



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם רמי בן עמי - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי - המערער (ע"י ב"כ, סרן קרן נחמן)

נגד

מ/XXX סגן ס' ב' - המשיב (ע"י ב"כ, רס"ב (מיל') מיכאל כרמל)

ובעניין :

מ/XXX סגן ס' ב' - המערער (ע"י ב"כ, רס"ב (מיל') מיכאל כרמל)

נגד

התובע הצבאי הראשי - המשיב (ע"י ב"כ, סרן קרן נחמן)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתן בתיק צפון (מחוזי) 270/16 (סא"ל אחסאן חלבי – סגן הנשיאה; רס"ן שמעון בוצ'צקי – שופט; רס"ן איזבל ברזלי – שופטת) ביום 31.1.2017. ערעור התביעה (הכרעת הדין) התקבל. ערעור ההגנה (הכרעת הדין) נדחה. התיק הוחזר לערכאה קמא לשמיעת טיעונים לעונש ולגזירת עונשו של סגן ס' ב'.

פסק - דיןכללי

1. המערער, **סגן ס' ב'**, הורשע, לאחר ניהול הוכחות, בעבירה שעניינה מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בעבירה שעניינה נהיגה ברכב בקלות ראש או ברשלנות, לפי סעיף 2)62 לפקודת התעבורה, התשכ"א-1961 ובעבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
2. בצד זאת זוכה המערער, פה אחד ומחמת הספק, משתי עבירות שעניינן מעשה מגונה, אשר יוחסו לו בפרטי האישום הראשון והחמישי לכתב האישום ומעבירה שעניינה מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, אשר יוחסה לו בפרט האישום השני. כן זוכה המערער, ברוב דעות, מעבירה שעניינה מעשה סדום, אשר יוחסה לו בפרט האישום הרביעי.
3. נוכח הרשעתו, הושתו על המערער שבעה (7) חודשי מאסר לריצוי בפועל, מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. בנוסף, חויב המערער לשלם פיצויים למתלוננת, בסך 7,000 ש"ח.
4. שני הצדדים לא השלימו עם הכרעת הדין. ההגנה ערערה אף על חומרת עונש המאסר אשר נגזר על המערער. מכאן הערעור שלפנינו.

סיפור המעשה המגולל בכתב האישום

5. המערער שירת באוגדה XXX, שם הכיר את המתלוננת, אשר שירתה כמש"קית סגל. ביום 1.5.2016, בשעות אחר הצהריים, שלח המערער אל המתלוננת מסרון בעניין מקצועי. לאחר מכן פגשה המתלוננת במערער, באקראי, בחדר האוכל והתיישבה לידו. בהמשך, בהתאם להצעתו, הגיעה המתלוננת אל משרדו של המערער ובעקבות דבריו, נאותה לנסוע עמו אל מחוץ לבסיס, להר אדיר, על אף ששובצה בכיתת הכוננות. בהגיעם למקום, עלו השניים לנקודת התצפית, התבוננו בנוף ושוחחו. המערער נעמד מאחורי המתלוננת והחל לנשק את לחייה, בהסכמתה. משהציע המערער לשוב לרכב, הציעה המתלוננת להישאר במקום זמן נוסף. המערער התיישב על סלע והושיב את המתלוננת עליו. אז החל לגעת בחזה. המתלוננת הגיבה באומרה כי לא נוח לה ולא נעים לה. משניסה המערער לפתוח את כפתורי חולצת המדים הגיבה בשלילה, אך המערער פתח מספר כפתורים, בכל זאת, והחל למשש ולנשוך את שדיה. תחילה קפאה המתלוננת על

מקומה ובהמשך, כשאמרה למערער לחדול, נטל את ידה והניחה על גבי מכנסיו על איבר מינו. אז קם, סובב את המתלוננת כך שתעמוד כשגבה כלפיו, כופף את גבה קדימה והחל מתחכך בה תוך שהוא אומר לה, כי הוא מעוניין להיות בתוכה. המתלוננת השיבה שאינה מעוניינת. משכך, סובב המערער את המתלוננת כלפיו תפס בישבנה ונישקה על פיה. המתלוננת כפתרה את חולצתה. המערער ניסה לברר את פשר אי-הסכמתה וזו השיבה כי "לא עשתה את זה והיא לא רוצה לעשות את זה". המתלוננת הוסיפה ואמרה למערער כי הוא "טיפה אגרסיבי", והמערער הסביר כי כך נשים "אוהבות את זה" וכי "אין מה לעשות אני קווקזי". השניים חזרו אל הרכב, כשהמתלוננת צועדת לפני המערער, אשר נתן לה את מפתחות הרכב ואמר לה להיכנס לתוכו ולהסיר את חולצתה. המתלוננת פתחה את כפתורי החולצה והמערער הסיר את חולצתה מעליה באגרסיביות. בשלב זה קפאה המתלוננת שוב. המערער הורה למתלוננת לשכב על גבה, פיסק את רגליה, נצמד אליה והחל לנשקה. בהמשך, על אף שהמתלוננת ציינה כי אינה חפצה בכך, פתח המערער את מכנסיו והניח את ידה של המתלוננת על איבר מינו, תוך שהורה לה לבצע בו מעשה אונן (פרט האיטום הראשון).

6. בשלב זה הזדקף המערער, נישק את המתלוננת, אחז בראשה וחרף התנגדותה, הורה לה לפתוח את פיה ולבצע בו מין אוראלי. משניסתה להרחיק ראשה אחז בה ודחף את איבר מינו לפיה. בהמשך, ציין המערער, כי איבר מינו צריך להיות בין רגליה. מששאל האם היא מעוניינת כי יגיע לפורקן השיבה בחיוב משסברה כי בכך יסתיימו המעשים והם ישובו לבסיס. בתגובה, הורה המערער למתלוננת להסיר את מכנסיה אך המתלוננת הנידה לשלילה. בניסיון לשכנעה, ציין, כי לא יחדור לתוכה והיא משכה את מכנסיה מעט כלפי מטה והמערער אחז בישבנה תוך שהיא ממשיכה לבצע בו מין אוראלי (פרט האיטום השני).

7. המערער הורה למתלוננת לחדול ממעשיה, יצא מהרכב וחזר אל מאחורי המתלוננת ומשך את מכנסיה ותחתוניה עד לירכיה. המתלוננת אמרה שאינה רוצה בכך, והמערער השיבה כי לא יחדור לתוכה. אז חיכך את איבר מינו בישבנה, וסטר לישבנה בכוח. המערער שאל את המתלוננת אם היא רוצה להיות "האישה שלי" או "הזונה שלי". המתלוננת בחרה בתשובה הראשונה והמערער צקצק בלשונו. בשלב זה ציינה המתלוננת כי היא עייפה ומעוניינת לשוב לבסיס. המערער החזיר למתלוננת את חולצתה ויצא מהרכב. גם המתלוננת יצאה מהרכב. המערער שאל מדוע היא מפוחדת וזו השיבה כי היא עייפה, כבר מאוחר וכי "זה יותר מדי בשבילה". חרף דברים אלו, סובב המערער את

המתלוננת והצמידה לרכב, הפשיל את מכנסיה והחל שוב לחכך את איבר מינו בישבנה, אך המתלוננת הנידה ראשה לשלילה (פרט האישום השלישי).

8. המערער פסק ממעשיו והשניים נכנסו לרכב, על-מנת לשוב אל הבסיס. אז תפס המערער את ראשה של המתלוננת, נישקה בפיה והוביל את ראשה אל עבר איבר מינו, חרף התנגדותה של המתלוננת. המתלוננת החלה לבצע בו מין אוראלי, ועשתה כן לרבות כאשר החל בנהיגה לעבר הבסיס, שכן המשיך לאחוז בראשה. בעת שביצעה בו מין אוראלי שאל אותה "מי את?" וזו השיבה "הזונה שלך", על-מנת לרצותו. זמן מה לאחר מכן אמר המערער למתלוננת כי היא "הולכת לבלוע את הכל". המתלוננת הבינה כי המערער מגיע לפורקן מיני והנידה ראשה לשלילה, אך ללא הועיל, והמתלוננת נאלצה לבלוע את זרעו, שכן פחדה מתגובתו אם לא תעשה כן (פרט אישום רביעי ופרט אישום שישי).

9. פרט האישום החמישי מייחס למערער עבירה שעניינה מעשה מגונה על כך שבמספר הזדמנויות, במהלך האירוע כולו, נגע ושפשף את אזור איבר מינה של המתלוננת, מעל מכנסיה, ללא הסכמתה.

10. המערער כפר בכתב האישום וטען כי כל המעשים, אשר ככלל לא חלק על עצם עשייתם, נעשו "בהסכמתה המלאה של המתלוננת ובמה שהנאשם דימה להסכמתה המלאה".

הכרעת הדין של בית הדין המחוזי

ממצאי מהימנות

11. לאחר שמיעת הראיות, קבע בית הדין קמא ממצאי מהימנות ברורים וחד משמעיים. בית הדין קמא התרשם ממהימנותה של המתלוננת ובחר ליחס משקל מלא לעדותה. וכך תיאר את התרשמותו מעדותה של המתלוננת:

"התרשמנו בצורה שלא משתמעת לשתי פנים כי המתלוננת חוותה מעשים מיניים בגופה שלא היו בהסכמתה החופשית, וכי בעדותה ביקשה לשקף ולבטא חוויה קשה זו, כאשר תיאור החוויה שעברה היה אותנטי ואמין... העדות לא נמסרה כהרצאה טכנית של פרטים אלא כתיאור נאמן להתרחשויות, לחוויות ולתחושות בזמן אמת. דרך מסירת העדות הלמה את השתלשלות העניינים, כאשר ברגעים מסוימים הוצפה המתלוננת רגשית, ואף בכתה... ניכר כי ביטויי הפחד שהמתלוננת ציינה מספר פעמים וכן ביטויי אי ההסכמה אותנטיים לחלוטין".

12. נקבע עוד, כי העדות בעלת משקל פנימי בלתי מבוטל "בהיבט של בחינת הגיונה הפנימי" וכי שילובם של פרטים עובדתיים, על-ידי המתלוננת, בעדותה, שאינם פועלים לטובתה, מהווה "סימן מובהק לאמירת אמת". נקבע גם, כי לא ניכרה מגמתיות בעדות המתלוננת, אף לא כאשר נשמטו ממנה פרטים עובדתיים.

13. בית הדין הוסיף וסקר ראיות נוספות, כגון: סרטון השחזור שנערך עם המתלוננת, תיעוד צפייתה של המתלוננת בשחזור שערך המערער ותיעוד העימות ביניהם. בית הדין קמא התרשם מתגובותיה המידיות והאותנטיות של המתלוננת לדברי המערער, ובכלל זאת מהבעות פניה, שהעידו על חוויה קשה ועל אי-הסכמתה עם האופן שבו תיאר המערער את הדברים; מהקושי שחשה במעמד החקירה, על רבדיה השונים; מ"ביטויי הפחד" ומהביטויים ל"אי ההסכמה", שנמצאו אמיתיים. כן התרשם בית הדין קמא מעדויות של חברותיה של המתלוננת לחדר המגורים, של מפקדותיה ושל בעלי תפקידים נוספים בבסיס. עדים אלו תיארו, בין היתר, את שסיפרה להם המתלוננת על האירוע ומסרו פרטים על מצבה הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע. בית הדין קמא מצא בכל אלו חיזוקים משמעותיים לעדותה של המתלוננת לפניו, שעה שתיאור מצבה הנפשי "לימד על חוויה טראומתית וקשה עבורה". בית הדין קמא הוסיף וקבע, כי המתלוננת לא הפיקה רווח משני מתלונתה כנגד המערער ולא עלה בידי האחרון לשכנע על אודות קיומו של מניע להגשת תלונת שווא על-ידיה. בהקשר זה, פירט בית הדין קמא על אודות הלבטים שליוו את המתלוננת בטרם התלוננה נגד המערער, תוך שציון, כי דווקא העובדה שלא היתה להוטה לעשות כן וחיפשה מזור באפיק הטיפולי, חיזקו את מהימנותה. נופך מהימנות נוסף בדבריה של המתלוננת, מצא בית הדין קמא, בעובדה כי בעת שסיפרה את שאירע, לא הזכירה כלל את פרטיו של המערער, כך שברי, שהצורך היה לשתף על אודות החוויה ומסירת הפרטים לא נועדה לשם הפלתו של המערער.

14. לאחר קביעות אלו, נפנה בית הדין קמא וסקר את גרסת המערער ואת מהלך עדותו. צוין כי " הנאשם [ביקש] לשכנע שהתנהלותו במהלך המפגש עם המתלוננת אמנם לא הייתה תחילת חברות או רומן, אך בהחלט הייתה 'נורמטיבית' כלשונו, ומכאן, ובהסכמת המתלוננת, קיים עמה את המגע המיני. לגישת הנאשם, היכן שהמתלוננת אמרה לו להפסיק, הוא הפסיק". פורט, כי בתוכן עדותו של המערער נפקדו פרטים אשר הוסברו על-ידו בקשיי זיכרון. דא עקא, שבית הדין קמא התרשם כי המערער "ביקש במכוון להחסיר פרטים מהותיים דווקא לגבי השלבים באירוע שבהם הוא היה מודע

לקושי המובהק בהתנהלותו". בהתאם, קבע בית הדין קמא, כי **המערער הותיר עליו רושם בלתי מהימן**. וכך נקבע:

"החסרת הפרטים במקרה דנן על ידי הנאשם נראתה בעינינו כמכוונת ומגמתית, כאשר לכך יש לצרף את הכחשת הנאשם לעובדה שיצא מהרכב והגיע מכיוון הדלת השנייה בכדי לחכך את איבר מינו ביסבנה של המתלוננת לאחר הורדת המכנסיים וכן לסטור ביסבנה תוך אמירת מילים גסות. לטעמנו, נהג כך הנאשם כי מדובר באירוע בו הוא פעל באופן מובהק לאחר שהמתלוננת ביטאה במילים מפורשות את חוסר הסכמתה, ובעיקר, באירוע שבו הוא ביצע מעשה אלים של סטירות על יסבנה תוך הצגת שאלה למתלוננת אם היא רוצה להיות אשתו בכדי שיכבד אותה או הזונה שלו. מעבר לכך, ולהשקפתנו, לא נדמה כי מדובר באירוע זניח במהלך אירוע מיני שניתן לשכחה, והנאשם לא יכול לפטור את עצמו בטענה כי אינו זוכר, אם כי אינו שולל. זו טענה מתחכמת ומתחמקת, ולא בכדי".

15. בית הדין קמא נתן דעתו אף להתנהלותו של המערער במהלך החקירה ועוד לפני כן, כאשר טרם ידע על פתיחתה, עת בחר להקליט את שיחתו עם המתלוננת. בית הדין קמא ציין, כי עצם רצונו של המערער להשתמש בהקלטה כראיה, פועל לחובתו ובכל מקרה, לא ניתן לסמוך על אותנטיות תגובותיו במהלך השיחה.

ממצאי עובדה וקביעות משפטיות

16. חרף קביעת ממצאי מהימנות ברורים, נמנע בית הדין קמא מלקבוע מהי התשתית העובדתית שהוכחה לפניו, על-פי אותם ממצאים ונפנה לבחון, האם עלה בכוחה של התביעה הצבאית להוכיח, כמתחייב בפלילים, כי המתלוננת לא נתנה הסכמתה למעשיו של המערער וכי המערער היה מודע לאי-הסכמה זו, **בכל אחד מן השלבים**, כמפורט בכתב האישום, **בנפרד**. בחינה זו, ערך בית הדין קמא, תוך חלוקת האירוע לשלבי השונים, כאשר ביחס לכל שלב ושלב, פירט את גרסת המתלוננת אל מול גרסתו של המערער ועל אף קביעתו המוקדמת, שלפיה גרסת המתלוננת מהימנה ומנגד, אין לתת בגרסתו של המערער אמון. לאחר מכן, נקבעו ממצאי עובדה בנוגע לשלבים השונים במהלך האירוע, ובהמשך, הוסיף בית הדין והסיק מסקנות משפטיות ביחס לכל אחד ואחד משלבי האירוע. להלן נפרט ממצאים אלו:

א. פרט האישום הראשון – ההגעה למצפה הר אדיר והמגע הראשון בין השניים:
זמן קצר לאחר הגעתם למצפה הר אדיר, החל המערער לנשק את לחייה של המתלוננת, בהסכמתה.

