



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6681/23

לפני: כבוד ממלא מקום הנשיא יצחק עמית
כבוד השופטת דפנה ברק-ארז
כבוד השופט יחיאל כשר

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: עאדל הייב

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת בתיק פ"ח 18797-08-22 מיום 5.2.2022 שניתנה על ידי כב' סג"נ אשר קולה וכב' השופטים דני צרפתי ורננה גלפז-מוקדי

תאריך ישיבה: ט"ז בתמוז התשפ"ד (22.7.2024)

בשם המערערת: עו"ד סיגל בלום

בשם המשיב: עו"ד רימונה שלג; עו"ד פתחי פוקרא

פסק-דין

ממלא מקום הנשיא יצחק עמית:

1. ביום 24.7.2022 הגיעה לבית החולים *** אשה ילידת 1940 (להלן: המתלוננת), בעקבות דימום מוגבר וקרע בנרתיק. המתלוננת נותחה באופן בהול ואושפזה למשך ארבעה ימים. המשיב, יליד 1980, עבריינן מין מורשע שבאותה עת היה תחת צו פיקוח, הועמד לדין באשמת אינוס המתלוננת אך זוכה פה אחד בבית משפט קמא מעבירת האינוס. המשיב הורשע בהפרת צו הפיקוח ונגזרו עליו, בין היתר, 11 חודשי מאסר בפועל. על הזיכוי מעבירת האינוס נסב ערעור המדינה שלפנינו.

כתב האישום

2. על פי עובדות כתב האישום, הוצא כנגד המשיב ביום 15.11.20 צו פיקוח ומעקב, לפי סעיף 12 לחוק ההגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006. במסגרת הצו, נאסר על הנאשם, בין היתר, לעבוד, בין בתמורה ובין בהתנדבות, בעבודה המאפשרת שהייה ביחידות עם נשים וכל עבודה הכוללת אפשרות כניסה לבתים ולרשות הפרט.

הקשר בין המשיב לבין המתלוננת נוצר בצהרי יום שבת, בתאריך 16.7.22, אז שהה המשיב סמוך לבית המתלוננת שם היא מתגוררת עם בעלה הסיעודי ועם העובד הזר שמטפל בו. המשיב פתח בשיחה עם המתלוננת, במהלכה הציג עצמו כמי שעוסק בשיפוצים ועל רקע זה מסרה לו המתלוננת את מספר הטלפון הנייד שלה. עוד במהלך השיחה, החמיא המשיב למתלוננת אודות המראה החיצוני שלה, ציין כי הוא אוהב נשים בגילה וכי היא גורמת לו לגירוי מיני. משתהתה המתלוננת מדוע אינו פונה לנשים צעירות, אמר לה המשיב כי הוא אוהב נשים מבוגרות והציג עצמו כג'יגולו שמקיים יחסי מין עם נשים בתשלום. המשיב הציע למתלוננת לקיים עמו יחסי מין ואף חשף בפניה את איבר מינו. המתלוננת לא נענתה להצעותיו, שבה אל ביתה והמשיב עזב את המקום.

לאחר המפגש הנ"ל ובהזדמנויות שונות התקשר המשיב אל המתלוננת וניסה לשכנע אותה להיפגש עמו לצורך קיום יחסי מין, אך המתלוננת לא נענתה להצעותיו [נקדים ונציין כי המשיב הקליט שיחות אלה]. במהלך אחת השיחות, ועל רקע העובדה שהמשיב הציג עצמו כמי שעוסק בשיפוצים, הסכימה המתלוננת כי המשיב יגיע לביתה לצורך בדיקת אפשרות להרחבת דלת חדר הרחצה כדי להתאימה למעבר כיסא הגלגלים של בעלה.

ביום 24.7.22, בשעות אחר הצהריים, הגיע המשיב לבית המתלוננת, העמיד פנים כמי שבוחן את מקום השיפוץ והבטיח לשוב עם הצעת מחיר. לאחר מכן פנה אל המתלוננת בניסיון לשכנעה לקיים עמו יחסי מין אך היא סירבה. חרף סירובה נכנס המשיב אל חדר השינה של המתלוננת ללא רשותה, והמתלוננת שהופתעה הלכה אחריו. או-אז סגר המשיב את הדלת, דחף את המתלוננת, הפיל אותה על המיטה כשהיא שוכבת על גבה, הוריד את מכנסיה ותחתוניה, ובעודו עומד צמוד למיטה הרים את רגליה של המתלוננת והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה שוב ושוב בכוח רב כשהוא מתעלם מתחנוניה של המתלוננת לחדול ממעשיו. רק לאחר מספר דקות, כאשר הגיע לסיפוק מיני, הוציא המשיב את איבר מינו מגופה של המתלוננת ושפך את זרעו על כיסוי מיטתה, הרים את תחתוניו ומכנסיו ועזב את בית המתלוננת.

בעקבות מעשיו של המשיב המתלוננת חשה ברע והבחינה בדימום וגינלי, ובחלוף כשעתיים, ומשהדימום לא פסק, פינתה את עצמה באמצעות מונית לבית החולים.

3. עד כאן עובדות כתב האישום. חזית המחלוקת בין הצדדים הייתה אם החבלה הגופנית היא תוצאה של אינוס ברוטלי של המתלוננת על ידי המשיב שלא בהסכמתה, או כתוצאה מיחסי מין בהסכמה. המשיב טען כי יחסי המין עם המתלוננת היו בהסכמה, כאשר לאחר מכן המתלוננת אף ישבה עמו במטבח, הציעה לו לשתות כוס מים ואף שילמה לו 300 ₪. המשיב טען כי החבלה הגופנית שנגרמה למתלוננת אינה כתוצאה מאינוס, אלא בשל קיום יחסי המין בגילה המתקדם.

כאמור, המשיב זוכה על ידי בית משפט קמא מעבירת האינוס, אך הורשע בעבירה של הפרת צו פיקוח לפי סעיף 22 לחוק ההגנה על הציבור. על זיכוי מעבירת האינוס נסב ערעור המדינה, ומשכך, אציג להלן ובתמצית ככל שניתן את הכרעת הדין.

הכרעת הדין

4. בית משפט קמא מצא כי לפנינו סיפור בשלוש מערכות. המערכה הראשונה היא המפגש הראשון בין המתלוננת למשיב ברחוב, בעיבורה של עיר, מפגש שתועד במצלמות האבטחה שהיו בסמוך. המערכה השנייה היא מכלול שיחות הטלפון שבין המשיב לבין המתלוננת, שיחות שכאמור הוקלטו על ידי המשיב. המערכה השלישית היא המפגש בביתה של המתלוננת החל מהשעה 17:06 ועד השעה 17:31, שאז עזב המשיב את הבית לאחר האירוע הנטען.

5. המערכה הראשונה: המתלוננת טענה כי המשיב יזם את השיחה לאחר שביקש ממנה כוס קפה וסיפר כי הוא "שיפוצניק", וכי השיחה עברה בהמשך לפסים מיניים כאשר אמר לה שהוא רוצה את הגוף שלה ואף שלף את איבר מינו. ואילו המשיב טען כי הייתה זו המתלוננת שפנתה אליו לראשונה ואמרה לו שהיא מעוניינת בגברים וכי הוא הציע את שירותיו כ"ג'יגולו".

בית משפט קמא היה נכון להניח לחובת המשיב שהוא זה אשר יזם את מתן המחמאות למתלוננת והוא אשר "שיווק את עצמו", אך עיקרו של דבר, שמרבית השיחה נסבה על מתן שירותי מין למתלוננת ולחברותיה, וכי בשום שלב בשיחה זו, לא עלה כלל נושא השיפוזן או תיקון כלשהו בדירתה של המתלוננת. נקבע כי מהתיעוד הוויזואלי במצלמות האבטחה עולה כי "מדובר במפגש נינוח, ברחובה של עיר, כאשר במקום חלפו כעשרה עוברי אורח, ובשום שלב לא נראה כי הנאשם מפשיל מכנסיו וחושף את איבר מינו, כשם שגם בשום שלב לא נראה שהמתלוננת מופתעת, מפוחדת או נבוכה".

כבסיס למסקנה זו הצביע בית משפט קמא על העובדות וההיסקים הבאים: קשה להלום שלאחר הצעות מיניות כה בוטות וחיפית איבר המין של המשיב בפניה, המתלוננת תסכים שהוא יבצע עבודות שיפוץ בביתה; כי מסרטוני מצלמות האבטחה עולה שמדובר במפגש של כ-12 דקות כאשר המשיב והמתלוננת מחליקים כפות ידיים ("כיף" בפי העם), המדובר בשיחה נינוחה, כאשר בשלב מסוים נראית המתלוננת בתנועה חזרה לתוך ביתה ואולם משנה את דעתה, חוזרת לכיוונו של הנאשם ושניהם מתרחקים מהמצלמה למשך כ-3 דקות. בית המשפט היה ער לכך שיש שלוש דקות שבהן אין תיעוד ויזואלי, כך שלכאורה ייתכן שבפרק זמן זה אירע האירוע של שליפת איבר המין. אלא, שבתום שלוש הדקות חוזרים השניים יחדיו ונראים נינוחים, משוחחים ונפרדים. נקבע כי בלתי סביר שאישה בת 81, שנחשפת ברחובה של עיר לחשיפת איבר מינו של גבר זר בפניה, תעבור על כך לסדר היום, ואף תכניס בהמשך לביתה מישהו שהתערטל בפניה, שלא בהסכמתה ולאחר שנדהמה מכך; משיחות הטלפון במערכה השניה עולה כי נושא השיחה היחיד הוא שרותי המין שאותם יספק הנאשם למתלוננת וכי "רעיון" החלפת הדלת או הרחבתה עלה לראשונה בשיחה הרביעית בין הצדדים.

6. המערכה השניה: עניינה בארבע שיחות הטלפון שהתנהלו בין המתלוננת למשיב ואין חולק כי בשלוש השיחות הראשונות המשיב שוחח עמה בענייני מין. בית משפט קמא הציב את "סלע המחלוקת" בעניין זה בשאלה אם השיחות נועדו לתיאום מפגש מיני, כטענת המשיב, או לתיאום עבודה להרחבת פתח דלת חדר הרחצה על מנת לאפשר מעבר של כיסא גלגלים, כטענת המתלוננת. בית המשפט ציין כי המתלוננת לא ידעה על כך שהשיחות הוקלטו על ידי המשיב, והשווה בין תשובותיה לפני ואחרי שעובדה זו נודעה לה.

בהודעה שמסרה המתלוננת בבית החולים לאחר שנותחה, היא מספרת על הקשר הטלפוני עם המשיב ומספרת כי כל השיחות נסבו סביב תיאום נושא השיפוץ מבלי להזכיר את האופי המיני של השיחות.

לאחר שהמשיב מסר למשטרה במהלך חקירתו את הקלטות השיחות נגבתה הודעה נוספת מהמתלוננת, ובית משפט קמא מצא כי תשובותיה לשאלות החוקרת אינן הגיוניות ואינן קוהרנטיות. כך, לדוגמה, כאשר נשאלה למה התכוונה כאשר אמרה למשיב שהיא "צריכה להתארגן" או כאשר שאלה אם יש למשיב אישור רפואי, והכל

במהלך שיחות בעל אופי מיני בוטה, וכפי שנרשם מפיה "אני ידעתי שהוא שיפוצניק ואני הייתי צריכה להחליף את הדלת ולכן זרמתי עם מה שהוא אמר".

בהודעה נוספת שנגבתה מהמתלוננת (נ/3) מצא בית משפט קמא סתירות שנפלו בדבריה. כך, המתלוננת סיפרה כי במפגש הראשון שלף המשיב את איבר מינו בתחילת השיחה בעוד שמחקירתה בבית המשפט עלה כי עשה כן בסוף השיחה. בהודעה זו הזכירה המתלוננת לראשונה כי המשיב אמר לה שהוא "גיגולו" הגם שבשיחות הטלפון המוקלטות לא מוזכרת מילה זו, כך שברור כי עניין זה עלה כבר במערכה הראשונה, בעת המפגש ברחוב. במהלך אחת השיחות שאלה המתלוננת את המשיב "כמה זה עולה" וכאשר נשאלה על כך השיבה כי "הייתי משועממת אמרתי אני אדבר איתו, בשום אופן לא התכוונתי לעשות את זה, כן דיברתי איתו בטלפון רציתי שיעשה לי את המקלחת, בשיחות זרמתי איתו כדי שירד מהגב שלי בעניין יחסי המין אני רציתי שיעבוד בבית שיסדר את הדלת לא שיאנוס אותי". בית משפט קמא דחה תשובה זו ודברים נוספים שנאמרו על ידי המתלוננת בצינון כי התשובה לא הגיונית "ומה פשוט יותר מלהגיד באופן ברור 'לא', ובכך היה 'יורד' ממנה [...] וכיצד אפוא עמדה להתקשר בחוזה לשיפוץ עם אדם שכלל לא הכירה? ומניין לה שהוא איש מקצוע? ולמה לא ביקשה ממנו תעודות המעידות על היותו איש מקצוע?".

בהמשך בחן בית המשפט הודעה נוספת שנגבתה מהמשיבה (נ/4) לאחר שהשמיעו בפניה את הקלטות השיחות, ואביא להלן מילה במילה את התיאור בהכרעת הדין של השיחה מיום 16.7.2022 שעה 16:17 ואת התרשמותו של בית המשפט מאותה שיחה (ההדגשות מציטוט השיחה במקור – י"ע):

"תגידי את לא רוצה להתארגן עכשיו אני אבוא יותר מאוחר" והתשובה "לא לא ... אני צריכה להתארגן לזה בטח לא היום... השבוע זה אולי יקרה. תגידי לי כמה זה עולה, דבר כזה צריך לעלות כסף... אצלי הכל סגור מראש". ועל כך משיב הנאשם "אני רוצה לפנק אותך", והמתלוננת צוחקת, ושוב אם יותר לי, לא התרשמתי שמדובר בצחוק של מבוכה או בושה. הנאשם ממשיך, "אני רוצה שיהיה לך טוב, אני אלקק אותך..." ושוב צוחקת המתלוננת (ושוב לא בצחוק של מבוכה עסקינן) ושואלת בחצי צחוק "מאיפה באת, מאיפה באת?". הנאשם ממשיך בשפה מינית בוטה ושואל אותה לגבי הדגדגן שלה ואז משיבה המתלוננת "איך אתה מדבר...אני לא מדברת על דברים כאלו..." (ללמדך שהמתלוננת ידעה כשרצתה לקטוע שיחה שלא נעימה לה) הנאשם ממשיך תכיני את עצמך והמתלוננת משיבה "כשאני אהיה מוכנה יש לי את הטלפון שלך...." (להלן

נראה שאכן המתלוננת התקשרה מיוזמתה לנאשם) ומוסיפה מיוזמתה שלה "יש לי חברה אחת שהיא מעוניינת..." והנאשם ממשיך "בסדר גם היא, אבל קודם תבואי את אני אפנק אותך ואת תספרי לה איך היה..." ומה משיבה המתלוננת - "תודה רבה". הנאשם ממשיך "אני מחכה לך ... אני מת ללקק אותך..." והמתלוננת שוב צוחקת, ושוב לא צחוק של מבוכה. וממשיכה "אני צריכה להתארגן לדבר הזה, אני בחיים לא עשיתי הדבר הזה..." והנאשם ממשיך "אני מחכה לך", והמתלוננת - "בסדר יש לי את הטלפון שלך". הנה כי כן, אין בשיחה זו וגם לא בקודמתה, מילה וחצי מילה על דלת.

לאחר שהנאשם מבטיח לה שתהיה מבסוטיט משיבה המתלוננת, "אני צריכה גם קודם לדבר עם החברות שלי..." ולאחר שהנאשם מתפאר ב"לשון העבה" שלו, שואלת אותו המתלוננת לגבי אישור רפואי והנאשם ממשיך "...אני רק מדבר איתך וכבר עומד לי, חבל על הזמן..." ושוב המתלוננת צוחקת, ושוב ולמיטב הכרתי, לא ממבוכה! הנאשם ממשיך "את מבינה?" הנאשם שוב חוזר לעניין הלשון והנאשמת אומרת "וואי", הנאשם ממשיך בלשון מינית בוטה במיוחד לגבי מה יעשה לה עם הלשון, והמתלוננת משתפת פעולה באופן מלא ובהמשך שם ותוך בקשת סליחה מהקוראים אצטט עוד קטע קצר, "את צריכה שיכנס ויצא כל הזמן.... שזה יהיה בפעולה את מבינה? כי ... אל תדאגי אני חבל על הזמן..." ותשובתה של המתלוננת - "אתה אלוף" דומני שהדברים מדברים בעד עצמם, וכך זה ממשיך וכמובן ללא כל הסתייגות ולמעשה תוך שיתוף פעולה מלא של המתלוננת".

בית המשפט בוחן גם את השיחה מיום 21.7 שעה 09:36, יום לפני האירוע, שיחה שאומנם יזם המשיב אך זאת בעקבות הודעה ששלחה לו המתלוננת, שבה היא אומרת לו חיפשתי אותך. המתלוננת פותחת את השיחה בשאלה "איפה היית אתמול?" וכאשר המשיב שואל אותה אם רצתה שיבוא היא משיבה "רציתי לדבר....סתם....". בסוף אותה שיחה, לאחר שהמתלוננת מתארת למשיב את הדירה וכי בעלה הסיעודי נמצא בחדר אחר עם המטפל הזר, מציע לה המשיב כי יגיע אליה הביתה כטכנאי שבא לתקן את הטלוויזיה "תסדרי כאילו שיש לך תקלה ותודיעי לי ואני אבוא כאילו לסדר לך, הבנת?" לאחר מכן, המתלוננת שואלת את המשיב מה הוא יודע לעשות ואז השיחה עוברת לפסים של שיפוץ והחלפת הדלת. בית המשפט מתייחס בהכרעת הדין לאותה שיחה, ונביא את הדברים כלשונם (הדגשות מציטוט השיחה במקור – י"ע):

"האזנה לתוכן השיחה מגלה בעליל, שלא מדובר בסתם דיבורים. טון השיחה, חילופי המילים שבה, מעידים על שיחה בין "זוג מאוהבים" (סליחה על השימוש בביטוי

זה, בנסיבות אלו) בו המתלוננת מתעניינת באופן אמפטי לחלוטין בשלומו של הנאשם, שואלת איפה היה אתמול, מאשרת לשלחה לו הודעה, אומרת בהיסוס קל "כן רצייתי לדבר..." ועל מה יש להם לדבר? והלא עד לשיחה זו עניין הדלת לא הועלה באף לא אחת מהשיחות הקודמות? יתר על כן וכמפורט לעיל, רק בשיחה זו, לראשונה שואלת המתלוננת את הנאשם "מה אתה יודע לעשות..." וגם זאת רק לאחר שהוא מציע לה לביים תקלה, כדי שיהיה לו תירוץ לבוא לביתה באופן שלא מחשיר, ואז ורק אז נזכרת המתלוננת "א... יש לי משהו לעשות", ובכך כיצד יכולה המתלוננת לטעון שכל השיחות נועדו לצורך הרחבת הדלת, שעה שהיא עצמה יזמה שיחה, ושלחה הודעה, עוד טרם עניין הדלת בא לאוויר העולם? והשיחה מסתיימת בכך שהנאשם שואל "התגעגעת אליי?" והמתלוננת משיבה "כן, בסדר", ושוב חוזר הנאשם על השאלה והמתלוננת צוחקת והם קובעים "להתראות בערב". יודגש שוב, טון השיחה והאינטונציה מדברים בעד עצמם, כך לא נשמעת שיחה בין "שיפוצניק" למזמין עבודה. כך נשמעת שיחה בין שני אנשים, שרגילים לדבר, שיש להם אינטרס לגמרי אחר. אדגיש שוב, ברור שהנאשם מפתח, לוחץ, משדל, אולם גם ברור שהמתלוננת מתרצה, משתפת פעולה ובשלב השיחות לפחות, אף נשמעת נהנית ומעוניינת".

בית המשפט התייחס לתשובותיה של המתלוננת בחקירתה בבית המשפט בקשר לשיחותיה עם המשיב בציינו את ה"התפתלויות של העדה ולקושי שלה לענות על שאלה פשוטה בדבר כוונתה, בשיחות עם הנאשם [...] תשובותיה אינן משכנעות, שלא לומר אינן נכונות". וכך מסכם בית המשפט קמא את המערכה השניה: השיחות ברובן הגדול נשאו אופי מיני ואפילו אופי מיני בוטה; המתלוננת שיתפה פעולה לחלוטין עם שיחות אלו; שיחה אחת (לפחות) יזמה המתלוננת; בשיחה זו האחרונה, תואם "סיפור כיסוי" כביכול המשיב יגיע לביתה כדי לתקן טלוויזיה בחדר השינה בביתה של המתלוננת.

