



ע"פ 3217/14 - נ ש נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3217/14

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: נ ש

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
בתיק פ"ח 7184-10-13 שניתן ביום 24.02.2014 על
ידי כב' השופטים נ' בן אור, י' יעקובי ור' יונגורד

תאריך הישיבה: ח' באייר התשע"ו (16.05.2016)

בשם המערער: עו"ד ירון גיגי ועו"ד אביעד לנצ'נר
בשם המשיבה: עו"ד לינור בן אוליאל

פסק-דין
השופט י' עמית:

ערעור על הכרעת דין מיום 24.2.2014 וגזר דין מיום 25.3.2014 של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת נ' בן אור,

כב' השופט ר' יעקובי וכב' השופט ר' יונגורד) בגדרו הורשע המערער בעבירות מין ובעבירות נוספות, והושתו עליו עונש מאסר בפועל של 15 שנים, שלושה מאסרים מותנים ופיצוי בסך 15,000 ₪ ל.ש.מ. (להלן: המתלוננת).

1. בלילה שבין יום 22.9.2013 ליום 23.9.2013 הזעיקו עוברי אורח את המשטרה למרכז העיר ירושלים לאחר שהבחינו במערער מכה את המתלוננת. המערער, יליד 1968, והמתלוננת, בת 17 באותה עת, נמצאו בקשר זוגי כחודשיים, ובאותו לילה הלכו יחדיו לחנות לממכר אלכוהול. לאחר שהמערער הבחין כי גבר מתקשר אל המתלוננת, הוא היכה אותה בראשה, סטר בפניה, משך בשיערה ונגח בראשה (להלן: אירוע התקיפה). המערער נעצר וסמוך לאחר מכן שלח למתלוננת הודעות טקסט בהן ניסה לגרום לה שלא להגיש תלונה. משנלקחה המתלוננת למסור תלונה במשטרה בגין אירוע זה, גוללה היא את שיסופר להלן, אשר מצא עיגונו בכתב האישום שהוגש נגד המערער.

2. היכרותם של השניים החלה כאמור כחודשיים קודם לכן, בשלהי חודש יולי 2013, כאשר פגש המערער את המתלוננת ואת חברתה, ילידת 1997 (להלן: החברה), במרכז העיר בירושלים והזמין אותן לשבת עמו בפאב. בסוף ערב שתיית אלכוהול, מסרה המתלוננת את מספר הטלפון שלה למערער. בחלוף כשבוע המערער הזמינה לבלות עמו, והציע כי החברה תתלווה אליה והוא יכיר לה את חברו איתי. השניים הגיעו לביתו של המערער, ובשלב מסוים ביקש המערער כי החברה ואיתי יותירו אותו לבד עם המתלוננת. לאחר שיצאו את הדירה, המערער נעל את דלת ביתו וכיבה את האור, אז נישק את המתלוננת ונגע במותניה, אך הפסיק משביקשה אותו לחדול.

ביום 20.8.2013 או בסמוך לכך שב המערער והזמין את המתלוננת וחברתה לדירתו. המערער נתן למתלוננת משקאות אלכוהוליים והפציר בה להמשיך ולשתות. כשחשה רדומה עד שהתקשתה לקום, הציע המערער כי תישכב במיטתו והיא עשתה כן. בשלב מסוים רצתה החברה לעזוב את הדירה ומשכה את המתלוננת בידה כדי שתבוא עמה, אך המערער צעק כי המתלוננת נשאת עמו ומנע מהחברה לסייע לה לעזוב את המקום. החברה עזבה את הדירה והמערער נעל אחריה את הדלת. בעוד המתלוננת במצב של ערפול חושים, הפשיט אותה המערער מבגדיה, נשכב עליה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שהגיע לסיפוק מיני. לאחר מכן התקשר לחברתה של המתלוננת וביקש כי תאסוף אותה לביתה (מקרה זה יכונה להלן: אירוע האונס הראשון).

3. על מעשיו בלילה זה התנצל המערער בפני המתלוננת, אך בחלוף ימים ספורים החל לאיים עליה טלפונית כי היא "חייבת" להגיע לביתו. כשעשתה כדרישתו והגיעה לביתו, הורה לה להכניס לפיה קובייה העשויה מחומר שטיבו לא הובהר. לאחר שעשתה כן בהוראתו חשה מטושטשת.

משחלפו מספר ימים נוספים הגיעה המתלוננת לדירתו של המערער, אז שב והורה לה להכניס לפיה קובייה נוספת. המתלוננת סירבה, אך המערער דחק בה לעשות כבקשתו. כשיצא לרגע מהחדר הוציאה המתלוננת את הקובייה מפיה אך כשהמערער זיהה זאת, איים עליה כי "ישבור לה את העצמות" אם תעשה זאת שוב. לאחר שסיימה למצוץ את הקובייה הרגישה המתלוננת שחושיה מיטשטשים עד כדי שהתקשתה לעמוד על רגליה, אז ניצל המערער את מצבה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, עד שהגיע לסיפוק מיני. במועד זה הכה המערער את המתלוננת בפניה ובידיה (להלן: אירוע האונס השני).

למחרת ביקשה המתלוננת לנתק קשר עם המערער אך זה איים עליה ודרש כי תגיע אליו, והיא עשתה כן במספר הזדמנויות בהן עמוד 2



החדיר המערער את איבר מינו לאיבר מינה ובאחת מהפעמים החדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלה.

4. באמצע חודש ספטמבר 2013 הוביל המערער את המתלוננת למגרש חניה במרכז העיר ירושלים, שם נישק אותה בכוח בניגוד לרצונה והחדיר אצבעותיו לאיבר מינה. לאחר שהזיזה את ידו, תפס הוא את ראשה, משך אותה בשערותיה והחדיר בכוח את איבר מינו לפיה. אף שהביעה התנגדות המשיך המערער במעשיו. לאחר שהגיע לסיפוק מיני, ירקה המתלוננת את זרעו וברחה מהמקום (להלן: האירוע השלישי).

5. על פי כתב האישום, כל שתואר לעיל התרחש בעוד המערער נתון לצו פיקוח מכוח חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה על הציבור), בגדרו נאסר עליו לשהות עם קטינות, אלא בנוכחות בגיר המודע להגבלה זו.

6. בגין מעשים אלה יוחסו למערער עבירת תקיפה הגורמת חבלה של ממש לפי סעיף 380 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שתי עבירות אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, ועבירת אינוס נוספת לפי סעיף 345(א)(4), מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין בצירוף סעיף 345(א)(1); מעשי פזיזות ורשלנות לפי סעיף 338(8) לחוק העונשין (שעניינו במי ש"מוכר, מספק, נותן או מפעיל תרופה או חומר מרעיל או מסוכן"); איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין; הדחה בחקירה לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין והפרת צו פיקוח לפי סעיף 22(א) לחוק ההגנה על הציבור.

7. ביום 15.1.2014 תוקן כתב האישום לצורך הוספת אישום נוסף שעניינו הדחה בעדות לפי סעיף 246(א) לחוק העונשין. התיקון נעשה בעקבות שיחה שהתקיימה בפרקליטות עם המתלוננת לקראת עדותה. על פי אישום זה, במהלך חודש דצמבר 2013 וינואר 2014, לאחר הגשת כתב האישום ובעודו מצוי במעצר עד תום הליכים, התקשר המערער למתלוננת ולאמה במטרה שהמתלוננת תחזור בה מתלונתה ותחתום על מסמכים שיסייעו בשחרורו ממעצר.

הראיות בתיק והכרעת הדין

8. הרשעת המערער בעבירות המין ובעבירות הנלוות נסמכה בעיקרה על הודעות שמסרה המתלוננת במשטרה. ההודעות התקבלו מכוח סעיף 10א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), שעניינו בקבילותה של אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לכותלי בית המשפט כראיה לאמיתות תוכנה. זאת, לאחר שבעדותה בבית המשפט – ולמעשה עוד קודם לכן, במשטרה ובפרקליטות – חזרה בה המתלוננת מתלונתה, וטענה כי כל שהיה בינה לבין המערער נעשה בהסכמה (למעט אירוע התקיפה). בית המשפט התרשם כי המתלוננת מבקשת "לנקות" את המערער בכל מחיר וכי "הסיבה האמיתית לחזרתה מן התלונה נובעת מן הפחד – שהרי הנאשם [המערער בפנינו – י.ע] לא רק שהפעיל עליה לחץ ואיים עליה ואף נקט אלימות כלפיה במהלך תקופת היכרותם, אלא שלאחר שנעצר לא חדל ממאמצים להגיע אליה, בין ישירות ובין באמצעות אחרים, ולהשפיע על גרסתה" (פס" 66 להכרעת הדין).

9. גרסתה של המתלוננת, החל בהודעותיה במשטרה אשר עמדו בליבת הרשעתו של המערער ועד לעדותה בבית המשפט, תתואר



להלן בתמצית.

כבר בפני השוטרת שהוזעקה לזירת אירוע התקיפה, ועוד בטרם הגיעה לתחנת המשטרה, ציינה המתלוננת כי המערער נהג להכריח אותה לקיים עמו יחסי מין בניגוד לרצונה. עם הגעתה לתחנת המשטרה, בשעה 4:42 לפנות בוקר, נגבתה מן המתלוננת הודעה ראשונה (ת/16). בחלוף כחמישים דקות ביקשה המתלוננת להפסיק את גביית ההודעה ולהמשיכה למחרת מאחר שחשה עייפות. במסגרת הודעה זו (להלן: ההודעה הראשונה) תיארה המתלוננת חלק מן האירועים שפורטו בכתב האישום, ובכלל זאת, כיצד הכירה את המערער, את הערב הראשון בו הגיעה לביתו ואת מקרה האונס הראשון. המתלוננת התייחסה להמשך הקשר בינה לבין המערער, לאיומיו לבל תפסיק להגיע אליו, ולבסוף תיארה את אירוע התקיפה שהתרחש מוקדם יותר באותו לילה (במועד זה לא תיארה את מקרי האונס השני והשלישי).

10. בחלוף למעלה מיממה (יום 24.9.2013, שעה 10:04) שבה המתלוננת כדי להשלים את מסירת התלונה, אז נגבתה ממנה ההודעה השנייה (ת/17). בהודעה זו חזרה המתלוננת על עיקרי הדברים שמסרה בהודעה הראשונה, אך גם הוסיפה ופירטה, בין היתר, על מה שהתרחש לאחר שיצאה מביתו של המערער בלילה בו אירע האונס הראשון. כפי שצוין, באותו הלילה מנע המערער מהחברה לקחת עמה את המתלוננת ולעזוב את דירתו. המתלוננת מסרה כי לאחר שאירע מה שאירע בדירתו, חברתה אספה אותה ברכב של ידיד, והם נסעו לסופרפארם כדי לרכוש גלולה למניעת הריון ולאחר מכן לתחנת משטרה, הגם שלבסוף לא הגישה תלונה. בהודעה זו תיארה המתלוננת גם את שני המקרים בהם הורה לה המערער להכניס לפיה "קובייה" שטיבה לא הובהר, והאונס שארע באחד מן המקרים, לאחר שצרכה חומר זה. לבסוף התייחסה למקרה השלישי שכלל אינוס ומעשה סדום. בערבו של אותו יום (24.9.2013, שעה 19:24) נגבתה מהמתלוננת הודעה קצרה נוספת (להלן: ההודעה השלישית; סומנה ת/18), במסגרתה נשאלה על פערים מסוימים שהתגלו בין דברים שמסרה בהודעותיה לבין דברים שמסרה חברתה במשטרה.

11. כשבועיים לאחר מכן, ביום 7.10.2013 הגיעה המתלוננת למשטרה וביקשה לבטל את התלונה שהגישה (ההודעה הרביעית; סומנה ת/19). המתלוננת הסבירה שמלכתחילה לא הגישה תלונה מרצונה אלא נקלעה לכך כיוון שהמשטרה הגיעה לזירת אירוע התקיפה, וציינה כי "אחרי הכל היה ביננו משהו [...] היה לנו קשר וזה לא שאני שונאת אותו". כן מסרה כי חבר של המערער בשם אלי שיושב עמו במעצר שוחח עמה ואמר לה שהמערער מתנצל על מה שעשה לה, והוא אוהב אותה. עם זאת, ביקשה כי יוצא צו הרחקה נגדו "גם אם הוא השתחרר וגם אם לא" (הודעה קצרה נוספת נגבתה ממנה מיד לאחר מכן; ההודעה החמישית סומנה ת/20).

בהמשך לכך, זומנה המתלוננת ביום 13.10.2013 למסור הודעה נוספת (ההודעה השישית; סומנה ת/21), אז אמרה, בין היתר, כך: "הדברים נרשמו לא בצורה שאמרתי אותם [...] מבולבלים [...] אני רוצה לומר שכל מה שמסרתי הוא אמת, אני לא שיקרתי ובכל זאת אני רוצה לבטל את התלונה". אך בהמשך אמרה כי בשני המקרים הראשונים יחסי המין לא היו בהסכמה וציינה כי ביום שהגישה את התלונה הייתה "כועסת ועצבנית שהוא התנהג איתי בצורה קשה והיכה אותי ולכן היו דברים שניפחתי כי זה היה מכעס [...] אני חושבת שהגזמתי קצת". אלא שבפועל חזרה ותיארה את כל המקרים אליהם התייחסה מלכתחילה כאירועים בהם לא נתנה הסכמתה, ולאחר מכן שבה וביקשה להבהיר שאינה מבקשת לבטל את התלונה כי מסרה דברים שאינם נכונים, אלא "בגלל ההרגשה האישית שלי שאומרת לי לא להגיש נגדו תלונה. אף אחד לא ביקש ממני לבטל את התלונה נגדו, אני עשיתי חושבים ובעצם נקשרתי



אליו למרות שעכשיו אני לא רוצה שום קשר איתו".