ב. פרט האישום הראשון – אזור הסלעים – המגע בחזה: המערער התיישב על סלע והמתלוננת התיישבה עליו מרצונה. השניים התנשקו והמערער החל לגעת בחזה מתחת לחולצתה, בהסכמתה של המתלוננת. משהחל המערער לפתוח את כפתורי חולצתה של המתלוננת, ציינה האחרונה כי זה "לא מתאים", אך המערער ניסה להרגיעה, המשיך בשלו ואף נישק את צווארה וחזה. בתגובה, אמרה המתלוננת, ש"לא נעים" לה והמערער חדל ממעשיו. בית הדין קבע כי המתלוננת לא הסכימה לפתיחת כפתורי חולצתה ולמעשים העוקבים לפעולה זו, אך בצד זאת קבע, כי מתעורר ספק שמא הבין המערער כי המתלוננת אינה חפצה במגע אחר בעל אופי מיני עימו. קביעה זו נסמכה על ניתוח רצף ההתנהלות של השניים, על כך "שהדברים עוד בתחילתם", ובהתחשב בכך שהמערער חדל ממעשיו לאחר שהמתלוננת ציינה בפניו כי אלו אינם נעימים לה.

ג. פרט האישום הראשון – אזור הסלעים – הכיפוף והחיכוך: המערער והמתלוננת קמו ממקומם ו"הם התנשקו... הנאשם סובב את המתלוננת כך שגבה הופנה אליו, כופף אותה, וחיכך את אזור איבר מינו בישבנה וכן אמר לה כי הוא רוצה 'להיות בתוכה'". המתלוננת לא חפצה במעשה זה, אך רק לאחר דברי המערער הנידה ראשה לשלילה. בתגובה, הרפה ממנה המערער. חרף הקביעה כי המתלוננת לא הסכימה למעשים אלו, קבע בית הדין קמא, כי נותר ספק באשר למודעותו של המערער לאי הסכמה זו ולחלופין ביחס לקיומו של "חשד ממשי בעניין זה". בית הדין נימק קביעה זו ברצף ההתנהלות שבין השניים, ובכך שהמערער התחשב בדבריה של המתלוננת עת ציינה כי מגעו בחזה אינו נעים לה, תוך שקבע כי "לא ניתן לדחות את הטענה שלפיה הבין [המערער] את הדברים כפשוטם, ולא כחוסר רצון מוחלט שלה לכל מגע עמו, בשלב זה". בית הדין קמא הגיע למסקנה האמורה אף בהסתמך על דברי המתלוננת, אשר השיבה, בחקירה נגדית, כי בהתאם להתנהגותה ולתגובותיה עד לאותו שלב, כנראה לא יכול היה המערער להבין כי היא אינה מעוניינת במגעו.

ד. פרט האישום הראשון – אזור הסלעים – חילופי הדברים בין המערער למתלוננת:
מיד לאחר המפורט לעיל, שאל המערער את המתלוננת, מדוע אין היא מעוניינת לקיים עימו יחסי מין והיא השיבה: "לא שכבתי עם אף אחד ואני לא רוצה שזה

יהיה ככה". בתגובה ציין המערער כי לא יכאיב לה, אך המתלוננת הוסיפה ואמרה כי הוא היה "טיפה אגרסיבי". בתגובה אמר המערער "שאתן אוהבות את זה ככה" וכי הוא קווקזי.

ה. פרט האישום הראשון – ההליכה אל הרכב: השניים החלו ללכת לכיוון הרכב כשהם אוחזים ידיים. לפרק זמן מסוים, צעדו כשהמערער אוחז את המתלוננת מאחור, ידיו על בטנה. לבקשתו, הניחה המתלוננת את ידיה על שלו והמערער הכניס את ידיו אל מתחת למכנסיה. לאחר מכן נתן למתלוננת את מפתחות הרכב ואמר לה להיכנס לתוכו ולהסיר את חולצתה. כשניגשה לרכב פנתה המתלוננת תחילה אל המושב הקדמי, אך המערער מסר לה להיכנס למושב האחורי והיא פעלה בהתאם. בית הדין קמא ציין, כי המתלוננת אף הורידה את חולצתה בשלב זה וקבע כי נוכח העדר ביטוי חיזוני לאי-הסכמתה של המתלוננת לשתף פעולה עם בקשותיו של המערער, "קיים ספק מהותי בהתקיימות היסוד הנפשי הנדרש, זאת אף בהינתן הטענה בדבר הפחד שאחז את המתלוננת בלבה פנימה, כיוון שהדין מחייב בחינת יסודות העבירה אצל הנאשם".

ו. פרט האישום הראשון – מעשה אוננות – המושב האחורי ברכב: המערער נכנס אחר המתלוננת אל המושב האחורי של הרכב, הסיר מעליה את חולצתה והשליכה אל המושב הקדמי. המערער הורה למתלוננת לשכב והמתלוננת נשכבה על גבה. המערער החל לנשקה על פיה, צווארה וחזה "והיא לא התנגדה לנשיקות אלו". או אז פתח את חגורתו ומכנסיו, שלף את איבר מינו, אחז בידה של המתלוננת, הניחה על איבר מינו והזיזה בתנועת אוננות. לאחר זמן מה עזב את אחיזתו ובעידודו המשיכה המתלוננת בתנועות אוננות במשך כדקה או שתיים, בעוד המערער ממשיך לנשקה. בית הדין קמא עמד על כך שהמתלוננת לא תיארה כי המערער נהג בה באגרסיביות בשלב זה, אף כי ציין את גרסתה שלפיה קפאה ולא ידעה כיצד להגיב וכן כי "לא הייתה הדדיות במגע". עם זאת, הכריע מבחינה עובדתית "שהנאשם הוריד ממנה את החולצה והחל לנשקה, בפה, בצוואר ובחזה, ושהיא לא התנגדה לנשיקות אלו, וכי לאחר מכן הוא הוציא את איבר מינו, הוביל את ידה אליו ובהמשך היא המשיכה להזיז את ידה על איבר מינו למשך כדקותיים".

ז. פרט האישום השני – מעשה סדום – המושב האחורי ברכב: המערער הניח את ידו על ראשה של המתלוננת וכופף אותה לעבר איבר מינו, שבו אחז בידו השנייה ואמר למתלוננת כי תבצע בו מין אוראלי. על אף שמיאנה בהתנהגותה, עת קפצה את פיה, חיכך המערער את איבר מינו בשפתיה, עד אשר פתחה את פיה. המערער הנחה

את המתלוננת ועודד אותה לבצע מין אוראלי, והיא עשתה את שביקש. בשלב כלשהו דחף המערער את איבר מינו עמוק לגרונה ובשל תחושת החנק הרימה המתלוננת את ראשה, אך המערער, אשר המשיך לאחוז בראשה, קירבו לאיבר מינו והיא המשיכה במעשיה, בעידודו. משאירע הדבר פעם נוספת והמתלוננת חשה כי היא נחנקת שוב, שאל אותה המערער אם היא מעוניינת כי הוא יגיע לסיפוק מיני והמתלוננת השיבה בחיוב. עוד העיר המערער, כי איבר מינו צריך להיות בין רגליה ולא בפיה. במהלך האקט, בשלב כלשהו, אף נשאלה על-ידי המערער האם היא נהנית. המתלוננת הגיבה בחיוב, אף שלא זכרה אם השיבה בקול או שרק הנהנה. המתלוננת הסבירה בעדותה, כי הגיבה באופן האמור, מאחר שרצתה שהמעשים יסתיימו והיא והמערער יוכלו לשוב ליחידה. כן מסרה ש"שיחקה במשחק שלוו" והשיבה באופן שירצה את המערער, שמתגובותיו חששה. או אז אמר לה המערער שתפתח את מכנסיה והיא השיבה לשלילה. המערער הגיב באומר, כי לא יחדור לתוכה. המתלוננת לא זכרה מי פתח את מכנסיה, היא או המערער, אך המערער הורידם במקצת, תוך שהמתלוננת הרימה את האגן, החדיר את ידו אל מתחת למכנסיה ואחז בישבנה בחוזקה. גם פעולה זו, שבה למעשה סייעה למערער להפשיל את מכנסיה, תוך כדי שהמשיכה לבצע במערער מין אוראלי, הסבירה המתלוננת בצורך להגן על עצמה מפני תגובותיו האפשריות של המערער, מפניהן חששה. המתלוננת ציינה, כי מעשיו של המערער לא לוו בשימוש בכוח. בשים-לב לכל אלו קבע בית הדין כי נותר בלבו "ספק מהותי בשאלה אם הנאשם ידע כי המתלוננת לא מסכימה למעשים, או חשד בכך ולא בירר זאת עמה".

ח. פרט האישום השלישי – מעשה מגונה – חיכוך בישבנה של המתלוננת במושב האחורי: המערער אמר למתלוננת להפסיק לבצע בו מין אוראלי, יצא מהאוטו ונכנס בחזרה מצדו השמאלי, אל מאחורי המתלוננת, אשר מצאה עצמה שכובה על בטנה ותפס את מכנסיה על-מנת להסירם. המתלוננת התנגדה למעשה ואמרה "לא, לא, לא". המערער בתגובה אמר פעם נוספת כי לא יחדיר אליה את איבר מינו, הוריד את מכנסיה ותחתונה עד מתחת לישבנה, נשכב מעליה, חיכוך בישבנה את איבר מינו וטפח עליו. בשלב כלשהו שאלה אם היא רוצה להיות "האישה שלוו", כדי שיכבד אותה או "הזונה שלוו". משהשיבה כי היא רוצה להיות אשתו הוא השיב בצקצוק לשון. בשלב זה החלו לזלוג דמעות מעיניה, תוך שהשיבה "הזונה שלך" והוסיפה ואמרה כי היא עייפה ורוצה לחזור לאוגדה. המערער עזב את המתלוננת ואפשר לה להתלבש. בית הדין קבע ביחס למעשיו של המערער כי אלו נעשו חרף אי-הסכמתה

של המתלוננת לביצועם, שעה שהמערער מודע לאי-הסכמה זו. בקבעו כך, דחה בית הדין קמא את גרסת המערער שלפיה התנגדותה התייחסה אך ורק לסוגיית החדירה. עוד נקבע כי "הנאשם נקט בשלב זה במהלך אלים, מילולית ופיזית... הנאשם היה להוט בשלב זה לעשות את אשר על לבו, ובכך התעלם מקריאתה של המתלוננת שביטאה מפורשות את רצונה".

ט. פרט האישום השלישי – מעשה מגונה – חיכוך בישיבה של המתלוננת מחוץ לרכב: המערער יצא מהרכב ולאחריו יצאה המתלוננת. המערער שאלה מדוע היא מבוהלת ונענה על ידה שהיא עייפה, חוששת כי יודע דבר היעדרה מהיחידה וכן כי "זה היה קצת יותר מדי" עבודה. המערער נישק אותה, סובב אותה כשחזית גופה צמודה אל הרכב ונצמד אל אחוריה. לאחר מכן, הפשיל את מכנסיה ותחתוניה שוב וכן הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, וחיכך את איבר מינו בישיבה. לאחר זמן מה פסק ממעשיו והשניים נכנסו אל המושבים הקדמיים ברכב, על מנת לחזור לבסיס. בית הדין קמא ראה בחלק זה של האירוע המשך ישיר של קודמו, במהלכו ביטאה חוסר הסכמה מפורש למעשיו. גם כעת, הסיק בית הדין מכך שהמתלוננת התלבשה, נראתה מבוהלת, השיבה כי היא עייפה ומעוניינת לחזור לבסיס וכי המעשים היו "יותר מדי בשבילה" – כי בכך הביעה את אי-הסכמתה להמשך המגע המיני. אשר על כן, קבע בית הדין קמא, כי המערער היה מודע לאי-הסכמתה בטרם הוריד את מכנסיה ותחתוניה ולכל הפחות המדובר "במקרה מובהק של עצימת עיניים, מכוח החזקה לקיומו של חשד ממשי, שנלמד מהנסיבות האובייקטיביות של המקרה, שהנאשם לא סתר".

י. פרט האישום הרביעי – מעשה סדום – המושב הקדמי ברכב: משהתיישבו ברכב, הבחינה המתלוננת כי מכנסיו של המערער נותרו פתוחים ואיבר מינו חשוף. המערער נישק את המתלוננת, אחז בראשה וקירבו אל איבר מינו, וזאת תוך שהחל בנסיעה. המתלוננת החלה לבצע בו מין אוראלי והמערער שאלה "מי את?". המתלוננת אשר הבינה את כוונתו השיבה "הזונה שלך". המערער הוסיף ושאל: "נכון שאת מגיעה אלי לחדר היום?" ומשנענה בחיוב, המשיך ושאל: "כי מה את צריכה לקבל?" והמתלוננת השיבה: "זין". כך עשתה משום תחושת חוסר האונים שאפפה אותה ורצונה לרצות את המערער. לאחר מספר דקות במהלכן ביצעה במערער מין אוראלי, אמר האחרון כי הוא מגיע לסיפוק מיני, וזאת חרף תגובת המתלוננת, אשר הנידה ראשה לשלילה. נוכח זאת, נאלצה המתלוננת לבלוע את זרעו של המערער. בהמשך, עצר המערער את הרכב בצד הדרך על-מנת שהמתלוננת

תסתתר במושב האחורי בעת הגעתם לבסיס. בית הדין נחלק לגבי מסקנתו באשר לשאלת מודעותו של המערער להסכמתה של המתלוננת לביצוע המין האוראלי. רוב השופטים סברו, כי "מתעורר ספק לגבי אשמתו של הנאשם כשלא ניתן לקבוע... שהוא ידע שהמתלוננת לא חפצה ולא מסכימה למעשים או שחשד באופן ממשי שכך הוא הדבר ונמנע מלברר... הספקות מתעוררים נוכח כך שהמתלוננת לא ביטאה בשלב זה את אי הסכמתה, בכל דרך שהיא... אלא ההפך – היא ביצעה בנאשם מין אוראלי 'במרץ', כדבריה, בכדי שיגיע לפורקן, וניהלה איתו 'שיח' בעת ביצוע המין האוראלי... אין זה משולל יסוד שהנאשם הבין את התנהגות המתלוננת ככזו שמבטאת הסכמה למעשים דווקא, ובכל מקרה, לא היה מקום לדרוש ממנו, נורמטיבית, לשוב ולברר את רצונה של המתלוננת במצב דברים זה. פועלה האקטיבי של המתלוננת, בתמונה המצטיירת, מקים ספק סביר בדבר מודעות הנאשם לאי הסכמתה". שופט המיעוט סבר כי לא ניתן לנתק חלק זה של האירוע מהחלק שקדם לו ולפיכך, סבר, כי די בהבעת העדר הסכמתה בשלב מוקדם יותר, כדי ללמד על מודעותו של המערער להעדר הסכמתה של המתלוננת לביצוע מין אוראלי בו, בשלב זה. לדידו של שופט המיעוט, אין לראות במעשיה האקטיביים של המתלוננת, בנסיבות העניין, הסכמה, אלא תולדה של התשת כוחה והתעלמות מהתנגדותה.

יא. פרט האישום החמישי – מעשה מגונה – כללי: בית הדין קמא קבע, כי מאחר שפרט האישום החמישי נוסח באופן כללי ביותר, והמתלוננת לא ידעה לומר מתי ובאילו נסיבות, במהלך האירוע, ביצע בה המערער מעשי אונן, לא הוכח המסד העובדתי לגיבוש אישום זה.

יב. פרט האישום השישי – נהיגה ברכב בקלות ראש: המערער נהג ברכבו בזמן שהמתלוננת ביצעה בו מין אוראלי, כשידו האחת אחזה בהגה וידו השנייה הונחה על ראשה וגבה לסירוגין.

יג. פרט האישום השביעי – התנהגות שאינה הולמת: "לאור מעשיו ונוכח דרגתו" הורשע המערער בעבירה זו.