7. המערכה השלישית: האירוע בביתה של המתלוננת.

נקודת המוצא בהכרעת הדין הייתה כי המפגש ביום 24.7.22 לא היה לצורך מתן הצעת מחיר אלא נועד לצורך מפגש מיני בתיאום מלא של המתלוננת ותחת "סיפור הכיסוי" של תיקון הטלוויזיה. בית המשפט הצביע על סתירות כאלה ואחרות בהודעותיה של המתלוננת במשטרה ובין ההודעות לבין גרסתה בחקירתה בבית המשפט. כך, בהודעתה הראשונה אמרה שבתחילה מדדו את הדלת ואז החל המשיב להגיד שהוא רוצה לשכב איתה ולפנק אותה, בעוד שבהודעה אחרת אמרה שבכלל לא עלה הנושא של קיום יחסי מין, וגם בחקירתה בבית המשפט הכחישה כי היו שיחות כלשהן בנושא. נקבע כי

קשה לקבוע האם השניים לא דיברו כלל על יחסי מין, טרם רץ המשיב לחדר השינה, כטענת המתלוננת, או שמא נושא יחסי המין עלה בשיח ביניהם קודם לאירוע.

בית המשפט מצא כי לא נסתרה גרסתו של המשיב לפיה הגיע לצורך מפגש מיני, הם ישבו כמה דקות במטבח ושוחחו ולאחר מכן המתלוננת הובילה אותו לחדר השינה שלה. נקבע כי גרסתו של המשיב לגבי מה שאירע עובר לכניסת השניים לחדר השינה היא זו המסתברת יותר. נקבע כי גרסת המתלוננת כי כך סתם, לפתע פתאום, אץ רץ לו המשיב לחדר השינה אינה מסתברת, וכי המתלוננת לא ידעה להסביר מניין ידע המשיב שיש לה טלוויזיה בחדר השינה ומניין ידע בכלל היכן חדר השינה שלה, וכלשונה "....אין הוא ידע אני לא יודעת בחיים שלי הוא בחיים שלו לא היה אצלי...". על רקע תמיהות אלה, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי "סביר הוא, שאכן המתלוננת הובילה את הנאשם לחדרה והיא זו שסגרה את הדלת לאחר שהנאשם נכנס בעקבותיה לחדר". בית המשפט אף הביע תמיהה מדוע כאשר המשיב התפרץ לחדר השינה בפתאומיות ללא רשותה והסכמתה, המתלוננת לא קראה לעזרה לעובד הזר שנכח בדירה ולא הלכה לחדרו של העובד הזר. בהיותו מודע ל"מובלעת הראייתית" הייחודית לנפגעות עבירות מין, ציין בית המשפט כי בשלב זה אין מדובר ב"טראומה" של נפגעת עבירות מין.

משהזכרנו את העובד הזר, אציין כי בסיפא להכרעת הדין מתייחס בית המשפט בקצרה לעדותו ומציין כי לשיטתו העדות של העובד הזר לא תומכת כלל בגרסת המתלוננת, ואף להיפך. העובד הזר סיפר כי שהה בבית ושמע דיבורים בין המתלוננת לגבר זר, הוא גם שמע את דלת החדר של המתלוננת נסגרת, ומעבר לכך לא שמע כל דבר חריג (פסקה 75 להכרעת הדין).

בבוא בית משפט קמא לבחון את האירוע עצמו בחדר השינה, ציין בית המשפט, כמעין נקודת מוצא, כי מלכתחילה ידעו השניים לשם מה הגיע הנאשם, והמעבר לחדר השינה היה אף הוא מתוכנן לצורך מגע מיני. בית המשפט ציין כי יכול שהתוצאה הייתה שונה אילו טענה המתלוננת כי מלכתחילה הייתה לה כוונה לקיים עם המשיב מפגש מיני ואולם לאחר מכן התחרטה ושיקפה זאת לנאשם. ברם, לאור הכחשתה הגורפת של המתלוננת את כל מה שקדם למפגש, ומשלא ניתן אמון בגרסתה זו, לכל היותר נותרו כפות המאזניים מאוינות, ולא ניתן לקבוע כי המתלוננת הביעה התנגדות, ולו פאסיבית, למעשיו של הנאשם. בית המשפט היה אף נכון להניח כי המתלוננת התביישה לספר כי שוחחה עם הנאשם על עניינים מיניים, ומשכך לא דבקה באמירת האמת לגבי כל מה שאירע לפני האירוע, אך בקבלת הנחה זו אין די להרשעה בהליך פלילי. מה עוד,

שהטענה לא הועלתה על ידי המאשימה, שטענה כי המתלוננת התביישה באירוע האונס שעברה ולא בעצם הסכמתה, ולו גם התיאורטית, לקיום יחסי מין בהסכמה עם המשיב. בהקשר זה הפנה בית המשפט לתשובתה של המתלוננת "בושה וחרפה. איזה בת 82 עושה דבר כזה. מה?" כתשובה העידה על כך ש"המתלוננת בושה במעשיה, היא לא בושה באונס שחוותה אלא בושה במעשיה". עוד בהקשר זה הצביע בית משפט קמא שהמתלוננת עצמה אישרה, שאם לא היו לוחצים עליה לא הייתה מגישה תלונה במשטרה. זאת, מבלי שנעלמו מעיניו ההלכות כי שיהוי בהגשת התלונה לכשעצמו אינו פוגע באמינות התלונה.

בית משפט קמא קבע כי בכל הנוגע לליכת האירוע, אין באפשרותו לקבוע על סמך עדותה של המתלוננת כי אכן אמרה "לא לא לא" או נפנפה בידיה לחוסר הסכמה וכי המתלוננת התקשתה עד מאוד ליתן הסבר של ממש מדוע לא צעקה או קראה לעזרה, והיא נתנה גרסאות שונות לכך: כי אינה יודעת לצעוק; כי "אנשים ישנים ולא רציתי להפריע"; כי העובד הזר "קטנצ'יק"; כי "זה לא יפה בעלת הבית שלו, נמצאת בסיטואציה כזאת...". המתלוננת ציינה כי המשיב נהג בפראות לשיטתה, ובית המשפט ראה בכך הסבר אפשרי לכעסה ולתלונתה אך ציין כי "לא חוסר הסכמה ואונס יש כאן, אלא פראות שאינה תואמת לרצונה של המתלוננת".

8. בהמשך הכרעת הדין, סוקר בית משפט קמא את מה שאירע אחרי האירוע, באופן המשליך לגישתו גם על האירוע עצמו.

המתלוננת אמרה בעדותה בבית המשפט "... ואמרתי לו שהכל בסדר, תודה רבה להתראות ולקחתי מים ושתיתי והוא שתה". בית המשפט הביע תמיהתו הכיצד נפגעת מעבירת מין נפרדת כך ממי שזה עתה פגע בה באכזריות ובאלימות, אומרת לו "הכל בסדר, תודה רבה" ו"להתראות", ובהודעתה במשטרה אמרה כי המשיב אמר לה שיביא לה מחר הצעת מחיר. לאור זאת, תמה בית משפט קמא הכיצד יתכן שנפגעת מאונס אכזרי, מצפה לקבל מאותו אנס אלים, הצעת מחיר, יום לאחר מכן? עוד תמה בית המשפט הכיצד לאחר האירוע, אף התקיים שיח בין השניים, שבמהלכו מזגה המתלוננת כוס מים למשיב ואף ליוותה אותו החוצה וזאת לטענתה, כי הייתה בשוק ולא הבינה שהיא מדממת.

מסקנתו של בית המשפט הייתה כי "רק משהסתבר לה מצבה הרפואי החמור [...] ומשנאלצה להתפנות לבית החולים, ושעה שהצוות הרפואי והעובדים הסוציאליים

התקשו לקבל את גרסתה, נאלצה היא לספר סיפור שיש בו במידת מה, כדי להגן על כבודה, גם במחיר של סיפור דברים שלא כהווייתם".

9. בנקודה זו עבר בית משפט קמא לבחינת השאלה ממה נגרמו למתלוננת החבלות בנרתיק – האם כתוצאה מאירוע אונס אלים או שמא גם קיום יחסי מין רגילים, בהתחשב בגילה של המתלוננת, יכול היה לגרום לחבלות האמורות.

המדינה הסתמכה בעניין זה על עדותה של רופאה, מתמחה ברפואת נשים מזה כארבעה חודשים, שטיפלה במתלוננת בבית החולים. אותה רופאה אמרה בעדותה כי מבחינתה היה מדובר במקרה חריג והיא לא נתקלה בעבר בשום מקרה דומה שנגרם כתוצאה מקיום יחסי מין. אלא שבית משפט קמא לא מצא רבותא בדברים אלה, והפנה לחוות דעת של המכון הרפואי המשפטי, שבה נקבע כי אין אפשרות לקבוע את עוצמת החדירה או את עצם ההסכמה או אי הסכמה למעשה, כיוון שמדובר במתלוננת מבוגרת. בית המשפט הצביע על כך שהרופאה אישרה בהגינותה כי עדיף היה לדבר עם מומחה, אך למרות זאת, המאשימה בחרה להביא לעדות את אותה רופאה מתמחה, במקום רופאים מומחים ובכירים יותר.

10. בשורה התחתונה זיכה בית המשפט פה אחד את המשיב מעבירת האינוס, לאחר שהגיע למסקנה כי לא הוכח שהמשיב אנס את המתלוננת, ללא הסכמתה; לא הוכח כי המתלוננת אמרה פעם אחר פעם "לא לא לא"; כשם שגם לא הוכח, כי המתלוננת גילתה התנגדות פסיבית כזו או אחרת, שממנה יכול היה הנאשם ללמוד שהמתלוננת מסרבת לקיום יחסי המין שתואמו ביניהם והכל כמפורט לעיל.

עד כאן תמצית הכרעת הדין עליה נסב ערעור המדינה.

תמצית טיעוני הצדדים

11. המדינה טענה, בין היתר, שבית המשפט לא התייחס לגרסתו המתפתחת של המשיב ושקריו אל מול גרסתה העקבית של המתלוננת, לפיה היה זה המשיב שפנה אליה, יזם עמה שיחות עם תוכן מיני בוטה ולחץ עליה להיפגש איתו. עוד נטען, כי הכרעת הדין שזורה בקביעות ובאמירות מקוממות, מיושנות ודיכוטומיות באשר להתנהגות "ראויה" או "הגיונית" או "סבירה" של נפגעות עבירות מין. כל זאת, בהתעלם מהפסיקה העשירה בנושא זה, פסיקה לפיה אין מדד רציונאליות להתנהלות נפגעות עבירות מין. לשיטת

המדינה, בית משפט קמא שפט את התנהגותה של המתלוננת עד כדי האשמת הקרבן ובשל כך הסיק מסקנות שגויות.

עוד נטען כי בית המשפט התעלם מפערי הכוחות בין גבר בן 42 לבין קשישה בודדה בת 82, כאשר המשיב אינו מרפה, מחייג אליה 19 פעמים, ולוחץ עליה להיפגש איתו.

המדינה טענה כי בניגוד לקביעת בית המשפט, הרי שגרסת המתלוננת הייתה קוהרנטית, בוודאי בגרעין הדברים. כך, בחקירתה הראשונה השיבה המתלוננת בפשטות כי "הוא לא נראה פושע", לכן הכניסה אותו לביתה, ולא האמינה על אף כל השיחות שיאנוס אותה, אלא סברה כי יגיע לתת לה הצעת מחיר להרחבת הדלת, כפי שסיכמו ביניהם.

12. ההגנה הדגישה כי ענייננו במקרה "קלאסי" של ממצאי עובדה ומהימנות שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהן, וכי לא היה מקום להגיש הערעור מלכתחילה. ההגנה תמכה יתירותיה בפסק דינו של בית משפט קמא, והצביעה על תשובות של המתלוננת בבית המשפט, העומדות בסתירה רבתי למה שנאמר בשיחות המוקלטות או בסתירה להודעותיה במשטרה. לטענת ההגנה, לא ניתן לנתק את המערכה השלישית מכל מה שקדם לה, וכי בית המשפט שם נגד עיניו את ההלכות הנוגעות לעדותן של נפגעות עבירות מין ולמרות זאת הגיע לתוצאת הזיכוי. עוד נטען, כי לא ניתן במסגרת הערעור להרחיב את "קו ההתקפה" של המתלוננת ושל המאשימה, ולטעון כי את הסתירות והתמיהות בעדותה של המתלוננת ניתן ליישב בכך שהתביישה להודות שניהלה עם המשיב שיחות בעלות אופי מיני.

דיון והכרעה

13. המשיב, עברייני מין מורשע, מי שנתפס בשקריו, מי שהפר ביודעין צו פיקוח, קיים יחסי מין עם אשה המבוגרת ממנו כמעט בארבעים שנה, גרם לה לקרע בנרתיק, ולמרות זאת שלושה שופטים בערכאה קמא הגיעו למסקנה כי יש לזכותו מעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום. הכרעת הדין משובצת לכאורה בממצאי עובדה ומהימנות שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהן. על מצב דברים כגון זה נודמן לי לומר:

"לאחר שמיעת העדויות סברו שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי כי נותר ספק סביר בדבר אשמתו של המשיב.

כידוע, שופטי הערכאה הדיונית זוכים להתרשם באופן ישיר מן העדים, ולכן אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות [...] היבט נוסף של הקושי להתערב, נובע מכך שבפנינו מונח ערעור המדינה על זיכוי של נאשם. אין מדובר במהלך דיוני טריוויאלי, ויש שיטות משפט שאינן מאפשרות לערער על זיכוי בפלילים. מכל מקום במקרים כאלה שומה על רשויות התביעה לשבת שבעה נקיים טרם תתקבל החלטה לערער (ע"פ 4453/16 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 6 (להלן: ע"פ 4453/16) (20.7.2017)).

בע"פ 4453/16 הנ"ל הונחה בפני ערכאת הערעור גם דעת מיעוט מרשיעה, בבחינת פתח והזמנה להתערבות ערכאת הערעור, ולסופו של יום אכן אומצה דעת המיעוט והתקבל ערעור המדינה על זיכוי נאשם בעבירת מין. כאמור, במקרה דנן המשיב זוכה פה אחד, עובדה שמציבה בפני המדינה משוכה גבוהה, וכפי שציינה המדינה בפתח ערעורה, היא מודעת היטב לחריגותו של הערעור.

עם זאת, העובדה שהמשיב זוכה פה אחד אינה מהווה, כשלעצמה, מחסום בלתי עביר. יכול הטוען לטעון כי זיכוי פה אחד על ידי שלושת שופטי המותב, כשלעצמו, מקים ספק סביר שיש בו כדי להצדיק דחיית הערעור. טענה זו אינה מקובלת עלי. הספק הסביר עניינו בראיות ובמערכת העובדות שהונחו בפני בית המשפט, ולא בדרך שבית המשפט ניתח ופירש את הראיות ואת המסכת העובדתית. הספק הסביר מצריך אפוא אחיזה סבירה בחומר הראיות, שאם לא כן, גם דעת מיעוט מזכה של אחד משופטי ההרכב תיחשב כמקימה ספק סביר. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין:

"ואין זו אלא דוגמה לכלל הגדול ששופט הוא לעצמו. הנה-כי-כן, העובדה שחברי למותב נתפש לספק שמא לא עבר נאשם אותה עבירה שבגינה עומד הוא לדין לפנינו, אין בה - לעצמה - כדי לעורר אף בי ספק; אסור לו לספק שידבק אף בי אך באשר חברי נתפש לו. ספק שאחז בחברי אינו ספק שניתן להעבירו - כמות- שהוא - מלב-אל-לב, ממצפון- אל-מצפון, ויהא חברי גדול ממני, חכם ממני, ותיק ממני, מנוסה ממני. זה, אפשר, אי-תלותו של שופט במובנו העמוק של המושג, אי-תלותו של שופט בינו- לבינו" (ע"פ 6251/94 סימון בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 108(1995)).

14. שני נושאים עיקריים עומדים לפתחנו. האחד – היקף ההתערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה ומהימנות. השני – ה"מובלעת הראייתית" הייחודית לנפגעות עבירות מין (לנושא הראשון התייחסתי בהרחבה בפסק דיני בע"פ 8146/09 אבשלום נ')

מדינת ישראל, בפסקאות 13-21 והאסמכתאות שם (8.9.2011) (להלן: עניין אבשלום); וראו גם פסק דיני בע"פ 8642/19 הייב נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (13.10.2021) (להלן: עניין הייב), לנושא השני התייחסתי בהרחבה בפסק דיני בע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 80-92 והאסמכתאות שם (20.10.2010) (להלן: עניין פלוני).

15. אפתח בנושא "המובלעת הראייתית" הייחודית לנפגעי ולנפגעות עבירות מין. הכללים שהתפתחו בפסיקה במסגרת זו מופנים אל בית המשפט, ונפקותם היא כי בית המשפט: לא מצפה מנפגעי העבירה להיות "מכשיר דיוק אוטומטי", אינו "מדקדק" בסתירות ובאי דיוקים ומסתפק בגרעין האמת ואף בגרעין הקשה שבגרסת המתלונן; לא נותן משקל, או נותן משקל מופחת, לעובדה שמדובר בגרסה מתפתחת אל מול הגרסאות הראשונות במשטרה; לא נותן משקל, או נותן משקל מופחת לשיהוי ולכבישת העדות; לא בהכרח שוקל בפלס ההיגיון ולא בוחן בעיניים רציונליות את התנהגות נפגע העבירה לפני או אחרי אירוע הפגיעה; חורג מהכלל האוסר עדות שמיעה. כל אלה, כללים שהתפתחו בפסיקה לא כ"הנחה" שבית המשפט עושה לנפגעי עבירות מין, אלא כתוצאה מהבנה ומהכרה של בתי המשפט במאטריה המיוחדת של עבירות מין, פרי ידע מקצועי וניסיון נצבר של שנים רבות של העוסקים והמטפלים בנפגעי עבירות מין (עניין פלוני, פסקה 90). מקום שבו בית המשפט מתעלם מאותה מובלעת ראייתית, יש בכך עילה להתערבות ערכאת הערעור:

"במקרה הנוכחי ראוי להוסיף הסתייגות מסויימת מכלל אי-ההתערבות, נוכח האדנים שעליהם ביסס בית משפט קמא את הערכת המהימנות של המשיבות. כפי שכבר נאמר, בנקודות מסויימות בית משפט קמא סטה מן הפרספקטיבה הראויה לבחינת עדויותיהם של מתלוננים בעבירות מין" (פסק דיני בע"פ 7426/14 פלוני נ' עו"ד אורי דניאל, פסקה 8 (14.3.2016) (להלן: עניין דניאל)).

16. בית המשפט ציין בהכרעת הדין כי "המתלוננת וכאמור לעיל, יכולה הייתה בנקל להימנע מהסיטואציה מלכתחילה, הן בכך, שכלל לא הייתה מזמינה את הנאשם לביתה ובוודאי אחרי שלכאורה ולטענתה שלה פגע בכבודה הן בכך שחשף איבר מינו בפניה, כך לטענתה, והן בכל הדיבורים המיניים הבוטים שאמר לה בשיחות הטלפון. דבר לא מנע מהמתלוננת, באותו שלב, לדפוק על חדרו של העובד הזר ולקרוא לו לעזרה".

יש להצר על אמירה זו של בית משפט קמא, שיש בה משום "שיפוטיות" וביקורת על התנהגות המתלוננת. אך דומה כי המדינה מציגה בערעורה אמירה זו באופן מוקצן, ואיני סבור כי ניתן להסיק ממנה כביכול בית המשפט קבע שהעובדה שהמתלוננת הזמינה

את המשיב לביתה, משמע שהזמינה אותו לקיים עמה יחסי מין. טענת המדינה נסתרת לטעמי במפורש מפסקה 55 להכרעת הדין:

”לו הייתה המתלוננת מאשרת, שאכן מלכתחילה הייתה לה כוונה לקיים עם הנאשם מפגש מיני ואולם לאחר מכן התחרטה ושיקפה זאת לנאשם, יכול שהתוצאה הייתה שונה, או מכל מקום היה מקום להתלבט [...]”.

אף איני מקבל טענת המדינה כי בית משפט קמא התעלם מההלכות הייחודיות הנוגעות לנפגעות עבירות מין. הלכות אלה נזכרות במפורש בהכרעת הדין שם מתייחס בית המשפט ל”מובלעת הראייתית” (פסקאות 57 ו-61 להכרעת הדין), ודי בכך כדי לדחות הטענה כי פסק הדין מחזיר אותנו לשנות השישים.

