



בבית המשפט העליון

ע"פ 7218/22

לפני: כבוד השופט יוסף אלרון
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט אלכס שטיין

המערער: טל אלמלח

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל
2. פלונית
3. פלונית

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע ב-
תפ"ח 23898-03-19 – הכרעת דין מיום 21.3.2022 (השופטים
נ' זלוצ'ובר, ש' פרידלנר ו-ד' כהן); וגזר דין מיום 20.9.2022
(השופטים נ' זלוצ'ובר, ד' כהן ו-ט' לחיאני שהם)

תאריך ישיבה: כ"ג בכסלו התשפ"ה (24.12.2024)

בשם המערער: עו"ד אורי בן-נתן; עו"ד שיר שם טוב

בשם המשיבה 1: עו"ד מירי קולומבוס; עו"ד טלי פלדמן

פסק-דין

השופט יוסף אלרון:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע ב-תפ"ח 23898-03-19
– הכרעת דין מיום 21.3.2022 (השופטים נ' זלוצ'ובר, ש' פרידלנר ו-ד' כהן); וגזר דין
מיום 20.9.2022 (השופטים נ' זלוצ'ובר, ד' כהן ו-ט' לחיאני שהם).

המערער הורשע בשתי עבירות אינוס ונגזר עליו עונש של 10 שנות מאסר בפועל,
עונש מאסר על תנאי ותשלום פיצויים למתלוננות.

אני סבור שיש להורות על זיכוי המערער מחמת הספק.

1. אל מול טענות המערער ניצבת משוכה משמעותית בדמות הלכות מושרשות במשפט הפלילי בדבר אי-התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. במקרים רבים, הלכות מושרשות אלו הן שמנחות את הדרך ומובילות לדחיית הערעור.

מעמדן של הלכות אלו איתן ויציב; אולם, אל לה לערכאת הערעור לילך לאורן כמעין כלל שאין לסטות ממנו. בכל מקרה ומקרה, מוטלת על ערכאת הערעור החובה לבחון בזהירות ובקפידה אם הערכאה הדיונית אכן הגיעה לממצאים מוצקים ומבוססים; או שמא ישנן נסיבות המחייבות את ערכאת הערעור להגיע לתוצאה שונה בתכלית.

אין להסתפק בבחינת הראיות מ"מבט הציפור" כפי שנאמר לא אחת. ממרום מעוף הציפור עלינו לנחות על הקרקע ולנבור בראיות כפי שהן מונחות לפנינו. בחינה קפדנית של הראיות, בזו אחר זו, היא שתלמד האם אכן בפנינו עדות "מהימנה", "קוהרנטית", או שמא עדות הלוקה בחסר שאינה מתיישבת בחלקה עם ראיות אחרות ועל כן לא ניתן לבסס עליה הרשעה ברף הנדרש במשפט הפלילי.

בערעור שלפנינו, בעוד שקביעות בית המשפט המחוזי בדבר מהימנות המתלוננות מונחות במלוא נחרצותן לנגד עיניי, אני סבור כי קביעות אלו מוקשות; לא הוצגו ראיות מספקות; ואין במארג הראייתי כדי לקבוע כי המערער ביצע את שיוחס לו בכתב האישום מעבר לספק סביר.

בית המשפט המחוזי לא נתן דעתו למכלול הראיות שבתיק, מסקנותיו אינן מעוגנות כנדרש במסד הראייתי כנדרש במשפט הפלילי והן מחייבות את התערבותנו כערכאת הערעור. היכן שהערכאה הדיונית החסירה – עלינו להשלים; היכן שלא דנה – עלינו לדון. משבחנתי את מלוא היקף חומר הראיות בתיק זה, עמדתי היא כי זיכוי המערער לא רק מתבקש מחמת הספק, אלא מתחייב מחמת הספק.

2. לצד נתיב הזיכוי הראייתי, במקרה שלפנינו ניתן להגיע לתוצאה של ביטול האישום נגד המערער גם מטעמי דוקטרינת ההגנה מן הצדק. במשפטו של המערער נפל פגם חמור עד-מאוד – העובדה שבוצעה בדיקה רלוונטית לאיתור שרידי סם אונס נחשפה כשנתיים לאחר ביצועה ו"כפסע" ממתן הכרעת הדין (כלשון בית המשפט המחוזי). מחדל

זה נתן את אותותיו על ההליך מתחילתו ועד סופו ופגע באופן חמור ומשמעותי ביותר בזכות המערער להליך הוגן.

3. אקדמת מילים: ענייננו במחלוקת באשר לאירועים שהתרחשו בחדר מלון באילת ביום 22.2.2019 לפנות בוקר. המערער, תושב אילת, היה באותה העת חייל בשירות סדיר כבן 19. לאחר שהתגייס לשירות כלוחם בחטיבת גולני, נפצע והוסב לתפקיד של מש"ק ניווט. במהלך חופשותיו עבד למחייתו כיחצ"ן במועדון באילת. המערער שולל בתוקף את המיוחס לו ואינו לוקח אחריות על ביצוע העבירות. לטענתו, קיים יחסי מין עם המתלוננות בהסכמתן המלאה או, לכל הפחות, בהאמינו כי כך היה.

4. ביום האירוע, המתלוננות בילו עם חבר משותף וחבריו במועדון שבו עבד המערער, הצעיר מהן בכמה שנים. המערער פגש את המתלוננות עם הגעתן למועדון. בחלוף זמן מה מכניסתן למועדון, המתלוננות החלו לחוש ברע. לגרסתן, שאומצה בהכרעת הדין, הן אינן זוכרות חלק משמעותי מהבילוי במועדון ואת שהתרחש בהמשך הלילה ולפנות בוקר.

המערער ואחד מבני החבורה – ע' צ', תמכו במתלוננות וליוו אותן לחדרן במלון. שם, המערער סייע לאחת המתלוננות להתקלח, להסתרק ולהתלבש. לאחר שבן החבורה הנוסף עזב את החדר, נטען כי המערער ניצל את מצבן מעורפל ההכרה של המתלוננות ואנס את שתיהן, אחת אחרי השנייה. כאמור, לגרסת המערער, כפי שנטענה בבית המשפט, הוא קיים עמן יחסי מין בהסכמה או לחלופין בעוד שהוא מאמין שכך היה.

אין חולק, כי המערער נותר לישון במיטת המתלוננות עמן עד שקם ועזב את החדר. בסמוך לאחר עזיבתו, שלח הודעה למתלוננת 1 וביקש שתתקשר לכשתעורר. המתלוננות התעוררו בשעות הבוקר המאוחרות כאשר לגרסתן זכרון עדיין מעורפל. לאחר שבמהלך היום המתלוננות השלימו את פרטי אירועי הלילה שנשתכחו מהן, בין היתר באמצעות שיחות ביניהן ועם יתר בני החבורה, הן סיפרו לאמה של המתלוננת 2 כי נאנסו, ודיווח על כך נמסר למשטרה בסמוך לאחר מכן.

5. בית המשפט המחוזי סקר בהכרעת הדין את הראיות המרכזיות וקבע מסקנות נחרצות ביחס אליהן. אולם, בעוד שהפנה והתמקד בראיות לחובת המערער, הרי שניתוח

כלל הראיות נמצא לוקה בחסר; סתירות ותמיהות בגרסת המתלוננות לא נשקלו כנדרש; וכך גם מחדלי חקירה קיצוניים והשלכותיהם.

בית המשפט המחוזי מצא בעובדה שגרסאות המתלוננות תומכות אחת בשנייה כביסוס למהימנותן. בפועל, כפי שארחיב, גרסאות אלו זוהמו. הן השתלבו והתערבבו בהיבטים רבים זו בזו, אף לדברי המתלוננות עצמן, עד שגם הן התקשו להבחין ביניהן. יתירה מזאת, גרסאות אלו גובשו בעקבות שיח בין המתלוננות ועם יתר בני החבורה. במסגרתו, נמסר למתלוננות מידע לא מדויק המנסה להציג את המעשים של חבריהם באור חיובי מצד אחד, ואת המערער באופן מחשיד עוד יותר, מצד שני.

6. קושי נוסף מצוי באופן שבו בית המשפט המחוזי ביסס את מודעות המערער למצבן של המתלוננות בזמן אמת. המערער היה ער לכך שהמתלוננות לא חשו בטוב החל משלב מסוים. עם זאת, בבוקר שלאחר מכן, לא נהג כמי שחש אשם כלשהו. לא רק שלא ניסה להסתיר כי קיים יחסי מין עם שתי המתלוננות – הוא התרברב במעשיו בפני מאבטח המלון ובפני חברו, ואף צילם את עצמו עם המתלוננות במיטתן. בנוסף, שלח כאמור הודעה למתלוננת 1 בסמוך לאחר שעזב את חדר המלון וביקש כי תיצור עמו קשר לכשתעורר.

התנהגות זו השתנתה מן הקצה אל הקצה, לאחר שהמתלוננת 1 שלחה למערער הודעה ובה שאלה אותו אם הם "שכבו" בלילה, מה שמלמד כי ייתכן שאינה זוכרת את אירועי הלילה. בשלב זה, המערער ניסה להרחיק עצמו מהאירוע והכחיש את קיום יחסי המין עד לתחילת משפטו. בהינתן זאת, כפי שארחיב, בית המשפט המחוזי נתן משקל רב מאוד לשקרי המערער – רב מדי לטעמי. את החלל הראיתי שנותר בית המשפט המחוזי השלים באמצעות שקרי המערער, מבלי לנתח כראוי את השלכותיהם הראייתיות והמשקל שיש להעניק להם בראי המערך הכולל של הראיות שהוצגו לפניו.

7. לכל זאת יש להוסיף את השתלשלות הדברים החריגה בהליך זה בעניין משמעותי נוסף – הגילוי המאוחר לסניגורים שבוצעה בדיקה רלוונטית לאיתור סם אונס אשר הניבה ממצאים שליליים.

לכך נדרשתי בהליך קודם, כמפורט להלן.

8. עניין שהיה כך היה: בהינתן גרסת המתלוננות שלפיה הן אינן זוכרות חלק ניכר מליל האירוע, האפשרות כי הוחדר למשקאות ששתו במועדון סם אונס הועלתה על ידן החל מראשית החקירה ובאה לידי ביטוי כבר מהדיווח הראשון למשטרה. כמעט עד לתום המשפט, ההנחה הייתה שלא ניתן לשלול את האפשרות כי נעשה שימוש בסם אונס. זאת, נוכח עיתוי הגשת התלונה, כ-24 שעות לאחר האירוע, שמשמעותו כי הבדיקה שבוצעה לאיתור סם אונס כבר אינה רלוונטית ועל כן לא נמצאו אינדיקציות לשימוש בו.

אלא שבתום שמיעת הראיות וזמן-מה לאחר הגשת הסיכומים ובטרם מתן הכרעת הדין, התברר כי ביום 8.4.2019, כחודש וחצי לאחר האירוע, נעשתה בדיקה נוספת ושונה לאיתור סם אונס באמצעות גזירת "צורות" שיער אצל כל אחת מהמתלוננות. הדגימות נשלחו למעבדה באיטליה (מזכר בדיקת שיער, ת/55).

התשובה לבדיקה התקבלה כבר בחודש אוקטובר 2019 וממנה עולה כי לא אותר ממצא המצביע על שימוש בסם אונס. רק כשנתיים לאחר מכן התגלה כי בוצעה הבדיקה ומה היו תוצאותיה. בעקבות גילוי זה, פנו הסניגורים לבית המשפט וביקשו לקבל לידיהם חומר חקירה נוסף. בית המשפט המחוזי דחה בקשה זו (בדעת רוב) וקבע כי הכרעת הדין תינתן ימים ספורים לאחר מכן.

9. בהחלטתי מיום 11.11.2021 התקבל באופן חלקי ערר שהוגש על החלטת בית המשפט המחוזי (בש"פ 7364/21 פלוני נ' מדינת ישראל (11.11.2021) (להלן: הבש"פ)). הדגשתי כי זכותו של נאשם לעיון והעתקה של "חומרי החקירה" נגזרת מזכות היסוד שלו למשפט הוגן וזכותו לנהל את הגנתו כאשר עומד לרשותו מלוא חומר החקירה הקיים בעניינו (שס, בפס' 18). עוד קבעתי:

"אציין, בזהירות המתבקשת, כי לאחר שעיינתי עיין היטב בטענות הצדדים על נספחיהן, התרשמתי שיש ממש בטענות באי-כוח העורר כי סוגיית הימצאותו או העדרו של סם אונס 'ריחפה' מעל המשפט אשר התנהל עד כה. הנושא עלה פעמים רבות במהלך שמיעת הראיות במשפט, ואף התרשמותן הסובייקטיבית של המתלוננות הייתה שסם אונס הוא שגרם למצבן בעת האירוע – הגם שלא טענו כי לעורר יד בכך. לצד עמדה זו של המתלוננות, הן הביעו ספק בכך שכמות האלכוהול ששתו בליל האירוע היא שהובילה למצבן הנטען.

[...] גרסת ההגנה היא כאמור, בין היתר, כי מצבן של המתלוננות בעת האירועים מושא כתב האישום היה טוב מכפי שהן טוענות, ולכן יש לדחות את גרסתן העובדתית ולאמץ את גרסתו הנוכחית של העורר. בנסיבות דנן, אני מתקשה לקבל עמדה לפיה הממצאים שנחשפו כעת חסרי כל חשיבות (שם, בפס' 21).

באשר להמשך ניהול ההליך, נקבע בהחלטתי: "חזקה על בית המשפט המחוזי שיפעל כנדרש ובהתאם לשיקול דעתו באשר להמשך ניהול ההליך תוך בחינת האפשרות או הצורך בהגשת השלמת טיעון בכתב [...]; מתן אפשרות להגשת חוות דעת מומחה; ושמיעת עדויות המתלוננות פעם נוספת, באופן מתוחם ומצומצם המוגבל אך לממצאים החדשים אשר נחשפו כעת" (שם, בפס' 26).

בעקבות החלטה זו נדחה מועד מתן הכרעת הדין, התקבל חומר חקירה רלוונטי נוסף, הוגשה חוות דעת מטעם ההגנה והמתלוננות נדרשו להעיד פעם נוספת.

10. בין לבין, ביום 5.12.2021, הוגשה מטעם המערער "בקשה לפסלות המותב". בבקשה נטען, בין היתר, כי במהלך הדיון בהליך, מותב בית המשפט המחוזי העיר הערות המניחות כי הבדיקה הראשונה לאיתור סם אונס שבוצעה למתלוננות לא איתרה שרידי סם רק בשל העיתוי המאוחר שבו בוצעה. רוצה לומר, נרמז על ידי המותב שאילו הייתה מבוצעת בדיקת סם אונס במועד המתאים, בדיקה זו הייתה מניבה ממצאים חיוביים.

על בסיס נימוק זה טענו באי-כוח המערער כי לנוכח השתלשלות הדברים קיים חשש ממשי שדעתו של המותב התגבשה לחובת המערער ועל כן התבקשה פסילת שניים מבין השופטים. בקשת הפסילה נדחתה בהחלטה מיום 12.12.2021 וערעור שהוגש על החלטה זו נדחה אף הוא על ידי הנשיאה א' חיות ביום 19.1.2022 (ע"פ 8691/21).

11. לאחר זאת, המערער הורשע במיוחס לו ביום 21.3.2022.

אביא מהאמור בכתב האישום אשר על עיקריו חלקה ההגנה בבית המשפט המחוזי כמו גם בדיון שלפנינו, כפי שיפורט בהמשך הסקירה והדיון בפסק דין זה.

12. המתלוננות, שתי חברות, הגיעו יחד עם אמה של המתלוננת 2 וחברתה של האם, לחופשה באילת. הן שהו יחדיו בחדר נפרד ובמלון אחר מזה שבו שהו אם המתלוננת 2 וחברתה.

13. באילת, המועדון בו עבד המערער במועד הרלוונטי נקרא "הספריה" (לעיל ולהלן: המועדון). בין המערער למתלוננות אין היכרות מוקדמת.

14. ביום 21.2.2019, סמוך לשעה 23:30 הגיעו המתלוננות יחדיו למועדון. שם, המתינו ל-א' ח' – אשר עמו יש להן היכרות מוקדמת וכן לשני חבריו – ע' צ' ו-ר' ג'.

15. בעת שהמתלוננות המתינו מחוץ למועדון, ניגש אליהן המערער, שעבר במועדון באותו הלילה והציג להן את תפריט המועדון. בהמשך לכך, סמוך לחצות הלילה, עם הגעת החברים שלהם המתינו המתלוננות, נכנסו עימם למועדון, ישבו יחד ושתו משקאות משכרים.

16. כמתואר בכתב האישום, במהלך הבילוי במועדון, המתלוננות החלו לחוש ברע ו"התנהגו בצורה מוזרה" כלשון כתב האישום. הן התקשו לעמוד באופן יציב, התקשו לדבר ולהגיב לעניין, נתקלו באנשים אחרים, מעדו ועוד. בשלב מסוים, המתלוננת 1 הניחה את ראשה על השולחן ולא הצליחה לדבר. המתלוננת 2 הקיאה, החליקה על רצפת השירותים ולא הצליחה לקום בכוחות עצמה, עד אשר עובדת במקום סייעה לה.

17. בסמוך לשעה 3:00, המתלוננות וחבריהן החליטו לעזוב את המועדון. המערער ניגש למתלוננת 1, כרך את ידה סביב כתפו ויצא עמה אל מחוץ למועדון. המערער הושיב אותה על כיסא מחוץ למועדון ונתן לה בקבוק מים. ע' צ' ניגש לשאול לשלום המתלוננת 1 והמערער השיב לו שמצבה "בסדר" וטען כי בינו לבינה יש היכרות מוקדמת. בהמשך לאמור, ע' צ' הבחין כי המתלוננת 2 מתנדנדת ומתקשה ללכת בכוחות עצמה וניגש לסייע לה. הוא תמך במתלוננת 2, הוציא אותה אל מחוץ למועדון והושיבה ליד המתלוננת 1.

18. המערער ו-ע' צ' ניסו לעצור מונית והושיבו את המתלוננות על ספסל. המתלוננת 2 הקיאה בסמוך לספסל, חשה מסוחררת, מטושטשת והתקשתה לשבת מבלי ליפול. בחלוף זמן מה המערער ו-ע' צ' העלו את המתלוננות למונית ונסעו עמן למלון.

19. בשעה 03:40 לערך, ע' צ', המערער והמתלוננות הגיעו למלון. בעת הזו, בהתאם לכתב האישום, המתלוננות עדיין התקשו לעמוד על רגליהן וללכת בכוחות עצמן. המערער ו-ע' צ' החזיקו את המתלוננות. ע' צ' פנה לקבלת המלון, וביקש מפתח לחדר. פקיד הקבלה, שזיהה את המתלוננות, נתן לו מפתח. המערער ו-ע' צ' תמכו במתלוננות בדרך לחדרן במלון.

20. בהמשך לאמור, הארבעה הגיעו לחדר המלון. בתוך החדר, המתלוננת 2 הקיאה על עצמה ועל בגדיה. ע' צ' ניסה להוציא אותה למרפסת ואילו היא כשלה ונפלה. בהגיעה למרפסת נפלה פעם נוספת והקיאה. עוד אמרה ל-ע' צ' כי היא רואה מטושטש.

21. המערער לקח את המתלוננת 1 למקלחת. כעבור זמן מה, ליווה אותה מהמקלחת כשהיא עירומה, מכוסה במגבת, שצורה רטוב והושיבה על המיטה בחדר. המערער לקח בגדים ממזוודה סמוכה והלביש את המתלוננת בתחתונים, מכנסיים וחולצה. היא נשכבה על המיטה והתכסתה בשמיכה. הכרתה, לפי הנטען בכתב האישום, הייתה מעורפלת והיא לא הצליחה להזיז את גופה.

עוד צוין בכתב האישום כי לאחר שהמערער הלביש את המתלוננת 1, ע' צ' תמך במתלוננת 2 וסייע לה להגיע למקלחת. בדרכה לשם, המתלוננת 2 נפלה ו-ע' צ' הרים אותה והכניס אותה למקלחת. שם, הקיאה פעמים נוספות. לבסוף, התיישבה במקלחת כשהיא עירומה וכשהמים זורמים עליה. היא חשה מעורפלת ונרדמה לסירוגין. במהלך שהותה במקלחת המערער ו-ע' צ' נכנסו למקלחת מספר פעמים על מנת לשאול לשלומה. היא השיבה כי היא בסדר וביקשה שיצאו.

22. לפי כתב האישום, סמוך לשעה 04:40 ע' צ' עזב את החדר. באותה עת, המתלוננת 2 עדיין הייתה במקלחת. המתלוננת 1 שכבה במיטה והמערער שכב לידה וחיבק אותה.

23. לאחר ש-ע' צ' יצא מהחדר, בעוד המתלוננת 2 במקלחת, המערער סובב את ראשה של המתלוננת 1 לכיוונו ונישק אותה על פיה. היא סובבה את ראשה בחזרה ואמרה למערער כי היא רק רוצה לישון. הוא סובב שוב את ראשה ונישק אותה על פיה. המתלוננת 1 אמרה לו פעם נוספת כי היא רוצה לישון. בהמשך לאמור, בעוד המתלוננת 1 שוכבת על גבה, המערער הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, הוריד את מכנסיה של

המתלוננת 1, ובעל אותה בכך שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, שלא בהסכמתה החופשית ובעוד שהיא אינה מסוגלת להגיב ולהתנגד.

24. בהמשך, המתלוננת 2 יצאה מהמקלחת בעודה מסוחררת ומתקשה לעמוד וללכת. המערער הרים אותה והשכיב אותה על המיטה. הוא נשכב על המתלוננת 2 ואמר לה כי "לא נעים לו לעשות את זה במיטה כי היה פה עם [המתלוננת 1]", או דברים דומים לכך.

מיד לאחר מכן "סחב", כלשון כתב האישום, את המתלוננת 2 לשירותים, סגר את מכסה האסלה, הושיב אותה על האסלה, הוריד את בגדיו, הוריד את בגדיה, סובב אותה, כופף אותה כך שברכיה על מכסה האסלה ושם את ידיה מעל למיכל ההדחה של האסלה על מנת לייצב אותה. בהמשך לאמור, אחז במותניה ובעל אותה באופן שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, שלא בהסכמתה החופשית ותוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו היא שרויה, המונע מתן לתת הסכמה חופשית, תוך שהוא גורם לה לכאב.

במהלך האמור, המתלוננת 2 צעקה למערער כי יפסיק ויעזוב אותה, ואמרה לו כי הוא מכאיב לה. המערער המשיך במעשיו עד שהבחין בדימום מאיבר מינה. אז הוציא את איבר מינו מאיבר מינה, ושטף אותו. הוא שאל לפשר הדימום, וזו השיבה לו "זה מה שקורה שעושים בכוח" או מילים דומות. משהמתלוננת 2 התקשתה לתפקד בכוחות עצמה, המערער הלביש אותה, התלבש בעצמו והרים אותה בחזרה למיטה. הוא הניח אותה ליד המתלוננת 1, נשכב לצד זו האחרונה ונשאר לישון בחדרן עד סמוך לשעה 7:00.

25. בגין מעשים אלו, יוחסו למערער שתי עבירות אינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

תמצית ההליכים בבית המשפט המחוזי

26. בבית המשפט המחוזי המערער טען לחפותו וכך גם בערעור שלפנינו.

בעוד שבחקירותיו במשטרה המערער הכחיש באופן גורף קיום יחסי מין עם מי מבין המתלוננות, במענה לכתב האישום אישר כי קיים יחסי מין עם המתלוננות, אולם הכחיש את המיוחס לו בכתב האישום ובפרט את האופן שבו מתואר מצבן ההכרתי המעורפל, כביכול, של המתלוננות.

27. המערער הורשע כאמור במיוחס לו בכתב האישום. הרשעתו נסמכה על מספר ראיות, כאשר במוקד התשתית הראייתית ניצבו עדויות המתלוננות; עדויות חבריהן שבילו איתן במועדון, ובהן עדות ע' צ' ששב עמן ועם המערער לחדר המלון ושהה כאמור ביחד עמן; וכן גרסת המערער עצמו, שהשתנתה באופן משמעותי משלב חקירתו במשטרה ועד לגרסה שהציג בעדותו בבית המשפט.

28. בשלב זה אציג את מלוא עוצמתן של קביעות המהימנות של בית המשפט המחוזי ביחס לעדים שנשמעו לפניו. אולם, כפי שארחיב בהמשך – אין בידי להסכים עם מסקנותיו של בית המשפט המחוזי גם לעניין זה.

בית המשפט המחוזי התרשם כי עדות המתלוננת 1 בבית המשפט הותירה רושם "חיובי ואמין" וכי גרסתה הייתה "עקבית וקוהרנטית". עוד נקבע, כי לגרסתה חיזוקים משמעותיים המצביעים על מהימנותה. בין היתר, צוין כי מסרה גרסה עקבית; הבחינה בין פרטים שזכרה לבין פרטים ששמעה מגורם אחר; תיארה "פלאשבקים" שהיא חווה ביחס לפרטים שלא זכרה בעבר; לא היססה להגיד כי אינה זוכרת פרט כלשהו; "שזרה בתיאורה תחושות סובייקטיביות ותיאורים ייחודיים שהרגישה במהלך האירוע" כלשון הכרעת הדין; ועוד. בנוסף, נקבע כי אין למתלוננת 1 מניע להפליל את המערער וצפייה בתיעוד העימות בינה לבין המערער במשטרה מלמדת כי היא מדברת "מדם ליבה".

בהתייחס למתלוננת 2, נקבעו קביעות דומות. עדותה תוארה כ"אמינה, מפורטת וקוהרנטית", נקבע כי זכרה פרטים רבים המלמדים כי היא משחזרת ומתארת את שחוותה וניכר שאף היא מדברת "מדם ליבה". עוד צוין כי ישנה התאמה בין דבריה של המתלוננת 2 לדבריה של המתלוננת 1 ואולם "לא עולה תמונה של תיאום גרסאות ביניהן". בנוסף, נמצאו חיזוקים לגרסת המתלוננת 2, בין היתר בכך שתיארה את האירוע באופן "עקבי ואותנטי", כלשון הכרעת הדין; כי שזרה בתיאורה תחושות סובייקטיביות ותיאורים ייחודיים שחשה במהלך האירוע; וכי גם לא אין מניע להפליל את המערער.

29. אל מול התרשמות בית המשפט המחוזי מגרסאות המתלוננות, ניצבה גרסת המערער. נקבע כי עדותו הותירה רושם "שלילי ביותר" וכי גרסתו הייתה מתפתחת ומשתנה בהתאם לעובדות שהוטחו בו. תואר כיצד בחקירתו במשטרה הכחיש תחילה באופן גורף כי קיים יחסי מין עם המתלוננות; כי שיקר למתלוננות בבוקר האירוע לאחר שנשאל אם קיים איתן יחסי מין; וכך גם שיקר לע' צ' בצהריים שלאחר האירוע עת סיפר לו שלא קיים יחסי מין עם המתלוננות.

בעימותים שנערכו בינו לבין המתלוננות המערער שיקר גם כן כפי שהודה בבית המשפט. בין היתר, סיפר כי נלחץ, כי שמע לעצת עצורים ששהו עמו בתא בעת מעצרו וקיבל המלצות סותרות מעורך דינו וכי הוא סובל מהפרעות קשב וריכוז. בית המשפט המחוזי קבע כי שקריו של המערער עולים כדי ראית סיוע.

30. בית המשפט הוסיף והתייחס לסרטוני מצלמות האבטחה הרלוונטיים. מתיעוד מצלמת המועדון עלה כי בעוד שהמתלוננת 1 והמערער התנשקו, יתר התנהגותן ה"מינית" של המתלוננות, כלשון הכרעת הדין, הייתה כלפי אחרים. עוד קבע בית המשפט כי המתלוננת 2 הייתה שכובה בשלב כלשהו על רצפת השירותים ויצאה מתא השירותים בעודה מתנדנדת וראשה שמוט. מאוחר יותר, ולפי מצלמת האבטחה שבמלון, נקבע כי המערער ו-ע' צ' הגיעו עם המתלוננות למלון כאשר השתיים אינן הולכות באופן יציב וזקוקות ל"תמיכה משמעותית".

31. בית המשפט המחוזי נדרש להכריע באשר למצבן ההכרתי של המתלוננות ולעניין זה פנה לניתוח עדויות חבריהן. א' ח' תיאר כיצד המתלוננות התנהגו בשלב מסוים באופן "מביך", ו"נתלו" עליו, וכי המתלוננת 2 החליקה בשירותי המועדון והם נאלצו לסחוב אותה. בשלב מסוים, המצב התדרדר עוד יותר, ואמנם המתלוננות לא היו חסרות הכרה אך הן "לא ידעו מה קורה סביבן". עדותו של א' ח' נמצאה אף היא אמינה.

ע' צ', שגם הוא היה כאמור בחדר המלון עם המערער והמתלוננות, סיפר כי הן החלו לחוש ברע במועדון; כיצד אף מונית לא רצתה לאסוף אותם בשל מצבן; וכי הן היו "שיכורות במצב על הפנים". התרשמות בית המשפט המחוזי מעד זה הייתה מורכבת יותר. נקבע כי אמנם "התחמק" מלהשיב לשאלות המתייחסות לכוונותיו המיניות כלפי המתלוננות כאשר שהה בחדרן, אולם אין בכך כדי להטיל ספק בעדותו באשר למצבן ההכרתי של המתלוננות.

חבר נוסף, ר' ג', שעדותו נמצאה כמהימנה, סיפר באופן דומה כי המתלוננת 1 הייתה "מעולפת" על שולחן המועדון וכי לקראת סוף הערב לא היה למתלוננות מושג מה קורה איתן. עוד הוצגה עדות המאבטח בכניסה למלון שבו שהו המתלוננות, שלפיה התנדנדו מצד לצד בעת שובן למלון ואחת מהן לא הצליחה לעמוד, ועל כן המערער תפס אותה וייצב אותה.

בית המשפט המחוזי בחר לאמץ גם את גרסתו הראשונית של המערער בהקשר זה, הואיל ובחקירותיו במשטרה תיאר את מצבן ההכרתי המעורפל של המתלוננות, ואילו בעדותו בבית המשפט שינה את גרסתו. עוד ניתן משקל לתכתובות שהוחלפו בין המעורבים במהלך האירוע אשר מהן ניתן ללמוד, בהתאם לקביעת בית המשפט המחוזי, כי המתלוננות היו "במצב לא רגיל".

32. בית המשפט המחוזי הסיק שמצבן של המתלוננות בעת האירוע היה "עגום" ובמצב זה הן לא היו מסוגלות לגבש הסכמה חופשית לקיום יחסי מין עם המערער. באשר לגורם למצבן, בית המשפט המחוזי לא ראה צורך להכריע (עמ' 65 להכרעת הדין).

33. כהשלמה לכך, בית המשפט המחוזי פנה לבחון אם המערער היה מודע למצבן ההכרתי המעורפל של המתלוננות. נקבע כי התכתבויות המערער עם ע' צ' בעת שהשניים היו בחדר המלון, יחד עם התכתבותו עם חברו – א' פ'; בשילוב העובדה כי שיקר למתלוננות לאחר האירוע וטען כי לא קיים עמ' יחסי מין ושיקר גם בחקירותיו; כל אלה מלמדים כי היה מודע היטב למצבן ההכרתי של המתלוננות ואף ניצל מצב זה.

34. לעניין טענות המערער למחדלי חקירה – בהתייחס למועד קבלת תשובות בדיקת סם האונס שנשלחה למעבדה באיטליה, נקבע שראוי שיהיו נהלים ברורים על מנת למנוע מחדלים מסוג זה, אולם ברור שאין מדובר במעשה שבוצע "בזדון". עוד הוסיף:

"לגופו של עניין נראה שהתוצאה של הבדיקה לא הפתיעה. גם בטרם קבלת התשובות, המתלוננות נשאלו לגבי האפשרות כי הושם סם אונס במשקה שלהן בליל האירוע [...]
אדגיש, כי הנאשם לא הואשם בכך ששם סם אונס במשקה של המתלוננות. כפי שפורט לעיל, המתלוננות, הגם שהעלו השערה ששמו סם אונס במשקה שלהן לאור התופעות שחוו, לא ייחסו זאת לנאשם, אלא העלו זאת כאפשרות אגבית בלבד. במשפט הפלילי, מה שלא נטען ולא הובאו ראיות לגביו – לא הוכח, ובוודאי שאינו יכול להוות בסיס להכרעת הדין או שיקול משיקולי בית המשפט" (עמ' 73-74 להכרעת הדין).