17. בסופו של יום, זיכה בית הדין קמא את המערער, כאמור, מכל המעשים שיוחסו לו בכתב האישום, למעט הרשעתו בעבירות שיוחסו לו בפרטי האישום השלישי, השישי והשביעי.

ערעור ההגנה

18. המערער לא חלק על כך שהמתלוננת נפגעה באורח קשה ממעשיו ואישר, כי יתכן שאף לא חפצה במגע המיני. עם זאת, נטען, כי משמדובר ב"אנשים בוגרים ללא יחסי תלות ומרות" ביניהם, אשר קיימו מגע מיני לא מלא, לאור גבולות שהתוותה המתלוננת עצמה, ובשים-לב למעורבותה האקטיבית במגע המיני, אין לקבוע כי "במערער התגבשה הידיעה ברמה הנדרשת בפלילים ולו כדי עצימת עיניים לכך שהמתלוננת לא מעוניינת במגע המיני בינו לבינה". הוטעם, כי ההפרדה שנעשתה על-ידי בית הדין בין חלקיו השונים של האירוע, מלאכותית, שכן "מדובר באירוע מתמשך, חלק ממגע מיני מתמשך". לפיכך, בחינת האירוע בכללותו ראוי כי תביא למסקנה בדבר חפותו של המערער ביחס לפרט האישום השלישי, כפי שנקבע ביחס לחלקים האחרים של האירוע. נטען, כי "הספק הסביר ששימש לזיכויו... מכל המקרים צריך להביא לזיכויו בדין גם מפרט האישום בו הורשע". לביסוס טענתו הצביע המערער על קביעות בית הדין, שלפיהן, המתלוננת לא הביעה התנגדות מילולית למעשים שביצע בה המערער; היא שיתפה פעולה באופן אקטיבי בפעולות בהן יוחסה למערער עבירה של מעשה סדום; והמערער כיבד את רצונה שלא לקיים מגע מיני מלא.

19. כן נטען, כי המתלוננת סתרה עצמה בעדותה באשר לאירוע המפורט בפרט האישום השלישי שבו הורשע המערער. אשר על כן, ביקש המערער, כי נקבע "שלא ה'לא לא לא' שנאמר לו באירוע זה היה בנוגע לחדירה ולא בנוגע להורדת המכנסיים והמגע המיני בינו לבין המתלוננת". זאת, משגם לשיטתה של המתלוננת, מכנסיה כבר היו מופשלים כששכבה על בטנה והמערער גהר מעליה. לפיכך, אין זה סביר, כי במצב שכזה, תתייחס תגובתה של המתלוננת לעצם הפשטתה, להבדיל מרצונו של המערער לחדור לתוכה. גם באשר למעשיו של המערער מחוץ לרכב, המפורטים בפרט אישום זה, נטען, כי יש לדחות את גרסתה של המתלוננת שלפיה התנגדה למעשים, משאין התנהגות זו תואמת את התנהגותה במהלך האירוע בכללותו.

20. לחלופין נטען, כי, לכל הפחות, לא הוכח שהמערער ידע כי המתלוננת איננה מעוניינת במעשיו. כך, נטען, כי המערער לא יכול היה להסיק מהתנהגותה של המתלוננת את צפונות ליבה, במיוחד משמעשה לאורך כל האירוע היו אקטיביים והעידו על שיתוף פעולה מלא.

21. ההגנה עמדה על כך שעל אף הכלל, שלפיו אין ערכאת הערעור מתערבת בממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, הרי שבמקרה דנן אין יתרון לערכאה קמא, שכן הבקשה היא להתערב במסקנותיו של בית הדין המחוזי להבדיל מקביעות העובדות עצמן. כך, נטען, כי נוכח הפער העובדתי, בין התיאורים המופיעים בגרסתה של המתלוננת

במצ"ח, כפי שבאו לידי ביטוי בכתב האישום, בכל הנוגע להתנגדותה למעשי המערער, לבין התיאורים המצויים בעדותה בבית הדין, יש להתערב בקביעת בית הדין קמא על אודות מהימנות עדותה של המתלוננת.

22. המערער לא חלק על הרשעתו בעבירה של התנהגות שאינה הולמת ובעבירה של נהיגה בקלות ראש.

23. לחלופין עתר המערער להקל באופן משמעותי בעונשו. נטען, כי בית הדין קמא לא נתן משקל מתאים להערכת המסוכנות שנקבעה למערער, אשר לא חיובה את השמתו מאחורי סורג וברית, והתעלם מתוכנית הטיפול שהותאמה למערער. כן נטען, כי העונש אשר הושת על המערער חוטא למדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים ואינו לוקח בחשבון את תקופת מעצרו של המערער, במעצר ממשי ולאחר מכן במעצר בית מלא.

ערעור התביעה

24. התביעה הצבאית עתרה להורות על הרשעתו של המערער בפרטי האישום הראשון, השני והרביעי שבכתב האישום. נטען, כי משראה בית הדין קמא לקבל את עדותה של המתלוננת כמהימנה ומנגד, לדחות את גרסתו של המערער, לאור הממצאים העובדתיים שנקבעו – לא היה מקום להסיק, כי לא התקיים במערער היסוד הנפשי הדרוש להוכחת העבירות בפרטי האישום האמורים. התביעה הוסיפה בטיעוניה, כי שגה בית הדין קמא עת חילק את האירוע, באופן מלאכותי, לשלבים ונמנע עקב כך, מלבחון את התקיימות היסוד הנפשי במערער תוך בחינת האירוע בכללותו. נטען גם, כי אף אם היה מקום לבחון את מודעותו של המערער להעדר ההסכמה, תוך חלוקה לשלבים נפרדים של האירוע, אזי מתבקשת המסקנה, שלפיה היה המשיב מודע, בכל שלב ושלב, להעדר הסכמה זו ולכל הפחות חשד באופן ממשי שאין המתלוננת מסכימה למעשים ונמנע מלברר זאת עמה.

25. בואר, כי התביעה מקבלת את ממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא ואינה מבקשת להתערב באלו. עם זאת, לגישה, יש להתערב במסקנותיו השגויות של בית הדין קמא, משמדובר ב"היסקים שגויים". כן נטען, כי הרשעתו של המערער בשל מעשיו בחלק האמצעי של האירוע וזיכוי ממעשיו בחלק הראשון והאחרון של האירוע "יצר סתירה אינהרנטית שהגיונה מוקשה", זאת במיוחד, שעה שכבר בתחילת האירוע הביעה המתלוננת **במלל**, את התנגדותה למעשיו, ובהמשך "לא הביעה ביטוי כלשהו של שינוי לבבות מתחילת האירוע ועד לסופו".

26. נטען אף, כי שגה בית הדין קמא, עת בחן קיומם של ביטויים להיעדר התנגדות של המתלוננת להבדיל מבחינת גילויי הסכמה חופשית. לדידה של התביעה, בהתאם להלכה הפסוקה, היה על בית הדין קמא לתור אחר ביטויי הסכמה של המתלוננת, שהגיעו לידיעתו של המערער. בהימנעו מלעשות כן, שגה בית הדין בפירוש הדין ובניתוח העובדות במקרה דנן.

27. התביעה הצבאית הוסיפה וטענה באופן קונקרטי כנגד מסקנותיו של בית הדין קמא ביחס לפרטי האישום הראשון, השני והרביעי. טענותיה ביחס לפרטי אישום אלו יפורטו להלן. התביעה הצבאית לא ערערה על זיכוי של המערער מפרט האישום החמישי.

דיון והכרעה

28. נקודת המוצא בדיון שלפנינו עניינה בכלל, שלפיו אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ובממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה קמא. שנאמר:

"הלכה ידועה מלפני בית משפט זה היא כי, ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. הרציונאל העומד בבסיס הלכה זו הוא כי לערכאה הדיונית יתרון אינהרנטי על פני ערכאת הערעור בשל התרשמותה הבלתי אמצעית מהעדים והראיות שנשמעו לפניו" (ע"פ 5921/12 סבג נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם, 7.5.2013); וכן ראו: ע"פ 4453/16 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם, 20.7.2017); ע"פ 2686/15 בנטו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.3.2017) – בכל הנוגע לדיון בשאלת תחולתו של כלל זה ביתר שאת, שעה שמדובר בעדויות של נפגעי עבירות מין).

29. עם זאת, הפסיקה הכירה בחריגים לכלל האמור. בע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 8.9.2011) מנה בית המשפט העליון את רשימת החריגים, ובהם:

"כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהגיון ובשכל ישר או על סבירות של העדות... כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות... כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב, תמליל קלטת... כאשר הערכאה הדיונית התעלמה לחלוטין מראיות או לא שמה לב לפרטים מהותיים בחומר הראיות... כאשר הערכאה הדיונית התעלמה מסתירות מהותיות בעדות עליה נסמכה או מסתירות בין העדות עליה נסמכה לבין עדויות אחרות... כאשר הערכאה הדיונית אימצה גרסה מופרכת וחסרת הגיון... כאשר נפלה טעות מהותית או טעות 'בולטת' לעין בהערכת המהימנות".

30. בראי כללים אלה, נבחן את טענות באי-כוח הצדדים כנגד הכרעת דינה של הערכאה קמא.

ערעור ההגנה על הכרעת הדין

31. כאמור, עיקרו של ערעור ההגנה הופנה כנגד קביעותיו של בית הדין קמא, שלפיהם הביעה המתלוננת את גילויי התנגדותה למעשים המפורטים בפרט האישום השלישי, ובהם הפשטתה, חיכוך איבר מינו של המערער בישבנה וטפיחה על ישבנה ולא קיבל את טענת ההגנה הגורסת כי התנגדותה של המתלוננת הייתה מצומצמת וכוונה לרצונו של המערער לחדור לתוכה, מעשה שהמערער אכן נמנע מלעשות. לחלופין, כמפורט לעיל, נטען, כי לא הוכח שהמערער היה מודע לכך שהמתלוננת אינה מעוניינת במעשים שיוחסו לו בפרט אישום זה, כמו-גם, ביתר המעשים שפורטו בכתב האישום וזאת בשים-לב לשיתוף הפעולה ומעשיה האקטיביים לאורך כל האירוע.

32. כידוע –

"שאלת הסכמתה של מתלוננת בעבירת מין מהווה רכיב מרכיביה העובדתיים של העבירה, והיא נגזרת, במידה רבה, מממצאי **מהימנות** שנקבעו **לגבי קורבנות עבירות מין**... לפיכך, על דרך הילוכו של בית המשפט העליון, בבירור הנסיבות מהן נלמדת היעדר הסכמתה של קרבן העבירה, ניתן ללמוד, בעיקר, מאופן **יישום הדין** בהתאם למכלול נסיבותיו של כל מקרה קונקרטי, הנדון לגופו.

"יסוד ההסכמה, בעבירת האינוס, הינו יסוד מורכב, שלא מעט דיו נשפכה בניסיון לבודדו, לאבחנו כראוי, ולחלצו מתוך מכלול הנסיבות והאירועים שהתקיימו לפני, בעת ואחרי קיום יחסי המין... שאלת ההסכמה צריכה להתברר מן הנסיבות הסובבות את האירוע ואפשר שלמרות התנהגות פסיבית יתקיים יסוד אי ההסכמה, והכל בהתאם לנסיבות"
(ע/117/05 **התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם עאטף** (2006)).

33. בענייננו, מסרה המתלוננת בחקירתה הראשית, כי הביעה באופן נחרץ וברור את התנגדותה למעשיו של המערער: "ואז הוא אמר לי בעצם לפתוח את המכנסיים, **אמרת לי שאני לא רוצה, אמרתי לו לא** והוא אמר שהוא לא יחדיר לי או משהו בנושא של חדירה, שהוא לא חודר, לא זוכרת, אני לא זוכרת אם אני פתחתי את החגורה או שהוא פתח, או שנינו, אני לא זוכרת אבל נפתחו לי המכנסיים... והוא מוריד לי ממש טיפה או שהוא לא מוריד לי, נכנס עם היד שלו לישבן שלי מתחת למכנסיים ותפס לי אותו ממש

חזק ...". לגבי המשך האירוע תיארה כי המערער "הלך מאחורי האוטו ... הרים את הרגלים כדי שאני [א]שכב במושב על הבטן בצורה מלאה, **דברים קרו כל כך מהר...** הייתי קפואה ... תופס לי במכנסיים ואני רואה שהוא רוצה להוריד לי אותם ואני אומרת **לא לא לא**, יצא ממני **הלא לא לא** הזה, והוא אומר לי שהוא לא מחדיר לי, אבל הוא עדין מוריד את המכנסיים שלי, עד למתחת לישבן כולל התחתונים, **הבנתי שהוא פשוט לא מקשיב לי**, ואז הוא שם את איבר המין שלו בין הלחיים של הישבן שלי והוא התחכך כנגדי..." (עמוד 15 שורה 29 ואילך).

34. גם בחקירתה הנגדית הבהירה המתלוננת, כי "ה'לא לא לא' היה לפני הורדת המכנסיים כשהוא החזיק לי בהם והבנתי שהוא רוצה להוריד לי אותם... החוסר הסכמה היה גם על החדירה וגם על הורדת המכנסיים" (עמוד 37 שורות 2 עד 11; עמוד 58 שורה 27 ואילך). בדומה, כשעימת הסנגור את המתלוננת עם דברים שאמרה במהלך החקירה, בעימות שנערך בינה לבין המערער, אשר לכאורה מלמדים על עיתוי אחר של ההתנגדות, בשלב שמכנסיה כבר היו מופשלים, נותרה המתלוננת איתנה בדעתה ובתשובותיה, שלפיהן התנגדותה המילולית **קדמה** לשלב שבו הוריד המערער את מכנסיה (עמוד 37 שורות 15 ואילך; וראו עדותה של המתלוננת לעניין ביטויי התנגדות מילוליים אף בעמוד 25 שורות 9 ואילך).

35. מעדותה של המתלוננת עולה במובהק אף כי המערער היה מודע לחוסר הסכמתה לביצוע המעשים, שכן שאל אותה "מה יש לך? למה את מבוהלת?" והמתלוננת השיבה כי היא עייפה, שהיא "לחוצה שיתפסו" אותה (עמוד 16 שורה 15 ואילך), ש"זה היה קצת יותר מדי בשבילי" (עמוד 18 שורה 33 ואילך) ושהיא רוצה לחזור לאוגדה (עמוד 54 שורה 17 ואילך). המערער לא שעה לאמירות מפורשות אלו והמשיך בשלו. כך, כשיצאה מן הרכב, סובב המערער את המתלוננת ונצמד לאחוריה, הוריד את מכנסיה ותחתוניה פעם נוספת והמשיך לחכך את איבר מינו בישבנה. המתלוננת לא זכרה אם אמרה משהו בשלב זה, אך המערער פסק לפתע ממעשיו והיא התלבשה והתיישרה במושב הקדמי של הרכב.

36. בית הדין קמא, אשר נחשף למכלול העדויות והטענות שהועלו לפניו, קבע כי "הפעם" ציינה המתלוננת באופן מילולי ומפורש את אי-הסכמתה למעשי המערער וכי "יש ליתן מענה חיובי בהחלט" לשאלה האם היה המערער מודע לאי-הסכמתה. בקבעו כך, דחה בית הדין קמא את גרסת המערער שלפיה התנגדותה התייחסה אך ורק לסוגיית החדירה. עוד נקבע כי "הנאשם נקט בשלב זה במהלך אלנים, מילולית ופיזית כלפי מי שקודם לכן אמרה לו, כך לדבריו, שאינה רוצה לקיים יחסי מין וכן בשלב מוקדם אמרה

לו שהוא היה מעט אגרסיבי כשכופף אותה... אין זה ברור על סמך מה מבסס הנאשם את הסכמתה של המתלוננת לכך. אין מדובר בהמשך ישיר של יחסי מין, כאשר הנאשם עצמו ציין כי היה צריך לדבר אל לבה של המתלוננת, במילים יפות, קודם לכן. הנאשם היה להוט בשלב זה לעשות את אשר על לבו, ובכך התעלם מקריאתה של המתלוננת שביטאה מפורשות את רצונה ולכל הפחות התעלם בצורה מופגנת משאלת הסכמתה והמשיך בשלו כאילו הייתה כלי בידיו".