17. עם זאת, מקובלת עלי טענת המדינה כי בית משפט קמא שגה לא אחת ביישום “המובלעת הראייתית”, ודומה כי חלק מההיסקים והמסקנות של בית משפט קמא בהקשר זה לוקים בהכללות, תוך התעלמות מהנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, של אשה קשישה ובודדה. לא כל אישה שגבר זר חושף בפניה את איבר מינו מגיבה בהכרח בצעקות ובצרחות; לא כל אישה בהכרח “מנתקת מגע” מגבר שפונה אליה בהצעות מגוננות; אין לצפות מכל אישה שמותקפת לפתע לקרוא לעזרה; העובדה כי לאחר האינוס המתלוננת הציעה למשיב כוס מים או אמרה לו “הכל בסדר, תודה רבה”, אינה משליכה בדיעבד על התנהגותה. להיפך, הדבר יכול להעיד על כך שהייתה בהלם, וכלשונה של המתלוננת:

”תשמע, זה אני פשוט הוא עשה לי דבר כזה שאני הייתי בשוק, אני הלכתי למטבח כי היה טלפון הייתי צריכה לענות, לקחתי את ה-שפורפרת ישבתי על כיסא ממש מטה הגוף כאב לי, ואמרתי לו שזה הכל בסדר תודה רבה להתראות ולקחתי מים ושתיתי והיה כוס מים והוא שתה” (עמ' 62-63 לפרוטוקול).

ומכל מקום, התנהגות של נאנסת בדקות הסמוכות שלאחר האונס אינה נבחנת באמת מידה של “רציונליות” (לבחינת התנהגותה “חסרת ההגיון” של נפגעת עבירת מין לאחר ביצוע העבירה ראו, מני רבים, ע”פ 8050/17 פלוני נ’ מדינת ישראל, פסקה 37 (31.10.2018) – שם המתלוננת נשארה בסלון עם הפוגע; ע”פ 6375/02 בבקוב נ’ מדינת ישראל, פ”ד נח(2) 419, פסקה 13 (2004) – שם המתלוננת התלוותה עם הפוגע למסעדה). ובכלל, כפי שהודגש פעמים רבות בפסיקה, בהקשר ל”מובלעת הראייתית” הייחודית לעבירות מין:

"בתי המשפט הכירו בכך שהתנהגותם של נפגעי עבירות מין אינה ניתנת תמיד להימדד באמות מידה רציונאליות למתבונן מן החוץ [...] כך, לדוגמה, בניגוד ל'היגיון' של המתבונן מן הצד, קורבן העבירה עשוי להמשיך לחיות את חייו במחיצת התוקף ולעיתים אף להפגין כלפיו חיבה ולחפש את קרבתו [...]". (עניין פלוני, בפסקה 87 והאסמכתאות שם).

"נטען כי העובדה שהמתלוננת לא צעקה הן כאשר המערער דחפה אל תוך הבניין והן במהלך מעשיו של המערער לאחר מכן, היא תמוהה ויש בה כדי לערער את מהימנות גרסתה של המתלוננת. אין בידי לקבל טענה זו. כאמור, המתלוננת העידה כי היא חשה משותקת במהלך האירוע. בית משפט זה חזר וקבע כי התנהגותם של קורבנות עבירות מין איננה נבחנת במדדים של סבירות, וכי הספרות והמחקר האקדמי מלמדים על כך שלא ניתן ליצור דפוס של "התנהגות סבירה" מצד נפגע עבירת מין [...]". בפרט נקבע כי אף אם התנהגות נפגעת העבירה נראית לצופה מהצד כחסרת היגיון, למשל בשל העובדה שלא צעקה במהלך ביצוע המעשים כנגדה, הרי שאין בכך בהכרח כדי לפגום במהימנותה של המתלוננת. זאת, לנוכח ההכרה במגוון התגובות של נפגעי תקיפה מינית, ובכלל זה, קיפאון או אי-יכולת להוציא הגה...." (ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 25 (3.9.2015)).

18. בית משפט קמא שגה לא אחת אף בהיסקים ובמסקנות כלליות, שאינן ייחודיות בהכרח לנפגעות עבירת מין. כך, לדוגמה, התמיהה של בית משפט קמא "וכיצד אפוא עמדה להתקשר בחוזה לשיפוץ עם אדם שכלל לא הכירה? ומניין לה שהוא איש מקצוע? ולמה לא ביקשה ממנו תעודות המעידות על היותו איש מקצוע?". כשלעצמי, איני משוכנע כי דרכם של אנשים לדרוש תעודות מ"שיפוצניק" שמתבקש לבצע עבודה קטנה בביתם. בדומה, גם התמיהה של בית משפט קמא, בקשר למחלוקת אם המתלוננת הכירה עוד קודם לכן את המשיב "שכן לולא שהייתה לה היכרות מוקדמת מדוע שתסכים המתלוננת להכין לו כוס קפה?" (פסקה 23 להכרעת הדין). כשלעצמי, איני משוכנע כי האפשרות שאישה טובת לב תכין כוס קפה לעובר אורח שפתח עמה בשיחה, היא נדירה וחריגה (המתלוננת אמרה כי ביקשה מהעובד הזר בביתה להכין כוס קפה למשיב). המתלוננת עצמה הסבירה בפשטות כבר בחקירתה הראשונה כי "הוא לא נראה פושע". זו הסיבה הפשוטה והישירה בגינה הכניסה את המשיב לביתה למרות התבטאויותיו המיניות.

היישום השגוי של חלק מהלכות "המובלעת הראייתית" הייחודית לנפגעות עבירות מין, כמו גם הקביעות הכוללניות דלעיל, פותחים פתח להתערבות ערכאת הערעור, ובנקודה זו אנו מגיעים להיבט המרכזי השני בערעור.

19. כלל אי ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, חוזר ונשנה בפסיקתו של בית משפט זה פעמים רבות. משך שנים רבות הדעה הרווחת הייתה שכוחו של הכלל יפה במיוחד מקום שמדובר בעדויות של נפגעי עבירות מין. לגישה רווחת זו קמו עוררין, והיו שגרסו כי בעבירות מין ראוי שערכאת הערעור "תבחן דווקא בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית. דומה כי כיום, השורה התחתונה היא מעין גישת ביניים ולפיה:

"כשלעצמי, אינני סבור שיש סתירה קוטבית בין האמירה, שלפיה כלל אי-ההתערבות חל ביתר שאת לגבי הערכת העדויות בעבירות מין, לבין הדרישה, שבמקרים אלה תבחן ערכאת הערעור בקפדנות יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית. בחינה קפדנית של המסקנות, אין פירושה, בהכרח, מידת התערבות רבה בממצאי מהימנות. אכן, מטבע הדברים שכאשר עסקינן באירוע שהתרחש בחדרי חדרים, אין מנוס מהתייחסות מיוחדת ומוגברת להתרשמות בלתי אמצעית של בית המשפט מהעדים, זאת בהעדר אפשרות להיעזר בנתונים ראייתיים משמעותיים נוספים. מבחינה זו, פשיטא, שכאשר ערכאת הערעור אינה יכולה להתרשם מהעדות בדרך האמורה, בפועל היא תתקשה להעריך ולבקר את ממצאי המהימנות אליהם הגיעה הערכאה המבררת. ואולם, אין בכך כדי לפטור את ערכאת הערעור מלבחון בדקדקנות ובקפדנות מיוחדות את מסקנות הערכאה המבררת, דווקא משום שניתן בידה של האחרונה 'כוח' רב במיוחד, להרשיע אדם על יסוד עדות יחידה ללא תוספת ראייתית. בחינה קפדנית זו יכולה להיעשות גם כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת" (פסק דינו של השופט צ' זילברטל בע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (26.7.2012)).

עוד לסקירת הפסיקה לגבי יישום כלל אי ההתערבות בעבירות מין ראו פסק דיני בע"פ 4487/10 רוני גילי נ' מדינת ישראל (6.11.2012); פסק דינו של השופט פוגלמן בע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (11.2.2015); פסק דיני בע"פ 8325/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 32-34 (8.6.2017); פסק דיני בע"פ 4453/16 פסקה 6 (20.7.2017); ע"פ 8794/20 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן ((10.5.2022)).

20. סקירת הפסיקה מעלה כי השימוש בכלל אי ההתערבות נעשה על פי רוב מקום שהערכאה הדיונית הרשיעה את הנאשם בביצוע עבירת מין, בהסתמך על מהימנותה של נפגעת העבירה, וכאשר ערכאת הערעור מתבקשת להתערב ולקבוע כי למרות זאת יש לזכות את הנאשם. במקרה דנן, אנו נמצאים במצב הפוך וחריג – הערכאה הדיונית זיכתה את הנאשם מביצוע עבירת מין, בשל אי מהימנותה של נפגעת העבירה, וערכאת הערעור מתבקשת לעשות שימוש בחריגים לכלל אי ההתערבות ולקבוע כי יש להרשיע את הנאשם. מכאן, שיכולה להישמע הטענה כי בית המשפט עושה שימוש בכלל ובחריגים לכלל תוך שהוא חוטא בחוסר סימטריה בין נאשמים בעבירות מין לבין נפגעות עבירות מין.

לא אכחד כי טענה זו, שעניינה בשיקולי מדיניות כללית של ערכאת ערעור, הטרידה אותי. אולם לסופו של יום, איני סבור כי על בית המשפט להתנצל מחובתו לבחון את המקרה שבפניו על פי חומר הראיות, כל מקרה לגופו, ואין להכפיף תוצאה אפשרית ל"מראית עין" של חוסר סימטריה.

21. בית משפט קמא מצא כי המתלוננת לא העידה באופן "קוהרנטי ועקבי", כי תשובותיה אינן הגיוניות וכי התחמקה ממתן תשובות לחלק מהשאלות (פסקה 15). לפנינו אפוא ממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, ומכאן השאלה אם לנוכח כלל אי ההתערבות יש פתח להתערבות ערכאת הערעור.

"כלל אי ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות אינו הרמטי, ונקבעו לו מספר חריגים, שעליהם עמדתי בהרחבה בע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011) והם: כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהגיון ובשכל ישר או על סבירות של העדות; כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות; כאשר הערכאה הדיונית התעלמה לחלוטין מראיות או לא שמה לב לפרטים מהותיים בחומר הראיות; כאשר הערכאה הדיונית התעלמה מסתירות מהותיות בעדות עליה נסמכה או מסתירות בין העדות עליה נסמכה לבין עדויות אחרות; כאשר הערכאה הדיונית אימצה גרסה מופרכת וחסרת הגיון; כאשר נפלה טעות מהותית או טעות "בולטת לעין" בהערכת המהימנות; כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב, תמליל, קלטת או התרשמות מחפץ; כאשר השופט שכתב את פסק הדין אינו השופט ששמע את הראיות; כאשר חלף זמן רב משמיעת הראיות ועד שנכתב פסק הדין" (עניין הייב, בפסקה 36) (הדגשות הוספו – י"ע).

לטעמי, המקרה שלפנינו נופל למספר חריגים לכלל אי ההתערבות. כפי שהראינו לעיל, חלק מקביעות בית המשפט קמא התבססו על שיקולים של הגיון ושכל ישר, בין היתר, תוך יישום שגוי של כללי "המובלעת הראייתית"; כפי שנראה בהמשך, בית משפט קמא התעלם כמעט לחלוטין מגרסתו של המשיב; ולבסוף, לפנינו ראייה אובייקטיבית בדמות הקלטות השיחות בין המשיב למתלוננת, ובכגון דא, אין יתרון לערכאה הדיונית.

22. אקדים ואומר כי המתלוננת לא סתה מגרסתה הראשונה שנגבתה ממנה עודנה דואבת בבית החולים, לא בהודעות שנגבו ממנה ולא בעדותה בבית המשפט. התקשיתי אפוא לקבל קביעת בית המשפט קמא כי גרסתה של המתלוננת לא הייתה קוהרנטית. כאמור, במסגרת "המובלעת הראייתית" הייחודית לנפגעות עבירות מין, אין מדקדקים בסתירות ובאי דיוקים (ראו, מני רבים, ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, פסקה 28 (2002); ע"פ 4583/13 סן נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (21.9.2015)), במקרה דנן אף התקשיתי למצוא סתירות של ממש בעדותה של המתלוננת, למעט בין הודעתה הראשונה מיום 25.7.2022, שממנה ניתן להבין כי בעוד המשיב מודד את רוחב הדלת, הוא החל להגיד שהוא רוצה לשכב איתה ולפנק אותה, בעוד שבחקירתה בבית המשפט הכחישה כי במועד המפגש בביתה היו שיחות כלשהן בנושא.

23. אפתח בשיחות המוקלטות, שלטעמי יש בהן לסייע ב"פתרון החידה" אך באופן הפוך לחלוטין מזה שבית משפט קמא הגיע אליו. בסעיף 38 להכרעת הדין בית משפט קמא מנתח את תשובותיה של המתלוננת ביחס לשיחות המוקלטות ומגיע למסקנה כי היא סותרת את עצמה, כי תשובותיה אינן נכונות, אינן משכנעות, מתחמקות וכיו"ב. קראתי את פרוטוקול חקירתה של המתלוננת והאזנתי לשיחות שהמשיב הקליט ללא ידיעתה של המתלוננת, ובניגוד לבית משפט קמא, אני רחוק מלהתרשם כי המתלוננת התחמקה או לא הייתה עקבית בתשובותיה או כי בשיחות המוקלטות ניתן להתרשם משיח נאהבים. ודוק: מהשיחות עולה כי המתלוננת השתעשעה ברעיון ההצעה המינית שהניח בפניה המשיב, שמא התלבטה בינה לבין עצמה, אך תוך שהיא מדגישה פעם אחר פעם כי "אני בחיים לא עשיתי דבר הזה", ושמא אף הרגישה מוחמאת מההתעניינות בה.

אביא לדוגמה קטע מהשיחה הראשונה בין הצדדים, שיחה שללא ספק נסבה על

ענייני מין:

"המשיב: בסדר, איך את? תגידי את לא רוצה להתארגן
עכשיו אני אבוא יותר מאוחר.
המתלוננת: לא, לא, אני צריכה להתארגן לזה

המשיב: כן? כמה זמן כאילו זה הרבה זמן ייקח?
מתלוננת: בטח לא היום.
משיב: בסדר, השבוע זה יקרה?
מתלוננת: אולי, אני אדבר איתך.
משיב: תשתדלי שכן, למה...
מתלוננת: תגיד לי תגיד לי כמה זה עולה? אני יודעת דבר
כזה צריך לעלות כסף, לא?
המשיב: את תבואי, לא לטלפון, את תבואי ואנחנו נדבר
פנים מול פנים, כמו שדיברנו יעני זה...את תבואי והכל
יהיה בסדר.
מתלוננת: לא, אין דבר כזה, אצלי הכל סגור מראש.
משיב: כן, אבל אני לא רוצה ממך כלום, אני רק רוצה רק
שתבואי אני רוצה לפנק אותך רק שתהיה מאושרת וכיף
לך וטוב לך.
מתלוננת: תודה. אני מאושרת אני לא ...
משיב: לא. אני יודע, אני רוצה שיהיה לך טוב, את
מבינה? אני אלקק אותך והכל.
מתלוננת: מאיפה באת? מאיפה הגעת?
משיב: לא יודע, אני באתי מהשמיים. אני באתי לפנק
אותך, ללטף אותך"
[המשך שיחה עם ביטויים מיניים]
משיב: אין בעיה, אז אני מחכה לך השבוע,
בחייאת..כפרה עלייך, למה אני מה זה חם מת כבר ללקק
אותך בסדר?
מתלוננת: אוקי, בסדר.
משיב: אני מחכה לטלפון ממך. טוב חיים שלי?
מתלוננת: יאללה.
משיב: לא הרבה זמן, טוב? ראית איך שדיברת
מתלוננת: אני לא יודעת, אני צריכה להתארגן לדבר הזה.
אני בחיים לא עשיתי דבר הזה."

ובשיחה לאחר מכן:

"המשיב: אז, אז אין בעיה, אז תבדקי אם יש לך עוד
חברות שרוצות להתפנק וזה, תגידי להם למה לא, אני
אפנק גם אותם, הכל [...] יש לי מספיק, יעני ראית יש לי
משהו טוב. יש לי גם לשון טובה, עבה
המתלוננת: אבל תגיד לי מה בקשר לאישור רפואי? אתה
בסדר? אתה לא...
משיב: בטח, הכל בסדר גמור נשמה. אני בריא לחלוטין.
מתלוננת: אני בטוחה שאתה בריא, אבל צריך אישור".
[המשך השיחה כולל התבטאויות מיניות נוספות – י"ע].

המתלוננת נשאלה בבית המשפט הן בחקירתה הראשית והן בחקירתה הנגדית,

למה התכוונה כאשר אמרה שהיא צריכה להתארגן. וכך השיבה בחקירה הראשית:

”ש: או קיי אז תסבירי בבקשה למה התכוונת את זוכרת את השאלה האחרונה שלי? אמרתי לך שיש משפטים כמו להתארגן ואני לא יודעת צריך להתארגן אז למה התכוונת?

ת: כי הוא רוצה, הוא רוצה אמרתי לא אין דבר כזה רוצה אני עוד לא עשיתי את זה אף פעם ואני צריכה לחשוב אם אני ארצה לעשות דבר כזה, זה צריך לחשוב מה, באים וציק צ'ק כזה אז נאמר, אני לא בכיוון הזה את מבינה? אז אני לא יכולה הוא רוצה משהו, צריך כמו שאני רוצה להקים, להחליף דלת אז אני צריכה לקבל הצעה לחשוב ולהתארגן לזה אבל אם הוא רוצה משהו אני רוצה לחשוב. זה לא.

ש: ומה חשבת?

ת: ומה חשבת? אני לא, חשבתי סתם להיפטר ממנו את האמת” (עמ' 30 לפרוטוקול) (הדגשה הוספה – י"ע)

ברי מתשובתה של המתלוננת שהיא מסבירה כי עליה לשקול את הצעתו המינית של המשיב שהציג עצמו כ"ג'יגולו", כפי שהיא שוקלת הצעות מחיר לשיפוץ. בדומה השיבה המתלוננת בחקירתה הנגדית:

”ש: בסדר גמור, את ממשיכה ושומעים אותך בשיחה את אומרת לעאדל כמה זה עולה? אני יודעת דבר כזה צריך לעלות כסף לא? הוא עונה לך, רק תבואי לא בטלפון אנחנו נדבר פנים אל מול פנים כמו שדיברנו והכל יהיה בסדר. ואת עונה לו, לא. אין דבר כזה הכל סגור מראש הוא עונה לך כן, אבל אני לא רוצה ממך כלום אני רוצה שתבואי אני רוצה לענג אותך, ואת צוחקת לו ואומרת לו תודה רבה רבה. עכשיו האם מכך אני יכול להבין שבעצם אפילו את מתעניינת עד כדי כך כמה עולה להיות איתך במפגש מיני כי הוא הציג את עצמך בפניך כג'יגולו והוא נותן את השירות הזה אז את אומרת לו אני רוצה לדעת מראש כמה זה עולה נכון?

ת: כן מותר לי לדעת כמה זה עולה יש לי 3 הצעות לעשות מקלחת מ-3 קבלנים זה אומר שאני כבר סגרתי על דבר אחד?” (עמ' 49 לפרוטוקול)

בהכרעת הדין, בית משפט קמא כמעט מגחיק את תשובת המתלוננת, כביכול נשאלה על הצעת מחיר לשירותי ג'יגולו והתחמקה והשיבה לגבי הצעות מחיר לגבי הרחבת הדלת: "העדה נשאלת למה כוונתה במילים 'כמה זה עולה...' ובתשובתה חוזרת לעניין הצעות המחיר לגבי הדלת כאשר ברור שהשאלה הייתה ביחס למתן שירותי מין" (סעיף 38 להכרעת הדין).

