז לה את החולצה היא החזירה אותו חזרה. הוא שאל אותה אם הכול בסדר והיא אמרה שהיא לא רוצה שהחולצה תתקמט. כל הזמן הוא שאל אם זה בסדר, והיא ענתה לו בחיוב (עמודים 161-163). כן מספר הנאשם שכאשר הוריד לה את התחתונים היא ענתה לו שזה בסדר; הוא שאל אם לכבות את האור והיא אמרה שזה לא משנה (ואציין, כי הנאשם לא הזכיר את כיבוי האור במשטרה ובתשובתו לאישום).



לגרסתו, לאחר שסיים הוא שכב לידה, ולאחר מכן הם קמו, כל אחד סידר את עצמו, והם התיישבו שוב מול השולחן לעשן סיגריה, והמשיכו לשתות את משקה האנרגיה שנשאר (גם פרט זה של הסיגריה לא מוזכר בהודעות הנאשם ובתשובה לאישום); ואז הוא אמר לה שבעוד כמה דקות הוא חייב ללכת, ואף המתלוננת מסרה לו שהיא אינה רוצה שהוא ילווה אותה, ואמרה לו שמחכים לה. אז, נפרדו השניים כל אחד לדרכו (עמוד 163).

61. **בחקירתו הנגדית** נשאל הנאשם האם אמר אמת במשטרה, והשיב: **"היו דברים שהפרזתי בהם"** (עמוד 177 שורות 6 - 7). ואכן, בחקירה הנגדית עלה באופן חד משמעי, כי התיאור שמסר הנאשם במשטרה היה מופרז, בלשון המעטה, בו מסר מספר רב של פרטים לא נכונים, ובעיקר בכל הקשור להתנהגותה של המתלוננת במלון.

בין היתר, הנאשם הודה כי בניגוד לדברים שאמר במשטרה, המתלוננת לא ירדה לו; לא ביקשה ממנו שירד לה; לא "צרחה כמו מטורפת" תוך כדי יחסי המין (עמוד 182 שורות 29-30, עמוד 183 שורות 1-11); הודה שהיא לא ביקשה שיביא אלכוהול למלון (עמוד 184 שורות 18-24); שהיא לא הייתה מעליו במהלך יחסי המין (עמוד 185 שורות 8-10); שאמר במשטרה שהמתלוננת הורידה את הבגדים שלה בעוד שהיא הורידה רק את הז'קט (עמוד 203 שורות 7-20). כן חזר בו מהאמירה במשטרה שהמתלוננת אמרה לו שהיא בת 18 ושלושה חודשים (וטען במקום זה, שהבין ממנה שהיא תהיה בת 18 רק בעוד חודשיים); ושהוא אמר לה במפגש ביניהם שיש לו אישה וילדים.

62. למעשה הנאשם הוסיף במשטרה פרטים בתיאור האירוע, אשר לא קרו במציאות, ובכך הציג גרסה לפיה יחסי המין ביניהם היו ביוזמתה של המתלוננת ובשיתוף פעולה מלא מצידה. לזכותו של הנאשם ייאמר, כי כשנשאל בחקירתו הנגדית אודות כל פרט שאמר במשטרה, האם הוא נכון אם לא, לא ניסה לעוות את המציאות ולעמוד מאחורי הדברים הלא נכונים שאמר במשטרה, אלא הודה מיד שהדברים אינם נכונים.

63. הנאשם הסביר את מסירת המידע הכוזב במשטרה באופן הבא:

עוד הפעם אני רוצה להסביר לך, כשאני הגעתי לתחנת המשטרה, אני כבר הייתי חצי בן אדם. אני לא אכלתי, לא שתיתי, כל היום במחשבות, מה יהיה עם זה, מה יקרה, עכשיו אני הולך לתחנת משטרה מה יקרה, אני יושב בחקירה ועוד מטיחים בי את האשמות האלו, אני ראיתי את המוות שלי, אני הרגשתי שאני פשוט בקבר, ככה אני הרגשתי, שאני עכשיו הולך למוות. אני לא, לא יודע למה היום, למה הפרזתי יכול להיות אולי מתוך צורך להתגונן, או להגיד, או להסביר שזה לא בדיוק מה שהם אומרים, אולי מתוך הצורך הזה,

(עמוד 179 שורות 1-19)

ת: עוד הפעם, צריך להבין באיזה מצב אני הייתי. אני רק רציתי, נכון הפרזתי בדברים, ש: אוקי בסדר, זאת התשובה שלך, בסדר.
ת: אבל עדיין לא סטייתי מהדבר הזה, שהכול היה בהסכמה אני פשוט סטייתי, רציתי אולי שיותר יתייחסו אלי או משהו כזה, אין לי מושג למה אמרתי את זה. אין לי מושג.

(עמוד 180 שורות 9-20)

ת: התחבקנו וכשאני ישבתי על הכיסא, תוך כדי חיבוק היא התיישבה עלי על הרגליים.
ש: היא התחילה לנשק אותך מהצוואר ואתה הרחקת אותה כמה פעמים, הרחקת את עצמך מהשפתיים שלה?
ת: לא. אני הפרזתי פה.
ש: אתה קמת באי נוחות והיא הזיזה אותך לכיוון המיטה, והתחילה להתחרמן אתך, זה ביטוי שלך, סליחה על הביטוי.



ת: עוד הפעם, הגרסה הזו שמסרתי היום בבית משפט, שאני רגוע, אוכל, שותה, חי, מבין, לא נמצא תחת לחץ היום שבחיים אני לא יודע איך אפשר להתמודד עם דבר כזה, שבאים אליך, שמים עליך אזיקים, מטיחים בך האשמות קשות, נזרוק אותך לכלא, נקבור אותך בבית סוהר, כל מיני דברים כאלו, שאתה יכול להיות קצת מפרז, כן, היא חיבקה אותי לא אני חיבקתי אותה, אבל אף אחד לא רוצה להקשיב או לבדוק, שבאמת זה היה באופן הדדי, או לשאול, או לראות,

(עמוד 181 שורות 20-11)

64. הנאשם טוען כי כאשר הגיע לחקירה במשטרה, זה היה לאחר שכבר פנתה אליו המתלוננת והטיחה בו שהוא אנס אותה, והוא ידע כי המשטרה מזמנת אותו לחקירה. הוא הבין כי עולמו יכול להתהפך, והחקירות היו קשות, ובפרט זו של רס"ל איה, אשר בה לטענתו צעקה עליו ולא נתנה לו לדבר (עמוד 165 שורות 15-12); ולאחר החקירה הזו של רס"ל איה, הנאשם התעלף ופונה לבית החולים. כך גם לגרסתו, צעקה עליו החוקרת בעימות שבינו לבין המתלוננת (עמוד 168 שורות 27-18), ולדבריו הוא הפריז בדבריו במשטרה מתוך רצון להתגונן, ובמחשבה שכך יגביר את הסיכוי שיאמינו לו.

65. בהקשר זה יצוין, כי בחקירה הנגדית של רס"ל איה ניסה ב"כ הנאשם להוכיח כי האופן בו חקרה את הנאשם הוביל ללחץ כבד המסביר מדוע מסר הנאשם תשובות לא נכונות.

רס"ל איה הודתה בעדותה, כי כשנכנסה לחקור את הנאשם, היה זה לאחר שגבתה הודעה מן המתלוננת, ועל בסיס הודעתה היא האמינה שהנאשם אכן אשם. כן הודתה כי בחקירתו קראה לנאשם "שקרן" (עמוד 121 שורות 24-26, עמוד 123 שורות 17-14). בתשובה לשאלה, מדוע צעקה על החשוד "צעקות מטורפות" בחקירה, אישרה העדה שצעקה על הנאשם, תוך שטענה כי זו טקטיקה מקובלת של חקירה (עמודים 140-139). בהקשר זה טענה ב"כ המאשימה שגם הנאשם צרח "צרחות מטורפות".

לשאלת בית המשפט, האם טקטיקת הצעקות מובילה למסירת יותר פרטים מצד החשוד, לא יכלה העדה להשיב (עמוד 143 שורות 18-1).

היא גם מאשרת שהנאשם אכן היה לחוץ בחקירה וכי בסיום החקירה הוא התעלף וירד לו דם מהאף, וכי פונה לבית החולים (עמוד 129 שורות 30-12).

66. ראשית אעיר כי לבית המשפט הוגשו שני דיסקים האמורים לתעד את חקירת הנאשם מיום 29.1.14. צפייה בדיסקים מגלה כי בדיסק הראשון לא תועד דבר (חדר החקירות ריק). הנאשם ורס"ל איה נכנסים אליו רק בשניות האחרונות של ההקלטה; והדיסק השני כולל כמחצית מן החקירה, מעמוד 2 - 7 להודעת הנאשם (מתוך 12 עמודים). מצב זה עורר קושי מסוים לבחינת טענת הנאשם, שכן לפי המתואר בהודעה, החלקים ה"קשים" יותר בחקירה, לרבות חלק מתיאוריו של הנאשם בנוגע ליחסי המין שהתקיימו, נמצאים בחלק החקירה שלא הוגש לגביו תיעוד חזותי. כן לא ניתן לראות את סיום החקירה, בו התמוטט הנאשם ופונה לבית החולים, כפי שהעידה רס"ל איה - כאשר בהודעה אין זכר לכך.

67. היעדר תיעוד חזותי לחלק ניכר מהחקירה, הינו מנוגד להוראות סעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב - 2002 ולתוספת של החוק. אמנם, סעיף 7(2) לחוק זה מאפשר לקצין הממונה להורות על תיעוד חלופי, בכתב או בקול, "אם בשל תקלה טכנית או בשל צורך ענייני, לא ניתן לתעד את חקירת החשוד בתיעוד



חזותי; הוראה כאמור תינתן בכתב ותכלול את הנימוקים לה"; ברם, לא נטען כי ניתנה הוראה כזו ולא הוגשה לפנינו כל הוכחה למתן הוראה כזו.