35. ביחס לכך שהתברר אגב קבלת התשובה המאוחרת לבדיקת סם האונס כי המתלוננות אף מסרו את גרסאותיהן ישובות יחדיו לעו"ס בבית חולים סורוקה, בית המשפט המחוזי הסתפק גם כן בקביעה כי אין מדובר במעשים שנעשו "בזדון". עוד צוין,

כי מדובר במפגש אשר התרחש ממילא לאחר שהמתלוננות הגישו את תלונתן במשטרה ולאחר שנערכו עימותים בין המתלוננות למערער.

36. לבסוף, נקבע כי ביחס למתלוננת 2 ניתן להרשיע את המערער לפי שתי החלופות שבסעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(4) לחוק וביחס למתלוננת 1 סעיף 345(א)(4) לחוק "נועד לנסיבות של העבירה שבוצעה; אך נראה שאין מניעה להרשיע גם לפי סעיף 345(א)(1) לחוק".

37. לאחר שמיצת טיעונים לעונש, בית המשפט המחוזי גזר על המערער עונש של 10 שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו; 18 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעבור תוך 3 שנים מיום שחרורו עבירת מין מסוג "פשע" והורה על תשלום פיצוי לכל אחת מהמתלוננות בסכום של 80,000 ש"ח.

תמצית טענות הצדדים בערעור

38. לטענת המערער, בית המשפט המחוזי שגה בניתוח הראיות שהוצגו לו ובמסקנותיו. במסגרת זו, התעלם מהיבטים מרכזיים שסבבו את עדויות המתלוננות וחבריהן ומכאן שגה גם במסקנותיו. באופן כללי, נטען כי בית המשפט לא ניתח במדויק את ההתרחשויות על ציר הזמן שבו אירעו האירועים; את מצבן ההכרתי של המתלוננות בכל שלב בליל האירוע; את סוגיית הסכמתן למעשים; וכך גם בהתייחס להשלכות מחדלי החקירה שנפלו. בתוך כך, נטען כי המתלוננות שתו אלכוהול שעות לפני קיום היחסים ומספר אירועים שהתרחשו בין לבין הקהו את השפעת האלכוהול עליהן באופן שאיפשר את הבנתן את המתרחש ומתן הסכמתן לקיום היחסים.

המערער טען כי לבית המשפט המחוזי הוצגו ראיות שיש בהן כדי ללמוד שמצבן ההכרתי של המתלוננות בזמן שהותן בבית המלון, עובר לקיום יחסי המין עמו, איפשר להן להבין את המתרחש. שתי המתלוננות שתו, לגרסתן, כמות לא גדולה של אלכוהול והן אף תקשרו עם הנוכחים בחדר המלון. בהקשר זה, המערער הפנה לחוות הדעת של הטוקסיקולוג מטעם ההגנה, שהסביר כי בהתחשב בטווח הזמנים שבו המתלוננות שתו אלכוהול ובמספר הפעמים שהן הקיאו, לא סביר שבשעות לפנות בוקר בה התרחשו האירועים השתיים היו במצב של תת הכרה בשל שימוש באלכוהול.

המערער אף טען, כי לא הוצגה ראיה להתנהגות או מבע מצד המתלוננות לפני קיום יחסי המין ובמהלכם, שהיה בה כדי להצביע על אי-הסכמתן לקיום יחסי מין. נהפוך הוא, נטען כי קיימות אינדיקציות עובר להגעה לבית המלון ובמהלך השעות בחדר, שיש בהן כדי להצביע על הכרה והסכמה. באופן ספציפי, הודגש כי המתלוננת 2 השתתפה באקט המיני בשירותים מרצונה והוא נפסק ברגע שביקשה להפסיק. נטען, כי שאלת ההסכמה צריכה להיבחן מנקודת מבטו של המערער, במובן זה שגם אם המתלוננות לא היו מעוניינות בקיום יחסי המין בזמן אמת, הוא לא יכול היה להסיק זאת מהתנהגותן. כמו כן, המערער טען לזיהום עדויות המתלוננות, מאחר שהשתיים החליפו ביניהן מידע וגרסאותיהן התערבבו זו בזו, באופן שבו לא זכרו לעיתים אם הן מוסרות את גרסתן שלהן או את הגרסה שסופרה לאחת על ידי חברתה.

39. המערער הוסיף כי אף אם תתקבל העמדה כי מבחינה אובייקטיבית המתלוננות לא הסכימו, או לא היו במצב הכרתי שאיפשר הסכמה, הרי שהדבר לא השתקף במודעותו האובייקטיבית או מתגובותיהן וכי ייתכן שמדובר "בטעות במצב הדברים" כהגדרתה בסעיף 34(א) לחוק.

כמו כן, המערער מפנה למשמעות הרבה שיש לתת לתשובה השלילית ביחס לבדיקת סם האונס שבוצעה במעבדה באיטליה נמסרה למערער רק מספר ימים לפני המועד לשימוע הכרעת הדין. נטען כי לאורך המשפט "היתה מעין עננה שריחפה באולם ביהמ"ש, כי נעשה לכאורה שימוש בסם האונס". צוין כי המתלוננות האמינו לאורך המשפט כי בוצע כלפיהן שימוש בסם אונס ועל דברים אלה חזרו אף במהלך עדותן.

משכך, נטען כי אי-הצגת התוצאות להגנה בזמן אמת והקשתה בסופו של יום להעריך כראוי את מהימנות העדים ולקבוע מה היה מצבן ההכרתי של המתלוננות במהלך ביצוע המעשים. מאחר שתוצאות הבדיקה הובאו לעיון בית המשפט רק בתום שמיעת העדויות וגיבוש הדעה ביחס אליהן, אף קיים קושי משמעותי "להחזיר את הגלגל לאחור" ולהעריך מחדש משקלן של הראיות בתיק.

40. לבסוף, ולחלופין, המערער התייחס לחומרת העונש שנגזר עליו. לטענתו העונש שהושת עליו חורג ממדיניות הענישה הראויה, וזאת בין היתר בהתחשב בענישה במקרים דומים וכן בעובדה כי המערער היה קרוב לגיל הקטינות ונעדר עבר פלילי, אשר שולב בקבוצות טיפוליות ייעודיות.

41. מנגד, המשיבה סומכת את ידיה על האמור בהכרעת הדין, וסבורה כי טענות המערער מכוונות בעיקרן כלפי קביעות עובדה ומהימנות של בית המשפט המחוזי שאין מקום להתערב בהן. בהקשר זה, נטען כי קביעות אלה מבוססות, בין היתר, על כך שהמתלוננת 1 זכרה "פרטים שוליים ואותנטיים המחזקים את אמינות גרסתה" ובאופן דומה גם המתלוננת 2 תיארה באופן "עקבי ואותנטי" את האירוע. עוד נטען כי העימות שנערך בין המערער לבין כל אחת מהמתלוננות חושף את האותנטיות בגרסתן, ולהבדיל את השקרים והתפתחות הגרסאות מצד המערער.

כמו כן, נטען כי הן עדות המתלוננות, הן עדויות המעורבים האחרים ובהם ע' צ' ו-א' ח', כולן תיארו את המתלוננות כנתונות במצב של ערפול, שכרות ושאינו מאפשר הסכמה לקיום יחסי מין. בין היתר, נטען כי המתלוננות לא הצליחו ללכת בעצמן ונדרשו לתמיכה. ביחס למתלוננת 1, צוין כי היא נזקקה לעזרת המערער כדי להתקלח ולהתלבש, וכשהמערער ניסה לנשק אותה אמרה שהיא עייפה. באורח דומה, נטען כי המתלוננת 2 הייתה מעורפלת "ולא מסוגלת לתפקד". עוד בהקשר זה צוין כי חוות דעת הטוקסיקולוג מטעם ההגנה אינה יכולה לשמש לצורך קביעת ממצאים על מצבן ההכרתי של המתלוננות, בין היתר מאחר שהדבר אינו נמצא בתחום מומחיותו ומאחר שהבסיס העובדתי לחוות דעתו היה פגום שכן לא הונחו לפניו כלל הראיות הרלוונטיות.

42. בנוסף, נטען כי אף המערער עצמו, בהתכתבותו עם ע' צ' בזמן אמת, הביע מסרים דומים ובהם ציין כי המתלוננות "גמורות" ו"מקיאות את החיים". בנסיבות אלה, המשיבה סבורה גם כי יש לדחות את הטענה ל"טעות במצב הדברים", משהמערער בעצמו התנסח באופן ברור המלמד על מודעותו למצבן המעורפל של המתלוננות.

בהתייחסה לאי-העברת תוצאות הבדיקה הנוספת לאיתור סם האונס להגנה, טענה באת-כוח המשיבה כי גם התביעה קיבלה את תוצאות הבדיקה באיחור ניכר, וזאת כתוצאה ממחדל בקשר בין הרשויות השונות שאליהן הגיעו התוצאות. בנסיבות אלה, נטען כי המחדל לא נבע מ"זדון" ואף לא מתוך מטרה להסתיר את תוצאות הבדיקה, אלא מדובר "בתקלה" שטופלה בחידוד הנהלים למניעת הישנות מקרים דומים.

מכל מקום, נטען כי הנזק שנבע מהמחדל תוקן באמצעות החלטתי בבש"פ שהובילה לשמיעת עדים נוספים, ובכלל זה המתלוננות, וכן האפשרות שניתנה להגנה להגיש חוות דעת מומחה. עוד נטען כי לאורך כל ההליך התביעה לא טענה כי נעשה שימוש בסם אונס, לא הובאו כל ראיות לכך וממילא בית המשפט המחוזי הניח לטובת

המערער כי לא היה שימוש בסם אונס. בנסיבות אלה "בצדק נקבע בהכרעת הדין כי בסופו של דבר מחדל זה לא גרם כל נזק להגנת המערער, ומכל מקום הוא תוקן" (פסקה 39 לעיקרי הטיעון).

43. בהתייחס לחומרת העונש שהושת על המערער, נטען כי מדובר בשתי עבירות אינוס שבוצעו כלפי שתי מתלוננות שונות, תוך ניצול מצבן שמנע מהן לתת הסכמה חופשית למעשים. על כן, נטען כי העונש הולם את חומרת מעשיו של המערער, וזאת בין היתר בהתחשב בכך שהמערער לא לוקח אחריות על מעשיו.

44. עובר לדיון בערעור הוגש תסקיר עדכני בעניינו של המערער, בו תואר, בין היתר, כי המערער הוא בחור "צעיר, ורבלי, הישגי, בעל יכולת מילולית תקינה, שאיפות נורמטיביות וקשרים חברתיים משמעותיים בחייו", אשר זוהי המעורבות הפלילית הראשונה בחייו. בנוסף, תואר כי המערער עומד על חפותו ושולל קיום יחסי מין עם המתלוננות בכפייה, ועל כן הוא אינו משולב בתהליכים טיפוליים בתחום עבירתו.

דיון והכרעה

את הערעור שלפנינו יש לקבל משני טעמים – אשר למעשה די בכל אחד מהם להוביל לקבלת הערעור.

45. טעם ראשון, הוא ראייתי גרידא. ניתוח מלא ומקיף של הראיות מלמד כי אין בהן די על מנת לבסס את הרשעת המערער ברף הנדרש להרשעה בפלילים. לעניין זה, אמנם יש מידה כלשהי של התערבות בממצאי עובדה ומהימנות של בית המשפט המחוזי, בעיקר במסקנותיו, אולם עיקר ההתערבות מבוססת דווקא על מה שנעדר מהכרעת הדין ולא על מה שנמצא בה (לסקירת החריגים אשר בהתקיימם תיטה ערכאת הערעור להתערב בקביעות מהימנות ובמצאי עובדה, ראו ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פס' 28 (10.7.2013)).

מבין החריגים לכלל שלפיו ערכאת הערעור תמעט להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, רלוונטי במיוחד החריג המתייחס למקרה של מסד ראייתי אשר במבט כולל אינו מספק את הביטחון הדרוש להרשעת נאשמים לפי הרף הנדרש במשפט הפלילי – מעבר לספק סביר (ע"פ 8794/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 28).

38-39 לחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין (10.5.2022) וכן האסמכתאות הנזכרות בה (להלן: עניין פלוני)).

לפי נתיב זה הרי שיש להורות על זיכוי המערער מחמת הספק.

46. טעם שני, ובלתי תלוי במידה רבה, הוא כי מהמערער נשללה ליבת הזכות להליך הוגן. כך ממש. המחדל הבלתי נסבל שארע – ובכללו אי-העברת תוצאת בדיקת סם האונס להגנה, יהא האחראי לו אשר יהא, הוביל להשלכות דרמטיות עבור המערער. למעשה, נשללה ממנו האפשרות להתמודד נכוחה מול מלוא חומר הראיות שנגדו ולגבש קו הגנה; לחקור את המתלוננות בחקירה נגדית (כפעם הראשונה); ולנסות לעמת אותן עם עובדות שאינן מתיישבות, על פני הדברים, עם גרסתן. בכך, נפגעה אפשרותו לבסס קו הגנה המתמקד במצבן ההכרתי של המתלוננות והגורם לו.

יתרה מזאת, אותה ראייה מרכזית ורלוונטית ביותר, שיש בה כדי לתמוך בגרסת חפותו של המערער במידה כזו או אחרת, או לכל הפחות להסיר עננה אשר ריחפה מעליו במהלך שמיעת הראיות, נחשפה ימים ספורים לפני הכרעת הדין. במועד זה, יש להניח כי דעת המותב הייתה מגובשת, גם אם ניתן לשער כי הממצאים החדשים הובילו לשקילת דעה זו מחדש.

במצב דברים זה, הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, כמו גם עמדתה הנוכחית של המדינה, משקפים השלמה שאינה במקומה עם מחדל בוטה וחמור. עסקינן בהליך פלילי בתיק פשע חמור; חירותו של אדם ניצבת על הכף; עשור מחייו; אין די בהפקת לקחים להבא. העובדה כי דבר לא נעשה ב"זרון", כהגדרת בית המשפט המחוזי, אינה מהווה מענה מספק. על כן, כפי שארחיב, בכוחה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק אף להוביל לביטול האישום נגד המערער.

הנתיב הראשון – העדר ראיות מספקות

47. סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) קובע כי ניתן לבסס הרשעה על בסיס "עדות יחידה" של קורבן עבירת מין, ובלבד שבהכרעת הדין תנומק אימוצה של עדות זו. חובת ההנמקה באה במקום דרישת ה"סיוע" שנדרשה בעבר כתוספת ראייתית לעדות קורבן עבירת מין, לצורך הרשעת הנאשם (ראו: פסק דיני בתפ"ח (מחוזי חיפה) 3027/06 מדינת ישראל נ' פלוני

((9.11.2006)). סעיף זה דורש אפוא מהערכאה הדיונית לנמק באופן מפורט את ממצאיה המרשיעים. הכרעת הדין חייבת לכלול התייחסות לכל עמימות ולכל סתירה מהותית בעדותה של נפגעת העבירה. זאת, כדי לוודא שהמסד הראייתי על בסיסו מורשע הנאשם על פי עדות יחידה, אכן מוכיח את אשמתו במיוחס לו מעבר לספק סביר (ע"פ 2092/21 לוח'קין נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (30.10.2022)).

בפסיקה לא נקבעו אמות מידה נוקשות לשם עמידה בחובת ההנמקה ואופייה נגזר בכל מקרה לפי נסיבותיו (ע"פ 1965/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (17.8.2016)). לצד זאת, נקבע כי במקרים מסוימים די לו לבית המשפט ליתן אמון מלא בגרסת המתלוננת על מנת שימלא את חובת ההנמקה הנדרשת (ע"פ 3677/21 מדינת ישראל נ' שללאשוילי, פסקה 14 (13.2.2022); ע"פ 201/20 ליברטי נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (3.2.2022)).

בד-בבד, החריג לכלל אי-ההתערבות מקום שבו המסד הראייתי שנקבע הוא בלתי מספק להרשעה מקבל משנה תוקף במקרים אשר חוסים בצלו של סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות – כגון המקרה שלפנינו (עניין פלוני, בפס' 43 לחוות דעתו של השופט א' שטיין); ובפסיקה אף תואר כי "כאשר ב'גרסה מול גרסה' עסקינן, גובר החשש מפני הרשעת שווא, ולפיכך עלינו לבחון באופן קפדני את מסקנותיה של הערכאה הדיונית [...] (ע"פ 2840/17 ניאזוב נ' מדינת ישראל - פרקליטות המדינה, פסקה 62 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (4.9.2018) (להלן: עניין ניאזוב)).

48. על רקע דברים אלו, אקדים ואציין כי אני מאמץ את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי ואת מסקנותיו ביחס למשקל שיש להעניק לגרסאות המתלוננות. לדידי, המארג הראייתי השלם מותיר ספק באשמתו של המערער, ומשכך יש לזכותו מחמת הספק. אצביע כעת בהרחבה על הקושי והספק שבקביעות בית המשפט המחוזי לנוכח ניתוח מלוא הראיות כמפורט להלן.

הצגת עיקרן של הראיות וניתוחן

49. את האירועים מושא ליל האירוע אחלק ל-4 חלקים. החלק הראשון – כולל את ההתרחשויות במועדון עד להגעת המתלוננות, המערער וע' צ' לחדר המלון; החלק השני – מתייחס לאירועים שהתרחשו בחדר המלון מההגעה אליו מהמועדון ועד לעזיבתו של ע' צ'; החלק השלישי – האירועים בחדר המלון לאחר עזיבתו של ע' צ' ועד לעזיבתו של

המערער; והחלק הרביעי – השתלשלות הדברים בבוקר שלאחר אירועי הלילה ועד להגשת התלונה למשטרה.

50. לצורך הבהירות, אפרט באופן כללי את תיאור ההיכרות שבין המעורבים הרלוונטיים: המתלוננות הן חברות שהיו בנות כ-22 בעת האירועים ושירתו באותה עת יחד בצה"ל כקצינות. עמן שירת א' ח' – קצין אף הוא, שנסע גם כן לאילת באותו סוף שבוע, עם שני חבריו – ע' צ' ו-ר' ג'. בין חבריו של א' ח' למתלוננות לא הייתה היכרות מוקדמת, אולם א' ח' והמתלוננת 2 ניסו לשדך בין ע' צ' למתלוננת 1 (פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 280; פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 106). כפי שהעיד א' ח', ה"תכנון" היה שבסופו של הבילוי ע' צ' יקיים יחסי מין עם המתלוננת 1 (פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 293). החמישה קבעו להיפגש באזור התיירות שבאילת ונכנסו בליל האירוע למועדון.

המערער, בעודו חייל בשירות סדיר, עבד כאמור כיחצ"ן במועדון. באותה עת היה כבן 19 ולא הייתה לו כל היכרות מוקדמת עם מי מבין חבורה זו עד לליל האירוע.

51. דו"ח הפעולה הראשון בתיק מתאר כך את האירועים: "המודיעה מדווחת שהבת של חברה שלה וחברה שלה בנות 23 נאנסו היום בבוקר בשעה 04:00-03:00 ככל הנראה שם להם משהו במשקה החשוד ליווה אותן לחדר ב[המלון – י' א'] ושם אנס אותן. התנהג אליהן באלימות, יש להן סימנים כחולים" (ת/22, בעמ' 1). בדו"ח מתוארים פרטי הטיפול באירוע:

"בהמשך לאירוע הנ"ל הגעתי עם שותפי לניידת ל[מלון – י' א'], במקום קב"ט המלון הכוין אותנו לחדר [...]. בחדר נכחו [המתלוננות] אשר מסרו כי בחמישי בלילה בילו במועדון הספריה שם פגשו את החשוד טל [המערער – י' א'] [...]. לדברי [המתלוננות] הן ישבו עם עוד מספר חברים במועדון וטל ניסה 'להתחיל' עם אחת מהן. ידיד שלהן ביקש ממנו להתרחק וטל המשיך להיות לידן. [המתלוננות] מסרו כי הן שתו בין כוס אחת ל 2 כוסות לערך, הן לא זוכרות בדיוק וזה לא מה שהיה גורם להן לא לזכור את המשך הערב. טל עלה עם הבנות לחדר במלון והן לא זוכרות בדיוק מה היה [...]" (ת/22, בעמ' 2).

52. מתיאור זה בדו"ח הפעולה עולים מספר מאפיינים: ראשית, כי דווח שהמערער נהג במתלוננות באלימות (כך שנגרמו להן סימנים כחולים); שנית, כי המתלוננות סבורות

כי מישוהו "שם להן משהו" במשקה; שלישיית, כי לשיטתן הן לא שתו כמות אלכוהול שעלולה לגרום להן שלא לזכור את אירועי הלילה; רביעית, כי החל משלב מסוים הן אינן זוכרות בדיוק מה התרחש; וחמישית, כי המערער ניסה בעקביות "להתחיל" עם אחת מהן, חרף מאמציו של א' ח' להרחיקו ממנה (ראו גם: עדותו של רס"ר חדידה, בפרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 14).

תיאור זה של הדברים התברר כשגוי, כמעט בכל היבטיו, וזאת על בסיס העובדות שאינן עוד במחלוקת. לא הוכח כי הוכנס סם למשקה המתלוננות והבדיקות שבוצעו לאיתור סם שכזה לא איתרו שרידי סם אונס; אותם סימנים כחולים שנמצאו על ידיהן של המתלוננות – לא הוכח כי נגרמו כחלק מאלימות כלשהי כלפי המתלוננות (או יחסי מין בהסכמה). חלקם נגרמו, ככל הנראה מכך שהמערער וע' צ' אחזו במתלוננות על מנת שלא יפלו (ראו: בעמ' 64 להכרעת הדין); א' ח' אף לא ניסה באופן חוזר ונשנה להרחיק את המערער מהמתלוננת 1 במועדון – מדובר בתיאור של הדברים שנמסר בדיעבד למתלוננות או מי מהן על ידי א' ח' אשר אינו תואם ליתר הראיות. אף כמות האלכוהול שהמתלוננות דיווחו כי שתו – אינה עולה בקנה אחד עם תיעוד הווידאו ממצלמת המועדון ועדויות יתר המעורבים.

השלב הראשון – הבילוי במועדון

53. מעל השולחן במועדון שסביבו בילו המתלוננות וחבריהן מוקמה מצלמת אבטחה. על כן, שלב זה מתועד באופן מקיף למדי עד לעזיבת המועדון בסמוך לשעה 3:00. מצלמה זו תיעדה כיצד חברי החבורה שתו אלכוהול; ועישנו "ג'וינט" כל אחד בתורו (ראו גם עדותו של א' ח', פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 315 ו-317); ורקדו ובילו.

מספר פעמים במהלך פרק זמן זה (בן כ-3 שעות), המערער הגיע לשולחן והמתלוננת 1 התלוותה אליו עד ששבה לשולחן. חבריהן של המתלוננות לא "הדפו" או "הרחיקו" את המערער, והמתלוננת 1 הלכה בעקבותיו מרצונה, לא פעם אחת, לעיתים, כנצפה מתיעוד האירוע, למורת רוחם של חלק מבני החבורה. לבסוף, לקראת השעה 3:00, כאשר ראשה של המתלוננת 1 מופנה כלפי השולחן ונדמה שהיא אינה חשה בטוב, המערער הביא לה בקבוק מים וסייע לה, יחד עם ע' צ', לצאת מהמועדון.

54. בהודעה במשטרה מיום 4.3.2019, תיארה המתלוננת 1 שלאחר ששתתה "כוס וחצי" של משקה אלכוהולי חשה ברע, הלכה לשירותים והמשיכה לרקוד "זאת התמונה האחרונה שאני זוכרת מהבר, הרגשתי לא טוב ושכבתי להקיא, לא ייחסתי חשיבות יותר מדיי והמשכתי רגיל אבל משום מה נמחק לי הזיכרון מהשלב הזה" (ת/9, בעמ' 1-2). לגרסתה, שתתה בצורה "סבירה": "[...] לא משהו שאני נופלת ממנו ובטח ובטח שלא מאבדת את הזיכרון. פשוט נמחק לי הזיכרון [...]" (שם, בעמ' 2, ש' 48-49).

דברים דומים מסרה בעדותה הראשונה בבית המשפט, שבה תיארה כיצד הייתה "אווירה טובה" ובערך לאחר כשעה וחצי החלה להרגיש ברע. אז, הלכה לשירותים, ניסתה "להתאפס" ושבה לשולחן. בהמשך עדותה הסבירה שאינה זוכרת את המשך הבילוי וסופר לה שהייתה הופעה של זמר, אשר כלל אינה זכורה לה (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 39-41). כאשר הוצגו למתלוננת 1 סרטונים ממצלמת האבטחה מהמועדון, תיארה כי היא רואה בסרטון שהיא רוקדת עם חבריה באופן צמוד אולם לדבריה היא אינה זוכרת זאת (ת/10, בעמ' 1-2). באופן כללי ביחס לתיעוד שהוצג לה, המתלוננת 1 סיפרה כי היא "בהלם" מהתיעוד במצלמת האבטחה: "[...] מה שאני זוכרת זה שאנחנו רוקדים בתחילת הערב, וזהו, כל מה שהיה אחרי זה אני ממש לא זוכרת כלום" (שם, עמ' 2).

55. המתלוננת 2 תיארה אף היא כי החלה לחוש ברע במהלך הבילוי וזיכרונה נפגם. לדבריה הכל חש "חד פתאום" ו"אתה מרגיש כל כך כל יכול כזה" (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 184). אך מאותו רגע הזיכרון שלה מעומעם. לפי עדותה, היא זוכרת חלק מההופעה שהייתה במועדון, אך לא את סופה. זכרונה שב אליה כאשר היא הייתה על ספסל מחוץ למועדון, כאשר המתלוננת 1 והמערער ו-ע' צ' מביאים לה בקבוק מים (שם). בהמשך, המתלוננת 2 דייקה כי היא הפסיקה לזכור את אירועי הערב במהלך ההופעה – בין השיר הראשון לשיר השני או השלישי (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 246). היא אף אינה זוכרת לדבריה כי התנשקה במועדון עם ע' צ' ו-ר' ג' (שם, בעמ' 250).

56. לדברי א' ח', חברן של המתלוננות, עד השעה 2:00 לערך, מצבן היה "תקין לחלוטין", עד אשר חשו ברע במהלך ההופעה. עוד הוסיף "אני רוצה לציין שכמות האלכוהול ששתינו זה נתון לפרשנות, לא הייתה ברמה כזו שמתאימה להתנהגות הבנות. הזמנו ליטר בקבוק וודקה והיינו חמישה אנשים ואנחנו אלה ששתינו בעיקר, הכוונה לבנים" (פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 277-278).

ר' ג', חברו, תיאר כי התנהגות המתלוננות הייתה "פרועה", כי "הן חיפשו כל הזמן מגע" וסיפר כי "היו כל מיני הערות בעלות אופי מיני מצד הבנות" כלפי א' ח' ו- ע' צ' (פרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 28). כאשר נשאל אם המתלוננות היו "בסדר גמור" עד לפחות חצי שעה לפני סוף האירוע, השיב "פחות או יותר כן" (שם, בעמ' 32).

ע' צ' העיד, בדומה, כי הייתה "אווירה טובה", כולם רקדו ונהנו. לקראת סוף הבילוי במועדון ו"קצת לפני", כלשונו, המתלוננת 1 חשה ברע ושמה את ראשה על השולחן. לכך הוסיף, כי לפני היציאה מהמועדון המתלוננת 2 הקיאה בשירותים (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 364). ע' צ' הסביר כי לא סבר שבאותה עת, במועדון, כאשר רקד עם המתלוננות והתנשק עמן, הן היו במצב של "חוסר מודעות" (שם, בעמ' 444).

57. אפנה כעת לתיאור הקשר הראשוני שנוצר בין המערער למתלוננת 1 בתחילת הבילוי במועדון. בהתייחס למפגש בין השניים, מתלוננת זו סיפרה כי המערער "התחיל" איתה. בהודעתה הראשונה במשטרה (ת/7), תיארה שלאחר שחבריהם הגיעו לכניסה למועדון המערער הושיב אותם בשולחן ולחש לה באוזן כי יבוא עוד מעט לדבר איתה ויביא לה "צ'ייסר" על חשבונו. משנשאלה אם הראתה בו עניין, השיבה בשלילה (ת/8, בעמ' 2). לעניין זה העידה המתלוננת 2 כי המערער מאוד רצה "להתחיל" עם המתלוננת 1 וכי הדבר בא לידי ביטוי במספר דרכים, ובין היתר בכך שהציע לה "צ'ייסר" (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 184).

58. באשר להמשך הערב, המתלוננת 1 לא זכרה שלאחר הושבת החבורה במועדון היה קשר כלשהו בינה לבין המערער. בהודעתה הראשונה במשטרה, תיארה:

"[א' ח'] סיפר לי שבמהלך הערב הוא ניגש אלי הרבה פעמים במועדון אבל אני לא זוכרת. [א' ח'] סיפר לי שהוא חיבק אותי ו[א' ח'] העיף אותו ממני. אחכ טל [המערער – י' א'] חזר ו[א' ח'] שוב העיף אותו ממני" (ת/7, בעמ' 2).

אולם, בעדותה בבית המשפט מסרה לראשונה כי זכור לה שהמערער בא והציע לה "צ'ייסר" והיא זוכרת כי ניגש אליה פעם אחת בלבד. שינוי זה הסבירה בכך, שבחלוף הזמן נזכרה בפרט זה משהיו לה "פלייטבקים" (פרו' מיום 17.12.2019, בעמ' 61).

59. המערער, בעדותו הראשית, תיאר כי השיחה בינו לבין המתלוננת 1 בכניסה למועדון הייתה "זורמת" והיא מצאה חן בעיניו. עוד הוסיף שכאשר הושיב את החבורה אמר לה שיגיע מאוחר יותר וילך איתה "לצ'ייסר בבר" (פרו' דיון 27.10.2020, בעמ' 555). בהמשך לכך, תיאר כי בשלב מסוים קרא למתלוננת 1, שהלכה עמו לבר המועדון. לדבריו, בזמן שהשניים חיכו ל"צ'ייסר" הם ישבו יחד ליד הבר, היא הניחה עליו את ידה והם התחילו להתחבק ולרקוד. אחרי שהם שתו יחדיו, היא שבה לחבריה והוא חזר לכניסה למועדון (שם, בעמ' 556). בהמשך, המערער תיאר כי פגש בה במהלך הערב עוד מספר פעמים, כאשר בפעם אחת מתוכן הם התנשקו (שם), עוד סיפר כי בשלב מסוים ביקש ממנה שתעדכן אותו כאשר היא מתכוונת לעזוב את המועדון והיא השיבה "אין בעיה" (שם, בעמ' 556-557).

60. מתיעוד מצלמות האבטחה כאמור, ניתן לראות כי המערער ניגש למתלוננת 1 מספר פעמים וכי היא הולכת בעקבותיו מרצונה. באחת מבין פעמים אלו, השניים הלכו לאזור הבר של המועדון ובשלב מסוים השניים מתנשקים (פרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 32). חרף זאת, למתלוננת זו סופר, לאחר מעשה, כי בשלב זה א' ח' ניסה "להעיף" את המערער ממנה. כפי שעולה גם מתיעוד מצלמת האבטחה. בכך אין מן האמת (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 75).

61. באשר לסוף הבילוי במועדון, המערער העיד כי הבחין שהמתלוננת 1 לא חשה בטוב, הלך לבר המועדון והביא לה ממנו בקבוק מים (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 557). בשלב זה, המערער ו-ע' צ' הוציאו את המתלוננת 1 מהמועדון, ו-ע' צ' שב על מנת לאתר את המתלוננת 2. לאחר שהשניים יצאו מהמועדון בתמיכת ע' צ' והמערער, סירבו מוניות חונות לאסוף את ארבעתם נוכח מצבן (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 365). המערער תמך במתלוננת 1 והביא לה פעם נוספת מים והוחלט להחזיר את המתלוננות לחדרן במלון. המערער ו-ע' צ' אחזו, כל אחד מהם, באחת המתלוננות (שם, בעמ' 366). לטענת המערער, המתלוננת 1 הציעה לו "לבוא לעזור לה להגיע למלון וזה", דבר אשר התיישב עם כך שהם קבעו מוקדם יותר להיפגש (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 558).