האומנם? לדידי, מהתשובה עולה בבירור כי המתלוננת חוזרת על עמדתה כי היא רוצה לדעת מה המחיר לשירותי ג'יגולו, כפי שהיא עושה השוואה לקבלת הצעות מחיר

לשיפוץ. ואם נותר ספק למה התכוונה המתלוננת, הרי שהשורות הבאות בהמשך הפרוטוקול, שלא צוטטו על ידי בית משפט קמא, אינן מותירות מקום לספק:

"ש: לא הוא אומר שכמה זה עולה, זה השירותים של הג'גולו.
 העדה: כן לא, לא נגיד אז אני צריכה לדעת כמה,
 כב' הש' ד. צרפתי: את אומרת כמו זה גם זה.
 העדה: כן מדברת אני רוצה לדעת כמה עולה ג'גולו בשביל איזה מבוגרת,
 כב' הש' ד. צרפתי: הבנתי.
 העדה: מה מותר לי לדעת.
 כב' הש' ד. צרפתי: לא אף אחד לא אמר מותר אסור, רק מנסה להבין.
 העדה: אני לא חייבת, אני בחיים לא עשיתי את זה ואני לא בכיוון הזה ואני מותר לי לדעת כמה זה עולה.
 כב' הש' ד. צרפתי: נכון טוב.
 העדה: וכמה לבדוק את השוק אתה יודע מלא גברים אתה צריך לדעת כמה שיותר אבל זה להחליט מה לעשות ולהסכים או להתכונן לזה, זה משהו אחר" (עמוד 49 לפרוטוקול; הדגשות הוספו – י"ע).

טעותו של בית משפט קמא גלויה אפוא על פני הפרוטוקול. המתלוננת לא התחמקה מתשובה והסבירה למה התכוונה כשאמרה שעליה "להתארגן". וגם מספר עמודים לאחר מכן, כאשר המתלוננת נשאלת אם המשיב לא הבין שהיא "מסכימה לכך שהוא יבוא וילקק אותך?" היא משיבה:

"אני אמרתי אני הסברתי לו שאם אני ארצה אז אני צריכה להתארגן. ואני צריכה מה, סתם לבוא מהרחוב לעשות את זה? מה? איפה נשמע דבר כזה?" (עמ' 52 לפרוטוקול שורות 18-20).

ובחלוף עשרות עמודי פרוטוקול, ההגנה שוב מעלה את עניין ההתארגנות:

"ש: היא שואלת אותך גם, ואומרת לך את נשמעת אומרת יותר מפעם לנאשם שאת צריכה להתארגן.
 ת: מותר לי להתארגן. כל דבר אני מתארגנת.
 כב' הש' א. קולה: זה כבר שאלת.
 העדה: אין דבר כזה לא לארגן אני רוצה לארגן אבל מה? לארגן מה תגיד לי, רוצה להתארגן מה לטיול למלון, מה? כל דבר צריך להתארגן.
 עו"ד, פ. פוקרא: נכון, גם לקיים יחסי מין עם בחור ערבי צריך להתארגן.
 ת: תשמע זה לא היה בכיוון בכלל" (עמ' 79 לפרוטוקול).

24. דוגמה נוספת לכך שתשובותיה של המתלוננת אינן קוהרנטיות ואינן הגיוניות לשיטת בית משפט קמא אנו מוצאים בפסקה הבאה:

"ושוב, תשובותיה של המתלוננת ובכל הכבוד אינן קוהרנטיות כטענת המאשימה בסיכומיה ואינן הגיוניות וכי בגלל שהיא חברה במועדון ויוצאת עם חברותיה ליוגה, טיולים וערבי שירה, זו תשובה לשאלה מדוע רצתה 'לסדר' לנאשם את אחת מחברותיה?" (פסקה 138 להכרעת הדין).

אלא שלא כך יש להבין את דבריה של המתלוננת בהקשרם הנכון. עוד קודם לכן הסבירה המתלוננת איך בכלל הגיעה לרעיון 'לסדר' למשיב את מי מחברותיה, והיא משיבה שיש לה חברות במועדון ועלה בה הרהור שמא מי מהן אולי תהיה מעוניינת:

"ש: תראי יש כל מיני אמירות למשל על החברות, אז בואי תסבירי בבקשה למה התכוונת כמוכן, יש את כל השיחות, אבל תסבירי למה את התכוונת.
 ת: זה את יודעת ברגע שאמרתי לו על השיחה שהוא כמו ג'יגולו שהוא צעיר למבוגרות ואני חברה במועדון קשישים אולי את יודעת מדברים, אולי יש קשישה רוצה אני לא יודעת אנחנו קבוצה במועדון כבר שנים ואנחנו יוצאים לטיולים יוצאים להבראה לנופש, עד לאילת, מאילת עד נהריה. ויש לנו אנחנו חברות טובות ממש אנחנו 250 חברות במועדון הזה. ואת יודעת שמדברים משוחחים וצוחקים לפעמים שיש דבר כזה, אז חשבתי אולי אני אדבר איתן אבל אנחנו ספורטיביות עושות התעמלות, יוגה, מקהלה, יש לנו גם לימודי רוסית ואנגלית אנחנו במועדון מאוד מבוסס ויפה וטוב, ואז חשבתי שאולי אני אדבר, אם ייצא לי אני אדבר איתם על הדבר הזה אבל באמת לא יצא לי לדבר איתן.
 כב' הש' ד. צרפתי: על איזה דבר תדברי איתן?
 העדה: לא דיברתי עם החברות שלי בכלל על הדבר הזה.
 כב' הש' ד. צרפתי: על איזה דבר תדברי איתן? על מה חשבת על מה תדברי איתן עם החברות שלך?
 העדה: עם החברות, בטח נוסעים.
 כב' הש' ד. צרפתי: לא, לא הבנתי. אבל על מה רצית לדבר איתן בהקשר של הבחור הזה?
 העדה: אם הן רוצות ג'יגולו.
 כב' הש' ד. צרפתי: אם הן רוצות אותו?
 עו"ד, א. קאפמן: אם הן רוצות ג'יגולו.
 כב' הש' ד. צרפתי: הבנתי.
 העדה: כן חשבתי אולי להגיד להן אם הן רוצות. אבל לא יצא לי עוד לדבר איתן" (עמ' 31 לפרוטוקול).

לפנינו דוגמה נוספת לכך שבית המשפט מייחס למתלוננת, שלא בצדק, תשובה לא הגיונית.

25. ייאמר באופן חד-משמעי: בכל השיחות המוקלטות המתלוננת לא אמרה אף פעם למשיב כי היא מסכימה לקיים עמו יחסים. אכן, המשיב העלה בשיחותיו הצעות מיניות ותכנים מיניים, תוך שהוא מנסה לשכנע את המתלוננת לקיים עמו יחסי מין, וגם להציע לחברותיה את שירותיו. המתלוננת אמנם לא קוטעת את השיחות, ואף מחמיאה למשיב "אתה אלוף", אך בשורה התחתונה, לאורך כל השיחות היא דוחה בעקביות את הצעותיו של המשיב. המתלוננת הייתה עקבית בכך, וכפי שאמרה בפשטות בחקירתה הנגדית "אני אומרת לך שהכל היה דיבורים בעלמא, אני לא נתתי לו שום הסכמה ולא סיכמתי ולא" (עמ' 52 לפרוטוקול שורה 12). בית משפט קמא היטיב לסכם את דבריה של המתלוננת באומרו לסניגור: "זה הקו שלה, הוא יכול לדבר מה שהוא רוצה אני מתעניינת מה שאני רוצה, בסוף לא רציתי לקיים איתו מגע מיני" (עמ' 57 שורות 28-30 לפרוטוקול).

26. נראה כי בית המשפט לא נתן משקל או לא פירש נכונה את תחושת הבושה והאשמה העצמית של המתלוננת. לשאלת בית המשפט "...את לא עשית כלום, מה זה עושה דבר כזה?" השיבה המתלוננת "לא עושה אבל המצב הזה, הסיטואציה הזאת [...]" גם לא רציתי לפגוע בכבוד שלי. בכבוד שלי שאני אישה רמה שהיא איך איך [...] אני הגעתי לדבר הזה שיאנוס אותי אדם שאני לא מכירה, שפעם אחת רק ראיתי אותו בשיחות סתמיות וליפול בצורה כזאת" (עמ' 71-72 לפרוטוקול). מכאן, שהמתלוננת חשה בושה ואשמה מהסיטואציה אליה נקלעה, תחושות שהן מנת חלקן של נפגעות עבירות מין רבות, ואיני רואה בכך הרחבה של "קו ההתקפה" של המאשימה. בית המשפט פירש את דברי המתלוננת כאילו היא חשה בושה מכך שקיימה יחסי מין בהסכמה עם גבר צעיר ממנה, אך מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם דבריה של המתלוננת.

בהקשר זה של בושה, נציין כי לאחר שהמשיב הסתלק, המתלוננת השליכה את מכניסה ותחתונה לפח מחוץ לדירה, וכאשר הגיעה לבית החולים, בתשובה לשאלת האחות איך זה קרה לה, היא שיקרה ואמרה לה שקיימה יחסים עם בעלה לאחר שנים שלא עשתה כן, וכי הקרעים ברחם נוצרו בשל היובש בנרתיק (ראו להלן בפסקה 44). המתלוננת הסבירה כי אילולא שכנעו אותה לא הייתה מגישה תלונה במשטרה, זאת בשל הבושה:

"איך אני הגעתי לדבר הזה שיאנוס אותי אדם שאני לא מכירה, שפעם אחת רק ראיתי אותו בשיחות סתמיות

וליפול בצורה כזו [...] וגם העובדת הסוציאלית אמרה לי, אני לא רציתי שום דבר בגלל שזה לא מכבודי, אני לא רציתי שזה יהיה בעיתונות, שזה לא יהיה בטלוויזיה ושזה לא יהיה, והבן שלי והעובדת הסוציאלית של הבית חולים והאחות, הם הציעו איך אומרים הם ביקשו לחצו שאני אתלונן למשטרה" (עמ' 72 לפרוטוקול).

"אני אישה חזקה [...] וזה בושה שקרה לי דבר כזה זה בושה הכי גדולה בעולם אתה יודע מה זה לבן שלי השני לא סיפרתי עד היום אף אחד לא יודע [...] זה לא יפה [...] זה בושה זה בושה הכי גדולה בעולם, בושה שאישה ברמה שלי נקלעה לדבר הזה" (עמ' 84 לפרוטוקול שורות 16-7).

27. לדידי, המפתח להבנת הסיטואציה שבסופה מצאה המתלוננת את עצמה על המיטה בחדר השינה כשהמשיב חודר אליה בברוטליות, היא השיחה האחרונה שהתקיימה בין השניים. הכוונה לשיחה הרביעית, יום לפני האירוע, שנפתחת בכך שהמשיב אומר למתלוננת שרק כעת שם לב להודעה ששלחה לו, והוא שואל אם רצתה שיבוא, והמתלוננת משיבה "רציתי לדבר סתם". המשיב אומר למתלוננת "אנחנו חייבים, אני חייב לפנק אותך" ומתעניין אם היא לבד, ואז מציע לה להגיע לביתה כאילו הוא טכנאי שאמור לתקן את הטלוויזיה בחדר. מכאן מסקנתו של בית משפט קמא כי היה ברור למתלוננת שהמשיב מגיע על מנת לקיים עמה יחסי מין. זו הייתה נקודת המוצא בהכרעת הדין, שהשליכה גם על נקודת הסיום – על מה שאירע בחדר השינה.

ואכן, אילו עצרנו הילוכנו בנקודה זו של השיחה, זו הייתה המסקנה המתבקשת. אלא שבשלב מסוים, השיחה תפסה כיוון אחר. המתלוננת שואלת את המשיב מה הוא יודע לעשות, והוא משיב "אני יודע לעשות הכל. צבע, גינות, הכל מה שצריך. ארונות חשמל. בית כל מה שצריך לבית כאילו". בנקודה זו המתלוננת מתעניינת אם המשיב יכול להחליף דלת על מנת לאפשר הכנסת כיסא גלגלים, ובתשובה לשאלותיו של המשיב אומרת המתלוננת שהיא צריכה רוחב של 90 ס"מ עם המשקוף וכי צריך גם להוריד חלק מהקיר לשם כך. המשיב מצידו אומר שיבוא למדוד "זה חייב להוריד חתיכה מהקיר כאילו ולהביא את המשקוף, להרכיב אותו ולהרכיב את הדלת [...] כן, אין בעיה אני אלופ [...] אין בעיה, אז אני אבוא אראה את ה...מתי את רוצה שאני אבוא אראה את זה?" והשניים מתאמים שיגיע בערב. יודגש כי בניגוד להצעה של המשיב שיגיע לביתה כאילו כדי לתקן את הטלוויזיה, הפעם המשיב אינו מציע להגיע כאילו הוא שיפוצניק והשניים מנהלים שיחה של ממש בדבר הרחבת הדלת ומה צריך לעשות לשם כך. זה הלך הרוח שבו מסתיימת השיחה.

למחרת התקשר המשיב למתלוננת ותהה מדוע לא הייתה זמינה בטלפון והיא משיבה כי נגמרה לה הסוללה, והשניים מתאמים שיגיע אליה בצהריים. שיחה לאחר מכן הוא שואל אם אפשר להגיע בערב, והמתלוננת אומרת לו שהיא הולכת להצגה ולכן השניים מתאמים כי יגיע אליה בסביבות השעה חמש. האזנה לשיחות אלה, החל מאמצע השיחה הרביעית, אינה מגלה קונוטציה מינית כלשהי. אכן, המשיב ניסה להגיע לביתה של המתלוננת ואף העלה רעיון להתחזות כטכנאי שבא כדי לתקן את הטלויזיה, אך מנקודת הזמן שבה השיחה שינתה כיוון, המתלוננת תיאמה עמו את המפגש ב"כובעו" כ"שיפוצניק", תוך ירידה לרזולציה של העבודה הנדרשת. חיזוק לעדותה ולהלך רוחה של המתלוננת אנו מוצאים בדברים שאמרה לחוקרת שגבתה ממנה הודעה בבית החולים "והוא אמר שהוא יבוא היום עם הצעת מחיר אבל אני לא יודעת כי אני בבית חולים, אם הוא כן בא או לא בא אני לא יודעת". הנה כי כן, אפילו לאחר האירוע שבמהלכו נקרע נרתיקה של המתלוננת, עודנה שוכבת דואבת במיטת בית החולים, המתלוננת עדיין סבורה כי המשיב "השיפוצניק" אמור לתת הצעת מחיר.

[במאמר מוסגר אציין כי לא יכולה להיות מחלוקת שהמתלוננת אכן התכוונה לבצע התאמות בחדר המקלחת. מחקירתה הנגדית עולה כי היא קיבלה מהעובדת הסוציאלית מפרט טכני של העבודות הנדרשות וקיבלה שתי הצעות מחיר על סך 19,000 ו-21,000 ₪, אך הצעות אלה כללו שיפוץ מלא של חדר האמבטיה בעוד שהיא ביקשה לבצע רק את הרחבת הדלת ו"זה מחיר אחר, וזה שיפוצניק זה לא כמו לעשות עבודה גדולה" (עמ' 82-81 לפרוטוקול)].

לטעמי, בית משפט קמא לא נתן משקל לתפנית בשיחה הרביעית, ופירש אותה בהקשר מיני, בהמשך לשיחות הקודמות אשר ללא ספק נשאו הקשר מיני. זאת, למרות שבמהלך החקירה הנגדית, התובעת הסבה תשומת לב בית המשפט לתפנית בשיחת הטלפון, ובית המשפט התבטא באופן שניתן היה להבין כי הוא ער לכך (עמ' 59-60 לפרוטוקול).

ניתן להניח לטובת המשיב, לכל היותר, כי בעקבות שיחותיו עם המתלוננת, סבר בטעות שהוא מגיע לביתה על מנת לקיים עמה יחסים. גם בית המשפט העלה אפשרות זו במהלך החקירה הנגדית: "אפשר אפילו להרחיק עוד שלב, שאפילו הוא בהבנה שלו הגיע לצורך העניין הזה שלזה הוא מוזמן [...] אנחנו אומרים לך, הבנו את הנקודה. ממש נרחיק לכת, נניח שבאמת כך הוא הבין ובשביל זה הוא בא וכולי וכולי והיא נתנה לו היא

נתנה לו להבין בסדר? נניח אפילו כך, זה לא מצדיק, אם הוא עשה" (דברי כב' השופט צרפתי, עמ' 54 לפרוטוקול). כשלעצמי, איני סבור כי ניתן להניח זאת לטובת המשיב, לאור הדרך בה הסתיימה השיחה הרביעית. מכל מקום, מבחינתה של המתלוננת, המטרה המיידית והראשונית לבואו של המשיב הייתה למדוד את הדלת לקראת הרחבתה:

"אבל הוא הגיע אלי במטרה אחרת, לא במטרה שהוא חשב אולי, אני לא חשבתי על זה אני בכנות אני הזמנתי אותו בשביל לעשות את הדלת [...] אני לא הזמנתי אותו ולא דיברתי וגם אמרתי שאני לא מוכנה לדבר הזה, ואפילו שאני הדגשתי לו שאני לא מוכנה לדבר הזה (עמ' 55 שורות 8-12)".

28. בית משפט קמא קבע כי אין זה סביר שבפגישה הראשונה ברחוב המשיב שלף את איבר מינו. ברם, יותר מרמז כי אכן כך היה, אנו מוצאים באמירתו של המשיב, בשיחה שצוטטה לעיל: "יש לי מספיק, יעני ראית יש לי משהו טוב. יש לי גם לשון טובה, עבה" (הדגשה הוספה – י"ע).

29. בית משפט קמא ייחס חשיבות בפסק דינו לכך שהמתלוננת לא הזכירה את האופי המיני של השיחות המוקלטות, עד לאחר שנודע לה כי אלה הוקלטו. ברם, כבר בדוח הפעולה של השוטר טדגי מיום האירוע, שהגיע לבית החולים לאחר שבנה של המתלוננת התקשר למשטרה, נכתב: "(המתלוננת – י"ע) מסרה כי שבת שעברה בתאריך ה 16 לחודש פגשה את החשוד לראשונה מסרה כי הוא בקש קפה ונתנה לו היא לא הייתה מוכנה שיכנס לבית בנוסף מסרה כי השיחות איתו היו מיניויות, החשוד מסר לה כי הוא שיפוצניק והוא יודע לעבוד ולעשות הכל והחליפו מספר טלפונים [...]". (הדגשה הוספה – י"ע).

גם בהודעה הראשונה שנגבתה ממנה למחרת בבית החולים (נ/1), מסרה המתלוננת כי כבר בשיחה הראשונה עם המשיב מחוץ לביתה, אמר לה המשיב שהוא מעוניין לשכב איתה ו"לפנק אותה". מכאן, שאין זה נכון כי כל עוד לא נאמר לה שהשיחות הוקלטו, המתלוננת הסתירה את התוכן המיני של שיחותיה עם המשיב.

30. בית משפט קמא ציין בהכרעת הדין כי לטענת המתלוננת לאחר האירוע "הייתה בשוק ולא הבינה שהיא מדממת". אלא שאין חולק כי המתלוננת החלה לדמם כבר בחדר השינה, וגם המשיב הבחין בכך כי היה דם על המיטה.

בנקודה זו אפנה לגרסתו של המשיב.

גרסת המשיב

[הערה טכנית: מספרי עמודי הפרוטוקול בהתייחס לעדותו של המשיב בבית המשפט הם בהתאם למספרים המופיעים בפרוטוקול בנט-המשפט. לכן, בכל הפניה של הצדדים לפרוטוקול המודפס, יש להוסיף 20. כך, לדוגמה, כאשר המדינה מפנה לעמ' 119 לפרוטוקול, הרי שמדובר בעמ' 139].

31. אל מול גרסתה של המתלוננת עמדה גרסתו של המשיב, בבחינת "גרסה מול גרסה", אך בית משפט קמא כמעט שלא התייחס לגרסתו, מה שכשלעצמו יכול להיות עילה נוספת להתערבות בממצאי העובדה (רמז לכך ראו בע"פ 4453/16 בפסקה 30, שם נאמר כי "בחוות דעתם של שופטי הרוב בבית משפט קמא אין התייחסות למהימנותו של המשיב").

32. לאחר המפגש ברחוב, המשיב מתקשר 19 פעמים למתלוננת (שכאמור, התקשרה אליו ביוזמתה פעם אחת בלבד), אך זו אינה עונה לרוב ההתקשרויות. בארבע השיחות שהתקיימו ביניהן, מפעיל המשיב בחלקת לשונו לחצים על המתלוננת כדי שתסכים לקיים עמו יחסי מין, ו"תתווך" בינו לבין חברותיה.

המשיב הציג עצמו בפני המתלוננת בעת המפגש ביניהם ברחוב כשיפוציק בשם "אברהם", וכך פונה אליו המתלוננת בפתח השיחה הרביעית, ותחת שם זה הוא נשמר במכשיר הטלפון שלה (מזכר ת/18). אך המשיב טען "לא עשיתי שיפוצים ולא נעליים... לא אמרתי לה שקוראים לי אברהם בכלל, היא לא שאלה איך קוראים לי ולא כלום" (עמ' 13 לתמליל החקירה מיום 25.7.2022). ובכלל, המשיב הרחיק עצמו משיפוצים וטען לאורך חקירותיו במשטרה שלא אמר למתלוננת שהוא עוסק בשיפוצים.