37. בית הדין המחוזי הוסיף וקבע, כי אין בעובדה שהמערער חדל מחיכוך איבר מינו בישיבה של המתלוננת, כשאמרה לו שהיא עייפה "בכדי ללמד כי מה שקדם לא היה בגדר מעשה עבירה לא מוסכם" וזאת בשים לב לכך "שבשלב זה **ביטאה המתלוננת מפורשות את רצונה**". למסקנה דומה הגיע בית הדין קמא גם ביחס לחיכוך איבר מינו של המערער בישיבה של המתלוננת אשר התרחש מחוץ לרכב. בהקשר זה נקבע, כי המערער "שב ועשה מעשה חד צדדי שנועד לספק אותו מינית, **תוך התעלמות מוחלטת ואף דריסה של רצונותיה של המתלוננת**". למסקנה זו הגיע בית הדין קמא, משקבע מבחינה עובדתית, על סמך הראיות שבאו לפניו, כי, עובר למעשים אלו, המתלוננת כבר התלבשה ונראתה "לא כשורה" אף בעיני המערער אשר שאלה: "מה יש לך?". חרף תשובותיה של המתלוננת, אשר הובאו לעיל, המשיך המערער במעשיו, מהם פסק לאחר זמן מה, אז התיישבו השניים במושבים הקדמיים של הרכב. בית הדין קמא ראה בחלק זה של האירוע המשך ישיר לקודמו, שבמהלכו ביטאה המתלוננת חוסר הסכמה מפורש למעשיו. גם ביחס לשלב זה של האירוע, הסיק בית הדין כי המתלוננת הביעה את אי-הסכמתה להמשך המגע המיני. בעניין זה, הפנה בית הדין לכך שהמתלוננת התלבשה; נראתה מבוהלת; השיבה כי היא עייפה ומעוניינת לחזור לבסיס; ואמרה כי המעשים היו "יותר מדי בשבילה". עוד קבע בית הדין קמא, כי המערער היה מודע לאי-הסכמתה זו בטרם הפשיל את מכנסיה ותחתונה בעמדם מחוץ לרכב ולכל הפחות המדובר "במקרה מובהק של עצימת עיניים, מכוח החזקה לקיומו של חשד ממשי, שנלמד מהנסיבות האובייקטיביות של המקרה, שהנאשם לא סתר". אף בנוגע לשלב זה של האירוע, **דחה** בית הדין קמא את טענת המערער שלפיה גם הפעם, נוכח התרחקותו של המערער מן המתלוננת בטרם הגיע לסיפוק מיני, יש לקבוע כי "לא בוצעה עבירה בגופה של המתלוננת קודם לכן, בניגוד לרצונה".

38. כאמור, בית הדין סמך ממצאיו על עדותה של המתלוננת, אותה מצא מהימנה על-פי התרשמותו הבלתי אמצעית ממנה, כמו-גם לאור החיזוקים שמנה בהכרעת הדין ובהם

יתר העדויות שנשמעו לפניו והראיות שבהן עיין. בחנו קביעות אלו ולא ראינו כי נפל פגם בשיקוליו של בית הדין קמא ובהנמקתו את ממצאי המהימנות, שאליהם הגיע.

39. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של מעשה מגונה הוא של מחשבה פלילית, המוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין, בזו הלשון:

"(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה...
 (ג) לענין סעיף זה -
 (1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם."

הלכה פסוקה היא כי –

"אשר ליסוד הנפשי בנאשם, מחשבה פלילית מעצם טבעה היא ענין שבלבו של אדם פנימה. קיומה נבחן ממכלול הנסיבות והעובדות של המקרה הספציפי. 'המדדים החיצוניים הם המעידים על שהתרחש בתוך לבו של אדם פנימה, ומכוחם ניתן להחזיק אדם כמי שנתקיימה בו מחשבה פלילית'" (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 32 (טרם פורסם, 25.1.2007).

40. מודעותו של המערער לאי ההסכמה נלמדת, בראש ובראשונה, מן הנסיבות כפי שהוכחו במקרה דנן, אשר, מצביעות על קיום היסוד הנפשי הנדרש – מודעות לכך שמעשיו של המערער במתלוננת, המפורטים בפרט האישום השלישי, נעשו בלא הסכמתה. למצער, יש לקבוע כי, לכל הפחות, עצם המערער את עיניו ונמנע מלברר קיומה של הסכמה, מקום שהיה לו חשד כי המתלוננת אינה מסכימה למגע המיני עמו.

41. בנסיבות העניין הוכח, כי עובר למגע המיני הנוכחי, ביטאה המתלוננת את אי-הסכמתה באופן מילולי, וכן הביעה כבר בחלקיו המוקדמים של המפגש ביניהם את אי-נוחותה והסתייגותה מן המגע ביניהם ומהתנהגותו האגרסיבית של המערער. גם אם ניתן לטעון, כי ביטויי אי ההסכמה, בשלבים המוקדמים, לא הובנו למערער (ועל כך נעמוד בהרחבה בהמשך), הרי שבשלב זה הייתה אי-הסכמתה של המתלוננת מופגנת וניכרה היטב מתגובותיה ומהתנהגותה ואין לקבל את גרסת המערער, שלפיה לא היתה נהירה לו. לא בכדי פורטה גרסתה של המתלוננת, ללמדנו, כי קביעותיו של בית הדין קמא, שלפיהן המתלוננת הביעה התנגדות מילולית לכך שהמערער יפשיטה ולאחר מכן יבצע בה מעשים מיניים, כגון: חיכוך איבר מינו בישבנה, בשני מופעים שונים, ולא

הסכימה לכך שיסטור על ישבנה – מבוססות היטב בראיות שהובאו לפניו, ואין מקום להתערב בהן. גם התנהגותה של המתלוננת בהמשך, כגון: לבישת המדים עם יציאתה מהרכב, מלמדת על העדר הסכמתה למעשיו של המערער.

42. בהמשך פסק הדין, בפרק העוסק בערעורה של התביעה על הכרעת הדין, נבחן האם קביעותיו של בית הדין קמא, שלפיהן ממכלול התנהגותה של המתלוננת בשלבים מוקדמים ולאחר מכן, עשוי היה המערער ללמוד, כי היא מסכימה למעשיו. מכל מקום, כבר עתה, ניתן לקבוע, כי אין בהתנהגות זו, ככל שנקבל את מסקנות בית הדין קמא ביחס לחלקיו האחרים של האירוע, כדי לסייע למערער ביחס למעשיו אשר בבסיס פרט האישום השלישי, מאחר שביטויי ההתנגדות של המתלוננת למעשיו אלו, עובר להם ובמהלכם, היו גלויים וברורים והם אינם ניתנים לפרשנות אחרת.

43. זאת ועוד, מודעותו של המערער, או למצער, חשדו בדבר אי-הסכמתה של המתלוננת למעשיו נלמדת גם מעדותו שלו. דומה כי המערער ניסה לאחוז במקל משני קצותיו. מצד אחד ביקש לשכנע שהוא מבין ויודע כי אי-הסכמה אינה צריכה להתבטא בכוחניות ודי באמירת "לא" כדי לבטאה, ובלשונו: "אני לא חושב שבחורה צריכה להגיע לכוח פיזי וברגע שהיא אומרת לא זה לא וברגע שהיא תעשה לא קטן עם הראש, מה שהיא לא עשתה וזה לא היה, אז אני מבין שלא... אם בחורה אומרת לא הוא צריך להפסיק" (עמוד 109 שורה 8 ואילך; שורה 18; עמוד 119 שורות 25 ואילך). מן הצד האחר, העיד, כי לא הועילו למתלוננת ביטויי התנגדותה, שכן המערער בחר **כביכול** לפרשם במובנם הצר, דהיינו, ביחס לאקט מיני קונקרטי ולא ביחס לאירוע המיני בכללותו, וזאת על דעת עצמו ומבלי שבירר את כוונתה של המתלוננת – עמה. כך, בלשונו, ציין, כי: "היא לא הסכימה **לחלק מהאקטים** כמו לשכב איתי, אחרי שנישקתי לה את החזה היא אמרה שהיא מתביישת. בשלב של המין האוראלי היא הרימה את הראש והפסיקה והבנתי שהיא לא רוצה להמשיך, היא נחנקה כזה, וברגע שגמרתי אמרתי לה שאני הולך לגמור והיא עשתה לא וגמרתי באותו הרגע" (עמוד 119 שורה 16 ואילך). וכן – "בהתחלה כשנישקתי לה את החזה היא אמרה שלא נעים לה ולכן חדלנו וכשהיא ירדה לי ונחנקה וחדלנו. זה פה בשני הדברים האלה הרגשתי ממנה שהיא לא רוצה ולא נעים לה, לא שהיא לא רוצה אותי בכלל אלא **האקט הספציפי** הזה היא לא רוצה" (עמוד 137 שורה 10 ואילך). יוצא אפוא, כי דבריו של המערער שלפיהם "ברגע שהיא אומרת לי שהיא לא רוצה לשכב איתי זה נפסק" (עמוד 122 שורה 1 ואילך), נאמרו בעדות מן הפה ולחוץ, והם אינם מתיישבים עם התנהגותו של המערער במהלך האירוע, כאמור בפרט האישום שבו הורשע.

44. אמנם, המערער עמד בעדותו על כך שהמתלוננת שיתפה עימו פעולה, וכי חש שהיתה משיכה הדדית ביניהם ואולם, יש לזכור, כי בית הדין קמא דחה טענות אלו, כמו-גם את עדותו של המערער בכללותה, משקבע כי זו היתה בלתי מהימנה. משכך, לא היה מקום לבסס ממצאים עובדתיים על עדותו של המערער, ככל שיש בדבריו כדי לסתור את עדותה של המתלוננת. במצב דברים זה, אין לייחס משקל לעדותו של המערער שלפיה היתה הדדיות במעשים. מנגד, מצטיירת תמונה עובדתית ברורה, המלמדת על כי המערער הוא אשר סובב את המתלוננת על בטנה, בתוככי הרכב, הפשיל את מכנסיה ותחתוניה והתחכך בישבנה, חרף אמירת "לא" מפורשת מצידה. משהביעה המתלוננת בגלוי ובקול, את דעתה, כי היא אינה מעוניינת במעשיו, שומה היה על המערער לברר, בטרם המשיך במעשיו המיניים, האם המתלוננת מסכימה להם. כפי שנפסק:

"בהוכחת ביטוי מילולי של אי-הסכמה מצד האישה, מוכיחה התביעה לכאורה, הן את הנסיבה של אי-ההסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם. בדרך כלל, בהעדר ראיות חיצוניות או נסיבות שיש בהן כדי לסתור את אי-ההסכמה שהוכחה כאמור, יעבור הנטל המשני לנאשם להראות כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידה מלכתחילה בסמוך למעשה האישות... אמירת הלאו המפורשת למערער בשלב שבו החל להפשיטה, העידה באופן ברור על אי הסכמתה... המתלוננת לא שיתפה פעולה עם המערער בתהליך האינטימי, אלא הביעה את העדר רצונה באמירת לאו מפורשת בתחילתו. ממילא, הראיות הנדרשות כדי להוכיח נקודת תפנית ("שינוי לבבות"), נוגעות לשאלה האם המתלוננת התרצתה לקיום היחסים לאחר הבעת הסירוב, והסכימה פוזיטיבית להמשך המגע המיני" (ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873 (2001)).

גם בית-דין זה פסק, זה מכבר, כי –

"בכל שלב ושלב משלבי התהליך האינטימי עומדת לאישה הזכות להפסיקו. הסכמתה נדרשת בכל מהלכו ובכל שלב משלבי התפתחותו. בהתאם לכך, נפסק, למשל, כי 'בעובדה שהמתלוננת הסכימה דקות קודם לאירוע להתנשק עם המערער, אין כדי להועיל לו'" (ענין אל"ם עאטף, בפסקה 71).

45. דא עקא, שבמקרה שלפנינו לא רק שהמתלוננת לא ביטאה הסכמה להמשך מעשיו של המערער, אלא נהפוך הוא. המתלוננת הוסיפה והביעה את אי-הסכמתה להם. המערער, אשר הבחין כי אירע דבר מה למתלוננת שאל אותה, בשלב זה: "מה יש לך?

למה את מבוהלת? והמתלוננת השיבה שלל תשובות המלמדות על כי אינה מעוניינת בהמשך המגע המיני. כך מסרה שהיא "עייפה"; "לחוצה" פן תיתפס; הבהירה כי מעשיו של המערער היו "קצת יותר מדי בשבילי" ושהיא מעוניינת לחזור לבסיס. חרף כל אלו, ובהתעלם מרצונה הברור, סובב המערער את המתלוננת כך שגבה הופנה אליו, הצמידה לרכב, הפשיטה ממכנסיה ומתחתוניה והתחכך בישבנה. אין אלא, לקבוע כי, בנסיבות העניין, התנהגות זו מצביעה על כך שהמערער התעלם מרצונותיה וממאווייה של המתלוננת והתמקד בצרכיו המיניים שלו עצמו. נוכח זאת, אין לתמוה על תובנתה של המתלוננת "שהוא פשוט לא מקשיב לי" (ראו והשוו: ע/163,164/08 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קרקבדוס** (2009)).

46. במצב דברים זה, אנו קובעים, כי המערער היה מודע לאי-הסכמתה של המתלוננת לביצוע המפורט בפרט האישום השלישי, אך בחר להתעלם במפגיע מרצונותיה והכל לשם סיפוקו המיני.

47. **למעלה מן הצורך**, נציין כי לכל הפחות, יש לקבוע, כי המערער עצם את עיניו מלראות את אי-הסכמתה של המתלוננת. כידוע, מקום שבו אדם חושד בדבר קיומה של נסיבה הנמנית עם פרטי העבירה ונמנע מלבררה, רואים אותו כאילו היה מודע לה. במצב דברים זה, בהתאם להוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, היתה מוטלת על המערער "החובה לפעול כדי להפריך את החשד ולברר את מצב הדברים לאשורו, וכל עוד לא עשה כן, או שעשה אולם חשדו לא הופרך, רואים אותו כמי שהיה מודע בפועל בעת ביצועה של העבירה לאותו פרט" (ע"פ 11699/05 **סרפו נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 498, פסקה 4 (2008)). אכן, נקבע בפסיקה, כי על החשד להיות ממשי וסובייקטיבי. בד בבד, נקבע גם כי דוקטרינת "עצימת העיניים" מתפרשת גם על-פני הסיטואציה הקרויה "חלל תודעתי" או "חלל הכרתי", היינו מצב נפשי של "אדישות לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, ללא הקדשת מחשבה בעניין זה ונטילת סיכון במודע כי ההסכמה אינה נתונה" (ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 305 (2000)). קביעות אלו יפות לענייננו, משברור היה כי המערער, **לכל הפחות** חשד שהמתלוננת אינה מעוניינת במעשיו, לאחר שהבהירה כי היא בתולה ו"שהיא לא רוצה" ו"מפחדת" (עמוד 122 שורה 8), שאחרת, מדוע שאל אותה "מה יש לך?" ומדוע היא מבוהלת. כאמור, לאחר כל אלה, המערער נותר אדיש לתשובותיה והתעלם ממשמעותן. כפי שבואר, המערער ביקש לשכנע כי בלבו שלו לא התעורר חשד באשר להעדר ההסכמה, אך גרסתו העובדתית נדחתה והיא אף אינה מתיישבת עם ניסיונו שלו להרגיע את המתלוננת (ולא בהזדמנות הראשונה, כפי שנראה להלן), באומרו "הכל בסדר" (עמוד 120 שורה 19). לפיכך,

שוכנענו, כי לא עלה בידי המערער לסתור את החזקה העובדתית הפועלת לחובתו בנסיבות העניין.

48. בקבענו כך, ומשאין מחלוקת של ממש לגבי השאלה אם מעשיו של המערער מקיימים את היסוד העובדתי של עבירת המעשה המגונה, אנו קובעים כי בדין הורשע המערער בעבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין. ערעור ההגנה, על הרשעתו של המערער, נדחה אפוא.

ערעור התביעה על הכרעת הדין

49. עיקרו של ערעור התביעה, כאמור, הופנה כנגד קביעותיו של בית הדין קמא, שלפיהם לא התקיים במערער היסוד הנפשי הדרוש להוכחת העבירות, בפרטי האישום הראשון, השני והרביעי.