השלב השני – מההגעה למלון ועד לעזיבת ע' צ'

62. המערער, ע' צ' והמתלוננות הגיעו למלון באמצעות מונית בשעה 3:40 לערך ונכנסו לחדרן בסמוך לאחר מכן. סופו של שלב זה בעזיבת ע' צ' את החדר – בסמוך

לשעה 4:40. על האירועים בחדר המלון, משעת ההגעה ועד לעזיבת ע' צ' את החדר, ניתן ללמוד ממספר ראיות בעלות משקל ראיתי רב – ובעיקר עדותו של ע' צ', הודעות ה"ווטסאפ" בינו לבין חברו – א' ח', והודעות ה"ווטסאפ" בינו לבין המערער – במקביל לשהות השניים בחדרן של המתלוננות.

63. שלב כניסתם של הארבעה למלון נקלט במצלמות האבטחה של המלון. מצלמות אלו תיעדו את הגעתם לקבלת המלון והליכתם במסדרונות. ניתן לראות שהמערער תומך במידה מסוימת במתלוננת 1, הגם שהיא צועדת על רגליה; ואילו ע' צ' תומך במתלוננת השנייה, שנדרשה לתמיכה רבה יותר מאשר חברתה.

מאבטח המלון העיד כי הבחין במתלוננות שבות למלון עם המערער ו-ע' צ'. לתיאורו, השתיים התנדנדו מצד לצד, והוא בירך את המערער לשלום בשל היכרותם המוקדמת. הוא הוסיף כי הם שוחחו בקצרה. בשלב מסוים, כשהחבורה התקדמה, תיאר כי בירך את המערער לשלום ואמר לו ש"יבלה" אבל "לא בכוח" וזאת כ"הלצה", כלשונו (פרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 20).

64. בכניסה למלון, המערער ביקש מפתח מפקיד הקבלה, מאחר שלא אותר מפתח המתלוננות. לפי הדברים שמסר פקיד הקבלה בהודעתו במשטרה בסמוך לאירוע "אחת הבנות" היא שאמרה "שם ומספר חדר" (ת/47, בעמ' 1). יש להדגיש, כי אם כן, הגם שהמתלוננות אינן זוכרות לגרסתן את ההגעה למלון, אחת מהן היא שסיפקה נתונים אלו לפקיד הקבלה.

עם ההגעה לחדר, המתלוננת 2 התחילה להקיא, ו-ע' צ' לקח אותה למרפסת החדר (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 368). במקביל, המערער סייע למתלוננת 1 להתקלח, וזאת לאחר שאמר ל-ע' צ' כי היא ביקשה זאת ממנו (שס). בעדותו, טען כי המתלוננת 1 ביקשה שיעזור לה להתקלח וכי זו הפעם הראשונה שנתקל במצב זה והרגיש "מאוד טוב עם זה" שבחורה מבקשת ממנו דבר כזה (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 558).

המערער תיאר כיצד סייע למתלוננת 1 להתקלח. לדבריו, היא נכנסה למקלחת עם תחתונים וחזיה, תוך שהם ממשיכים לדבר ביניהם ולהעמיק את היכרותם. בסיום המקלחת, ביקשה ממנו להביא לה בגדים וכך עשה. המערער הוסיף כי סייע לה להתלבש

ושאל אותה אם היא מעוניינת שיסרק אותה – ולכך השיבה בחיוב. על כן, סירק אותה תוך שהוא מדבר עמה ומנשק אותה בעורף (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 558).

65. ע' צ', אשר היה עד לחלק משמעותי מחילופי הדברים שבין המערער למתלוננת 1 בחדר המלון, אישר בעדותו כי המערער סירקה והלבישה (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 369), וזאת לאחר ששאל אם היא רוצה שיסרקו והיא השיבה בחיוב (שם, בעמ' 430). כך תיאר ע' צ' את המשך ההתרחשות:

"ת: כן. ואז אחרי שהיא נכנסת לישון הנאשם [המערער – י' א'] נכנס איתה למיטה, זאת אומרת היא שמה עליו את הראש ונחה עליו או משהו כזה, ואני בינתיים שוב בודק מה עם [המתלוננת 2], כי היא תכלס באמת צריכה להתקלח כי היא כולה מלאה קיא ושיכורה. בהתחלה היא אמרה שהיא לא רוצה להתקלח ושהיא נשארת בחוץ באוויר, ואז הנאשם [המערער – י' א'] קורא לי ואומר לי, היא רוצה להגיד לך משהו.
ש: מי זו היא?
ת: [המתלוננת 1].
ש: אוקי.
ת: אני מתקרב והיא אומרת לי, אני רוצה שהוא יישאר, היא לוחשת לי באוזן [ההדגשה הוספה – י' א'] [...] (שם, בעמ' 369).

66. אלא שאפילו אמירה ברורה זו של המתלוננת 1, שהפיסה את דעתו של ע' צ' – אינה זכורה לה לטענתה. לאחר יציאתה מהמקלחת, חברתה, המתלוננת 2, נכנסה לחדר המקלחת. ע' צ' הציע לסייע לה, אולם היא השיבה שברצונה להתקלח לבד וכך עשתה באופן עצמאי (שם, בעמ' 370; פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 436).

לא רק זאת: ע' צ' הוסיף ותיאר כי מדי פעם וידא עם המתלוננת 2 שהיא בסדר, וכי לא "טבעה" או "החליקה" במקלחת, כלשונו, ואילו היא השיבה באופן הגיוני וקוהרנטי לדבריו (שם, בעמ' 370). עוד העיד ע' צ' כי לא נכנס למקלחת בשום שלב וכאשר פעם אחת ניסה לפתוח את הדלת היא ביקשה שלא יפתח אותה והוא עשה כרצונה (שם, בעמ' 370-371).

המתלוננת 2 שהתה במקלחת זמן רב (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 203). בשלב מסוים, בין אם לפני שהחלה להתקלח ובין אם במהלך המקלחת, אף ביקשה מ-ע' צ' כי יביא לה שקית עם תרופה ונקבה גם בשם התרופה (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 203).

436-437). בהודעתו במשטרה, ע' צ' סיפר כי לא הביא לה את הכדורים ואמר שיביא לה אותם לאחר שתצא מהמקלחת (שם, בעמ' 438). ע' צ' העיד כי המתלוננת 2 הגיבה לשאלותיו באופן עקבי וכי בכל פעם ששאל אותה אם היא בסדר, היא השיבה לו "2 דקות אני יוצאת" (שם, בעמ' 438 ; וראו גם, שם, בעמ' 396).

זמן קצר לאחר מכן, לאחר ש-ע' צ' שאל את המתלוננת 1 האם הכל בסדר והיא הנהנה לחיוב (שם, בעמ' 396) – עזב את החדר.

67. כעולה מהעדויות וחומר החקירה, החל מההגעה למלון התנהל מעין "מאבק" סמוי בין המערער ל-ע' צ'. חברו של ע' צ' – ר' ג', העיד כי לאור התנהגות המתלוננות באותו הערב, מה שהיה "אמור לקרות" הוא כי ע' צ', היחיד מבין שלושתם שהיה רווק, ילך עם שתיהן למלון בסוף הערב (פרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 28). ע' צ' אף הוא סיפר כי חפץ להישאר עם המתלוננות לאחר עזיבת המועדון מטעם זה:

"אני רציתי להיות איתן, אני רציתי להיות איתן ביחד, לשכב איתן, זה השיח, אז [א' ח'] ו-[ר' ג'] בתור חברים שלי כביכול פינו לי את הדרך" (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 372).

לדבריו של ע' צ', הגם שנישק את שתי המתלוננות במועדון, זנח תוכנית זו משהמתלוננות הקיאו (שם, בעמ' 382 ו-401). באופן המטיל ספק בגרסתו זו, רצונו של ע' צ' לממש את ה"תוכנית" כפי שבא לידי ביטוי בהודעות "ווטסאפ" אשר הוחלפו בינו לבין המערער, ובינו לבין חברו – א' ח'. הודעות אלו מלמדות רבות על מצב הדברים בזמן אמת ומטילות צל על האמור בגרסאות שבהן בית המשפט נתן אמון.

אפרט כעת את ההודעות העיקריות (כל השגיאות בציטוטי הודעות ה"ווטסאפ" – במקור): בשעה 3:19, בעוד המערער, ע' צ' והמתלוננות, בדרכם למלון, ע' צ' שלח לחברו א' ח' הודעה שלפיה "כוסאוצו העובד לקח לי את [המתלוננת 1] הבן שרמוטה הזה" (ת/16, בעמ' 2612). א' ח' השיב לו מיד "מהמהמהמה??? שיזגיין [ע' צ'] מה פאום!! שתיהן חוזרות איתך" (שם). בשעה 3:43, כאשר הוא בחדר המלון, ע' צ' מדווח לא' ח' – "אניי איתן במלון אחי איזהה כיף ואיזה נעליים מקיאות פה את החיים" (שם, בעמ' 2613). א' ח' משיב לו "פסדד שיקיאו" ומיד לאחר מכן "ואז למיטה" (שם, בעמ' 2614). ע' צ' משיב כי "[...]הכלל פה קיאו מגעך" (שם) ומוסיף "וגם הבנונה הזה איתי פהה" (שם), כאשר כוונתו למערער.

א' ח' מפציר ב-ע' צ' "תעניף תהנזנה הזה" אשר משיב, בשעה 3:47 "אין אחיי אנלאא מצליחח הוא דבוק פה כמו אלונקה" (שם, בעמ' 2615). א' ח' כותב ל-ע' צ' לומר למערער כי הוא "מטפל בזה" (שם, בעמ' 2616) אשר משיב לו "אמרתיי הוא מתעקש להישאר ונמתלוננת 1] אומרת לו להישאר אחיי" (שם). בשעה 3:53 ע' צ' כותב ל-א' ח' "כוסאמא שלו מכבה פה הכל והזין הזה לא הולך אחיי" (שם, בעמ' 2618).

בשעה 3:59 ע' צ' דיווח ל-א' ח' כי המתלוננות "שבורות אחושרמוטה" והוסיף שהמערער "לא זו" למרות שהוא אומר לו. על כך השיב א' ח' "אם הוא הולך הן שלך" (שם, בעמ' 2619). בשעה 4:01 ע' צ' שלח ל-א' ח' תמונה שאותה ליווה בכיתוב "הון גמורות אחיי" ואילו הוא משיב לו "כנס איתן" ומוסיף "יזדמו" (שם, בעמ' 2621). לכך השיב ע' צ', בשעה 4:03 – "חכהה ברגע שהזין הזה ילך" (שם). בשלב מסוים, ולאור מצבן של המתלוננות והבנתו של ע' צ' כי המערער לא מתכוון ללכת, הוא שאל את חברו – א' ח' אם להשאיר את המתלוננות עם המערער, ו-א' ח' השיב לו "שיזדינו" ו-"בוא" (שם, בעמ' 2624).

68. אם כן, עולה שבמהלך פרק זמן זה, גם לאחר ש-ע' צ' התרשם באופן ישיר ממצבן של המתלוננות הנטען עתה ושבגיננו המערער הורשע בעבירות האינוס, הוא בכל זאת היה מעוניין שהמערער יעזוב את החדר כדי שהוא "ישכב" עמן (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 420). לטענת ע' צ' כאמור, בשלב מסוים כבר לא היה מעוניין לשכב עם המתלוננות אבל עדיין רצה שהמערער יעזוב את החדר. לדבריו, הוא אינו זוכר מדוע (שם).

69. במקביל להתכתבות זו, המערער ו-ע' צ' התכתבו גם כן ב"ווטסאפ". המערער כתב ל-ע' צ' בשעה 4:02 "הכי תכלס אחי היא רוצה זאני אשאר איתה" (ת/17, בעמ' 1), והוסיף "אני דואג לה" ו"היא ביקשה ממני אישית" (שם, בעמ' 2). במסגרת אחד מניסיונותיו לגרום למערער לעזוב את החדר, ע' צ' אף כתב למערער הודעה שלפיה תוכנן מראש כי הוא יהיה בחדר המלון ושיקר כי דובר על כך עוד בשעות הבוקר, וזאת במענה לשקר דומה של המערער עצמו (ראו, פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 419; וכן ת/17, בעמ' 2). בשעה 4:44 שלח המערער הודעה ל-ע' צ' שבה כתב "איך שיצאת היא התחילה דברים אז תהיה זמין" (ת/17, בעמ' 5).

70. אתמקד כעת בשני פרטים נוספים אשר יש בהם לערער על המסד הראייתי החלקי שעליו התבסס בית המשפט המחוזי להרשעת המערער:

בקשת המתלוננת 1 מ-ע' צ' כי המערער יישאר בחדר המלון: ע' צ' שלח כאמור הודעה לחברו א' ח' וסיפר לו שהמתלוננת 1 ביקשה שהמערער יישאר בחדר המלון (פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 299). בעדותו, אישר כי השתכנע מדברי המתלוננת 1 כי היא מעוניינת שהמערער יישאר עמה ולכן לא סילק אותו מהחדר (פרו' דיון 1.7.2020, בעמ' 429). המערער העיד מצדו כי המתלוננת 1 אמרה ל-ע' צ' שהיא מעוניינת שיישאר וזאת לאחר ששמעה כי ע' צ' מנסה לשכנע את המערער לעזוב את החדר (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 559).

בדיקת "סימון האצבעות" – המערער תיאר כי לאור העובדה ש-ע' צ' שאל את המתלוננת 1 מספר פעמים אם היא מרגישה בסדר, הציע לו לבצע "בדיקה". כך תיאר ע' צ' בדיקה זו בעדותו:

"ש: [...] אנחנו רואים בהודעה שלך שלפני שאתה הולך אתה אומר ככה, "שאלתי את [המתלוננת 1], האם הכל בסדר? [המתלוננת 1] היתה עם עיניים עצומות ואמרה לי שהכל בסדר, ואז טל [המערער – י' א'] אמר שהיא הרבה יותר בסדר מקודם, ואז טל בכף היד שלו סימן שתי אצבעות ושאל את [המתלוננת 1], כמה זמן? בזמן שהוא מאחוריה, ו[המתלוננת 1] ענתה, 2, ואז טל עשה בכף היד שלו 4 אצבעות, ו[המתלוננת 1] ענתה, 4, ואז טל, ואת זה את המספר.
ת: אוקי.
ש: ואז טל עשה באצבעותיו, טל עשה סימן של חצי לב ואמר ל[מתלוננת 1], תשליכי [צ"ל תשלימי – י' א'] את זה.
ת: נכון, כן.
ש: ו[המתלוננת 1] ענתה שזה חצי לב אבל לא נראה לי שהיא השלימה" (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 395).

71. כאמירת ביניים: מחומר הראיות שהוצג עולה כי המערער סייע למתלוננת 1 להתקלח ולהתלבש וסירק את שערה וכי בשעה זו היא תקשרה באופן קוהרנטי עם המערער ו-ע' צ'. עוד אמרה ל-ע' צ' באופן מפורש שהיא מעוניינת כי המערער יישאר בחדר המלון. אמירה זו לא נאמרה בחלל הריק – אלא נוכח רצונו של ע' צ' כי המערער יעזוב את החדר. דבריה של המתלוננת הפיסו בהחלט את דעתו של ע' צ', אשר איפשר למערער להישאר בחדר המלון ועזב אותו בעצמו.

אל מול כל זאת, גרסת המתלוננת 1 הייתה שהיא אינה זוכרת דבר עד לאחר עזיבת ע' צ' את החדר. על כן, סיפרה פרטים אשר נאמרו לה, לדבריה, על ידי המתלוננת

: 2

"מה שסיפרו לי שטל [המערער – י' א'] קילח אותי. היה איתו עוד בחור שקוראים לו [ע' צ'] זה אחד מהחברים של [א' ח']. [המתלוננת 2] סיפרה לי, טל קילח אותי, הלביש אותי ושם אותי במיטה. [ע' צ'] רצה להעיף משם את טל ואמר לו ללכת כמה וכמה פעמים" (ת/7, בעמ' 1-2; ההדגשות הוספו – י' א'). :

באופן ספציפי ביחס לבקשתה מ-ע' צ' כי המערער יישאר בחדר, המתלוננת 1 נשאלה בחקירתה במשטרה "האם את ביקשת מטל [המערער – י' א'] להשאר" והשיבה "לא זוכרת" (ת/9, בעמ' 2, ש' 53-54; ראו גם: פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 98). אשר ל"בדיקה" שביצע המערער, במסגרתה סימן לה מספרים באצבעותיו, נשאלה אם היא זוכרת שהמערער "הראה לך מספרים באצבעות" והשיבה: "לא זוכרת דבר כזה" (ת/9). מעבר לכך, לגרסתה, השיח או הממשק שבין ע' צ' למערער לא זכור לה כלל, הואיל וכלל לא זכרה כי ע' צ' היה גם כן בחדר המלון. לדבריה, נאמר לה ש-ע' צ' ניסה "להעיף" את המערער מחדר המלון בעוד שהוא לא עזב את החדר (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 55). כפי שארchiב בהמשך – בנסיבות האמור היבט זה בהחלט מעורר ספק בדבר אמינות גרסתה והיכולת לבסס עליה ממצאים עובדיים אשר יובילו להרשעת המערער.

72. מתיאור גרסתה של המתלוננת 1 אעבור לדבריה של המתלוננת 2. מתלוננת זו העידה כי הזיכרון הראשון שלה, לאחר הבילוי במועדון, הוא של היותה במרפסת חדר המלון בה חשה כי קר לה:

"[...] ראיתי את [ע' צ'] יוצא למרפסת לראות מה קורה. אני חושבת שאחר כך איבדתי הכרה. הייתי מאוד מעורפלת. אני לא זוכרת איך, אבל הסצנה הבאה מהמרפסת היא כשאני כבר במקלחת. אני במקלחת, אני בלי בגדים בכלל. מים חמים מאוד. [...] אני זוכרת שתוך כדי נכנסים [ע' צ'] ו[המערער], כמה פעמים. הם שואלים 'את צריכה משהו? הכל בסדר?' ואני אומרת להם 'כן, כן. רק תצא מפה, אני במקלחת, צא מפה, הכל בסדר, צא'. שוב, אני לא זוכרת מי הוריד לי בכלל בגדים" (פרו' דיון מיום 7.1.2020, עמ' 184-186).

על כן, תיארה כי זכרונה שב אליה במידה מסוימת עוד בטרם עזיבת ע' צ' את חדר המלון. קרי, לפני קיום יחסי המין עם המערער. לגרסתה, לא זכרה כי הורידה לעצמה את בגדיה לפני המקלחת; וזאת למרות שבשלב זה לא נדרשה לעזרה על מנת להתקלח. כמו כן, ביקשה מ-ע' צ' תרופה שהביאה עמה ובכל פעם שנשאלה במקלחת למצבה – השיבה לשאלותיו.

נוכח גרסתה, מתעוררת תמיהה ביחס לדברי המתלוננת 1 שלפיהם המתלוננת 2 השלימה עבורה את הפרטים כי המערער סירק וקילח אותה – הואיל ולפי המתלוננת 2 היא כלל לא זכרה דברים אלו ולא חזתה בהם.

73. סופן של ההתרחשויות בפרק זמן זה בכך ש-ע' צ' עזב את חדר המלון כאשר המערער שוכב במיטה סמוך למתלוננת 1 והמתלוננת 2 במקלחת.

השלב השלישי – מעזיבת ע' צ' ועד לעזיבת המערער

74. לאחר ש-ע' צ' עזב את חדר המלון, הוא נזכר כי שכח את ה"ג'קט" שלו בחדר. משהמערער לא ענה לו בפלאפון (בשעה 4:43), שב ודפק בדלת חדר המלון. בשלב זה, המערער כתב לו כי לאחר עזיבתו המתלוננת 1 החלה לעשות "מהלך" כלשהו (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 371-372), ושהוא יישאר "זמין".

75. זיכרונה של המתלוננת 1 שב אליה לגרסתה כאשר היא שכובה על מיטת חדר במלון, לאחר מקלחת, שצורה רטוב והיא לבושה במכנסיה של המתלוננת 2. עוד תיארה כי שכבה במיטה וחשה ברע, תוך שהיא אינה מסוגלת לזוז. לדבריה, חשה "מישהו" שוכב לידה ומחבק אותה. אז, היא זוכרת כי המערער החל לנשק אותה בפה ואמרה לו כי היא רוצה לישון וסובבה את ראשה, הוא נישק אותה פעם נוספת והיא שבה ואמרה לו זאת. בשלב זה החל לגעת בה ו"לעלות" עליה (ת/9, בעמ' 1-2).

המתלוננת 1 סיפרה כי המערער החדיר לאיבר מינה את איבר מינו, ללא קונדום, והוסיפה [...] הוא שאל אותי אם כיף לי ואם אני נהנית וחזר על זה כמה פעמים" (ת/9, בעמ' 2; המתלוננת 1 תיארה את הדברים באופן דומה בעדותה הראשונה בבית המשפט, פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 40).

אולם, המתלוננת 1 סיפרה שתי גרסאות שונות ביחס להמשך האירועים – לפי האחת מיד בסיום האקט המיני יצאה המתלוננת 2 מהמקלחת, המערער ניגש אליה, והשניים נכנסו לחדר המקלחת. לפי הגרסה השנייה, המתלוננת 2 נשכבה במיטה בסמוך ורק לאחר כמה דקות היא והמערער ניגשו לחדר המקלחת. על כך אפרט בהמשך.

76. באשר לשעות הבוקר, המתלוננת 1 העידה כי לאחר שקמה בשעה 7:00 בערך ראתה ששוכב לידה מישוהו שהיא אינה מכירה. משהתעורר, אמרה לו שיצא מהחדר. לאחר שהלה עשה כן, חזרה לישון (שם, בעמ' 39-41).

77. בעדותה בבית המשפט, הוסיפה המתלוננת 1 פרטים לגרסתה במשטרה, ותיארה שלאחר שסיימה להתקלח ולפני האירוע המיני עם המערער (שם, בעמ' 132, ש' 20-22), הלכה לבדוק יחד עמו מה מצבה של המתלוננת 2 במקלחת. המתלוננת 1 תיארה כי הבחינה בחברתה יושבת במקלחת ושאלה אותה אם היא בסדר ואילו האחרונה לא ענתה לה (ראו למשל, שם, בעמ' 129). המתלוננת 1 הוסיפה כי אין לה הערכת זמן כמה זמן אירוע זה התרחש לפני המגע המיני בינה לבין המערער (שם, בעמ' 132).

לעניין זה העיד המערער כי לאחר עזיבת ע' צ', בעוד שהוא והמתלוננת 1 משוחחים, היא אמרה לו שהיא רוצה לבדוק מה מצבה של המתלוננת 2 בשירותים והשניים קמו והלכו לשירותים. משהמתלוננת 1 שאלה לשלומה של חברתה, האחרונה השיבה לה שהיא בסדר. אז, לגרסת המערער: "סגרנו את הדלת וחזרנו לכיוון המיטה התחלנו לדבר עוד פעם [...] (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 560). המערער טען כי בשלב זה הוא והמתלוננת 1 החלו להתחכך אחד בשני עד שקיימו יחסי מין. לדבריו, במהלך יחסי המין שאל את המתלוננת 1 אם היא נהנית ובסיום האקט המיני היא שמה את ראשה על כתפו ונרדמה עליו (שם).

78. בעת התרחשות זו המתלוננת 2 הייתה במקלחת. בסיומה, התלבשה בכוחות עצמה "בקושי", לדבריה (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 204). יצוין, כי בעדותה בבית המשפט, הוסיפה כי מהרגע שיצאה מהמקלחת חושיה התחדדו והיא זוכרת הכול בבירור – שלב אחר שלב (שם, בעמ' 226).

79. המתלוננת 2, כאמור, סיפרה כי הייתה במרפסת החדר ולאחר מכן זכרה כי התקלחה בעוד ש-ע' צ' והמערער דורשים לשלומה מעת לעת (פרו' דיון מיום 7.1.2020, עמ' 185). בשלב מסוים יצאה מהמקלחת, לקחה בגדים שהיו מחוץ לדלת ונכנסה

לשירותים על מנת להתלבש בעצמה. היא תיארה כי לקח לה דקות ארוכות להתלבש מאחר שחשה שהגוף שלה "לא מגיב". עוד העידה כיצד הרגישה מאוד חלשה והתקשתה לדבר והוסיפה שכאשר יצאה מהמקלחת ע' צ' כבר לא היה בחדר (שם).

עם יציאתה מהמקלחת, המתלוננת 2 ראתה את חברתה שוכבת על המיטה. לדבריה, נשענה על הקיר הסמוך למיטה וראתה את המערער עומד מולה ומסתכל עליה. לאחר שנשכבה, המערער נשכב מעליה ואמר לה "את רוצה אותי, נכון?" (שם) ולכך היא לא הייתה מסוגלת להגיב. לגרסתה, המערער אמר לה "אנחנו לא יכולים לעשות את זה פה כי כבר הייתי עם [המתלוננת 1] ולא נעים לי" (שם, בעמ' 186). אז, בתמיכת המערער, הם הלכו לחדר המקלחת. שם, המערער הוריד את מכסה האסלה, הוריד לה ולעצמו את המכנסים, הציבה כאשר ידיה על הניאגרה והכניס את איבר מינו לאיבר מינה. לתיאורה, היא זוכרת באופן מלא שלב זה:

"פשוט כל כך כאב לי וצעקתי שזה כואב לי ותפסיק וכואב לי, אל תיגע בי. והוא ממשיך וממשיך מגביר את הקצב. כאילו זה גוש בשר עומד מולו ולא בן אדם. הוא ממשיך וממשיך. באיזשהו שלב, בגלל שזה היה כל כך אינטנסיבי וכל כך חזק התחיל לרדת לי דם. אני לא מרגישה את זה על עצמי. הוא אומר. הוא מסתכל, הוא עוצר פתאום, הוא אומר כזה 'מה זה, יורד לך דם? איכס'. זה מה שהוא אמר. ואז יצא לי המשפט הכי צלול שנראה לי אמרתי בחיי, אמרתי לו 'זה מה שקורה כשעושים את זה בכוח'. ואז הוא פשט פתח את הזרם של המים, ניקה את עצמו. יצא מהשירותים. אני כאילו מתלבשת, לוקח לי שוב הרבה זמן להתלבש, לשים את המכנסים, לשים את התחתונים. ואחר כך אני יוצאת לבד מהשירותים" (שם, בעמ' 186).

80. המתלוננת 2 הדגישה לא אחת כי לאחר המקלחת זכרונה היה מלא ומדויק. בכל זאת, בהודעה מוקדמת יותר תיארה כי המערער הוא שהלביש אותה בסיום המקלחת ולא כי התלבשה לבד (ראו: פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 233).

כמו כן, בשלב מסוים, לאחר יציאתה מהמקלחת, המערער הביא לה כדורים נגד שיעול לבקשתה (שם, בעמ' 211). זאת, כאמור, בהמשך לכך שביקשה כדורים אלו מ-ע' צ' קודם לכן, והוא אמר כי יביא לה אותם לאחר היציאה מהמקלחת. המתלוננת 2 לא תיארה עובדה זו בחקירתה הראשית.

81. המערער נותר לישון במיטת המתלוננות ואף צילם תמונת "סלפי" שבה הוא נראה מחויך, שוכב במיטה לצדן. לדבריו, עשה זאת מאחר שהיה לו יום "כייף" ורצה מעין "מזכרת" (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 561).

82. המערער העיד כי בשעה 6:50 לערך, העיר את המתלוננת 1 ואמר לה שהוא הולך. לדבריו, היא ביקשה ממנו להטעין לה את הפלאפון ולכוון שעון מעורר לשעה 12:30 בצהריים, וכך עשה (שם, בעמ' 563). בעת שמסרה הודעה במשטרה, נשאלה המתלוננת 1 האם היא ביקשה מהמערער להטעין לה את הפלאפון והשיבה כי אינה זוכרת זאת. עם זאת, מסרה כי הפלאפון שלה היה טעון בבוקר וכי בשיחה שהייתה לה עם המערער לאחר שהתעוררה אמר לה שהטעין לה את הפלאפון (ת/9, בעמ' 3, ש' 65-68).

השלב הרביעי – מעזיבת המערער את חדר המלון ועד להגשת התלונה במשטרה

83. המערער עזב את חדר המלון בסמוך לשעה 7:00. בעדותה הראשונה של המתלוננת 1 בבית המשפט היא תיארה כיצד התעוררה, בפעם השנייה, לאחר עזיבת המערער את חדר המלון.

המתלוננת 1 העידה כי בבוקר, כשהתעוררה, לא זכרה את אירוע האונס שתיארה (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 116-117). לדבריה, המתלוננת 2 אמרה לה בשלב זה שאף היא אינה זוכרת את אירועי הלילה אך היא חושבת שהמתלוננת 1 שכבה עם המערער (שם, בעמ' 39-41). אולם, המתלוננת 2 לא זכרה שאמרה דברים אלו.

84. במהלך היום השתיים השלימו פרטים ביחס לאירועי הלילה בשיחותיהן אחת עם השנייה וגם עם א' ח', אשר אף הוא ליקט מידע מחברו ע' צ' (פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 323-324; פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 53; ראו גם ת/7, בעמ' 4-5). הן הסתובבו בטיילת באילת, פגשו את אמה של המתלוננת 2 ואת חברתה. המתלוננת 2 פגשה גם את א' ח' ולקחה ממנו את הטלפון הנייד שלה שנותר אצלו לאחר שמצא אותו במועדון.

85. המתלוננת 2 פירטה ביחס לשלב שבו השתיים שוחחו והשלימו יחדיו את פרטי הלילה:

"יצאנו מהמלון של אמא שלי. ואז [המתלוננת 1] ואני מנהלות שיחה כזאת. [המתלוננת 1] אומרת לי 'את יודעת, אתמול, אני חושבת שטל היה איתי', ואני אומרת לה 'מה

זאת אומרת טל היה איתך?', אז היא אומרת לי 'אני זוכרת. אני חושבת שהוא אנס אותי' ואמרתי לה 'מה זאת אומרת את חושבת שהוא אנס אותך?' ואז היא אמרה 'כן, אני זוכרת שהוא היה איתי, אני פשוט זוכרת שהוא היה איתי' ואני מסתכלת עליה ואני אומרת לה '[המתלוננת 1] אני חושבת שהוא היה גם איתי'. ואז היא שאלה אותי מה זאת אומרת? ואמרתי לה 'הוא היה איתי גם. פשוט לא במיטה. הוא היה איתי בשירותים'. ואז התחלנו לעבד את כל הערב שהיה ולדבר" (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 188).

עוד הוסיפה המתלוננת 2, כי המילה "אונס" הוזכרה רק בשעות הערב (שם, בעמ' 194) וכי היא שהשלימה את מרבית הפרטים למתלוננת 1 (שם, בעמ' 199).

86. בשלב מסוים, לאחר שכל אחת מהמתלוננות שוחחה עם ידיד שלה, הן החליטו להגיש תלונה במשטרה. השתיים פנו ל-א' ח', אולם הוא נלחץ וסירב ללוות אותן לתחנת המשטרה לצורך הגשת התלונה. על כן, ומשהן לא חשו בטוב וסברו כי עלה להן "חום", הן פנו לאמה של המתלוננת 2, וביקשו שתגיע לחדרן. שם, הן סיפרו לה כי נאנסו, והוגשה תלונה בהתאם במשטרה. לאחר ששוטרים גבו את עדות המתלוננות, המערער נעצר במקום עבודתו – במועדון. חיפוש שנעשה על גופו ובביתו על מנת למצוא ברשותו, בין היתר, סם אונס לא הניב ממצאים.

87. מכאן לתיאור הקשר שבין המערער למתלוננות בבוקר שלאחר האירוע ובהמשך אותו היום. המתלוננת 1 סיפרה שראתה כי בשעה 7:24 בבוקר המערער שלח לה הודעת "ווטסאפ" שבה נכתב: "[המתלוננת 1] מה קורה זה טל מהכניסה של הסיפרייה, תדברי איתי כשאת קמה". בשעה 11:33 שלחה לו הודעה "אנחנו שכבנו אתמול?" אשר אחריה חסמה אותו ב"ווטסאפ", וזאת בטרם השיב. בשעה 12:33 המערער שלח למתלוננת 1 הודעה (שלא באפליקציית "ווטסאפ") "אם נלחץ לפחות תוריד את החסימה" ו"באמת לא מבין מה החסימה הזאת הייתי אליך הכי בסדר בעולם עזרתי לך ודאגתי לך ואל תדאגי לא שכבתי איתך ולא עם [המתלוננת 2] למרות שהיא רצתה את זה דאגתי עזרתי ולא מעבר" (ת/20).