68. מכל מקום, מן החלק המתועד חזותית, לא ניתן לקבל את טענת הנאשם כי רס"ל איה צעקה עליו ולא נתנה לו לדבר, וכי הפריז בתשובותיו בגלל הלחץ הכבד שהופעל עליו. רס"ל איה נתנה לו להשיב לשאלותיה. אמנם, מידי פעם הרימה את קולה, אך לא במידה שנראית בלתי סבירה. כן עולה מההקלטה כי הנאשם ענה מספר תשובות בהן "הפריז", ללא כל לחץ מקדים. כך, במסגרת תשובתו לשאלה מה הוביל ליחסי המין, טען הנאשם כי המתלוננת החלה לנשק אותו מהצוואר, הזיזה אותו למיטה וחרמנה אותו (ת/1, שורות 156-163); ובהמשך השיב כי המתלוננת הסירה את בגדיה ואת בגדיו, ביקשה שהנאשם ירד לה, **"והיא צרחה כמו מטורפת"** (שם, שורות 204-206). סבורני כי לפחות באשר לתשובות הללו בהן "הפריז" הנאשם, ואשר מתועדות חזותית בדיסק שהוגש, לא ניתן לקבל את טענת הנאשם שהן נמסרו עקב לחץ שהופעל עליו בחקירה. בד בבד, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי בתום החקירה הנאשם התמוטט ואושפז בבית החולים, כך שייתכן והמשך חקירתו - לגביה לא הוגש תיעוד לבית המשפט - היה בעל אופי מלחיץ יותר.

69. באשר להקלטת העימות שנערך בין המתלוננת לחשוד (ת/3א'), ממנה עולה כי אכן רס"ל איה צעקה על הנאשם מספר פעמים צעקות רמות בסגנון המילים "שקט", "שקט שיהיה פה", ולעיתים נראה כי לא הייתה הצדקה לכך. כן לעיתים קטעה את דבריו בחוסר סבלנות. יחד עם זאת, איני סבור שיש בכך פעילות חריגה אשר יש בה בכדי להועיל להגנת הנאשם.

70. יוער, כי לדעתי יש צדק בטענת ב"כ הנאשם שבניהול החקירה נפלו פגמים. לדוגמא, הגם שהנאשם מסר בחקירתו כי סיפר על האירוע לבעל החנות ולאשתו, הם לא זומנו לחקירה. לטענת רס"ל איה, יש לשאול את קצין החקירות אודות מחדל זה (עמוד 134 שורות 3-30, עמוד 135 שורות 1-5), והיא אישרה שלא כתבה מזכר לתיק אודות דברי הנאשם, שהיה מפנה את תשומת לבו של קצין החקירות לכך. אלא, שאז נשאלה העדה הכיצד בדיון מעצר הימים של הנאשם מיום 3.2.14, היא עצמה אמרה שאותם שניים לא נחקרו, והצהירה לפני בית המשפט שהעניין ייבדק. רס"ל איה אישרה את הדברים ואישרה שלא עשתה דבר בעניין, חרף הצהרתה בבית משפט (עמוד 135).

כן לא הייתה תשובה לרס"ל איה לשאלה מדוע כשבחקירה הראה לה הנאשם תמונות מסרט האבטחה שיוכחו "מי התחיל עם מי", היא רק צירפה אותן לתיק ולא שאלה אותו על משמעות התמונות (עמוד 124 שורות 18-29). בתיעוד החזותי אף נראה כי רס"ל איה זלזלה בטענת הנאשם כי התמונות יוכיחו לה "מי התחיל עם מי". כן לא ידעה להשיב מדוע לא זימנה את המתלוננת לשאול אותה על התמונות ולהסביר אותן (עמוד 125 שורות 2-4).

עוד אציין כי הנאשם טען שביקש מהחוקרים לקחת את סרט האבטחה מהחנות, אך הדבר לא נעשה, וכפי שצוין לעיל, לאחר חלוף זמן הוא נמחק, והנאשם לא הצליח לשחזר אותו.

71. מדובר במחדלי חקירה לא מבוטלים. סרט האבטחה במלואו היה יכול ללמד על התייחסות המתלוננת לנאשם בחנות, וכן היה מקום לחקור את המתלוננת לפחות על התמונות. ייתכן ופעולות חקירה אלו, היו יכולות להוביל לבחינה מדוקדקת יותר של הגשת כתב האישום בתיק זה.

72. לאחר שהצגתי את הפן העובדתי והראייתי של האירוע נשוא כתב האישום, אעבור עתה לניתוח המשפטי של הנדון.



יסוד ההסכמה

73. יסוד הסכמת המתלוננת הוא זה המהווה את קו הגבול בין עבירת אינוס לבין יחסי מין מותרים. יפים לעניין זה דברי כב' השופט נ' הנדל בע"פ 635/10 פלוני נ' מדינת ישראל (2012):

ברובד המשפטי, הכוונה הפלילית בעבירת האינוס הינה בדמות מודעות ליסודות העבירה, קרי לאי הסכמה חופשית של האישה למעשה הבעילה. הסכמה חופשית בעבירת האינוס היא בגדר נורמה משפטית המפרידה בין המותר והאסור. נוכחותה של ההסכמה החופשית בדרך כלל איננה נלמדת מהצהרה על קיומה, אף נכון יותר להדגיש שהסכמה איננה נגזרת משתיקת האישה. נסיבות המעשה המיני בכללותן רלוונטיות לבחינת קיומה של ההסכמה. נסיבות אלה כוללות רקע והקשר למעשה המיני. הרף ברכיב העבירה - "הסכמה חופשית" ולא "נגד רצונה" - מעצב את דרישת המודעות אליה. לשון אחרת, המודעות של נאשם נמדדת ביחס לאמת המידה של ההסכמה החופשית של האישה. אין הוא רשאי להתעלם מסירוב, בין אם הוא מבוטא בצעקה, ובין אם נאמר בלחשה.

74. אם כן, יש להכריע בענייננו האם הוכח כי המתלוננת לא הסכימה ליחסי המין, וכן עלינו לבחון את מידת המודעות של הנאשם להסכמתה או אי-הסכמתה. בתוך כך, נסיבות המעשה המיני, לרבות הרקע למעשה, רלוונטיות לבחינת ההסכמה.

75. לאחר שנשמעו עדויות הצדדים, עולה בברור כי הן הנאשם והן המתלוננת, סיפרו במשטרה גרסאות לא מדויקות, כאשר הנאשם המציא עובדות שילמדו על הסכמת המתלוננת ליחסי המין, ואילו המתלוננת החסירה עובדות שילמדו על הסכמתה או על המסר החיובי שהעבירה לנאשם.

76. סבורני כי באשר לחלק הראשון של האירוע בחנות, התמונות מסרט האבטחה שהוגשו כמוצגים מטעם ההגנה מחזקות את גרסת הנאשם כי הוא והמתלוננת פלרטטו ונגעו אחד בשני, ללא כל התנגדות או מחאה מצד המתלוננת. למראה התמונות, הודתה גם המתלוננת בחקירתה כי היה מגע מצידה בנאשם. אומנם היא התעקשה לטעון כי הגם שהנאשם פלרטט עמה, היא רק הייתה נחמדה אליו; ברם איני משוכנע כי היא עצמה ידעה לשים את הגבול בין נחמדות לבין פלרטוט. מכל מקום, הנגיעות בנאשם שבאו מצידה ושיתוף הפעולה עם הנאשם אשר פלרטט אתה, כפי הנראה העבירו לו מסר שהיא נהנית להיות אתו, ואכן לדבריה היא "העבירה את הזמן" מתוך שנהנתה לשהות עמו בחנות. גם אם הנאשם נגע במתלוננת יותר משהיא נגעה בו, כיוון שלא מנעה ממנו לעשות כן או התרחקה ועזבה את החנות, אלא אף נגעה בו בחזרה, יש להניח כי היא העבירה לו מסר חיובי שהיא נהנית ממגע פיזי ביניהם.

77. אמנם ברי, כי דרך התקשורת בחנות בין השניים לא מהווה כשלעצמה מסר כי המתלוננת מסכימה ליחסי מין, ולשם כך יש לבחון את התנהגותה במלון.

78. באשר ליסוד אי-ההסכמה, שהוא התנאי להרשעה בגין עבירת אונס, יש להזכיר כי "כיום, הוצב גבול ברור, לפיו קיום יחסי מין מותרים ברצונה החופשי של האישה ביחסים אלו. אי-ההסכמה יכולה אמנם ללבוש צורות התנהגות שונות ומגוונות, אך המשותף לכולן הינו המסר הברור, כי היא איננה מעוניינת בכך. עם העברת מסר זה, יהיה בהמשך קיום יחסי המין משום עבירה פלילית חמורה" (ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב(1) 710 (2007); להלן: "פרשת פלוני").

79. הפסיקה כינתה מצב בו משנה האישה את דעתה ומושכת את הסכמתה הקודמת, כ"שינוי לבבות". נקבע לא אחת כי לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי מין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, וכך גם אם הייתה חדירה



שמקורה בהסכמה - עומדת לאישה הזכות לסרב להמשך החדירה לאחר מכן. יחד עם זאת, לא יורשע בן-הזוג בגין המשכת המעשים אלא אם החזרה מההסכמה הובאה לידיעתו באופן ברור (ראו, **פרשת פלוני**, שם; כן ראו, הכרעת הדין של בית משפט זה בתפ"ח 6556-02-12 **מדינת ישראל נ' בן קסוס** (לא פורסם) (27.8.14)).

80. אי לכך, על המאשימה מוטל הנטל להוכיח כי מבצע האקט המיני היה מודע לכך שמעשיו הינם נגד רצונה של האישה, שכן, ייתכנו מקרים בהם נותרת אי-ההסכמה בלבה של האישה והיא אינה ניכרת כלפי חוץ. כן יוער, כי ככל ששלב החזרה מההסכמה מאוחר יותר, ואקט המיני מתקדם יותר, נדרש כי החרטה של האישה תהיה ברורה ובהירה יותר, כדי לוודא שהנאשם אכן מודע ללא ספק לשינוי הלבבות שהתרחש (**פרשת פלוני**; ליישום הלכה זו, ראו, למשל, ע"פ 1651/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (6.11.10)).

81. מן הכלל אל הפרט, יש כעת להכריע האם המתלוננת העבירה לנאשם מסר כי היא אינה מסכימה לקיום יחסי המין.

82. אם נתמצת את העובדות שאירעו במלון, אין חולק כי הנאשם והמתלוננת נכנסו יחד לחדר במלון, המתלוננת ישבה לאכול, הנאשם החליף מצעים ויצא לפחות פעמיים והביא מגבות. הוא שתה אלכוהול בזמן שהמתלוננת עוד אכלה. הם שוחחו, גם על האונס שחוותה בחו"ל, והיא בכתה. לאחר מכן חיבק אותה הנאשם ונישק אותה, והיא אמרה לו "לא", והוא הפסיק. לאחר מכן משך אותה אל ברכיו ונישק אותה שוב. המתלוננת נישקה אותו בחזרה (גם לפי גרסתה). שניהם עברו למיטה. הנאשם ניסה להרים את חולצתה של המתלוננת והיא משכה אותה למטה, הנאשם הוריד את תחתוניה וליקק את איבר מינה מספר דקות, תוך ששאל אותה מספר פעמים האם זה נעים לה, בלי שתתנגד ומבלי שתנסה למנוע ממנו מלהמשיך. לאחר מכן הוא הוריד את בגדיו והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, וגם אז, **לדבריה**, שאל אותה האם זה נעים; והחדירה הסתיימה בתוך דקה.