12. ביום 29.10.2013 הופיעה המתלוננת בבית המשפט המחוזי לדיון שהתקיים בעניין מעצרו של המערער. היא לא הורשתה להיכנס לדיון אך מסרה לב"כ המאשימה כי הגיעה כדי לתקן את העוול שנעשה. היא אמרה שלא מסרה אמת במשטרה אלא המציאה דברים כיוון שכעסה על המערער (תרשומת שנערכה בעניין סומנה ת/23). בצהרי אותו יום, ועל רקע התרחשות זו, נחקרה המתלוננת תחת אזהרה בחשד למתן הודעה כוזבת (ת/22). היא נשאלה של מי היה הרעיון שתגיע לדיון בבית המשפט והשיבה: "אפשר לומר של כמה גורמים. ידידה שלו [של המערער - י.ע.] שרה אמרה לי שאני חייבת ללכת לדיון [...] ולהציל את המצב". המתלוננת שבה והתייחסה לאותו אלי שהתקשר אליה מהמעצר והתנצל בשם המערער על אירוע התקיפה, אך הפעם הוסיפה כי אמר לה באותה שיחה שעליה לתקן את המצב שכן אמו של המערער חולה וזה יהיה "על המצפון" שלה. המתלוננת נשאלה מספר פעמים בחקירה זו האם מה שמסרה בהודעותיה הוא אמת, והשיבה תשובות סותרות ("יש דברים שהם לא נכונים אז שאמרתי בחנייה שהוא עשה לי בכוח החדיר אצבעות וזה לא נכון"; "כל מה שסיפרתי זה אמת וזה קרה"; "הרוב אמת. יש כמה פרטים קטנים שהם שקר [...] והשאר אמת כל מה שאמרתי"). כאשר החוקר העיר כי היא נראית מפוחדת השיבה: "בוא נגיד הוא כן איים עליי דרך חבר שלו [...] והוא אמר לו להגיד לי שזה יהיה על המצפון שלי שהוא יישב בבית הסוהר ושהוא ישבור לי את העצמות והוא מאוד כועס". כשנשאלה מה גרם לה לחזור בה אמרה כי היא מרחמת על המערער וגם "קצת פוחדת" ומעדיפה שישוחרר ממעצר אבל יורחק ממנה בצו, וכן ציינה: "המטרה שלי שהוא לא יישב בכלא ובגלל זה אמרתי לה [לפרקליטה - י.ע.] ששיקרתי". בהמשך הביעה המתלוננת חרטה על שביקשה לחזור בה מעדותה כנגד המערער: "אני לא חושבת שהייתי צריכה לעשות את זה. להגיד לפרקליטה מה שאמרתי ואני מתחרטת שהיום הלכתי לבית המשפט כי בעצם שיקרתי ועצם המחשבה שהוא בכלא ומה יהיה אחרי זה מפחיד אותי".

13. מתרשומת שערכה הפרקליטה אודות שיחותיה עם המתלוננת עולה כי במסגרת שיחה שהתקיימה בינה לבין המתלוננת יום למחרת, המתלוננת שבה וציינה כי מה שסיפרה על המערער הוא נכון, כי היא מפחדת ממנו, וכן חוששת שידע היכן היא גרה ויבוא לחפש אותה לאחר שישתחרר. עוד עולה מהתרשומת כי בפגישה ביניהן ביום 1.1.2014, סיפרה המתלוננת לפרקליטה כי המערער התקשר לביתה, שוחח עם אמה, וביקש מהאם שתדבר עם המתלוננת כי "הדברים שהיא מספרת עליו יכולים להכניס אותו לכלא להרבה שנים" (ת/23). אלא שבאותה שיחה ממש טענה המתלוננת כי לפני שמסרה את ההודעה הראשונה היא תכננה להפליל את הנאשם והחליטה כי פשוט תוסיף שכל דבר שקרה ביניהם נעשה לא מרצון. עוד טענה, כי בהמשך היא וחברתה תכננו יחדיו מה יגידו במשטרה.

14. בעדותה בבית המשפט מיום 15.1.2014 הציגה המתלוננת את גרסתה החדשה במלוא הדירה ולפיה כל שהיה בינה לבין המערער נעשה בהסכמה ומרצונה החופשי. את הסתירות בין דבריה על דוכן העדים לבין דברים שמסרה בהודעותיה השונות במשטרה הסבירה בכך שביקשה להעליל על המערער בנקמה על שתקף אותה, ובעניינים מסוימים, כאשר עומתה עם ציטוטים מהודעותיה, טענה כי הדברים כלל לא נאמרו על ידה או שאינה זוכרת שאמרה אותם (ראו למשל: עמ' 76, 77, 80, 93, 102-104 לפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא (להלן: הפרוטוקול)).

בית המשפט מצא את עדותה של המתלוננת בלתי אמינה ונטולת היגיון (פס' 64 להכרעת הדיון), והתרשם כי המתלוננת "מבקשת



בכל מחיר להימנע מהפללת הנאשם בעבירה כלשהי, למעט עבירת התקיפה, המהווה מבחינתה קולב לתלות עליו את ההסבר לעלילה שטפלה כביכול" (שם, פס' 62). בשים לב לתוכן ההודעות המוקדמות שהיו "עשירות בפרטים" ונעדרות מגמתיות, ללחצים שהפעיל המערער על המתלוננת, ומשהתרשם בית המשפט כי המתלוננת הייתה מתקשה "להמציא מארג כזה של פרטים, אלמלא חוותה בפועל את כל שסיפרה עליו" (שם, פס' 66), קבע בית המשפט כי יש להעדיף "בבירור" את הודעותיה המוקדמות של המתלוננת.

15. חיזוק להודעות המוקדמות שמסרה המתלוננת מצא בית המשפט בעדות חברתה של המתלוננת שהותירה "רושם מהימן ביותר" (שם, פס' 55). בית המשפט ציין כי עדותה של החברה הייתה סדורה ואמיצה וכי "ניכר היה שדברי אמת בפיה" (שם, פס' 67). גם לגביה התרשם בית המשפט כי "לא הייתה מסוגלת לשתף פעולה עם דבר שקר מורכב כזה המכיל פרטים רבים ומחייב השקעת משאבים נפשית על מנת לעמוד בפני חקירה". החברה העידה על אירועים שנכחה בהם - כך למשל בנוגע ללילה בו ארע מקרה האונס הראשון ("אני מושכת אותה אומרת לה בואי [...] ואז הוא אומר לא, תלכי, היא נשאר פה, כאילו ממש בכוח" (עמ' 29 לפרוטוקול)). עוד תיארה רשמים שקלטה בחושיה - כך למשל, התרשמה כי כשהמתלוננת יצאה מביתו של המערער באותו לילה היא הייתה "לחוצה, כולה רועדת, בוכה" (שם, עמ' 31) וכן דברים ששמעה מפי המתלוננת בשיחות ביניהן בנוגע לאירועים השונים שתוארו בהודעות המוקדמות.

תמיכה נוספת נמצאה בתרגיל חקירה, שהוגדר על-ידי בית משפט קמא כ"ראיה חזקה ביותר", במסגרתו הוקלטה שיחת טלפון בין החברה לבין המתלוננת מיום 2.1.2014 (ת/15). בשיחה ציינה המתלוננת כי אונס אכן ארע והסבירה לחברתה כי הסתירות בין גרסאותיה נובעות מכך שהיא פוחדת מהמערער. לאלה התווספה גם עדותה של השוטרת שהגיעה לזירת התקיפה, אשר העידה על דברים שסיפרה לה המתלוננת מתוך סערת רגשות בזירה.

מנגד, עמדה גרסת המערער כי יחסיו עם המתלוננת היו מוסכמים ("יחסי מין בהסכמה, בנועם באהבה", עמ' 145 לפרוטוקול) וטענתו כי תלונתה מבוססת על עלילה שרקחה עם חברתה. המערער הסביר כי כל אחת מהשתיים הונעה משאיפת נקם שונה: אשר למתלוננת, טען כי רצתה לנקום בו בעקבות אירוע האלימות ובהמשך טען גם כי עשתה זאת לאחר שהודיע לה בערב התקיפה שעליהם להיפרד; אשר לחברה טען כי זו נטרה לו טינה לאחר שנפגעה כשבאחד המפגשים הורה לה לעזוב את ביתו משגילה כי היא קטינה. בית המשפט התרשם כי גרסאותיו של המערער היו פתלתלות ומשתנות ולא מעוררות "כל אמון, אף לא כדי יצירת ספק סביר במכלול ראיות התביעה" (פס' 80 להכרעת הדין).

16. הרשעת המערער בעבירת הדחה בחקירה נשענה על שתי הודעות ששלח למתלוננת סמוך לאחר מעצרו בעקבות אירוע התקיפה, אותן הציגה המתלוננת במסגרת הודעתה השנייה, בצינה כי המערער מכריח אותה לא להתלונן עליו. גרסתו של המערער כי לא התכוון בהודעות אלה למנוע ממנה להתלונן במשטרה נדחתה על-ידי בית המשפט.

אשר לעבירת ההדחה בעדות נסמכה הרשעת המערער, בין היתר, על עדות החברה לפיה המערער המשיך ליצור קשר עם המתלוננת לאחר שהוגש כתב האישום ובאחת מן השיחות (אותן שמעה במו אוזניה) הורה למתלוננת לכתוב מכתב לפרקליטות ולציין כי היא (החברה) משקרת וכן ביקש שהמתלוננת תשלח אליו מכתב (עמ' 43-44 לפרוטוקול). החברה ציינה כי במהלך שיחות אלה



נראתה המתלוננת לחוצה ומפוחדת (שם, עמ' 44). המתלוננת לעומת זאת טענה כי המערער יצר עמה קשר רק לאחר ששלחה לו שני מכתבים לבית המעצר בהם התחננה כי ייצור עמה קשר והתנצלה על שהעלילה עליו (המכתבים הוגשו על-ידי ההגנה וסומנו נ/1 ו-נ/2). המתלוננת אישרה כי חברתה היתה לידה כשהמערער שוחח עמה אך שללה כי היא שמעה את תוכן השיחות (עמ' 60 לפרוטוקול). עוד טענה כי מדובר בשיחות בודדות בלבד (שם, עמ' 58). דברי המתלוננת הופרכו על-ידי פלט שיחות שהוגש ביום 10.2.2014 (ת/24) ממנו עלה כי המערער התקשר למתלוננת בתקופה זו עשרות פעמים וכי למעשה, "קודם היו שיחות טלפון ואחריו באו המכתבים" (פס' 56 להכרעת הדין; הדגשה במקור - י.ע.). גם אמה של המתלוננת מסרה בעדותה כי המערער יצר עמה קשר טלפוני, וביקש, בין היתר, כי בתה תפעל לכך שהוא ישוחרר מהכלא. בית משפט קמא נתן בעדותה של האם אמון מלא.

17. המערער בחר שלא לערער על הרשעתו בעבירת תקיפה הגורמת חבלה של ממש ובהפרת צו פיקוח לפי סעיף 22(א) לחוק ההגנה על הציבור ולכן לא ארחיב בהן אלא מקום בו הדבר יידרש.

תמצית טענות הצדדים בערעור

18. המערער סבור כי יש לקבל את גרסת המתלוננת בבית המשפט ולפיה מעולם לא התרחשו מעשי אינוס והעבירות הנלוות, אלא יחסי מין בהסכמה בלבד, ולקבוע כי בהודעותיה הראשונות ניסתה המתלוננת לנקום בו על אירוע התקיפה. בחומר הראיות, כך נטען, יש אחיזה לכך שהמתלוננת והחברה תאמו ביניהן את הפללתו של המערער, ובגרסתה המקורית של המתלוננת קיימות סתירות מהותיות. עוד טוען המערער כי בית משפט קמא שגה כאשר ביסס הכרעתו על הודעות אלה מבלי שבחן את מידת הלימתן לכתב האישום ומבלי שבחן אם התיאור שמסרה המתלוננת במסגרתן אכן מגלה עבירה. דוגמאותיו של המערער ל"תופעה" זו יפורטו ויידונו בהמשך. עוד נטען כי היה מקום לקרוא את הודעותיה של המתלוננת בזהירות ולהבחין כי היא מבלבלת בין קיום יחסי מין לא מוגנים לבין יחסי מין לא מוסכמים. למעשה, כך נטען, מהודעותיה עולה כי כלל לא בוצע אונס או מעשה סדום ומה שבאמת הפריע למתלוננת היה איבוד בתוליה (במקרה הראשון), העובדה שקיימו יחסי מין לא מוגנים, והעובדה שהמערער שפך זרעו בפיה (במקרה האחרון).

מנגד, סומכת המשיבה ידיה על פסק דינו של בית משפט קמא וטוענת כי אין להתערב במסקנותיו המבוססות על התרשמות בלתי אמצעית מהעדים, ובפרט מהמתלוננת עצמה (הגם שהוכרזה עדה עוינת), מהחברה - המחזקת את גרסת המתלוננת, מאמה של המתלוננת ומהמערער. המשיבה טוענת כי יש להביט על המסכת כולה על רקע עבירת ההדחה בעדות והאירוע בו תקף המערער, בן למעלה מ-40, נערה בת 17, באגרופים ובסטירות לעיני עוברים ושבים רק בגלל ששוחחה עם גבר אחר. עוד מפרטת המשיבה שורה של טעמים המלמדים כי החלטת בית משפט קמא להעדיף את אמרתיה הראשונות של המתלוננת הייתה מתבקשת ומבוססת (כך למשל, העובדה שהמתלוננת לא יזמה את הגשת התלונה אלא "נקלעה" לכך עקב התקיפה בה חזו עוברי אורח שהזעיקו משטרה; וכן רצונה לדייק בהודעותיה, שהתבטא בין היתר בכך שתיארה גם מקרים בהם התקיימו יחסי מין מוסכמים).

דין והכרעה

19. בטרם יידונו הטענות שלעיל, כמו גם טענות שהעלה המערער בנוגע לכל אחת מן העבירות בהן הורשע, דומני כי ראוי תחילה עמוד 7

לעמוד בקצרה על המנגנון הראייתי הקבוע בסעיף 10א לפקודת הראיות, העומד במרכזו של תיק זה. המערער אמנם לא טען כנגד קבילות הודעותיה של המתלוננת במשטרה, אולם מפנה חציו כנגד מהימנות גרסתה במסגרתן וטען להסתמכות "עיוורת" של בית משפט קמא על תוכן.

סעיף 10א הינו אחד מהחריגים המוכרים בדיני הראיות הישראלים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. כלל הפסילה מבקש להבטיח כי בפני בית המשפט תבואנה רק עדויות מכלי ראשון, כאשר ניתן לחקור את מקור האמרה ועל-ידי כך לבחון את אמיתות תוכנה. החריג הקבוע בסעיף 10א בא לעולם על מנת ליתן מענה "לתופעה מדאיגה, שהלכה ופשטה עד שהיתה לנגע של ממש, של הפעלת לחצים פסולים על עדים לחזור בהם מדברים שמסרו בעדותם במשטרה" (יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 352 (2009)). לפי סעיף זה, ניתן להגיש אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט (לרוב, גרסה שמסר עד בחקירתו במשטרה) כראיה לאמיתות תוכנה. בכך ביקש המחוקק להבטיח כי לא ייצא חוטא נשכר.