50. בפתח הדיון ראינו להעיר כי בנסיבות העניין, לנוכח ממצאי המהימנות המובהקים והשתלשלות העניינים באירוע, למן תחילתו – לא נכון היה לנתח כל שלב ושלב של האירוע, כאילו התרחש **בנפרד ובמנותק** מההתרחשות כולה ומרצף האירועים. משאין המעשים המאוחרים מופרדים מאלו שקדמו להם (ראו דבריו של שופט המיעוט ביחס לפרט האישום הרביעי). ניתוח כל סיטואציה במנותק מרצף הדברים מציב חיץ מלאכותי בין שלבי האירוע, שאינו הולם את בחינת המעשים ממין זה. פשיטא, כי הסכמה מפורשת שהובעה בשלב מוקדם של מגע מיני משליכה, באופן טבעי, על סוגיית מודעותו של נאשם להתנגדותה של מתלוננת, בעת בחינת הוכחת יסודות העבירה – כולם (על השימוש בדוקטרינת "שינוי הלבבות החיובי" ראו: ע/29/15 רב"ט בר נ' **התובע הצבאי הראשי**, פסקה 75 (2015)), ולהיפך. התנגדות מפורשת שהובעה בשלבים מוקדמים – כוחה יפה גם למעשים מאוחרים המתבצעים ברציפות לקודמיהם (והשוו, מכוח קל וחומר, לעניין **אל"ם עאטף**, פסקה 113 – שם התנגדות למעשי בעילה במקרים המוקדמים במספר שבועות ואף חודשים, השליכה על הקביעה כי המשיב, באותו עניין, לא היה רשאי להניח "הסכמה שבשתיקה" ביחס למעשים המאוחרים, במהלכם לא הובעה התנגדות נוכח קיפאונה של המתלוננת).

51. להלן, נדון בטענות התביעה אל מול תשובת ההגנה, תוך בחינת התשתית הראייתית על בסיס ממצאי המהימנות שנקבעו ובראי העקרונות שהותוו בהלכה הפסוקה. יצוין כבר עתה, כי בבואנו להכריע בגורלו של ערעור התביעה בשל זיכוי של המערער מפרטי

האישום הראשון והשני – נחלקו דעותינו. ההכרעה בנוגע לערעור התביעה בשל זיכויו של המערער מפרט האישום הרביעי, התקבלה על דעת כלל השופטים.

פרט האישום הראשון

דעת רוב השופטים

52. לביסוס עמדתה בערעור, הפנתה התביעה לדבריה של המתלוננת, אשר נאמרו **בסמוך לאחר תחילת האירוע**. המתלוננת מסרה למערער, אשר החל לפתוח את כפתורי חולצתה, כי המעשה "לא מתאים לה" וכי היא מתביישת. נטען, כי ביטויים אלה אינם מעידים על הסכמתה למעשים ולפיכך, חייבו את המערער לברר את שחשד לגביו, היינו, כי אין המתלוננת חפצה במעשיו, במיוחד משהמדובר **במגע המיני הראשון** בין השניים. כך גם, נטען, כי היה על המערער לוודא את הסכמתה של המתלוננת בטרם החל לחכך את איבר מינו בישיבה, באזור הסלעים, משזמן קצר קודם לכן הביעה חוסר נעימות מהמגע עימו. זאת ועוד, נטען, כי ניסיונו של המערער לשכנע את המתלוננת להמשיך במגע המיני איתו, לאחר שהבהירה כי אינה מעוניינת בכך ולאחר שציינה לפני המערער, כי היה אגרסיבי עימה, מלמד, כאלף עדים, על כי בשלב זה היה המערער מודע לחוסר רצונה של המתלוננת במגע עימו. ראייה נוספת לכך, מצויה בניסיונות השכנוע מצדו לקיים עמו מגע מיני. חרף כל האמור, פסקו השופטים, בנוגע לכל אחד מהמעשים, כי נותר ספק שמא לא היה המערער מודע להעדר הסכמתה. אף ביחס להמשך האירוע, טענה התביעה, כי שגה בית הדין קמא עת תר אחר הבעה מילולית של העדר הסכמה ונמנע מלתת את המשקל המתאים לקיפאונה של המתלוננת בעת שהמערער נשכב מעליה במושב האחורי ברכב והחל לנשקה בשפתיה, בצווארה ועל חזה, ואף בהמשך, כאשר נטל את ידה, הניחה על איבר מינו ועשה עמה תנועה של אוננות במשך זמן מה, עד שלבסוף עזב את ידה. לדידה של התביעה, העדר תגובה מצד המתלוננת למעשים אלו, אינו יכול ללמד "על שום דבר חוץ מכניעה וחוסר רצון". לבסוף נטען, כי בית הדין קמא לא נתן את המשקל המתאים לשקריו של המערער, לצורך הסקת המסקנה המתבקשת מהם בדבר מודעתו להעדר הסכמתה של המתלוננת למעשיו ולכל הפחות, קיומו של חשד ממשי באשר לאי-הסכמתה.

53. יש להזכיר, כי ראשיתו של האירוע, בנסיעה משותפת של המתלוננת עם המערער להר אדיר, מרצונה המלא והחופשי. אין גם מחלוקת, כי הנשיקות שהוחלפו בין השניים, בתחילת הדברים, נעשו בהסכמה וכי היתה זו **המתלוננת** אשר הסתייגה מדבריו של

המערער, אשר הציע לחזור לבסיס משום שהראות במקום לא היתה טובה. אף לאחר מכן, השניים התנשקו והתחבקו, והמתלוננת אף התיישבה בחיקו של המערער, אשר התיישב על סלע סמוך. המתלוננת אישרה שהלהט שחשו היה **הדדי** (עמוד 29 שורות 32-29). ברם, משניסה המערער להחדיר את ידו אל מתחת לחולצתה של המתלוננת, על-מנת לגעת בחזה, חשה המתלוננת אי-נעימות ואמרה "**שזה לא מתאים**". המערער שאל אם היא מתביישת וניסה להרגיעה ובהמשך פתח את כפתורי חולצתה, הסיט את ה"טופ" והחזיה שלבשה, נישק את חזה והחמיא למראהו. הוא חדל ממעשיו רק כאשר אמרה לו המתלוננת **פעם נוספת**, כי "**זה לא נעים**" (עמוד 30 שורה 13 ואילך). למעשה, כפי שהעידה המתלוננת, "מהנקודה של הנשיקה עד שהוא פתח את הכפתורים הייתה הסכמה מלאה... מהרגע של פתיחת הכפתורים לא הייתה התלבטות ולא הייתה הסכמה בכלל" (עמוד 31 שורה 14 ואילך). רוב השופטים ראו באמירות ברורות אלו את **הגבולות** **שסמנה המתלוננת, כבר בשלב זה, באירוע.**

54. במהלך ההתרחשות האמורה, נטל המערער את ידה והניחה על איבר מינו מעל למכנסיו. המתלוננת לא ידעה לומר מתי בדיוק עשה כן. לדבריה, הם נעמדו והיא חשה "**הלם**" ו"**קפאון**" והתקשתה להמשיך ולהגיב. אז סובב אותה המערער ממותניה, כופף אותה והתחכך בה מאחור ללא הסכמתה ובאופן שהבהיל אותה (עמוד 31 שורה 32 ואילך; עמוד 32 שורה 26 ואילך). אשר על כן, לא פעלה על-מנת להתנגד פיזית או באופן אחר, למעשיו (עמוד 52 שורה 24 ואילך). המתלוננת אישרה את תשובתה בחקירתה, כי יתכן שבשלב הזה המערער לא הבין שהיא אינה מעוניינת במעשיו (עמוד 53 שורה 1 ואילך). עם זאת, להצעתו באותה עת, כי יקיימו יחסי מין מלאים **הנידה ראשה לשלילה**. המתלוננת הבהירה בעדותה כי תשובה זו ניתנה רק "לגבי זה שהוא הציע שנשכב", וכי המערער, בתגובה, חדל ממעשיו וביקש הסבר. המתלוננת הסבירה שטרם קיימה יחסי מין "ושאני לא רוצה שזה יהיה ככה". היא הוסיפה ואמרה למערער שהוא היה "**טיפה אגורסיבי**". המערער בתגובה השיב כי "**אתן אוהבות את זה ככה** ושהוא קווקזי".

55. השניים החלו להתקדם לכיוון הרכב. תחילה פסעו יד ביד ולאחר מכן חיבק המערער את המתלוננת מאחור, תוך שהניח ידיו על בטנה. משביקש כי תכניס את ידיו למכנסיה חששה להשיב בשלילה ו"לא ידעתי מה לעשות, וכל קצת הוא קירב אותם, בסופו של דבר הוא הכניס את הידיים שלו למכנסיים והצמיד אותי אליו". כשתוואי הדרך לא התאים עוד, הרפה מאחיזתו, נתן למתלוננת את מפתחות הרכב והנחה אותה להיכנס לתוכו ולהסיר את חולצתה. בהמשך, משהבחין כי היא מתעתדת להיכנס למושב הקדמי,

ביקש כי תכנס למושב האחורי והיא עשתה כן ופתחה מספר כפתורים בחולצתה. המערער נכנס לרכב, הסיר את חולצתה, הורה לה לשכב והיא נשכבה. אז הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, נטל את ידה והניחה על איבר מינו תוך ביצוע תנועות אוננות. לאחר זמן מה הרפה אחיזתו מידה והמתלוננת המשיכה לבצע תנועות אלו בעצמה, בעוד שהמערער מנשקה על פיה, צווארה, חזה ובטנה (עמוד 42 שורה 17 ואילך). לדבריה, חשה כי נכנעה לגחמותיו על מנת להגן על עצמה, אך לא נענתה לו באופן מלא (עמוד 57 שורות 7 עד 11), "לא היה הדדיות בדבר, לא היה הבעות של הנאה מצידי, לא היה הבעה של הסכמה מלאה מצידי, להיכנע זה לא לרצות... לא נישקתי אותו בחזרה... השפתיים שלי לא מגיבות אליו אני לא מגיבה אליו" (עמוד 43 שורה 11 ואילך).

56. המערער, אשר אפיין את המתלוננת כביישנית וכמופנמת, אישר כי זו היתה הסיטואציה המינית הראשונה ביניהם וכן אישר, כי המתלוננת אמרה לו פעמיים, כנראה, שהיא מתביישת (עמוד 112 שורה 11) ושהיא חשה "אי נינוחות" (עמוד 111 שורה 10). יחד עם זאת, לא זכר "ששאלתי ממה היא מתביישת" (עמוד 110 שורה 19). הוא הוסיף ומסר, כי כשהתחכך בה מאחור, באזור הסלעים, לא זכר שהמתלוננת אמרה משהו. לדבריו, רק בשלב מאוחר יותר אמרה שהיא בתולה, וזאת בהיותם ברכב. בד בבד, בחקירתו הנגדית, השיב פעמים רבות, כי אינו זוכר את ההתרחשויות. נטען כי אינו זוכר שהמתלוננת אמרה לו שהוא היה "טיפה אגרסיבי" וכן אינו זוכר את תשובתו שהוא "קווקזי" וכך הבנות אוהבות שמתנהגים כלפיהן (עמוד 114 שורה 10 ואילך). המערער טען, כי אינו זוכר שנטל את ידה של המתלוננת והניחה על איבר מינו בתנועת אוננות (עמוד 115 שורה 2 ואילך); וכן כי אינו זוכר שהמתלוננת ביקשה תחילה להיכנס למושב הקדמי של הרכב (אם כי לא שלל אפשרות זו וכן כי הנחה אותה להתיישב במושב האחורי, עמוד 115 שורות 5-7).

57. בע/25/16 רב"ט מיכלשוילי נ' התובע הצבאי הראשי (2017), שב בית-דין זה על ההלכה הפסוקה והבהיר, כי "יש לבחון את שאלת הסכמתה של מתלוננת מנקודת מבט הסובייקטיבית. צוין, כי הפסיקה זנחה את הדרישה להתנגדות פיזית מצד הקורבן ולשימוש בכוח מצד העבריין, וקבעה כי אי-הסכמה יכולה ללבוש צורות התנהגות שונות, לרבות התנגדות מילולית ואף התנגדות משתמעת". ואכן, בית הדין קמא, אשר נתן אמון מלא בעדותה של המתלוננת, קבע, בהתאם להלכה הפסוקה, כי החל מהשלב שבו פתח המערער את כפתורי חולצתה, בעודה ישובה על המערער באזור הסלעים ועד לסיום ההתרחשויות, לא הסכימה המתלוננת למעשיו של המערער. הספק שנותר ביחס לאחרייתו של המערער למעשיו שפורטו בפרט האישום הראשון,

עניינו בשאלה האם היה **מודע** להעדר הסכמתה של המתלוננת. בית הדין קמא קבע, כי על אף שהמתלוננת מסרה למערער כי הנגיעות בחזה אינן לרוחה ("לא מתאים"); "לא נעים"), הרי שלאור רצף ההתרחשויות, אין זה מן הנמנע, כי המערער הבין את הדברים כפשוטם, דהיינו ביחס לנגיעה בחזה בלבד, ולפיכך ניסה להרגיעה ולאחר מכן אף חדל מנגיעות אלו. עוד צוין, כי מאחר שהמתלוננת לא הביעה אי-הסכמה לכך שהמערער סובב אותה וחיכך את איבר מינו בישבנה, אלא עשתה כן רק לאחר שאמר כי הוא מעוניין להיות בתוכה, הרי גם לעניין זה "נותר בלבנו ספק לגבי התקיימות היסוד הנפשי הנדרש אצל הנאשם, בפרט בשאלת מודעותו לאי הסכמת המתלוננת". כך נקבע אף ביחס לאחיזת בטנה של המתלוננת מאחור, בעת שהלכו יחדיו לכיוון הרכב, משנקבע כי המתלוננת לא הביעה התנגדות לכך. עם זאת, ביחס למעשה האוננות **נמנע בית הדין קמא מלהכריע** בשאלה האם המתלוננת הסכימה לנטילת ידה, הנחתה על איבר מינו של המערער והזזתה על איבר מינו כשהוא אוחז בה.

58. ניכר, כי מטרת נסיעתם המשותפת של המתלוננת והמערער לא הוגדרה מראש כנסיעה לשם אקט מיני. בין השניים לא הייתה היכרות אינטימית קודמת ולא היה ביניהם מגע מיני. לנסיעה לא נלוותה שיחה המכוונת לאירוע מיני. אמנם, בתחילת הדברים, היה המגע בעל האופי המיני, בין השניים, בהסכמה וכלל נשיקות וקרבה הדדית. עם זאת, משחרג המגע אל מתחת לבגדיה של המתלוננת וכלל נגיעה באיבר מוצנע שלה, הבהירה המתלוננת, כי המגע אינו עוד לרוחה והיא אינה מעוניינת "להרחיב" את המעשים או לשנות מאופיים. בכך, למעשה, **הצביעה על גבולותיה באופן גלוי**.

59. ברוח זו, קבע בית המשפט העליון, בשורה של פסקי-דין, כי אין במגע של חיבוק או נשיקה, כדי ללמד, מיני וביה, על הסכמה לקיומו של אקט מיני אחר, "רחוק יותר":

"אף אם מדובר בנשיקה מרצון, הרי שאין בנשיקה זו כשלעצמה לאותת על הסכמה למעשים מיניים אחרים שכן דוקטרינת 'שינוי הלבבות' שקנתה אחיזה בפסיקתו של בית משפט זה מצביעה על כך שזכותה של כל אישה לשנות דעתה, אף במהלך האקט המיני, או להסכים למעשים מסוימים ולדחות אחרים" (ע"פ 814/12 **מדינת ישראל נ' סויסה** (טרם פורסם, 25.10.2012); ראו גם: עניין **אל"ם עאטף**, בפסקה 71; ע"פ 235,523/90 **חדד נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 209, 210 (1991)).