[במאמר מוסגר: במהלך החקירה הנגדית של המתלוננת, הציגה ההגנה בפניה את התזה כי רק לאחר שהמשטרה סיפרה לה, נודע לה שהמשיב הוא ערבי, וכי בשל כך היא מעלילה עליו. אך המתלוננת השיבה כי היו לה בעבר עשרות עובדים ערבים, כי ניהלה משך שנים עסקים גדולים, וזה אף פעם לא הפריע לה (עמ' 78 לפרוטוקול)].

33. המשיב נשמע בשיחות המוקלטות כאדם חלקלק, ומהודעותיו במשטרה וחקירתו בבית המשפט הוא מצטייר כפנטזיונר שמשקר בטבעיות ובשכנוע עצמי. מאלף להפנות ל"הודאתו" בחקירה הנגדית, לאחר שהתובעת מעמתת אותו עם הודעתו במשטרה:

"ת: פה אני מספר את האמת לשופטים. שישמעו.
ש: הבנתי. כלומר לשופטים אתה מספר את האמת,
ובמשטרה לפעמים פחות אמת.
ת: כן" (עמ' 152 לפרוטוקול).

בחקירתו הראשונה של המשיב במשטרה, בתשובה לשאלה מה הוא עושה בחיים, הוא עונה כי הוא עובד בשטיפת מכוניות וגם ג'יגולו, אשר שוכב עם נשים זקנות "מי שרוצה שירות לא משנה לי כאילו, העיקר התשלום, ואתה יודע היא משלמת לי, לא אני משלם לה [...] תשלום עבור סקס כאילו שלוש מאות שקל, בסביבות החצי שעה, ארבעים דקות". אך חיש מהר התברר כי המתלוננת היא "הבחורה" הראשונה והיחידה אי פעם של "הג'יגולו המקצועי", שאף מסביר כי אפשר לפנות אליו לקבלת שירות דרך המתלוננת "שרצתה לסדר לי את החברות שלה במועדון". ובחקירתו בבית המשפט הוא נאלץ לאשר כי אף פעם לא עבד בעבר כג'יגולו (עמ' 131 לפרוטוקול). וכאשר נשאל בחקירתו השלישית האם עבודה כג'יגולו אינה בבחינת הפרת צו הפיקוח הוא משיב תשובה מתפתלת "ג'יגולו זה בלי להתלכלך, בלי זה, מה אני...פתאום אתחיל השיפוץ והמפקח יתקשר אלי? את מבינה... אבל ג'יגולו זה שניות בלי להתלכלך מתארגן ויוצא ולא יודע שאתה איתה". (עמ' 32-33 לתמליל החקירה מיום 2.8.2022).

34. בהודעותיו במשטרה המשיב מסביר שלא הגיוני שהוא אנס את המתלוננת: "גם אם בן אדם רוצה לאנוס מישהי, יעני אני...אני ילך לאנוס את המעפנה הזקנה הזאת...אני אומר במחשבה הגיונית כאילו. את מבינה? אם כבר הולך לאנוס מישהי ילך לאנוס זקנה כזאת"? (עמ' 33-34 לתמליל החקירה מיום 2.8.2022). אך בבית המשפט סיפר המשיב כי הוא נמשך לנשים מבוגרות מאוד והמתלוננת מצאה חן בעינו (עמ' 120-139 לפרוטוקול, וכן עמ' 149). המשיב נשאל בבית המשפט אם המחמאות שהרעיף על המתלוננת בשיחות המוקלטות הם אמת, ומשיב תחילה בחיוב אך כאשר מטיחים בו הכיצד הדבר מתיישב עם מה שאמר במשטרה, הוא מסביר כי "לא מעניין אותי אם היא זקנה מעפנה או זקנה סקסית. אני רוצה את הכסף", ואחר כך הולך ומסתבך בתשובותיו ומאשר כי המתלוננת כן סקסית בעיניו (עמ' 154-156 לפרוטוקול).

35. המשיב מתחמק שוב ושוב מכך שהוא זה אשר ניסה לשכנע את המתלוננת לקיים איתו יחסי מין, למרות שהדבר עולה לכל אורך השיחות המוקלטות, כדי כך שבית משפט

קמא מעיר לו "אבל אתה ניסית לשכנע אותה. למה לשקר לבית המשפט? ריבון העולמים. אתה ניסית לשכנע אותה פעם אחר פעם. לגיטימי או לא זה שאלה אחרת. אתה לא יכול כמה פעמים להסתתר מאחורי התירוץ 'היא יכלה לא לדבר איתי'. אתה מנסה לשכנע אותך והיא השתכנעה בסופו של דבר" (עמ' 158 לפרוטוקול).

ובכלל, דומה כי לעיתים בית המשפט מאבד מסבלנותו לנוכח שקריו של המשיב:

"כבוד השופט קולה: לא. זה לא בסדר אדון עאדל. אתה צריך להגיד את האמת פעם אחת. איך זה נראה בסדר? במשטרה אמרת שהיא לא אמרה לך כלום. פה אתה אומר שהיא אמרה יהיה בסדר. אז לא נאמין לך בשום דבר עכשיו?

ת: לא.

כבוד השופט קולה: אבל מה? איך תשכנע אותנו אחרת? שאלה פשוטה. היא אומרת לך במשטרה אמרת (שהמתלוננת – י"ע) לא אמרה לי כלום. אפילו בסדר היא לא אמרה לי. פה אתה מתעקש עשר פעמים שהיא אמרה לי הכל בסדר.

ת: כן. כי שאלתי אותה אם הכל בסדר.

כבוד השופט קולה: אבל במשטרה לא אמרת את זה.

ת: חוץ מזה שהיא אמרה בסדר? אז אני לא יודע. הוא לא רשם את זה.

כבוד השופט קולה: אבל זה מוקלט.

ת: אני לא יודע" (עמ' 204 לפרוטוקול).

36. המשיב הכחיש כי לפני שהגיע לביתה של המתלוננת ידע שלמתלוננת, לעובד הזר ולבעלה הסיעודי של המתלוננת יש חדרים נפרדים משל עצמם, למרות שבשיחה הרביעית הוא חוקר ודורש בנושא זה והמתלוננת מסבירה לו מי נמצא בכל חדר. לכן, איני מקבל את תמיהת בית משפט קמא, הכיצד ידע המשיב היכן חדר השינה של המתלוננת וכיצד ידע שיש לה טלויזיה בחדר השינה, נושא שבו דובר במפורש בשיחה הרביעית.

37. המשיב הכחיש את גרסת המתלוננת כי כאשר הגיע לביתה הוא מדד את רוחב הדלת, כפי שתואם מראש בשיחה ביניהם, וכי המתלוננת נתנה לו מטר לשם המדידה "לא מדדתי, לא כלום... אין לי מה... אין לי לא מטר ולא שום דבר" (עמ' 31 לתמליל החקירה מיום 2.8.2022). ברם, בתמונות המטבח ניתן לראות מטר על השולחן (ת/21 תצלומים 15-16); גם העובד הזר העיד כי ראה מטר על השולחן, ולמעשה גם המשיב אישר זאת בחקירתו הנגדית "היה מטר על השולחן של המטבח, אבל זה שלה. זה לא שלי. אני באתי

בלי כלום. אפשר לראות במצלמות. לא קשור אלי המטר. זה מטר ששייך אליה" (עמ' 124 לפרוטוקול).

38. עמדנו על כך שחלק ניכר מנימוקיו של בית משפט קמא מבוססים על שיקולים שבהגיון, סברה או ניסיון חיים, כאחד החריגים לכלל אי ההתערבות. כך, הזכרנו כי בית המשפט מצא כי אין זה סביר שאישה תכין קפה לגבר זר שפגשה ברחוב.

לטעמי, הרבה יותר בלתי סביר לקבל את גרסת המשיב במשטרה כי המתלוננת היא שפנתה אליו ברחוב וביקשה ממנו שירותי ג'יגולו. על כך חזר המשיב גם בחקירתו הראשית: "פגשתי את *** והתחלנו לדבר ו*** ביקשה שהיא רוצה גבר והצעתי את עצמי בתור גבר" (עמ' 122 לפרוטוקול) "היא דיברה שהיא צריכה, היא רוצה גבר" (עמ' 142 שורה 22). למעשה, המשיב אומר בתשובה לשאלה, שהרעיון לעבוד כג'יגולו צץ בראשו בשל המתלוננת "כן. היא ביקשה גבר והצעתי את עצמי" (עמ' 133 שורה 30). גרסה בלתי סבירה זו של המשיב מתנפצת אל מול השיחות המוקלטות שבמהלכן עולה בבירור כי הוא שמנסה לשכנע את המתלוננת לקיים עמו יחסים, בעוד שהמתלוננת דוחה שוב ושוב את הצעותיו של המשיב. כך למשל, כאשר החוקרת אומר למשיב בחקירה השלישית (ת/3) כי גרסתו לא הגיונית ולא ייתכן שהמתלוננת היא שיזמה את השיחה על מין, אישר זאת המשיב בפה מלא: "אני רוצה את הכסף. אני...הן אדם רוצה לשווק את עצמו. איך הוא ישווק את עצמו [...] אני כן יזמתי את השיחה ודיברנו על מיניות" (שם, עמ' 25 לתמליל).

39. המשיב שיקר בחקירתו כאילו המתלוננת הזמינה אותו מספר פעמים לביתה, בעוד שהשיחה הרביעית, השיחה היחידה שיזמה המתלוננת, היא הפעם היחידה שהמתלוננת הזמינה אותו לביתה. המשיב משקר בחקירתו הנגדית בציינו כי "מי שיזם את השיחות והתקשר זה היא. זה לא אני" (עמ' 160 לפרוטוקול שורה 28), למרות שממחקר התקשורת כל השיחות למעט שיחה אחת הן ביוזמתו של המשיב.

40. המשיב, שהתרברב בפני המתלוננת בשיחה הרביעית כי בהיותו שיפוצניק הוא יודע לעשות הכל "צבע, גינות, ארונות, חשמל, בית" מתכחש לכך בחקירתו בבית המשפט ומסביר כי הוא יודע רק דברים בסיסיים ומבחינתו "מה איכפת לי כמה עולה הדלת וכמה עולה כל השיפוץ הזה? זה לא עניין שלי. אני אביא לה משהו שיסגור איתה הוא. מה הבעיה?" (עמ' 184 לפרוטוקול). לגרסתו של המשיב, לא רק שלא מדד את רוחב

הדלת ולא עשה מאומה בביתה של המתלוננת בנוגע לשיפוץ, אלא שאחרי שסיימו לקיים יחסי מין "אמרתי לה אני אביא לך משהו שיעשה לך את זה" (עמ' 190 לפרוטוקול).

41. שקרים אלה של המשיב לא באו זכרם בהכרעת הדין. אך גם אם נאמר כי המדובר בשקרים ב"פריפריה" של ליבת האירוע, לא כך לגבי גרסתו רווית הסתירות של המשיב לגבי ליבת האירוע.

בחקירתו במשטרה ציין המשיב כי הזמן שבו נמשך האקט המיני היה כ-20 דקות של "סקס רגיל", בחקירה אחרת השיב כי "זה היה עניין של שניות", ורק בחקירתו הרביעית, ביום 4.8.2022 העלה לראשונה גרסה לפיה ביצע במתלוננת, לבקשתה, מין אוראלי: "תרשום את זה, מה שאמרתי לך מקודם, שהיא ביקשה שאני ארד לה וירדתי לה, והיא נהנתה מזה וגם היא כאילו היא גמרה" (הדגשה הוספה – י"ע). המשיב מבקש מהחוקר שירשום כי התבייש לספר על כך בחקירותיו הקודמות, והוא מבקש פולגורף. גם בבית המשפט טען המשיב כי כאשר נכנסו לחדר, המתלוננת התפשטה והוא ביצע בה מין אוראלי משך 5-7 דקות, אך הפעם, ובניגוד לגרסתו במשטרה, בתשובה לשאלה אם המתלוננת "הייתה מאושרת? מסופקת?" הוא משיב "אני לא יודע. מאיפה אני יודע?" (עמ' 194 לפרוטוקול). דומה כי יש ממש בטענת המדינה, כי עניין המין האורלי הועלה על ידי המשיב על מנת להסביר מדוע שהה בדירה 25 דקות, מה שמתיישב יותר עם גרסת המתלוננת כי עסק כרבע שעה במדידת הדלת.

בחקירתה הנגדית, המתלוננת לא נשאלה על המין האוראלי שנעשה בה כביכול לבקשתה, על אף חשיבותם של הדברים. בית משפט קמא התייחס לכך בהכרעת הדין בציינו "לעניין זה הסביר ב"כ הנאשם, כי חקר את המתלוננת באופן הגון, ולא רצה להביכה יתר על המידה. הסבר זה הינו סביר, בנסיבות העניין" (שם, פסקה 67). ניתן היה לקבל הסבר זה, אילו אכן נמנעה ההגנה מלהביך את המתלוננת, אך ההגנה הטיחה במתלוננת שייטכן שהייתה בשוק מכך שהמשיב מיד התחיל לקיים איתה יחסי מין ולא פינק אותה ולא "ליקק לך" (עמ' 80 לפרוטוקול), וכי המשיב הבטיח לה "ליקוקים" ולא קיים, ותלונתה במשטרה נובעת מכך שלא הייתה שבעת רצון מהשירות שקיבלה (עמ' 89 לפרוטוקול). הנה כי כן, לא רק שההגנה לא נמנעה מלשאול את המתלוננת על מין אוראלי, מהשאלה עולה התכחשות לגרסת המשיב עצמו, כי ביצע במתלוננת מין אוראלי לבקשתה.

42. בית משפט קמא מצא כי אינו יכול לקבל את דברי המתלוננת כי "העבירה את המסר" בדרך כלשהי, וכי המשיב יכול היה להבין כי היא אינה מסכימה לקיום היחסים או להמשך קיום היחסים:

"בנדון שלפנינו ולא אוכל לקבוע על סמך עדותה של המתלוננת כי אכן זו אמרה 'לא לא לא' או נפנפה בידיה לחוסר הסכמה. התנהלותה והטבריה למה שקדם לאירוע זה (וגם לא לזה שאחריו ועל כך להלן) מקשים עד מאוד לקבוע כי עדותה עדיפה על זו של הנאשם" (שם, בפסקה 60, הדגשה הוספה – י"ע).

ברם, התנהלותה של המתלוננת אינה עומדת לשיפוטנו, גם אם השתעשעה ברעיון לקיים יחסים עם המשיב, שצעיר ממנה בכארבעים שנה. ועיקרו של דבר. ראינו כי עדותה של המתלוננת מתיישבת עם השיחות המוקלטות, וכי לכל אורך השיחות ולכל אורך החקירות וההודעות שנגבו מהמתלוננת, לא ניתן להצביע אפילו על פעם אחת שהיא מביעה הסכמה לקיים יחסים עם המשיב. מנגד, ככל שאנו מתקרבים אל ליבת האירוע, ההגנה נמנעה מלעמת את המתלוננת. היא לא נשאלת על גרסת המשיב לפיה שאל אותה תוך כדי מעשה אם הכל בסדר והיא השיבה לו שהכל בסדר, או על גרסת המשיב במשטרה כי "גמרה" כתוצאה מהמין האוראלי (בעוד בבית המשפט השיב כי אינו יודע). אציין כי בחקירתה במשטרה שאלו את המתלוננת על גרסתו של המשיב כי תוך כדי מעשה היא אמרה לו שהכל בסדר, והיא השיבה: "הוא אומר הוא שאל בסדר? הוא קרע אותי ואני אומרת לו לא לא הוא תפס לי את הרגליים כל כך חזק שלא יכולתי לזוז. את לא יודעת כמה זה קשה".

43. ליבת האירוע היא בחדר השינה, ובנקודה זו נשאלת השאלה האם ייתכן כי המתלוננת שיתפה פעולה עם המשיב עודנה נקרעת מבפנים וסובלת כאבים. לפנינו ראייה אובייקטיבית כי למתלוננת נגרמו קרעים בנרתיק, מה שאינו מתיישב עם קיום יחסי מין בהסכמה, כולל מגע אוראלי מוקדם. בנקודה זו אצטט מתוך פרוטוקול החקירה הראשית קטע מעדותה של המתלוננת בחקירתה הראשית:

"אז קמתי וישר הרמתי את המכנס כי הוא הפילו לא הוריד את המכנס, הוא פשוט תפס לי את הרגליים ככה למעלה, בשתי ידיים כמו, כמו, לא יודעת כמו, ומתי שקמתי כל כך היה קשה לי ללכת בדיוק קיבלתי טלפון בדיוק צלצל הטלפון הלכתי ככה הלכתי לענות וגם הוא בא ושתה מים ואמר לי מחר אני אביא לך הצעת מחיר ואחרי זה אני מרגישה שטף דם כזה יצא לי הלכתי ישר למקלחת, התקלחתי, וואו, יצא לי מזה דם, אז שמתתי פד גדול

והלכתי לנוח שוב פעם זה כמו שחיטת פרה. מזה יצא לי דם, אז כעבור איזה מקסימום חצי שעה אז ראיתי שזה לפני שהתקלחתי רחצתי את השמיכה כי אמרתי דם ויש לי עובד זר, מה הוא צריך לראות את הדבר הזה, כיבסתי במים שטפתי את הכל ושמתי את השמיכה שהעובד יכבס את זה והלכתי למיטה, שכבתי וקיבלתי שטף דם כזה כמו פרה שחוטה אז נזכרתי שהייתי ילדה קטנה שסבתא שלי ואני הלכנו לקנות תרנגולת לעשות מרק, אז השוחט שחט אותה, לא היה מתקנים כאלו כמו היום, התרנגולת הלכה וירד לה דם דם דם, עד שנפלה, והרגשתי ככה שאני כמו התרנגולת הזאת אם אני נשאר עוד שעה בבית, אולי חצי שעה אז אני לגמרי זה ירד לי מזה כמויות של דם, הלכתי, הזמנתי מונית ירדתי, אמרתי לעובד זר שאני הולכת לבית חולים ולבעל שלי שאני הולכת לקנות לו כנפיים והלכתי לבית החולים לבד בלי לשאול את אף אחד. ושמה גילו שהרחם שלי קרוע 3 חורים, 3 חורים תאר לעצמך. ומזה ירד לי המון דם וירד לי ההמוגלובין מ-12 וחצי ל-5 וחצי באותו הלילה והייתי גמורה 3 ימים רק ביום הרביעי שחררו אותי, הייתי על הפנים זה היה אונס אכזרי ביותר. העובדת הסוציאלית אמרה לי למחרת, זה לא ייתכן, כי הם שאלו אותי מה זה הדבר הזה, זה מאוד מאוד אכזרי 3 חתכים ברחם, זה לא ייתכן. זה אחות, פעם ראשונה אמרתי לה תשמעי זה קיום יחסים עם הבעל, אז היא הלכה, חזרה עוד פעם כי לפי הנתונים לא יכול להיות, חיים כאלו קריעה כזאת אז היא חוזרת ב-1 בלילה היא אומרת לי את לא עשית דבר רע, מה קרה? מה השתמשת באיזה מכשיר? אז אמרתי לה אני לא, שום מכשיר אני לא, היא אומרת לי את חייבת להגיד את האמת, אמרתי לה את האמת, זה היה יחסים לא רצוניים, נגד רצוני וזה נעשה אז היא הלכה ובאה עובדת סוציאלית למחרת ואמרה לי את צריכה לא לפחד להגיד את כל האמת צריך להגיד גם למשטרה אמרתי לה אני לא יודעת לדבר יש לי בן אמרתי לו שיקראו לבן שלי אז הבן שלי אמר לי כן אמא צריך להגיד את האמת צריך לספר למשטרה ואני הייתי גמורה אני לא אני לא יכולתי לעשות שום דבר אני הייתי במיטה, אני עברתי 3 תפרים בתוך הרחם. ולא היה לי שום טיפת כוח רק ביום הרביעי קמתי מהמיטה, וזה היה אונס אכזרי מאוד. ואני אני לא יכולה לזכור כל מה שנעשה זה כואב. הגוף שלי רועד" (עמ' 33-34 לפרוטוקול).

"[...] פשוט 3 חורים, היו לי 3 תפרים ו-4 ימים רק ביום הרביעי אני החלמתי ואני תשמע העובדת סוציאלית של הבית חולים והבן שלי הם עודדו אותי שאני אגיש תלונה במשטרה אני פשוט הייתי המומה הייתי בשוק לא ידעתי איפה אני נמצאת וכל כך כאב לי" (עמ' 36 לפרוטוקול שורות 29-32).