83. המחלוקת בעיקרה היא האם, כגרסת המתלוננת, היא נישקה את הנאשם בחזרה כי ראתה שהוא שיכור והתחילה לפחד ממנו (והוא החזיק את ידיה לצד גופה), וחשבה שאם תנשק אותו היא תכצה אותו; והאם כשהיו על המיטה הייתה המתלוננת קפואה וכי מסיבה זו, ולא מתוך הסכמה למעשיו, לא ענתה לו כששאל אותה האם "זה בסדר"; או שנכונה גרסת הנאשם, לפיה, הם עברו למיטה תוך כדי נשיקות הדדיות; המתלוננת ענתה פעמיים בחיוב לשאלותיו האם מה שהוא עושה בסדר; וכי ככלל, כל המגע המיני התקיים מתוך אווירה נינוחה וכימיה בין השניים, והוא הבין שהיא מסכימה לקיים עמו יחסי מין.

84. אני מתקשה לקבל את טענת המתלוננת כי היא נישקה את הנאשם רק כיוון שהחלה לפחד ממנו. המתלוננת בילתה עמו כשעתיים קודם לכן בחנות, והעידה כי היא נהנתה להיות עמו ולהעביר עמו את הזמן, וכן סיפרה שהלכה עמו לחדר במלון עם אלכוהול. אומנם היא אמרה לו בדרך שאינה מתכוונת לקיים יחסי מין, ולדבריה אמרה זאת כי "**הייתי מעט מודאגת. אבל בכל זאת רציתי להיות בטוחה**" (עמוד 16 שורות 4-12). ברם על פי מעשיה, היא לא חששה מהנאשם. היא נכנסה אתו למלון, אכלה שם כריך שהנאשם קנה לה, והם שהו ודיברו שם. הנאשם יצא לפחות פעמיים, כך שאם היא חששה שאולי יקרה משהו בניגוד לרצונה, או שחששה בכלל מפני הנאשם - יכלה לצאת מהחדר וללכת. איני משוכנע כי פתאום החלה לפחד מן הנאשם מיד לאחר ששתה אלכוהול, ברגע שמשך אותה על ברכיו ונישק אותה (כאשר אף לדבריה נישק אותה גם קודם לכן ואז לא ציינה כי פחדה ממנו), וכי הפחד הנטען הוא הסיבה שנישקה אותו חזרה, מתוך מחשבה שהוא יסתפק בנשיקה ולא ימשיך מעבר לכך. נשיקה זו, שכבר לבשה אופי מיני, נתנה עבור הנאשם איתות להסכמת המתלוננת למגע מיני.



85. בשלב זה עברו השניים אל המיטה; ולאחר שמיעת העדויות, לא הוכח כי הופעל שום כוח בשלב זה. המתלוננת טוענת כי היא הייתה קפואה, וכי כאשר משכה את חולצתה כלפי מטה, כשניסה הנאשם להכניס ידו לחזה, הוא היה צריך להבין כי היא אינה מסכימה לקיום יחסי מין עמו; ואילו הנאשם טוען כי היא השיבה בחיוב לשאלותיו האם זה נעים לה, והוא ממש לא הבין שהיא לא רוצה בקיום היחסים.

אומנם, ההסבר שנתן הנאשם לראשונה בבית המשפט לכך שהמתלוננת משכה את חולצתה, שהיא אמרה לו שאינה רוצה שחולצתה תתקמט, אינו משכנע במיוחד. ברם, היא הייתה יכולה למשוך את חולצתה בשל חוסר רצון שייגע בחזה מסיבות שונות, לרבות רצונה שלא לחשוף את גופה (ואני מפנה בהקשר זה לעדותה, המפורטת לעיל, באשר לרתיעתה מפני חשיפת גופה); ולא בהכרח ניתן לצפות מן הנאשם שייסיק מתנועת משיכת החולצה שהיא אינה מעוניינת במין האוראלי ובחדירה, כאשר לא אמרה דבר, לא הגיבה להמשך מעשיו בתנועת גוף כלשהי שתלמד על התנגדותה לכך, וכן מעצם העובדה שלא התרחקה ממנו ולא ירדה מן המיטה.

86. גם שאר ראיות התביעה אינן מועילות דיין להסרת הספק כי גרסת הנאשם, לפיה הסכימה המתלוננת למעשים, וענתה לשאלותיו כי מעשיו הם "בסדר", היא הנכונה.

87. באשר לשיחה מיום 16.1.14 שיזמה המתלוננת עם הנאשם ואשר הוקלטה ע"י המשטרה (ת/4, ת/4א), יש לדחות את טענת המאשימה כאילו שיש בשיחה כדי לתמוך בגרסת המתלוננת שהיא הביעה בפני הנאשם אי-הסכמה ליחסי מין. בפתח השיחה נשמע שהנאשם קיבל את המתלוננת בחום, ושאל אותה מדוע היא לא הגיעה לחנות ושהוא רוצה לראות אותה שוב, ומכאן ניתן ללמוד כי הוא חווה את האירוע במלון כחוויה משותפת שהתקיימה בהסכמת המתלוננת. לאחר מכן, ולאורך השיחה, מטיחה המתלוננת בנאשם שוב ושוב כי היא אמרה לו "לא", והוא עונה לה שהוא כלל לא הבין ממנה שהיא לא מעוניינת ביחסי המין, וכי אם היה מבין כך, לא היה עושה זאת.

88. ככלל, לא היה בראיה זו כדי לסייע לגרסת המאשימה, מלבד העובדה שדברי הנאשם בשיחה המוקלטת פוגמים בגרסה "המפורזת" שמסר הנאשם במשטרה. זאת, כיוון שהנאשם לא טען בפני המתלוננת כי היא עשתה את המעשים שטען הנאשם במשטרה. ברם, הנאשם עצמו כבר הודה כי מדובר בפרטים לא נכונים. פרט לכך, אין בתמליל השיחה המוקלטת הודאה כלשהי מפי הנאשם כי המשיך ביחסי מין חרף קבלת מסר כלשהו מן המתלוננת כי היא מתנגדת ליחסים. תמצית גרסתו באותה שיחה היא כגרסתו בבית המשפט - כי הוא הבין שהיא מסכימה למעשים, ולא קלט מסר הפוך; וכי הוא מתנצל על מה שהיא חושבת שהוא עשה לה (למשל, ת/4 עמוד 30 שורות 5-1; עמוד 38 שורות 18-26).

89. כן אציין, כי מרבית השיחה נוהלה כשברקע אנשים אחרים המגיעים לחנות. המאשימה טענה כי ניתן להסיק כי הנאשם הרגיש אשמה בגין מעשיו, מן העובדה כי הנאשם ביקש מן המתלוננת להנמיך את קולה, או ללכת למקום אחר לשוחח, ואמר לה שהדברים שלה יהרסו את חייו. ברם, דברים אלה של הנאשם אינם מעידים על התחמקות או כי הוא משקר, וגרסתו שאמר דברים אלה כי פחד משמועות שעלולות להיווצר אם אנשים ישמעו את דבריה של המתלוננת, הינה סבירה והגיונית. עוד אוסיף כי במשך השיחה האמורה איימה עליו המתלוננת מספר פעמים שתריץ לו, וקיללה אותו (למשל, ת/4 עמוד 21 שורות 7-11, 31; עמוד 28 שורות 17-28; עמוד 32); וגם כאשר הצטרף א.ד. לשיחה, והשלושה עברו למקום נפרד להמשך השיחה, הנאשם המשיך לתאר את שארע מזווית הראייה שלו, שהכל נעשה בהסכמתה. אי לכך, אין להסיק מתוך השיחה האמורה שהנאשם הודה הודאה כלשהי בנכונות גרסתה של המתלוננת.

90. כמפורט לעיל, המאשימה הגישה כראיה נוספת את עדותו של א.ד., אשר העיד על שיחת הטלפון שהתקיימה



בינו לבין המתלוננת למחרת האירוע. בהתייחס למתלוננת אמר בעדותו כי באותה שיחה, **"היא לא הייתה נשמעת הכי טוב. היא הייתה עם קול קצת חנוק. והיא אמרה לי, אלי נאנסתי"** (עמוד 96 שורות 3-1). מדבריו עולה כי המתלוננת סיפרה לו על האירוע בקווים כלליים, ולא חשפה בפניו אל מלוא העובדות, כגון, את הפלירטוט בחנות, ושנהנתה שם (עמוד 96 שורות 19-14); ברם, יש לייחס משקל לתוכן עדותו, כמשקף את הרגשתה יום לאחר האירוע.

91. חוץ מעדות החבר, לא הוצגה שום ראיה חיצונית על המעשה או על תגובת המתלוננת לאחריו. בהקשר זה יש לציין את העובדות דלהלן:

א. הגם שהמתלוננת סיפרה כי התכתבה בפייסבוק באותו ערב וסיפרה על מה שארע לה, ואמרה שהיא חושבת שתוכל לשחזר את התכתובות (עמוד 19 שורות 26-30, עמוד 20 שורות 6-1), תכתובות אלו לא הוצגו לבית המשפט (אציין, כי בשלב הסיכומים ביקשה ב"כ המאשימה להגיש מספר תכתובות, אולם ב"כ הנאשם סירבה לכך, ועל כן התכתובות האלו לא הוגשו).

ב. על אף שלטענת המתלוננת היא סיפרה לחברתה רחל אודות האונס והגיעה אתה למשטרה עת הגישה את התלונה ותרגמה שם את דבריה לעברית, המאשימה לא העידה אותה; אם כי יוער, כי היה קושי באיתורה (והתברר כי שהתה בחו"ל), ומסיבה זו בלבד ויתרה ב"כ המאשימה על עדותה.

ג. המתלוננת סירבה להיבדק וסירבה גם להראות את החבלות שלטענתה במשטרה נגרמו לה בחזה.