על הלכה זו חזר בית המשפט העליון ושנה, אך לאחורונה:

"הלכה היא כי לכל אישה נתונה הזכות לאוטונומיה על גופה ולמימוש רצונה החופשי. בהתאם לכך, זכותה לחזור בה מהסכמתה בכל שלב לפני קיום יחסי המין ולסרב להם, כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן הזוג באופן ברור. סוגיית החזרה מהסכמה קודמת ליחסים כונתה בפסיקה **שינוי לבבות**. נקבע, כי שינוי הלבבות יכול שיתקיים לפני תחילת קיום יחסי המין או במהלך קיומם. בית משפט זה חזר והדגיש כי הסכמתה של אישה ליחסים בנקודת זמן אחת, אין משמעותה היתר לכפות על גופה מעשים המנוגדים לרצונה בנקודת זמן אחרת ואין בה להפחית מחומרתם של המעשים המאוחרים... צדק בית המשפט עת קבע כי המערער לא היה רשאי להסיק קיומה של 'חזקת הסכמה' בשל נכונותה של המתלוננת להתגפף עימו עד לשלב מסויים וכי היה עליו להיות קשוב לרצונותיה בכל שלב ובכל עת" (ע"פ 2035/16 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.9.2017)).

60. הלכה זו היפה לענייננו, מצביעה על כך שהמערער לא יכול היה להניח כי יש לפרש את התנגדותה של המתלוננת על דרך הצמצום ולסייגה לנגיעה בחזה או לקיום יחסי מין מלאים דווקא, אלא שהיה עליו, **לכל הפחות**, לברר עם המתלוננת את עמדתה ורצונה. הצעתה של המתלוננת להישאר במקום, אינה מצביעה על שינוי בעמדתה והרחבת הסכמתה למגע מיני מעבר לנשיקות ולקרבה, ולא היה בה כדי לפטור את המערער מלברר זאת.

61. ודוקו: תשובתה המהוססת של המתלוננת בחקירה נגדית, עד לאותו שלב, ככל הנראה, שהמערער לא יכול היה להבין כי היא אינה מעוניינת במגעו, אין בה כדי לכרסם בקביעות העובדתיות ביחס למודעותו של המערער. יפים לכאן הדברים הבאים:

"בשים לב להשתלשלות השאלות והתשובות, על פרטיהן... כי אין ליחס לאמירות אלה משמעות רבה... אמנם, המתלוננת מסרה, בסופו של דבר, כי 'יכול להיות' שהמערער הבין שהיא מסכימה. עם זאת... מקריאת הפרוטוקול כולו עולה בבירור כי דבריה אלה של המתלוננת נמסרו בהיסוס רב ולאחר רצף של שאלות מתוחכמות וארוכות שנשאלה המתלוננת, לקראת סיומה של חקירה נגדית ארוכה ומתישה. עיון במכלול תשובותיה מלמד כי הלכה למעשה, מסרה המתלוננת כי היא **אינה יודעת** את התשובה לשאלה זו. תשובתה האחרונה, שלפיה יכול להיות שהמערער הבין שהיא מסכימה למעשים, איננה תשובה חד משמעית והיא עצמה מסייגת אותה. מכל מקום, עדות המתלוננת נוגעת אך למה **שבליבה של המתלוננת** פנימה. כידוע, לצורך התחקות אחר היסוד הנפשי אצל המערער יש להתחקות אחר **הלך רוחו ונפשו הוא**" (עניין רב"ט בר, פסקה 54).

62. הדברים נכונים ביתר שאת בכל הנוגע להתרחשויות בתוככי הרכב. מעשיו של המערער בוצעו **לאחר** שהמתלוננת הבהירה מפורשות, באופן **מילולי**, כי היא איננה מעוניינת לקיים יחסי מין עמו, כי היא לא רוצה "שזה יהיה ככה", ולאחר שהסבירה, כי מעשיו עד לאותו רגע, אשר כללו את כיפופה ואת חיכוך איבר מינו של המערער בישבנה (מעל המדים), היו אגרסיביים עבורה. זאת ועוד, המתלוננת הביעה את אי-רצונה בהמשך המעשים גם **בהתנהגותה**, שהרי עשתה את דרכה אל המושב הקדמי שברכב על-מנת לשוב אל היחידה. בהמשך, הגם שהמערער אמר לה לפשוט את חולצתה היא נמנעה מלעשות כן ופתחה רק חלק מהכפתורים (נציין, כי בניגוד לעדותה של המתלוננת, בית הדין קמא הסיק, כי פשטה את חולצתה), והמערער, כעולה מעדותה, הסיר את חולצתה מעליה באגרסיביות; בכל אותם שלבים ועד לסוף האירוע, לא התקיימה הדדיות במעשים: המתלוננת לא הביעה הנאה, לא נישקה את המערער בחזרה ולא הגיבה ברצון למעשיו. מעשיה הוגדרו, על-ידיה, ככניעה וכפאסיביים. למעשה, **חרף דבריה קודם לכן**, לא נמצא ולו בדל של ראייה לכך שהמתלוננת **הסכימה** שהמערער יניח את ידה על איבר מינו ויאונן באמצעותה. המערער לא בירר את הסכמתה, עובר לכניסה אל הרכב, והדברים מקבלים משנה תוקף לאחר שדקות ספורות קודם לכן, המתלוננת הבהירה כי אינה מעוניינת בהמשך המעשים המיניים ובשים-לב ל"קפיצת המדרגה" באשר לטיבו של המעשה האינטימי (ראו והשוו: עניין **רב"ט בר**, פסקה 72), אשר חרג מגיפופים ומנשיקות, בעוד השניים לבושים, למגע מיני מובהק בעוד הם עירומים. במיוחד, לאחר שהמתלוננת הבהירה קודם לכן, שאינה חשה בנוח עם ניסיונו של המערער להפשיטה או עם חיכוך איבר מינו בה. בשום שלב, לא בירר המערער מה פשר תחושת אי הנעימות שאחזה במתלוננת ותגובתו לאחר שציינה לפניו כי הוא אגרסיבי מדי – "אתן אוהבות את זה ככה" – מלמדת כי כלל לא התייחס אל המתלוננת ואל העדפותיה או רצונותיה, כאינדיבידואל.

63. כידוע, הלכה פסוקה היא, כי "אי-ההסכמה יכולה ללבוש צורות התנהגות שונות אך המשותף להן הוא המסר הברור שהאישה לא מעוניינת בכך. **עם העברת מסר זה יהיה בהמשך קיום יחסי המין משום עבירה פלילית חמורה**" (ע"פ 7951/05 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד סב(1) 710 (2007); עניין **אזולאי** לעיל עמוד 889). במצב דברים זה, אין בהמשך פעולת האוננות על-ידי המתלוננת, **לאחר** שהמערער עזב את ידה, כדי להשלים את החסר, בדיעבד ולהעיד על הסכמתה של המתלוננת למעשה **עובר** לתחילתו. לכל היותר, יש בכך כדי לתמוך בדבריה, כי נכנעה לרצונותיו וסברה כי ככל שתתמיד במעשה והמערער יבוא על סיפוקו המיני, יסתיים האירוע מהר יותר.

64. לאחר שהמתלוננת הבהירה כי אינה מעוניינת לקיים יחסי מין, כי הפשטתה והמגע באיבריה האינטימיים אינם נעימים לה וכי התנהגותו של המערער אגרסיבית מדי עבורה, בשים-לב ליתר הטעמים שפורטו, ובהם – התנהגותה הפסיבית, תגובותיה הכנועות, חוסר היוזמה והעדר ההבעה בפניה – כל אלה הצביעו באופן בולט על העדר הסכמתה והציבו בפני המערער תמרור אזהרה, שממנו בחר להתעלם באורח מופנך. לכל הפחות, יש לקבוע, כי הימנעותו של המערער מלברר עם המתלוננת האם היא מעוניינת בהמשך המגע המיני עימו, בהרחבתו וב"קפיצת מדרגה" לעבר מגע באיברים אינטימיים בעירום, **חרף ביטויים חוזרים ונשנים של העדר הסכמתה** – אינו מותיר ספק, בדבר אדישותו לסימנים אלו וקהות לבו באשר לבירור רצונה האמיתי של המתלוננת. כפי שפורט לעיל, האדישות לשאלת הסכמתה למעשים מיניים, תוך נטילת סיכון מודע לכך שלא קיימת הסכמה שכזו, מגבשת את הדרישה בחוק ל"עצימת עיניים", השקולה למודעות.

65. נוכח טיבם ומהותם של המעשים, אשר לא היתה מחלוקת כי נועדו לסיפוקו המיני של המערער, משנקבע על-ידי רוב השופטים, כי המערער היה מודע לטיב מעשיו ולנסיבות ביצוע העבירה – הרי שהוכחו יסודות העבירה. בהתאם, מורים רוב השופטים, על הרשעתו של המערער בפרט האישום הראשון, כמפורט לעיל (פסקה 5).

דעת השופט שבמיעוט

66. אף ששופט המיעוט קיבל כממצא של עובדה, כי המתלוננת לא הסכימה למעשיו של המערער החל מהשלב שבו החדיר את ידיו אל מתחת לחולצתה והמגע בחזה, סבר, כפי שנקבע אף על-ידי בית הדין קמא, כי נוכח התנהלותה הכוללת של המתלוננת במהלך חלק זה של האירוע, כפי שיבואר בהמשך, נותר ספק שמא לא היה המערער מודע להעדר הסכמתה של המתלוננת למעשיו או עצם עיניו מלראותו.

67. כידוע, שאלת ההסכמה לביצוע המעשה המיני והמודעות לה, צריכה, כאמור, להבחן על רקע כלל הנסיבות ובשים-לב לטיב היחסים בכלל ולאופי היחסים המיניים שנקמו בין מתלוננת לבין נאשם, בפרט. לדידו של שופט המיעוט, דווקא משום שמטרת הנסיעה לא הוגדרה; מאחר שהמגע המיני הראשון בין השניים, דהיינו נשיקותיו של המערער על לחייה של המתלוננת, התקבל בהסכמה מצידה, בשיתוף ובהדדיות; משלאחר מכן ביצעה המתלוננת פעולות אקטיביות אשר עשויות היו ללמד על הסכמתה לקיים מגע בעל אופי מיני עם המערער, דהיינו דבריה על רצונה להישאר עוד פרק זמן באזור התצפית, ישיבתה על ברכיו של המערער ועדותה בנוגע ל"להט הדדי" בעת שהתגנפו

ביושבם על הסלע – כל אלו, הביאו את שופט המיעוט לכלל דעה, כי נדרשה מצידה של המתלוננת אמירה ברורה **יותר** ביחס לשינוי עמדתה, או התנהגות מפורשת מצידה, המעידה על שינוי לבבות מצידה. לדעת השופט שבמיעוט היו אמירותיה של המתלוננת – בתחילה, והתנהגותה – בהמשך, נתונות למספר פרשנויות, לרבות פרשנות שעליה העיד המערער, כי נתן לדבריה, דהיינו: כי המגע "לא מתאים" או "לא נוח" – "כפשוטם", ולכן לא היה מקום לדרוש מן המערער לחדול **מכל** מעשיו לאלתר. שופט המיעוט קיבל את עמדת המערער, בהקשר זה, כי בשלב זה ניתן היה להניח שאמירות המתלוננת התייחסו לאי-נוחות ממיקום המעשים והיותם פומביים, ולא לעצם עשייתם בכלל. דווקא משום שהמדובר במגע המיני הראשון בין השניים, לא היה פסול, בנסיבות העניין, להוסיף לנסות ולשכנע את המתלוננת לבצע מעשים מיניים מסוימים, תוך הפסקת ניסיונות אלו, בהתאם לתגובותיה. ידוע, בהקשר דומה, כי "ביחסי אישות ובהקדמות להם... תופס מקום גם **אזור דמדומים** בין הסכמה לאי-הסכמה, שגווניו כצבעי הקשת, כשפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם" (ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1), 302 (1993). בקבעו כך, בחן שופט המיעוט את רצף ההתרחשויות הרלוונטיות לפרט האישום הראשון והגיע לכלל מסקנה, שלפיה, נותר ספק, שמא אין לראות את המערער כמי שהיה מודע לאי-הסכמתה של המתלוננת למגע בה ב"אזור הסלעים" וזאת לאור עיתוי ביטויי העדר הסכמה ברורים מצידה של המתלוננת, ביחס להמשך המגע המיני עם המערער, אשר נאמרו אך **בסיום** המגע המיני באותו שלב ובטרם החלו לצעוד אל עבר הרכב, ורק בתגובה לאמירתו של המערער כי הוא מעוניין "להיות בתוכה", תגובה אשר גררה את הפסקת התחככותו של המערער במתלוננת **באופן מיידי**. לדידו של שופט המיעוט יש ללמוד מהתנהלות זו, כי נותר ספק, כפי קביעת בית הדין קמא, בשאלה האם היה המערער מודע, בשלב זה של האירוע, להעדר הסכמתה של המתלוננת והתעלם מרצונותיה.

68. למסקנה דומה הגיע שופט המיעוט גם ביחס להמשך ההתרחשות, בתוככי הרכב, וזאת לאור כניסתה של המתלוננת אל המושב האחורי ופתיחת כפתורי חולצתה, **מבלי שהמערער אילץ אותה לעשות כן**. שופט המיעוט לא ראה פסול בדבריו של המערער אל המתלוננת כי תעבור למושב האחורי ותסיר את חולצתה, לאור רצונו בהמשך המגע המיני, בין היתר, בשים-לב לכך שגם במהלך ההליכה המשותפת אל הרכב, לא הביעה המתלוננת חוסר הסכמה לחיבוקה מאחור על-ידי המערער והעידה על כי הלה לא השתמש בכוח כלפיה. משנאותה המתלוננת להמשיך ולשתף עימו פעולה, אף אם מלכתחילה לא חפצה בכך (שהרי פנתה בתחילה להתיישב במושב הקדמי של הרכב),

סבר שופט המיעוט, כי לא מן הנמנע שהמערער יכול היה לראות בהתנהגות זו, מעין הסכמה להמשך המגע המיני עמו. אשר על כן ובהמשך ישיר לכך, לא ראה שופט המיעוט לקבוע, כי היה מקום לדרוש מן המערער לברר את הסכמתה של המתלוננת להנחת ידה על איבר מינו, על מנת לבצע בו מעשה אונן. אף מהמשך מעשה האונן, לפרק זמן שאינו קצר, גם כשהרפה המערער אחיזתו בידה של המתלוננת, ניתן היה לשגות ביחס להסכמתה של המתלוננת למגע המיני עם המערער. לפיכך, אף ביחס להמשך המגע המיני בתוככי הרכב, לא ראה שופט המיעוט לצרף דעתו למסקנתם של רוב השופטים ולו דעתו היתה נשמעת היה מותיר את הכרעת-דינה של הערכאה קמא על כנה, ביחס לפרט האישום הראשון.

פרט האישום השני

דעת רוב השופטים

69. כאמור, לדידה של התביעה, משניתן אמון בעדותה של המתלוננת, כפי שמצא בית הדין קמא לעשות, היה על בית הדין לקבוע, עובדתית, כי לאחר שהמערער אחז בראשה של המתלוננת וקירבו לאיבר מינו, מיאנה המתלוננת לפתוח את פיה, חרף חיכוכו באיבר מינו, עד אשר התרצתה לבסוף. נטען, כי עובדות אלו מצביעות על העדר הסכמתה למעשה ולא מותירות ספק כי המערער כפה על המתלוננת לבצע בו מין אוראלי בניגוד לרצונה. במצב דברים זה, סבורה התביעה, כי יש לקבוע שמעשיה של המתלוננת בביצוע מין אוראלי במערער, נעשו בניגוד לרצונה של המתלוננת, נוכח התנהגותו האגרסיבית של המערער והתעלמותו מסירובה, מתוך פחד וחוסר אונים. הוסיפה התביעה וטענה, כי שקריו של המערער בהקשר זה, צריכים היו ללמד על מודעותו לאי-הסכמתה של המתלוננת למעשים ולפיכך, אין בהתנהלותה של המתלוננת בהמשך האקט המיני, כדי לסייע למערער, אשר לא עמד על הסכמתה לו, טרם החל בו.