סעיף 10א מבחין בין שתי חלופות. האחת קבועה בס"ק (ב) ועניינה במקרה בו מוסר האמרה אינו עד במשפט, השנייה קבועה בס"ק (א) והיא הרלוונטית לענייננו. לפי סעיף 10א(א) תהא אמרת חוץ קבילה בהליך פלילי בהתקיים שלושת אלה: מתן האמרה הוכח במשפט; נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו; קיומו של שוני מהותי בין העדות לבין האמרה או כאשר "העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה".

בהיותו חריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, נתמך מנגנון הקבילות הקבוע בסעיף 10א בכללי זהירות. אלה מורים כי קביעת ממצאים לפי אמרה שנתקבלה לפיו והעדפתה על פני עדות תנומק ותיעשה תוך בחינת "נסיבות הענין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט" (10א(ג)); בנוסף, הרשעה לפי אמרה כזו תהא רק מקום בו נמצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה (10א(ד)). הראיה המחזקת צריכה להגביר "את אמינותה של האמירה על-ידי אישור פרט רלוואנטי לעבירה באימרה". בפסיקה הובהר כי הדרישה לתוספת ראייתית זו היא בבחינת דרישת מינימום, וכי "משקלה של הראיה [...] עומד ביחס הפוך למשקלה ולמהימנותה של אמרת החוץ הטעונה חיזוק" (ע"פ 2404/09 אלחמידי נ' מדינת ישראל פס' 10 (1.9.2009)). בית המשפט נדרש אפוא לנקוט משנה זהירות בבואו להסתמך על אמרת חוץ מפלילה שלא הוצגה בפניו ולא עברה דרך מסננת החקירה הנגדית (ע"פ 9608/11 מדינת ישראל נ' פלוני פס' 7 (7.7.2014)), ו"לשוות לנגד עיניו תמיד כי גם אם עברה האמרה את שלב הקבילות, עליה עוד לעבור את שלב האמינות, שלאחריו יוכרע גורלו של הנאשם לשבט או לחסד" (ע"פ 361/90 קמהוז נ' מדינת ישראל פס' 3 (21.5.1991)).

משהנחנו כל זאת בפנינו, נוכל לפנות למלאכת בחינת טענות המערער באשר לכל אחת מן העבירות בהן הורשע.

מקרה האונס הראשון

סעיף 345(א) – (1) או (4)?



20. כזכור, המקרה הראשון ארע בלילה בו הגיעה המתלוננת בליווי חברתה לדירתו של המערער. על פי עובדות כתב האישום, לאחר שעזבה החברה את המקום, ניצל המערער את היות המתלוננת רדומה ושרויה במצב של ערפול חושים כתוצאה מצריכת אלכוהול, והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שהגיע לסיפוק מיני. בגין מקרה זה הרשיע בית משפט קמא את המערער באינסוף לפי סעיף 345(א)(1) שעניינו בבעילה הנעשית "שלא בהסכמתה החופשית" של אישה, ועל כך מלין המערער בפנינו. טענתו היא כי אין הלימה בין עובדות כתב האישום, המגבשות עבירה לפי סעיף 345(א)(4), שענינו ב"ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האישה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית", לבין סעיף האישום שצוין בכתב האישום ועל בסיסו הורשע – סעיף 345(א)(1). נטען כי היה על המאשימה להחליט אילו מבין החלופות היא שהתרחשה לשיטתה – האם לא ניתנה הסכמתה החופשית של המתלוננת או שמא הייתה המתלוננת במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית, שכן שתי חלופות אלה אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. חוסר הבהירות שנוצר עקב כך הסב לשיטתו נזק להגנתו.

המשיבה מסכימה כי קיימת אי בהירות בכתב האישום בעניין זה, אך סבורה כי אין בכך כדי לסייע למערער בנסיבות המקרה. ראשית, נטען כי אין פגם בהרשעת המערער לפי סעיף 345(א)(1) שכן הפסיקה איננה דורשת התנגדות מפורשת "במעשה או באומר", ובנסיבות בהן מנע המערער מהמתלוננת לצאת מביתו ודחק בה לשתות אלכוהול ניתן להסיק מכללא על היעדר הסכמתה. עוד נטען, "למעלה מן הצורך", כי חומר הראיות מלמד שהמתלוננת ביטאה התנגדותה חרף המצב בו הייתה נתונה, ולחלופין, בקשה המשיבה כי המערער יורשע לפי סעיף 345(א)(4) על-ידי בית המשפט שלערעור.

21. למען הנוחות, אביא בפתח דיונו זה את סעיף 345(א) במלואו:

אינסוף

345(א) הבעל אשה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית;

(2) בהסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

(3) כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה; או

(4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האישה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;

(5) תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית;

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים.

כפי שניתן לראות, היסוד העובר כחוט השני בין חלופות סעיף 345(א), ומגולם בפשטות בס"ק (1), הוא יסוד ההסכמה החופשית.



כידוע, עם הצבת דרישת ה"הסכמה חופשית" במרכז עבירת האינז' (במסגרת תיקון חוק העונשין (תיקון מס' 61)(אינז')), התשס"א-2001), לא נדרשת עוד התנגדות פיזית מצד האישה כדי שיתקיימו יסודות העבירה, ואף אין הכרח כי התנגדותה תבוא לידי ביטוי באופן מילולי. בית משפט זה הבהיר במספר הזדמנויות כי גם שתיקה או התנהגות פסיבית עשויות במקרים מסוימים ללמד על היעדר הסכמה חופשית ו"די בכך שניתן יהיה להסיק ממכלול הנסיבות על העדר הסכמה" (ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל פסק דינה של השופטת ארבל (28.10.2013); ראו גם: ע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל (13.8.2012); ע"פ 132/10 טוואצא נ' מדינת ישראל פס' 6 (5.9.2011)(להלן: עניין טוואצא); ע"פ 2606/04 בנבידה נ' מדינת ישראל פס' 27-28 (26.4.2006)).

ס"ק (4) מונה שתי חלופות של ניצול מצב – האחת, ניצול "מצב של חוסר הכרה" והשנייה, ניצול "מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". החלופה האחרונה מהווה חלופת "סל" שנועדה "לתת מענה לקשת רחבה של מקרים, בהם האישה אינה מסוגלת ליתן הסכמה חופשית בשל מצב פיזי או נפשי בו היא שרויה באותה העת" (ע"פ 7296/07 תורן נ' מדינת ישראל פס' 12 (12.8.2010) (להלן: עניין תורן); ע"פ 3005/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2009), והשוו: דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד מח(5) 859, 845 (1995); ע"פ 1339/91 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד מו(1) 788 (1992)). כדי לבוא בשערי סעיף זה, לא נדרשת התביעה להוכיח כי התקיימה מניעה מוחלטת של יכולתה של אישה לגבש הסכמה, אך אין גם די בהחלשה כלשהי; יש להוכיח כי הייתה החלשה מהותית ביכולתה ליתן הסכמה חופשית (ע"פ 2085/07 פלח נ' מדינת ישראל פס' 13 (15.6.2009); ע"פ 4443/10 קקוזאשווילי נ' מדינת ישראל פס' 25 (20.12.2012); עניין תורן, פס' 12).

22. תמורות אלה ואחרות שחלו במרוצת השנים בחקיקה ובפסיקה בהגדרת עבירת האינז' הביאו לטשטוש גבולות מסוים בין ס"ק (1) לבין ס"ק (4) (לסקירה המפורטת של השינויים והגלגולים שידעה עבירה זו, ראה: ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד סג(1) 170, 198-194 (2008)). הדבר נלמד מלשונם הפשוטה של הסעיפים שכן ברי כי לא מתקיימת הסכמה חופשית (ס"ק 1) כאשר נפגעת העבירה נתונה במצב המונע ממנה ליתן הסכמה חופשית (ס"ק 4), אך הפרשנות, המבורכת כשלעצמה, שניתנה לסעיפים אלה העצימה את החפיפה ביניהם. ביטוי לכך ניתן למצוא, למשל, בעניין תורן, שם נדחה ערעור על הרשעה לפי ס"ק (1) וס"ק (4) גם יחד, בנסיבות בהן אחז במתלוננת מעין שיתוק בשעת מעשיו של המערער (בבית המשפט המחוזי נקבע כי "השיתוק שאחז במתלוננת והפסיביות המוחלטת שלה, כאילו היתה גוף ללא חיים, מהווים ביטוי חיצוני מספק לאי-הסכמתה לקיום יחסי מין עם הנאשם", וכן כי המתלוננת "נמצאה במצב בו נמנעה ממנה היכולת לבטא את חוסר הסכמתה לקיום יחסי מין עם המערער"; להרשעה נוספת לפי ס"ק (1) וס"ק (4), ראו: ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל (22.4.2010)). במובן זה, בדין טענה המשיבה כי אין מניעה עקרונית להרשיע נאשם לפי ס"ק (1) במקרה הנופל אף לגדרי ס"ק (4).

23. כך או אחרת, סבור המערער כי נסיבות המקרה מצביעות על כך שהמתלוננת לא הייתה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית, ואף מלמדות כי נתנה הסכמתה. טענה זו סומך המערער על כך שגרסתה של המתלוננת רצופת פרטים דקים בהם אדם השרוי בגילופין לא יכול להבחין ולזכור, כמו גם על התנהגותה הנמרצת לאחר ובסמוך לאירוע. על שיתוף הפעולה המלא והסכמתה של המתלוננת, לשיטת המערער, מלמדת העובדה שנענתה לבקשת המערער וכיבתה את הטלפון שלה על מנת שלא יופרעו בעת שקיימו יחסי מין.

גרסת המתלוננת למאורעות לילה זה נמסרה לראשונה בליל אירוע התקיפה. המתלוננת תיארה במועד זה כיצד הפציר בה



המערער לשתות עוד ועוד אלכוהול: "הוא נתן לי לשתות הרבה וודקה [...] הוא אמר לי תשתי וכמה שהייתי שותה הוא אמר לי את שותה כמו ציפור זה כלום מה שאת לוקחת" (ת/16, ש' 18-22). בהודעתה השנייה חזרה על תיאור דומה והוסיפה: "הוא נתן לי בערך בקבוק גדול הוא לא היה שותה לא שתינו ביחד כל פעם שהייתי מסיימת את הכוס הוא היה ממלא אותה ואומר לי תשתי" (ת/17, ש' 87-88). אף בהודעותיה המאוחרות, בהן ביקשה לחזור בה מתלונתה, כמו גם בחקירתה תחת אזהרה, עמדה המתלוננת על כך שבאותו לילה הייתה שתויה. החברה, שהייתה עמה בחלק זה של הערב, מסרה בעדותה כי המתלוננת "לא הייתה מאופסת, היא שתתה הרבה" (עמ' 28 לפרוטוקול); היא הייתה "חצי ישנה ומסטולה" (עימות בין המערער לבין החברה (להלן: העימות), ש' 93). על עצם קיומו של המפגש בביתו של המערער, בו נכחו המערער, המתלוננת וחברתה אין מחלוקת. עם זאת, לדברי המערער, המתלוננת שתתה רבע כוס יין בלבד, ולא יכול להיות שמדובר בוודקה שכן הוא כלל לא מחזיק וודקה בביתו (עמ' 155, 164-165 לפרוטוקול וכן בעימות).

על מצבה של המתלוננת עובר לקיום יחסי המין באותו לילה ניתן ללמוד אף מחילופי הדברים שהתרחשו בטרם עזבה החברה את דירתו של המערער. בהודעתה מליל התקיפה סיפרה המתלוננת כי בשלב מסוים ביקשה חברתה לעזוב את דירתו של המערער שכן השעה הייתה מאוחרת, אלא שהמערער אמר כי המתלוננת "לא הולכת לשום מקום" (ת/16, ש' 17); ובהודעתה השנייה ציינה כי הוא צעק על החברה ("זו הייתה הפעם הראשונה שהוא צעק"), בעוד החברה מתעקשת שהמתלוננת תבוא עמה. התרחשויות אלו תוארה גם בעדותה של החברה: "הוא אומר לא, היא לא באה איתך, היא נשארת לישון פה [...] התנגדתי [...] ידעתי שכאילו אם היא תישאר שם אז משהו יקרה [...] אני אומרת לה כאילו מושכת אותה שתבוא" (עמ' 28-29 לפרוטוקול). גם היא ציינה כי המערער הרים את קולו בעניין זה. מדברים אלה ניתן ללמוד כי המתלוננת כלל לא היוותה גורם רלוונטי בדו-שיח שהתנהל לגביה בין המערער לחברה. המערער מצדו אישר כי באותו ערב אכן הורה לחברה לעזוב את דירתו, אך לדבריו עשה כן כי "היא נדבקה ל[מתלוננת]" (העימות, ש' 82-83). בהזדמנויות אחרות טען כי הורה לה לעזוב כיוון שגילה שהחברה קטינה (למשל, עמ' 144 לפרוטוקול). לדברי המתלוננת, מיד לאחר שעזבה החברה את הדירה המערער נעל את הדלת (ת/16, ש' 17; ת/17, ש' 80).