הקרעים בנרתיק מתיישבים לטעמי יותר עם גרסתה של המתלוננת כי המשיב הפיל אותה למיטה, הרים את רגליה וחדר לגופה. המסמך של המכון לרפואה משפטית, עליו נסמך בית משפט קמא, לא קבע כל ממצא פוזיטיבי, וכל שנאמר במסמך הוא שלא ניתן להסיק מהקרעים בנרתיק אם החדירה הייתה בהסכמה או לא בהסכמה:

”הממצא הינו חבלתי ונגרם מהחדרת חפץ נוקשה לנרתיק לדוגמה פיץ בזקפה.
כפי שצוין ברשומה רפואית, רקמת הנרתיק לא הייתה גמישה. היעדר גמישות באזור זה מתרחש בשל חוסר השפעת הורמון בהיות האשה בשלב אל-ווסת.
ממצא חבלתי כמו זה במקרה הנדון, מצביע רק על העובדה שהייתה חדירה של חפץ כלשהו אך אין אפשרות לקבוע את עוצמת החדירה ועצם הסכמה או אי הסכמה למעשה.”

מכל מקום, ברי כי המדובר בפגיעה מכאיבה (וכלשונה של המתלוננת “כל כך כאב לי, כאב לי” – עמ’ 36 לפרוטוקול), וקשה להלום כי תוך כדי האירוע, המתלוננת אישרה למשיב שהכל בסדר, כגרסתו-שלו.

44. אין חולק שהמתלוננת החלה לדמם כבר בחדר השינה וגם המשיב אישר בחקירותיו ובעדותו בבית המשפט עובדה זו. כך, בחקירתו הראשית “סיימנו. ירד לה דם. היא הביאה לי חבילה של טישיו כאילו לנגב את הדם שלה. לא ידעתי מה זה הדם הזה כאילו. אני בעצמי נלחצתי מזה” (עמ’ 125 שורות 13-14), ובחקירתו הנגדית, כאשר נשאל מתי המתלוננת סיפרה לו שלא הייתה אף פעם עם גבר חוץ מבעלה, הוא משיב כאשר “היא הביאה לי את הטיישו לנגב את הדם” (עמ’ 203 לפרוטוקול). ובתשובה לשאלה אם המתלוננת “התביישה מזה שירד לה דם” המשיב עונה בחיוב, ולהשערתו “היא לא ציפתה שירד לה דם” (עמ’ 207 לפרוטוקול).

בהודעתו הראשונה במשטרה, שנגבתה לאחר שנועץ עם עורך דינו, סיפר המשיב כי לאחר האירוע המתלוננת אף שילמה לו 300 ש”ח במזומן (מה שהוכחש נמרצות על יד המתלוננת בחקירתה הנגדית – עמ’ 87 לפרוטוקול). המשיב מסר כי האקט המיני נמשך כ-20 דקות וכלל רק “סקס רגיל”. בתשובה לשאלה אם המתלוננת ביקשה ממנו שיפסיק השיב בשלילה וכאשר החוקר שואל “גם כשכאב לה” הוא משיב “כאב לה אבל לא ביקשה שאני אפסיק [...] אחרי שסיימנו ראינו שירד לה דם, אני לא, לא ראיתי שירד או שהיא ראתה, היא לא הרגישה בכלל. אם הייתה מרגישה היא הייתה אומרת”. בהודעתו מיום 27.7.2022, בתגובה לכך שהמתלוננת אומרת כי “מרוב שקיימת איתה

יחסי מין בכוח קרעת לה את הרחם" הוא משיב "זה לא היה בכוח, אבל פשוט הבחורה לא הייתה 200 שנה עם גבר, ברור שזה יקרה לה". בחקירתו השלישית ביום 2.8.2022 לאחר שנשאל מדוע לא הפסיק אם כאב למתלוננת השיב כי המתלוננת לא אמרה כלום, ובתשובה לשאלה מדוע לא שאל אותה אם להפסיק הוא משיב "כי זה היה עניין של שניות", זאת בניגוד לכאורה לגרסתו כי האקט נמשך כ-20 דקות. בעדותו בבית המשפט אף טען המשיב כי המתלוננת אמרה לו שהכל בסדר, על אף שהשיב בחיוב לשאלה "תוך כדי שאתה מקיים איתה יחסי מין, עוברת לך המחשבה בראש שאולי כואב לה?" אך בתשובה לשאלה מדוע לא הפסיק הוא משיב "אם בן אדם לא מדבר איתך, ולא אומר לך להפסיק, אז למה שאני אפסיק כאילו?" (עמ' 205 לפרוטוקול).

סיכום

45. בערעור שלפנינו מתקיימים מספר חריגים שמאפשרים התערבות ערכאת הערעור במה שנחזה כממצאי עובדה ומהימנות. חריג עיקרי הוא השיחות המוקלטות, ובכגון דא אין לערכאה הדיונית יתרון. חריג זה משליך גם על האופן שבו בית משפט קמא העריך את עדותה של המתלוננת בהשוואה לשיחות המוקלטות, וכפי שציינתי לעיל, הערכת שונה לחלוטין.

בנוסף, הכרעת הדין משובצת בהיסקים ובקביעות המבוססות על הגיון ושכל ישר, מה שמאפשר התערבות ערכאת הערעור. הראיתי כי בית משפט קמא היה מודע אמנם ל"מובלעת הראייתית" האופיינית לנפגעות עבירות מין, אך שגה ביישומה במקרה שלפנינו. אל מול עדותה של המתלוננת והראיה האובייקטיבית בדמות הפגיעה הפיזית שנגרמה לה, היה מקום לבחון את גרסתו של המשיב, מה שלא נעשה על ידי בית משפט קמא, שהתעלם מגרסאותיו השקריות והתמוהות של המשיב.

46. לאור האמור לעיל, אמליץ לחבריי להפוך את הכרעת בית משפט קמא, להרשיע את המשיב ולהחזיר את עניינו לבית משפט קמא לגזירת הדין.



יצחק עמית
ממלא מקום הנשיא

השופט יחיאל כשר:

1. חולק אני על דעתו של חברי, השופט י' עמית. לו דעתי תשמע, דינו של הערעור להידחות.

עיקר העובדות הנוגעות לערעור מפורטות בחוות דעתו של חברי, על כן יהיה זה מיותר לחזור עליהן בחוות דעתי. אזכיר עובדות רלוונטיות ככל שהדבר יהיה נחוץ להבהרת עמדתי.

2. נקודת המוצא לדיון בפנינו הינה זיכוי של המשיב, על ידי בית המשפט המחוזי, מהאישום המרכזי שבכתב האישום שהוגש כנגדו – אינוס בנסיבות מחמירות. הכרעת הדין ניתנה על ידי אב בית הדין (סגן הנשיאה, השופט א' קולה), ושני חברי ההרכב האחרים (השופט ד' צרפתי והשופטת כ' גלפז-מוקדי), הסכימו לאמור בחוות דעתו של השופט קולה, ללא כל הסתייגות.

הכרעת הדין נשוא הערעור דנן הינה הכרעה עובדתית מובהקת, אשר התבססה גם על התרשמות בית המשפט קמא מעדותה של המתלוננת בפניו. כך, בית המשפט קמא קבע, כי:

”צר לי אך התרשמתי היתה שונה, המתלוננת לא העידה באופן 'קוהרנטי ועקבי', והתחמקה ממתן תשובות לחלק מהשאלות, כך בדיוק לפנינו וכך גם בחקירות המשטרה והכל כפי שיפורט ויודגם להלן” (פסקה 15 להכרעת הדין; ההדגשה הוספה – י' כ').

בית המשפט קמא התייחס גם להודעותיה של המתלוננת במשטרה, וקבע לגביהן קביעות שליליות חריפות, ששולבו גם בהתרשמותו מעדותה בפניו, באותם הקשרים:

”לעניין זה, מעניין יהיה להשוות בין עדותה של המתלוננת לפני שנחשפה לעובדה שהשיחות הוקלטו, שאז הייתה, כך להבנת המתלוננת, 'מילה מול מילה', לבין תשובותיה לאחר שנודע לה שהוקלטו השיחות, שאז ניסתה למצוא הסברים מהסברים שונים לאמירותיה באותן שיחות, הסברים שרובם לא צלחו את מבחן ההיגיון והשכל הישר. עניין זה אחרון, נכון גם להסברי המתלוננת במהלך חקירתה בבית המשפט” (פסקה 30 להכרעת הדין; ההדגשה הוספה – י' כ').

בין קביעותיו של בית המשפט קמא בהכרעת הדין ניתן למצוא אמירות המתייחסות לתשובות שנתנה המתלוננת במשטרה, ככאלו המגיעות אף כדי אי אמת ועיוות המציאות (וראו, בין היתר, בפסקאות 36(א), 37 ו-38 להכרעת הדין).

קביעתו הברורה של בית המשפט לגבי מהימנות גרסתה של המתלוננת, הובעה גם לאחר שעמד על ההתייחסות המיוחדת לעדויותיהם של נפגעי עבירות מין (אותה "מובלעת ראייתית" שחברי, השופט עמית, מתייחס אליה בפסק דינו). כך, בית המשפט קמא ציין כי:

"...מקום שקשה למצוא מהימנות בסיסית בגרסתה של המתלוננת, לא יועילו לה אותן 'הנחות' הניתנות לנפגעי עבירות מין" (פסקה 61 להכרעת הדין).

3. לא יהיה זה מיותר לציין כי התייחסות לזיכוי של המשיב מעבירת האינוס כאל זיכוי "מחמת הספק", מוטלת בספק רב, שכן בית המשפט קמא קבע כי במספר עניינים בעלי משמעות הוא מעדיף את גרסתו של המשיב על פני גרסתה של המתלוננת. וכך תמצת בית המשפט קמא את עמדתו:

"אתיחס אפוא להלן ביחס למחלוקת לגבי כל אחד ואחד משלושת רכיבי האירוע, תוך שאקבע עכשיו שבמרבית המחלוקות שבין הצדדים מעדיף אני את גרסתו של הנאשם על פני זו של המתלוננת ומכל מקום, גרסתה של המתלוננת לא הוכחה ובוודאי שלא חצתה את רף הספק הסביר." (פסקה 42 להכרעת הדין; ההדגשה הוספה – י' כ').

4. גם חברי, השופט עמית, עמד בחוות דעתו על אופייה של הכרעת בית המשפט קמא כמבוססת על קביעות עובדתיות ועל זיכוי של המשיב, מעבירת האינוס בה הואשם, על ידי כל שלושת שופטי ההרכב אשר ישבו לדין בבית המשפט קמא.

עמדתו של חברי הינה שעובדת הזיכוי של המשיב ובאופן המתואר לעיל, הינה: "עובדה שמציבה בפני המדינה משוכה גבוהה". ברם, חברי הוסיף וציין כי: "עם זאת, העובדה שהמשיב זוכה פה אחד אינה מהווה, כשלעצמה, מחסום בלתי עביר" (פסקה 13 לחוות דעתו).

אציין כבר עתה כי עמדתו זו של חברי, בצורתה הכללית ביותר, מקובלת גם עליי: זכותה של המדינה לערער על הכרעת דין מזכה אינה מוגבלת, בדין הקיים, בתוכנה של הכרעת הדין ואף לא בשאלה האם הכרעת הדין המזכה ניתנה ברוב דעות או פה אחד.

עם זאת, מצאתי לנכון להתעכב קמעה על נקודה זו, ולציין כי העמדה הנזכרת לעיל, כשלעצמה, איננה טריוויאלית כלל ועיקר. אבאר.

5. כידוע, סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ב-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), קובע כי כל אימת שנחלקו דעות השופטים במותב, תכריע דעת הרוב. לאורך השנים נשמעו, מפעם לפעם, דברי ביקורת על תחולתו של כלל זה במסגרת המשפט הפלילי. את דברי הביקורת הנ"ל ניתן לסכם לטענה הבאה: "קיומה של דעת מיעוט מזכה בפסק הדין מעורר, כשלעצמו, ספק סביר באשמה" (יורם דנציגר ורונה תימנה "דעת מיעוט מזכה במשפט הפלילי: אימוץ מנגנון ה-Mistrial האמריקני כהצעה לשינוי" 197, 198 (שלי אביב ייני, דורית בייניש, אריאל בנדור, הדר דנציגר רוזנברג וקרן מילר – עורכים, 2022); וראו גם: עמי קובו "דעת מיעוט מזכה – ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין" הסניגור 5 70 (2003); בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (2010)).

ביקורת דומה יכולה להישמע גם ביחס למצב שבו אדם שזוכה על ידי הערכאה הדיונית, מורשע לאחר מכן על ידי ערכאת הערעור, ובפרט כאשר הזיכוי התבסס על קביעות עובדתיות וממצאי מהימנות. אכן, לאחר שהערכאה הדיונית מצאה שאין בראיות שהוצגו לה ובעדויות שנשמעו בפניה כדי להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, יש מקום לתהות האם ערכאת הערעור, הנמצאת בנחיתות ביחס לערכאה הדיונית בכל הנוגע ליכולתה לקבוע קביעות עובדתיות, יכולה להסיר את הספק שמקורו בהכרעת הדין המזכה של הערכאה הדיונית (לעמדה זו ראו, למשל: אריה פטר "ערעורי מדינה לאחר זיכוי: האם לא הגיעה העת לקבוע בחקיקה ראשית אימתי תהא התביעה רשאית לנגוס פעם שניה בתפוח?" הסניגור 4, 5 (2017)).

היטיבה להביע עמדה זו הסניגוריה הציבורית הארצית, במסגרת עמדה שנשלחה מטעמה לוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט הפלילי, בראשות פרופ' אהרון אנקר, שהוקמה בשנת 2007 על ידי שר המשפטים דאז, פרופ' דניאל פרידמן. כך, בעמדה שהוגשה מטעמה, טענה הסניגוריה הציבורית הארצית כי:

"החלטתו של בית המשפט לזכות את הנאשם מאששת את חזקת החפות. הרשעה שתבוא לאחר זיכוי שכזה (בין אם הזיכוי ניתן פה אחד ובין אם ברוב דעות) תהיה מנוגדת לעקרון ההרשעה מעבר לספק הסביר, כמו גם לעקרונות בסיסיים של הגינות, אי התעמרות שלטונות המדינה באזרח, ומניעת סיכון כפול.

חוסר ההצדקה למתן האפשרות לערער על זיכוי, גובר במקרים בהם הזיכוי הוא על רקע של קביעות עובדתיות. כידוע, לערכאה הדיונית יש יתרון מובנה בבירור הסוגיות העובדתיות על פני ערכאת הערעור. לכן אין ערכאת הערעור יכולה להסיר את הספקות העובדתיים שמתעוררים נוכח זיכוי בערכאה הדיונית. מאחר וערכאת הערעור לא מסוגלת להסיר את הספקות שמתעוררים נוכח זיכוי עובדתי, לא ניתן להצדיק את מתן האפשרות לערער על זיכוי שכזה...” (הסניגוריה הציבורית עמדת הסניגוריה הציבורית – הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי, 13 (פורסם באתר משרד המשפטים, 2009); ההדגשה במקור – י' כ')

בהקשר זה, לא יהיה זה מיותר להוסיף ולציין כי עד לחקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לערער על זיכוי של נאשם בפלילים הוגבלה למקרים בהם "קבלת העדות במשפט או דחיית העדות היו שלא עפ"י דין"; במקרים בהם "השימוש בחוק לגבי העובדות היה שלא על פי דין"; או במקרים בהם "העונש שהוטל אינו די" (סעיף 67 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה) 1924-1947). כלומר, עובר לחקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי, היועץ המשפטי לממשלה לא היה רשאי לערער על הכרעת דין מזכה בטענה כי נפלה שגגה בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית.

למעשה, זהו הדין גם כיום בקנדה, שם קובע סעיף 676(1)(a) לקוד הפלילי (Criminal Code, R.S.C. 1985), כי ניתן לערער על פסק דין מזכה, רק כל אימת שהערעור מבוסס על טענות משפטיות, להבדיל מטענות עובדתיות. ובלשון הקוד הפלילי הקנדי (ההדגשה הוספה – י' כ'):

"676 (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone".

6. במסגרת המלצותיה, עמדה ועדת אנקר על הטענה שלפיה עצם העובדה שהערכאה הדיונית דנה בעובדות המקרה והחליטה לזכות את הנאשם, היא כשלעצמה מבססת ספק סביר בדבר אשמתו, וציינה כי לאור טענה זו נשקלה הצעה לקבוע כי המדינה תהא רשאית לערער על זיכוי הנאשם ברשות בית המשפט, רק בנוגע לשאלות משפטיות. עם זאת, ועדת אנקר מצאה לדחות הצעה זו בנמקה כי: "היא מעוררת את הקושי שיש

בהבחנה בין שאלות עובדתיות לשאלות משפטיות" (הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט הפלילי דין וחשבון, 24 (2010) (להלן: דו"ח ועדת אנקר)). כך, בכל הנוגע לערעור על זיכוי צוין בדו"ח ועדת אנקר, "בשורה התחתונה", כי:

"המלצת הוועדה בעניין ערעור על זיכוי היא שיש להשאיר על כנו את המצב המשפטי הקיים ולא לשלול מהמדינה את הזכות לערער על זיכוי. עם זאת, נוכח מכלול שיקולי הנגד שהובאו בפני הוועדה, הוועדה ממליצה בפני פרקליט המדינה לקבוע בהנחיה פנימית, שהחלטה בדבר ערעור על זיכוי תתקבל רק במקרים חריגים ובאישור דרג בכיר של הפרקליטות" (שם, בעמ' 24).

7. הנה כי כן, אף שהאפשרות להגיש ערעור על זיכוי אינה טריוויאלית כלל ועיקר, הרי, כפי שציינתי בראשית דבריי בכל הנוגע לסוגיה זו, בדין הקיים כיום, זכותה של המדינה לערער על הכרעת דין מזכה אינה מוגבלת, בתוכנה של הכרעת הדין, ואף לא בשאלה האם הכרעת הדין המזכה ניתנה ברוב דעות או פה אחד.

עם זאת, סבורני כי ההכרה בקושי הניצב בפני ערכאת הערעור להרשיע אדם, שעה שהערכאה הדיונית מצאה שאין בראיות שהוצג לה ובעדויות שנשמעו בפניה כדי להוכיח את אשמתו מעבר לספק סביר, יש בו כדי להכווין את גישתה של ערכאת הערעור כאשר ניצב בפניה ערעור המדינה על זיכוי.

על כן, דומה שהמחלוקת בין חברי לביני נטושה לא בשאלת האפשרות לערער על הכרעת דין מזכה, אלא בשאלת גובהה של המשוכה אותה נדרשת המערערת לצלוח לצורך הרשעת המשיב בערעור לאחר שזוכה בערכאה הדיונית, והאם יש בנימוקיו של חברי, כדי לצלוח את אותה משוכה במקרה הנוכחי.

8. הלכה מושרשת היא כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, אשר התרשמה באופן ישיר ובלתי אמצעי מהעדויות שהובאו בפניה ומהשתלבותן במארג הראייתי, אלא במקרים חריגים (ראו, מיני רבים: ע"פ 754/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 51 לפסק דינו של השופט א' שטיין (1.5.2024) (להלן: ע"פ 754/23); ע"פ 6080/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 לפסק דינו של השופט י' אלרון (21.7.2021); ע"פ 6072/17 ורון נ' מדינת ישראל, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (12.3.2018) (להלן: עניין ורון)).

9. יישום ההלכה בדבר אי-התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה מציבה בפני ערכאת הערעור אתגר מיוחד, כאשר עסקינן בערעור על הכרעת דין שעניינה בביצוע עבירת מין לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין):

מחד גיסא, במספר פסקי דין הונהגה גישה שלפיה יש להחיל את כלל ההימנעות מהתערבותה של ערכאת הערעור ביתר שאת בערעורים על עבירות מין. זאת, שכן הכרעה בעבירות כגון דא מחייבת לא פעם את הערכאה הדיונית להכריע בין שתי גרסאות סותרות, ולכן יש חשיבות רבה להתרשמותה הישירה מן העדויות (ראו, למשל: ע"פ 9882/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ד' מיינץ (16.4.2019) (להלן: ע"פ 9882/17); ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (11.2.2015); ע"פ 8630/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (19.2.2017)).