92. לסיכום, סבורני כי ראיות המאשימה, קרי, עדות המתלוננת עצמה, בצירוף ראיות המאשימה המעטות הנוספות, אינן מספיקות בכדי לאיין את הספק הקיים בעיניי ולהביא לרף השכנוע הנדרש להוכחת עמדת המאשימה, מעל לכל ספק סביר, כי יחסי המין בוצעו שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת. ראשית ייתכן כי גרסת הנאשם, שהמתלוננת ענתה לו בחיוב שמעשיו הם "בסדר" - היא הנכונה, ואם נקבל את גרסתו זו, הרי שהמתלוננת העבירה לנאשם מסר פוזיטיבי חיובי כי היא מסכימה להמשך קיום יחסי מין עמו. שנית, אף אם הייתי מקבל את גרסת המתלוננת, כי היא הייתה קפואה כאשר שכבה על המיטה, הרי לאור שיתוף הפעולה שלה במגע בעל אופי מיני עם הנאשם סמוך לפני שעברו למיטה, אין למצוא במצבה "הקפוא" במיטה שידור מסר ברור לנאשם שהיא מתנגדת למעשיו וכי היא אינה מסכימה להמשך במגע המיני; וקיימת אפשרות סבירה כי הנאשם לא הבין שהיא לא מעוניינת לקיים יחסי מין, באופן המקיים את הגנת "טעות במצב הדברים", עליה ארחיב להלן. כפי שקבע בית משפט העליון בפרשת **פלוני** (ראו לעיל), **"אי-ההסכמה יכולה אמנם ללבוש צורות התנהגות שונות ומגוונות, אך המשותף לכולן הינו המסר הברור, כי היא איננה מעוניינת בכך"** (ההדגשה אינה במקור - ב.ג.); ומן המקובץ אני מסיק כי מסר ברור - לא היה כאן כלל.

93. אזכיר כי המתלוננת סיפרה שלאחר המגע המיני ניסה הנאשם לחבק אותה ולהתכרבל אתה, והוא אף ביקש לשמור אתה על קשר. גם התנהגות זו של הנאשם אינה מאפיינת את ההתנהגות הצפויה מגבר אשר זה עתה ביצע בבחורה אקט מיני שלא בהסכמה, ואדרבא, יש בה כדי ללמד כי הנאשם סבר לא רק שיחסי המין ביניהם התקיימו בהסכמה, אלא אף שהמתלוננת תהיה אולי מעוניינת ביחסי מין עמו גם בעתיד.

94. אדגיש גם את המובן מאליו, כי הפגמים שבגרסת הנאשם, ובעיקר - הפער שבין גרסתו במשטרה לגרסתו בבית המשפט, אינם בהכרח מובילים למסקנה כי גרסת המתלוננת, שאינה חפה מפגמים, היא הנכונה ומצדיקה את הרשעת הנאשם. נטל ההוכחה והשכנוע מוטלים על כתפי המאשימה, ויש לעמוד על המשמר לבל נגלוש ליישום נטל ההוכחה של מאזן ההסתברות הנהוג במשפט האזרחי (ראו, ע"פ 3676/11 עלי נ' מדינת ישראל (09.10.2012); **מדינת ישראל**



נ' בלאוסוב (13.9.2005). כן אני מפנה לע"פ 9809/08 **ארנלדולזרובסקי נ' מדינת ישראל (25.11.2010)**, בו נאמר כדלקמן:

האם לאחר שמיעת המשפט, לרבות סיכומי הצדדים ושקילת מכלול הראיות בניסיון להגיע להכרעה ולקבוע ממצאים עובדתיים - עדיין קיימת סבירות, אף אם אינה גבוהה, כי הנאשם חף מפשע? האם הספק המקון בי (בשופט השומע את התיק) סביר? ודוק, "סביר" - לא פחות מכך, אך גם לא יותר. בל נשכח, וליתר דיוק אין לשכוח, כי הספק הסביר נועד למקרה בו לאחר סיום הליך שמיעת הראיות ותהליך קביעת העובדות - המסקנה אינה ברורה. אף אם נטות המאזניים לכיוון האשמה - לא די בכך במשפט הפלילי. ההיפך הוא הנכון. די בכך כדי לזכות אך לא להרשיע".

הספק הסביר לא יתעורר אם יבוסס על השערה או ספקולציה, אבל יהיה קיים אם קיימת אפשרות סבירה ומציאותית לחלופה לגרסה המרשיעה (ע"פ 1003/92 **רסלאן נ' מדינת ישראל (23.1.97)**). סבורני, כי בנדון דנן, הספקות שצינתי לעיל מבוססים על האפשרות הסבירה והמציאותית כי קיימת חלופה לגרסת המאשימה המרשיעה.

95. יודגש, כי מסקנה זו אינה פוסלת את מלוא גרסתה של המתלוננת, וייתכן כי גרסתה, שהיא לא הסכימה למעשי הנאשם, וכי קפאה ולא הייתה יכולה להגיד לו דבר, אכן משקפת את מה שהיא חוותה. מסקנה זו משתלבת עם התרשמותו של א.ד. מן השיחה שקיים עמה למחרת האירוע. אך גם אם זו הייתה חווייתה האישית של המתלוננת, אין אלא להסיק כי היא השאירה את אי-הסכמתה בתוך לבה ולא הביעה אותה כלפי חוץ. כמצוין לעיל, לאחר שמגע בעל אופי מיני החל בינה לבין הנאשם בהסכמתה, על המאשימה הוטל הנטל להוכיח כי המתלוננת העבירה מסר ברור לנאשם בשלבים שלאחר מכן כי היא לא מסכימה לקיים יחסי מין, ונטל זה לא הורם מעבר לספק סביר.

טענת "עצימת עיניים"

96. ודוק: כל האמור עד כה מתייחס לטענת המאשימה כי הנאשם פעל על אף שהמתלוננת לא הסכימה למעשיו; ועובדת אי-ההסכמה לא הוכחה פוזיטיבית מעל לכל ספק סביר. ברם, יש גם להתייחס לטענתה החלופית של המאשימה המפורטת בסיכומיה, כי גם אם לא יוכח שהנאשם ידע שהמתלוננת אינה מסכימה ליחסי המין, אזי לכל הפחות מתקיימת כאן "עצימת עיניים", ודי בכך כדי להתייחס לנאשם כמי שהיה מודע לאי-ההסכמה של המתלוננת.

97. בסעיף 20(ג)(1) לחוק נקבע כי "**רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנעמלברם**". כבר נקבע בפסיקה כי בעבירת אינוס, "עצימת עיניים" משתרעת גם על **חוסר אכפתיות** לשאלה האם המתלוננת מסכימה למגע המיני או אינה מעוניינת בו (ראו למשל: ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289 (2000); ע"פ 2848/14 **סיגר נ' מדינת ישראל (12.11.14)**).

98. בנדון דנן, קיימות עובדות לכאן ולכאן, המושכות למסקנות הפוכות, ומלאכתו של בית המשפט בהכרעתו בסוגיה זו אינה קלה כלל ועיקר; ובמיוחד כאשר מול טענת המאשימה לקיומה של "עצימת עיניים" טוען הנאשם את טענת ההגנה של "טעות במצב הדברים".

ראשית יש לפנות לפסיקה אשר קבעה את קני המידה לפיהם יקבע בית המשפט האם אכן נסיבות המקרה שלפניו מצדיקות את המסקנה כי התקיימה עצימת עיניים המצדיקה הרשעה. ראו למשל, את הדברים הבאים שבע"פ 11699/05 **כריס סרפו נ' מדינת ישראל (2008)**, בהתייחס לסעיף 20(ג)(1) לחוק:

למקרא הוראה זו אתה למד, כי מקום בו מפעם בלבו של מבצע העבירה חשד בדבר טיב



התנהגותו, או בדבר קיומה של נסיבה הנמנית עם פרטי העבירה - הוא לא יוכל להתגונן בטענה לפיה פעל בהעדרה של מודעות. במצב דברים מעין זה - כך ממשיכה הוראתו של סעיף 20(ג)(1) וקובעת - מוטלת על מבצעה של עבירה החובה לפעול כדי להפריך את החשד ולברר את מצב הדברים לאשורו, וכל עוד לא עשה כן, או שעשה אולם חשדו לא הופרך, רואים אותו כמי שהיה מודע בפועל בעת ביצועה של העבירה לאותו פרט. לשון אחר: התעורר בלבו של אדם חשד, והוא אינו טורח להזימו, יש לראותו כמי שעוצם את עיניו והתעלם במודע מאפשרות קיומה של נסיבה.

...

באשר לטיבו של החשד בו עוסק סעיף 20(ג)(1), ראוי להוסיף את שני אלה. ראשית, הפסיקה קבעה כי 'עצימת עיניים' מתקיימת מקום בו החשד המפעם בליבו של המבצע הוא חשד ממשי, מעשי, רציונאלי, ואין להסתפק בחשד מופרך, שאין לו אחיזה במציאות. **שנית, וכאן העיקר, בבסיסו של הרעיון בדבר עצימת-העיניים ניצב חשד אישי, סובייקטיבי, המתעורר בליבו של העושה פנימה, ועל אף הקושי המעשי שהדבר עשוי לעורר אין די בחשד אובייקטיבי שהיה צריך להתעורר בלבו באותן נסיבות, או בחשד כזה שהיה מתעורר בליבו של ה'אדם הסביר'** (ראו ע"פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3), 899, 873; ע"פ 7580/02 אחמד ג'אבר נ' מדינת ישראל; ע"פ 11328/03 מדינת ישראל נ' עותמאן כאניה; וכן מאמרו של מ' קרמניצר, 'תיקון 39 לחוק העונשין - חמש שנים לחקיקתו', מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית (תשס"א-2001), 55, בעמ' 71). **הרעיון הניצב בבסיסה של הלכה זו הוא כי אין זה ראוי לרתום את הכלל בדבר עצימת-עיניים, כלל שנועד לסייע בדרכי הוכחתה של 'מחשבה פלילית', כהגדרתה בסעיף 20(א) לחוק העונשין, כדי להרחיב יסוד-נפשי זה על-ידי החדרתם של אלמנטים אובייקטיביים לתוכו.**

באשר למערכת ה'נסיבות העובדתיות האובייקטיביות' (כלשונו של הנשיא (בדימוס) שמגר, בע"פ 5612/92 הנ"ל), הרי שהשימוש בה יכול להיעשות ככלי עזר ראייתי בלבד, ולא כתחליף מהותי להוכחתה של מודעות כפי שהוצע שם. אבהיר, כאשר ממערכת הנסיבות האובייקטיביות עולה כי בלבו של כל אדם בר-דעת היה מתעורר חשד, עשוי הדבר להקים חזקה עובדתית הפועלת לחובת הנאשם. כך, ניתן להניח כי מערכת נסיבות שהייתה מעוררת חשדו של כל אחד אחר, וודאי עוררה, בפועל, גם את חשדו של העושה. אולם חזקה זו (כדרך של חזקות מסוגה) ניתנת לסתירה, וגם מעל משוכה זו יצליח הנאשם לדלג אם יעלה בידו להוכיח, כי מה שנכון לגבי אחרים - לא נכון לגביו, ועל-אף חשדם של אחרים, בליבו-שלו לא התעורר חשד כזה, בשל נתוניו האישיים או נסיבותיו המיוחדות של האירוע.