אציין כי לא מצאתי לייחס חשיבות לכך שהמתלוננת לא הייתה עקבית בהודעותיה באשר לזהות המשקה ששתתה באותו לילה, שכן עולה בבירור כי הן המתלוננת והן החברה, נערות צעירות, אינן מבחינות בין סוגים שונים של אלכוהול (החברה אף ציינה זאת במפורש בעדותה, עמ' 42-43 לפרוטוקול). בהודעתה הראשונה מסרה המתלוננת כי שתתה וודקה, ובהודעתה השנייה מסרה כי שתתה בירה, אך כשנשאלה האם אכן הייתה רק בירה באותו ערב השיבה: "כן משהו שהוא [המערער - י.ע.] הביא אני אפילו לא יודעת מה זה" (ש' 86-87). בבית המשפט ציינה תחילה כי שתתה בירה (עמ' 67). בהמשך, במענה לשאלותיה של הסנגורית, סיפרה כי שתתה באותו ערב כוס שלמה של וודקה נקייה, אך לבסוף, לאחר שהסנגורית ציינה כי המערער טען ששתתה רבע כוס יין בלבד, משיבה המתלוננת: "אז יכול להיות שזה היה יין"; "רבע כוס, כוס, זה בדיוק אותו דבר" (עמ' 120 לפרוטוקול). בשים לב להתרשמות בית משפט קמא כי בעדותה על דוכן העדים עשתה המתלוננת כל שביכולתה כדי למנוע את הרשעתו של המערער, יש בהצהרתה כי שתתה כוס שלמה של וודקה נקייה כדי להמחיש מדוע אין לייחס חשיבות לסתירות בגרסתה בעניין סוג האלכוהול ששתתה. כאמור, אין מחלוקת כי שתתה אלכוהול בערב זה, והחשוב לענייננו הוא שמהודעותיה ומגרסת החברה עולה כי צרכה כמות רבה.

24. אם כן, מעדות החברה, בשילוב דברי המתלוננת הייתה שתויה בשעה שעזבה החברה את דירתו של המערער. השאלה הנדרשת לענייננו היא האם הייתה שתויה עד כדי שנחלשה יכולתה ליתן הסכמה חופשית באורח מהותי? את מצבה בשלב "האקט" עצמו תיארה המתלוננת בהודעתה מליל אירוע התקיפה כך: "הייתי במצב שלא יכולתי להגיד לא או כן הייתי עם כאב



ראש [...] חלשה [...] מנומנמת ולא יכולתי לעצור את זה" (ת/16, ש' 18-24), ובהיותה במצב זה הפשיט אותה המערער וקיים עמה יחסי מין. בהודעתה השנייה המתלוננת חזרה על עיקרי הדברים וציינה כי כשהייתה רדומה המערער נשכב עליה והפשיט אותה מבגדיה, למעט חולצתה (ת/17, ש' 92-94). גרסתו של המערער לעומת זאת הייתה כי מעולם לא קיימו יחסי מין כשהמתלוננת הייתה במצב של שכרות (עמ' 155 לפרוטוקול).

25. בפנינו טען המערער, כאמור, כי יש ללמוד על מצבה של המתלוננת בזמן זה מן האופן בו תיארה את ההתרחשויות בהודעותיה. אכן, במקרים מסוימים עשויה צריכה מופרזת של אלוהול להכביד על הזיכרון עד כדי קושי בהרכבת תמונה שלמה של ההתרחשויות (ראו למשל: ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוני (7.3.2012)), אך הדבר וודאי אינו הכרחי, ומכל מקום לא התרשמתי כי האופן בו תיארה המתלוננת את ההתרחש התאפיין בתיאור דק מדק. דומה כי כך התרשמה גם באת-כוחו של המערער בבית משפט קמא בציינה כי "עד עצם היום הזה לא שמענו תיאור מפורט של אונס, מה היה, מי נגע במי ואיפה, כיצד היתה ההתנגדות" (עמ' 204 לפרוטוקול). בשאלה האם אין ב"פעלתנות" שהפגינה המתלוננת בהמשך הלילה (התרחשויות אליהן נידרש בהמשך) כדי להאיר באור שונה את מצבה בשעת המעשה לא מצאתי להעמיק, מאחר שממילא עולה כי המתלוננת הביעה את היעדר הסכמתה.

המערער טען לסתירה בגרסת המתלוננת בעניין זה – שכן בהודעתה הראשונה ציינה כי ביקשה מהמערער להפסיק מפורשות ("כל הזמן הזה אני אומרת לו דיי"), בעוד שבתמליל הודעתה השנייה צוין: "אולי אמרתי די לא אבל לא הייתי מאופסת". אלא ששמיעת הקלטת חקירתה זו מלמדת כי למעשה אמרה: "לא הייתי מאופסת. הייתי שתויה לגמרי. מדי פעם צעקתי כזה די אבל לא...לא יכולתי לקום ולהתנגד ולצעוק ולהגיד אל תעשה את זה" (הדגשות הוספו – י.ע.). הגם שקיים פער מסוים בין שתי ההודעות, הרי שזהו פער קל ובוודאי לא עולה כדי סתירה של ממש. על כך שהביעה את סירובה בפני המערער באותו לילה, חזרה המתלוננת בהודעות נוספות, תוך שהיא מבחינה במפורש בין מקרה זה, לבין מקרים מאוחרים בהם הסכימה לקיים עמו יחסי מין (ת/21, ש' 12-11, ת/18, ש' 43-44).

לכך יש להוסיף כי בהודעותיה של המתלוננת ניכר שאינה מבקשת להפריז במעשי המערער. כך למשל, כשנשאלה בעקבות חקירת החברה האם המערער השתמש בכוח היא משיבה: "אני לא אגיד דברים כאלו על נ אפילו שהוא לא בסדר אבל זה לא היה" (ת/18, ש' 42). במסגרת הודעה זו, שנגבתה טרם חזרה בה מגרסתה, מסרה המתלוננת כי שיקרה למערער לגבי גילה, כשלבדיה היא סיפרה לו שהיא בת 18 כשלמעשה הייתה בת 17. כשעומתה עם גרסת חברתה לפיה הן אמרו למערער כי הן בנות 17 והוא ביקש מהן לשקר במידה וישאלו על כך, עמדה המתלוננת על כך שאמרה למערער ביוזמתה שהיא בת 18 (ת/18, ש' 3-10). עולה אם כן כי המתלוננת לא "קפצה" על הזדמנות להרע את מצבו של המערער, אלא הודתה בכנות כי שיקרה לו, ואף בכך יש כדי להוסיף למהימנות גרסתה המקורית.

על רקע זה אבקש לשוב לשאלת היחס בין ס"ק (1) לס"ק (4). עמדתי היא שבמקרים בהם ניתן לעמוד על הגבולות שבין שני הסעיפים מוטב לעשות כן, ומקום בו ביטאה נפגעת עבירה את היעדר הסכמתה באופן פיזי או מילולי, מוטב להיכנס בדלת הראשית, היא ס"ק (1), כפי שבפועל נעשה בענייננו (השוו: ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 96 (8.5.2014)). במקרים בהם הורשע נאשם לפי ס"ק (4) הגם שנפגעת העבירה ביטאה את היעדר הסכמתה באופן אקטיבי שעה שנמצאה בגילופין ובערפול חושים, ראו למשל: ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל (27.5.2009); ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל (15.4.2010); תפ"ח (ת"א)



15587-09-14 מדינת ישראל נ' שפי (23.5.2016). לא מצאתי יסוד לטענה, שהועלתה בעלמא, לפיה הגנתו של המערער נפגעה כתוצאה מניסוח העובדות וסעיפי האישום. מדובר בשני תתי-סעיפים שהעונש המרבי בצדם זהה, ובנסיבות העניין התרשמתי כי ניתנה למערער "הזדמנות סבירה להתגונן". בבית משפט קמא כפר תחילה המערער בכל חלקו של כתב האישום המתאר מפגש זה, ובהמשך, טען כי יחסי המין בינו לבין המתלוננת נעשו בהסכמה מלאה וללא השפעת אלכוהול. אין להניח כי קו הגנתו של המערער היה משתנה לו נוסח כתב האישום באופן שונה, בהתאם לאמור לעיל (ע"פ 545/88 בן עזרא נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 316, 323 (1989)).

26. המערער ביקש להיבנות גם מסתירה בין הודעתה הראשונה של המתלוננת במסגרתה מסרה כי הוריד לה את התחתונים לבין הודעתה השנייה בה מסרה כי רק הסיטם מבלי להסירם. אינני סבור כי סתירה זו היא בעלת חשיבות. כזכור המתלוננת מסרה את הודעתה הראשונה לפנות בוקר, לאחר שהובאה לתחנת במשטרה בעקבות אירוע התקיפה, ויש לבחון אי-דיוק או חוסר התאמה בדבריה על רקע זה. בהודעתה זו ציינה גם כי במקרה האונס הראשון המערער הכריח אותה להכניס את איבר מינו לפיה (ת/16, ש' 28), אך לא חזרה על כך ביתר הודעותיה. בעוד המערער רואה בכך סתירה, המסקנה הסבירה יותר לטעמי היא שהמתלוננת תיארה את שארע במקרה השלישי כחלק מן המקרה הראשון. בית משפט זה עמד לא אחת על כך שלא ניתן לדרוש כי תלונת נפגעת עבירת מין "תהיה מסודרת, כרונולוגית, מתועדת ובנויה לתלפיות. עדויות של נפגעי עבירות מין מתאפיינות בכך שהדברים מתערבבים זה בזה, קיים חוסר בהירות בשאלה מה קדם למה ומה בדיוק נאמר בשלב זה או אחר על ידי מי מהצדדים" (ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל פס' 34 (6.9.2010); ע"פ 4510/11 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 8 (7.8.2012)).

27. בניסיון לקעקע את מהימנות גרסתה המקורית של המתלוננת, כמו גם לבסס טענתו כי המתלוננת וחברתה רקמו עלילה כנגדו, התמקד המערער בתיאור שמסרה המתלוננת באשר למה שהתרחש לאחר שעזבה את ביתו. בהודעותיה מסרה המתלוננת כי לאחר שיצאה את ביתו של המערער (ולאחר תיאום טלפוני בין המערער לחברתה), אספה אותה החברה עם ידיד בשם יוסי, אותו המתלוננת לא הכירה. לאחר שהמתלוננת סיפרה להם שהמערער קיים עמה יחסי מין ("זה היה בבהלה צעקתי את זה ואמרתי להם שאני לא יודעת מה לעשות"), הם נסעו תחילה לסופרפארם כדי רכוש גלולה למניעת הריון, אך נמסר להם שנדרש מרשם לשם כך, ולאחר מכן נסעו לתחנת המשטרה, שם התייעצה המתלוננת עם שוטר אך החליטה שלא להגיש תלונה ("אמרתי לו שאני בת 17 וקיימתי יחסי מין לא מוגנים ולא סיפרתי פרטים [...] לא הגשתי תלונה כי פחדתי", ת/18, ש' 18-19).

החברה תיארה כיצד לאחר שיצאה את דירתו של המערער ניסתה לגייס עזרה – תחילה לבעל קיוסק סמוך ולאחר מכן פגשה באותו יוסי שהסכים לסייע לה. החל משיצאה מדירתו של המערער התקשרה פעמים רבות למתלוננת אך היא לא ענתה לה. כשהמתלוננת יצאה לבסוף מדירתו היא נראתה "כאילו משהו קרה לה" (עמ' 30 לפרוטוקול). היא נכנסה לרכב "ואז ישר היא התחילה לבכות אמרה שהיא לא בתולה והיא פוחדת שמשהו יקרה", היא הייתה "לחוצה, כולה רועדת, בוכה" (שם, עמ' 31). החברה סיפרה כי המערער התקשר אליה ואמר לה לקחת את המתלוננת הביתה במהרה, והיא השיבה לו "השוטרים בדרך אליך" וניתקה. את המשך ההתרחשויות בלילה זה תיארה החברה באופן דומה לתיאור שמסרה המתלוננת, אך הוסיפה כי בתחנת המשטרה פגשו אדם בשם נ אשר אמר למתלוננת כי אם היא באה להגיש תלונה על המערער – "לא כדאי לך [...] בן אדם מסוכן [...] את סתם תסתבכי" (שם, עמ' 33). בעקבות זאת נשאלה המתלוננת האם פנה אליה מישהו בתחנת המשטרה (ת/18, ש' 20-25). היא השיבה בחיוב וציינה אף היא כי שמו היה נ, וכי נדמה לה שהוא חבר של המערער.



בערעור נטען כי "סיפור המסגרת" רצוף סתירות מהותיות ונעדר היגיון באופן "המטיל צל כבד על עצם התרחשות הדברים". בין היתר נטען, כי יש לתמוה על כך שהמתלוננת יצאה בידיים ריקות מבית המרקחת שכן גלולת "היום שאחרי" כלל אינה מצריכה מרשם; כי היעדר כל תיעוד לביקורה של המתלוננת בתחנת המשטרה אינו מתיישב עם העובדה שהמתלוננת ציינה כי התייעצה עם שוטרי המשטרה זמן לא מבוטל, כמו גם עם העובדה שלדבריה הוצע לה להגיש תלונה; עוד תהא המערער כיצד לא אותרו עדים אובייקטיביים שיש בכוחם לאמת את הסיפור – יוסי ובעל הקיוסק הסמוך לבית מגוריו של המערער. נטען גם כי אין זה סביר שלאחר שהמתלוננת ציינה בפני החברה והידיד כי נאנסה הם יפנו תחילה לבית המרקחת כדי לטפל ב"תוצאות השוליות" של האירוע, וכי מדברי המתלוננת ניתן ללמוד כי אין מדובר באונס אלא "בסך הכל חשש מכניסה בלתי רצויה וצפויה להיריון".

28. לא אחד כי בחלק מההחלטות שהעלה המערער יש טעם, ובידי המשיבה היו תשובות חלקיות בלבד (כך למשל, צוין כי מחומר חקירה שלא הוגש לבית המשפט עולה כי נעשה ניסיון שלא צלח לאתר את יוסי). עם זאת, לא מצאתי כי יש בכך כדי לסייע בידי המערער, כפי שיפורט להלן.

על דוכן העדים טענה המתלוננת כי באותו לילה היא חזרה לבדה לביתה, באמצעות "קווי לילה". לדבריה, החברה אמנם הייתה עמם בתחילתו של ערב זה אך היא חזרה לביתה מוקדם יותר ולא נשארה לחכות לה. כשעומתת המתלוננת עם גרסת החברה טענה כי החברה מסרה גרסה זו מאחר שהיא אמרה לה לעשות כן: "רציתי לנפח באותו זמן שכעסתי עליו [...] אמרתי לה תגידי שהוא גירש אותך מהבית ואז שלא הלכת [...] תגידי שפגשת איזה מישהו יוסי ואז הוא בא ולקח אותך ואמרת שאת דואגת לי ואז חזרת ולקחת אותי" (עמ' 68-69 לפרוטוקול). לדבריה, כל הסיפור "לא היה ולא נברא" (שם, עמ' 85).