המתלוננת 2 אף שוחחה במכשיר הטלפון הנייד עם המערער. היא תיארה כיצד התקשרה אליו וביקשה להבין ממנו מה ארע בלילה, ואילו הוא הכחיש כי קיים איתן מגע מיני כלשהו בשל מצבן. בשלב מסוים, המתלוננת 1 סיפרה למערער בפלאפון כי חסמה אותו באפליקציית ה"ווטסאפ" מאחר ש"נלחץ לי בטעות" (ת/27).

88. בשיחה בין המערער ל-ע' צ' בשעה 12:00 לערך, המערער ביקש ליזום מפגש (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 374), וניסה לשכנעם לבוא למסיבה בחוף (שס), וזאת על מנת לפגוש פעם נוספת את המתלוננת 1. בשיחה זו סיפר ל-ע' צ' כי לא קיים יחסי מין עם המתלוננת.

ניתוח המסקנות המשפטיות על בסיס הראיות שהוצגו

89. על רקע תשתית עובדתית נרחבת זו אפנה לניתוח המסקנות והשגיאות שנפלו בהכרעת הדין.

לעניין זה, אתמקד בקביעות בית המשפט המחוזי ביחס לשקרי המערער – להם ניתן בהכרעת הדין משקל ראייתי מוגזם; עוד ארחיב ביחס לגרסאות המתלוננות – אשר בנסיבות העניין גובשו יחדיו, נשזרו אחת בשנייה והתגלו בהן אי-התאמות גם בהיבטי ליבה.

משקלה של גרסת המערער והמשמעות הראייתית של שקריו

90. בדומה לבית המשפט המחוזי, אף אני סבור כי ככלל, אין לבסס כל ממצא עובדתי על גרסת המערער שאינה נתמכת בראיה חיצונית (כגון עדות ע' צ' או תכתובות מזמן אמת). המערער לא אמר אמת באופן עקבי ביחס לקיום יחסי מין עם המתלוננות. הוא הכחיש זאת בשיחתו הטלפונית עם ע' צ' והכחיש זאת בשיחת טלפון לפני המתלוננות – טרם הגשת התלונה, במהלך חקירותיו במשטרה וגם במסגרת העימותים שנערכו בינו לבין המתלוננות. רק במהלך המשפט שינה את גרסתו וטען כי אמנם קיים עם המתלוננות יחסי מין, אך בהסכמה.

91. איני מתעלם מאי-אמירת אמת זו של המערער. אלא שיש להתעמק ולבחון מה משמעותה בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו. בהתאם, יש לקבוע מה משקלה הראייתי בראי הכללים שנקבעו בפסיקה.

כלל הוא כי שקרי נאשם יכולים לחזק את משקל ראיות התביעה (ע"פ 1130/19 שוא נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (27.12.2020); ראו גם: ע"פ 2854/18 משה נ' מדינת ישראל, פסקה 63 לחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין (27.8.2019)). אולם, כלל זה מבוסס בין היתר על ההבנה ששקרים יכולים להוות, כשלעצמם, התנהגות

מפלילה המלמדת על תחושת אשם (ע"פ 517/86 ברוקס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 441, 450 (1989); יעקב קדמי, על הראיות - חלק שני - הדין בראי הפסיקה 831 (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009); ע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826, 833 (1982)).

92. במקרה דנן, בית המשפט המחוזי דחה באופן גורף את גרסת המערער, אך לא נתן דעתו להיבט משמעותי בה – ההבדל הדרמטי בין התנהגות המערער לפני שהמתלוננת 1 שלחה לו הודעה ובה שאלה אם הם "שכבו" לבין התנהגותו לאחר מכן. הבדל זה, המתייחס לעיתוי שקרי המערער, משמעותי לצורך קביעת משקלם הראייתי.

93. כאמור, המערער עזב את חדר המלון בסמוך לשעה 7:00. בדרכו החוצה פגש פעם נוספת את מאבטח המלון, אשר לו היכרות מוקדמת עמו כאמור. לפי עדות המאבטח, השניים ישבו יחדיו בלובי ואז המערער סיפר לו כי "היה נחמד" (פרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 20). עוד העיד, כי המערער סיפר לו שהוא שכב עם שתי הבנות (שם, בעמ' 21). המערער אף הציג למאבטח את התמונה שצילם בפלאפון בה הוא שוכב במיטה לצד המתלוננות. המאבטח ציין כי זו "תמונה שהם מחובקים ומחויכים גם אפשר לציין" (שם, בעמ' 23). המערער אישר כי פגש את המאבטח, הראה לו את תמונת ה"סלפי" וסיפר לו כי "היה" עם שתי חברות ו"השוויק" בפניו, כלשונו (פרו' דיון מיום 27.10.2020, בעמ' 563).

94. באופן דומה, המערער שלח הודעת "ווטסאפ" בשעה 7:10 לחברו, א' פ', ודיווח לו שבסוף "הייתי עם שתיהן" (ת/19, בעמ' 13771). לאחר זאת, שלח לחברו מספר הודעות ובהן פירט דברים אשר גם לגרסתו כעת אינם נכונים. בין היתר, כתב "אודגיות מטומטמת" (שם, בעמ' 13772) וטען כי יש סרטים בפלאפון של אחת מהמתלוננות ומדובר היה ב"פנטזיה" שהיא רצתה להגשים (שם, בעמ' 13772). עוד שלח לחברו הודעות שמהן עולה כי הוא מעוניין לקבוע מפגש נוסף עם המתלוננות שבו ישתתף גם אותו חבר.

95. ניכר אפוא כי לפני קבלת הודעת המתלוננת 1 בשעה 11:33 (ת/20) המערער לא התנהג כמי שסבור שדבק בו אשם כלשהו. נהפוך הוא, הוא התגאה במעשיו. המערער צילם את עצמו במיטה עם שתי המתלוננות; דיווח על כך שקיים יחסי מין עם המתלוננות למאבטח המלון כאמור, אשר לו היכרות שטחית עמו; ואף התרברב גם בפני חברו – א' פ'. אולי חשוב מכל – הוא שלח למתלוננת 1 הודעה בשעה 7:24 וביקש כי תיצור עמו

קשר כאשר היא מתעוררת. הודעה זו ודאי משקפת את רצונו לפגוש או לשוחח עם המתלוננת 1 פעם נוספת.

96. התנהגות זו, ובמיוחד ההודעה למתלוננת 1 מזמן אמת, מעוררת תהיות באשר למסקנה כי המערער חש אשם כלשהו על כך שקיים יחסי המין עם שתי המתלוננות ואף מקשה על מסקנה כי בזמן אמת המערער אכן ראה פסול במעשיו. מכאן שנעדר היבט ראייתי זה הנותן משקל לשקרי נאשם – כסממן לתחושת אשם. אולם, להבחנה משמעותית זו בהתנהגותו של המערער בית המשפט המחוזי לא התייחס בהכרעת הדין.

97. התנהגות המערער אף יכולה לשמש כמשקל נגד מסוים לשקריו המאוחרים. אין חולק כי המתלוננת 1 מצאה חן בעיני המערער, החל מהמפגש הראשון בין השניים. משהבין בשעה 11:33 כי המתלוננת 1 ככל הנראה אינה זוכרת את אירועי הלילה – לאחר ששאלה אותו אם הם שכבו ומיד "חסמה" אותו באפליקציית "ווטסאפ", התעורר אצלו חשש של ממש.

98. למעשה, החל מקבלת אותה הודעה, המערער ניסה בכל דרך להרחיק עצמו מן המעשים. בכלל זה, הוא ניסה, באופן נואש למדי, לשכנע את המתלוננות גם במהלך העימות איתן כי זכרון בוגד בהן וכי לא קיים עמן יחסי מין. מדובר בהתנהגות לקויה במישורים רבים, אולם ערכה, מבחינה ראייתית, צריך להיבחן אל מול האופן שבו התנהג המערער בזמן אמת. כלומר, בטרם התעורר בקרבו החשש כי המתלוננת 1 אינה זוכרת באופן ברור אם קיימה עמו יחסי מין.

התפנית החדה בהתנהגות המערער לאחר קבלת הודעת המתלוננת 1 באה לידי ביטוי גם בהמשך התכתבותו עם חברו. בשעה 15:30 דיווח המערער ל-א' פ' "כן רבתי איתה אחי" (ת/19, בעמ' 13775) והוסיף "התווכנו על משהו" (שם), ולאחר מכן תיאר כי "חסמה" אותו "בכל מקום אפשרי" (שם, בעמ' 13776). אז, העביר את מספרה של המתלוננת 1 ל-א' פ' והפציר בו ליצור עמה קשר. לאחר מכן, המערער תיאר את המתלוננות באופן מבזה.

99. יוצא כי לא רק שקשה לקבוע כי המערער חש תחושת אשם סובייקטיבית המקנה משקל ראייתי ממשי לשקריו, אלא שהוצג הסבר לשקרים אלו אשר לאו דווקא מחזק את הראיות נגדו (ראו והשוו: עניין ניאזוב, בפס' 72 לפסק דינו של השופט נ' סולברג).

100. כך או אחרת, זהירות רבה מתחייבת בעת קביעת ממצאים עובדתיים בהסתמך על שקרי נאשם. מטבע הדברים, מקום שבו נאשם שיקר באופן חוזר ונשנה ביחס לסוגיות אשר בליבת האישומים נגדו, בית המשפט יתקשה לתת אמון כלשהו בדבריו. אלא שעיקר הסיפור שאותו המערער תיאר – כי המתלוננת 1 חפצה בשלב מסוים בקרבתו, כי התנשק עמה במועדון, כי סייע לה להתקלח, כי סירק את שיערה, כי היא אמרה ל-ע' צ' שהיא רוצה שהמערער יישאר בחדר המלון וכו' – הוא סיפור תמוה למדי. בכל זאת, נקבע כי כך היה. היינו, התרחיש העובדתי העולה מהראיות המהימנות שאין עליהן חולק הוא ממילא תרחיש מעט חריג. במצב זה, משנדחתה גרסת המערער יש להיזהר מפני השלמת החוסר הראייתי על בסיס תרחיש "סביר" כלשהו או מכוח שקריו.

101. לסיכום עניין זה: בעוד שבדומה לבית המשפט המחוזי איני רואה לבסס ממצא עובדתי כלשהו על גרסת המערער לבדה; בשונה מבית המשפט המחוזי, איני רואה להעניק לשקרי משמעות ראייתית כה דרמטית. יש לנהוג במשנה זהירות. מכל מקום, ואף זאת יש להזכיר, שקרי נאשם – בוטים ככל שיהיו – אינם מספקים על מנת להוכיח את אשמתו, אלא יש בהם כדי להצטרף לתשתית ראייתית אשר לחובת נאשם (ע"פ 3965/22 טל נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (30.3.2023)).

אופן גיבוש גרסאות המתלוננות

102. בית המשפט המחוזי אימץ, באופן גורף, את גרסאות המתלוננות כפי שנשמעו לפניו. מלבד זאת, אף ראה חיזוק בין היתר בכך שהן תומכות ומשלימות אחת את רעותה, תוך התעלמות מכך שגרסתן וסיפורן גובשו יחדיו ביום שלאחר האירוע כמתואר לעיל. גם בכך, אני סבור כי מסקנותיו של בית המשפט המחוזי לוקות בחסר ואינן נותנות מענה ראוי למכלול חומר הראיות שהונח בפניו ואשר עליו נדרש לתת את הדעת.

103. כפי שאפרט כעת, קיים יותר מחשש כי גרסאות המתלוננות "זוהמו". טענה ל"זיהום" עדותו של אדם מתייחסת למצב שבו עדותו אינה משקפת דברים אשר חווה באופן בלתי אמצעי, אלא היא נסבה על דברים אשר שמע מפי אחרים (ע"פ 1947/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (20.12.2009)). ביחס למקרים שבהם מתעורר חשש לזיהום עדות, נקבע כי נדרשת "זהירות יתרה" מצד בית המשפט (ע"פ 1647/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (9.1.2019) (עניין פלוני)); וכי יש לבחון מהי מידת "ממשותת החוויה" שאותה מתאר קורבן העבירה או העד הרלוונטי על מנת לקבוע את ערכה הראייתי של אותה עדות (ע"פ 4583/13 סן נ' מדינת ישראל, פסקה 56 (21.9.2015)).

בענייננו, נקבע כי המתלוננות עשו מאמץ להבחין בעת מסירת עדותן וגרסאותיהן במשטרה בין דברים שנאמרו להן לדברים שנקלטו בחושיהן שלהן. אולם, בכל זאת, התברר כי בנקודות מסוימות אף לא יכלו להבדיל בין מה שסופר לבין מה שהן עצמן ראו ושמעו.

104. אקדים ואומר, כי באשר להיבטים המשמעותיים ביותר בחלק השלישי כאמור – לאחר עזיבת ע' צ' את חדר המלון, גרסאות המתלוננות אינן יכולות לתמוך באופן מובהק אחת בשניה. בשלב שבו התקיים המגע המיני בין המערער למתלוננת 1, חברתה הייתה במקלחת. כמו כן, המגע המיני בין המערער למתלוננת 2 התקיים בחדר המקלחת, בעוד שהמתלוננת 1 שכבה במיטה. האחרונה לא ראתה כאמור מגע זה, אך היא העידה כי שמעה את דברי המתלוננת 2 במהלכו (לעניין זה ארחיב בהמשך).

המתלוננת 1 אף לא יכולה לשפוך אור באופן ממשי על חילופי הדברים שבין המערער למתלוננת 2 לפני המעבר לחדר המקלחת, כאשר לעניין זה ספציפית הודתה כי ייתכן שהתבלבלה עם גרסת המתלוננת 2; והמתלוננת 2 אינה יכולה להעיד על חילופי הדברים בין המערער לחברתה במיטה ולפני המגע המיני. זהו היבט ראשון היוצר מורכבות.

105. היבט נוסף ומשמעותי ביותר הוא האופן שבו גרסאות המתלוננות התגבשו לאחר שבבוקר האירוע הן התעוררו, לגרסתן מבלי לזכור את שהתרחש. גיבוש הגרסאות באופן זה יצר ביניהן ערבוב מסוים. כך, המתלוננת 1 מסרה בהודעתה הראשונה במשטרה כי המתלוננת 2 היא שסיפרה לה שהמערער קילח אותה, הלביש אותה ושם אותה במיטה (ת/7, בעמ' 2). אלא שעובדה זו אינה מתיישבת כאמור עם כך שהמתלוננת 2 העידה שהיא כלל אינה זוכרת חלקים נרחבים משלב זה – אלא רק כי שהתה במרפסת ולאחר מכן במקלחת. המתלוננת 1 כלל לא זכרה תחילה כי ע' צ' היה בחדר המלון – ולפי הודעתה גם עובדה זו הושלמה לה בדיעבד על ידי המערער, א' ח' והמתלוננת 2 (שס).

106. גרסאות המתלוננות "התערבבו" לחלוטין בהתייחסותן לשלב שבו המתלוננת 2 יצאה מהמקלחת – בין המגע המיני שבין המתלוננת 1 למערער למגע המיני שבין המתלוננת 2 למערער.

במהלך המשפט התעוררה מחלוקת באשר לעיתוי והאופן שבו המתלוננת 2 יצאה מן המקלחת וראתה את המתלוננת 1 והמערער במיטה. בחקירותיה במשטרה המתלוננת 1 תיארה מצב שבו "אחרי כמה דקות שמעתי צעדים וראיתי את [המתלוננת 2] עומדת מחוץ לשירותים, הוא יצא ממני וסגר את המכנס והתקדם לכיוון שלה והוא שאל אותה אם היא צריכה עזרה והוא נכנס איתה לשירותים" (ת/9, בעמ' 1-2).

בשונה מכך, בעדותה בבית המשפט הסבירה המתלוננת 1 כי זכור לה שהמתלוננת 2 נשכבה לידה קודם לכן, ורק לאחר כמה דקות הלכה עם המערער לשירותים (באופן המתיישב עם גרסת חברתה):

"ואז הוא יצא סיים נגמר אני לא יודעת מה ואז אני שמעתי אותו הולך לשירותים לכיוון של השירותים כאילו ואני הסתכלתי הצדה ואני ראיתי את [המתלוננת 2], [המתלוננת 2] היתה נראית גמורה ואז היא באה נזרקה כזה על המיטה נשכבה במיטה. לאחר כמה דקות גם אני לא זוכרת כל כך מה היה, לאחר כמה דקות היא הגיעה לשירותים, מה שסיפרו לי עוד פעם, אני אדגיש את זה, טל סחב אותה לשירותים, הרים אותה וסחב אותה לשירותים [...] " (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 41-39).

הדברים באו לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בדבריה של המתלוננת 1, כאשר נשאלה בחקירה הנגדית על אי-ההתאמה שבין גרסאותיה לעניין ספציפי זה, השיבה "יכול להיות שהתבלבלו לי הסיפורים ממה שהיא סיפרה לי אני לא יודעת" (שם, בעמ' 135).

107. בית המשפט המחוזי, למרבה התמיהה, ראה בדברים אלו של המתלוננת 1 כחיזוק למהימנותה, משהיא ידעה להבחין בין פרטים שזכרה בעצמה לפרטים ששמעה מגורם אחר (עמ' 41 להכרעת הדין). לא רק זאת – הם תוארו בהכרעת הדין תחת הכותרת: "המתלוננת עשתה אבחנה עקבית בין פרטים שזכרה בעצמה ובין פרטים ששמעה מגורם אחר". אולם, נראה כי לעניין זה בית המשפט לא דק פורתא שהרי המתלוננת 1 לא ידעה להבחין בין הגרסאות מיוזמתה, אלא רק לאחר שנשאלה בחקירה הנגדית על הסתירה שבין הדברים שמסרה במשטרה, לבין עדותה בבית המשפט.

אם כן, תשובה זו של המתלוננת 1 מלמדת כביכול על כנותה, אך בד-בבד גם על כך שקיים חשש לא מבוטל כי גרסתה וגרסת חברתה נשזרו אחת בשנייה גם בהיבטים נוספים. יוצא כי בית המשפט המחוזי ראה בדברים אלו של המתלוננת 1, שהיו צריכים

להטיל ספק ביכולת לקבוע ממצאים עובדתיים על בסיס גרסתה, דווקא כחיזוק ראייתי בכיוון ההפוך.

108. דוגמא נוספת ל"זיהום" גרסאות המתלוננות באה לידי ביטוי בהיבט ליבה של גרסת המתלוננת 2. ביחס לאשר ארע בין המערער למתלוננת 2, סיפרה המתלוננת 1 כי שמעה את חברתה צועקת "אל תיגע בי אל תיגע בי", אולם לא היה ביכולתה לקום ולסייע לה (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 39-41).

בחקירתה הנגדית, באת-כוח המערער העלתה בפני המתלוננת 1 את האפשרות שלפיה היא לא שמעה אמירות אלו בעצמה, אלא המתלוננת 2 היא שסיפרה לה זאת, ובעקבות כך היא אימצה את הדברים לגרסתה שלה. במענה, המתלוננת 1 השיבה כי דווקא היא ש"השלימה" למתלוננת 2 את הפרט שלפיו האחרונה אמרה במהלך אירוע האונס הנטען "אל תיגע בי", וכלשונה:

"אני לא שמעתי מ[המתלוננת 2], אני שמעתי מעצמי ואני זוכרת את זה. אני לא שמעתי את זה מ[המתלוננת 2]. אני סיפרתי לה שהיא צעקה אל תיגע בי, זה לא שהיא סיפרה לי, אני סיפרתי לה" (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 139).

בהמשך עדותה, הסבירה כי לא סיפרה למתלוננת 2 זאת בשעות הבוקר שלאחר האירוע, אלא העלתה זאת לראשונה בעדותה במשטרה (שם, בעמ' 141) ולאחר מכן סיפרה על כך למתלוננת 2 "כל תקופת הזמן ששירתנו ביחד. כשאנחנו דיברנו על זה" (שם, בעמ' 141). בשונה מכך, המתלוננת 2 העידה כי המתלוננת 1 אמרה לה דברים אלו ביום שלאחר האירוע: "ש. [...] כשאת אומרת לה את זה, שגם את נאנסת, היא מספרת לך שהיא שמעה אותך צועקת, נכון? ת. כן. היא אמרה לי 'שמעתי אותך צועקת תפסיק אל תיגע בי'" (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 201).

האמור לעיל מדובר בעד עצמו. זוהי סוגיה משמעותית – מדובר בעניין המצוי בלב גרסת המתלוננת 2 וקשה לקבוע אם מדובר בזיכרון אותנטי שלה או בעובדה שהושלמה לה על ידי חברתה במועד כלשהו. מדובר גם בסתירה משמעותית בין גרסאות המתלוננות, המתייחסת לדברים שכביכול נאמרו במהלך המגע המיני עצמו.

109. זאת ועוד, במספר היבטים השלמת הפרטים נעשתה לא רק בין המתלוננות, אלא יחד עם א' ח' ו-ע' צ'. אלא שאנו למדים כי בציר מידע זה "זרם" גם מידע לא מדויק. כך

למשל, נאמר למתלוננת 1 כי 'א' ח' הדף באופן חוזר ונשנה את ניסיונותיו של המערער "להתחיל" עם המתלוננת 1. בעוד שזו הצטרפה אליו מרצונה מספר פעמים במועדון, כעולה מתיעוד האירוע במצלמות האבטחה. המתלוננת 1 והמערער אף נצפו מתנשקים. יתרה מזאת, מספר פעמים המתלוננת 1 נענתה להזמנתו של המערער והלכה עמו במועדון עד אשר שבה לשולחן.

110. לא ניתן להתעלם מכך שביום שלאחר האירוע, יתר בני החבורה (ע' צ', א' ח') ביקשו מטעמיהם להסיר מכתפיהם אחריות, בעיקר מבחינה מוסרית, לאירועי הלילה; או, לכל הפחות להציג את מעשיהם באור חיובי יותר מאשר משתקף מיתר הראיות.

בשלב מסוים, טרם הגשת התלונה, א' ח' פנה למתלוננות והביע חשש שהגשת התלונה עלולה להזיק ל-ע' צ' (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 255). כך כתב למתלוננת 1: "אני רק מפחד על [ע' צ'] שלא יחשבו עליו משהו עכשיו" והמתלוננת 1 השיבה לו "לא יעשו לו כלום תסמוך עלינו" (ת/49ד, בעמ' 23). ע' צ', אף הוא הביע חשש: "אני נלחצתי, כן, אני הייתי בחדר וברור שפחדתי שזה יגיע אליי באיזושהי צורה עקיפה ולא נכונה, אבל עד כמה שאני זוכר זה מה שאמרתי, כן, אני לא יודע האם הן נאנסו או לא" (פרו' דיון מיום 1.7.2020, בעמ' 457).

במקביל לכך, בני החבורה הציגו את פעולות המערער, במסגרת השלמת הפרטים למתלוננות בגדרי "שחזור" אירועי הלילה, באופן מוטעה שאינו מתיישב עם מכלול הראיות. למתלוננת 1 צוירה כאמור תמונה כי המערער הטריד אותה באופן חוזר ונשנה במהלך הבילוי במועדון, ואילו לא כך הם פני הדברים. כפי שארchiב בהמשך, בשלב זה ממש המתלוננות אף האמינו כי אדם כלשהו במועדון החדיר למשקה שלהן סם אונס. גם היבט זה, ייתכן שהשפיע על האופן שבו שוחזרה וגובשה גרסת המתלוננות וגם לעניין זה בית המשפט המחוזי לא נתן את דעתו.

111. הנה כי כן, בית המשפט המחוזי אימץ את גרסאות המתלוננות מבלי לתת את הדעת על המורכבות האמורה. כשלעצמי, משעה שאחת המתלוננות מודה בהגינותה כי ייתכן שאימצה לתוככי גרסתה תיאור שסופר לה על ידי מתלוננת אחרת, עד כדי כך שהיא אינה יודעת להבדיל בין זכרונה שלה לאשר סופר לה – הדבר מעמיד בסימן שאלה את היכולת לקבוע ממצאים עובדתיים נחרצים ביחס לאותה גרסה. כאשר מדובר בתיאור שניצב בלב האירוע, גם מבחינת עיתויו וגם מבחינת מרכזיותו בגרסת המתלוננת, סימן

זה מתחדד עוד יותר. בית המשפט המחוזי לא רק שלא ראה קושי בכך, אלא קבע כי הדמיון בין גרסאות המתלוננות מהווה ביסוס נוסף למהימנותן ואת זאת אין לקבל.

מצבן ההכרתי של המתלוננות בעת האירוע

112. לגרסתן של המתלוננות, לאורך ליל האירוע בא לידי ביטוי הפער שבין האופן שבו הן חשו מבחינה סובייקטיבית – חוסר מודעות כביכול, לבין התנהלותן בפועל. לטענתן, משך זמן משמעותי שבו בילו במועדון נמחק מזיכרון. בפרק זמן זה הן ביצעו פעולות רבות – רקדו, בילו, התנשקו עם חלק מחבריהן וכן הלאה. המתלוננת 1, לדבריה, כלל לא זכרה תחילה כי פגשה את המערער לאחר שהושיב אותן בשולחן, וזאת למרות שלפחות 3 פעמים פגשו זו את זו בזמן הבילוי במועדון והיו ביניהם חילופי דברים.

גם בהמשך ציר הזמן, עם ההגעה למלון, המתלוננות ביצעו שלל פעולות אשר הן לא זכרו לגרסתן – אחת מהן (לא נקבע מי מהן) פירטה את שמה ומספר החדר לפקיד הקבלה; המתלוננת 1 ניהלה שיח כלשהו עם המערער לגבי סיוע בביצוע מקלחת; השיבה למערער כי ברצונה שיסרק את שיערה; קמה לבדוק לשלומה של חברתה אשר הייתה במקלחת; אמרה לע' צ' כי היא רוצה שהמערער יישאר בחדר; השיבה באופן קוהרנטי למבחן "סימון האצבעות" שביצע לה המערער; הנהנה לחיוב במענה לשאלת ע' צ' באשר למצבה טרם עזיבת החדר. כל הפעולות האלו שנקבע כי התרחשו – נטען כי המתלוננת 1 לא זכרה.

כאשר אלו הם פני הדברים, קיים קושי רב לקבוע קביעה עובדתית ברף הנדרש במשפט הפלילי כי תיאורה של המתלוננת 1 ביחס לדברים שהתרחשו בסמוך לאחר מכן, במהלך המגע המיני עם המערער – הוא תיאור שלם ומדויק של הדברים. קיים אפוא חשש כי בדומה לאירועים שהתרחשו קודם לכן כמעט לאורך כל הלילה, זיכרונה אינו מדויק. בנסיבות האמורות, גרסתה יותר מאשר מעוררת תמיהה אם תיאורה משקף באופן מדויק ושלם את פני הדברים.

113. לא רק זאת, המתלוננת 1 מסרה בהודעתה הראשונה במשטרה שכאשר המערער החדיר לה את איבר מינו, הוא שאל אותה אם היא נהנית ואם כן לה והיא לא השיבה. כאשר נשאלה ישירות: "האם הבעת התנגדות כלשהי", השיבה: "אני לא זוכרת. אני לא זוכרת גם אם הבעתי הסכמה" (ת/7, בעמ' 4). תיאור זה מבטא הבנה של המתלוננת 1 כי

היא אינה יכולה לדעת כיצד הגיבה ובהמשך לכך, כיצד פירש המערער את התנהגותה. בכך נפגמת עוד יותר האפשרות לבסס הרשעה על גרסתה בנסיבות אלו.

114. הדברים דומים בעיקרם לגבי המתלוננת 2. מתלוננת זו נכנסה להתקלח לבד ודחתה את העזרה שהוצעה לה על ידי ע' צ'; היא הורידה את בגדיה לבד, הגם שלא זכרה כלל מי הוריד את בגדיה (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 185). היא הקפידה לחלק בעדותה בין פרק הזמן שלפני המקלחת, לבין האירועים שלאחר המקלחת, משחשיה התחדדו לגרסתה. אלא ש-ע' צ' העיד כי המתלוננת 2 אישרה לא אחת במענה לשאלותיו, בעוד היא במקלחת, כי היא "בסדר" ועוד "שתי דקות" היא יוצאת. עדות זו לכאורה תומכת בכך שהייתה במצב "מפוכח" גם במהלך המקלחת, בעוד שלפי עדות המתלוננת 2, מצבה ההכרתי היה רעוע בשלב זה.

המתלוננת 2 אף סיפרה בשלב מסוים כי המערער הוא שהלביש אותה טרם המגע המיני – ואולם בעדותה בבית המשפט סתרה עצמה והעידה כי התלבשה בכוחות עצמה (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 233). אי-הלימה זו בגרסת המתלוננת 2 מתייחסת כאמור לפרק הזמן שלאחר המקלחת – כאשר לדבריה זכרה כל פרט ופרט.

כמו כן, טענת המתלוננת 2 שלפיה אמרה למערער במהלך המגע המיני ש"לא יגע בה" סופרה לה כאמור לראשונה על ידי המתלוננת 1. יוצא אפוא שגם לגרסתה, המתלוננת 2 לא זכרה זאת בבוקר האירוע. בכל זאת, ידעה מאוחר יותר לתאר זאת לפרטי פרטים. יש להוסיף, כי במהלך העימות עם המערער סיפרה המתלוננת 2 כי אמרה "גם" ל-ע' צ' ש"לא יגע בה" (ת/12, בעמ' 7-8). עניין זה לא התברר בהמשך ההליך. מכל מקום, על דברים אלו לא חזרה בעדותה והן אף לא עלו בעדותו של ע' צ'.

115. על כן, ובהתחשב בכך שגרסאות המתלוננות אינן משקפות באופן מלא את התרחשות הדברים בחדר המלון, האפשרות כי היה שיח נוסף בין המתלוננות למערער שהן אינן זוכרות, מיד לפני המגע המיני או אפילו במהלכו; כמו גם האפשרות כי התרחשות הדברים הייתה שונה, אינה מופרכת כלל.

אבהיר, כי אין משמעותה של קביעה זו שאני סבור כי יש לקבל דווקא את גרסת המערער שלפיה דווקא המתלוננות הן שיזמו עמו את יחסי המין באותה נקודת זמן. עם זאת, בין גרסתו לבין תיאורן וגרסתן של המתלוננות קיים פער משמעותי שיוצר חלל ראייתי שלא ניתן להשלימו.

סיכום הראיות

116. המקבץ הראייתי המפורט לעיל מעורר ספקות אשר יש בהם כדי לערער את המסד העובדתי שהביא את בית המשפט המחוזי להרשיע את המערער. קיים אפוא ספק סביר באשר לאשמתו של המערער. על ספק זה לפעול לזכותו כנדרש במשפט הפלילי.

117. באשר לשלב המרכזי של האירוע, מה שארע בחדר המלון באותן דקות רלוונטיות – כל אחת מעדויות המתלוננות ניצבת במידה רבה לבדה. לצד ראיות המלמדות כי המתלוננות היו במצב הכרתי בעייתי, ישנן גם ראיות שמכרסמות במסקנה זו – שהרי ממש לפני המגע המיני כל אחת מהמתלוננות הגיבה באופן קוהרנטי, ידעה להביע את רצונותיה ותקשרה באופן תקין עם המערער ולפני כן גם עם ע' צ'. למעשה, ע' צ' שאף להישאר "כמתוכנן" בחדר עם המתלוננות במקום המערער, ואלמלא התעקשות המערער להמשיך לשהות בחדר המלון ובקשתה המפורשת של המתלוננת 1 כי המערער יישאר בחדר – ייתכן שכך היה.

יתרה מזאת, גרסאות המתלוננות, שעליהן מבוססת הרשעת המערער, התגבשו בפרקי זמן שונים ונשזרו כאמור זו בזו לפרקים. בהיבטי ליבה של ההליך, אין לנו דבר להסתמך עליו מלבד עדותן של כל אחת מבין המתלוננות. לעיתים די בכך כדי לבסס הרשעה; ולעיתים, כבמקרה שלפנינו – מדובר במסד ראייתי מעורר ספק ובלתי מספק להרשעה.