(ההדגשות אינן במקור - ב.ג.).

אם כן, בכדי להוכיח כי התקיימה מודעות ברמה של "עצימת עיניים", יש להוכיח כי בלבו של הנאשם פיעם חשד בדבר טיב התנהגותו, חשד שהוא אישי-סובייקטיבי, כאשר הנסיבות העובדתיות האובייקטיביות משמשות ככלי עזר ראייתי בלבד ואינן מחליפות את הוכחת מודעות הנאשם.

בע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873, 896-897 (2001) (להלן: פס"ד **אזולאי**), מתייחס בית המשפט העליון לעצימת העיניים בהקשר של עבירת האינוס:

לשון החוק היא ברורה, אך אין להתעלם מכך שהסוגיה סבוכה ועלולה לעתים לעורר קושי. מצד אחד עומדת לשונו המפורשת של החוק, ומן הצד האחר ייתכן כי מצבים שונים עשויים להצדיק דרישת מודעות ברמה שונה כלפי הנסיבות, הכול על-פי ההגדרה של כל עבירה ועבירה ועל-פי תכליתו של האיסור הפלילי. אולם לכל הדעות, בכל הנוגע לעבירת האינוס, הוכחת קיומו של חשד ממשי מצד הנאשם בדבר התקיימות הנסיבה 'שלא בהסכמתה החופשית', בלא שהנאשם בירר חשד זה עובר למעשה האישות, מהווה תחליף הולם למודעות בפועל; כך המצב בהתאם לדין המצוי הקבוע בסעיף



20(ג)(1) לחוק העונשין, ובעיניי כך גם המצב הראוי. הדרישה כי נאשם שבלבו התעורר חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי-מין עמו יברר את הסכמת האישה עובר למגע המיני, אינה מהווה דרישה מוגזמת. הגבר והאישה נמצאים יחדיו, ומה קל יותר מלברר את רצונה של האישה, אלא אם הגבר מעדיף שלא לדעת... יתרה מזאת, עקב קיומו של הצורך בהגנה על אוטונומיית הרצון החופשי של האישה, כבודה ושליטתה על גופה, מוצדק לדרוש כי כאשר מתעורר חשד ממשי בלבו של גבר בדבר היעדר הסכמתה של האישה למגע המיני, תוטל עליו חובה לברר את חשדו. ממכלול טעמים אלה קיימת הצדקה לראות בחשד ממשי בדבר היעדר הסכמתה של האישה תחליף הולם לידיעה של ממש במסגרת עבירת האינוס.

...

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

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

(ההדגשות אינן במקור - ב.ג.).

לפי קביעתו המרכזית של פס"ד **אזולאי**, אם בשלב מקדמי של המגעים בין הנאשם והמתלוננת, הביעה המתלוננת מילולית את התנגדותה לקיום יחסי מין עם הנאשם, **"יעבור הנטל המשני לנאשם להראות כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידיה מלכתחילה בסמוך למעשה האישות"**.

במקרה של **אזולאי**, מצא בית המשפט כי אכן התקיימה "עצימת עיניים" מצד הנאשם, כיון שלאחר שהמתלוננת התנשקה עם הנאשם ברחוב, הוא גרר אותה לבניין נטוש, ושם אמרה לו שוב "לא", אבל הוא התעלם מכך, הפשיט אותה וקיים אתה יחסי מין, תוך שהיא קפואה לחלוטין. נסיבות אלו שונות מענייננו, כאשר לאחר כשעתיים שהמתלוננת ונאשם צחקו ופלטו, הסכימה המתלוננת להתלוות לנאשם וללכת עמו לחדר במלון, עם אלכוהול, וגם שם דיברו, צחקו והתחבקו. אמנם, המתלוננת אמרה לנאשם "לא" כשנישק אותה, ברם לאחר מכן נישקה אותו המתלוננת באופן מיני לפני ששניהם עברו למיטה, ובזה מרים הנאשם את הנטל להוכיח כי חל שינוי בהתנהגותה של המתלוננת לאחר אי-ההסכמה שהביעה קודם לכן.



99. אם ניישם את כללי הפסיקה האמורים למקרה שלפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי קיים ספק של ממש האם הייתה פה "עצימת עיניים" אשר תצדיק את הרשעת הנאשם. למרות שקיים פער בגילאים בין השניים, דבר שכשלעצמו היה מעלה את רף הזהירות המתבקש מן הנאשם בהתנהגותו כלפיה (ראו למשל: ע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל (2012)), אין לייחס לעובדה זו חשיבות ממשית בנדון דנן לאור המפגש בין המתלוננת לנאשם אשר נמשך מספר שעות בחנות ובמלון, ואשר כלל פלירטוט ושיחה אישית ופתוחה בין השניים. אומנם אין להתעלם מן העובדה שהמתלוננת הרגישה עדיין את הטראומה של אונס שחוותה, עליו סיפרה בבכי לנאשם, ובכך ניתן אולי להסביר את העובדה שלגרסתה היא הייתה "קפואה" עת ביצע הנאשם את החדירה. מאידך גיסא, אין גם להתעלם לא רק מן הנשיקות שקדמו לשכיבת השניים במיטה, אלא אף לשאלות החוזרות אשר לגרסת הנאשם שאל את המתלוננת מספר פעמים, האם מעשיו נעימים לה והאם הם בסדר. אדגיש, כי מן העובדה ששאל את המתלוננת "האם זה נעים לך", לא ניתן להסיק לחובתו כאילו הבין שיכול להיות שזה לא בסדר, ומכאן שמדובר בחשד ממשי המבסס את מסקנת מודעות, או לפחות עצימת עיניים, המקיימות יסוד נפשי להרשעה. דווקא השאלות הללו מלמדות על אכפתיות, ובהחלט יש להן מקום בקיום מגע מיני המתקיים פעם ראשונה. כן יצוין, כי לגרסת הנאשם, המתלוננת אף ענתה על שאלותיו בחיוב; ברם אף אם לא נישען על טענה זו, ונצא מתוך ההנחה שהמתלוננת, כגרסתה, נשארה קפואה ולא ענתה, מעשי הנאשם לאחר החדירה, כשניסה להתכרבל עם המתלוננת ולהתחבק עמה, שאלתו האם היא תסכים לעמוד בקשר ולהיפגש גם בעתיד, וכן תגובתו בשיחה המוקלטת בה חזר והצהיר למתלוננת כי בשעת מעשה לא הבחין בכל שדר ממנה של התנגדות לקיום יחסי המין במלון, כל אלה מתחברים יחדיו להוביל למסקנה כי לפחות ברמה של ספק סביר, לא הוכח כי לנאשם היה חשד שהמתלוננת אינה מסכימה למעשים, ומכאן שאין בנסיבות שלפנינו כדי להצדיק כל מסקנה לקיומה של "עצימת עיניים".

100. על בסיס האמור אני מסיק, כי לא רק שלא ניתן להגיע למסקנה כי התקיימה "עצימת עיניים" בענייננו, אלא שגם אם הייתי מקבל את גרסת המתלוננת, הרי שיש לקבל את טענת הנאשם כי מתקיימת ההגנה של "טעות במצב הדברים".

"טעות במצב הדברים"

101. סעיף 34 לחוק מגדיר את ההגנה בדבר טעות במצב הדברים כדלקמן:

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

אם כן, העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. הפסיקה קבעה כי על הטעות להיות כנה, כך שהנאשם האמין במצב דברים שלא התקיים בפועל (ראו למשל, פרשת אזולאי, 896-897 (2001) והאסמכתאות שם).

מהשוואה בין סעיפי המשנה של סעיף 34(א) ו-34(ב), עולה בבירור כי הדרישה שהטעות תהיה "סבירה", רלוונטית אך ורק לעבירות רשלנות. בעבירות שאינן עבירות רשלנות, נדרש להוכיח כי הטעות היתה "כנה" בלבד. הוספת הדרישה בסעיף 34(ב) כי הטעות תהיה "סבירה", הינה החמרה ברמת היסוד הנפשי הנדרש בעבירות של מחשבה פלילית, בהן נדרשת מודעות בפועל בלבד, וכך "עוקפת" את הדרישה להוכחת המודעות הסובייקטיבית של



הנאשם (ראו ש"ז פלר, "טעות במצב הדברים", **מחקרי משפטי יב**, תשנ"ה -1995, 6). עם זאת, סבירות הטעות תשמש כאמת מידה לבחינת אמינות גרסת הנאשם באשר לעצם קיומה של הטעות הנטענת (ראו למשל, ע"פ 3314/06 **אייזנקוט נ' מדינת ישראל** (29.7.10); ע"פ 4795/13 **בזינסקי נ' מדינת ישראל** (20.1.14), והאסמכתאות המוזכרות שם).

בהמשך לדברים אלו, נאמר בפרשת **בזינסקי**, כי "מבחינה זו, בנסיבות שבהן נטענת הטענה בכל הנוגע לטעות באשר ליסוד ההסכמה, משקלה של הטענה נחלש מאד בהעדר עדות ישירה על היסוד הנפשי של המערער, וכאשר מנגד, נקבע עובדתית כי המתלוננת הביעה סימני התנגדות במחוות גוף ובמלל".

102. בנדון דנן, המתלוננת לא הביעה סימני התנגדות במחוות גוף או במלל (לאחר שנישקה את הנאשם). לעומת זאת, כבר פירטתי לעיל הכיצד ניתן לראות, בראיות חיצוניות, כי קיימת אפשרות סבירה שהנאשם טעה במצב הדברים בכך שסבר והבין שהמתלוננת מעוניינת ביחסי מין. הנסיבות הבאות **שאינן שנויות במחלוקת** מלמדות על אפשרות סבירה כי טעותו הייתה כנה: לגבי הצביטות שלטענתה צבט אותה הנאשם בחזה, בעדותה הסבירה המתלוננת כי הניחה "כי זו דרכו להביע חיבה גופנית" (עמוד 25 שורות 1-5), ומכאן נלמד כי לשיטתה של המתלוננת התנהגותו של הנאשם במהלך יחסי המין הייתה מבחינתו באופן "רומנטי"; העובדה ששאל את המתלוננת מספר פעמים האם "נעים לה"; לדברי המתלוננת, לאחר המגע המיני ניסה הנאשם לחבק אותה ולהתכרבל אתה וגם ביקש לשמור אתה על קשר; ותגובתו הנעימה והמחפשת קירבה כלפי המתלוננת, כשראה אותה מספר ימים אחר מכן, כשהגיעה להתעמת אתו; כאשר יש מקום להניח כי לו הנאשם היה חושד כי ביצע את המעשים שלא בהסכמתה, היה מתנהג עמה אחרת גם לאחר מעשה. אומנם, ניתן להעלות על הדעת אפשרות כי התנהגותו הנעימה כלפי המתלוננת הן במהלך הארוע והן לאחריו, הינה תוצאה של ניצול מתוחכם, ברם אין לכך כל ביסוס ראיתי. מנגד, התנהגות הנאשם מלמדת על אפשרות סבירה כי הוא הבין שהמתלוננת מסכימה ליחסי המין.