מאידך גיסא, נוכח שילוב הכלל הקבוע בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), לפיו בית המשפט רשאי לבסס הרשעה בביצוע עבירת מין על סמך עדות הנפגע ללא תוספת ראייתית פרט להנמקה מיוחדת, עם ה- "מובלעת הראייתית" הנוהגת ביחס לעדות נפגעי עבירות מין, אותה תיאר חברי בחוות דעתו – הובעה בפסיקה עמדה לפיה דווקא בעבירות מין, שומה על ערכאת הערעור לדקדק עם מסקנותיה של הערכאה הדיונית. עמד על הדברים השופט א' גרוניס בצינון כי:

"...ההקלה הראייתית בעבירות מין מותרת לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב יותר מזה הנתון לה בהליך פלילי בו מתברר חשד לביצוע עבירות שסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות אינו חל עליהן. מטעם זה תמוה בעיני מדוע יש לצמצם את היקף שיקול דעתה של ערכאת הערעור להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית דווקא כאשר מדובר בעבירות מין. במצב דברים זה לא רק שהערכאה הדיונית יכולה להסתפק בהנמקה לצורך הרשעה בעבירות מין; הרי מכוח הכלל המצמצם את יכולתה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים כאלה "זוכה" הערכאה הדיונית לחסינות רבה יותר מהתערבות בממצאיה, בהשוואה לסוגים אחרים של עבירות. לגישתי, הרחבת שיקול הדעת של הערכאה הדיונית בשלב הערכת הראיות אמורה להוביל לכך שערכאת הערעור תבחן דווקא בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית. חובה לזכור, כי כל הקלה ראייתית (כפי שנעשה ביחס לעבירות מין), מעצימה את החשש של הרשעות שווא. האומנם ראוי כי באופן א-פריורי תצמצם ערכאת הערעור את מתחם התערבותה דווקא באותם מצבים בהם מתגבר, בשל הקלות

ראייתיות שונות, הסיכון להרשעת שווא? (ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סה (2) 482, 539-540 (2012); ההדגשה הוספה – י' כ'; וראו גם: ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקאות 1-2 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (26.7.2012) (להלן: עניין ידען)).

10. כפי שהיטיב לתאר חברי, בשנים האחרונות הונהגה בפסיקה גישת ביניים בכל הנוגע ליישום כלל אי-ההתערבות בממצאי עובדה ביחס לעבירות מין. גישה זו הובעה לראשונה על ידי השופט צ' זילברטל בעניין ידען אשר ציין כי:

"כשלעצמי, אינני סבור שיש סתירה קוטבית בין האמירה, שלפיה כלל אי-ההתערבות חל ביתר שאת לגבי הערכת העדויות בעבירות מין, לבין הדרישה, שבמקרים אלה תבחן ערכאת הערעור בקפדנות יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית. בחינה קפדנית של המסקנות, אין פירושה, בהכרח, מידת התערבות רבה בממצאי מהימנות. אכן, מטבע הדברים שכאשר עסקינן באירוע שהתרחש בחדרי חדרים, אין מנוס מהתייחסות מיוחדת ומוגברת להתרשמות בלתי אמצעית של בית המשפט מהעדים, זאת בהעדר אפשרות להיעזר בנתונים ראייתיים משמעותיים נוספים. מבחינה זו, פשיטא, שכאשר ערכאת הערעור אינה יכולה להתרשם מהעדות בדרך האמורה, בפועל היא תתקשה להעריך ולבקר את ממצאי המהימנות אליהם הגיעה הערכאה המבררת. ואולם, אין בכך כדי לפטור את ערכאת הערעור מלבחון בדקדקנות ובקפדנות מיוחדות את מסקנות הערכאה המבררת, דווקא משום שניתן בידה של האחרונה "כוח" רב במיוחד, להרשיע אדם על יסוד עדות יחידה ללא תוספת ראייתית. בחינה קפדנית זו יכולה להיעשות גם כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת" (שם, בפסקה 22; ההדגשה הוספה – י' כ'; וראו גם: ע"פ 1778/20 אבו גודה נ' מדינת ישראל, פסקה 27 לפסק דינו של השופט ד' מינק (13.6.2021); ע"פ 3966/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דינו של השופט י' עמית (30.4.2020)).

ודוק, הן בבסיס גישתו של השופט גרוניס המתוארת לעיל, הן בבסיס גישת הביניים הנוהגת בפסיקה קיום, עומד אותו הרציונל – צמצום החשש מהרשעות שווא מקום בו מצוי בידי הערכאה הדיונית כוח רב להרשיע אדם על בסיס עדות יחידה ללא תוספת ראייתית. ואכן, הפסיקה שאוזכרה לעיל התייחסה לערעורים של מי שהורשעו בדין ולא לערעור מטעם המאשימה על פסק דין מזכה.

11. על רקע דברים אלו מציין חברי, בחוות דעתו, כי כאשר ניצב בפני בית המשפט ערעור על זיכוי מאישום בעבירת מין, ובית המשפט בוחר לעשות שימוש בחריגים לכלל אי-ההתערבות בממצאים עובדתיים, עשויה להישמע הטענה לפיה: "בית המשפט עושה שימוש בכלל ובחריגים לכלל תוך שהוא חוטא בחוסר סימטריה בין נאשמים בעבירות מין לבין נפגעות עבירות מין".

על טענה זו משיב חברי, כדלקמן:

"לא אכחד כי טענה זו, שעניינה בשיקולי מדיניות כללית של ערכאת ערעור, הטרידה אותי. אולם לסופו של יום, איני סבור כי על בית המשפט להתנצל מחובתו לבחון את המקרה שבפניו על פי חומר הראיות, כל מקרה לגופו, ואין להכפיף תוצאה אפשרית ל'מראית עין' של חוסר סימטריה".

אלא שלדעתי העיקרון שעומד על הפרק הוא אחר ולכן גם התשובה שניתנה על ידי חברי אינה מספקת.

12. להשקפתי, הרעיון שביסוד הדרישה להוכחה ברמה של "מעל לספק סביר", משמעו גם שהדרך שעל ערכאת ערעור לעבור על מנת שניתן יהיה להפוך הכרעת דין המזכה את הנאשם, על בסיס קביעות עובדתיות, להכרעה המרשיעה אותו, אינה שווה או אפילו דומה באורכה לדרך שעל ערכאת ערעור לעבור על מנת להפוך הכרעה מרשיעה להכרעה המזכה מחמת הספק. לשיטתי, הדרך הראשונה חייבת להיות ארוכה וקשה בהרבה מהשנייה (והכל, כאמור, כאשר עסקינן בהכרעות שבעובדה ולהבדיל מהכרעות המבוססות על הנמקה משפטית).

כך במיוחד לעניין עבירות מין וכאשר עסקינן בהכרעת דין הנסמכת, בין באופן בלעדי ובין כאחד מהבסיסים העיקריים להכרעה, על התרשמותו הישירה של בית המשפט מעדותה, בפניו, של נפגעת העבירה (או נפגע העבירה).

להשקפתי, כאשר ערכאת ערעור מתערבת בהכרעת דין מרשיעה שהתבססה על התרשמותו של בית המשפט מהעדויות שבפניו, התערבותה של ערכאת הערעור אין משמעה (ולמצער, אין משמעה בהכרח) דחייה של התרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית מהעדויות שנשמעו בפניה. התערבותה של ערכאת הערעור יכולה להיות (ומבלי להתיימר לערוך מחקר סטטיסטי בסוגיה, דומה שכך גם הדבר בדרך כלל), על סמך קביעה לפיה ראיה אובייקטיבית כזו או אחרת יש בה כדי ליצור ספק סביר למרות ומבלי לגרוע מהתרשמותה של הערכאה הדיונית. לעומת זאת, התערבותה של ערכאת ערעור בהכרעת

דין עובדתית מזכה, משמעה דחייה של התרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית מהעדות שנשמעה בפניה, עד לרמה לפיה אותה התרשמות ישירה הינה כה מוטעית וחסרת משקל עד שאין בה אפילו כדי ליצור ספק סביר.

ואותם הדברים, אחרת: דומה כי אין מחלוקת על כך שמשמעות הדרישה להוכחה "מעל לספק סביר", כתנאי להרשעה בפלילים, הינה שהמשקל שיש להרים כדי לעמוד בנטל ההוכחה הנ"ל הינו לאין ערוך כבד מהמשקל שיש להרים כדי ליצור ספק סביר. על כן, הכרתה של שיטת המשפט הישראלית בהתרשמותה הישירה החיובית של הערכאה הדיונית, מעדותה של נפגעת העבירה (או נפגע העבירה), כמספקת לחציית הרף של "מעל לספק סביר" לצורך הרשעה, מחייבת, לדעתי, על משקל של "קל וחומר בן בנו של קל וחומר", הכרה בהתרשמותה השלילית של הערכאה הדיונית, מעדותה של נפגעת העבירה (או נפגע העבירה), כמספקת כדי ליצור ספק סביר המחייב את זיכוי של הנאשם.

ובניסוח אחר: קביעה של ערכאת ערעור לפיה למרות ששלושה שופטים שמעו את נפגעת העבירה, האמינו לכל דבריה והרשיעו את הנאשם על יסוד התרשמותם זו, יש לזכות את הנאשם, בשל ספק סביר, אינה כקביעה של ערכאת ערעור לפיה למרות ששלושה שופטים שמעו את נפגעת העבירה (או נפגע העבירה), לא ראו אותה כמהימנה וזיכו את הנאשם, יש בכל זאת להרשיעו. הקביעה השנייה – היא הקביעה שאנו מתבקשים לקבוע בערעור דנן, הינה לדעתי מרחיקת לכת בהרבה.

האמור מקבל משנה תוקף כאשר, כפי שהדבר בנסיבות דנן, הזיכוי בערכאה הדיונית אינו בקביעה לפיה מדובר בזיכוי מחמת הספק שכחוט השערה בינו ובין ההרשעה, אלא בקביעות המגיעות כדי העדפה של גרסת הנאשם על פני גרסת נפגעת העבירה.

לכן, להשקפתי, השאלה אינה, האם בית המשפט מחויב, כביכול, "להתנצל מחובתו לבחון את המקרה שבפניו על פי חומר הראיות". השאלה היא מהי הבחינה הנדרשת של חומר הראיות על ידי ערכאת הערעור, ומתי יש בתוצאותיה כדי להצדיק התערבות של ערכאת ערעור בהכרעת דין עובדתית מזכה של הערכאה הדיונית, המבוססת על התרשמותה הישירה, השלילית, של הערכאה הדיונית, מעדותה של נפגעת העבירה (או נפגע העבירה).

13. אכן, הן באת כוח המערערת, בטיעוניה, והן חברי, מכירים בחריגותו של הערעור (וכפי שכבר ציינתי, חברי, בחוות דעתו, הכיר ב-"משוכה הגבוהה" הניצבת בפני המערערת). ברם, לדעתי, משמעות הדברים עליהם עמדתי לעיל הינה שהתערבות מהסוג

המבוקש במסגרת הערעור דנגן – הפיכת הכרעה עובדתית מזכה, המבוססת על התרשמותה של הערכאה הדיונית מעדותה של נפגעת העבירה (או נפגע העבירה) – תהיה, לדעתי, מוצדקת, רק במקרים נדירים ויוצאי דופן, בהם סבורה ערכאת הערעור כי נפלו בהכרעת הדין טעויות עובדתיות מהותיות שאין עניינן בהתרשמותה של הערכאה הדיונית מהעדויות שנשמעו בפניה ואשר אם לא היו נופלות, חזקה שעמדתה של הערכאה הדיונית עצמה הייתה אחרת.

כפי שהבהרתי לעיל, מהכרעת הדין נושא ערעור זה עולה כי בית המשפט קמא ביסס את הכרעתו המזכה, במידה משמעותית, על התרשמותו השלילית מעדותה של המתלוננת. בחוות דעתו מצביע חברי על נימוקים התואמים את הסייגים המוכרים בהלכה הפסוקה לעניין כלל אי-ההתערבות בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית. ברם, לדעתי, בנימוקים מסוג זה אין די כדי להפוך הכרעת דין מזכה, המבוססת על קביעות עובדתיות הנסמכות, במידה משמעותית, על התרשמותה השלילית של הערכאה הדיונית מעדותה של המתלוננת בפניה.

ובמילים אחרות: השקפתו של חברי לעניין הטעויות שנפלו בהכרעת הדין של בית המשפט קמא, אף אם הייתי שותף לה במלואה (וכפי שאציין בהמשך, הנני שותף לה רק באופן חלקי), אין בה די, לטעמי, כדי להתגבר על התרשמותו של בית המשפט קמא מהעדויות בפניו (וכאשר אותה התרשמות היוותה גורם משמעותי בהכרעתו המזכה), במידה הנדרשת כדי שערכאת ערעור תוכל לקבוע שאין ספק סביר באשמתו של המשיב.

משכך, דעתי היא שדין הערעור להידחות.

14. הגם שיכולתי, במידה רבה, להסתפק באמור לעיל, אתייחס להלן גם לגופם של דברים.

חברי, השופט עמית, מתייחס בנימוקיו למסקנות שהסיק בית המשפט קמא מהשיחות הטלפוניות שהתקיימו בין המתלוננת לבין המשיב ואשר הוקלטו על ידי המשיב, ומהודעותיה של המתלוננת במשטרה. נימוקים אלו אכן עניינם בהיבטים בהם אין לערכאה הדיונית יתרון מובנה על פני ערכאת הערעור.

אף אני עיינתי בהודעותיה של המתלוננת ובתמלילי השיחות שהוקלטו בינה לבין המשיב וכן האזנתי להקלטות אותן שיחות. לאחר שעשיתי כן, מצאתי עצמי מסכים לחלק ממסקנותיו של חברי וחולק על אחרות.

אתיחס להלן רק לאותן סוגיות אשר הינן, לדעתי, בעלות חשיבות (ובלא לגרוע מעמדתי העקרונית עליה עמדתי לעיל).

15. מקובלת עליי קביעתו של חברי לפיה לכל אורך השיחות ביניהם, לא ניתן לאתר הסכמה של המתלוננת לקיום יחסי מין עם המשיב.

מוכן אני אף לקבל את ניסוחו של חברי לפיו: "המתלוננת השתעשעה ברעיון ההצעה המינית שהניח בפניה המשיב..." (פסקה 23 לחוות דעתו). אלא שאין מדובר, לדעתי, רק ב-"השתעשעות ברעיון" במישור התלבטות פנימית של המתלוננת (כפי שמציין חברי בהמשך הציטוט), אלא ב-"השתעשעות ברעיון", כלפי המשיב ובשיחות עמו. כך, המתלוננת לא רק לא שללה, בשיחותיה עם המשיב, את "הרעיון", אלא שיתפה את המשיב במחשבתה ובמהלכיה לעניין את חברותיה בקבלת שירותי מין מהמשיב; ביקשה לדעת את עלות "השירות"; ביקשה לוודא שהמשיב בריא; השיבה לשאלותיו של המשיב שהינה "אתלטית" ולכן תוכל לקיים עמו יחסי מין, ואף הגתה עמו, יחד, דרך להסוות את מטרת בואו לדירתה לצורך מתן שירות המין. בכל אלו אין אמנם הסכמה לקיום יחסי מין עם המשיב, אולם הם חורגים, מהותית, מהתלבטות פנימית בלבד של המבקשת האם ליתן הסכמה שכזו אם לאו.

16. חברי, בניתוח השיחות שהביאו לבסוף להזמנתו של המשיב לדירתה של המבקשת, מבקש ליצור אבחנה חותכת בין שלוש השיחות הראשונות והשיחה הרביעית עד לנקודה מסוימת בה, לבין חלקה השני של השיחה הרביעית. חברי מסכים כי המסקנה המתבקשת עד לאותו חלק מסיים של השיחה הרביעית, הינה כמסקנת בית המשפט קמא לפיה: "היה ברור למתלוננת שהמשיב מגיע על מנת לקיים עמה יחסי מין" (פסקה 27 לחוות דעתו).

אלא שלדעתו של חברי בחלקה השני של השיחה הרביעית חלה "תפנית", והשיחה בין המתלוננת לבין המשיב התמקדה בביצוע שיפוץ מסוים בדירתה של המתלוננת.

חולק אני על דעתו של חברי בעניין זה: לשיחה הרביעית קדמו שלוש שיחות ופגישה בין הצדדים, שעניינן היה בהצעות בעלות אופי מיני מובהק ובוטה של המשיב למתלוננת. מדובר בשיחות שביניהן הפרשי זמן קצרים (כולן נעשו באותו שבוע) ולא ניתן, לדעתי, "להתחיל את ההיסטוריה" מהשיחה הרביעית ולהתעלם מקודמותיה. יתר על כן, ברור עוד יותר, לדעתי, שלא ניתן להפריד בין חלקה האחרון של השיחה הרביעית (שארכה, כולה, מספר דקות בלבד) ולהתעלם מתחילתה.

על כן, לדעתי, אין לראות גם בשיחה הרביעית, כשיחה עניינית רגילה בין "שיפוצניק" לבין מי שמבקשת ממנו הצעת מחיר. להשקפתי, מדובר היה בשיחה בין מי שקיבלה מהמשיב, הן בפגישה והן בשלוש שיחות טלפוניות שקיימו ביניהם קודם לשיחה הרביעית (הכול במהלך אותו שבוע), הצעות מיניות בוטות. מדובר במי שבאותה שיחה רביעית, לקראת אותה "תפנית", שומעת מהמשיב הצעה כיצד, בדרך אלגנטית כביכול, יוכל הוא להיכנס לחדר השינה שלה, בכך שיציג עצמו כמי שבא "כאלו" לסדר את הטלויזיה המצויה בחדרה (והמתלוננת השיבה לרעיון זה, כשהיא צוחקת, במילים: "יש לך ראש להכל"). לאחר כל אלו, בחלקה האחרון של השיחה הרביעית, מודיעה המתלוננת כי "אה יש לי משהו לעשות", ומתחילה שיחה על עניין הרחבת דלת בדירתה של המתלוננת.

ולא יהיה זה מיותר לציין כי אפילו בתוך אותו חלק מסיים של השיחה הרביעית, לאחר שמדובר מעט על אותו שיפוצן, שואל המשיב לשלומה של המתלוננת, ומבקש שתאשר לו שהיא התגעגעה אליו והמתלוננת צוחקת.

בית המשפט קמא קבע, על יסוד האמור, כי המשיב הוזמן לדירתה של המתלוננת, בתאום עם המתלוננת, על מנת שיקיים עם המתלוננת יחסי מין. כפי שכבר ציינתי לעיל, מעיון בתמלילי השיחות והאזנה להקלטות, מסכים אני עם חברי שמסקנה זו הינה מרחיקת לכת. בה בעת, תיאור הזימון כזימון של שיפוצניק ליתן הצעת מחיר ותו-לא אף הוא, לדעתי, הינו תיאור שאינו תואם את הראיות: מי שזומן לביתה של המתלוננת הוא אדם שהציע לה הצעות מיניות בוטות, שהמתלוננת "השתעשעה" בפניו באפשרות לקבל את ההצעות אולם טרם נתנה את הסכמתה לכך. לדעתי, לא ייתכן שהמתלוננת לא הבינה (כך אף לו הייתה עומדת השיחה הרביעית לבדה, קל וחומר לאור השיחות שקדמו לה), כי מבחינת המשיב מדובר בפגישה בה, למצער, ניתנת לו ההזדמנות לנסות להשלים בהצלחה את מאמציו לשכנע אותה להסכים לקבל ממנו שירותי מין.

17. האמור לעיל מקנה יתר חשיבות לסתירה ברורה שנפלה בגרסתה של המתלוננת: אין חולק שהמתלוננת הכניסה את המשיב לדירתה והשניים שוחחו ביניהם כשהם ישובים במטבח. גרסתו של המשיב היא שבמעמד זה שבו השניים לשוחח בענייני מין ובהמשך לכך הובילה אותו המתלוננת לחדרה.

המתלוננת, בעדותה בבית המשפט, לא הזכירה כלל את קיומה של שיחה כאמור (ראו עמ' 32 לפרוטוקול בשורות 10-28), ובהמשך עדותה הכחישה בנחרצות קיום שיחה, באותו מעמד, על דבר מעבר לעניין השיפוצן: "לא היה, שום דבר אף מילה לא

נאמרה אני אמרתי הוא יודע שאני לא מוכנה לזה אני לא...” (עמ’ 38 לפרוטוקול, בשורות 13-14).