118. רוצה לומר: בנסיבות הראייתיות של תיק זה, הגם שלא ניתן לקבוע כי המתלוננות במובהק אינן דוברות אמת, לא ניתן לבסס הרשעה בפלילים על גרסתן. על המנעד הקיים ביחס להתרשמות והסתמכות על גרסת מתלוננת, עמד בעבר הנשיא א' גרוניס:

"אכן, הראיות בתיק דנא הינן גבוליות ולא אגזים אם אומר כי מדובר בראיות גבוליות מאוד. אין ספק, כי המקרה שלפנינו הינו מקרה קשה מבחינות שונות. איני סבור, כי המתלוננת דוברת שקר. היפוכו של דבר, סבורני כי יש ליתן אמון בדבריה. עם זאת, לצורך הרשעה בפלילים יש להוכיח את יסודות העבירה מעבר לספק סביר [...]. רמת האמון שנכון אני ליתן בדברי המתלוננת אינה כזו שתצדיק הרשעה מעבר לספק סביר. יש להבין, כי כאשר שופט או שופטת מעריכים את מהימנותה של

עדות המושמעת בפניהם, אין הדברים בהכרח בגדר שחור או לבן. במילים אחרות, האפשרויות העומדות בפניהם אינן שתיים קיצוניות: אמן מלא בדברים או קביעה שהדברים הם דברי שקר. במנעד שבין שתי האפשרויות האמורות נמצאות אפשרויות נוספות. כך, ניתן לקבוע כי מידת האמן הניתנת לדברי העדה או העד הינה כזו שמספיקה לשם קביעה, כי התביעה הוכחה במאזן ההסתברויות, אך אינה מספקת לשם הוכחה מעבר לספק סביר" (ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 30 (12.1.2012)).

119. בדרך הדברים הרגילה, בית המשפט נדרש לקבוע ממצאים עובדתיים ביחס להשתלשלות הדברים שבמחלוקת. על בסיס ממצאים אלו, יש לבצע ניתוח משפטי מתאים. בהתאם, יש לבחון האם התקיימו מלוא הדרישות של סעיפים 345(א)(1) ו-4(4) לחוק.

120. בענייננו, במהלך המשפט לא הוצגו ראיות מספקות באשר להתרחשות בחדר המלון לאחר עזיבת ע' צ' על מנת לקבוע קביעות עובדתיות איתנות. גרסאות המתלוננות אינן יציבות דיין לצורך כך; החיזוקים שהוצגו בהכרעת הדין – לאו חיזוקים הם; ומנגד ההסתמכות על שקרי המערער לעניין זה – מופרזת.

לא ניתן לקבוע במידה הוודאות הנדרשת מה היו חילופי הדברים בין המערער לשתי המתלוננות. אף לא ניתן לקבוע בדיוק מה היה מצבן של המתלוננות בשלב זה – כשעתיים עד שעתיים וחצי לאחר שהשתיים הפסיקו לצרוך אלכוהול, מששתו מים הקיאו והתקלחו.

121. אם כן, בשונה מבית המשפט המחוזי, איני סבור כי ניתן לאמץ באופן מלא את תיאור המתלוננות ביחס למגע המיני. כפי שסקרתי לעיל, לאורך חלקים נרחבים מהלילה – מהבילוי במועדון ועד לחדר המלון, המתלוננות ביצעו פעולות אקטיביות רבות אשר לגרסתן הן אינן זוכרות לתארן. מסקנת בית המשפט המחוזי שממנה עולה כי בנקודות זמן קריטיות אלו זכרון הוא שלם ומלא אינה מבוססת לטעמי בחומר הראיות, וזאת בלשון המעטה. בהמשך לכך, לא ניתן לקבוע כיצד המערער פירש מצב זה ואם היה מודע אליו במלואו.

לכל זאת יש להוסיף את החשש הראיתי הבסיסי הנובע מכך שגרסאות המתלוננות שוחזרו על ידן וגובשו במעין שיח משותף לאחר האירוע, במספר הזדמנויות,

כאשר בבוקר האירוע לא זכרו את שהתרחש. במצב דומה של מחסור ראייתי, קבעה השופטת מ' נאור:

"מקובל עלי כי בית המשפט אינו חייב, לצורך מסקנה מרשיעה, להכיר את כל אבני תמונת ההרכבה. ואולם, ואף על פי כן, בלא מידע מספיק – לא יוכל להרשיע. אזכיר לענין זה, על דרך ההיפוך דברים שאמרתי בעבר [...] רב הסמוי על הגלוי. התמונה שהראיות מאפשרת לבית המשפט לראות בענייננו היא כה חסרה, שאין היא מאפשרת הרשעה בטוחה באונס, או אף בעבירה קלה יותר. כשלעצמי – יש לי שאלות, אך אין לי תשובות" (ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 41 ((7.3.2012)).

122. בשל החשש מפני הרשעת חפים מפשע, המחוקק קבע "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר" (סעיף 34כב(א) לחוק); וכפי שצינתי בעבר:

"ספק סביר המצדיק זיכוי הוגדר כספק המותיר על פי מבחני השכל הישר ההגיון ונסיון החיים שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם" (תפ"ח (מחוזי חיפה) 12-7540-08 מדינת ישראל נ' פלוני ((4.7.2010)).

כלל זה הוא שמורה את הדרך. בענייננו, נותר ספק סביר המחייב את זיכוי המערער.

הנתיב השני – פגיעה בזכות המערער להליך הוגן והסעד המתאים מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק

123. כאמור, די בניתוח הראייתי לעיל על מנת לזכות את המערער. אלא שבמקרה זה, ניתן להגיע לתוצאה דומה במידה רבה גם מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, המקנה לבית המשפט את הסמכות להעניק סעד בגין הפרת זכותו של המערער להליך הוגן. על כן, ארחיב תחילה בדבר זכותו של כל נאשם להליך פלילי הוגן; אמשיך ואתאר כיצד זכות זו נפגעה במקרה הקונקרטי שלפנינו; ולאחר זאת אדון בסעד הראוי בהתאם לדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

הזכות להליך הוגן

124. הזכות להליך פלילי הוגן בשיטתנו המשפטית זכתה למעמד של זכות יסוד חוקתית (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 376 (2002); אהרן ברק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק - כרך ב - הזכות לכבוד האדם 1153-1149 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך, 2023)).

זכות זו נועדה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם והיא חלה בשלב החקירה ושלב המשפט כאחד (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פסקה 66 (4.5.2006) (להלן: עניין יששכרוב)). כפי שנקבע גם כן בעניין יששכרוב: "ההגנה על הזכות להליך פלילי הוגן אינה מתמצית בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין" (שם).

הזכות להליך פלילי הוגן אף מהווה זכות מסגרת, המשמשת בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים (שם). זכות זו, על נגזרותיה הדיוניות, נועדה לאזן את יחסי הכוח הבלתי שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה ולהבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, 425 (2005)).

125. אחד מעמודי התווך של הזכות להליך הוגן היא זכות הנאשם להשיב באופן מלא לאישום נגדו. אף נקבע כי "זכות הנאשם לפרוס את הגנתו בבית-המשפט היא זכות יסוד" (ע"פ 4765/98 סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 839,832 (1999)). זכות זו, המכונה "הזכות להתגונן", נגזרת משיטת משפטנו הקובעת כי הסנקציה הפלילית תוטל רק לאחר הליך הוגן, במסגרתו התאפשר לנאשם לשטוח את טענותיו כלפי האישום נגדו (ראו, בין היתר, עניין יששכרוב, בפס' 66; בש"פ 5881/15 מדינת ישראל נ' פישר, פסקה כ"א (15.12.2015) (להלן: עניין פישר)).

הזכות להתגונן כוללת שני היבטים: ראשית, אפשרות "טכנית" לנהל את ההגנה, ובתוך כך להיות מיוצג על ידי סנגור, לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית, להביא ראיות ולטעון טענות. שנית, מבחינה מהותית, הזכות להתגונן כוללת את האפשרות לגבש ולהציג קו הגנה ביחס לעבירה שיוחסה לנאשם (עניין פישר, בפס' כ"א; ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (2002)).

126. הזכות להתגונן באה לידי ביטוי מובהק גם באופן שבו עוצבו שלבי הליך המשפט הפלילי: בשלב הגשת כתב האישום, הנאשם הופך מודע לעובדות והעבירות המיוחסות לו ובהתאם קמה לו הזכות לקבל את מכלול הראיות שבידי המאשימה תולדת החקירה שהתנהלה בעניינו (סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי)). כל זאת, עוד בטרם הנאשם נדרש למסור מענה מפורט לכתב האישום. היבט זה משקף את גישת הדין הפלילי, שלפיה לנאשם הזכות לבנות את קו ההגנה שלו בהתאם לחומר הראיות הנמצא בתיק.

כמו כן, הבחנה זו משקפת את המעבר משלב החקירה הפלילית, שבו החשוד אינו מודע למכלול הראיות נגדו ומרווח הפעולה של רשויות אכיפת החוק רחב יחסית, לשלב המשפט הפלילי שבו "הקלפים" של המאשימה צריכים להיחשף בפני הנאשם (יוסף אלרון, "המשפט הפלילי – על צומת דרכים" ספר סלים ג'ורדאן 839, 840-839 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023); Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1, 5-6 (1964)).

המשכו של ההליך הפלילי מקדם אף הוא אינטרס דומה: תחילת שלב ההוכחות בפרשת התביעה, במסגרתה המאשימה נדרשת להציג לבית המשפט את מכלול הראיות שלטעמה מוכיחות את האישום, וזאת עוד בטרם הציג הנאשם ולו ראיה אחת מטעמו (יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים - חלק שני - הליכים שלאחר כתב אישום - א' 1423-1417 (מהדורה מעודכנת, 2009) (להלן: קדמי)). רק בסיום פרשת התביעה, כאשר הכריז התובע "אלו עדיי" (ס' 157 לחוק סדר הדין הפלילי), מתחילה פרשת ההגנה ובשלב זה מגיע תורו של הנאשם להציג את ראיותיו ועדיו (קדמי, בעמ' 1456).

מבנה זה של המשפט הפלילי מקנה יתרון דיוני נוסף לנאשם – להיחשף לעדי המאשימה ולראיותיה ולבנות את קו ההגנה שלו בהתאם (שם, בעמ' 1417; ע"פ 3956/21 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (8.9.2022)). כמו כן, במבנה זה יתרון נוסף עבור הנאשם, אשר יכול במקרים מסוימים להימנע מקיומה של פרשת הגנה ולטעון טענת "אין להשיב לאשמה" (מרדכי לוי "טענת "אין להשיב לאשמה" - בחינה מחדש" הפרקליט מט' 225, 226 (תשס"ח)).

ביצירת מנגנון זה, מבנה ההליך הפלילי מקדם פעם נוספת את זכות הנאשם להתגונן ולבנות את הגנתו בהתאם למידע ולראיות אשר בידי התביעה ושאותם היא

הציגה לבית המשפט במסגרת פרשת התביעה. יתרה מזאת, על המאשימה מוטלת החובה לפעול בשקיפות מלאה ולהניח בפני בית המשפט את מכלול הראיות המצויות בידה, גם אלו אשר אינן בהכרח משרתות מנקודת מבטה את גרסת התביעה (פסק דיני ב-תפ"ח (מחוזי חי') 3491-08-12 מדינת ישראל נ' פלוני (3.7.2014)).

לבסוף, אף במסגרת שלב הסיכומים, סיכומי המדינה מוגשים לפני סיכומיו של הנאשם. גם הסדר זה מקנה עדיפות מסוימת לנאשם, אשר לו נתונה זכות "המילה האחרונה" בהליך. אף בשלב זה, זכאי הוא לבנות את טענותיו בהתאם לטענות שהציגה המאשימה (קדמי, בעמ' 1491). מבנה ההליך המשפט הפלילי, המקנה לנאשם כאמור זכויות דיוניות נרחבות, לא נעשה רק בשם השמירה על זכויותיו, אלא מתוך ההנחה כי הליך פלילי המתברר תוך פגיעה בזכות הנאשם להתגונן מכשיל את תכלית בירור האמת – ובוודאי שאינו תורם לה (ע"פ 6426/21 מדינת ישראל נ' ביטון, פסקה 48 (28.1.2024) (להלן: עניין ביטון)).

127. הנה כי כן, כל שלב בהליך הפלילי, החל מהגשת כתב האישום, נועד לאפשר לנאשם לבנות את הגנתו המיטבית בהתבסס על מכלול הראיות שנצברו על ידי רשויות אכיפת החוק ולבסס את טענותיו כלפי העבירות והעובדות שמייחסת לו המדינה. כפי שהובהר לעיל, זכות זו אינה בעלת אופי "טכני" בלבד, אלא שיש לה השלכות משמעותיות על יכולת הנאשם להתמודד עם פערי הכוחות בינו לבין המאשימה ולבסס את הגנתו בהתבסס על מסד ראיתי רחב ככל הניתן.

מבנה זה של ההליך מאפשר להגנה לאתגר באופן מיטבי את ראיות וטענות המאשימה, ובכך הוא מקדם את יכולת בית המשפט להגיע לחקר האמת. שכן, אם האישום שהציגה המאשימה נגד הנאשם עבר תחת שבט ביקורתה של ההגנה, החשופה למכלול הראיות הרלוונטיות בעת בניית קו ההגנה, יהיה בכך כדי להפחית את הסיכון כי שגגה תצא תחת ידיו של בית המשפט ואדם חף מפשע יימצא אשם בדין (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 516-517 (1981)).

128. מבנה ההליך הפלילי מתכתב גם עם היבטה המהותי של הזכות להתגונן, הכוללת כאמור את הזכות לגבש קו הגנה ולהציגו לבית המשפט (עניין ביטון, בפס' 41-42 ו-48). כך, הזכות להתגונן אינה תחומה רק לאפשרות הנאשם לבנות קו הגנה, לנאשם צריכה להינתן הזדמנות הוגנת להציג את קו ההגנה שלו לבית המשפט, באופן שיאפשר לבית המשפט להתרשם מקו הגנה זה בזמן אמת, בזמן גיבוש דעתו על הראיות המוצגות

במשפט. שהרי, אם הנאשם יוכל להציג את קו ההגנה רק לאחר שנשמעו רבות מהראיות במשפט וכשעמדת בית המשפט ביחס לאשמתו כבר גובשה במידה רבה, אזי בשלב זה לעצם הצגת קו ההגנה עלולה להיות השפעה זניחה על יכולת הנאשם לשכנע את בית המשפט בצדקתו.

מכאן שהעיתוי הקבוע בדין להצגת קו ההגנה לבית המשפט, ויכולת הנאשם להסב בזמן אמת את תשומת ליבו של בית המשפט לקשיים הקיימים לדעתו בתיק המעוררים ספק סביר באשמתו, מהווה חלק אינטגרלי מזכות הנאשם להתגונן.

129. חשיבות סדר הדברים הנכון למיצוי הזכות להתגונן באה לידי ביטוי, בין היתר, בכך שזכות הנאשם לעיין בחומר החקירה קמה כבר בעת הגשת כתב האישום. משכך, העברת חומרי חקירה באיחור עלולה לקפח את זכות הנאשם להליך הוגן (ע"פ 5735/18 גודובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דיני (9.12.2019) (להלן: עניין גודובסקי)). העברת חומר חקירה באיחור, לאחר שחלק מהותי מהמשפט כבר חלף, עלולה אף לפגוע ביכולת הנאשם לתכלול את הגנתו באופן המיטבי. כמו כן, היא עלולה להוביל לכך שאותה ראייה אשר הועברה באיחור והוצגה באיחור לא תקבל את המשקל המתאים בעיני בית המשפט בעת שהוא בא לקבוע עובדות על בסיס כלל חומר הראיות.

הצגת ראייה מסוימת לאחר שכבר נשמעו כלל העדים, מבלי שעמדה לרשותו של הנאשם באופן שבו יכול היה להתייחס אליה ולהשתמש בה במסגרת החקירות הנגדיות, עלולה להוביל לכך שדעתו של המותב לגבי העדים והראיות בתיק גובשה מבלי שאותה ראייה רלוונטית הובאה לתשומת ליבו. במקרה כזה, אף הבאת הראייה לעיונו של בית המשפט, בתום ההליך ולאחר שדעתו כבר גובשה במידה רבה, עלולה להקשות על בית המשפט להסב את המשקל המתאים לראייה ולבחון מחדש את התרשמותו מיתר הראיות בתיק בהתחשב בראייה חדשה זו. על כן, במקרים מסוימים, הצגת ראייה בדיעבד ובאיחור ייתכן שלא תספיק כדי לרפא את הפגיעה שבזכות הנאשם להליך הוגן כתוצאה מאי-העברת חומר החקירה במועד. כפי שהערתי בעבר במאמרי:

"הזכות המוקנית לבעל דין להניח לפני בית משפט את הראיות מטעמו, כמו גם הזכות על פי דין להתמודד עם ראיות הצד שכנגד (ה'יריב'), בין בחקירה שכנגד ובין בהבאת ראיות אשר תפרכנה ותסתורנה ראיות אלה, הן עיקרון בסיסי בעשיית משפט, אשר אין בלתי בהליך המשפטי שתכליתו פסיקת אמת" (יוסף אלרון "קבלת

ראיות שלא על פי סדר הדין" המשפט כך יב, ספר 15,
19 (תשס"ז), ההדגשה הוספה – י' א').

130. הדרך הראויה להתמודד עם מקרים של אי-העברת ראיות משמעותיות לידי הנאשם נבחנה גם בשיטות משפט אחרות. במשפט האמריקאי, חובת הגילוי של ראיות "מטריאליות" להגנה קיבלה מעמד חוקתי, כחובה הנגזרת מזכות הנאשם להליך הוגן (Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963) (להלן: עניין Brady)). בפסקי דין מאוחרים יותר, בית המשפט העליון האמריקאי קבע כי חומר "מטריאלי" הוא ראיה שחשיפתה להגנה עשויה להוביל לשינוי תוצאת המשפט (United States v. Bagley, 473 U.S. 667, 682 (1985); ראו גם: בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פסקה 14 (2003) (להלן: עניין התובע הצבאי הראשי)). עוד נקבע, כי חובת התביעה לחשוף ראיות מזכות אף אינה תלויה בפניה מטעם הנאשם ועל התובע להעביר אותן מיוזמתו שלו (United States v. Agurs, 427 U.S. 97, 107 (1976)).

אי-גילוי ראיות מטריאליות, באופן הפוגע כאמור בזכות הנאשם להליך הוגן, אף עשוי להביא בדין האמריקאי לזיכוי הנאשם או להשלכות דרמטיות אחרות (Strickler v. Greene, 527 U. S. 263, 281-282 (1999); Banks v. Dretke, 540 US 668, 691 (2004)). גישה דומה באה לידי ביטוי גם בפסיקת בית משפט זה, בהחלטת חברי, השופט א' שטיין ב-בש"פ 1378/20 זגורי נ' מדינת ישראל, פסקאות 55-61 (7.4.2020). מכל מקום, גישה זו לא נועדה "להעניש" את רשויות אכיפת החוק, אלא לקדם את האינטרס הציבורי הרחב המצדד בניהול הליך הוגן נגד נאשמים (עניין Brady, בעמ' 87).

ראוי לציין כי בהקשר זה קיימים הבדלים לא מעטים בין הדין האמריקאי לזה הישראלי. בין היתר, חובת הגילוי החלה על התביעה בישראל רחבה מזו הקיימת בדין האמריקאי וקובעת כי על התביעה להעביר כל ראיה "רלוונטית" לאישום (עניין התובע הצבאי הראשי, בפס' 14-15).

131. הדין הקנדי, שהסדריו ביחס להיקף חובת הגילוי והשלכות הפרתה דומים יותר לדין הישראלי, אף הוא מזהה את אי-גילויין של ראיות שבכוחן לשנות מהתוצאה השיפוטית כפגם משמעותי, הפוגע בזכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן (וראו, בין היתר, R. v. Stinchcombe [1991] 3 SCR 326, 336). כך, בהיותו קושר בין הזכות להליך הוגן לבין הזכות הנגזרת ממנה "להשיב באופן מלא לאשמה" (שם, בעמ' 336; כן ראו R. v. O'Connor [1995] 4 SCR 411, pp. 73-74).

משכך, באותם מקרים שבהם נקבע כי היה בכוח גילוי הראיות כדי לשנות מהתוצאה השיפוטית, הפרת חובת הגילוי יכולה להוביל לביטול הרשעת הנאשם. קביעה זו נובעת מהאמון הרב הניתן במשפט הפלילי בתובע והסמכויות הרחבות המוקנות לו. בהתאם, הפרה של אמון זה נושאת עמה השלכות משמעותיות 1 [1995] R. v. Chaplin (SCR 727, 739-740). בדין הקנדי אף נקבע כי התביעה אינה יכולה להצדיק את אי-גילוי הראיה הרלוונטית בטענה כי המשטרה לא העבירה את החומר האמור לתביעה:

"[T]he Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown" (R. v. R. v. Gubbins McNeil [2009] SCC 3, p. 24. כן ראו: [2018] SCC 44, p. 21).

132. במקרים שבהם נקבע כי הופרה חובת הגילוי, בית המשפט העליון בקנדה מחיל מבחן דו-שלבי ביחס להשלכותיה על הזכות להליך הוגן. בשלב הראשון, יבחן אם קיימת אפשרות סבירה (reasonable possibility) כי הפרת חובת הגילוי השפיעה על התוצאה השיפוטית. ככל שהתשובה לכך חיובית, הבחינה תבוא לידי סיום וההרשעה תבוטל.

באותם מקרים שבהם נוכח בית המשפט שלא קיימת אפשרות סבירה שחשיפת הראיה הייתה משפיעה על התוצאה השיפוטית, עליו לעבור לשלב השני בבחינה, במסגרתה יבחן אם קיימת אפשרות סבירה כי חשיפת הראיה במועד הייתה פותחת לפני ההגנה קווי תשאול עדים או אפשרויות אחרות לאיסוף ראיות שהיה בכוחן לסייע להגנה (R. v. Duguay [2003] SCC 70, p. 81 ; R. v. Dixon [1998] 1 SCR 244, 246).

133. בהקשר זה, הודגש בפסיקה הקנדית כי בחינת הפרת חובת הגילוי והשלכותיה, לעולם מתבצעת למול הפגיעה בזכות הנאשם להשיב באופן מלא לאשמה (ראו, בין היתר, R. v. La [1997] 2 SCR 680, 700; עניין Dixon, בפס' 31). בהתאם, להפרת חובת הגילוי עלולות להיות השלכות משמעותיות על ההליך באותם מקרים שבהם נקבע כי הפגם בגילוי השפיע על זכות הנאשם להתגונן. בכל מקרה הסעד יינתן בהתאם לאופי ומידת הפגיעה:

"Where an appellate court finds that the right to make full answer and defence was breached by the Crown's failure to disclose, the appropriate remedy will depend on the extent to which the right was impaired" (פס' 31).
בפס' 31.

גישה זו, הבוחנת את השלכות הפרת חובת הגילוי על הגנתו של הנאשם, מתכתבת עם שיטתנו המשפטית ובפרט עם דוקטרינת ההגנה מן הצדק (וראו: עניין גודובסקי, בפס' 35 לחוות דעתי).

134. כמו כן, בית המשפט העליון הקנדי הדגיש במספר מקרים שהיבט משמעותי של חובת הגילוי הוא עיתוי גילוי הראיות (R. v. Bjelland, [2009] 2 SCR 651, 663; עניין O'Connor, בעמ' 468). כך למשל, במקרה בו הובאו תוצאות דגימת דנ"א לידיעת ההגנה בחלוף זמן מה מעת ביצוע הבדיקה ומספר ימים לפני תחילת המשפט (R. v. Godin, [2009] 2 SCR 3, 7-8), נקבע כי האיחור הביא לפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם להשיב באופן מלא לאשמה, כנגזרת מהעיתוי שבו הועברו הראיות והדחיות בניהול המשפט שנבעו מכך (שם, בעמ' 8-9).

135. לסיכום חלק זה: בשיטת המשפט בישראל, כבשיטות משפט אחרות, יש משמעות להפרת חובת המדינה להעביר חומר ראיות לנאשם – יהא זה ברשלנות או בזדון. ההשלכות של הפרה זו ייבחנו בהתאם לנסיבות המקרה, לכללים שהשתרשו בפסיקה ועוגנו בחקיקה – וכפי שארחיב בהמשך – לפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

הפגיעה בזכות המערער להליך הוגן במקרה שלפנינו

136. אפנה בקצרה להשתלשלות הדברים הרלוונטית לעניין זה: כאמור, לפי גרסת המתלוננות הן אינן זוכרות חלקים נרחבים מליל האירוע. על כן, האפשרות כי הוחדר למשקיהן סם אונס הועלתה על ידן החל מראשית החקירה. אלא שכמעט עד לתום המשפט, ההנחה הייתה שגם אם נעשה שימוש בסם אונס בליל האירוע, לא ניתן היה לאתרו בבדיקה הראשונה שבוצעה (בסמוך להגשת התלונה) מאחר שזו בוצעה במועד מאוחר מדי.

בתום שמיעת הראיות, זמן מה לאחר הגשת הסיכומים, התברר שכחודש וחצי לאחר האירוע, נעשתה בדיקה נוספת לאיתור סם אונס – אשר תוצאותיה שליליות. כלומר, כי אף בבדיקה זו לא אותרו אצל המתלוננות סימנים לשימוש בסם אונס. למרות שהתשובה לבדיקה התקבלה בחודש אוקטובר 2019, תוצאותיה ועצם העובדה כי בוצעה, הועברו לידיעת הפרקליטה כשנתיים לאחר מכן ומיד לאחר מכן לבאי-כוח המערער. אך זאת, רק בתום הגשת סיכומי הצדדים וזמן קצר לפני הכרעת הדין.

אפשרות השימוש בסם אונס "ריחפה" מעל ההליך מתחילתו וכמעט עד לסיומו

137. כאשר גרסתן של שתי המתלוננות, כמתואר לעיל, הייתה כי הן איבדו את זכרוןן למשך זמן משמעותי – הרי שמתחילת החקירה אפשרות השימוש בסם אונס עמדה על הפרק (באופן כללי, לעניין השפעות השימוש בסם אונס ותסמיניו, ראו למשל: ע"פ 4346/21 מדינת ישראל נ' עצטה, פסקה 14 (28.7.2021)). כך, החל מהתלונה הראשונה למשטרה, דרך פעולות חקירה נוספות ועד לכך שסוגיה זו עלתה שוב ושוב במהלך דיוני ההוכחות. עד כדי כך, שבמסגרת הדיון בבש"פ, תיארה באת-כוחו של המערער כי בשלב שבו לא ידעו באי-כוח הצדדים או השופטים כי נערכה בדיקת סם אונס ומהם ממצאיה [...] שמענו הערות מההרכב, שלנו יש מזל שלא ניתן לאתר סממני סם אונס [...] (הדיון בבש"פ: פ' פרו' דיון מיום 3.11.2021, עמ' 2, ש' 31).

138. להלן מספר דוגמאות – למערער נאמר בידי חוקר המשטרה במהלך העימות בינו לבין המתלוננת 2: "[המתלוננת 2] חושבת ששמת לה במשקה סם שאנסת אותה" (ת/11, בעמ' 2, בש' 29). הדברים נכתבו באופן מפורט יותר בתמלול העימות, שממנו עולה במובהק כי המתלוננת 2 העלתה את האפשרות כי המערער הוא ששם לה במשקה סם. בעוד שהקפידה להבהיר כי אין היא טוענת שזה המערער דווקא, הוסיפה "מי עוד יש לו אינטרס כאילו", "בספריה [שם המועדון – י' א'] מי עוד יש אינטרס" (ת/12, בעמ' 9).

המתלוננת 1 מסרה במשטרה: "אני חושדת שמישהו שם לי משהו במשקה כי אני שותה בדרך כלל. בחיים לא היה לי פערים כאלה בזיכרון. אני גם לא מקיאה אף פעם מאלכוהול" (ת/7, בעמ' 4). כעולה גם מעדותו של א' ח', המתלוננת סברו כבר בשלב מוקדם כי בליל האירוע הן היו תחת השפעה של סם אונס (פרו' דיון מיום 28.1.2020, בעמ' 288). המשמעות היא שמבחינתן של המתלוננות האפשרות כי נעשה שימוש בסם אונס עמדה על הפרק בדיוק בזמן שבו התגבשו גרסאותיהן עת שהן ניסו להיזכר באירועי הלילה.

כך העידה המתלוננת 1:

"ש: חד משמעית. אוקי. את דיברת על איזה שהיא אפשרות שאת חשבת אולי סם אונס זה

היה לך ממש בראש גם כשהגשת תלונה
במשטרה.
ת: נכון" (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 79).

139. סוגיית סם האונס ואפשרות השימוש בו לא הייתה תחומה לשלב החקירה בלבד. במהלך עדותה הראשונה בבית המשפט, המתלוננת 1 הסבירה כי היא אינה זוכרת שהתנשקה עם ע' צ' באותו ערב במועדון או כי רקדה עימו באופן "צמוד", והסבירה: "לא, זה מחזיר אותנו למה ששאלת אותי קודם אם אני חושבת ששמו לי סם אונס בכוס אז כן" (שם, בעמ' 93; וכן, שם, בעמ' 79).

בעדותה השניה, העידה המתלוננת 1 כי היא והמתלוננת 2 מכירות את התסמינים של סם אונס בשל תפקיד אותו מילאו בשירותן הצבאי ולכן סברו שאכן שמו להן במשקה סם אונס (פרו' דיון מיום 13.2.2022, בעמ' 749). למעשה, גם לאחר קבלת תוצאות הבדיקה הנוספת שבוצעה באיטליה – המתלוננת 1 עודנה סבורה כי סם אונס הוא שהוביל למצבה, גם אם הדבר לא התגלה בבדיקות: "אם את שואלת אותי עדיין שמו סם אונס, לא משנה מה המומחה שלך אומר זה עדיין לא משנה מה הבדיקה אומרת. אם את שואלת אותי לדעתי האישית אני חושבת שעדיין שמו לי סם אונס. כן" (שם, בעמ' 758).

ברור אפוא כי לתפיסתן הסובייקטיבית של המתלוננות היה חשד ממשי כי נעשה שימוש בסם אונס. עובדה זו היא שהסבירה, לשיטתן, את תחושתן ותסמיניהן בליל האירוע. חשש זה שב וצף לא אחת במהלך המשפט. זה היה הרקע לתלונה הראשונה; ורקע זה המשיך ללוות את ההליך עד לסיומו – גם אם בכתב האישום לא נטען במפורש כי נעשה שימוש בסם אונס.

140. לעומת זאת, מצד המערער, הוא נדרש להתמודד אל מול האשמה עמומה ומרומזת זו ב"ידיים קשורות" ומבלי ראיה אשר ביכולתה, באופן פוטנציאלי, לכרסם במהימנותן של המתלוננות. ביטוי מובהק לכך ניתן היה לראות כאשר באת-כוח המערער ביקשה לנסות ולערער את גרסתה של המתלוננת 1 ביחס למצבה באותו הלילה ואילו תשובתה של מתלוננת זו התבססה על ההנחה כי נעשה שימוש בסם אונס:

ת: מבינה את ההשלכות שהיו לנו אחרי זה של החוסר זיכרון, של ההקאות של, שמעת את תופעות לוואי של סם אונס? אני לא יודעת בתור עו"ד את שמעת על תופעות של סם אונס?

ש: אז רק רגע, אני שואלת אותך יש לך בראש שגם את וגם [המתלוננת 2] נפלתן קרבן לסם אונס. אני מבינה נכון?
ת: נכון" (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 80).

141. מטבע הדברים, בהינתן תוצאות הבדיקה העדכניות, ייתכן בהחלט שבאי-כוחו של המערער היו בוחרים לחלוק, למשל, על כך שהמתלוננת 1 אינה זוכרת חלק מרכזי מליל האירוע (ראו למשל: פרו' דיון מיום 17.12.2019, עמ' 90, ש' 11-12). עוד ייתכן כי באי-כוח המערער היו משקיעים מאמצים רבים בחקירתם הנגדית בניסיון לקעקע את מהימנות המתלוננות בהתייחס לכמות האלכוהול אשר טענו תחילה כי שתו. אין לדעת כיצד הדבר היה משפיע על המשך עדותן.