70. המתלוננת העידה כי לא חפצה לבצע במערער מין אוראלי. לכן, כאשר הוא קרב את ראשה לאיבר מינו היא חשקה פיה וסירבה לפתחו (עמוד 40 שורה 3 ואילך). לדבריה, גם בהתנהגותה באופן כללי, ניכר חוסר רצונה במעשה: "לא היה שום פלירטוט או משהו שכן רצה וכן נשען ולא היה כלום בגוף שלי שאמר לו שאני כן רוצה... כל השפת גוף שלי הראתה שאני לא רוצה, זה חלק מההתנגדות... פשוט מישהו הוריד לי את הראש לאיבר המין שלו, מחכך את איבר מינו בשפתיים שלי" (עמוד 40 שורה 6 ואילך). לדבריה, גם

משנכנעה ופתחה את פיה, לא נותרה לה ברירה משום שבמהלך כל האקט האמור, ידו האחת של המערער הונחה על ראשה בעוד ידו האחרת על גבה (עמוד 27 שורה 29 ואילך; עמוד 53 שורה 19 ואילך). עוד לדבריה, רק בעיצומו של המין האוראלי נשאלה על-ידי המערער אם היא נהנית ובחרה להשיב בחיוב, שכן חששה להשיב תשובה שלא תמצא חן בעיניו (עמוד 27 שורות 5 ואילך; עמוד 38 שורות 30 ואילך). כך גם ביצעה את הנחיותיו במהלך האקט המיני עצמו (עמוד 41 שורה 1 ואילך). מטעם זה אף נאותה להרים את האגן, כאשר ביקש המערער כי תתפשט, על אף שהנידה ראשה לשלילה (עמוד 45 שורה 6 ואילך). לדברי המתלוננת חשה חסרת אונים ובמעשיה ניסתה להגן על עצמה.

71. בית הדין המחוזי, כאמור, קבע כי נותר ספק שמא המערער לא היה מודע להעדר הסכמתה של המתלוננת לביצוע מין אוראלי בו. קביעה זו נסמכה על חמש הנמקות, אותן יש לבחון, כסדרן. ודוקו: משהמדובר בהתערבות במסקנות שמקורן בהיגיון, בשכל הישר וביישום הדין, רשאית ערכאת הערעור להתערב בהן, ככל שאלו לא יעמדו במבחן הביקורת (ראו והשוו: עניין **קרקבדוס**, והפסיקה המוזכרת שם, בעמוד 22).

72. בית הדין קמא קבע, כי "תיאורים מסוימים שצוינו בכתב האישום בדבר כך שהנאשם אילץ את המתלוננת לבצע בו מין אוראלי לא צוינו בעדותה של המתלוננת". כך נעדרו מעדותה תיאורים לגבי מתן סטירות לישבנה וקיומו של בכי חרישי כתגובה למעשים. בכל הכבוד, אין בהנמקה זו, כדי לסייע למערער. משקבע בית הדין קמא, כי הוא נותן אמון בעדותה של המתלוננת, אזי היה עליו לחפש אחר ה"יש" שבעדותה, לקבוע ממצאי עובדה פוזיטיביים לגביהם וליישם את הדין על העובדות שנקבעו. משצוין בית הדין, באותה פסקה ממש, כי המתלוננת מסרה שמעשהו של המערער היה "כוחני", היה עליו לבאר מה המשמעות של כוחניות זו ביחס למעשה הנטען. בדומה, במסגרת אותה הנמקה, היה עליו להידרש לעובדה נוספת שעלתה מעדותה של המתלוננת – אחיזת ראשה והובלתו על-ידי המערער אל עבר איבר מינו.

73. בית הדין המחוזי ביסס את הספק שנוותר ביחס למודעותו של המערער גם על כך ש"המתלוננת אישרה כי הנאשם שאל אותה אם ביצעה מין אוראלי בעבר והיא השיבה בחיוב וכן שאל אותה אם היא נהנית מהמין האוראלי וגם השיבה בחיוב או הנהנה ראשה בחיוב. כן אישרה המתלוננת לנאשם שהיא חפצה שהוא יגיע לפורקן, לשאלתו". בד בבד, קבע, כי המתלוננת ביצעה את הוראותיו של המערער וכי "ידו היתה על ראשה", ומכל מקום, בית הדין קמא לא התייחס בהכרעת-דינו לעיתוי שבו נשאלה המתלוננת שאלות אלו, לנסיבות ההתרחשות כולה ולמשמעות הניבטת מאחיזת ראשה של המתלוננת משך כל האקט האמור. משנתקבלה עדותה, שלפיה, תשובותיה ביחס

לרצונה, כי יגיע לסיפוק מיני וכן ביחס להנאתה מהאקט נמסרו (במלל או בהנהון) רק **במהלכו** של האקט ולא **עובר לו**, ואף לאחר שבשתי הזדמנויות דחף המערער את איבר מינו לעומק גרונה של המתלוננת באופן שנחנקה והפסיקה את המעשה, והמערער אחז שוב בראשה וחדש את המעשה, אין אלא לקבוע, כי אין בין תשובותיה של המתלוננת לבין הסכמתה למעשים ולא כלום. ואף זאת ראו רוב השופטים לציין, כי לשאלתו של המערער באשר לרצונה שיגיע לסיפוק מיני קדמה הערה אחרת מצדו של המערער, אשר עסקה בכך שאיבר מינו אמור להיות בין רגליה ולא בפיה. בנסיבות אלו, נוכח דבריה של המתלוננת, כי היתה בתולה וחששה מפני קיום יחסי מין עם המערער, בשים-לב לממצאי המהימנות בעניינה, יש ממש בטענתה כי פחדה שמא יממש המערער את זממו ולפיכך, העדיפה כי יבוא על סיפוקו בדרך של מין אוראלי. נוכח בהירות הסיטואציה, העולה מתיאוריה של המתלוננת את שהתרחש, ראוי להביאה בלשונה:

"הוא לקח את הראש שלי, נתן לי נשיקה והוריד את הראש שלי לאיבר המין שלו ואמר לי 'תמצצי לי', הוא לקח את האיבר מין שלו וחיכך אותו בין השפתיים והיד שלו הייתה על הראש שלי ואני לא ידעתי איך להגיב או מה לעשות, הוא מחכך את האיבר מין שלו בשפתיים שלי, בסופו של דבר אני פותחת את הפה, מבצעת את האקט לכמה דקות והוא מעודד אותי... והיד שלו על הראש שלי עדיין, יד אחת על הראש ואחת על הגב, באיזה שהוא שלב הוא אומר לי את יודעת איפה זה אמור להיות? בין הרגליים שלך, משהו כזה, בשלב מסויים הוא פשוט עם היד שלו על הראש שלי הוא מרים את עצמו ודוחף ממש את עצמו לתוך הגרון שלי... הוא דוחף ואני נחנקת ואני מרגישה שעוד שניה אני מקיאה ואז הרגשתי שאני עומדת להקיאה והעלתי את הראש כדי לנשום והוא החזיר לי אותו בחזרה ואמר לי להמשיך למצוץ, והוא עוד פעם עשה את זה, הוא דחף את עצמו לתוך הגרון שלי ועד פעם נחנקתי, ואז הוא שאל אותי אם אני רוצה שהוא יגמור? עניתי לו שכן כי בסך הכול רציתי שנחזור לאוגדה ואמרתי שאם הוא יגמור אז לא יהיה לו יותר מה לעשות ופשוט נלך לאוגדה... ואז הוא אמר לי בעצם לפתוח את המכנסים, אמרתי לו שאני לא רוצה" (עמוד 15 שורה 17 ואילך).

בהקשר זה יפות אף קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין **וקנין הנ"ל**:

"גם עדותו של המערער בדבר שאלתו את המתלוננת האם ניתן לסיים את האקט המיני תוך כדי חדירה ותשובתה בענין זה, אינן מהותיות ליצירת ספק בדבר היעדר הסכמתה למעשה... גם אם נצא מתוך הנחה כי שיחה כזו אכן נתקיימה בין המערער למתלוננת תוך כדי המעשה המיני, אין הדבר

שולל מינייה וביה את אלמנט אי ההסכמה למעשה המיני. המתלוננת, באישיותה החלשה, הפאסיבית והבלתי מתעמתת, התנהגה כמי שהקשר המיני נכפה עליה, ולא התמודדה כנגדו. בנסיבות אלה, גם אם נשאלה שאלה כזו והשיבה לה בחיוב, תשובה זו עשויה להשתלב בפאסיביות שאפיינה את התנהגותה, שהצביעה על כניעה וחוסר אוניס, ואין בה כדי להעיד על יחסי מין בהסכמה" (שם, פסקה 61).

74. לבסוף, קבע בית הדין קמא, כי "המתלוננת לא היתה חד משמעית בתשובתה לשאלה האם השיבה בשלילה לדברי הנאשם שתוריד את מכנסיה בעת המין האוראלי ולא זכרה מי פתח את המכנסיים בפועל, ובכל מקרה אישרה שהרימה את האגן בכדי לאפשר את הורדתם". גם הנמקה זו מעוררת קושי לדידם של רוב השופטים, הן מן הבחינה העובדתית והן ביחס למשמעות שביקש בית הדין ללמוד מן העובדות שפורטו. תחילה יובהר, כי כפי שפורט בדיון ביחס לערעור ההגנה כנגד הרשעתו של המערער בעבירה שיוחסה לו בפרט האישום השלישי, נקבע על-ידי בית הדין קמא, כי המתלוננת הביעה באופן מילולי וברור את התנגדותה להפשלת מכנסיה (ובשום מקום לא צמצמה את התנגדותה להחדרת איבר מינו של המערער לאיבר מינה). נוכח זאת, לא ניתן לקבל את קביעת בית הדין שלפיה, בהקשר זה, המתלוננת לא היתה "חד משמעית". למעשה, עסקינן בקביעות עובדתיות סותרות. ויודגש, לאחר עיון בכל חומרי החקירה ופרוטוקול העדויות, כי קביעתו של בית הדין קמא שלפיה אמרה המתלוננת למערער שהיא אינה רוצה להסיר את מכנסיה, מבוססת היטב בתשתית הראייתית ומתיישבת עם ממצאי המהימנות שנקבעו.

75. אמנם, כבר נפסק, כי יכול שיהא פער בין התנגדות מילולית מוקדמת למסר שעובר בהתנהגות מאוחרת, המלמדת על שיתוף פעולה דווקא, באופן שעשוי להותיר ספק בדבר מודעותו של הנאשם לסוגיית ההסכמה (ראו למשל: ע"פ 252/99 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 88 (1999)), ואולם בנסיבות המקרה שלפנינו, אין לראות בכניעתה של המתלוננת ובחוסר האוניס שלה משום הסכמה. זאת ועוד, בנסיבות המקרה דנן, לא ניתן להסתייע בפעולה שבוצעה בסיומו של האקט המיני האמור, כראייה לביסוס מודעותו של המערער להסכמת המתלוננת בתחילתו. לאור קביעתה של הערכאה קמא בעניין זה, אין אלא לשוב ולהזכיר מושכלות יסוד בכגון דא:

"הדרישה כי נאשם שבלבו התעורר חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי-מין עמו יברר את הסכמת האישה **עובר** למגע המיני, אינה דרישה מוגזמת. הגבר

והאישה נמצאים יחדיו, ומה יותר קל מלברר את רצונה של האישה, אלא אם הגבר מעדיף שלא לדעת" (עניין אזולאי, עמוד 897).

76. נוכח קביעות אלו, יש לקבוע, כי לא רק שהוכח שהמתלוננת לא הסכימה לבצע במערער מין אוראלי, אלא שהמערער אף היה מודע לכך או, לכל הפחות, עצם את עיניו ונמנע מלברר את אי-הסכמתה על חשדו בעניין. מסקנה זו מתחייבת בנסיבות העניין הן מכך שהמערער לא בירר עם המתלוננת את רצונה, לאחר שזו הביעה, קודם לכן, את העדר הסכמתה להמשך המגע המיני עימו באופן גלוי; הן מכך שהמתלוננת בתחילת האקט הנוכחי קפצה את פיה ומיאנה לאפשר למערער להחדיר לתוכו את איבר מינו, באופן המלמד במובהק על התנגדותה, ובאופן שחייב את המערער לחכך את איבר מינו בפיה עד שנתרצתה; הן מכך שאחז בראשה במשך כל האקט המיני, ללמד כי ווידא שלא תחדל מן המעשה בטרם עת; והן מכך שהבהירה כי היא אינה מעוניינת לקיים עמו יחסי מין. המערער התעלם מדבריה של המתלוננת במופגן, אמר כי איבר מינו צריך להיות בין רגליה ואף ניסה להפשיטה, משלא הגיע לסיפוקו המיני מביצוע המין האוראלי בלבד. אשר על כן, משביצע המערער במתלוננת, שלא בהסכמתה, מעשה סדום, ועצם עיניו ביחס לאי-הסכמתה בנושא, לא היה מקום לזכותו מפרט אישום זה, ורוב השופטים מורים על הרשעתו.

דעת השופט שבמיעוט

77. אף ביחס לפרט אישום זה סבר שופט המיעוט, כי אין להתערב במסקנות בית הדין קמא, אשר קבע כי נותר ספק באשר למודעותו של המערער להעדר הסכמתה של המתלוננת לבצע בו מין אוראלי. שופט המיעוט קיבל אמנם את הקביעה העובדתית, שלפיה בתחילת האקט, סגרה המתלוננת את פיה, אך סבר כי משעה שהמערער לא נתבקש על-ידי התביעה להתייחס לנתון זה, לא עלה בידי התביעה הצבאית לבסס את מודעותו לעובדה זו ולמשמעויות הברורות הנלוות לה.

78. שופט המיעוט בחן את כלל העובדות העולות מתיאורה של המתלוננת, באשר למהלך האירוע ובתוך זאת: גרסתה, כי לא בכתה בתגובה למעשים, בניגוד למפורט בכתב האישום; האופן שבו מילאה אחר הוראותיו של המערער באשר לביצוע המין האוראלי בו; "אישרה כי הנאשם שאל אותה אם ביצעה מין אוראלי בעבר והיא השיבה בחיוב וכן שאל אותה אם היא נהנית מהמין האוראלי וגם השיבה בחיוב או הנהנה

ראשה בחיוב. כן אישרה המתלוננת לנאשם שהיא חפצה שהוא יגיע לפורקן, לשאלתו; ואף לא שללה את האפשרות כי במהלך המין האוראלי הביעה גילויי הסכמה נוספים למגע המיני, עת יתכן שהרימה את האגן ואפשרה את פתיחת מכנסייה והורדתם. במצב דברים זה, ובהעדר ביטוי גלוי להעדר הסכמתה לביצוע המין האוראלי, סבר שופט המיעוט כי קביעות בית הדין קמא מוצאות עיגון בחומר הראיות שהובא לפניו ולפיכך, אין מקום להתערב במסקנתו של בית הדין המחוזי שהינה סבירה בנסיבות העניין.

79. מסקנה זו של שופט המיעוט אין בה כדי לשנות ממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה קמא. עם זאת, סבר שופט זה, כי "מתעורר במקרה שלפנינו ספק אם לא נתקיים בשלבים הרלבנטיים של האירוע פער בין התבטאויותיה של המתלוננת לבין התנהגותה, ספק הגורר אחריו ספק נוסף לגבי מודעותו של המערער לכך שהמתלוננת לא הסכימה לקיים עימו יחסי מין" (עניין **ביטון** הנ"ל, עמ' 94-95). לדידו של שופט המיעוט אף אין להסיק לענייננו מעניין **טייב** הנ"ל, משהמדובר בסיטואציות עובדתיות שונות בתכלית. בעוד שבעניין **טייב** נקבע, כי הנאשם ניצל את האמון שנתנה בו המתלוננת, אשר "לא הוכנה כלל לקראת הצפוי לה. היא... נתנה בנאשם אמון מלא, והאמינה שהוא רק מבצע בה טיפול פיסיותרפי. במסגרת הטיפול היא הפקידה את גופה בידי הנאשם, והשילה מעליה את 'מנגנוני ההגנה' הטבעיים המלווה אדם בבואו במגע עם זרים... האקט עצמו ארך פרק זמן **קצר ביותר**. בפרק זמן זה לא הספיקה המתלוננת לעכל את המתרחש ולהגיב תגובה מתאימה", הרי שבענייננו, כוונתו המינית של המערער היתה גלויה עוד קודם לכן, ובמהלך האקט המיני ביצעה המתלוננת מספר לא מבוטל של פעולות אקטיביות, כגון פתיחת כפתורי חולצתה, מעשה אונן ומין אוראלי במערער, לפרק זמן שאינו קצר, באופן המותיר ספק, כפי קביעת הערכאה קמא, באשר למודעותו של המערער להעדר הסכמתה לביצוע מעשים אלו, או לקיומו של חשד בדבר אי-הסכמה שכזו. שופט זה מאוחד בדעתו עם רוב השופטים, כי תיאורה של המתלוננת את שהתרחש גם בשלב זה וגם בקודמו (פרט האישום הראשון) מהימן, וכאמור, שוכנע כי המתלוננת לא רצתה בהמשך המגע המיני. יחד עם זאת, ראה לתת דגש לצורך בהבעה ברורה וחד משמעית ל"שינוי הלבבות" וסבר כי לא עלה בידי התביעה להוכיחה מעבר לספק סביר, ולפיכך, ראה לקבל את עמדת ההגנה גם ביחס לפרט אישום זה.