בעניין זה יש להפנות למקרים בהם **נדחתה** טענת טעות במצב הדברים, בין היתר על בסיס התנהגותו ודבריו של הנאשם לאחר יחסי המין, ממנה נלמד כי הוא לפחות חשד שהמתלוננת אינה מסכימה למעשים; ומכאן, שבמקרים כאלה הטעות אינה "כנה". כך למשל, ב-ע"פ 2489/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2012), כשנתפס הנאשם לאחר ביצוע מעשה מגונה בקטינה, הוא הביע צער ואמר "מה עשיתי", באופן שיצר רושם כי הודה בקלקלותו; בע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289 (2000), 306, לאחר שהנאשם ביצע מעשים מיניים במתלוננת תחת מעטה של טיפול פיזיותרפיסטי, הוא אמר לה: "I didn't force you, did I?" וגם מכאן למדה דעת הרוב כי הוא חשד שעשה את מעשיו בהעדר הסכמה מצד המתלוננת. בנדון דנן, מאידך גיסא, התנהגותו של הנאשם מלמדת את ההפך, כי הנאשם סבר שיחסי המין בוצעו בהסכמת המתלוננת.

103. מכאן, סבורני כי גם לו הייתה מתקבלת גרסת המתלוננת כי לא הסכימה לקיים יחסי מין, היה מקום לקבל את טענת ההגנה כי חלה טעות במצב הדברים.

104. בהקשר זה יצוין, כי בית המשפט שאל את הנאשם במהלך עדותו האם לאחר שהמתלוננת נפתחה בפניו וסיפרה לו בבכי שעברה אונס, הדבר לא היה אמור לשים לו מגבלה על עצמו, שלא לקיים עמה יחסי מין כשעה וחצי בלבד לאחר מכן? הנאשם השיב שהוא וידא אתה ושאל אותה מספר פעמים האם יש לה איזושהי טראומה להיות עם מישהו, והיא התעקשה שכבר עברה את הטרומה ושהיא ממשיכה הלאה. כן העיד שהמתלוננת סיפרה לו שהיה לה חבר בן 25, ממנו נפרדה מספר ימים לפני הארוע, ושהם קיימו יחסי מין (המתלוננת אישרה בעדותה שסיפרה לנאשם שהיה לה חבר, עמוד 62 שורות 1-2). בהמשך נשאל כי לאור העובדה שהיא בכתה כשסיפרה לו על האונס גם כשהיו במלון, האם



היה צריך להבין שהיא לא באמת עברה את הטראומה שלה. הנאשם קיבל את הערת בית המשפט והשיב: "**אני לא ראיתי את זה. אני מכה על חטא**" (עמודים 175-176). הדברים מתחברים לדברים שאמר למתלוננת בשיחה מיום 29.1.14, כי הוא מצטער על מה שהיא חושבת שהוא עשה לה, ושהוא לא הבין שהיא לא מעוניינת ביחסי מין. אין אלא לומר, כי אכן מצער שהנאשם לא חשב על הדברים לפני מעשה. ברם על אף האמור, בהתחשב בכל הנסיבות המפורטות לעיל, אין לסברתי באמור כדי להביא להרשעתו של הנאשם.

105. בטרם סיום אעיר כי עיינתי בחוות דעתו של חברי, אב"ד כב' השופט הבכיר צ' סגל, הסובר כי העובדה שהמתלוננת סיפרה לנאשם על האונס שעברה בחו"ל, היתה צריכה להדליק אצלו נורית אזהרה אדומה מהבהבת, המחייבת אותו לפרשנות זהירה מאוד מצידו באשר לכל אמירה ותגובה שלה, וכי לא יפרשנה כאישה "רגילה" שלא עברה אונס. סבורני כי בדברים אלה, מועמד לנאשם רף התנהגות **אובייקטיבי**, של האדם הסביר, שאף מכיר ומבין את הבעייתיות בהתנהגות נפגעות אונס כפי שבית המשפט מכיר אותה. כפי שצוין לעיל, הנאשם לא התעלם מסיפור האונס, ובירר עם המתלוננת האם היא עברה את הטראומה שחוותה שנתיים קודם לכן, וכן שמע ממנה כי היה לה חבר לאחר האונס. גם אם ראוי היה שינקוט במשנה זהירות ויברר את הסכמתה באופן מפורש יותר (תוך שאעיר, כי לגרסתו לפחות פעמיים השיבה לו בחיוב על שאלותיו תוך כדי המגע המיני, האם זה נעים לה), הרי שהגנת טעות במצב הדברים נבחנת, כמפורט לעיל, לפי הלך רוחו הסובייקטיבי של הנאשם, וסבורני כי עלה בידו להוכיח כי הוא סבר בכנות שהמתלוננת מסכימה ליחסי המין.

באשר לעובדה כי המתלוננת הגבילה והגדירה מראש כי אין בכוונתה להגיע ליחסי מין, ברור כי אישה יכולה "לפלרטט" עם אדם אך לומר לו כי אינה מסכימה לקיים יחסי מין. כן מובן כי אישה יכולה לחזור בעדה מהגבלה זו ולהסכים לקיום יחסי מין, דרך התנהגותה. איני סבור כי הנשיקה לבדה היא זו שגרמה לנאשם לסבור כי המתלוננת מסכימה ליחסי המין, אלא ההתנהגות הכוללת וה"זורמת", שהתפתחה בעקבות קרבה אישית בין השניים; וזאת, אף אם מדובר במפגש ראשון ביניהם. אדגיש, כי אין כוונה כלל וכלל לשפוט או לבקר את התנהגותה של המתלוננת, בידענו כי התנהגות מתלוננת במהלך ולאחר ארוע כגון דא, עשויה להיות תמוהה. אך מי שנכח בסיטואציה בחדר המלון ופירש את התנהגותה של המתלוננת הוא הנאשם, ועל כן, עלינו לבחון את המודעות הסובייקטיבית של הנאשם, דהיינו, האם הבין וסבר כי המתלוננת מסכימה ליחסי מין עמו.

הכרעה זו ניתנת לא בלי התלבטות, כמו גם ההתלבטות באשר לאמינות גרסת המתלוננת שהיא הראיה העיקרית עליה מבוסס כתב האישום. התלבטות זו פירושה ספק סביר, ובסיומה נחה דעתי כי הטעות במצב הדברים היא אפשרות סבירה ומציאותית כחלופה לגרסת המאשימה המרשיעה; ומשכך, יש לדעתי לזכות את הנאשם מחמת הספק.

106. לקראת סיום אזכיר, שניהול החקירה ללא אותם מחדלי החקירה המפורטים לעיל, היה יכול לשנות את התמונה. אלו כוללים את המחדלים בבירור גרסת הנאשם (לקיחת סרט האבטחה, וגביית הודעות מאנשים להם סיפר על האירוע); בבירור גרסת המתלוננת באמצעות בדיקת הודעות הפייסבוק שלפי גרסת המתלוננת כתבה לאחר האירוע; וככלל, בהעדר שאלות רלוונטיות בחקירה לשני הצדדים שהיו יכולים להאיר את תמונת האירוע.

סיכום

107. לאור כל האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי לא הוכחו העבירות בהן הואשם הנאשם מעל לספק סביר, ועל כן אמליץ לחברי להרכב לזכותו מחמת הספק.



השופט ארנון דראל:

1. אני מסכים לתוצאת הכרעת הדין של חברי הנכבד, השופט גרינברגר, לפיה יש לזכות את הנאשם מחמת הספק. עם זאת, מצאתי לנכון להוסיף דברים אחדים משלי בכדי להבהיר את עמדתי.
2. לדידי, תוצאה זו - זיכוי הנאשם - נובעת מהקביעה שקם ספק סביר בשאלת מודעותו של הנאשם לחוסר ההסכמה מצד המתלוננת לקיום יחסי המין והמעשים המגונים וזאת אף שאני נכון להניח כי יש לקבל את עדותה של המתלוננת כי אכן לא הסכימה לכך.
ספק זה נובע, כפי שציין חברי, מהאופן שבו הבין הנאשם את התנהגותה של המתלוננת. אף שקודם לכן, ביטאה המתלוננת את חוסר רצונה בקיום יחסי מין - בצורה כזו או אחרת - בחנות, בדרך למלון ובחדר המלון, כמפורט בחוות דעתו של חברי, הרי שהחל משלב מסוים, התנהגותה האקטיבית של המתלוננת במתן הנשיקה לנאשם ותגובתה לנגיעותיו, יכולות להקים ספק סביר בשאלה האם בעקבותיהן הבין הנאשם כי חל שינוי עמדתה של המתלוננת והיא מצדה נכונה להמשיך המגע ולקיום המגע המיני. גם בהמשך הדברים, לאחר שהמתלוננת נישקה את הנאשם, היא נמנעה מלבטא בכל דרך שהיא את רצונה שיחדל, וזאת אף שהפנה אליה מספר פעמים את השאלה אם היא נהנית או אם טוב לה.
3. עמדתי היא אפוא כי יש לקבל את טענת ההגנה החלופית של הנאשם, לפיה יש ללמוד על ספק סביר בהתקיימותו של היסוד הנפשי בשל טעות מצדו של הנאשם - ספק הנובע ממה שהנאשם הסיק מאותה נשיקה שנישקה אותו המתלוננת בסמיכות לקיום יחסי המין, לצד הסקתו מהתנהגותה בהמשך לאותה נשיקה - על כך שהמתלוננת "זורמת" איתו ומסכימה לקיום יחסי המין. המוקד מבחינתי אינו בשאלה האם יש בנשיקה כדי להתיר לנאשם לקיים יחסי מין עם המתלוננת אלא האם המכלול - הכולל את הנשיקה, כל מה שהיה לאחריה, הדברים שאמר הנאשם למתלוננת עם פרידתם, והאופן שבו התייחס לאירוע במפגש שהוקלט - יכול להביא לקיומו של ספק סביר באשר לכך שהנאשם הניח, גם אם בטעות, כי המתלוננת "זורמת" עמו והחל מאותה נקודת זמן נכונה לקיים יחסי מין.
4. אכן, התנהגות ראווה יותר מצד הנאשם הייתה מחייבת המתנה לתשובה כאשר הוא שאל את המתלוננת לתחושתה במהלך המגעים, וזאת על רקע העמדה שביטאה קודם לכן - בדרך לבית המלון ולאחר הנשיקה הראשונה - ואולם השאלה שעומדת לדיון אינה האם התרשל הנאשם בהבנת רצונה של המתלוננת או אם נהג כראוי - אלא האם קם ספק סביר בדבר מודעותו של הנאשם להיעדר הסכמה של המתלוננת והאם טעה טעות, המוכרת בדין כהגנה, בהבנת התנהגותה של המתלוננת.
5. הנחתו של הנאשם, שאני נכון להניח כי הייתה מוטעית, הייתה, כאמור, כי המתלוננת "זורמת" עמו החל מאותו שלב ומסכימה לקיום היחסים. הנחה זו מתחזקת, כפי שציין חברי, השופט גרינברגר, מהאופן שבו נפרד מהמתלוננת עם סיום האירוע וכן מהאופן שבו התייחס למה שאירע בדברים שאמר לאחר חלוף כשבוע והוקלטו. דבריו שם תומכים אף הם בספק המתעורר בשאלה האם הנאשם אכן לא טעה לסבור כי המתלוננת מסכימה לקיום היחסים ואינה רואה את אלה נכפים עליה ומדובר ביחסים שהתקיימו בהסכמה ומתוך חיבה הדדית.