מה גרם למצבן ההכרתי של המתלוננות?

142. מצבן ההכרתי של המתלוננות בעת האירוע הוא שבלב המחלוקת ולעניין זה המקרה שלפנינו בעל מאפיינים ייחודיים. כאמור, המתלוננות היו פעילות ביותר במהלך הבילוי במועדון – גם בשלבים אשר הן אינן זוכרות לדבריהן. הן אף הגיבו והשיבו באופן הגיוני לשאלות המערער וע' צ' בחדר המלון בעוד שגם חלק זה נמחק מזיכרון בעיקרו. בכל זאת, בית המשפט המחוזי לא ראה צורך להתעמק ולקבוע מה הוביל למצבן הנטען של המתלוננות מאחר שלעמדתו לא היה בכך חשיבות לקביעת מהימנותן בהתחשב ביתר הראיות. כלשון הכרעת הדין:

"המתלוננות עצמן העלו השערות בדבר הסיבה או הגורם שגרם להן להגיע למצב בו היו בעת האירועים, אך גם הן העידו שאינן יודעות ושמדובר בהשערות בלבד. בשל מצבן המוכח כעגום הן פיזית והן נפשית והכרתית, אין צורך להכריע אם הגיעו למצב זה בשל שכרות או סם אונס שהוחדר למשקה, הכל בצירוף שימוש בקנאביס ואולי גם קודאין (של אחת מהן כמתואר לעיל) או שהגיעו לכך בשל סיבה אחרת שלא הוכחה ולא עלתה במשפט. גם אם מצבן לא נגרם בשל אחד הגורמים הנ"ל או כולם במצטבר – אין בכך כדי לפגוע במהימנותן של המתלוננות וביתר הראיות המפלילות בתיק זה" (עמ' 65 להכרעת הדין).

143. בקביעה זו קיים הגיון מסוים במצב שבו אפשרות השימוש בסם האונס לא הייתה ניתנת להפרכה באופן משכנע. אולם, לא כך כאשר בית המשפט חייב להניח כי לא נעשה שימוש בסם אונס על בסיס ממצאיה של בדיקה רלוונטית. בהעדר סם אונס, ניתן ואף נדרש היה להעמיק חקר – המתלוננות, שתיהן, התעקשו פעם אחר פעם כי לא שתו כמות

אלכוהול המתאימה לתסמיניהן. בה בעת הן העלו סברה, החל מתחילת החקירה, כי סם אונס הוא שהוביל למצבן. כאשר אלו היו פני הדברים, באי-כוח המערער, על בסיס ההנחה כי לא נעשתה בדיקה מתאימה לאיתור סם אונס, בחרו שלא לבסס קו הגנה משמעותי המתמקד בכך וניתן להבין את בחירתם בראי חומר החקירה שהועבר לעיונם והמארג הראייתי אשר התגבש. אולם, לאחר גילוי תוצאות הבדיקה השנייה, סימן השאלה ביחס לגורם למצבן הנטען של המתלוננות התעצם. שהרי, בהעדר סם אונס ובהתבסס על גרסאות המתלוננות אין זה מובן מה הגורם למצבן ההכרתי במועדון. בהתאם, קשה עוד יותר לקבוע מה היה מצבן כשעתיים לאחר עזיבת המועדון וכיצד תחושתן הסובייקטיבית של המתלוננות באה לידי ביטוי באופן התנהגותן.

144. ארחיב מעט ביחס לגרסאות המתלוננות לעניין זה: כאשר המתלוננת 1 התבקשה לפרט ביחס לכמות האלכוהול אשר שתתה באותו הערב, סיפרה כי שתתה מכוס אשר הייתה מולה כל הזמן, והוסיפה: "[...] גם לא שתיתי הרבה אלא רק כוס וחצי. זו לא פעם ראשונה שאני שותה. אני שותה בדרך כלל בסופ"שים ובוא נגיד שכוס וחצי לא משפיעה עליי בדרך כלל" (ת/7, בעמ' 2). במסגרת עדות הבהרה במשטרה נשאלה פעם נוספת כמה שתתה באותו לילה. היא שבה על גרסתה שלפיה למיטב זיכרונה שתתה כוס וחצי לכל היותר (ת/8, בעמ' 1). לאחר זאת הוסיפה, במענה לשאלת החוקר, כי במלון היא והמתלוננת 2 שתו "שלוק" של יין ולא יותר מכך (שס); ואז חזרה על גרסתה כי במועדון שתתה רק כוס וחצי. לאחר שחוקר המשטרה ציין כי לפי תיעוד מצלמות האבטחה נראה כי היא שתתה בין 4-5 כוסות שתייה, המתלוננת 1 השיבה "ממה שאני זוכרת זה היה כוס וחצי" (שס).

המתלוננת 2 אף היא העידה לעניין זה ותיארה כי השתיים שתו שתי כוסות לפי זכרונה. לגרסתה, היא הרגישה בשלב כלשהו "חדות" ותיארה: "[...] אני בת 23, אני לא פעם ראשונה יושבת עם חברים בבר. אני יודעת את הקיבולת שלי. [...] הרגשתי חדות כזאת, משהו שהוא לא אופייני לאלכוהול" (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 219).

עוד בהקשר זה, אחד מהשוטרים שהגיע למלון לאחר הגשת התלונה, תיאר כי המתלוננות הדגישו בפניו שהן שתו שתי כוסות בלבד ולפי האופן שבו הן מכירות את עצמן זה לא אמור להשפיע עליהן (פרו' דיון מיום 25.9.2019, בעמ' 12).

145. המתלוננת 1, אשר שירתה באותה העת כקצינה בצה"ל כאמור, נשאלה במסגרת מסירת עדות הבהרה אם היא מעשנת, והשיבה "לא סיגריות ולא סמים" (ת/8, בעמ' 2).

מיד לאחר זאת הוסיפה כי זוכרת במעורפל כי הובא להן, על ידי מי מחבריהם, לעשן משהו שלא היה נראה כמו סיגריה וכי לא עישנה מעולם בעבר וזו "הפעם הראשונה שזה קרה אם זה בכלל קרה". לאחר מכן, אמר החוקר למתלוננת 1 כי בסרטון רואים שהיא מעשנת. במענה לשאלת החוקר הוסיפה, כי היא מעשנת סיגריות מידי פעם כשהיא לחוצה אולם היא לא מחזיקה "עליה" קופסת סיגריות (שם). בעדותה הראשונה בבית המשפט, ועל רקע תיעוד סרטוני מצלמת האבטחה האמור, הסבירה את תשובותיה אלו בכך שלא זכרה שעישנה באותו ערב. על כן, לדבריה, לא היתממה בתשובותיה לחוקרי המשטרה בנדון (פרו' דיון מיום 17.12.2019, בעמ' 159).

המתלוננת 2, קצינה בשירות סדיר אף היא כאמור, העידה שבעוד שהיא זוכרת שהיה "ג'וינט" היא אינה זוכרת אם עישנה (פרו' דיון מיום 7.1.2020, בעמ' 270). מכל מקום, מתיעוד האירוע ניתן לראות כי כלל החבורה – וגם המתלוננות, עישנו "ג'וינט".

146. בהיבט זה, משהמתלוננת 2 העידה בשנית בעקבות גילוי ממצאיה של הבדיקה, נסוגה במידה רבה מגרסתה הקודמת ביחס לכמות האלכוהול אשר צרכה והסבירה:

"אוקי. קודם כל, אנחנו אמרנו ששתינו כוס - כוס וחצי לדעתי בסרטונים ראינו ששתינו הרבה יותר מזה ואנחנו כבר אחרי השלב הזה. אוקי? כבר עברנו את השלב הזה אנחנו חשבנו ששתינו כוס - כוס וחצי, זה גם מה שהעדנו ואת צודקת ובכל זאת בסרטונים שזה היה גם משהו שהוא אובייקטיבי ואי אפשר, זה לא הרגשה שלי או של [המתלוננת 1] ראינו ששתינו הרבה הרבה יותר" (פרו' דיון מיום 13.2.2022, מיום 726).

ההשלכות הראייתיות של כך, לעניין מהימנות המתלוננות מצד אחד, או לעניין השלב שבו הן חדלו לזכור את שהתרחש במועדון מצד שני – לא נדונו בהכרעת הדין, הגם שהיה מתחייב שכך יעשה. במילים פשוטות: או שהמתלוננות זכרו כי שתו כמות גדולה בהרבה מזו אשר דיווחו עליה, בשילוב עישון "ג'וינט", דבר אשר יכולות להיות לו השלכות ראיות באשר לאיתנות גרסתן או ביחס למצבן ההכרתי ותסמיניו; או שהן אינן זוכרות כמה הן שתו באותו הלילה, ואולם אז ייתכן שהדבר אינו מתיישב באופן מדויק עם גרסתן באשר למועד שבו חדלו לזכור את הבילוי במועדון. בין אם כך ובין אם אחרת, מובן כי הגילוי המאוחר בדבר הבדיקה הנוספת שנעשתה הוא בעל משמעות ראייתית, בוודאי פוטנציאלית, וזאת בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי.

147. ניכר כי כך סברו באי-כוח המערער, אשר לנוכח חשיפת תוצאות בדיקת סם האונס השניה, ניסו לבסס קו הגנה שונה במעט. לצורך כך, באי-כוח המערער ביקשו להגיש חוות דעת מומחה טוקסולוגי. בבקשה הוסבר כי "בשל העובדה שתלונתן של המתלוננות הוגשה לאחר כיממה מעת האירוע, לא ניתן היה לסתור את טענתן וחשדן כי הן היו תחת השפעה של סם אונס מידי המבקש או מידי אחר" (ס' 3 לבקשה מיום 24.1.2022).

עוד נומק, כי הראיות החדשות הפריכו את חשד המתלוננות בדבר שימוש בסם אונס, ומשכך מבוקש להעיד מומחה מטעם ההגנה על מנת להוכיח כי לפי הממצאים בתיק, המתלוננות לא היו במצב אשר לכאורה מנע מהן לתת הסכמה חופשית (שם, בס' 7-6). המדינה התנגדה נחרצות לבקשה, בין היתר בטענה כי המתנה לחוות הדעת תאריך את ההליך ותגרום לעוגמת נפש ממשית למעורבים. בית המשפט נעתר לבקשה ואיפשר את הגשת חוות הדעת, אך זאת, לדבריו "לפנים משורת הדין" (החלטה מיום 24.1.2022).

148. חוות הדעת, אותה ערך ד"ר דריו ורטניק, טענה כי יש מספר סימנים כי בשעת קיום יחסי המין עם המערער המתלוננות כבר לא היו בשכרות, ובכלל זה כי הן חזרו לייצר זכרונות, ביצעו פעולות וולונטריות, לא הייתה עוד פגיעה בחדות החושים ועוד. כמו כן, נטען כי "יכולת תיאור המתלוננות את שאירע לא מציאותית בראיה מדעית כוללת, וסלקטיבית לגבי התופעה הייחודית של אמנזיה אלכוהולית/בלאק אאוט ותופעות שיבוש תפקודים מוטוריים".

אם כן, ניתן להיווכח כי משנחשפו תוצאות הבדיקה הרלוונטית לאיתור סם האונס בחרו באי-כוח המערער להעמיק קו הגנה זה המאתגר את הנטען ביחס למצבן ההכרתי של המתלוננות, בראי גרסתן שלהן. קו הגנה שלפיו אלכוהול בכמות ובנסיבות המקרה, בכלל זה פרק הזמן שחלף מאז המועד הנטען לשתיית האלכוהול, אינו יכול לגרום לתסמינים להן טענו המתלוננות.

149. בית המשפט המחוזי, בהכרעת הדין, דחה את ממצאי חוות הדעת. לקביעתו, הגם שאיפשר להגיש את חוות הדעת ולהעיד את המומחה "ברור היה שמדובר בניסיון לעריכת 'מקצה שיפורים' מצד באי-כוח המערער (פס' 233 להכרעת הדין).

לגוף הדברים, נקבע כי המומחה מטעם ההגנה התעלם מגורמים אפשריים נוספים למצב המתלוננות. בכלל זה, נמצא קושי בכך שהמומחה הסתמך רק על מה

שהמתלוננות סיפרו ביחס לכמות האלכוהול שהן שתו, כאשר במצלמות האבטחה ניתן לראות כי שתו יותר מכך; עוד הסביר כי חוות הדעת התעלמה מכך שנראה כי המתלוננות עישנו גם קנאביס, למרות שבדיקת מעבדה לא מצאה קנאביס בדמן; ובנוסף צוין "גם אם לא נמצא סם אונס בבדיקה, מצופה היה מחוות דעת מקצועית שתהיה מאוזנת ושתתייחס גם לאפשרות שלאור מצבן של המתלוננות – היה שימוש בסם אונס, אך בנסיבות העניין, בשל חלוף הזמן, רגישות הבדיקה, הכמות הקטנה ועוד – לא נמצא הסם בבדיקה. העד לא התייחס בחוות דעתו לאפשרות שהמתלוננות סוממו ב'סם אונס' (עמ' 69 להכרעת הדין).

הנה כי כן, גם באותו השלב וחרף תוצאות הבדיקה הנוספת שהתגלו – האפשרות כי נעשה שימוש בסם אונס הטילה את צלה על ההליך וזאת בראיית בית המשפט המחוזי לחובת המערער.

150. הנה לנו היבט נוסף, מובהק ביותר, שבו זכות המערער להליך הוגן נפגעה קשות. בית המשפט המחוזי ראה למעשה את השינוי המסוים שביצעו הסניגורים, לאור מחדל המדינה, כ"מקצה שיפורים" והתייחס באופן זה לחוות הדעת. מלבד זאת, בית המשפט המחוזי לא ראה חשיבות להכריע מה גרם למצבן של המתלוננות; ואולם גם על בסיס העמימות שנותרה בסוגיה זו, שנבעה במידה רבה בשל העיתוי המאוחר שבו התגלתה הבדיקה הנוספת לאיתור סם אונס, דחה את חוות הדעת מטעם המומחה.

151. יוצא אפוא כי קו הגנה לגיטימי של המערער אשר לו היה מתגבש בתחילת ההליך ניתן היה להעמיק בו פי כמה, נדחק לקרן זוית בשל מחדל המדינה שהוביל לכך שהוא התבהר בשלב כה מאוחר. למעשה, אילו תוצאות בדיקת סם האונס היו נמסרות במועדן, סוגיית הגורם המדויק שהוביל למצב המתלוננות וכפועל יוצא הקביעה המשפטית בדבר מה בדיוק היה מצבן בחדר המלון במהלך המגע המיני עם המערער – הייתה תופסת נפח ומשקל ראייתי משמעותי יותר בהליך.

האם המתלוננות ידעו, במועד עדותן הראשונה בבית המשפט, שאף בה הועלתה (על ידי המתלוננת 1) האפשרות כי נעשה כלפיהן שימוש בסם אונס, כי התשובה לבדיקה הנוספת לאיתור סם האונס שעברו הייתה שלילית?

152. כאמור, כל אחת מהמתלוננות העידה פעמיים – המתלוננת 1 העידה לראשונה בימים 17.12.2019 ו-7.1.2020, והמתלוננת 2 העידה לראשונה ביום 7.1.2020. לאחר החלטתי בבש"פ ובעקבותיה, המתלוננות העידו פעם נוספת – שתיהן ביום 13.2.2022.

מתעוררת אפוא השאלה – האם המתלוננות ידעו במועד עדותן הראשונה כי בוצעה בדיקה נוספת, רלוונטית יותר, לאיתור סם אונס; והאם הן ידעו כי תשובתה שלילית.

מהאופן שבו המותב בבית המשפט המחוזי קטע את החקירה הנגדית של באת-כוח המערער בעניין זה, ניתן להיווכח כי סבר כי שאלות באת-כוח המערער שהופנו למתלוננת 1 לעניין זה הן בגדר "האשמת" המתלוננות באי-הצגת הראיה. על כן הוחלט "אין לשאול עוד שאלות בכיוון הזה. העדה לא אחראית למחדל גם בהנחה שהיה מחדל" (פרו' דיון מיום 13.2.2022, בעמ' 761). אלא שלא כך.

כפי שטענה באת-כוח המערער לפני המותב בבית המשפט המחוזי, מדובר בסוגיה המתייחסת למהימנות גרסת המתלוננות. מטבע הדברים, אם ייקבע כי המתלוננות ידעו כי בוצעה בדיקה נוספת לאיתור סם אונס וכי אף היא שלילית, הדבר אינו נטול חשיבות, ביותר ממישור אחד. החלטה זו אף מעוררת קושי בהיבט מעמדה של הזכות לחקירה נגדית אשר הוכרה כזכות דיונית מן המעלה הראשונה שנועדה לגלות את האמת ולהשלים עובדות ונתונים (ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 273, 281 (2003)). גם זכות זו מהווה חלק מזכות הנאשם להליך פלילי הוגן, הגם שאינה זכות "מוחלטת" (ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (9.7.2017) (להלן: עניין גדבאן)).

153. למעשה, התמונה העובדתית גם בהיבט זה נותרה לא ברורה. המתלוננת 1, בעדותה השנייה, תיארה בצורה מפורטת כיצד נלקחה ממנה דגימת השיער וכיצד קיבלה את תשובת הבדיקה:

"ש: [...] אז הבדיקה, בדיקת סם אונס את זוכרת שעשית אותה? מה היה פחות או יותר בכמה מילים.
ת: כן, אני זוכרת שאני ו[המתלוננת 2] היינו בסרוקה אנחנו היינו צריכות לקחת המשך של כדורים [...] והציעו לנו שמה מישהי באה והיא אמרה לנו שיש דבר כזה שעושים בדיקת שיער למצוא סם אונס, זה מופיע אחרי 3 חודשים בזקיק של השערה. ואמרנו זה הפרוצדורה תעשו, צריך לבוא ככה, נקבע לכם תור. וזהו, ובאמת היא קבעה לנו תור שעשינו את זה באותו יום את זה אני לא זוכרת כבר מתי זה קרה. ממש גזרו לנו מהאמצע של הראש חלק קבוצת שערות. היה לנו ממש כזה כמו גלח כזה וזהו, אחרי זה שלחו את זה לאיטליה אם אני לא טועה, אחרי שלושה חודשים אנחנו קיבלנו את התשובה שלא נמצא סם אונס. וזהו.
[...]

ש : איך קיבלת את התשובה שלא היה סם אונס אחרי שלושה חודשים ?
 ת : טופס מהבית חולים כשהלכנו עוד פעם לבדיקות אם אני לא טועה" (פרו' דיון מיום 13.2.2022, בעמ' 747).

154. בהכרעת הדין נקבע, לאור עדות המתלוננת 1, כי: "מעדותה של המתלוננת 1 עלה כי לאחר התלונה שהוגשה באילת והבדיקות שנערכו לה שם, היא והמתלוננת 2 נשלחו לבית החולים "סורוקה" בבאר-שבע. לאחר מכן, לאחר כשלושה חודשים, הן זומנו שוב לבית החולים "סורוקה" ונלקחו מהן דגימות של שיער לצורך הבדיקה הנוגעת לסם האונס. כשלושה חודשים לאחר מכן, היא קיבלה את התשובה" (פס' 62 להכרעת הדין).

חרף קביעה זו בהכרעת הדין, בנחרצות שלא היה לה מקום ומבלי להפנות לראיה כלשהי, המדינה טענה בדיון שלפנינו כי המתלוננות לא קיבלו את התשובות לבדיקת סם האונס השנייה במועד עדותן הראשונה (פרו' דיון מיום 24.12.2024, עמ' 18, ש' 19).

155. בניגוד לעמדת המדינה, מתבקש לכאורה לאמץ את המסקנה העולה מהכרעת הדין, כי המתלוננת 1 ידעה על תוצאות בדיקת סם האונס הרלוונטית. אולם, חיפוש בראיות שבתיק מלמד כי קיים מסמך (כחלק מת/55), אשר הצדדים לא התייחסו אליו לפנינו. מסמך זה נכתב, על פני הדברים, על ידי המעבדה באיטליה שביצעה את הבדיקה לאיתור סם אונס. כמפורט שם, למרות שדגימות השיער נשלחו למעבדה בחודש אפריל, הן נפתחו ונבדקו רק בחודש ספטמבר 2019:

"On September 19. 2019, after check of its integrity, the correspondence paper envelope was opened showing two intact evidence bags reporting the number of the case [...] and the request letter [...]"

אם אכן כך, המשמעות היא שתוצאות התקבלו מספר חודשים לפני עדותה הראשונה של המתלוננת 1, אולם יותר מ-5 חודשים לאחר לקיחת דגימות השיער (בחודש אפריל 2019). על כן, מתעורר ספק אם המתלוננת 1 אכן קיבלה את ממצאיה של בדיקה זו ולא של בדיקה אחרת. יוצא כי ישנן מספר אפשרויות עובדתיות בולטות: או שהמתלוננת 1 אכן קיבלה את תוצאות הבדיקה, אך זאת במועד מאוחר יותר מאשר זכרה; או שהיא כלל לא קיבלה את תוצאות הבדיקה, וזאת בשונה מכפי שנקבע בהכרעת הדין.

156. לגבי המועד שבו גילתה המתלוננת 2 על תוצאות הבדיקה, היא העידה בעדותה השניה, לאחר ההחלטה בבש"פ, כי היא זוכרת שנלקחו ממנה דגימות השיער (פרו' דיון מיום 13.2.2022, בעמ' 721). עוד הוסיפה, במענה לשאלה, כי אכן עניינה אותה התשובה לבדיקה (שם, בעמ' 723). בכל זאת, ביחס לקבלת התשובה לבדיקה, העידה:

"ש: [...] את נותנת את הדגימות שיער, את לא מתעניינת, כל התקופה הזאת את לא חושבת לשאול, להרים טלפון? כבר עברו חודשים. לא קיבלת תשובה זה לא מעניין אותך או שכן מעניין אותך ושאלת?
ת: אני לא זוכרת.
ש: את לא זוכרת אם קיבלת תשובה או לא קיבלת תשובה?
ת: אני לא זוכרת.
ש: את זוכרת שאת שאלת או את לא זוכרת?
ת: אני לא זוכרת.
ש: שמה ששאלת?
ת: לא. שחיפשתי תשובה שאני שאלתי אותה, אני לא זוכרת" (שם, בעמ' 724).

157. גם בהמשך עדותה, חזרה על כך:

"ש: [...] מתי הגיעו אלייך התוצאות שבעצם אין סם אונס?
ת: אני לא זוכרת.
ש: מה זה את לא זוכרת? את לא זוכרת מתי את יודעת את זה?
ת: אני לא זוכרת.
ש: הפרקליטה מעדכנת אותך שהגיעו תוצאות כאלה?
ת: אני לא זוכרת.
ש: את לא זוכרת שהתבקשת ל,
ת: אני לא זוכרת.
ש: מה זה את לא זוכרת? זה כבר לא קרה לפני שנים רבות, זה קרה,
ת: אני לא זוכרת.
ש: כלומר אני רוצה להבין, את לא זוכרת באיזה רגע נודע לך שיש תוצאות ואין סם אונס.
ת: אני לא זוכרת באיזה רגע.
ש: את לא זוכרת?
ת: אני לא זוכרת" (שם, בעמ' 726-727).

158. המתלוננת 2 אף העידה לאחר מכן כי בעודה על דוכן העדים, מוסרת את עדותה השנייה, עדיין אין היא יודעת מה תוצאות הבדיקה (שם, בעמ' 728). לבסוף, גם לעניין זה, לא קבע בית המשפט המחוזי ממצא עובדתי ברור.

159. כך או אחרת, ניתן היה לצפות שהואיל ומדובר בחומר חקירה אשר נחשף בשלב כה מאוחר, לאור מחדל בלתי נסבל, סוגיה זו תתברר עד תום – לפרטי פרטיה. אלא שלא כך. סוגיה זו נותרה תלויה "באוויר", בלתי מוכרעת, עמומה. ללא קביעות עובדתיות מבוססות וללא דיון משפטי מתאים. לא רק זאת, בית המשפט המחוזי בלם כאמור את באת-כוח המערער בעיצומה של חקירה נגדית בעניין זה ממש.

העיתוי שבו נחשף כי בוצעה בדיקת סם אונס נוספת – "כפסע" מהכרעת הדין

160. באופן המקנה לנסיבות המקרה חומרה עודפת – הראיה נחשפה בשלב כה מאוחר בהליך, עד כדי כך שאין מנוס מלהניח כי באותה נקודת זמן דעת המותב הייתה מגובשת בהתאם למסד הראייתי שהוצג לפניו באותה עת.

ביום 18.10.2021 התגלה כי בוצעו הבדיקות הנוספות וכי הממצאים לא הועברו כנדרש. לאחר שנדחתה בקשת באי-כוח המערער לדחות את מועד הכרעת הדין ולאפשר להם לשקול את המשך צעדיהם, נקבע כי הכרעת הדין תינתן ביום 4.11.2021. מועד זה נדחה בשל החלטתי בבש"פ, אשר הובילה לכך שהועבר להגנה חומר חקירה נוסף, הוגשה חוות דעת מטעם ההגנה והמתלוננות העידו פעם נוספת. מכל מקום, בית המשפט המחוזי עצמו תיאר בהכרעת הדין כי הסוגיה נחשפה "לאחר שהוגשו הסיכומים בתיק זה והיינו כפסע מלתת את הכרעת הדין" (עמ' 37 להכרעת הדין). בהחלטה נוספת, אף ציינו במפורש השופטים זלוצ'ובר ופרידלנדר כי הדיון בבקשת הסניגורים לקבל חומר חקירה נוסף, בסמוך לאחר הגילוי בדבר ביצוע הבדיקה, התקיים "לאחר שהכרעת הדין כבר הייתה כתובה, הגם שטרם נמסרה לצדדים" (החלטה מיום 12.12.2021 בעמ' 6).

נראה כי כל המוסיף על דברים אלו – גורע.

חזקה על המותב כי לאור הראיה החדשה שקל מחדש את עמדתו – אולם שקילה מחדש אינה שקולה לגיבוש עמדה ראשונית. כפי שהרחבתי לעיל, קיים טעם רב באופן שבו ההליך הפלילי מתנהל לפי סדרי הדין התקינים. הצגת ראיה בתום הסיכומים שונה בתכלית מהצגת ראיה במועדה, כחלק ממכלול הראיות ובעוד שהאפשרות לחקור עדים ביחס לה באופן אפקטיבי עודנה רלוונטית.

בחירת הדברים בראי דוקטרינת ההגנה מן הצדק

161. מכל האמור עולה, כי החשיפה המאוחרת של בדיקת סם האונס שבוצעה במעבדה באיטליה, השפיעה על ההליך במספר היבטים ושלבים. משהמחשתי עד כה את עומק הפגיעה בזכויות המערער, אפנה לדון אם פגיעה זו מצדיקה סעד בהתאם לדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

162. דוקטרינת ההגנה מן הצדק עוסקת בהתנהלות שאינה הולמת מצד הרשות או בהשלכותיה של פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. במקורה, הדוקטרינה הוחלה בישראל תוך הצבת רף גבוה במיוחד הדורש "התנהגות בלתי נסבלת" מצד הרשות (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353 (1996)). בהמשך, המבחן רוכך והוגדר מחדש. הדוקטרינה במתכונתה הנוכחית נוסחה בעניין בורוביץ' (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005)). לאחר זאת, הדוקטרינה עוגנה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי:

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –

[...]

(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

163. דוקטרינת ההגנה מן הצדק תיבחן במתכונת תלת-שלבית. בשלב הראשון, יש לעמוד על הפגמים שנפלו בהליך ועוצמתם. זאת, בנפרד משאלת אחריות הנאשם לעבירה גופה; בשלב השני, יש לבחון אם בניהול ההליך חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות; לבסוף, השלב השלישי בבחינה עוסק בסעד הראוי (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקה 60 (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 647 (2011)). בהתחשב באופייה הקיצוני של הדוקטרינה, המאפשרת את ביטול האישום, יש לבחון אם קיימים אמצעים מתונים או מידתיים מביטול האישום, כגון הקלה בעונשו של הנאשם. בפסיקה נקבע כי אמנם במקרים המתאימים יש לבכר סעד מתון שאינו עולה לכדי ביטול האישום כליל, ואולם במקרים שבהם הפגם יורד לשורשו של ההליך, ונמנעה מהנאשם הזכות להליך הוגן, אין מנוס מביטול האישום (ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, פס' 31 (10.4.2013) (להלן: עניין גטצאו); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר ופס' 110 לחוות דעתו של השופט א' שהם (2.8.2018) (להלן: עניין חייבטוב); ביחס להבדל שבין ביטול האישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן

הצדק לבין זיכוי, ראו: ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק 429-430 (מהדורה שלישית 2021); יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים - חלק שני - הליכים שלאחר כתב אישום - א' 1340-1341 (מהדורה מעודכנת 2009)).

164. מעצם טבעה, מדובר בדוקטרינה רחבת ידיים המתייחסת לסוגים שונים של פגמים בהליך שבהם ניתן להצביע על פגם חריף וחמור בהתנהלות רשויות האכיפה והתביעה (רע"פ 5334/23 אברגל נ' מדינת ישראל, פסקה 48 (14.7.2024)). בכלל זה, הדוקטרינה חלה על פגמים בשלב החקירה ובעצם הגשת כתב האישום ותוכנו; על טענות בדבר אכיפה בררנית ושיהוי בהגשת האישום; וכן על פגמים באופן ניהול ההליך המשפטי ובכלל זה פגמים אשר פגעו ביכולת הנאשם להשיב באופן מלא לאשמה (עניין גזבאן, בפס' 18 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל).

הפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק אינה מותנית בהכרח בקיומו של מניע פסול או בכוונת זדון (עניין ורדי, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט א' שהם). דוקטרינה זו יכולה לשמש כתרופה למקרה של פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן (עניין חייבטוב, פסקה 8 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר); והיא אף מהווה נדבך במימוש הזכות להליך הוגן (עניין גטצא, בפס' 30).

כעת ליישום הדברים בענייננו.

165. בבחינת השלב הראשון בבחינה התלת שלבית, הרי שעל היקף ועוצמת הפגיעה בזכות המערער להליך הוגן עמדתי בהרחבה לעיל. מדובר בפגם ברמת חומרה גבוהה ביותר, המתייחס לחומר חקירה הקשור לסוגיה ראייתית אשר בליבת התיק. זכויות המערער נפגעו עוד בשלב הראשוני של ההליך, כאשר נשללה ממנו הזכות להתגונן באופן מושכל. המענה לכתב האישום נמסר ביום 17.7.2019. זאת, מבלי שהמערער ידע כי נלקחו דגימות נוספות לצורך ביצוע בדיקת סם אונס וכי התשובה להן צפויה להתקבל בקרוב; גם בזמן הליך ההוכחות עצמו נשלל מהמערער כלי פוטנציאלי להתמודד עם הראיות כנגדו; ובעת ובעונה אחת – המערער "הוכתם" באופן משתמע (ראו למשל ת/12, בעמ' 9), ויכולתו להפריך את השערות המתלוננות באשר לסיבה למצבן הייתה מוגבלת. כאמור לעיל, גם אפשרותו של המערער לבסס קו הגנה לגיטימי – נפגעה באופן מהותי. לבסוף, גילוי חומר החקירה החדש במועד כה מאוחר בהליך נתן את אותותיו באופן שבו התייחס בית המשפט המחוזי לטענות המערער.

האחריות להשתלשלות דברים בעייתית זו מונח כל כולו על כתפי המדינה, היא שכשלה בהבאת חומר החקירה הרלוונטי במועד. בכל זאת, משמעותה של הכרעת הדין היא כי הנושא העיקרי בהשלכות המחדל הוא המערער.

166. אמנם אין לנו ראייה כי אי-חשיפת חומר החקירה בדבר בדיקת סם האונס במעבדה באיטליה נעשתה במכוון ולעניין זה אכן ניתן להניח כי הדבר נעשה בשוגג. אלא שבנסיבות המקרה שלפנינו, העובדה שמדובר במחדל בלתי מכוון אינה מקהה את עוצמת הפגיעה בזכויות המערער. מובן כי אילו היה מדובר בהסתרה יזומה היה מצב הדברים עגום ומטריד עוד יותר; ובכל זאת, מצב הדברים הנוכחי, המצביע על רשלנות רבתי, חמור דיו.