הטענה כי החברה הייתה שותפה לבניית עלילה, ובכלל זאת "סיפור" הביקור בבית המרקחת ובמשטרה בלילה זה, נדחתה על-ידי בית משפט קמא, בין היתר בהתבסס על סתירות מהותיות שהתגלו בגרסתה של המתלוננת בבית המשפט בעניין זה (פס' 64, פס' 70 להכרעת הדין). מסקנה זו מקובלת עליי, ואבקש להוסיף כי הגרסה שהציגה המתלוננת בבית המשפט איננה מתיישבת אף עם דבריו של המערער, המחזקים דווקא את גרסתה המקורית ואת עדות החברה. בעימות שנערך בינו לבין החברה אישר המערער כי באותו לילה ניסתה החברה שוב ושוב ליצור קשר עם המתלוננת ("את כל חמש דקות התקשרת אליה") (לדבריו המתלוננת לא השיבה כיוון שלא רצתה שיפריעו להם). עוד אישר המערער כי החברה אספה את המתלוננת ברכב עם בחור שלא הכירו: "אני וש.מ. [המתלוננת] החלטנו לרדת [...] אני רואה את [החברה] באיזה אוטו עם איזה בחור בן 30 בערך [...] לקחה את ש.מ. עד שלוש בבוקר להסתובב באוטו בלילה" (חילופי דברים אלה מתועדים בהקלטת העימות). מכאן ברור כי בעדותה בבית המשפט ביקשה המתלוננת להגן על המערער, בין היתר באמצעות שינוי חזיתי של "סיפור המסגרת", כאשר המערער עצמו, בחילופי דברים בינו לבין החברה, אישר כי אירעו באותו לילה.

יש לציין כי ה"זיג-זג" שאפיין את גרסת המתלוננת לגבי חלק מן האירועים שתיארה בהודעותיה (כגון עניין השימוש בסמים, אליו אדרש להלן) לא אפיין את דבריה בנוגע למקרה זה. המתלוננת שמרה על עקביות בכל הודעותיה, ועמדה על כך שאותו לילה הייתה שתויה ולא הסכימה לקיים עם המערער יחסי מין.

זה המקום להזכיר כי בית משפט קמא קבע ממצאי מהימנות ברורים באשר לחברה. בין היתר, צוין כי העידה עדות סדורה



ואמיצה, כי ניכר שהגיעה להעיד "שלא מתוך התלהבות יתרה, בלשון המעטה" ועל אף זאת השיבה "באופן מלא וכן לשאלות" (שם, פס' 67). כידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית "בשל היתרון האינהרנטי המוקנה לערכאה הדיונית על-פני ערכאת הערעור, לנוכח יכולתה של הערכאה הדיונית להתרשם באורח בלתי אמצעי מן העדים, מהאופן שבו מסרו את עדותם, מהתנהגותם, ומשפת גופם. כל אלה, מאפשרים לערכאה הדיונית לתור, באופן מיטבי, אחר 'אותות האמת' המתגלות בעדויות" (ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל פס' 23 (10.7.2013); ע"פ 9612/10 קוגמן נ' מדינת ישראל פס' 13 (27.4.2014); ע"פ 2548/07 אלימלך נ' מדינת ישראל פס' 7 (22.7.2009)). אוסיף כי בעצם העובדה שהחברה הייתה מוכנה לשתף פעולה בתרגיל חקירה, במסגרתו נדרשה לשאול את המתלוננת מדוע טענה בפני המשטרה כי שתייה רקמה עלילה יחדיו, ניתן למצוא אינדיקציה נוספת שהדברים אכן התרחשו. שהרי אם טענת העלילה הייתה נכונה, יש להניח כי החברה הייתה חוששת מפני שיחה כזו שעשויה להפליל אותה עצמה. על יסוד האמור, ובהינתן שהחברה הינה עדה מרכזית ביותר להתרחשויות, החל בהסתייעות ביוסי ועד לביקור בתחנת המשטרה, לא מצאתי יסוד להתערב בממצאיו של בית משפט קמא בעניין זה.

29. אך בכך לא תמו טענות המערער בנוגע למקרה הראשון. את טענתו כי מדובר ביחסי מין מוסכמים ולא באונס ביקש המערער לבסס גם על כך שהקשר בינו לבין המתלוננת נמשך לאחר אותו לילה, והיא הוסיפה להגיע לביתו ואף קיימה עמו יחסי מין בהסכמה. טענה זו נדחתה על-ידי בית משפט קמא אשר קבע כי המתלוננת עשתה כן מאחר שהייתה נתונה לאיומיו ולחציו של המערער, ותמך מסקנה זו בפלט השיחות (ת/24), המעיד על "מאות אם לא אלפי התקשרויות (בשיחות טלפון או במסרונים) של הנאשם למתלוננת, בתקופת ההיכרות ביניהם בטרם נעצר" (פס' 58 להכרעת הדין). לא אכחד כי מסקנה זו אינה כה פשוטה בעיני, ולאחר שעיינתי בפלט השיחות התלבטתי לא מעט. מן הפלט עולה כי אין מדובר באלפי התקשרויות חד-צדדיות, אלא בהתקשרויות הדדיות אינטנסיביות (למעלה מ-4,500 התקשרויות, ברובן הודעות טקסט) בתקופה של כחודשיים, החל מהיכרותם ועד ליום המעצר.

מתעוררת השאלה האם תקשורת הדדית ויומיומית, הכוללת שיחות ממושכות לתוך הלילה, מתיישבת יותר עם קשר מוסכם מאשר עם מספר מקרי אונס? בטרם נשיב על שאלה זו עלינו לזכור כי "בבואנו להסיק מסקנות מן ההתנהגות, אין אנו עושים זאת בגדר 'ביקורת התבונה' שבה, אלא בגדר ניסיון לקבוע אם נעברה עבירה" (ע"פ 599/02 פרי נ' מדינת ישראל פס' 6 (22.5.2003) (להלן: עניין פרי)), ועל כן, גם מקום בו התנהגותה של מתלוננת עשויה להיות "חידה בעיני המביט מבחוץ [...] על בית המשפט להשתדל לשים עצמו בנעלי הקרבן תוך התבוננות אל כלל הנסיבות" (עניין טוואצא, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין), וזאת "כדי לאתר ולזהות את ההסבר הנכון והאמיתי להתנהגות" (עניין פרי). פעמים רבות עמדה הפסיקה על כך כי התנהגות נפגע עבירת מין עשויה להראות למשקיף מהצד תמונה ובלתי הגיונית, כי "אין להיצמד לכללים בדבר ההיגיון 'המצופה' מקורבן עבירת מין. הקורבן איננו חייב להתנהג בסבירות או בדרך מסוימת שמוכתבת לו על ידי האחר הנמצא מחוץ לעולמו הפנימי" (ע"פ 7082/09 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 5 (10.3.2011)) וכי "יכול בהחלט שיקרה, כי התנהגותה של מתלוננת כלשהי במקרה של עבירת מין פלוגית תיראה בלתי-נבונה, בלתי-סבירה ואפילו אווילית" (ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל פ"ד מ(2) 564, 577 (1986); כן ראו ע"פ 5502/09 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 87 (20.10.2010); יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האונס)" פלילים ו 187, 223-227 (תשנ"ח)).

קיומן של אלפי הודעות טקסט שתוכנן אינו ידוע, וודאי אינו מקל על בית המשפט בבואו להסביר ולהבין את פשר ההתנהגות, ואכן יש לתמוה על כך שהודעות כאלה ואחרות לא הוגשו מטעם התביעה (בעוד המתלוננת בעדותה המוקלטת מציינת כי אין מבחינתה כל מניעה כי הודעות שנמחקו מהמכשיר שברשותה ישוחזרו). אף על פי כן, בחינת מכלול נסיבותיו של תיק זה הובילה אותי

למסקנה כי אין להסיק מההתקשרויות ומן המפגשים הנוספים בין המתלוננת למערער על הסכמתה לקיים יחסי מין עם המערער באותו לילה, וכאמור, המתלוננת עצמה הבחינה בין יחסי מין שקיימה עם המערער בהסכמה לבין מקרי האונס עליהם סיפרה בהודעותיה.

30. המערער והמתלוננת תיארו כי במסגרת הקשר שנרקם ביניהם, שיתפה אותו המתלוננת בקשייה ובמצוקותיה, וביקשה למצוא במקור תמיכה ועידוד. המדובר כזכור בנערה צעירה ובגבר בין למעלה מארבעים, ביניהן מפרידות למעלה מ-25 שנים. בהודעתה ציינה המתלוננת כי סיפרה למערער שהיא בדיכאון והוא אמר שירגיע אותה והציע לה לבלות עמו (ת/17, ש' 52). אף המערער מצדו מסר שהמתלוננת שיתפה אותו כי "עברה הרבה טראומות בחיים, שהיא רוצה להתאבד" והוא הבטיח לה שיהיה עבורה החבר "הכי טוב בעולם" (עמ' 144 לפרוטוקול). אלא שכאשר מיאנה לעשות כמבוקשו, דחק בה באומרו: "את לא מתחשבת בי אני החבר הכי טוב שלך אני רוצה [ב]טובתך" (ת/16, ש' 39-40), וכשחשה פגועה לאחר שעשה דבר מה בניגוד לרצונה, הקפיד להתנצל בפניה ולהבטיח שלא יחזור שוב על שעשה, אלא שכך עשה שוב ושוב (ת/16, ש' 34, ש' 51; ת/17, ש' 129-130, ש' 226). לא מן הנמנע כי המתלוננת הייתה מוסיפה להיפגש עם המערער גם לאחר אירוע התקיפה, אלמלא היו במקום עוברי אורח שהזעיקו את המשטרה. על טיב הקשר בין השניים ניתן ללמוד אף מההסברים שמסרה המתלוננת בנוגע לרצונה לחזור בה מתלוננתה: "אחרי הכל כן היינו מדברים והחשוד בעצמו אמר שהוא באמת אוהב אותי" (ת/19, ש' 25-26); "נקשרתי אליו והוא לא אדם רע" (ת/21, ש' 22-23); "הוא נתן לי כמה פעמים תחושות שהוא אוהב אותי" (ת/21, ש' 40); "הרגשתי צורך לראות אותו. פיתחתי אליו רגשות ואפשר להגיד שאהבתי אותו למרות שהוא כן הזיק לי" (ת/21, 79-80) (אם כי יש להזהיר עצמנו כי יתכן שחלק מן הדברים הושמו בפיה על-ידי המערער).

הגם שנסיבותיו של ע"פ 1921/11 דנה נ' מדינת ישראל (5.11.2012) אף קיצוניות מענייננו, קווי דמיון מחברים בין השניים, ודומה כי הדפוס עליו עמד בית המשפט בעניין דנה, נכון במידה רבה גם למקרה שבפנינו:

"המערער מילא את עולמה של המתלוננת בתקופה של מצוקה רגשית, והיא התאהבה בו ופיתחה בו תלות, ללא יכולת להתנתק [...] אכן, המתלוננת נסעה שוב ושוב לבקר את המערער [...]. היא נחקרה על נושא מרכזי זה בהרחבה במשטרה ובעדותה בבית המשפט. מספר פעמים לאורך עדותה ציינה המתלוננת שאהבה את המערער [...] אמירות אלו כולן אינן פוגמות במהימנות גרסתה של המתלוננת – נהפוך הוא. הן מלמדות על רבדיו השונים של הקשר בין השניים, ועל החומרה היתרה הטמונה בכך שהמערער ניצל את תמימותה של המתלוננת ואת אהבתה כלפיו לצורך סיפוק יצריו".

31. הקשר בין המתלוננת למערער, התאפיין תחילה בבילויים משותפים אך אלה הוחלפו עד מהרה בפגישות בבית המערער בלבד, אליהן הייתה המתלוננת מגיעה מתוך תלות שפיתחה במערער (וכלשונה של המתלוננת: "היה מאיים שהוא לא ידבר איתי יותר ואני הייתי נלחצת מזה"; "אחרי שהייתי איתו פעמיים הרגשתי שאם אני לא אראה את נ זה יכניס אותי לסיט, היום ברור לי כי הדבר לא היה קורה"; "נקשרתי אליו הרגשתי צורך לראות אותו" (ת/21)), כמו גם מתוך חשש מאיומים שהשמיע ("אם את לא באה אני שובר לך את העצמות", ת/17, ש' 53-55; ש' 132-133, 201-202). בחששה מן המערער וברצונה לסיים את הקשר עמו שיתפה המתלוננת את החברה בזמן אמת (עמ' 41-42 לפרוטוקול).



לדברי המתלוננת, לאחר אירוע האונס הראשון היא ניתקה קשר עם המערער: "היה לי סיוט כזה ממנו פחדתי ממנו ולא דיברתי איתו כמה ימים [...] הרגשתי שאני לא יכולה יותר הייתי מבוהלת הייתי מסתובבת ברחוב ומסתכלת אחורה" (ת/17, ש' 124-126). בחלוף מספר ימים המערער יצר עמה קשר ממספר שלא הכירה. היא הטיחה בפניו "זה לא בסדר מה שעשית" (שם, ש' 129), אך לאחר שהתנצל בפניה הם שבו להיפגש. אף המערער ציין בעדותו כי היו מספר ימים בהם המתלוננת "נעלמה", אם כי לדבריו זה היה כיוון שנסעה לחו"ל. תחילה מיקם את "היעלמותה" לפני ליל האונס הראשון, אך בהמשך ציין כי היה זה בזמן שהייתה לה יום הולדת (ביום 23.8), והמתנה שקנה לה המתנה בביתו (עמ' 181 לפרוטוקול), תיאור המתיישב עם המועדים שצינה המתלוננת. גם מפלט השיחות עולה שבין המערער למתלוננת היה נתק של מספר ימים במועדים התואמים לגרסתה (החל מיום 22.8.2013 ועד ליום 30.8.13).

32. החשש מהמערער ליווה את המתלוננת ביתר שאת בשלב שלאחר הגשת התלונה. כך עולה מהודעותיה, ממזכרים שערכה המשטרה (ת/6, ת/8, ת/17, עמ' 10), ומתרגיל החקירה במסגרתו הוקלטה שיחת טלפון בינה לבין החברה. במסגרת תרגיל החקירה התבקשה החברה להביא את המתלוננת לומר אילו מבין גרסאותיה היא הנכונה, וכלשון החברה, להוציא ממנה "אם זה קרה או לא קרה" (עמ' 40 לפרוטוקול). כפי שהתרשם בית משפט קמא, אף אני סבור כי מדובר בראיה משמעותית. בעוד המתלוננת מסיחה לפי תומה, מבלי לדעת כי השיחה שמתנהלת עם חברתה הטובה מוקלטת, עומדת היא על כך שאונס אכן ארע, ומסבירה כי חששה מן המערער הוא שהוביל אותה לחזור בה מתלונתה. כל זאת שעה שכבר חזרה בה מתלונתה וביקשה להביא לסיום ההליכים נגד המערער. אלה הם עיקרי הדברים החשובים לענייננו (הדגשות הוספו - י.ע):

החברה: ... האונס, מה שאמרת לי - היה או לא היה?