6. כחברי השופט גרינברגר איני סבור כי הפערים שנפלו בין גרסאות הנאשם במשטרה לגרסתו בבית המשפט מצדיקים שלא לקבל את עדותו והרושם שנותר בעיני מעדותו לפנינו היה כי כאשר תאר את הדברים בבית המשפט - הקפיד על תיאור נכון של הדברים מנקודת מבטו, אם כי כמפורט על ידי חברי - המחלוקת העובדתית שנותרה היא ממילא צרה.

לאחר שנכתבו הערותי עיינתי בעמדתו של חברי, השופט הבכיר צ' סגל, ומצאתי לנכון להוסיף את הדברים הבאים. איני מקל ראש באותם שני נושאים שעליהם עומד השופט סגל ואולם, כפי שפרטתי לעיל, הספק באשר להלך רוחו של הנאשם אינו נובע רק מהנשיקה, שניתנה בשלב מאוחר יותר ובאופן אקטיבי מצד המתלוננת, אלא גם ממהלך הדברים לפנייה ולאחריה וכן מהדברים שאמר למתלוננת בסמוך לאירוע ושבו לאחר מכן. בכל אלה מצאתי את גרסתו של הנאשם בדבר הלך רוחו, כפי שנשמעה לפנינו, מהימנה ומבססת את הספק כי סבר, אף אם בטעות, בתחושתו הסובייקטיבית, שהחל משלב מסוים חל שינוי בעמדת המתלוננת והיא "זורמת" עמו ונכונה לקיים יחסי מין.

7. טעותו של הנאשם לחשוב כי המתלוננת שינתה את עמדתה הראשונית והיא "זורמת" עמו ורוצה, כמוהו, בקיום יחסי מין, נבחנת במבחן שהוא בעיקרו סובייקטיבי. בחינת סבירותה של הטעות, כפי שציין חברי השופט גרינברגר, היא בגדר "אבן בוחן ראייתית לקיום כוונתה של האמונה" (כאמור בפרשת אזולאי, שאליה הפנה חברי ובפסקי דין נוספים). עמדתו של חברי, השופט הבכיר סגל, להבנתי, מעניקה דגש רב יותר למימד האובייקטיבי של בחינתה של הטעות על פני זה הסובייקטיבי.

רק הנאשם יודע את צפונות לבו ואת הלך רוחו באותם רגעים. לנו נותר לנסות וללמוד אותם מתוך העובדות שהונחו לפנינו. לצד שתי הנקודות שעליהן עמד חברי השופט סגל - עומדות אינדיקציות אחרות שלדידי המשקל שיש לייחס להן כבד יותר, מנקודת מבט המעניקה בכורה לתחושתו הסובייקטיבית, כפי שאנו יכולים להעריך אותה בדיעבד, והן גורמות לאותו סדק צר שנבקעה בחומת הראיות, שדי בו כדי להעמיד למערער את זכותו לצאת זכאי מן הספק (ע"פ 3059/03 גלובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (1) 654, 671-2 (2003)).

8. לסיכום, אף שאני נכון להניח כי המתלוננת אכן חשה לאחר האירוע ואולי אף במהלכו כי יחסי המין והמגע הגופני שקדם להם נכפו עליה ונעשו שלא בהסכמתה, קם ספק סביר בשאלת מודעות הנאשם לכך שהמתלוננת אינה מסכימה, והנאשם טעה בהבנת עמדתה של המתלוננת. די באותו ספק כדי להביא ליזיוי הנאשם. נוכח נימוקים אלה, אני מצטרף לעמדתו של השופט גרינברגר, לפיה יש לזכות את הנאשם מחמת הספק.

השופט צבי סגל, אב"ד:

1. עיינתי בפסק דינו של חברי, השופט גרינברגר, ובהערותיו המשלימות של חברי, השופט דראל, אשר הצטרף לדעתו, לפיה יש לזכות הנאשם. מסקנתי שונה משל חברי.

2. אציין בראשית הדברים, כי מאחר שעמדתי הינה עמדת מיעוט; ומאחר שלא יהיה זה ראוי להאריך את משך זמן ההמתנה של הנאשם, הממתין מזה מספר חודשים להכרעת דינו, בעיקר שעה שהתוצאה הסופית הינה זיכויו בדין; ומאחר שיידרש פרק זמן נוסף לשם כתיבה מעמיקה ומפורטת של חוות דעתי, ולהתייחס לכל תג ותג בחוות דעתו של חברי, השופט גרינברגר, מצאתי, באיזון המתבקש, להסיג את נטייתי הטבעית להרחיב את כתיבתי, ולהתמקד בשתי הערות מרכזיות בלבד, שאמנם לא נעלמו מעיני חברי, אך לטעמי ובעיניי הן בעלות משקל סגולי שונה משלהם, ומטות



את המסקנה הסופית אותה יש להסיק לפיה יש לקבל את עמדת המאשימה ולהרשיע הנאשם במיוחס לו בכתב האישום.

הראשונה - חשיפת סיפור האונס הקודם של המתלוננת בפני הנאשם.

חשיפת סודה האינטימי של המתלוננת בפני הנאשם, אותו היא כלל לא הכירה קודם לכן, זמן קצר טרם אירע האירוע מושא המחלוקת בתיק דנא, איננו עניין של מה בכך בעיניי. הנני סבור, כי הדבר מצביע על בקשתה המשתמעת (וגם המפורשת - כפי שאציין בהמשך) מהנאשם, להבנת יתר מצדו את מצבה הנפשי המורכב, ולרגישות יתר המתבקשת מצדו למהלכיו העתידיים כלפיה, זאת אפילו אמרה לו, כך לדבריו, שכבר הצליחה להתגבר על הטרואמה שעברה עקב כך. לא זו אף זו, לאמירת המתלוננת - ואסתכן ואומר, שאולי אף למרבית המתלוננות על מעשי אונס!! - לפיה היא הצליחה, כביכול, להתגבר על טראומת האונס הקודם שעברה, היה מקום להתייחס בזירות רבה ובעירבון מוגבל. אמנם, יש להבחין בין מקרי אונס למיניהם; יש אונס ויש אונס. כל אחד נבחן על פי נסיבותיו הספציפיות; מי חמור יותר ומי באופן יחסי חמור פחות, ככל שניתן בכלל לדרגם מבחינת חומרתם. אך גם אם חומרת מעשה האונס עשויה להשתנות, עדיין צריבת המעשה בנפש הקורבן - כל קרבן עולם ומלואו, על פי מבנה אישיותו, רגישותו, הלך נפשו ועוצמת בטחונו העצמי - לא במהרה תישכח, אם בכלל, ואמירה פשטנית, בלתי מבוררת ומוסברת עד תום, לפיה היא התגברה על כך, עדיין חייבה מתן פרשנות זהירה ומהוססת מצד הנאשם לדבריה, והתייחסות שונה לחלוטין מצדו, כמי שכאמור לא הכירה כלל קודם לכן.

לפיכך, גם אם יכולה להיות דעה אחרת בנדון, כזו שתעורר ספק סביר בדבר מודעותו של הנאשם לחוסר הסכמתה של המתלוננת, דעתי הינה כי, לחשיפה זו מצידה על האונס הקודם שעברה בחו"ל (בפעם הראשונה, עוד בחנותו של הנאשם לא ממש סמוך לפני קיום יחסי המין עמו; ובפעם השנייה, לאחר מכן, גם בעת שהותם בחדר במלון, סמוך לפני קיום יחסי המין, שם אף פרצה בבכי שעה שחזרו השניים ושוחחו על כך - עיינו: סקירת גרסת הנאשם המוזכרת בפסקה 60 לחוות דעתו של חברי, השופט גרינברגר), יש משמעות רבה. וגם אם המתלוננת קיימה בעבר, לאחר אירוע האונס, יחסי מין עם אחר (שאת טיב ועומק מערך יחסיהם לא ידענו), וסיפרה על כך לנאשם, עדיין היה באותה חשיפה קודמת מסר ברור וחד משמעי מצידה לנאשם, תוחם גבולות, והדבר חייב היה להדליק אצל הנאשם נורית אזהרה אדומה ומהבהבת, להצית בקרבו חשד סובייקטיבי, שלא לומר חשש לאורך כל האירוע, ולחייבו לא רק בהרגעתה מפרץ הבכי שלה וגילוי מידה רבה של אמפתיה כלפיה, הראויים כשלעצמם להערכה, אלא בעיקר לפרשנות זהירה מאוד מצדו באשר לכל אמירה ותגובה שלה, לבל תפורשנה אלו כתגובה או אמירה של אישה אחרת, "רגילה", שלא חוותה אירוע אונס קודם.