עוד אני רואה להבהיר בהקשר זה כי לא הועלתה כל טענה, לא מפי באי-כוח המערער ואף לא מצד בית המשפט, כלפי הפרקליטה אשר ייצגה את המדינה בהליך שהתנהל בערכאה הדיונית. אין חולק כי מרגע שגילתה על כך שנערכה בדיקה נוספת לאיתור סם אונס ועל תוצאותיה, דיווחה על כך באופן מיידי לבאי-כוח המערער ולבית המשפט ובכך מילאה את חובותיה בהקשר זה במלואן.

167. לצורך השלב השני – ניהול ההליך במצב זה בהחלט עולה כדי פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. נהוג לומר כי "אין חקר לתבונת סניגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 429, 434 (1950)). אכן כך – לא ניתן לאמוד כיצד גילוי ראייה משמעותית זו במועד המתחייב לפי דין הייתה משפיעה על ניהול ההליך או תוצאתו. ההשלכות האפשריות של אי-גילוי תוצאות הבדיקה הן השלכות ראייתיות מהותיות אשר קשה לתחום אותן. המערער יכול היה לנהל באופן שונה את הגנתו משלב מוקדם בהליך; יתכן שהיה עולה בידו לכרסם במהימנות המתלוננות; ישנה גם האפשרות שבית המשפט המחוזי היה קובע קביעות שונות ביחס למצבן ההכרתי של המתלוננות.

אי-גילוי בדיקת סם האונס הרלוונטית אף פגע קשות ביעילות כלי החקירה הנגדית בפעם הראשונה שבה העידו המתלוננות. עדותן השנייה, אשר נעשתה בשלב מאוחר ונבלמה על ידי בית המשפט המחוזי – אינה מספקת על מנת לתקן את הנזק שנגרם.

ההשפעה של הפגם שנפל היא רחבת היקף כשם שהיא שזורה בכל שלבי המשפט שנוהל נגד המערער. בנסיבות אלו, ניהול ההליך בהתעלם מכך אכן מהווה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. במסגרת השלב השני, אף יש ליתן את הדעת ביחס לעוצמת הראיות המבססות את אשמתו של הנאשם (עניין גטצאן, בפס' 32). כאמור, לדעתי ממילא אין די ראיות להרשיע את המערער. אם כן, בהיבט זה קיימת השקה בין שני הנתיבים השונים שאותם פירטתי בחוות דעתי – נתיב הזיכוי הראייתי ונתיב השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

168. לעניין השלב השלישי – מדובר בפגם היורד לשורשו של ההליך. סעד של הפחתה בעונש, גם לו הייתי מתעלם מכך שממילא לעמדתי אין די ראיות להרשעת המערער, אין בו כדי לספק מענה הולם לעוצמת הפגם שנפל והשלכותיו. בהנחה שלא היה מקום לזכות את המערער מטעמים ראייתיים, אזי מובן כי שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק בנסיבות אלו הייתה גובה פגיעה באינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם מבצע העבירה.

אולם, אינטרס משמעותי זה אינו ניצב לבדו – מיצוי הדין עם נאשמים חייב להיעשות בעקבות הליך פלילי הוגן וראוי ותוך הקפדה על זכויות הנאשם. הרשעה בעקבות הליך אשר אינו מקיים דרישה בסיסית זו, חותרת תחת אינטרס גילוי האמת ומעצימה את החשש מפני הרשעת חפים מפשע. הרשעה שכזו, תוך פגיעה כה קשה בזכויות נאשם, אף אינה מקדמת את האינטרס הציבורי או את אמון הציבור בהליך הפלילי. מובן כי ביטול האישום אינו התוצאה המתבקשת בכל מקרה של פגם אשר נופל בשלב כלשהו בהליך הפלילי, אך זו התוצאה המתחייבת בהינתן חומרת הפגם והיקפו בנסיבות ענייננו.

סיכום

169. זאת יש להדגיש: המתלוננות רקדו וחיבקו את חבריהן במועדון ונישקו חלק מהם. המתלוננת 1 נישקה גם את המערער. באי-כוח המערער השקיעו מאמץ מיותר עד מאוד בניסיון לבסס טענה כי התנהגות המתלוננות במועדון, בכללותה, מהווה התנהגות "מינית" או "פתיינית" וכי לכך יש משמעות לעניין המשך הלילה. טיעון זה אני דוחה באופן נחרץ. לא ניתן לראות בהתנהגות שכזו כהסכמה לקיום אקט מיני, או כהזמנה לכך. אף אין אנו שופטים או מתיימרים לשפוט את התנהגות המתלוננות במועדון. גם בדיון

שלפנינו, בכל עת שטיעון הסנגור גלש למחוזות אלו – הובהר לו כי טיעון מסוג זה אינו טיעון שבית המשפט מוכן לשמוע וכמובן שלא לאמץ.

170. במישור הראייתי עמדתי מבוססת אפוא על כך שאין אנו יכולים לקבוע במידת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי את הרשעת המערער. אין משמעות עמדתי כי ניתן לקבוע שגרסת המתלוננות כוזבת, או כי הן ביקשו לטפול אשמה על המערער באופן מכוון ומודע. אולם, גרסאות המתלוננות בנסיבות תיק זה, כמתואר בהרחבה לעיל, אינן מספיקות להרשעת המערער. מקווה אני כי הבחנה חשובה זו תסייע למתלוננות להשלים במידה כזו או אחרת, עם פסק דין זה.

171. כאמור, אף הגעתי לתוצאה של ביטול האישום נגד המערער בנתיב נוסף – הפגיעה הקשה בזכות המערער להליך הוגן. חקירה פלילית והליך משפטי אינם נעשים ב"תנאי מעבדה", כך שמתרחשות טעויות ותקלות מעת לעת. עם זאת, שיטת משפט המבקשת להקנות משקל ממשי ואמתי לזכות הנאשם להליך הוגן, אינה יכולה להשלים עם טעויות כה חמורות כגון אלו שנפלו בהליך זה ולגלגל את השלכותיהן לפתחו של הנאשם – המערער.

קשה להפריז בחומרת המחדל שבגילוי המאוחר של הבדיקה לאיתור סם האונס ותוצאותיה. מחדל זה הוביל לכך שהתנהל הליך פלילי ממושך נגד המערער, בחשד לעבירות חמורות ביותר, עד ימים ספורים לפני הכרעת דינו; וזאת מבלי שהוצגה לבית המשפט ולבאי-כוח הצדדים ראיה משמעותית שקשה לאמוד את השלכותיה לו הייתה נחשפת במועד המתאים לכך. טענות המדינה בהקשר זה הן טענות המבקשות, בעיקרו של דבר, להפנות מבט לעתיד תוך הפחתת משקל התקלה שנפלה בנסיבות המקרה שלפנינו. אולם, מה על המערער, אשר זכותו להליך הוגן נפגעה באופן אנוש? עבורו, הכשל שנפל אינו בר-תיקון.

בית המשפט המחוזי סבר כי המחדלים שארעו "לא גרמו כל נזק" להגנת המערער. עמדתי הפוכה ממש – לא ניתן לערוך מחדש חקירה נגדית (בפעם הראשונה); לא ניתן למחוק מהכרתו של המותב, אשר היה לדבריו "כפסע" ממתן הכרעת הדין, את ההליך השלם שהתנהל מולו על בסיס ההנחה השגויה כי לא נעשתה בדיקה מתאימה לאיתור הימצאותו של סם אונס; לא ניתן לקבל כי מהמערער נשלל, בשל מחדל המדינה, היבט משמעותי של הזכות הבסיסית להתגונן מפני המיוחס לו. הקלות שבה טענות המערער המתייחסות לפגיעה בזכותו להליך הוגן נדחו בהכרעת הדין – משל היו הן

טענות סתמיות חסרות ממש – מטרידה היא. טעות זו של הערכאה הדיונית חובה עלינו לתקן.

172. אשר על כן, בראי ההבדל המסוים שבין זיכוי, מטעמים ראייתיים, לבין ביטול האישום – לפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אציע לחבריי כי נורה על זיכוי המערער מחמת הספק.

173. אחר הדברים האלו, עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף. אילו הייתי סבור כי לפנינו די ראיות על מנת לקבוע כי מצבן ההכרתי של המתלוננות אכן היה "מעורפל" בעת קיום יחסי המין עם המערער – מסקנתי הייתה דומה למסקנתו. אין חולק כי "ניצול הזדמנות" כפי שמגדיר זאת חברי (פס' 12 לחוות דעתו) – מהווה אונס. לא חלקתי על כך ואף איני סבור כי מחוות דעתי עולה גישה שונה או השתמע "מסר" שונה. אלא שחומר הראיות שהוצג לפנינו ואילו התייחסתי בפירוט רב, אינו מאפשר קביעה כי זה היה מצב המתלוננות בענייננו בנקודת הזמן הרלוונטית. חברי מתייחס לראיות המצביעות לכיוון אחד ואולם ישנן גם ראיות המצביעות לכיוון השני – עליהן עמדתי בהרחבה. המחלוקת אם כן היא במישור העובדתי, ולא במישור הערכי-מוסרי והמשפטי.

במאמר מוסגר, אציין כי אני מסתייג מאופן הצגת הדברים בחוות דעתו של חברי, תוך סיווג המתלוננות כ"נורמטיביות" אל מול תיאור המערער בתור בחור ש"ארב" להן. המערער, בדומה למתלוננות, הוא צעיר נורמטיבי ללא כל עבר פלילי אשר בעת האירוע שירת כחייל בחטיבת גולני.

את מבטי אני ממקד בראיות ובהן בלבד – משעה שאין ראיות מספקות, התוצאה המתחייבת היא זיכוי. בהליך פלילי עסקינן, הדרישה בשדה הפלילי כי אשמתו של נאשם תוכח מעבר לספק סביר אינה קלישאה בלבד. במסגרת זו, מוטל על התביעה לשלול, מעבר לספק סביר, את דברי הנאשם לפיהם פעל מתוך אמונה כנה בקיום הסכמת המתלוננות למגע המיני עמו – והתביעה לא הרימה נטל זה.

174. אשר למחלוקת בהתייחס לסעד הרצוי מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שנימקתי בהרחבה – המחדל שנפל הוא עמוק ושורשי – הוא השפיע על יכולת המערער להתגונן מפני המיוחס לו; פגם קשות ביעילות כלי החקירה הנגדית; והותיר חללים ראייתיים ואף תמיהות מסוימות ביחס למהימנות המתלוננות. המחדל נחשף לאחר

שהכרעת הדין המרשיעה שניסח המותב בבית המשפט המחוזי כבר הייתה כתובה. לא ניתן להשלים עם הרשעת נאשם לאחר שזכותו החוקתית להליך הוגן נפגעה באופן שכזה, הנוגד את עקרונות ההליך הפלילי וחותר תחת לגיטימיות ההליך כולו.

175. כאמור, אציע אפוא כי נקבל את הערעור ונורה על זיכוי המערער מחמת הספק.



יוסף אלרון
שופט

השופט אלכס שטיין:

1. דעתי כדעתו של חברי, השופט י' אלרון: עלינו לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין קמא ולהורות על זיכוי של המערער מחמת הספק לגבי אשמתו במיוחס לו. חברי ניתח את חומר הראיות באופן מעמיק ומקיף. המסקנות אליהן הגיע בעקבות ניתוח זה מקובלות עלי במלואן.

2. למעלה מן הנדרש, אוסיף כי למסקנה המזכה אליה הגיע חברי ניתן להגיע גם בדרכים קצרות יותר; ואפרט.

חולשת המסד הראייתי

3. המסד הראייתי שעל בסיסו מוטל עלינו להכריע בערעור דנן כולל בתוכו, בין היתר, רכיבים אלה:

א. אי-גילוי תוצאתה השלילית של בדיקת סם האונס למערער ובאי-כוחו. ההגנה גילתה את ממצאי הבדיקה, שהגיעו לידי המשטרה זה מכבר, רק בסמוך לסיום המשפט.

ב. החלטת בית משפט קמא ביחס לחקירתה הנגדית של המתלוננת 1 בנוגע לגילוייה המאוחר של בדיקת סם האונס ותוצאותיה כי "אין לשאול עוד שאלות בכיוון הזה.

העדה לא אחראית למחדל גם בהנחה שהיה מחדל" (ראו: פרוטוקול קמא מיום 13.2.2022, בעמ' 761).

ג. האפשרות הממשית של זיהום עדויות המתלוננות, אשר נותחה בהרחבה על ידי חברי, השופט אלרון.

ד. חוסר בהירות באשר למצבן ההכרתי של המתלוננות בזמן אמת: שעות הבוקר המוקדמות בהן המערער קיים עמן יחסי מין, בחלוף זמן די ממושך אחרי השתכרותן והאמצעים שננקטו על ידן כדי לחזור למצב מפוכח, אשר כללו מקלחות ומנוחה בחדרן במלון.

ה. חוסר בהירות באשר להלך רוחו של המערער באשר להסכמה או אי-הסכמה של כל אחת מהמתלוננות לקיים עמו יחסי מין – בהינתן שני אלו: (1) מעשיהן של המתלוננות בזמנים הרלבנטיים מהם יכול היה המערער להסיק הסכמה למגע מיני; וכן (2) העובדה שהמגע המיני עם כל אחת מהמתלוננות התרחש, כאמור, בחלוף זמן די ממושך אחרי השתכרותן ואחרי שהשתיים התקלחו ונחו בחדרן במלון כדי לחזור למצב מפוכח. זאת, כאשר אמונה כנה בקיום ההסכמה כאמור מובילה לזיכוי הנאשם: ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 345-351 (1993).

ו. חוסר בהירות באשר לסיבה לשקרי המערער, שכאמור הכחיש תחילה את עצם קיומו של המגע המיני בינו לבין המתלוננות – ובפרט: האם אכן מדובר בשקרים שמצביעים על תודעת האשמה הפלילית, אשר נועדו להרחיק את המערער מהמעשה האסור המיוחס לו? חוסר בהירות זה נבע מהאפשרות שהמערער חש אשמה מוסרית אחרי שהמתלוננת 1 שאלה אותו, באמצעות אפליקציית הווטסאפ, שעות ספורות אחרי האירוע, האם הוא קיים עמה יחסי מין – שאלה שהטילה ספקות באשר לתקינותם המוסרית של מעשיו אחרי המעשה. אפשרות זו עשויה ליתן הסבר לשקרי המערער – שכאמור דבק בגרסה לפיה לא קיים עם המתלוננות יחסי מין עד אשר חש כי עליו לספר את האמת – באופן שיעלה בקנה אחד עם דבריו בבית המשפט לפיהם הוא האמין בכנות, אך אפשר שבשגגה, כי המתלוננות מסכימות לקיים עמו יחסי מין.

4. כמו חברי, השופט אלרון, הנני סבור כי מסד ראייתי זה אינו מספק את הביטחון הדרוש להרשעה בפלילים.

5. הכללים המשפטיים אשר חלים בכגון דא סוכמו על ידי בע"פ 8794/20 פלוני נ' מדינת ישראל (10.5.2022) (להלן: ע"פ 8794/20) בזו הלשון:

"ערכאת הערעור אינה יכולה להחליף את התרשמותם הישירה של שופטי הערכאה הדיונית מאמינותה של עדות כזאת או אחרת בהתרשמותה שלה. בעניינים כגון זה, לערכאה הדיונית יש יתרון ברור על פני ערכאת הערעור; והדברים ברורים וידועים [...] ברם, ערכאת הערעור בהחלט יכולה – ולדידי, גם חייבת – להציב אמות מידה כלליות לבדיקת ביטחונו של המסד הראייתי הדרוש להרשעת נאשמים כדי להקטין את הסיכון להרשעת חף מפשע ככל שניתן. כל אימת שנגזר על בתי המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים בהיעדר ודאות מוחלטת לגביהם, לא נוכל לאיין את התרחיש של הרשעת חף מפשע. עם זאת, "על פי אמות המידה המקובלות בקרבנו, הרשעת שווא אמורה להישאר בגדר "תאונת עבודה" בלתי מתוכננת, אם כי בלתי נמנעת" (ראו: ע"פ 2921/18 מדינת ישראל נ' בצלאל (27.10.2019), פסקה 26 לפסק דיני (להלן: עניין בצלאל)).

[...]

אעבור למבחנים שבאמצעותם נכון וראוי לבדוק את בטיחות המסד הראייתי עליו השתיתה הערכאה הדיונית את הרשעת המערער. אחד ממבחנים אלו – ואולי החשוב שבהם – הוא מבחן ה"נורמליות" (normalcy), עליו עמדתי בפסקה 26 לפסק דיני בעניין בצלאל. כפי שהזדמן לי להסביר בדוני באותו עניין, "מבחן זה דורש כי בית המשפט יבסס את הרשעת הנאשם על חומר ראיות שההסתמכות עליו לא תביא להרשעת חף מפשע במהלך העניינים הנורמלי – להבדיל מתרחישים חריגים, בלתי צפויים, ועל כן זניחים" [...].

מבחן זה מתמקד בתוצאותיו של שימוש שיטתי, חוזר ונשנה, במסד ראייתי נתון, או במסד ראייתי דומה מבחינת מרכיביו, כבסיס להרשעת הנאשם. מנקודת ראות זו, מסד ראייתי ייחשב לבלתי בטוח ולבלתי מספק כאשר פסקי דין מרשיעים אשר יינתנו על בסיסו – או בהתבסס על מסד ראייתי דומה – באופן עקבי ושיטתי בוודאות יכללו בתוכם הרשעות של חפים מפשע. מסד ראייתי כזה מכיל בתוכו ספק מוחשי ומובנה, או ספק סביר, לגבי אשמתו של הנאשם – זאת, להבדיל מספק בלתי מוחשי, ערטילאי ותאורטי, אשר קיים בכל משפט פלילי בשל כך שוודאות עובדתית מוחלטת אינה מצויה בהישג ידינו. מדובר בספק

מוחשי ומובנה, ולא תאורטי, מאחר שנאשם העומד לדין יכול שיהא אחד מאותם הנאשמים אשר ימצאו אשמים בעבירות לא להם במהלך העניינים הנורמלי.

לטעמי, אמת-מידה זו של ביקורת ערעורית מהווה חלק אינטגרלי מדרישת ההוכחה מעבר לספק סביר ומהכלל אשר מחייב את בית המשפט לזכות את הנאשם בהתעורר ספק סביר לגבי אשמתו [...]. בתור שכזאת, היא באה למנוע הרשעת שווא שאיננה בגדר תקלה או תאונה מקרית, ותו לא, אלא מהווה חלק משיטת ההכרעה בעובדות – שיטה שמנרמלת ומקבעת את התופעה של הרשעת נאשמים בעבירות לא להם.

הרשעה מקרית של חף מפשע, אשר לא נמנעה חרף כל המאמצים המעשיים אשר ננקטו כדי למנועה, איננה בגדר דבר רצוי. ואולם, אין להשוות בינה לבין הרשעת חף מפשע שאיננה מקרית ושממהוה חלק מובנה של השיטה לפיה פועלת מערכת המשפט. במקרה הראשון, מדובר בהתממשותו של סיכון כללי וערטילאי, שכלל הנאשמים חשופים לובמידה פחות או יותר שווה. במקרה השני, מדובר בסימונו של נאשם ספציפי כמי שניתן להקריב את חירותו ואת שמו הטוב כדי להגשים את מטרותיו של הדין הפלילי, אשר כוללות את מיצוי הדין עם עבריינים רבים ככל שניתן – וזאת, מבלי לנקוט בכל האמצעים המעשיים למניעת הרשעות שווא. פגיעה מסוג זה היא פגיעה חמורה – ובלתי מותרת במקומותינו – בזכותו של האדם לחירות בסיסית, לכבוד ולשוויון. בשני המקרים הללו, בהינתן הטלת עונשים זהים על הנאשמים, הרשעת חף מפשע גורמת לאותו נזק פיזי, אך הנזק המוסרי אשר נגרם במקרה השני עולה עשרות מונים על זה שנגרם במקרה הראשון [...]. הנזק המוסרי שנגרם במקרה השני יורד לשורש היחסים שבין הפרט למדינה: מתן היתר כללי למדינה להרשיע אדם שבפועל לא ביצע את העבירה המיוחסת לו – וזאת, כחלק מהשיטה, ולא רק באופן מקרי ובלתי נמנע – הוא אחד מסממניו המובהקים של משטר דכאני; ובשיטת משפט כשלנו אין לו מקום. (ראו שם, פסקאות 42, 46-49; ההדגשות במקור והציטוטים הפנימיים הוסרו – א.ש.).

6. חבריי להרכב השופטים בע"פ 8794/20, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופטת ד' ברק-ארז, לא חלקו על הכללים האמורים – ועל האופן שבו הגדרתי והסברתי אותם – אולם לא הסכימו עמי לגבי יישומם באותו מקרה.

7. יישומם של כללים אלה במקרה שלפנינו מוביל למסקנה חד-משמעית כי המסד הראייתי שנבנה על ידי המדינה אינו מספק את הביטחון הדרוש להרשעת המערער במעשי האינוס המיוחסים לו. סבורני כי אם נרשיע עשרה – ואפילו פחות מעשרה – נאשמים על

בסיסו של מסד ראיתי דומה, מן ההכרח הוא שנרשיע לפחות נאשם אחד חף מפשע אשר קיים את יחסי המין עם המתלוננת מתוך אמונה כנה שהמתלוננת נותנת את הסכמתה למגע המיני; ואין זה מן הנמנע שאותו נאשם חף מפשע הוא המערער אשר ניצב לפנינו. סיכון זה של הרשעת חף מפשע, אין זה ראוי שניטול על עצמנו כמערכת המשפט המושתתת על יסודות של חירות (ראו והשוו: עניין בצלאל, פסקה 26 לפסק דיני; כמו כן ראו ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 172-178 Oxford University Press, 2005); Ronald Dworkin, *Principle, Policy, Procedure* in RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 72, 83-89 (Oxford University Press, 1986); Martin Smith, *When Does Evidence Suffice for Conviction?*, 127 MIND 1193 (2018)). צודק אפוא חברי, השופט אלדון, בקבעו כי מן הדין לזכות את המערער מחמת הספק הסביר אשר התעורר ביחס לאשמתו.

הפרת הדרישה ל"הליך הוגן"

8. כל אדם שעומד לדין פלילי במחוזותינו זכאי להליך הוגן (ראו סעיפים 5 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; וכן ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006), פסקה 63 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש (להלן: עניין יששכרוב); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 21-25). פגיעה בזכות כאמור גוררת אחריה, ברגיל, ביטול ההליך הפלילי במסגרתו הורשע הנאשם, ואף זיכוי הנאשם – לצד אמצעים דרסטיים פחות, כגון פסילת ראיה אשר הושגה על ידי פגיעה באחת מזכויות היסוד של הנאשם (כפי שנקבע, בין היתר, בעניין יששכרוב – כלל שמוסדר כעת בסעיף 56א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 – ובפסק דינו התקדימי של חברי, השופט אלדון, ברע"פ 5334/23 אברגל נ' מדינת ישראל (14.7.2024)). לטעמי, תוצאה זו נובעת מעצם הדרישה החוקתית להבטיח לנאשם הליך הוגן; וכפי שציין חברי, השופט אלדון, בפסק דינו הנוכחי, ניתן לבססה גם בגדרי ה"הגנה מן הצדק" אשר מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (בעניין זה ראו דבריו של חברי בפסקאות 4-9 לפסק דינו בדנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (15.12.2021)).

9. זכות הנאשם לגילוי מוקדם ומלא של ראיות אשר נאספו – לזכותו ולחובתו – על ידי המדינה, שמנהלת נגדו הליך פלילי, מהווה רכיב מרכזי מזכותו החוקתית להליך הוגן (ראו: בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, פ"ד סג(2) 453, פסקה 21 לפסק דינה

של השופטת א' חיות (2009); וכן בש"פ 1378/20 זגורי נ' מדינת ישראל (7.4.2020) (להלן: עניין זגורי)).

בעניינה של זכות בסיסית זו, הזדמן לי לקבוע את הדברים הבאים:

"דינים שמחייבים את המדינה לגלות לנאשם את כל חומר החקירה אשר נאסף בעניינו מכילים בחובם את חזקת התקינות. חזקה זו קובעת כי הצהרת המדינה על כך שהעמידה לרשות הנאשם את כל חומר החקירה שהלה זכאי לעיין בו ולהעתיקו – בכפוף לחומרים שלגביהם נטענה טענת חסיון או קיימת מחלוקת והם הועברו לבדיקת בית המשפט – תיחשב להצהרת אמת, זולת אם יוכח כי המדינה לא מילאה אחר חובתה [...]. בנסיבות אלו, בית המשפט אשר מקיים הליך לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ או דן בערר במסגרתו של סעיף 74(ה) לחוק חייב לקבל את הצהרת המדינה כמות שהיא ולסמוך על היותה נכונה [...]. דין זה נותן למדינה ולפרקליטיה אשראי עצום. אשראי זה ניתן לפרקליטי המדינה לצידן של חובות האמון שאלו חבים למערכת המשפט כמי שאמורים לסייע לבתי המשפט בחקר האמת [...]. פרקליטי המדינה חייבים למלא אחר חובות אלו, ובמסגרת זו עליהם לגלות לנאשם, בין היתר, כל ראיה שבכוחה להוכיח את חפותו או להטיל ספק ממשי לגבי ההאשמות המיוחסות לו [...]. אגב מילוי חובה בסיסית זו, שאיננה מסוייגת אלא בהוראות דין בדבר חסיונות – ומאז שנת 2016, גם בהוראות המגנות על סודיותו של חומר מודיעיני – אל לו, לתובע, להיכנס לנעלי סניגורו של הנאשם כדי להכריע במקומו אם בחומר שאותו יש חובה לגלות לנאשם, בהיותו "חומר החקירה", יש תועלת להגנה.

[...]

לצידם של דינים אלה ניצבת בעיה לא פשוטה. חובת הגילוי אשר חלה על המדינה מצויה בעולמן של חובות אמון שמילויין איננו ניתן לוודא בזמן אמת, ועל-פי רוב גם איננו ניתן לאימות אחרי המעשה. בנסיבות אלו, חזקת התקינות – בה ביקשה המדינה להיעזר גם במקרה שלפניי – איננה נותנת מענה מספק לשאלה "מה יקרה אם פרקליט כזה או אחר ייעשה מעשה חריג ופסול של הפרת חובת הגילוי?". מסיבה זו, סבורני כי לצידו של האשראי העצום שניתן למדינה בענייני גילוי חומרי החקירה לנאשמים, מן הראוי שתעמוד סנקציה חריפה אשר תופעל על ידינו אם וכאשר נמצא שהמדינה לא עמדה באשראי שניתן לה ושללה מהנאשם את זכותו הבסיסית להליך הגון.

עוצמתה של הסנקציה צריך שתהלוס את גודלו של האשראי ושתתמרן את המדינה ואת פרקליטיה לקיים את חובות

הגילוי שחלות עליהם בהקפדה עילאית. סבורני, אפוא, כי יהא עלינו להרחיב את תחולתה של דוקטרינת הפטילה החוקתית [...]. הפעלתה של דוקטרינה זו נגד המדינה במקרים של הפרת חובות הגילוי שלה כלפי נאשמים תביא, ברגיל, לביטול האישום; ובמסגרתו של ערעור, לביטול ההרשעה; ובמקרים קיצוניים אף לזיכוי מלא וסופי של הנאשם [...].” (ראו עניין זגורי, פסקאות 56-59; ציטוטים פנימיים הוסרו וההדגשה הוספה – א.ש.).

10. דברים אלה חלים, כמובן, לא רק על התביעה הפלילית, אלא גם על המשטרה כזרועה הארוכה של המדינה כמאשימה. בהקשרה של הסנקציה שראוי להשית על המדינה בתגובה להפרת זכותו של הנאשם לקבל לידי, מבעוד מועד, ראיות שהמדינה אספה נגדו – זכות שכאמור מרכיבה את יסודותיו של הליך הוגן – הצעתי כי נלך בדרכו של הדין האמריקני:

”טוב נעשה אם נלך בכגון דא אחר הדין האמריקני שבבסיסו עומדת חובה חוקתית של המדינה לגלות לנאשם כל חומר ראיתי אשר יכול להביא לזיכוי (ראו *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963)). חובה זו והסנקציה המוטלת על המדינה בגין הפרתה הוסדרו בשלושה כללים אשר מבחינים בין חומר ראיתי מהותי אשר מצביע על חפותו של הנאשם (material exculpatory) לבין חומר ראיתי אשר רק ייתכן שיהא בו כדי לסייע לנאשם בהגנתו (potentially useful). בכל אחד משני המקרים הללו, כאשר המדינה מסתירה את החומר במתכוון או בחוסר תום-לב, נאשם שהורשע בדינו יהא זכאי לביטולה האוטומטי של ההרשעה. להבחנה בין שתי רמות העוצמה הראייתית של החומר שלא גולה לנאשם יש חשיבות מכרעת במקרים בהם המדינה אינה מגלה לנאשם את החומר מחמת שגגה, הנקייה מעצימת עיניים, כלומר כאשר היא פועלת בתום-לב עילאי. במקרים אלו, הסתרה של חומר מהותי אשר מצביע על חפותו של הנאשם תביא לזיכוי, כמו במקרים של חוסר תום-לב מצד המדינה. ואולם, אם החומר אשר לא גולה לנאשם מפאת שגגה מכיל מחובו סיוע פוטנציאלי להגנתו – להבדיל מתמיכה מהותית בתזת החפות שלו – יהא על בית המשפט לבחון את הרשעת הנאשם לגופה, וזו יכול שתישאר על כנה. ראו: *Illinois v. Fisher*, 540 U.S. 544, 545, 547-548 (2004); *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51, 57-58 (1988).” (ראו: עניין זגורי, פסקה 61).

11. הווה אומר: חריפות הסנקציה היא כגודל האשראי שניתן למדינה ולא נפרע על ידה. המדינה אינה יכולה, מצד אחד, ליהנות מחזקת התקינות בבואה לחשוף בפני הנאשם את חומר הראיות שבידה, ועל ידי כך להיחשב כמי שקיימה את זכות העיון שלו;

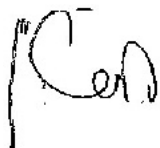
ומהצד השני, לרחוץ בניקיון כפיים כאשר מתברר שראיה אשר עשויה היתה להועיל להגנת הנאשם לא גולתה לו.

12. במקרה שלפנינו, כפי שהראה חברי, השופט אלרון, תוצאתה השלילית של בדיקת סם האונס אשר לא גולתה להגנה, היתה בגדר ראיה שבלי ספק יכלה לסייע למערער בהגנתו (potentially useful) – למרות שהיא עצמה אינה בהכרח מצביעה על חפותו. זאת, מאחר שהעננה של סם האונס ריחפה מעל הראיות שהמדינה הביאה נגד המערער וכרסמה בתזת ההגנה לפיה המערער סבר בכנות שהמתלוננות מעוניינות לקיים עמו מגע מיני. בנסיבות אלו, אחרי שההגנה גילתה את התוצאה השלילית של בדיקת סם האונס, מן הדין היה לחזור ולבחון מחדש – ביסודיות יתרה – את חומר הראיות עליו ביקשה המדינה לבסס את הרשעת המערער, כפי שהורה חברי, השופט אלרון, בהליך הביניים שהתברר לפניו. דא עקא, בית משפט קמא לא קיים הוראה זאת במלואה בהחליטו לעצור את חקירתה הנגדית של המתלוננת 1 אשר התמקדה בנושא "סם האונס" (ראו פרוטוקול קמא מיום 13.2.2022, בעמ' 761).

13. החלטה זו היתה נטולת אחיזה משפטית. ראשית, כאמור בסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 (להלן: חוק חקירת עדים), סמכותו של בית משפט שלא להרשות חקירת עד קמה רק ביחס לחקירה אשר "אינה לענין הנידון ואינה הוגנת" – כאשר "הנידון", משמעו כל פרט שהינו רלבנטי למשפט, "לרבות מהימנות העד" (ראו סעיף 1 לחוק חקירת עדים). כמו-כן, הלכה היא עמנו כי בית משפט אינו מוסמך, ככלל, להגביל את חקירתו הנגדית של עד תביעה המנוהלת על ידי סניגורו של הנאשם, אלא במקרים חריגים של ביטול זמנו של בית המשפט, פגיעה ברורה ביעילות ההליך או שימוש לרעה בכלי חיוני זה לביורר האמת (ראו: ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל, פסקה 56 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (10.3.2008); ע"פ 192/87 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 141, 151 (1987); ע"פ 371/83 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 303 (1983); ע"פ 414/71 סלטון נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 346 (1973)).