המתלוננת: האונס אם היה או לא היה? כי את אמרת שהיה, נכון?

החברה: אני אמרתי שהיה, כי זה מה שאת אמרת לי.

[...]

החברה: בתכל"ס, זה היה או לא היה?

(שתיקה קצרה)

החברה: בכללי? באמיתי, זה היה.

[...]

החברה: אז למה אמרת פעם אחת שזה לא היה אם זה היה?

(שתיקה קצרה)

המתלוננת: תקשיבי, אני... אני... לא יודעת, מצד אחד אני רוצה כן שהוא יצא משמה, כי אני פוחדת ממנו, ומצד שני אני לא יודעת,



אני לא יודעת מה אני עושה.

[...]

החברה: אם זה היה אז מה יש לך לפחד?

המתלוננת: לא יודעת, הוא יכול אחרי זה לצאת, להתנקם בי, לא יודעת מה לעשות. הוא אמר לי תגידי גם שלא נתתי לך סמים, תגידי שלא זה..

[...]

המתלוננת: אני מה זה מבולבלת. מצד אחד אני פוחדת כאילו שאחרי כמה שנים כשהוא יצא משמה הוא יחפש להתנקם בי, ומצד שני אני פוחדת ש... כאילו.. זה מה שהוא עשה לי, מגיע לו עונש מצד אחד. אבל מצד שני אני מה זה מפחדת ממנו. אני לא יודעת מה לעשות.

החברה: אין לך מה לפחד. אם הוא עשה אז כן מגיע לו.

(שתיקה ארוכה)

המתלוננת: ופעם אחת אמרתי דברים שכן היו, ופעם זה, בסוף אני יוצאת פה הזבל.

החברה: אז תגידי דברים שכן היו, למה את אומרת דברים שלא היו?

המתלוננת: לא, דברים שלא היו לא אמרתי.

החברה: [...] אם זה היה, אז תגידי שכן.

המתלוננת: זה היה על בטוח ואת יודעת שכן.

בשיחה לא צוין מפורשות האם הן מדברות על מקרי האונס כולם או שמא על אחד מהם. בית משפט קמא סבר כי שיחה זו עוסקת בכל עבירות המין שיוחסו למערער (פס' 59 להכרעת הדין). הגם שחלקים מן השיחה רלוונטיים בהחלט לכל העבירות כולן, שכן יש בהם כדי לתמוך במהימנותה של המתלוננת ולהסביר את מניעיה לחזור בה מתלונתה, דומני כי חילופי הדברים על "אונס" ("אם היה או לא היה") - התמקדו במקרה הראשון, מקרה בו הייתה החברה מעורבת בראשיתו ובסופו. המערער טען כי קבילותה של ראייה זו מוגבלת לאישום השני בלבד (הדחה בעדות), אך לא מצאתי יסוד לטענה זו, לאחר שבבית משפט קמא נתנה ב"כ המערער הסכמתה להוספת הראייה, ולא הסתייגה באשר לאישום זה או אחר.

בהמשך השיחה, בחלק שלא צוטט לעיל, שואלת החברה את המתלוננת האם טענה במשטרה כי תכננו יחדיו כיצד להפליל את המערער. בעוד המתלוננת טוענת בפניה בתוקף שלא אמרה זאת, מת/23 עולה במפורש שכך טענה בפגישתה עם הפרקליטה.



בניסיונו של המערער להיתלות בעובדה שהמתלוננת שיקרה בעניין זה לחברתה, וללמוד מכך שאין לתת אמון גם בדבריה שצוטטו לעיל, לא מצאתי ממש. קל להבין כי המתלוננת ניסתה להלך בין הטיפות – לחלץ את המערער מהרשעה מחד, ולשמור על "שלו" בית" עם חברתה הטובה מאידך, ועל כן אמרה את שאמרה. לעומת זאת, לא מצאתי טעם בגינו תבקש המתלוננת לשקר בעניין האונס בשיחה פרטית המתקיימת בין חברות קרובות, בשלב בו כבר ניסתה להחזיר את הגלגל לאחור ולהביא לזיכויו של המערער.

33. על יסוד כל האמור התרשמתי כי המתלוננת, נערה דתיה בת 17, נקלעה לסיטואציה הגדולה על מידותיה, ולא ידעה כיצד להיחלץ ממנה, בעוד המערער, בן למעלה מארבעים, משך בחוטים והוביל אותה לעשות כרצונו, גם מקום בו רצונה לא פגש ברצונו. בעובדה שבין השניים המשיך להתקיים קשר אינטנסיבי גם לאחר מקרה האונס הראשון אין כדי לשנות מן המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא, ואליה מכלול הראיות הוביל אף אותי, לפיה יחסי המין באותו לילה התקיימו שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת.

הספקת חומר מסוכן ומקרה האונס השני

34. תחת "כותרת" זו אדון בהרשעת המערער בהספקת חומר מסוכן בגין שני מקרים בהם נתן למתלוננת חומר שטיבו לא הובהר, כשבאחד מן המקרים, ניצל את המצב בו הייתה שרויה כתוצאה מצריכת אותו חומר והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שהגיע לסיפוק מיני. בגין כך הורשע המערער באינס לפי סעיף 345(א)(4).

אשר למקרה הראשון ציינה המתלוננת כי כשביקרה בדירתו, נתן לה המערער קובייה שצדה אחד לבן וצדה השני חום, אותה כינה "סוכרייה". לבקשתו, המתלוננת שמה את הקובייה בפיה אך בחלוף זמן מה הוציאה אותה והשליכה אותה על הרצפה. לאחר מכן, חשה תחושה מוזרה: "זה לא כמו שהייתי שיכורה או משהו זה היה כמו אופוריה משהו לא מצב רגיל [...] היו לי התכווצויות בכל הגוף" (ת/17, ש' 150-151), ובהמשך כשהסתכלה במראה הבחינה כי אישניה מורחבים. כשחזרה לביתה קיבלה מן המערער הודעה ובה "הוראות התאוששות" ("תתקלחי טוב טוב במים קרים ואחרי זה חמים ואחרי זה תאכלי איזה פרי"), וכשהטיחה בפניו כי סימם אותה השיב: "למה את חושבת שאני אתן לך את מה שאת מנסה להגיד" (שם, ש' 156-157). בהמשך, כשנפגשו פנים אל פנים, אישר בפניה המערער שנתן לה סם והסביר שזה לא בטיחותי לכתוב דברים כאלו בהודעות טקסט או לשוחח על כך בטלפון.

במקרה השני, שארע אף הוא בדירתו של המערער, שב המערער והורה למתלוננת לשים בפיה קובייה. המתלוננת סירבה תחילה אך המערער הפעיל עליה לחץ ולבסוף עשתה כמבוקשו. כשיצא לרגע מהחדר, ניצלה את ההזדמנות להוציא את הקובייה מפיה, אך כששב לחדר הוא הבחין בכך, החזיר את הקובייה לפיה ואיים עליה פן תעז להוציאה שוב ("הוא אמר אם את מוציאה את זה אני שובר לך את העצמות [...] ואני פחדתי להיות מסוממת ומצד שני הוא מאיים עליי"). כתוצאה מכך חשה שראשה מסתובב ועל אף שהייתה עייפה לא הצליחה להירדם. בהיות המתלוננת תחת השפעה זו, קיים עמה המערער יחסי מין. לדבריה, באותו לילה הוא נתן לה סטירות בידים ובפנים, אבל לדבריה "זה היה בצורה יותר עדינה" מאירוע התקיפה, "משהו שכן אפשר להתמודד עם זה" (ת/17, ש' 282-283). גם בבית המשפט אישרה זאת וציינה: "זה לא כאב זה לא היה משמעותי", "לא חזק שתי כאפות". בניגוד למתואר בכתב האישום, המתלוננת טענה בעדותה בבית המשפט כי היה זה לאחר ש"הפכה" את החדר, והמערער סידר אחריה שוב ושוב, ולא במהלך יחסי המין או בקשר להם (עמ' 111 לפרוטוקול).



35. המערער מצדו הכחיש בתוקף כי צרך סמים בעצמו בתקופה הרלוונטית וכי נתן למתלוננת סמים. בערעורו ביקש להטיל ספק במהימנות גרסת המתלוננת גם בעניין זה, ולשם כך התמקד באמירתה כי לא היה לה ניסיון קודם בצריכת סמים ("אני לא מבינה בסמים ולא כלום" ת/17, ש' 139-140). נטען כי באופן בו תיארה את תחושותיה ואת מצבה הגופני לאחר צריכת הסם "גילתה דעתה שהיא דווקא בקיאה בסם ובהשפעותיו", ובהודעה מאוחרת אף ציינה כי הייתה מעשנת סמים עם המערער (ת/20, ש' 9). עוד הפנה המערער לעדות של אמה של המתלוננת, בה ביקשה האם להטיל אחריות על החברה, שלדבריה הייתה גוררת את המתלוננת להסתובב ברחובות בשעה מאוחרת ואומרת לה: "בואי לרחוב נעשה סטלות" (עמ' 191).

הניסיון להיבנות מאמירה של המתלוננת בה היא מצינת כי עישנה סמים עם המערער וודאי אין בו כדי לסייע למערער, שממילא נותר בתמונה. ממכלול הודעותיה של המתלוננת אכן עולה הרושם כי לבד מהאירועים המפורטים לעיל, בהם דובר באותה קובייה עלומה, היו סמים נוספים במסגרת הקשר בין השניים – המתלוננת אכן מסרה כי עישנה עם המערער, כאשר תחילה ציינה כי המערער הכריח אותה אך בהמשך אמרה כי זה היה מרצונה (ת/16, ש' 55; ת/22, ש' 63). בפגישתה עם הפרקליטה המטפלת ביום 1.1.2014 (ת/23), שינתה גרסתה וטענה כי כלל לא היו סמים והיא אמרה זאת רק בגלל ששמעה במשטרה שיש לו עבר בסמים. גרסה זו באה לעולם כפי הנראה לבקשת המערער: בשיחה המוקלטת בין המתלוננת לחברתה, שלנאמר בה מצאתי לייחס מהימנות רבה מן הטעמים שפורטו לעיל, סיפרה המתלוננת כי המערער הורה לה לשקר בנוגע לסמים על מנת לחלץ אותו מהרשעה ("הוא אמר לי תגידי גם שלא נתתי לך סמים", ת/15, עמ' 2). דומה כי אופן התנסחותה של המתלוננת בהודעתה השנייה מקורו בהבחנה שעשתה המתלוננת בין עישון הסמים לבין אותה קובייה שטיבה לא הובהר, או שמא חששה פתאום כי תסבך עצמה בדבר עבירה (השווה: ע"פ 792/08 פלוני נ' מדינת ישראל (18.1.2010)).

מכל מקום לא על כך יקום ויפול דבר, שכן בדברי המערער עצמו ישנו חיזוק לגרסתה המקורית של המתלוננת. כשנשאל בחקירתו ובבית המשפט על ההודעה בה הטיחה בו המתלוננת כי סימם אותה, ידע מיד באיזו הודעה מדובר. עם זאת, המערער הכחיש כי הרקע לכך הוא סמים וטען כי המתלוננת שלחה את ההודעה לאחר ערב בו שתן יין יחדיו (לדבריו כתבה לו שהיא "מסטולית", ת/2, ש' 81, עמ' 145 לפרוטוקול; בעמ' 146 אישר את הנוסח שציינה המתלוננת ("סיממת אותי")). גם דברי המתלוננת בנוגע לאותן סטירות "עדינות" שספגה מהמערער באותו לילה מצאו תמיכה בדברי המערער. כשנשאל על כך אישר המערער כי "כִּפְּכִי" אותה מאהבה, "סתם בחדר זורמים, שומעים מוזיקה והיא הופכת את השמיכה, סתם משחקים של אוהבים [...] זה בעדינות ובאהבה" (עמ' 152-153 לפרוטוקול).

אוסף, כי בית משפט קמא זקף לחובת המערער גם את העובדה שנמנע מלהגיש תוצאות בדיקות שתן שהוא נותן במסגרת צו פיקוח (פס' 74 להכרעת הדין), הגם שטען כי הן יוכיחו כי הוא "נקי לחלוטין" (עמ' 154 לפרוטוקול). גם בפנינו לא ביקש המערער להוסיף כראיה ולחלופין לא נתן כל טעם לכך שנמנע מלעשות כן, ועל כן מסקנה זו נותרת בעינה, אמנם לא באשר לאירוע האונס עצמו, אך באשר למהימנותו של המערער.

36. אשר למקרה האונס עצמו טען המערער, בדומה למקרה הראשון, כי התיאור שמסרה המתלוננת בהודעתה איננו מתיישב עם טענתה כי הייתה מסוממת לחלוטין; נטען כי לו אכן היה זה מצבה, לא הייתה יכולה להבחין בהיעדרו של מגע הקונדום באיבר מינה ("תחילה הוא שם קונדום ואחרי זה אמרתי לו שאני לא מרגישה קונדום והוא אמר לי 'הוצאתי את זה'", ת/17, עמ' 187-188). כן



מבקש המערער להישען על תשובתה של המתלוננת לשאלה האם יחסי המין קוימו בהסכמה: "רק בגלל שהוא אמר שהוא שם קונדום אז כן [הסכמתי כי הוא היה כופה עליי כזה] הוא גבר בן 44 ואני כולה בת 17 אז לא יכולתי לעמוד [מולו זה היה כמו מחויבות כזאת] הייתי גם מסוממת ולא יכולתי, לא היה לי רצון להגיד כן ולא" (ת/17, ש' 189-191). תשובתה זו אכן עמומה ומכילה בתוכה הסכמה בצד היעדר הסכמה, אך האם עולה ממנה כי נתנה את הסכמתה החופשית?