אלא שבהודעתה הראשונה של המתלוננת במשטרה, הייתה גרסתה שונה בתכלית: ”הוא הגיע ב-17:00 בשביל העבודה אבל התחיל להגיד מילים של חיזור, שהוא אוהב נשים, אמרתי לו שאני לא מוכנה ולא בא לי הוא רצה לשכב הוא אמר לי בואי אני אפנק אותך אני אעשה לך טוב, אמר במפורש שהוא רוצה לשכב איתי ככה הבנתי מהמילים שלו כי אמרתי לו שאני לא בקטע הזה שאני לא רוצה ולא מוכנה. זה היה במטבח ישבנו שם שתינו מים ואז הוא אמר לי בואי לטלוויזיה ואני אמרתי לא...”.

לא יהיה זה מיותר לציין כי גם לפי הנטען בכתב האישום, לפני מעשה האונס – “פנה הנאשם שוב אל המתלוננת בניסיון לשכנע אותה לקיים איתו יחסי מין אך היא סירבה” (פסקה 7 לכתב האישום).

ויודגש: אין מדובר בסוגיה שולית הרלוונטית רק או בעיקר לעניין המהימנות. כך, אם מניחים כי בצד ה-”השתעשעות” ברעיון להיענות בחיוב להצעותיו המיניות של המשיב, לא נתנה המתלוננת, במסגרת השיחות הטלפוניות בינה לבין המשיב, את הסכמתה לקיים יחסי מין עמו (וזו החלופה הנוחה יותר לעניינה של המערערת ונוחה פחות לענייניו של המשיב), הרי לדברים שנאמרו ממש לפני קיום יחסי המין ביניהם (לפי כתב האישום – תוך אינוסה של המתלוננת), שמורה חשיבות רבה ביותר. סתירה מהותית בעדותה של המתלוננת בעניין זה הינה על כן בעלת חשיבות רבה לגופו של עניין – לעניין הסכמתה של המתלוננת לקיים יחסי מין עם המשיב.

18. לאור העמדה העקרונית אותה הבעתי לעיל, אין בדעתי להתעכב על כלל קביעותיו של בית המשפט קמא בדבר אי-מהימנותה של גרסת המתלוננת, וההתייחסות לחלק מהן בחוות דעתו של חברי.

אסתפק באזכור סוגיות אחדות בלבד, רק כדי שלא ייווצר הרושם שלקביעותיו של בית המשפט, לעניין אמינות גרסתה של המתלוננת, קמא לא היה כלל על מה לסמוך.

הראשונה – בדומה לגישתו של בית המשפט קמא, ובניגוד לדעתו של חברי, סבורני כי המתלוננת אכן ניסתה להעלים את דבר קיומן של שיחות הטלפון בעלות התוכן המיני שקיימה עם המשיב (להבדיל מהפגישה הראשונה ביניהם, שקדמה לאותן שיחות), ושינתה את טעמה רק משהתברר לה כי המשיב הקליט את אותן שיחות.

כך העידה המתלוננת, בעדותה הראשונה במשטרה:

”ש. איך הגיע אליך אברהם?
 ת. בשבת לא האחרונה אלא זו שלפניה אני יצאתי בשעת צהריים להטעין את הקולנועית שיהיה לי למחרת, חיברתי אותה ואני רואה אותו עומד באמצע הכביש אמר לי 'שלום אני רוצה קפה' אמתי לו שיש לי עובד זר ושאני אגיד לו להכין כוס קפה והוא אמר שלא, הוא אוהב נשים כמוני. אמרתי לו יש צעירות והוא אמר 'אני אוהב מבוגרות'. אז שאלתי אותו למה באת לצפת? הוא אמר יש 'אוויר טוב' ואמר שהוא שיפוצניק אמרתי לו אתה יודע מה קח את הטלפון שלי ותתקשר אלי שיש לי שיפוץ כי הוא אמר שהוא יודע הכל. אחרי זה אני נכנסתי הביתה ולמחרת אני חושבת הוא צלצל שלוש פעמים ואני לא עניתי כי ראיתי שזה הוא. לשאלתך אני לא זוכרת איך היה לי את המספר שלו, בסוף עניתי ואמרתי לו שיבוא לראות לעשות הצעת מחיר לשאלתך אני לא זוכרת אם אמרתי לו שיבוא או שהוא הציע אבל זה מה שדיברנו.
 ש. אם דיברתם שבוע שעבר למה הוא הגיע רק אתמול?
 ת. כי לא עניתי לו, אני עניתי במשך השבוע לא זוכרת, בשבת אני התקשרתי אליו הוא לא ענה לי בכלל ובראשון אמר לי שיבוא למחרת ב-17:00.”

דברים דומים ניתן למצוא גם בדו"ח הפעולה שכלל את גרסתה של המתלוננת עוד קודם לעדותה הראשונה במשטרה.

סבורני כי המצוטט לעיל מבסס את קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה במשטרה ניסתה המתלוננת להסתיר את עצם קיומן של שיחות הטלפון בעלות התוכן המיני בינה לבין המשיב.

השנייה – המתלוננת העידה כי כלל לא שקלה את הצעותיו המיניות של המשיב (ראו לדוגמה עמ' 49 לפרוטוקול, בשורה 20). גרסה זו אינה מתיישבת בשום אופן עם תוכן השיחות בינה לבין המשיב. למעשה, דומה שגם חברי אינו חולק על כך, ואף המאשימה טוענת כי המתלוננת "שקלה את הדברים שהמשיב הציע" (פסקה 16 לעיקרי הטיעון של המערערת).

השלישית – בשיחות המוקלטות בינה לבין המשיב, נשמעת המתלוננת מספרת למשיב כי עניינה את חברותיה במועדון בהצעותיו של המשיב ליתן שירותי מין. בהודעתה במשטרה גרסתה היתה שעשתה כן "כדי שהוא ירד ממני ולא יציק לי יותר" (נ/2, עמ' 1, בשורה 15). אלא שבהודעה מאוחרת יותר במשטרה התבקשה המתלוננת להסביר מדוע ביקשה לוודא את בריאותו הטובה של המשיב ואם יש לו אישור רפואי מתאים,

ותשובתה הייתה שעשתה כן משום שהמשיב גילה עניין בלהציע את שירותיו לחברות שלה, וזהו גם ההסבר שנתנה המתלוננת בעניין זה בעדותה בבית המשפט (עמ' 52 לפרוטוקול בשורה 27; עמוד 56 לפרוטוקול בשורות 4-6)

בבית המשפט הייתה גרסתה של המתלוננת ברורה (ושונה קוטבית מגרסתה במשטרה): המתלוננת העידה כי אכן חשבה לדבר עם חברותיה, שמא תרצינה לרכוש את שירותי המין שהציע המשיב, אולם בפועל לא עשתה זאת (עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 5-9 ו-15-22).

הרביעית – בשיחות הטלפון המוקלטות נשמעת המתלוננת משיבה להצעותיו המיניות של המשיב כי היא "צריכה להתארגן". במשטרה, גרסתה של המתלוננת הייתה ש-"התכוונתי לעבודה ולא למשהו מיני" (נ/2, עמ' 1, שורה 18). די להקשיב לשיחות המוקלטות כדי לשלול גרסה זו. המתלוננת עצמה חזרה בה ממנה בעדותה בבית המשפט, שם העידה כי אכן מדובר באמירה שנאמרה על ידה בהקשר ההצעות המיניות של המשיב וכי הכוונה היא "להתארגן בראש" האם היא אכן רוצה לקיים יחסי מין עם המשיב (עמ' 48 לפרוטוקול, שורות 24-26, ובהמשך משורה 29 עד עמ' 49 בשורה 1; עמ' 52 לפרוטוקול, שורות 18-19).

19. ואחר הדברים האלו ברצוני להבהיר: איני מבקש לאמץ את קביעתו של בית המשפט קמא לפיה "...במרבית המחלוקות שבין הצדדים מעדיף אני את גרסתו של הנאשם על פני זו של המתלוננת". יש בטיעוניו של חברי, גם לדעתי, כדי ליצור ספק באמירה זו. אף איני רואה עצמי מחויב להשתכנע כי לאור החומר שבפניי (ובהתעלם מהנחיתות של ערכאת הערעור הנובעת מכך שלא היא שהתרשמה ישירות מעדותה של המתלוננת, והכללים המוכרים הנגזרים מכך), לא ניתן היה להגיע, בשום אופן, לתוצאה שונה מהתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא. לעומת זאת הנני משוכנע כי משהכריע בית המשפט קמא כפי שהכריע, על דעת כל שלושת השופטים שישבו לדין, אין בנימוקים שהביא חברי בחוות דעתו כדי להצדיק את הפיכתה של הכרעת הדין במסגרת הערעור. בהקשר זה, ראיתי לנכון להביא מדבריו של השופט נ' סולברג בע"פ 6304/11 מדינת ישראל נ' פלוני (20.9.2012):

"אילו דנתי בתיק בערכאה ראשונה, יתכן והייתי מרשיע את המשיב; אילו אמת-המידה להרשעה בפלילים היתה זו של 'מאזן ההסתברויות' הנוהג במשפט האזרחי, הייתי מרשיעו; אחרי פכלות הכל, גרסתה של הקטינה ר' מסתברת בעיניי יותר מאשר גרסתו של המשיב; ברם, בחינת החומר הראיתי בכללותו מובילה למסקנה כי אין

טעות משפטית המאפשרת התערבות ערכאת הערעור בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי – אשר התרשם מן המכלול באופן ישיר – לפיה אשמתו של המשיב לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר; וזוהי אמת-המידה המחייבת במשפט הפלילי (שס, בפסקה 39).

דברים אלו, בשינויים המחויבים, משקפים אל נכונה את עמדתי באשר למקרה

דנן.

20. ולפני סיום: סבור אני שהאמור בחוות דעתי לעיל אינו מגלם "שיקולי מדיניות" אלא את יישומם של עקרונות יסוד של המשפט הפלילי, כפי שאני מבין אותם, על נסיבות העניין דנן.

ברם, וככל שהדברים צריכים תימוכין בשיקולי מדיניות משפטית (ולדעתי הם אינם נזקקים לכך), אבקש להוסיף את הדברים הבאים: כבר נפסק, ובצדק, כי עבירות המין הן מהעבירות החמורות והבזויות בדין הפלילי. עבירת האונס היא החמורה והבזויה שבהן. עיון בכתבי אישום בגין עבירות אלו ושמיעת העדויות הנשמעות בבית המשפט בהקשרן, מעוררים, באופן טבעי, אצל כל אדם, כעס ודחייה. גם שופט הוא אדם. כמו כן, זיכוי נאשם מעבירת מין כרוך בחשש לפגיעה בקורבן העבירה והוספת מכאוב על מכאוביה (וההסבר המשפטי בדבר ההבדל בין אי מתן אמון בעדות לבין זיכוי מחמת הספק, הינו כמוכח נכון, אבל בדרך כלל אין בו כדי למנוע את הפגיעה האמורה). הכרעת דין המזכה נאשם בעבירת מין גם לא תהיה, בדרך כלל, הכרעת דין פופולרית.

על הערכאה הדיונית, בעת בואה להכריע את הדין, להתגבר על כל אלו ולשמור מכל משמר על כללי היסוד של המשפט הפלילי בדבר הרשעה רק כאשר לא קיים ספק סביר באשמתו של הנאשם ועל ההעדפה הברורה של זיכוי נאשם שיכול וביצע את המעשה המיוחס לו על פני הרשעתו, חלילה, של חף מפשע. חזקה על הערכאות הדיוניות שכך אכן הן מכריעות את הדין.

נסיבות העניין דנן, בהקשרים מסוימים, ממחישות את האתגר שבפני הערכאה הדיונית, עליו עמדתי לעיל, ביתר שאת – הן לנוכח היותה של המתלוננת בת יותר מ-80 שנה, הן לנוכח היותו של המשיב עבריין מין מורשע (עובדה שבית המשפט קמא נחשף לה, שלא כרגיל, בשל האישום בגין הפרת צו פיקוח).

לדעתי, האמור לעיל מגבש טעם שבמדיניות משפטית ראויה שלא להפוך הכרעת דין מזכה, מסוג הכרעת הדין נשוא הערעור דנן (הכרעה מזכה, בעבירת מין חמורה, על

בסיס קביעות עובדתיות הנסמכות, במידה משמעותית, על התרשמותה השלילית של הערכאה הדיונית מעדותה של המתלוננת בפניה), אלא בנסיבות נדירות ויוצאות דופן, שנסיבות העניין דנן אינן נמנות עליהן. זאת, גם בשל המסר המצנן שהפיכת הכרעת דין מזכה, בנסיבות כאמור, עלולה להעביר לערכאות הדיוניות.

21. כאמור, לו דעתי תשמע, דין הערעור דנן להידחות.


 יחיאל כשר
 שופט

השופטת דפנה ברק-ארז :

1. האם באירוע העומד ביסודו של הערעור התקיימו יחסי מין בהסכמה או שמא מדובר באונס? זו השאלה שבה התבקשנו להכריע. לאחר קריאת פסק דינו המקיף והמדויק אני מסכימה עם חברי מ"מ הנשיא י' עמית, כי יש לקבל את הערעור, ולקבוע, בהתאם לגרסתה של המתלוננת כי מדובר באונס, ועל כן לא הייתה הצדקה לזיכוי של המשיב. אף אני משוכנעת שביסוד הדברים עומד אונס, ואף אונס ברוטאלי.

2. כפי שציין חברי מ"מ הנשיא עמית, קבלת ערעור של המדינה במקרה שהסתיים בזיכוי פה אחד בבית המשפט המחוזי אינה אירוע של יום ביומו. זוהי מסקנה שאליה יגיע בית המשפט של ערכאת הערעור במקרים נדירים יחסית, בזהירות רבה ותוך הקפדה עצמית. אולם, במקרים המתאימים, אף אם הם חריגים, זוהי חובתה של ערכאת הערעור לעשות כן. אני מסכימה בעיקרו של דבר עם כל טעמיו של חברי, ואבקש להוסיף בעניין זה רק מספר דגשים.

3. אכן, להתרשמותה של הערכאה הדיונית מן העדים יש משמעות רבה. אולם, בענייננו משקלה נגרע במידה רבה בשים לב לכך שמסקנותיה של הערכאה הדיונית התבססו על "כללי היגיון" כביכול, אשר מעוררים קושי לא מבוטל, ואין בידי לקבל. בין השאר, בית המשפט המחוזי התבסס במידה רבה על הנחות ביחס למה ש"הגיוני" או "לא הגיוני" לצפות מהתנהגותה של נפגעת עבירות מין. כך למשל, הוא ציין: "האם אין זה

הגיוני שתפנה מיד לעובד הזר, הנמצא בחדר הסמוך" (ראו בפסקה 51 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). הוא אף תהה על כך שהמתלוננת "התקשתה עד מאוד ליתן הסבר של ממש מדוע לא צעקה, מדוע לא קראה לעזרה" (שם, בפסקה 60). עוד הביע בית המשפט המחוזי תמיהה ביחס לכך שהמתלוננת נפרדה מהמשיב לשלום, באומרו: "כלום נפגעת מעבירת מין נפרדת כך מנאשם, ממי שזה עתה פגע בה באכזריות ובאלימות! כלום נפגעת עבירה אומרת לתוקף 'הכל בסדר, תודה רבה', כלום נפגעת אומרת לתוקף האכזר 'להתראות'... איך יתכן שנפגעת מאונס אכזרי, מצפה לקבל מאותו אנס אלים, הצעת מחיר, יום לאחר מכן?" (שם, בפסקה 63). להנחות אלה אין, עם כל הכבוד, על מה לסמוך. במידה רבה הן אף עומדות בניגוד לניסיון רב השנים בפסיקתו של בית משפט זה באשר לכך שאין מקום לאמוד את ה"רציונליות" בהתנהגותם של נפגעי עבירות מין. הן אף מתעלמות מהאפשרות שתגובות מסוג זה עשויות לנבוע מחשש ואף מהלם (ראו והשוו: ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769 (2000)).

4. המשיב טען כי המתלוננת הסכימה לקיים עמו יחסי מין. אולם, בכל הכבוד, וחברי מ"מ הנשיא עמית הצביע על כך, לא נמצאה כל ראיה לקיומה של הסכמה כזו. חברי השופט י' כשר ממקד חלק נכבד מחוות דעתו לסקירת השיחות הטלפוניות שהתקיימו בין המשיב למתלוננת, ולשאלה האם בשיחה הרביעית ביניהם התקיימה תפנית כלשהי בטיב השיחה. ביחס לכך די לי בקביעה, המובנת מאליה, כי קיומן של שיחות טלפון בעלות אופי מיני אינו מגבש כשלעצמו הסכמה לקיום יחסי מין, ולא כל שכן הסכמה שאין חזור ממנה (ראו והשוו: ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב(1) 710 (2007)). לא למותר להזכיר כי גם אם התקיימו שיחות כאמור בין המשיב למתלוננת עובר למועד האירוע, אין בכך כדי להביא לזיכוי. סיבת הגעתו של המשיב לביתה של המתלוננת היא דבר אחד, ומה שהתרחש לאחר מכן בבית עצמו הוא אירוע אחר נפרד, אשר הצדדים חלוקים לגביו. כפי שהיטיב להציג חברי מ"מ הנשיא עמית, גרסת המתלוננת הייתה קוהרנטית, בוודאי בגרעין הדברים. לעומת זאת, גרסתו של המשיב הייתה מלאת סתירות, אף ביחס לליבת האירוע.

5. קושי ממשי נוסף שנפל בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הוא התייחסותו החסרה לשקרים הבוטים שעלו מהגרסאות השונות שהציג המשיב. באופן ציורי, ניתן לומר כי אי-ההתאמות בגרסה שמסרה המתלוננת זכו להתבוננות באמצעות זכוכית מגדלת, שלא לומר להיסרק במסרקות הברזל, ואילו שקריו הגלויים של המשיב נדחקו לקרן זוית. אכן, אין די בשקריו הברורים של המשיב לצורך הרשעתו, אך דומה שבית המשפט המחוזי לא ייחס להם משקל מספק, בהתחשב בראיות האחרות הקיימות בתיק.

6. בניגוד לניסיון להציג את המקרה שבפנינו ככזה שמאופיין בהתנגשות של "מילה נגד מילה", לאמיתו של דבר מדובר בנסיבות שבהן יש ראיות ממשיות בעולם המעשה לקיומה של תקיפה מינית – הפגיעות הפיזיות הקשות שנגרמו למתלוננת ואשר בגינן היא נזקקה אף לניתוח. הנחתו של בית המשפט המחוזי כי אין ללמוד מפגיעות אלה דבר, מאחר שהן יכלו להיות אף תולדה של מצבה הגופני של המתלוננת, נראית הנחה מוקשית אף היא. כאשר מדובר בפגיעות כה קשות הרי שאפילו יחסי המין החלו בהסכמה (ואין עדות לכך במקרה דנן) הנחתו של בית המשפט המחוזי כי הם אף הסתיימו בהסכמה מלאה מעוררת קושי של ממש.

7. מנקודת מבטי, חוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא עמית נותנת מענה מספק לתהיות שמעלה חברי השופט כשר. חוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא עמית אינה מתעלמת מן המורכבות שמעוררת קבלת הערעור, אולם בנסיבות העניין אין מוצא ממסקנה זו. זהו אחד המקרים שנופלים בגדרם של החריגים לכלל אי-ההתערבות בממצאיה של הערכאה הדיונית. עוד אוסיף כי לשיטתי הקשיים שעליהם מצביע חברי השופט כשר בעדותה של המתלוננת נוגעים להיבטים הפריפריאליים של האירוע, ולא לליבתו.

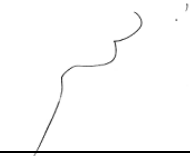
8. אני סבורה אפוא שהוכח במקרה זה אונס אלים של אשה מבוגרת. השיחות בעלות האופי החברתי או האינטימי שקדמו לאותו אירוע אינן צריכות להשליך על הכרה בקיומה של התקיפה האלימה שהתרחשה לאחר מכן. אדרבה, הרושם המתקבל הוא שהמשיב "סימן" לעצמו את מי שהעריך שתשמש לו "קרבן נוח". אפילו אם אניח לטובתו של המשיב כי הייתה לו תקווה ליצירת קשר מיני תקין עם המתלוננת, המסקנה הברורה היא שמבחינתו התשובה – "לא" או "כן" – הייתה חסרת משמעות ברגע האמת.



דפנה ברק-ארז
שופטת

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של ממלא מקום הנשיא י' עמית, אליו הצטרפה השופטת ד' ברק-ארז, כנגד דעתו החולקת של השופט י' כשר.

ניתן היום, ט' בחשון התשפ"ה (10.11.2024).



יחיאל כשר
שופט



דפנה ברק-ארז
שופטת



יצחק עמית
ממלא מקום הנשיא