פרט האישום הרביעי

80. ביחס לפרט האישום הרביעי, ביקשה התביעה הצבאית, כי נאמץ את דעת המיעוט שבהכרעת הדין, על נימוקיה. נטען, כי שגו רוב שופטי הערכאה קמא, אשר לא התייחסו

בהנמקתם לכך שעובר לביצוע המעשים אשר בבסיס פרט אישום זה, ביטאה המתלוננת את חוסר רצונה בהמשך המגע המיני וכי לא היה ביטוי לשינוי לבבות מצדה, טרם האקט האמור.

81. המתלוננת העידה, כי עוד טרם התיישבה במושב הקדמי של הרכב, היא הכניסה את חולצת המדים לתוך מכנסיה, סידרה את המדים וסגרה את חגורת המכנסיים (עמוד 16 שורה 23 ואילך; עמוד 59 שורה 12 ואילך). בשלב זה סברה לתומה כי ייסעו בחזרה לאוגדה. דא עקא, שהמערער נכנס אל המושב הקדמי כשמכנסיו פתוחים ואיבר מינו שלוף, שב ואחז בראשה וקירבו אל איבר מינו, הגם שלא עשה כן באגרסיביות. המתלוננת החלה לבצע במערער מין אוראלי. היא אישרה שפעלה במרץ על-מנת שהמערער יגיע לסיפוק מיני, וייחלה לכך שהמעשים יפסקו והם ישובו ליחידה (עמוד 49 שורה 12 ואילך). כפי שפורט לעיל, במהלך האקט שאל אותה המערער "מי את?", והמתלוננת השיבה "הזונה שלך". אז הוסיף ושאל: "נכון שאת מגיעה אלי לחדר היום?" ומשנענה בחיוב, המשיך ושאל: "כי מה את צריכה לקבל?" והמתלוננת השיבה: "זין". המתלוננת פירטה, כי השיבה באופן האמור מתוך תחושת חוסר אונים ורצונה לרצות את המערער. לאחר זמן מה בא המערער על סיפוקו בפיה של המתלוננת, לא לפני שהודיע לה על כך, ועל אף שהנידה ראשה לשלילה, ללא הועיל, ומבלי שהותיר לה ברירה (עמוד 60 שורה 23 ואילך). אז שאל המערער את המתלוננת: "מה יש לך?" והאחרונה השיבה "עייפת אותי" (עמוד 17 שורה 4), והביטה בו ב"הבעה של גועל בפה והסתכלתי מחוץ לחלון ואז הוא עצר ונבהלתי, אבל הבנתי שהוא רוצה שאני [א]עבור למושב האחורי... אז התחבאתי במושב האחורי... ובקושי יכולתי לדבר, בקושי יכולתי להגיב, הרגשתי כמו סמרטוט" (עמוד 16 שורות 35 ואילך).

82. המערער נדרש להסביר מדוע המשיך במעשיו המיניים לאחר שהמתלוננת כבר הבהירה לו, לאורך כל האירוע, כי היא אינה מעוניינת בהם. מפאת חשיבות הדברים נביא בהרחבה מתשובתו:

"נ: היא לא רצתה שאני אנשק לה את החזה, בסוף היא פתחה את החולצה. בין לבין מה קרה? התנשקנו נכון? היא הלכה בעצמה ופתחה את החולצה. ברכב מאחור בספסל התנשקנו. האם אני הורדתי לה בכוח את המכנסיים? האם אני איימת עליה? היא הורידה בעצמה את המכנסיים. לאחר מכן שהיא לא רצתה לשכב איתי היא יודעת להגיד שהיא בתולה ושהיא מפחדת. היא אומרת את זה ופה זה נעצר. אתה שואל אותי למה אתה מנסה עוד הפעם האם אתה מנסה את מזלך? יכול להיות, לא יודע, באותו רגע התנשקנו,

התמזמזונו, שאלתי... אמרתי לה תוריד את המכנסיים. היא הורידה את המכנסיים. אני בא לשכב איתה והיא **אומרת לי שהיא לא רוצה ופה זה נפסק**. אני מרגיש שהיא ביישנית אבל היא מתנשקת איתי, עושה איתי הכל, מבצעת בי מין אוראלי, פותחת את החולצה שלה ברכב שלי ואני מבין מכל זה שהיא כן רוצה אולי היא חוששת מלשכב... האם אפשר להגיד שניסיתי את מזלי, יכול להיות. אחרי זה התנשקנו והיה לנו מגע, הורידה, **לא רצתה, זה הפסיק**... למה עוד פעם? אני לא יודע הרגשתי משיכה הדדית, **אם היה שלב שבו היא הייתה אומרת לי שהיא לא רוצה להתנשק איתי או להתחבק איתי... היא לא אמרה את זה**. היא הייתה יכולה ללכת. אנחנו רואים פה **שהיא לא רוצה זה לא קורה**. אנחנו רואים כל פעם **שהיא אומרת שהיא לא רוצה זה לא קורה**, אם את לא רוצה אז למה הורדת את המכנסיים?

אב"ד: למה אתה עשית את זה פעם נוספת ולא שואל את דעתה פעם נוספת? אתה אומר לה להוריד את המכנסיים ואתה לא מפנה שום שאלה בהקשר הזה כשהיא אומרת שהיא לא רוצה לשכב

נ: אין לי תשובה, התנשקנו, זרמנו, אבל אני לא הרגשתי בשום שלב שהיא לא רוצה להיות איתי. אם היא לא רוצה לשכב איתי אין בעיה... **ברגע שהיא אומרת לי שהיא לא רוצה לשכב איתי זה נפסק**" (עמוד 122).

83. דא עקא, שחרף דבריו של המערער – המעשים לא פסקו. הם לא פסקו כשהמתלוננת אמרה שהיא מתביישת ולא נעים לה; הם לא חדלו כשאמרה שהיא בתולה ואינה מעוניינת בקיום יחסי מין עימו; הם לא הסתיימו כאשר נחנקה, פעמיים, בעת שהחדיר את איבר מינו לפיה ואחז בראשה; הם לא הופסקו, כאשר יצאה מהרכב התלבשה, נראתה מבוהלת ואף הסבירה, לשאלת המערער, שהיא עייפה ורוצה לשוב אל היחידה וש"זה היה יותר מדי" עבודה; הם לא הסתיימו גם כאשר התלבשה פעם נוספת, לאחר שהמערער הפשיל את מכנסיה והתחכך בה, והתיישרה במושב הקדמי של הרכב, על-מנת שיוכלו לנסוע לבסיס. לא זו אף זו, המערער גרס, כי המתלוננת "לא אמרה את זה" שהיא אינה רוצה עוד במגע עימו, אך כפי שהוכח בפני בית הדין קמא, המתלוננת הביעה אי-הסכמה להמשך המגע הן במלל והן בהתנהגות, במספר הזדמנויות, באופן אשר גרר אף שאלות מצדו של המערער, באשר לבהלה שאחזה בה נוכח מעשיו. בירור זה שערך המערער, באשר לפשר סירובה ופשר התנהלותה, מלמדנו היטב, כי המערער היה מודע להם. לדאבון הלב, התעלמותו המופגנת של המערער מרצונה של המתלוננת, פעם אחר פעם, הביא לכדי שבירת רוחה, באופן שהיתה מוכנה לבצע בו מין אוראלי פעם נוספת ובלבד שיבוא על סיפוקו ויניח לה. כפי שנפסק, אין במעשיה של המתלוננת כדי ללמד על

הסכמתה, אלא על כניעה ושבירה. במצב דברים זה, שוכנענו, כי מסקנת רוב השופטים בבית הדין קמא, שלפיה מתעורר ספק לגבי אשמתו של המערער, משלא ניתן לקבוע כי היה מודע להעדר הסכמתה של המתלוננת לבצע בו מין אוראלי או נמנע מלברר חשד ממשי שעלה בלבו לעניין הסכמתה – אינה יכולה לעמוד.

84. כאמור, רוב שופטי הערכאה קמא נאחזו במסקנתם זו בקביעה שלפיה "המתלוננת לא ביטאה בשלב זה את אי הסכמתה, בכל דרך שהיא... אלא ההפך – היא ביצעה בנאשם מין אוראלי 'במרץ', כדבריה, בכדי שיגיע לפורקן, וניהלה איתו 'שיח' בעת ביצוע המין האוראלי". ואולם, כבר עמדנו לעיל על כך שחלוקת האירוע לשלבים ובחינת ההתרחשות בכל שלב ושלב בנפרד ובמנותק מהאירוע בכללותו, אינה מתיישבת עם ניסיון החיים או עם הגיונם של דברים והיא מלאכותית. פשיטא, כי התנהגותו האגרסיבית והדורסנית של המערער כלפי המתלוננת ואדישותו כלפי רצונה, לאורך האירוע בכללותו, השליכו באופן ישיר הן על התנהגותה של המתלוננת אף בחלק זה של הדברים, והן משליכות, באופן טבעי, אף על בחינת מודעותו של המערער להעדר הסכמתה להמשך המעשים. כך למשל, לא היה חולק על כי המתלוננת הבהירה למערער כי היא בתולה וכי אינה רוצה לקיים עימו יחסי מין. רוב השופטים בערכאה קמא, אשר הפרידו באופן מלאכותי בין שלבי האירוע, לא נתנו דעתם, בעת קביעת מסקנותיהם, **לתוכנו** של הדיאלוג שהוחלף בין המערער למתלוננת, להבדיל מעצם קיומו של "שיח" שכזה. בחינה של תוכן השיחה מלמדת כאלף עדים על התעלמותו הברורה של המערער מדבריה של המתלוננת ועל אדישותו לרצונותיה. ובמה דברים אמורים? תוך כדי ביצוע המין האוראלי וידא המערער עם המתלוננת שתגיע לחדרו עוד באותו הערב על-מנת לקיים עימו יחסי מין מלאים. לדאבון הלב, אמירה זו של המערער מקפלת בתוכה ניצול מצוקתה של המתלוננת, שוויון נפש כלפי רצונותיה וביטול הערכים המוגנים ביסוד עבירות המין ובהם – חופש הבחירה ואוטונומיית הרצון על הגוף. נוכח כך, לא בכדי, גרס המערער שאינו זוכר את שאמר למתלוננת באותו הרגע (עמוד 118 שורה 5 ואילך), שכן הדברים מדברים בעד עצמם ומצביעים על קהות חושים של ממש. בכל מקרה, אין חולק, כי אף בשלב זה, המערער לא שב לברר עם המתלוננת מה רצונה, בטרם הניח ידו על ראשה וקרבו לעבר איבר מינו ואף לא לאחר מכן, כשביצעה בו מין אוראלי. באותה עת, נוכח השתלשלות העניינים והדברים שהוחלפו ביניהם, לא הייתה לפני המערער כל אינדיקציה לכך שהמתלוננת מסכימה להמשך המגע המיני, נהפוך הוא! גם כאשר הגיע לפורקן בפיה – לא בירר את רצונה בכך ואף לא שעה למנוד ראשה לשלילה, בסמוך לפני כן. בנסיבות אלו, סברנו, כי מתאימים לענייננו קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין

טייב הנ"ל. באותו מקרה אמר הנאשם למתלוננת לבצע בו מין אוראלי, שלף את איבר מינו בקרבת ראשה וזו צייתה להוראתו וביצעה את מבוקשו עד אשר הגיע לסיפוק מיני. בית המשפט העליון דחה את טענתו של הנאשם, שלפיה לא היה מודע להעדר הסכמתה של המתלוננת לביצוע אקט זה, מאחר שזה בוצע בפועל על-ידה. וכך נקבע:

"יתכן מאוד כי בעת התרחשות הפעולה המינית האקטיבית, שהייתה קצרה ביותר, 'עצימת העיניים' הייתה מסוג של 'חלל תודעתי', 'חלל הכרתי' או אי-אכפתיות, משום שיצרו של הנאשם בשלב זה התגבר עליו. אפשרות זו גם מתיישבת היטב עם ממצאיו של בית המשפט המחוזי, אשר ציין: 'אנו סבורים כי כשציווה הנאשם על המתלוננת למצוץ את איבר מינו, הוא לא התעניין כלל ברצונה או בהסכמתה. כל עניינו היה בסיפוק יצרו המיני המיידית' (שם, פסקה 34).

85. נוכח המפורט דלעיל, משביצע המערער במתלוננת, בניגוד לרצונה, מעשה סדום, שעה שלא קיבל הסכמתה לכך ולכל הפחות עצם עיניו מלראות את העדר הסכמתה ולא בירר חשד זה, הרי שראינו לקבל את דעתו של שופט המיעוט שבערכאה קמא, אשר קבע לעניין זה, כי לא היה מקום להשקיף על חלק זה של האירוע במנותק מרצף ההתרחשויות והפגיעה הקודמת במתלוננת. עוד קבע שופט זה כי "ככל שהתקדם האירוע, הלך ותש כוחה של המתלוננת, עד כדי כך שהפכה לכלי של ממש בידי הנאשם, כלי ש'נענה' לרצונו לבצע בו מין אוראלי רק מכוח הנחת יד על ראשה... אין תמה אפוא שהמתלוננת 'רצתה' שהנאשם יגיע לפורקן נוכח חששה שיבולע לה ומעשיו יחמירו עוד יותר. מנגד, ככל שהתקדם האירוע, היה הנאשם מודע יותר ויותר לאי הסכמתה של המתלוננת וגם להיותה שברירית, וכל חפצו היה להגיע לפורקן מבלי לראות את המתלוננת כישות בפני עצמה... במצב דברים זה, היה עליו לברר את רצונה של המתלוננת ולוודא את הסכמתה, כאשר הוא בעצמו ראה קודם לכן שהיא מבוהלת, והוא לא עשה כן". הננו מורים אפוא, פה אחד, על הרשעתו של המערער גם בפרט האישום הרביעי.

סוף דבר

86. כאמור לעיל, ערעור ההגנה נדחה פה אחד.

87. ערעור התביעה מתקבל ברוב דעות ביחס לפרטי האישום הראשון והשני, ומתקבל פה אחד ביחס לפרט האישום הרביעי. לפיכך, מורשע המערער בפרט האישום הראשון, שעניינו מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין ובפרטי האישום השני והרביעי, שעניינם מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין. הרשעתו של המערער בפרטי האישום השלישי, השישי והשביעי וזיכויו מפרט האישום החמישי, נותרים על כנם.

88. עולה מן המקובץ, כי המערער מורשע בעבירות משמעותיות נוספות. משהשתנו היקף המעשים שבהם הורשע המערער וטיבם, מתחייבת בחינה מחודשת של עונשו. על-מנת שתשמר לצדדים זכות הערעור בעניין, **מצאנו להורות על החזרת התיק לבית הדין המחוזי לשמיעת טיעונים לעונש**, לאחר בחינת הצורך בהערכת מסוכנות עדכנית ולגזירת עונשו של המערער.

ניתן והודע היום, ד' בחשוון התשע"ח, 24 באוקטובר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט	שופטת	המשנה לנשיא
למקור	נאמן	העתק
מכני	קורל	סגן
בית	קצינת	תאריך: _____
		חתימת המגיה: _____
		הדין