על מצבה של המתלוננת באירוע האונס השני ניתן ללמוד מדברים שאמרה כשנשאלה דווקא על אירוע התקיפה. המתלוננת ציינה כי עובר לתקיפה עצמה, עישן המערער סיגריה ונגע עם הסיגריה בידה וכתוצאה מכך נותר על גופה סימן ירוק (גם בהודעתה הראשונה ציינה זאת, ת/16, ש' 61). בתוך כך ציינה כי כשחזרה מן המערער לאחר אותו לילה מצאה על רגלה סימן דומה: "הסימן שהיה לי על היד הירוק הזה גם באותו לילה שישנתי אצלו היה לי סימן כזה על הרגל ואולי הוא עישן סיגריה ועוד הפעם עשה לי ככה על הרגל" (ת/17, 242-243). מאמירה זו, שנאמרה כבדרך אגב ומבלי מחשבה יתרה, עולה כי במצב בו הייתה באותו לילה, היא כלל לא הבחינה כי המערער נגע בגופה עם סיגריה. לכך יש להוסיף כי גם בהודעה מאוחרת, תוך שהיא מנסה לחזור בה מתלוננתה, ציינה כי במקרה זה, כמו במקרה הראשון, יחסי המין לא היו מרצונה, ובשל המצב בו הייתה שרויה התקשתה להתנגד (ת/21, ש' 10-13). בלילה זה נשארה המתלוננת לישון בדירתו של המערער לאחר שאמר לה כי אין לה ברירה וכי במצבה היא לא יכולה לצאת לרחוב (ת/17, ש' 186). לאחר אותו לילה, לא הוסיפה המתלוננת להגיע לדירתו של המערער (ת/17, נשמע בהקלטה, דיסק 2), ואף מכך עולה כי חוותה חוויה בלתי רצויה. על יסוד כל אלה נמצאתי למד כי המצב בו הייתה שרויה המתלוננת באותו לילה לא אפשר לה לגבש הסכמה חופשית.

אוסף, כי קיימת ראייה בעלת משקל המחזקת את גרסת המתלוננת, גם אם לא בנוגע למקרה זה באופן ספציפי אלא באשר לעבירות המין בכללותן. כפי שכבר צוין, השוטר שהגיעה לזירת התקיפה העידה בבית המשפט כי המתלוננת סיפרה לה כי המערער היה מקיים איתה יחסי מין שלא כרצונה. בניגוד לטענת המערער, השוטר הבהירה בעדותה כי דברים אלה נאמרו על-ידי המתלוננת עוד בזירת האירוע (עמ' 17, ש' 14-15), ולא בניידת לאחר שהמתלוננת נרגעה, ועל כן בהחלט ניתן לראות בהם "אמירה אותנטית הנאמרת מתוך סערת רגשות" (פס' 44 להכרעת הדין).

37. אתיחס בהזדמנות זו לטענת המערער, שהוזכרה כבר בפתח הדברים, והיא כי המתלוננת קושרת בין היעדר הסכמתה לקיום יחסי מין לבין אי שימוש באמצעי מניעה.

אכן, מהודעות המתלוננת עולה כי היא מייחסת חשיבות רבה לשימוש באמצעי מניעה וקושרת בין השימוש בהם לבין הסכמתה לקיים יחסי מין ("אמרתי לו שאם זה עם קונדום אז בסדר" ת/17, ש' 163-164; "הוא התעקש כזה ואמר שהוא עם קונדום ולא הייתה לי ברירה והסכמתי" ת/17, ש' 267; "הוא קיים איתי יחסי מין בפי הטבעת כשהוא היה עם קונדום ואז כן הסכמתי למרות שמאוד כאב לי", ת/21, 43-44). אך לאחר שהפכתי והפכתי בהודעות המתלוננת לא מצאתי כיצד יש בעובדה זו כדי לסייע בידי המערער. כל עוד לא נתנה אישה את הסכמתה החופשית ליחסי המין, מצויים אנו באזור האסור עליו חולשים דיני העונשין. לעניין זה אין נפקא מינה אם היעדר הסכמתה נבע מסיבה כזו או אחרת, ובתוך מגוון הסיבות, יתכן גם שלא תהא מעוניינת מקום בו סרב הגבר להשתמש באמצעי מניעה. כפי שציין השופט פוגלמן אך לאחרונה: "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" (ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 14 (23.6.2016)).

מקרה האונס השלישי ומעשה סדום

38. בחנייה חשוכה במרכז העיר ירושלים ארע המקרה האחרון, בגינו הורשע המערער במעשה סדום ובאינוס. אשר למעשה הסדום, נטען על ידי המערער כי מדברי המתלוננת עולה כי "האירוע הדרמטי" לא היה עצם קיום יחסי המין האוראליים, שהיו מוסכמים, אלא העובדה שהמערער שפך זרעו בפיה, דבר שהגעיל אותה ולכן הביעה לראשונה התנגדות מפורשת. כן הועלו במסגרת הערעור תהיות מתהיות שונות בנוגע לאירוע זה, וביניהן: מדוע לא ברחה המתלוננת מהמקום עוד קודם לכן כאשר הבינה את כוונותיו של המערער; אם הדבר נעשה בניגוד לרצונה, ולדבריה כבר לא פחדה מהמערער, מדוע "איננה נושכת את המערער או עושה דבר המביע התנגדות".

דומני כי לתהיות אלה אין מקום. באירוע, שתואר על-ידי המתלוננת בצורה עקבית, סדורה ומפורטת, בולטים פערי הכוחות בינה לבין המערער אשר משך בשערותיה והוריד את ראשה בכוח חרף התנגדותה על מנת להגיע לכדי סיפוק מיני:

"הוא תפס לי את השיער שלי שהיה פזור, יש לי שיער ארוך עד המותניים והוריד לי את ה[ר]אש [...] והכניס את איבר המין שלו בכח לפה שלי, אני סובבתי את הראש שלי הצידה והוא חזק מאוד ועם היד שלו החזיר לי את הראש והכניס את איבר מינו לפה שלי ואז הוא גמר לי בפה, לקח לו כ-4 שניות לגמור לי בפה ואז אני ירקתי את הזרע שלו על הרצפה. נגעלתי מכל המצב. אין מצב שמרצוני הייתי עושה את זה ומאפשרת לנ לגמור לי בפה, אפילו שהיו לי רגשות אליו" (תיאור זה נמסר על-ידה בהודעה מאוחרת, ותאם לתיאור שמסרה לראשונה, כמו גם לאמור במזכר שסומן ת/7).

מאחר שבמסגרת הודעה זו ביקשה המתלוננת לחזור בה מתלונתה נשאלה היא למה התכוונה כשציינה כי היא "ניפחה" את הדברים, והיא הסבירה כי בחלק מהמקרים המערער הכריח אותה "רק מילולית ולא פיזית" אך "במקרה שנ הכריח אותי למצוץ לו והוריד לי את הראש לאיבר מינו אז הוא כן הכריח אותי פיזית" (ת/21). בהודעה הראשונה בה התייחסה למקרה זה הבהירה כי הביעה את התנגדותה מפורשות: "אמרתי די אני לא רוצה והוא אמר לי שהוא גומר עוד מעט ואני אמרתי לא רוצה [לא רוצה לא רוצה, התעקשתי] והוא ממש התעקש על זה" (ת/17, ש' 222). מהודעה זו ניכר כי חשה מבוכה והתקשתה לתאר את שארע: "הוא גם הכריח אותי לקיים איתו יחסי מין חוץ מהישבן [...] דרך הפה הוא הכריח אותי, את יודעת למה אני מתכוונת. הוא פשוט דחף לי את ה... הוא ניסה לפתוח לי את הפה ושאני.. הוא בעצם הכניס את איבר המין שלו לפה שלי. לא נוח לי לדבר על זה". אוסיף, כי גם הפעם מצאתי כי עדותו של המערער בבית המשפט תומכת בגרסת המתלוננת כי מקרה כזה אכן ארע:

ב"כ המאשימה: בחנייה של הסופרמרקט, מה כן היה שם?

המערער: קודם כל לא היינו בחנייה.

ב"כ המאשימה: אז מה זה היה?

המערער: זה בניין שמאחורי יואל סלומון, סתם, עמדנו ודיברנו שם, זה הכול.

ב"כ המאשימה: ולא הצעת לה שם לקיים מין אוראלי?

המערער: לא הצעתי לה שום דבר.

ב"כ המאשימה: אז בזה היא משקרת?

המערער: אני לא הצעתי לה כלום, זה דברים שבדרך כלל קורה מין - סתם בין זוגות אני לא יכול להציע לה לעשות דבר כזה. (עמ' 171 לפרוטוקול) (הדגשות הוספו - י.ע.).

39. אשר לעבירת האינוס, נטען כי השאלה מה בדיוק התרחש לא התבררה עד תום ונוטר ספק האם אכן החדיר המערער אצבעות לאיבר מינה של המתלוננת. זאת שכן בכתב האישום צוין כי "הנאשם הכניס את ידו אל מתחת לתחתוניה של המתלוננת והחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה", בעוד שבהודעותיה לא תיארה המתלוננת כי הדבר נעשה תוך הסטת התחתונים או הסרתם ("החדיר את האצבעות שלו לאיבר המין שלי דרך התחתונים שלי" ת/21, ש' 58-59). המשיבה מסכימה כי נפלה שגגה בניסוח כתב האישום אך עומדת על כך שעבירה מתקיימת בכל אופן.

על מנת לבחון טענה זו יש לפרוס תחילה את גרסת המתלוננת לגבי אותו מקרה בהודעותיה השונות. בהודעה הראשונה במסגרתה התייחסה המתלוננת למעשה הסדום ציינה כי עובר לכך החדיר המערער את אצבעותיו לאיבר מינה: "הוא הכריח אותי, הוא לקח את האצבעות שלו והכניס לי לאיבר המין". לדבריה היא הייתה לבושה והזיזה לו את היד (ת/17, 218-221). בהודעות הבאות, שהיו קצרות ונקודתיות יותר, המקרה לא הוזכר כלל על-ידה אך כשביקשה לחזור בה מהודעתה, בת/21, נשאלה על מקרה זה וציינה כי "הוא החדיר את האצבעות שלו לאיבר המין שלי דרך התחתונים שלי [...] וכל זה לא היה מרצוני" (ש' 59-60). בחקירתה תחת אזהרה (ת/22), כשנשאלה האם כל מה שסיפרה הוא אמת השיבה כי "יש דברים שהם לא נכונים אז שאמרתי בחנייה שהוא עשה לי בכוח החדיר אצבעות וזה לא נכון אני רק אמרתי לו שאני ממהרת והוא רצה אבל לא" (ש' 49-50), וחזרה על כך בהמשך באומרה: "יש כמה פרטים קטנים שהם שקר לגבי האצבעות" (ש' 91). בתרשומת שערכה הפרקליטה בנוגע לפגישה שקיימה עם המתלוננת צוין כי המתלוננת פרטה בפניה את כל המקרים שצוינו בכתב האישום, אך לא ציינה את החדרת האצבעות.

במצב דברים זה, נוסף על הקושי הטבוע בהסתמכות על אמרת חוץ לפי סעיף 10א(א) לפקודת הראיות, (ראו פס' 19 לעיל), ניצבת בפנינו מורכבות נוספת הנובעת מכך שבאמרת החוץ עצמה אומרת המתלוננת דבר והיפוכו. להבדיל מגרסאותיה השונות בנוגע לסמים, שנדונו לעיל, קשה להעלות על הדעת סיבה בגינה תבקש המתלוננת "להציל" את המערער דווקא מרוע הגזרה של עבירה זו, בעוד היא חוזרת ומתארת את יתר המעשים בגינם הורשע, שאינם נופלים בחומרתם ממקרה זה. המתלוננת לא נשאלה על כך בחקירתה. בעניין הסמים עמד לרשותנו גם תרגיל החקירה במסגרתו נשמעה המתלוננת אומרת במפורש כי המערער ביקש ממנה לומר כי לא נתן לה סמים, אך לא כך בעניין החדרת האצבעות. גם בעת גביית הודעות בהן התייחסה המתלוננת לאירוע וציינה במפורש כי המערער החדיר אצבעותיו לאיבר מינה, היא לא נשאלה כיצד ארע הדבר בעוד הייתה היא לבושה, מבלי שציינה כי הסיט



או הסיר את תחתוניה. לכך יש להוסיף כי החברה, שהעידה על כך שהמתלוננת סיפרה לה על מעשה הסדום, לא מסרה כי המתלוננת סיפרה לה כי המערער גם החדיר אצבעותיו לאיבר מינה באותו מקרה (עמ' 39-40 לפרוטוקול). הגם שמדובר בעדות מפי השמועה, הרי שהיא קבילה ביחס לעצם אמירת הדברים. העובדה שהחברה ידעה לספר על מרבית האירועים המתוארים בכתב האישום בהם שיתפה אותה המתלוננת, אך לא התייחסה גם להחדרת האצבעות מוסיפה ומקשה על הסתמכות על גרסתה המוקדמת של המתלוננת בעניין זה.

40. על קשיים אלה, המבדילים ומייחדים את עבירת האינוס במקרה זה מיתר עבירות המין בהן הורשע המערער, לא נתן בית משפט קמא דעתו. חרף הקושי להפריד באזמל מנתחים בין דברים שמסרה המתלוננת בנוגע לאותו אירוע ממש, ובהיעדר חיזוק חיצוני, דומני כי בהצטברות הקשיים יש כדי להטיל ספק סביר באופן שאינו מאפשר להותיר את הרשעת המערער בעבירה זו על כנה. לעניין זה יפים דבריו של השופט צ' זילברטל בעניין ידען: "כל התמיהות שהעליתי לא באו לומר כי לא היו דברים מעולם, או כי המתלוננת אינה דוברת אמת. כל אחד מסימני השאלה, כשלעצמו, לא בהכרח היה מביא אותי למסקנת הזיכוי. עם זאת כאשר כל אלה מצטברים יחד לכדי מסה קריטית, אשר יש בה כדי להביא לאיזון מחודש של כפות המאזניים, ומאחר ובהשערות וניחושים אין די לביסוס הרשעה בפלילים, הגעתי למסקנה, כי גרסת המאשימה לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר" (ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל פס' 43 (26.7.2012)). כל זאת כמובן ביחס לעבירת האינוס במקרה האחרון.