השנייה - והעיקרית בעיניי, המצטרפת ומצטברת לקודמתה ומעצימה את גישתי, הינה נכונותה, **המוגבלת מלכתחילה**, של המתלוננת לשתף פעולה עם הנאשם בהקשר המיני, שאותה היא "עיבתה" ממש בסמוך לפני קרות האירוע, זאת באמירה מילולית מפורשת מצידה, **ומראש, לפיה אינה חפצה בקיום יחסי מין**, בין אם במילים אלו ממש ובין אם במילים דומות בעלות תוכן מילולי זהה, אך אין מחלוקת בדבר המסר שיצא מפיה לכיוון הנאשם ברוח זו. כך, שכל מה שהתרחש ביניהם מעט מאוחר יותר, **מבחינתה**, לרבות הנשיקה שנישקה אותו בסמוך לאחר מכן, עליה עמדו ואותה ציינו חברי כאינדיקציה-מתירת-קיום יחסי מין, לכאורה, היה, לטעמי, לא יותר מאשר אקט של הבעת קרבה, לרבות אפילו רצון והסכמה שלה להתגפף ולהתנשק אתו, אך כל זאת, מצידה, קרבה-תוחמת-גבולות, היינו - של חוסר רצון, **שהובע, כאמור, מפורשות באופן מילולי**, לקיים עמו יחסי מין מלאים. בידוע הוא, וחברי ציטט לעיל את פס"ד אזולאי, כי בכל הנוגע לעבירת האונס, הוכחת קיומו של חשד ממשי מצד הנאשם בדבר התקיימות הנסיבה '**שלא בהסכמתה החופשית**', בלא שהנאשם בירר חשד זה עובר למעשה האישות, מהווה תחליף הולם למודעות בפועל; כך



המצב בהתאם לסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין. הדרישה כי נאשם, שבלבו התעורר חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי-מין עמו, ובמקרה דנא נאמרו הדברים לנאשם ברחל בתך הקטנה, יברר את הסכמת האישה עובר ממש למגע המיני, אינה מהווה דרישה מוגזמת. אכן, קיום יחסי-מין בהסכמה עשוי להיות תוצאה של דינמיקה המתפתחת ליחסי קרבה, לגילוי מאוויים ורגשות, גם אם קדם לכך סירוב מילולי מצד האישה. זהו אותו הליך של 'שינוי לבבות' אשר הפסיקה התייחסה אליו. אולם, קיומה של אפשרות כזו אינו מאיין את תוקפה ומשמעותה של הבעת אי-הסכמה מילולית קודמת. בהוכחת הביטוי המילולי של אי-הסכמה מצד המתלוננת הכא, הוכחה המאשימה לכאורה הן את הנסיבה של אי-ההסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם.

3. אכן, מה שכתב וניתח חברי השופט גרינברגר על אודות מה שאירע בין הנאשם למתלוננת מעוגן בראיות. אלא, שדרכי ניתוחינו אותן נפרדות משלב מסוים. זאת, מאחר שדעתי הינה, שאין לבחון את תגובותיה של המתלוננת דנא באמות מידה רציונאליות, שהרי היא הייתה נתונה עם עצמה בסיטואציה מאוד בעייתית, ואין גם לשפוט בכלים של סבירות ורציונאליות את התנהגותה הכוללת, זאת בשל רקעה יוצא הדופן ודבריה, כמבואר לעיל.

לכל מי שעוסק בתחומים רגישים אלה שנים רבות, ומאזין רוב קשב לעדויות של מתלוננות בעבירות מין, מוכרים מצבים בהם נחשפות לעיתים התנהגויות מצד מתלוננות עובר לביצוע העבירות ובמהלכן, שקשה לא אחת להסבירן (השוו, לדוגמא בלבד: ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל (29.11.2007) מפי כב' השופט ג'ובראן; ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011); ו-ע"פ 814/12 מדינת ישראל נ. סויסה (25.10.12), בו נפרסה על ידי כב' השופט עמית רשימה נרחבת של מקרים בהם נדרשו בתי המשפט להערכות מהימנות מתלוננות בעבירות מין במצבים שונים ובלתי סטנדרטיים.

וידגש, לא לנו כשופטים לבקר, לטוב ולרע, התנהגות כזו או אחרת של אישה הבוחרת לנהוג כפי שנהגה המתלוננת במקרה דנא, ואל לנו לבחון כל פרט בהתנהגותה באזמל מנתחים קר ופורמלי. דעתי הינה, כי דווקא רקעה, שכלל חוויית אונס שעברה, עליה בחרה לספר לנאשם עוד בחנותו, וכמצוין לעיל גם מאוחר יותר בחדר במלון, תוך שהיא פורצת בבכי והנאשם מרגיעה, יכול היה בהחלט להובילה לחוש תחושת הקלה מסוימת בסמוך לאחר מכן, שהנה היא תוכל לחוש בטחון במחיצתו, והוא, בתגובה לחשיפת הטראומה שעברה, יגלה כלפיה יחס זהיר ומתחשב במיוחד, ואולי בעקבות כך היא אף תוכל לחוש חופשיה ובטוחה יותר ברצונה לזכות ביחס חם וקרוב מצדו, לו היא כנראה מאוד נזקקה, אפילו כשהוא היה מלווה בליטוף ונשיקה, גם מצידה.

4. הנה כי כן, בשל נסיבותיה האישיות עשויה הייתה התנהגות המתלוננת לבטא אקט של קרבה ואפילו קורטוב של הנאה מצידה, מובנים וטבעיים כשלעצמם, גם אם מעט תמימים, אך למירב הייתה זו קרבה-תוחמת-גבולות שהמתלוננת לא התירה את כבליה. משכך, לא היה בהתנהגות המתלוננת כדי לאיין את החשד האינהרנטי אצל הנאשם בדבר הבעת אי הסכמתה לבטל את דבריה הקודמים ולהסכים כן לקיים עמו יחסי מין.

5. מה אפוא נגזר מן האמור לעיל? לסברתי, בנסיבות ספציפיות אלו חלה **חובה מוגברת** על הנאשם לוודא, **בכל שלב ושלב**, עד בסמוך ממש לאקט עצמו, אם אכן אירע "שינוי לבבות" (הפוך) מלא אצל המתלוננת, היינו - לוודא, בקפידה מוגברת, כמי שכלל לא הכיר אותה קודם לכן, לא תהה על מורכבות אישיותה, לא בחן כלל את רגישותה ורגישויותיה במידה סבירה, על אף פרץ הבכי שלה, שאכן, על אף אמירותיה המפורשות, המגבילות והתוחמות הקודמות שלה, היא בכל זאת שינתה את דעתה והסכימה, לרבות באופן מילולי, הנצרך לסברתי בנסיבות העניין, לקיים עמו מעבר להתעלסות גרידא, גם יחסי מין. הסתפקות בפחות מכך, ובחינת התנהלותה החיצונית בלבד של המתלוננת, תוך התעלמות מרקעה הרגיש ומפרץ הבכי שלה עת שבו השניים לשוחח על האונס הקודם שחוותה, שלסברתי, על אף



שהיא נרגעה ושיתפה עמו פעולה בצורה מוגבלת, לא היה בה מסר ברור וחד משמעי שהיא חוזרת בה מהמגבלות שהטילה עליו קודם לכן, אינה מקיימת את הדרישה להוכחת מודעותו של הנאשם להסכמת המתלוננת לקיים עמו יחסי מין.

6. לסיכום, סבורני ששני הפריטים שצינתי לעיל - חשיפת סיפור האונס הקודם בפניו, ואמירתה המפורשת שלה לנאשם, מראש, על חוסר רצונה לקיים עמו יחסי מין מלאים - מלמדים על שניים אלה:

האחד, שהמתלוננת ציינה בפני הנאשם, מראש ובמפורש, מהו הגבול בין מותר לאסור, מה מותר ומה אינו מותר לו, ובתוך מתחם זה, **ורק בו**, היא שיתפה עמו פעולה באופן מלא, לרבות מתן נשיקה, אך לא מעבר לכך;

השני, אסור היה לנאשם, אשר לדברי המתלוננת, כפי שצוטטו לעיל על ידי חברי השופט גרינברגר בפסקה 45 לחוות דעתו, **"היה שיכור ואני התחלתי לפחד"..." ואז הוא קם ודחף אותי למיטה"..." לא הייתי מסוגלת לזוז"..." לא יכולתי לנשום"..." הוא ניסה להוריד את חולצתי אבל לא אפשרתי לו"..." אני הייתי בשוק"..." ואז הוא דחף אותי שוב"..." לא הייתי מסוגלת לדבר או לזוז"**, להתעלם מדבריה הקודמים ולפרש את "הסכמתה", הלכאורית, המאוחרת של המתלוננת, כמאיינת את אמירותיה הראשוניות בדבר גבולות המותר והאסור ביניהם, מבלי לוודא זאת עמה בצורה מלאה ומפורשת.

7. כחבריי, אף אני מייחס אמון לגרסת המתלוננת, ולדידי - אמון מלא הן כשלעצמו, לא כל שכן בהתחזקות והסתייעותו נוכח עדותו של הידיד שלה, א.ד. (עמ' 95 - 96 לפרוט'), בדבר אי הסכמתה לקיים עם הנאשם יחסי מין. לדידי, גם הסתירות הרבות בגרסת הנאשם בין תוכן דבריו המוגזמים במשטרה כלפי המתלוננת, לבין גרסתו בבית המשפט, אף אם ניתן להן הסבר, יש בהן, כשהן מצטרפות לניתוח הדברים דלעיל, כדי להעצים את המסקנה, כי הנאשם לא נשא על כתפיו את האחריות והנטל המוטלים עליו, בנסיבות הספציפיות של מקרה זה, לוודא, באופן מפורש יותר ובהיר יותר, את הסכמתה ללא כל היסוס לחדירתו לגופה. החשד הסובייקטיבי של הנאשם בדבר אי הסכמתה לקיים יחסי מין לא היה יכול אפוא להתפוגג, וגרסתו בנדון נדחית על ידי כבלתי מהימנה. משכך, אין הנאשם יכול ליהנות מן הספק הסביר בדבר מודעותו להסכמתה לקיים עמו יחסי מין. לדידי, הספק לא קיים, לא כל שכן שאינו סביר בנסיבות העניין.

8. כאמור בראשית דבריי, לא מצאתי להתכבד לסקור ולנתח את הראיות פעם נוספת, אף לא את הפן המשפטי במלואו, והסתפקתי, זו הפעם, בשל היותי בדעת מיעוט, בסקירה שערך חברי השופט גרינברגר. אלא, שפרשנותי את ליבת המחלוקת בתיק - עובדתית ומשפטית כאחד - שונה משל חבריי, כמבואר לעיל.

משכך, לו דעתי הייתה נשמעת הייתי מרשיע הנאשם במיוחס לו בכתב האישום.

לפיכך, הוחלט ברוב דעות (כב' השופטים בן-ציון גרינברגר וארנון דראל, כנגד דעתו החולקת של אב"ד כבוד השופט הבכיר צבי סגל), לזכות את הנאשם מחמת הספק מן העבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

ניתנה והודעה היום, כ"ז שבט תשע"ה, 16 פברואר 2015, במעמד הצדדים.

עמוד 29