14. במקרה דנן, חקירה נגדית שבית משפט קמא ראה לנכון לעצור היתה עניינית, ולא ניכר היה שהיא כילתה את זמנו של בית המשפט לשווא. גדולה מזו: חקירה כאמור נדרשה על-מנת לתקן, ככל שניתן, את זכות העיון של המערער אשר נפגעה פגיעה חמורה – אם כי בלתי מכוונת על-פניה – על ידי המדינה. חסימתה של חקירה זו העצימה אפוא את הפגיעה בזכות העיון, וכפועל יוצא מכך הוסיפה פגיעה משל עצמה בזכות המערער להליך הוגן.

15. בנסיבות אלו, ביטול הרשעתו של המערער הינו מחויב המציאות; ולנוכח חולשתו של המסד הראייתי, לצד השיקולים של עינוי דין, איני רואה תוחלת בהחזרת הדיון לבית משפט קמא. אין אפוא מנוס מזיכוי המערער, כפי שקבע חברי, השופט אלדון, בפסק דינו.



אלכס שטיין
שופט

השופט עופר גרוסקופף:

קראתי בעיון את חוות דעתו המפורטת והמקיפה של חברי, השופט יוסף אלדון, ואת חוות דעתו הקצרה והתמציתית של חברי השופט אלכס שטיין, המצטרף לעיקר נימוקיו ולמכלול מסקנותיו. שותף אני לחלק ניכר מהביקורת שיש לחבריי, הן ביחס לקשיים המהותיים בהנמקות עליהן מבוסס פסק דינו של בית המשפט המחוזי, הן ביחס למחדל החמור שנפל בניהול ההליכים הפליליים במקרה דנן. ואולם, מהטעמים שאציג להלן, לא אוכל להצטרף למסקנתם הסופית של חבריי לפיה יש בליקויים האמורים, כמו גם במחדל הנזכר, כדי להביא לזיכוי של המערער. לו הייתה דעתי נשמעת, היינו מותירים את הרשעת המערער על כנה, ומורים על הפחתה משמעותית בעונשו. אציג להלן את עמדתי תוך התמקדות בנקודות בהן אני חולק על חבריי, וזאת תוך שאצער מבחינת סדר הדברים בדרך בה פסעו הם לפני: תחילה אדון בתשתית הראייתית שהונחה לפני בית המשפט המחוזי, ובשאלה האם היא מבססת כדבעי הרשעה פלילית בהתאם למבחני הדין הפלילי; ולאחר מכן אפנה לעסוק בפגם החמור שנפל בהתנהלות ההליכים הפליליים במקרה זה, ובהשלכות שיש ליחס לו על הכרעת הדין ועל גזר הדין.

התשתית הראייתית והמשפטית להרשעת המערער

1. בכל הנוגע לבחינת התשתית הראייתית הקיימת בתיק, הולך אני דרך ארוכה עם חברי, השופט אלדון, בניתוחו היסודי של חומר הראיות. אכן, גם לשיטתי אין די תמיכה ראייתית בקביעתו הנחרצת של בית המשפט המחוזי, לפיה יש לאמץ באופן מלא את תיאור האירועים, כפי שהוא גובש על ידי המתלוננות ביום שלאחר האירוע. לעניין זה,

גם אם המתלוננות מאמינות באמת ובתמים כי הצליחו לשחזר את שאירע בליל האירוע, ועדותן נקבעה כמהימנה על בית המשפט המחוזי, אין בכך כדי להועיל לקביעה כי עדותן אמינה (ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769, 787 (2004); ע"פ 5010/17 שטרית נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (20.6.2019)). זאת, בין השאר, משום שהמתלוננות עצמן מודות כי חלקים משמעותיים בגרסאותיהן אינם נשענים על זיכרון ממשי שלהן מאותו לילה, לצד החשש כי הגרסאות "התערבבו" האחת בשנייה באופן הפוגע ביכולת להסתמך עליהן. כך, למשל, המתלוננת 1 אינה זוכרת באילו נסיבות קיים המגע המיני עמה; והמתלוננת 2, ששהתה במקלחת באותה עת, לא הייתה עדה לכך. בנוסף, המתלוננת 2 לא העידה כי היא עצמה זכרה שצעקה למערער "אל תיגע בי, אל תיגע בי", אלא דווקא המתלוננת 1 היא שהוסיפה פרט מידע זה (ראו בפסקה 107 לחוות דעתו של השופט אלרון). משאלה הם פני הדברים, יש קושי משמעותי בהסתמכות על עדויות המתלוננות כדי לקבוע, מעבר לכל ספק סביר, כי הן התנגדו בפועל למגע המיני, או כי המערער היה אדיש לשאלה אם הן התנגדו בפועל או נתנו את הסכמתן.

2. המשמעות המשפטית של ספק סביר זה היא שלא ניתן להרשיע את המערער בביצוע עבירת האינוס לפי החלופה הקבועה בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שעניינה בבעילת אישה "שלא בהסכמתה החופשית". ואולם, עדיין נותר לבחון אם הרשעתו של המערער עומדת בעינה לפי החלופה הקבועה בסעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, שעניינה בבעילת אישה "תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". ואכן, במהלך הדיון שנערך לפנינו הבהירה באת-כוח המדינה, כי לשיטתה הגם שניתן להרשיע את המערער על פי שתי החלופות האמורות, החלופה המרכזית לה היא טוענת היא זו הקבועה בסעיף קטן (4). למלאכה זו אפנה כעת. אולם, לנוכח ההתייחסות הקצרה (ואף קצרה מדי) של בית המשפט המחוזי, כמו גם של חברי, השופט אלרון, לאפשרות זו – ראיתי לנכון להציג לפני כן רקע משפטי כללי לסוגיה.

סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין – רקע משפטי

3. סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין עוסק בשני סוגים של מקרים, אשר עשויים לבסס את עבירת האינוס: ראשית, מקרים בהם האישה מצויה במצב של חוסר הכרה, כך שאין היא יכולה, מבחינה פיזית, להסכים לקיום יחסי המין; ושנית, מקרים בהם האישה שרויה ב"מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". השופט חנן מלצר הסביר בע"פ 7296/07 תורן נ' מדינת ישראל (12.8.2010) (להלן: עניין תורן) את מהותו של הסעיף, באומרו כי:

ההנחה העומדת בבסיס הסעיף היא, כי עצם קיום יחסי-מין עם אישה שאינה בהכרח, או בכל מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית – יש בו משום ניצול לרעה של האישה בשל חוסר יכולתה לגבש הסכמה למעשה המיני מתוך תובנה ביחס לטיבו. לפיכך, גם אם לא הובעה באופן מפורש, או ממשי חוסר הסכמה מצד האישה, קמה בסעיף הקטן האמור, בהתקיים נסיבותיו, מעין 'חזקת אי-הסכמה', שהינה תולדה של מצב הקורבן בעת האירוע (שם, בפסקה 12; ההדגשות נוספו).

4. החלופה הרלוונטית לנו היא החלופה השנייה שהוצגה, "מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". חלופה זו היא, הלכה למעשה, "חלופת סל", אשר נועדה לתת מענה לקשת רחבה של מקרים שבהם נמנעה מהאישה היכולת "לתת הסכמה חופשית", וזאת בשל מצב פיזי או נפשי בו היא שרויה (ע"פ 3217/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (31.7.2016)). ממילא, השאלה המתעוררת היא באיזה מידה צריכה להימנע מהאישה היכולת ליתן הסכמה חופשית. בעניין זה נקבע בפסיקה כי החלופה תתקיים מקום בו נפגעה או הוחלשה באורח מהותי יכולתה של האישה לגבש הסכמה חופשית לקיום יחסי המין (ראו: דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מח(5) 845, 860-859 (1995); ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 314 (2000); ע"פ 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (22.4.2010) (להלן: ע"פ 7257/08)). דהיינו, די בכך שנשללה מהאישה היכולת האפקטיבית ליתן הסכמה מודעת למעשים – ואין צורך להראות כי יכולת זו נשללה ממנה בצורה מוחלטת (ראו: ע"פ 2085/07 פלח נ' מדינת ישראל, פסקה 13 והאסמכתאות שם (15.6.2009); עניין תורן, בפסקה 12; ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (28.10.2013) (להלן: עניין טרשתי)).

דוגמה נפוצה בפסיקה ל"מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית", היא כאשר האישה נתונה להשפעה של משקאות משכרים, ברמה המונעת ממנה באורח מהותי את האפשרות לגבש הסכמה לקיום יחסי המין, כבענייננו (ראו, מיני רבים: ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל (27.5.2009); ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל (15.4.2010) (להלן: ע"פ 10898/08); ע"פ 1732/10 פחימה נ' מדינת ישראל (30.3.2011); ע"פ 4443/10 קחקזאשווילי נ' מדינת ישראל (20.12.2012) (להלן: עניין קחקזאשווילי); ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל (12.11.2014) (להלן: עניין סיגר)). יוער, לצד האמור, כי לא בכל מקרה בו האישה שתתה אלכוהול תתקבל הטענה כי יכולתה לגבש הסכמה חופשית נפגעה באופן מהותי (ראו: ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 96 (8.5.2014)).

5. ומן היסוד העובדתי נעבור ליסוד הנפשי הנדרש בסעיף 345(א)(4) לחוק העונשין – קיומה של מודעות מצד הנאשם לכך שהאישה הייתה שרויה במצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית. חשוב להבהיר כי כפי שמורה אותנו סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, לעניין המודעות יש לראות "אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלברדם". רוצה לומר, די בקיומו של חשד מצידו של הנאשם ביחס לכך שהאישה שרויה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית, כדי שנראה בו כמי שהיה מודע לקיום הנסיבות (ע"פ 10898/08, בפסקה 16; עניין קחקוזאשווילי, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט יצחק עמית). לפיכך, במקרים אלה – ובפרט כאשר נקל להבחין בתפקודה הלקוי של האישה, או כאשר הנאשם יודע כי היא נטלה סמים או שתתה משקאות משכרים, כבענייננו – מוטלת עליו החובה לברר באופן חד-משמעי כי היא נותנת את הסכמתה החופשית לקיום יחסי המין עמו, וכי היא שרויה במצב המאפשר לה לתת הסכמה כזו (ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (27.5.2009); עניין תורן, בפסקה 21; עניין סיגר, בפסקה 33). מי שפועל אחרת, ולמעשה מנצל את מצבה של האישה, הרי הוא אונס (עניין קחקוזאשווילי, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט מלצר).

מן הכלל אל הפרט

6. מצוידים בתובנות אלה, נפנה ליישום על נסיבות ענייננו. כפי שהוזכר לעיל, בית המשפט המחוזי, ואף חברי השופט אלרון, התייחסו בקצרה בלבד לאפשרות להרשיע את המערער על בסיס סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין. בית המשפט המחוזי סבר כי חלופה זו מתקיימת לאור המצב שבו היו שריות המתלוננות בעת הגעתן לבית המלון; ועל רקע הנתונים בדבר מצבן, כפי שהם עולים מהעדויות והראויות השונות שפורטו בהכרעת הדין, ובכלל זה הודעות ה"ווטסאפ" ששלחו בזמן אמת ע'צ' והמערער (ראו פסקאות 228-232 להכרעת הדין). על רקע זאת, בית המשפט המחוזי קבע, כממצא עובדתי, כי "הוכח, מעל לכל ספק סביר, כי הכרתן של המתלוננות היתה מעורפלת בליל האירוע, לרבות בזמן בו היו בחדר המלון, הן לא היו מסוגלות לגבש הסכמה מודעת לקיום יחסי המין עם הנאשם, ומצבן זה ניכר בהן" (פסקה 232 להכרעת הדין; ההדגשות במקור).

חברי, השופט אלרון, מבטל קביעה עובדתית זו בשל הזמן שחלף בין מועד הבילוי במועדון לבין המעשים המיניים (ההגעה למלון הייתה בשעה 03:40 לערך, ע'צ' עזב את החדר בסמוך לשעה 04:40 ובחלוף פרק זמן מסוים התקיימו המעשים המיניים,

כאשר ניתן להניח כי הם נעשו בסמוך לאחר עזיבתו של ע' צ', ולנוכח הפעולות שעשו המתלוננות במהלך פרק זמן זה על מנת להתאושש – הקיאו והתקלחו. לעמדתו, ייתכן איפוא שבפרק זמן זה חל שינוי במצב ההכרתי של המתלוננות, והן התאוששו (ראו למשל בפסקה 116 לחוות דעתו של השופט אלדון, ובנוסף בפסקה 2.ד. לחוות דעתו של השופט שטיין). עוד סבור חברי, כי לאור התנהלות המערער בחדר המלון (ובמידה מסוימת גם לאור התנהלותו של ע' צ'), וכן לנוכח התנהלותו ביום שלמחרת עד שהמתלוננת 1 שלחה אליו את ההודעה (בה, כאמור, שאלה אותו אם הם קיימו יחסי מין), יש להטיל ספק במודעותו לכך שהמתלוננות היו שרויות בעת ביצוע המעשים המיניים במצב המונע מהן לתת את הסכמתן החופשית אליהם. אין באפשרותי להצטרף לדברים אלה.

7. ככל שהדברים נוגעים למצב ההכרתי של המתלוננות בעת ביצוע המעשים, שהוא למעשה עניין עובדתי-אובייקטיבי, הרי שאינני סבור כי יש בסיס להתערבות בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, לפיהן חלוף הזמן, לרבות הפעולות שעשו המתלוננות במהלכו, לא הביאו אותן לכדי מצב המאפשר להן לתת הסכמה חופשית לקיום יחסי המין. אינני סבור שמתקיימים במקרה דנן טעמים המאפשרים לנו לקבוע, כערכאת ערעור, כי בניגוד לממצא זה, המתלוננות "הספיקו" להתאושש ולהתפכח בזמן הקצר שחלף מעזיבתן את המועדון ועד לקיום יחסי המין. נהפוך הוא, התרשמותי היא שקביעת בית המשפט המחוזי בעניין זה מבוססת כדבעי. כך במיוחד בהינתן שמתלוננת 1, כלל לא הייתה מסוגלת להתקלח ולהתלבש בכוחות עצמה, ושלאחר מכן הייתה שרועה על המיטה, ולא זזה ממנה, ושמלתוננת 2 המשיכה להקיא לפחות עוד כחצי שעה לאחר ההגעה למלון. אם לא די בכך, הרי שאין חולק כי המתלוננת 1 לא זכרה כלל בבוקר שלמחרת האירוע אם בוצע בה אקט מיני, ונאלצה לשאול את המערער על כך, ושגם זיכרונה של מתלוננת 2 מאירועי הלילה היה חלקי ביותר, באופן המעיד על מצבן ההכרתי הקשה של המתלוננות לאורך כל ליל האירוע, אשר כאמור נבע משיכרותן הקשה (ראו: עניין סיגר, בפסקה 32; ע"פ 10898/19, בפסקה 15). עמדתי האמורה מבוססת גם על תיאור מצבן של המתלוננות על ידי ע' צ' בסמוך לעזיבתו את חדר המלון, כפי שעולה מהודעות ה"ווטסאפ" ששלח לחברו א' ח'. מפאת חשיבות הדברים, שכן הם משקפים באופן אותנטי את מצבן של המתלוננות בזמן אמת, אשוב ואצטט את ההודעות העיקריות לעניין זה (השגיאות במקור). בשעה 03:43 ע' צ' כתב "אני איתן במלון אחי איזה כיף ואיזה נעליים מקיאות פה את החיים" (ת/16, בעמ' 2613); בשעה 03:59 כתב כי המתלוננות "שבורות אחושרמוטה" (שם, בעמ' 2619); בשעה 04:01 שלח תמונה לצד הכיתוב "הן גמורות אחיי" (שם, בעמ' 2621); בשעה 04:06 כתב "בן זונה גם הפיל אותי על [המתלוננת 2] שהיא בכלל שבורה למה [המתלוננת 1] שבורה של החיים שולחת" (שם,

בעמ' 2623), ושלוש דקות לאחר מכן, בשעה 04:09, כתב "מקיאהה פהה בכל מקום כוסאמק" (שם, שם).

על רקע דברים אלה, אין לשיטתי הצדקה להתערב בקביעתו העובדתית של מותב תלתא של בית המשפט המחוזי, לפיהן בפרק הזמן הקצר שחלף בין ההגעה למלון לביצוע המעשים המיניים, אשר עומד לכל היותר על כשעתיים, מצבן הקשה של המתלוננות לא השתפר באופן משמעותי, כך שגם בעת ביצוע המעשים המיניים בהן, הן לא היו מסוגלות לתת הסכמה מודעת וחופשית לקיום יחסי המין עם המערער (ראו גם: עניין טרשתי, בפסקה 25). קביעה זו תואמת מתיישבת עם ההיגיון, וחשוב מכך – היא עולה בקנה אחד עם החומר הראייתי.

8. אשר על כן, אף אם רצוי היה שבית המשפט המחוזי ירחיב ויפרט את נימוקיו ביחס לקביעה זו, בנסיבות המתוארות לא מצאתי הצדקה להתערבותנו בממצאיו. כך, בייחוד בהינתן הכלל הנהוג עמנו לפיו אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, למעט במקרים חריגים, בהם ערכאת הערעור התרשמה באופן מובהק כי "נפלה בהחלטת הערכאה הדיונית שגיאה נראית לעין, או מקום שהמסקנות אינן מתיישבות עם הגיונם של דברים" (ע"פ 9020/14 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (9.7.2015). ראו גם: ע"פ 6080/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (19.9.2024)). זאת, נוכח יתרונה המובהק של הערכאה הדיונית, אשר מתרשמת באופן ישיר ובלתי אמצעי מן העדויות שהובאו בפניה (ע"פ 7474/19 בן דוד נ' מדינת ישראל, פסקה 21 והאסמכתאות שם (12.7.2020)).

9. עתה, וביחס למצב הידיעה של המערער, הרי שברורים לנו שני עניינים אלה: ראשית, הוא ידע כי זמן קצר לפני קיום האקטים המיניים המתלוננות היו שרויות במצב שלא איפשר להן לתת הסכמה חופשית. ידיעתו זו נלמדת בבירור מחומר הראיות הקיים בתיק, ולמעשה אין על כך מחלוקת. שנית, הוא "ניצל הזדמנות" שנקרתה בדרכו על מנת לממש "פנטזיה" שהוא רצה להגשים (כלשון בה נקט המערער בהשלכה על אחת המתלוננות. ראו פסקה 94 לחוות דעת אלדון). במצב דברים זה, קביעה לפיה המערער לא היה מודע לכך שהמתלוננות שרויות במצב המונע מהן לתת הסכמה חופשית, או טעה "טעות כנה" עת הניח כי המתלוננות יכולות לגבש הסכמה כזו – מעוררת קושי ניכר, ובעניינו, לא ניתן לקבלה. כפי שהובהר לעיל, גבר היודע כי אישה מצויה במצב של אובדן חושים, בשל צריכת משקאות אלכוהוליים או בשל שימוש בחומרים אחרים – אינו יכול להניח באופן כנה כי בחלוף זמן קצר בלבד, ואף לאחר הקאות ומקלחת, אותה אישה

חזרה לאיתנה, וכעת היא יכולה לגבש הסכמה חופשית לקיום יחסי המין עמו. הנחה זו בעייתית עד מאוד. למעשה, על הגבר להניח את ההיפך הגמור: כל עוד לא עולה בבירור ובאופן חד-משמעי כי האישה חזרה לחושיה ולאיתנה, הרי שעליו להניח כי היא עדיין שרויה במצב שאינו מאפשר לה ליתן הסכמה חופשית. ובעניין זה יפים במיוחד דבריו הברורים של השופט סלים ג'ובראן בעניין סיגר:

אדם המבקש לקיים יחסי מין עם אישה אשר נמצאה תחת השפעה של משקאות משכרים, לוקח על עצמו אחריות כבדת משקל, לוודא באופן ברור שאינו משתמע לשני פנים, כי האישה נותנת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין עמו. אך המערער לא פעל כך, אלא הוא ניצל את מצבה של המתלוננת וקיים עמה יחסי מין כאשר היא לא היתה במצב אשר אִפשר לתת את הסכמתה החופשית ליחסים (שם, בפסקה 33. ראו גם בעניין תורן, בפסקה 21).

בענייננו, לא רק שהמתלוננת 1 לא הייתה מסוגלת להתקלח ולהתלבש בכוחות עצמה, והמתלוננת 2 הקיאה פעמים רבות והתקשתה גם היא להתקלח (ויעיד על כך הזמן הרב ששהתה במקלחת, כמו גם הצורך שחש ע' צ' לבדוק אם היא בסדר מספר פעמים במהלך המקלחת) – אלא שההתנסות בכללותה הותירה את המתלוננות באותו לילה מר ונמהר "שבורות" ו"גמורות" גם לאחר שהקיא והתקלחו (כלשוננו של ע' צ'), באופן המתיישב עם ההשלכות הטבעיות של מצב השיכרות הקשה בה היו נתונות בעת עזיבת המועדון – שיכרות אשר אין חולק עליה, ושכאמור, מבחינה אובייקטיבית השפעותיה לא התפוגגו גם בהמשך הלילה. בחירתו של המערער להתעלם מהמציאות הברורה שנתגלתה לנגד עיניו שעה שהחליט להתלוות למתלוננות ולסייע להן במצוקתן, ולא להמתין ולוודא כי מצבן של המתלוננות השתפר באופן מהותי, קרי באופן המאפשר להן לגבש הסכמה חופשית, בטרם החליט לקיים יחסי מין עימן, מצדיקה לראות בו, לכל הפחות, כמי ש"עצם עיניו", ולפיכך בהתאם להוראות סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין – כמי שהיה מודע לקיום הנסיבות (עניין תורן, בפסקה 20; ע"פ 7257/08, בפסקה 23).

10. בהינתן האמור, אף לא עומדת לשיטתי למערער ההגנה של "טעות במצב הדברים" (מכוח סעיף 34 לחוק העונשין), שכן כדי להיכנס לגדרי סעיף זה נדרש להוכיח קיומה של "טעות כנה" מצד המערער בדבר מצבן של המתלוננות, אולם כפי שעולה מדבריי עד כה – לא ניתן לומר כי תנאי זה מתקיים בענייננו. וכידוע, "מי שהיה מודע לקיומה של נסיבה, או חשד בקיומה ונטל באופן מודע סיכון שהיא מתקיימת – לא יוכל להיחשב כמי שטעה טעות כנה לגביה" (ע"פ 3314/06 אייזנקוט נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (11.1.2010); ע"פ 10898/09, בפסקה 16).

11. יוער, למען מניעת ספק, כי המערער אינו יכול להסתמך על מצגים כאלה ואחרים מצד המתלוננות, אשר לטענתו נעשו לפני קיום יחסי המין – הן במועדון והן בחדר המלון – לנוכח מצב השיכרות בו היו המתלוננות שרויות באותה עת. מאחר שכך, ובהיותו מודע למצבן הירוד של המתלוננות באותו לילה, היה על המערער להתעלם ממצגים אלו, ולא לראות בהן כ"אור ירוק" לקיום יחסי מין עימו (ראו: ע"פ 10898/08, בפסקה 15; ע"פ 7257/08, בפסקה 19). בוודאי שאין המערער יכול להיבנות בהקשר זה מטענה לפיה המתלוננות התנהגו בצורה "פלרטטנית" (ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11, בפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין (22.4.2010); ע"פ 6662/13, בפסקה 11), ומוטב היה כי טענות בא-כוחו בעניין זה לא היו נטענות, כפי שגם הבהרנו לו מספר פעמים במהלך הדיון שנערך לפנינו.

12. עוד יצוין, כי העובדה שגם ע' צ' היה מעוניין, ככל הנראה, לנצל את מצבן של המתלוננות ולקיים עמן יחסי מין, אינה יכולה לסייע למערער בהגנתו. ראשית, אין אנו יודעים אם ע' צ' אכן היה מממש כוונה זו אילו היה נותר לבד עם המתלוננות במצבן המתואר. שנית, וחשוב מכך, אף אם נניח כי כך היה קורה, וע' צ' היה מקיים עם המתלוננות יחסי מין תוך ניצול מצבן ההכרתי – אין בעובדה זו כדי להקל עם המערער, ולו במעט. להיפך, הדבר אך מדגיש את החשיבות הקיימת בהעברת מסר חד-משמעי לפיו "ניצול הזדמנות" כאשר האישה מצויה במצב שיכרות קשה על מנת לקיים עמה יחסי מין – הוא בגדר אונס (ראו: ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (27.5.2009)).

13. המסקנה המתבקשת לדידי מהניתוח האמור, היא שאכן, כשיטת חבריי, קיים ספק סביר באמינות תיאורן של המתלוננות את אשר ארע (וזאת לא בשל פגם במהימנותן, אלא בשל כך שהן דיווחו על דברים שנעשו שעה שהיו נתונות בערפול חושים, ובהתבסס על שחזור משותף בדיעבד, בסיוע בעלי עניין), ועל כן לא ניתן היה לאמץ את גרסתן על קרבה ועל כרעיה. ועדיין, די בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, לפיהם המתלוננות היו שרויות במהלך הערב במצב שיכרות קיצוני, ממנו לא התאוששו בעת קיום יחסי המין, כדי להצדיק את הרשעת המערער בעבירות האינוס לפי החלופה שבסעיף 345(א)(4) לחוק העונשין.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק

14. כפי שמציין חברי, השופט אלרון, דוקטרינת ההגנה מן הצדק נבחנת במתכונת תלת-שלבית: בשלב הראשון ייבחנו הפגמים שנפלו בניהול ההליך, כמו גם עוצמתם; בשלב השני יש לבחון אם יש בהמשך ניהול ההליך חרף הפגמים האמורים משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות; ובשלב השלישי והאחרון יש להידרש לסעד הראוי בנסיבות העניין (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 647 (2011)). ביחס לשני השלבים הראשונים, אינני רואה צורך להוסיף או להסתייג מניתוח חבריי. די לי להתמקד בשאלת הסעד, אשר בעניינינו אני חולק על חבריי. בנוגע לכך, הלכה ידועה היא כי על אף שניתן במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק להורות על ביטול כתב האישום שהוגש נגד הנאשם, על בית המשפט לבחון "אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 807 (2005) (להלן: עניין בורוביץ')). זאת, למשל, על ידי התערבות לטובת הנאשם בעונש שנגזר עליו (ראו, מיני רבים: שם, בעמ' 808; ע"פ 4434/10 יחזקאל נ' מדינת ישראל, פסקאות 8-9 (8.3.2011); ע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' זגורי, פסקאות קה-קו (2.6.2011); ע"פ 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (4.7.2011); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 49 לפסק דינו של השופט ניל הנדל, פסקה 58 לפסק דינו של השופט יצחק עמית ופסקה 70 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (1.3.2017); ע"פ 482/20 מטר נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז (4.6.2020); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 65-66 ו-431 (מהדורה שלישית 2021)).

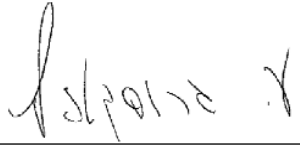
15. חבריי, השופט אלרון והשופט שטיין, סבורים כי הסעד הראוי בנסיבות עניינינו הוא זיכוי הנאשם. דעתי אינה כדעתם. לגישתי, המקרה דנן שייך באופן מובהק לקטגוריית המקרים בהם הפגם שנפל בניהול ההליך צריך להילקח בחשבון במסגרת בחינת השיקולים לעונש. פגם זה מצדיק, איפוא, התערבות ברמת העונש – אך לא ברמת ההרשעה. אכן, אי-גילוי תוצאותיה של בדיקת סם האונס שנערכה במעבדה באיטליה – בעייתית מאד. לא ניתן להתעלם ממנה כפי שנהג בית המשפט קמא, וזאת גם אם אניח כי מקורה בשגגה בתום לב. אף ייתכן, כי אם דבר הבדיקה באיטליה היה מובא לידיעת המערער ובא-כוחו בשלב מוקדם יותר של ההליך, הייתה לכך השפעה מסוימת על האופן שבו נוהלה הגנת המערער לאורך ההליך. ועדיין, אין אנו עוסקים בראיה אשר מעידה בהכרח על חפותו של המערער (material exculpatory), או בראיה הקרובה לכך מבחינת עוצמתה ומשקלה, אלא בראיה אשר לכל היותר הייתה יכולה לסייע במידה מסוימת למערער בהגנתו (potentially useful). זאת, שכן מדובר בבדיקה נוספת שנערכה למתלוננות, לאחר שבדיקה קודמת מסוג שונה לגילוי סם אונס כבר התבררה כשלילית

בזמן אמת; אשר אינה ודאית בתוצאותיה, כך שגם תוצאה שלילית אינה מלמדת בהכרח על אי-הימצאותו של סם אונס (false negative); ושלא גולתה למערער ובא-כוחו, כמו גם לפרקליטות, בשל מחדל משטרתי (כפי שגם מבהיר במפורש חברי, השופט שטיין). מכאן נובע, אם כן, כי לא ניתן לקבוע שקיימת אפשרות סבירה לכך שגילוי בזמן של תוצאותיה השליליות של הבדיקה הנוספת לגילוי סם אונס הייתה משפיעה על הכרעת הדין, ומובילה לזיכוי של המערער. במצב דברים זה, הרי שהסעד הראוי – כפי שגם עולה מהמשפט האמריקאי והקנדי, אליהם מפנים חבריי בחוות דעתם – הוא התערבות לטובת המערער ברמת העונש, על דרך של הקלה משמעותית שלו, אך לא זיכוי מלא. כך, ובהינתן מסקנותיי שתוארו לעיל לעניין הבסיס העובדתי והמשפטי להרשעתו של המערער, סבורני כי במכלול הנסיבות יש לקצר את עונשו למחצית, אך אין מקום לזיכוי באופן מוחלט, מחמת "הגנה מן הצדק".

סוף דבר

16. תמציתו של סיפור המעשה, כפי שנחשף בהליך המשפטי, היא פשוטה וברורה: המתלוננות, שתי בחורות צעירות ונורמטיביות, יצאו לבילוי חברתי בעיר נופש, צרכו חומרים משכרים יותר מכפי דרכן, ומצאו עצמן במצב מצוקה; המערער, בחור צעיר אף הוא, ארב לשעת כושר זו, ובמסווה של עושה טוב, העוזר ודואג להן, ניצל את מצבן של המתלוננות על מנת לממש את הפנטזיות המיניות שלו. דומני כי אין ספק שהתנהגות המערער אינה ראויה, והמחלוקת היא בשאלה אם התנהגות זו חוצה את הרף הפלילי. לדידי, המסר לפיו התנהגות המערער אינה בת ענישה, או כי מחדל משטרתי מהסוג שארע מצדיק להימנע מהרשעתו, לא רק שאינו רצוי מבחינה ערכית, אלא הוא גם בלתי נכון מבחינה משפטית. המערער נתפס כמי שידע, או עצם עיניו מלדעת, שהמתלוננות היו בעת שעזבו איתו את המועדון, ונותרו גם בהמשך אותו הלילה, ב"מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". משכך, יש להרשיעו בעבירות של אינוס המתלוננות, ובגין הפגם שנפל בניהול ההליך הפלילי בעניינו – פגם שאין להקל בחומרתו – ראוי להפחית משמעותית את עונשו.

17. המסקנה העולה מהאמור, היא שלשיטתי הרשעת המערער – בדין יסודה, וזאת לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין. יחד עם זאת, מחמת המחדל החמור בהתנהלות המדינה, אשר כאמור אף לדעתי מקים למערער טענת הגנה מן הצדק, הייתי מפחית באופן משמעותי מעונשו של המערער ומעמיד אותו על 5 שנות מאסר בלבד.



עופר גרוסקופף
שופט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט יוסף אלרון, אליו הצטרף השופט אלכס שטיין, בניגוד לדעתו החולקת של השופט עופר גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ט טבת תשפ"ה (29 ינואר 2025).



אלכס שטיין
שופט



עופר גרוסקופף
שופט



יוסף אלרון
שופט