עד כאן באשר לעבירות המין העומדות במרכזו של תיק זה, ומכאן אפנה לבחון את טענות המערער ביחס להרשעתו בעבירות הנוספות.

הדחה בחקירה ובעדות ועבירת האיומים

41. המערער סבור כי לא היה מקום להרשיע אותו בעבירת האיומים שכן מילות האיום היחידות שתיארה המתלוננת הן "אני אשבור לך את העצמות", ואף היא לא ראתה בכך איום של ממש, כעולה מדבריה: "הוא אמר לי את זה אחרי הרבה שכנועים והיו רגעים שקצת פחדתי ממנו, אך בהמשך גיליתי שזו ההתנהגות שלו וכך הוא מדבר" (ת/21, ש' 27-28). הלכה היא כי על מנת לקבוע אם ביטוי מסוים עולה כדי איום, יש לבחון את תוכנו "לפי אמתמדה אובייקטיבית, היינו אם יש בדברים כדי להטיל אימה בלבו של אדם רגיל מן היישוב בנסיבותיו של האדם שנגדו הופנה האיום" (ע"פ 3779/94 חמדני נ' מדינת ישראל פ"ד נב(1) 408, 415 (1998)). דומני כי אין חולק כי האמירה המיוחסת למערער עולה כדי איום על פי מבחן זה, ואין בדברי המתלוננת, עת היא מנסה לחלצו מהרשעה, כדי לסייע בידו (כאשר אף במסגרת ניסיון זה מודה המתלוננת כי חשה פחד). דבריה של המתלוננת עולים בקנה אחד עם ניסיונותיה על דוכן העדים להאיר באור חיובי, ככל הניתן, את התנהגותו של המערער כלפיה (ראה למשל, בעמ' 94, 99, 107-108, 116 לפרוטוקול).

42. המערער הורשע בהדחה בחקירה בגין הודעות טקסט ששלח למתלוננת סמוך לאחר מעצרו, כאשר נלקח לחקירה, ובמקביל נלקחה המתלוננת לתחנת המשטרה למסור עדות. המדובר בשתי הודעות בהן כתב כך: "מאמי, הכל טוב תעזבי הכל שטויות" וכן "מאמי בטח רוצים לשכנע אותך להגיש תלונה סתם על ת[ס]כמי". בפנינו נטען כי כל שביקש המערער בהודעות אלה הוא כי השניים ינסו לפתור את הקשיים שהתגלעו במערכת היחסים בינם לבין עצמם. עוד נטען, כי דווקא העובדה שהמתלוננת ביקשה לשוות להן

משמעות מאיימת, ובפרט, העובדה שהציגה בפני החוקרת רק את הודעת הטקסט המפורשת (השנייה שצוינה לעיל), מעידה על מניפולטיביות מצדה.

אין בידי לקבל טענות אלה. את ההודעות שלח המערער למתלוננת סמוך לאחר שנעצר בעקבות אירוע תקיפה במסגרתו הכה במתלוננת באגרופים ובסטירות, ונגח בראשה במרכז העיר ירושלים. נוכח מראה עיניהם, הזעיקו עוברי אורח את המשטרה. בנסיבות אלה, אין מדובר באירוע של מה בכך או בוויכוח קל בין בני זוג, ועל כן ניסיונו של המערער לשוות להודעות נופך תמים לא יצלח. אין מקום גם לניסיון להפנות אצבע מאשימה כנגד המתלוננת בגין כך שחשפה את ההודעה בפני המשטרה, ובעובדה שהתייחסה להודעה המאוחרת אין כל רבותא, שהרי במסגרתה ביקש ממנה המערער במפורש להימנע מלהגיש תלונה. מתיעוד החקירה עולה כי המתלוננת לא ביקשה להסתיר את ההודעה "הרכה" יותר ששלח לה המערער, נהפוך הוא; היא הושיטה את הטלפון הנייד שלה לחוקרת ונתנה הסכמתה כי תעניין בכל חילופי ההודעות ביניהם.

43. המערער הוסיף וטען כנגד הרשעתו בהדחה בעדות. לשיטתו אין בדל ראיה המוכיח כי הפעיל על המתלוננת לחץ כלשהו, ולמעשה כל השיחות שהתנהלו בינו לבין המתלוננת נבעו מדאגה מאחר שסבר כי הרתה לו; בכך לשיטתו תומכת גם עדות האם שסיפרה כי בשיחה עמה ציין המערער כי עתיד להיות לה נכד. אלא שהרשעת המערער בעבירה זו נסמכת על מארג ראיתי איתן. המדובר בעדות החברה והאם, אשר זכו לאמונו המלא של בית משפט קמא, תרגיל החקירה (בו מציינת המתלוננת מפורשות כי המערער ביקש ממנה לומר דברים מסוימים), הודעות המתלוננת, וכן המסקנה המתבקשת מכך שהמתלוננת והמערער שיקרו באשר לנסיבות שליחת המכתבים ומתוכם (כעולה מפלט השיחות, וכאמור בפס' 16 לעיל). תמיכה נוספת מצא בית המשפט גם בעדות המערער וידידתו שרה.

עוד נטען, כי מאחר שהמתלוננת חזרה בה מתלוננתה כבר ביום 7.10.2013, אין בעובדה שהמערער יצר קשר עמה ועם אמה בחודש דצמבר 2013 וינואר 2014 (כך לפי כתב האישום) כדי לגבש עבירת הדחה בעדות. לעניין זה טובה בעיני טענת המשיבה כי אין נפקא מינה שהשיחות בוצעו לאחר שהמתלוננת כבר ביקשה לחזור בה מתלוננתה, שכן במסגרת הודעותיה המשיכה המתלוננת לעמוד על כך שהדברים שציינה בתלוננתה אכן אירעו, בעוד שבעדותה בבית המשפט התכחשה לדברים נמרצות. לכך יש להוסיף כי השיחות בין השנים אף הביאו ליצירת ראיות שאמורות היו לסייע בידי המערער – הם המכתבים שנשלחו על-ידי המתלוננת והוגשו לבית המשפט מטעם ההגנה. לבסוף נטען כי העובדה שהמאשימה נמנעה מלהגיש שיחות מוקלטות מבית המעצר מקימה חזקה כי בתוכן לא היה כדי לחזק את האישום נגדו. אך כעולה מטענות המשיבה, מאחר שהקשר הטלפוני בין המתלוננת למערער נחשף רק בראשית ינואר, לא ניתן היה להגיש את תוכן השיחות, שכן השיחות בבית המעצר אינן מוקלטות כדבר שבשגרה, ונדרש צו שיפוטי להקלטתן.

44. לסיכום, מצאתי להותיר את הרשעת המערער על כנה בכל העבירות בהן הורשע, למעט עבירת האינוס השלישית (החדרת האצבעות), לגביה הגעתי למסקנה כי יש לזכות את המערער מן הספק.

הערעור על גזר הדין

45. על מנת לבחון את טענות המערער כנגד גזר הדין אדרש לפרוס תחילה את רכיבי העונש הרבים. בגין מקרה האונס הראשון עמוד 25



הושתו על המערער 6 שנות מאסר, בגין המקרה השני - 7 שנות מאסר בפועל, ובגין המקרה השלישי (שכלל אינוס ומעשה סדום) הושת על המערער עונש של 8 שנות מאסר. בגין עבירת התקיפה הוטלו על המערער 8 חודשי מאסר; בגין עבירת האיומים - 10 חודשי מאסר; בגין מעשה פיזיות ורשלנות - 10 חודשי מאסר; בגין עבירות ההדחה (בחקירה ובעדות) - 40 חודשי מאסר; ובגין הפרת צו הפיקוח - שנת מאסר. בית המשפט קבע כי עונשי המאסר יחפפו בחלקם, כך שעונשו של המערער יעמוד על 14 שנים, בצד הופעל מאסר על תנאי שהוטל על המערער בתיק קודם, כך שעונש המאסר הכולל הועמד על 15 שנות מאסר. כן הושתו על המערער שלושה מאסרים מותנים ופיצוי למתלוננת בסך 15,000 ₪.

46. המערער סבור כי בית המשפט החמיר עמו יתר על המידה וכי העונש שהושת עליו חורג עד מאוד ממדיניות הענישה הנוהגת. בערעור נטען כי שגה בית משפט קמא עת התבסס על נסיבות ביצוע העבירה לשם קביעת העונש ההולם בתוך המתחם, אף שאלה צריכות להילקח בחשבון במסגרת קביעת המתחם עצמו. כן נטען כי שיקולים לקולא לא זכו למשקל מספק אם בכלל (כך למשל, העובדה שהמערער והמתלוננת נמצאו בקשר במסגרת קיימו יחסי מין מוסכמים, והעובדה שהמערער לא נקט באלימות לשם ביצוע זממו), בעוד שיקולים לחומרא זכו למשקל עודף. עוד מלין המערער על כך שלא ניתנה הדעת לנסיבות חייו, ובכלל זאת להיותו בן יחיד לאם נכה המצויה כיום באשפוז תמידי עקב מצבה הרפואי.

המשיבה מצידה סומכת ידיה על גזר דינו של בית משפט קמא. בדיון שהתקיים בפנינו עמדה באת-כוח המשיבה על חומרת מעשיו של המערער, בשים לב לפער הגילאים של כ-25 שנים בינו לבין המתלוננת. עוד עמדה המשיבה על עברו הפלילי העשיר של המערער, הכולל עבירות סמים וביצוע מעשה סדום ואינוס בקטינה בת 14.5.

47. המערער חזר ודרש כי תוכן בעניינו הערכת מסוכנות, ונעתרנו לבקשתו. אלא שנתברר כי בקשתו של המערער עומדת לו לרועץ, ועובר לדיון בערעור הובאה בפנינו חוות דעת המרכז להערכת מסוכנות, אשר הייתה שלילית בלשון המעטה. במסגרת חוות הדעת צוין, בין היתר, כי למערער קווי אישיות אנטי סוציאליים בולטים מאוד, כי הוא חסר גבולות, נמנע מלקחת אחריות על מעשיו ולהביע חרטה ואישיותו אלימה ותוקפנית. מסוכנותו המינית של המערער הוערכה כגבוהה.

48. כידוע, אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית אלא בנסיבות חריגות, בהן נמצא כי נפלה טעות מהותית בגזר הדין או מקום בו העונש שנגזר על ידי סוטה סטייה ניכרת מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (ע"פ 1904/11 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 30 (4.7.2012); ע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה פס' 51 (25.10.2012); ע"פ 1072/15 שייניס נ' מדינת ישראל (10.11.2015)). ואכן, כשעומד כל אחד מן העונשים שהוטלו על המערער בגין כל אחת מן העבירות בפני עצמו, אין הוא חורג מרף הענישה הנוהג. עם זאת, רובם המכריע של העונשים הועמדו על הצד הגבוה (כך למשל עולה מסקירת הפסיקה העוסקת במקרה בודד של אינוס תוך ניצול מצב: ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל במסגרתו הושתו על המערער שלוש שנות מאסר בפועל; ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל בגדר הושתו על כל אחד מן המערערים 4 שנות מאסר; עניין תורן בגדרו הושתו על המערער חמש שנות מאסר בפועל; ע"פ 6662/13 שם הושתו על המערער 6.5 שנות מאסר בפועל; ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל (12.11.2014), בגדרו הושתו על המערער 6 שנות מאסר בפועל). הצטברותה של ענישה מחמירה בגין כל אחת מן העבירות מחד, ומסקנתי לפיה יש לזכות את המערער מחמת הספק מעבירה אחת של אינוס (המקרה השלישי) מאידך, מביאים אותי למסקנה כי נכון יהיה להפחית שנה וששה חודשים מהעונש שהושת על המערער, כך שעונש המאסר בגין



המעשים בהם הורשע יעמוד על 12 שנים וששה חודשים, במקום 14 שנים, ובצירוף הפעלת המאסר המותנה, יעמוד עונש המאסר הכולל על 13 שנים וששה חודשים החל מיום מעצרו של המערער, חלף 15 שנים שהושתו על המערער. יתר רכיבי העונש יוותרו על כנם.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

בלב כבד - על המעשים, ולאחר התלבטות רבה - בנוגע להקלה המסוימת בעונשו של המערער, אני מסכימה.

המערער הורשע בסדרה של עבירות מין ואלימות כלפי המתלוננת, נערה בת שבע עשרה. העבירות נעברו במהלכה של מערכת יחסים שהתאפיינה לכאורה בתלות של המתלוננת במערער, המבוגר ממנה בשנים רבות. העובדה שהתקיימה בין הצדדים מערכת יחסים אינה גורעת מחומרת המעשים, מה גם שהיו בה יסודות ברורים של ניצול. המערער אף גרם למתלוננת לצרוך חומרים שמהותם לא הובהרה וגרמו לה לאובדן חושים, ובסיכומו של דבר היא אף סבלה מנחת זרועו. במקרים מסוג זה, במישור העקרוני, אין מקום להקלה עם הנאשם. יש לומר בקול ברור: מדובר ב"אונס אמיתי" לכל דבר ועניין (השוו: Susan Estrich, Real Rape (1988)), גם אם ברקע הדברים היה קשר בין הצדדים, שהמתלוננת חפצה בו לכאורה בשלבים מסוימים. הנסיבות המחמירות בעניינו של המערער הן למכביר, לרבות הרשעותיו הקודמות, הכוללות הרשעה בעבירות מין בקטינה, העובדה שאת העבירות עצמן ביצע בעודו נתון לפיקוח כעבריין מין וההערכה בדבר מסוכנותו המינית הגבוהה. הקשיים בעדותה של המתלוננת במשפט מלמדים, כפי שציין בית המשפט המחוזי, על תלותה של המתלוננת במערער ואף על הלחצים שהפעיל עליה.

בנסיבות אלה, אף אינני משוכנעת כי העונשים שהושתו על המערער בגין העבירות עומדים כולם על הצד הגבוה, ומכל מקום בית המשפט המחוזי הורה על חפיפה חלקית בין העונשים השונים שהוטלו עליו. עם זאת, בסופו של דבר, החלטתי להצטרף לחברי - רק בשל כך שהמערער זוכה מחמת הספק מאחד ממעשי האונס שיוחסו לו בגדרו של האישום השלישי, עובדה שיש לתת לה משקל מסוים כאשר מתקבל ערעור על אחד ממרכיביה של הכרעת הדין.

ש ו פ ט ת

עמוד 27



הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ה בתמוז התשע"ו (31.7.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת
