



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

**אלוף דורון פיילס - הנשיא**

בעניין:

**ח/XXX טוראי ש' ש' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד שגיא גרינפלד; עו"ד גיל גבאי;  
עו"ד יהונתן דנה)**

**נגד**

**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן אליסף מלמד; סרן מיה פישר-  
ברזילי; סרן טל עקירב)**

ערעורים על החלטות של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האוויר שניתנו  
בתיק ח"א (מחוזי) 253/18 (רס"ן ענת שחר-ויינברג – שופטת) ביום 31.7.2018 וביום  
22.10.2018. הערעורים התקבלו.

וכן בקשה לשינוי מקום מעצר פתוח. הבקשה נדחתה.

### החלטה

1. לאחר ששמעתי בהרחבה את טיעוני הצדדים, ועיינתי באופן מעמיק בחומר הראיות,  
אני מוצא לקבל את ערעור ההגנה ולהורות כי המערער ישוחרר למעצר פתוח עד תום  
ההליכים המשפטיים בעניינו.

2. משנמסר, כי המתלוננת עודה משרתת במפקדת חיל האוויר במחנה רבין, ישהה  
המערער במעצר עד תום ההליכים בעניינו ביחידה אחרת של חיל האוויר.  
קצינת בית הדין תפנה מייד לאחר מתן החלטה זו לרמ"ח חות"ם בלהק כוח אדם בחיל  
האוויר, אשר מתבקש לבדוק ולהודיע **עוד היום** באיזו יחידה ישהה המערער במעצר  
פתוח.

3. מודגש, כי כחלק מתנאי השחרור נאסר על המערער או על מי מטעמו, ליצור קשר עם המתלוננת או עם מי מעדי התביעה, במישרין או בעקיפין, בעל-פה, בכתב או באמצעות מדיה אלקטרונית.
4. בקשות לחופשה או ליציאה ממקום המעצר הפתוח לצורך מפגש עם סנגוריו תוגשנה על-ידי המערער לבית הדין קמא.
5. פרטיו המזהים של המערער ייאסרו לפרסום עד מתן הכרעת הדין בעניינו בבית הדין קמא, שאז יידרש בית הדין קמא לעניין.
6. בשים-לב לרוחב יריעת הטיעונים והראיות, ובכדי לא לעכב את שחרור המערער, החלטה זו ניתנת ללא נימוקים. הנימוקים יועברו לצדדים בהקדם.
- ניתנה היום, כ"ט בחשוון התשע"ט, 7 בנובמבר 2018, בפומבי ובמעמד באי-כוח הצדדים. המזכירות תעביר ההחלטה לרמ"ח חות"ם בלהק כוח אדם בחיל האוויר.

אלוף	דורון	פיילס
נשיא	בית הדין	הצבאי
ל	ע	ר
ע	ר	ע
ר	ו	ר
י	ם	ם

### נימוקי החלטות

7. ביום 7.11.2018 הוריתי לשחרר את המערער למעצר פתוח. כן הוריתי כי פרטיו ייאסרו לפרסום. להלן, הנימוקים להחלטותיי.

#### רקע

8. כנגד המערער, טור' שי' ש', הוגש ביום 26.7.2018 כתב אישום, שבו יוחסו לו עבירה, שעניינה אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ועבירה שעניינה מעשה מגונה בכוח, לפי סעיפים 348(ג) ו-1(ג) לחוק העונשין, בגין אירועים שאירעו, לכאורה, בליל ה-17.6.2018 בבניין חיל האוויר שבמחנה "רבין".
9. ביום 2.7.2018 נפתחה החקירה בעניינו של המערער. המערער נעצר ביום 8.7.2018. מעצרו הוארך מעת לעת לצורכי חקירה. על דעת הצדדים, נאסרו לפרסום פרטיו המזהים של המערער עד לסיום החקירה. עם הגשת כתב האישום עתרה התביעה הצבאית להארכת מעצרו של המערער עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו. השופטת קמא הנכבדה קבעה, כי קיימת תשתית ראיות, לכאורה, להרשעת המערער והורתה על

מעצרו של המערער, כאמור. לנוכח קיומן של ראיות לכאורה להרשעתו, דחתה השופטת קמא הנכבדה את בקשת ההגנה לאסור את פרסום פרטיו של המערער. על החלטות אלו הגישה ההגנה ערעור. במהלך שמיעת ערעור ההגנה עלה החשד שהמתלוננת מחקה ממכשיר הטלפון הנייד שלה חלק מתכתובות "וואטסאפ" ששלחה למערער לאחר האירוע. בהמלצתי, נאותה התביעה הצבאית להורות על השלמת חקירה בעניין. ההחלטה בערעורים הושהתה, על דעת הצדדים, כדי לאפשר להם לקיים הליך גישור. התברר, כי הליך הגישור לא צלח, ובד בבד, תוצאות השלמת החקירה הובילו את ההגנה למשוך את ערעורה בעניין המערער ולהגיש, תחתיו, בקשה לבית הדין המחוזי לעיין מחדש בשאלת המערער. אשר לערעור בעניין איסור הפרסום, סברתי, כי לא יהיה זה נכון להכריע באותה העת בשאלה זו טרם ההחלטה בשאלת המערער.

10. ביום 5.9.2018 ניתנה החלטת השופטת קמא הנכבדה בבקשה לעיון מחדש בשאלת המערער. השופטת הנכבדה לא מצאה, כי יש בתוצרי השלמת החקירה שנערכה לאחר הגשת כתב האישום, כדי לפגום בתשתית הראיות לכאורה. לפי קביעתה, מחיקת ההודעות על-ידי המתלוננת אינה שומטת את הקרקע תחת גרסתה, שכן העניין אינו נוגע לאירוע במישרין, אלא רק לקשר שהיה בין השניים לאחר האירוע. יחד עם זאת, נקבע:

"כי אין ניתן להתעלם מהאירוע שאירע וכי כעת ישנה חשיבות יתרה למשמע עדות המתלוננת, זאת הן בשל העובדה שלמעשה אין חולק שבשום שלב עד תחילת האירוע המיני, המתלוננת לא אמרה לנאשם דבר בעניין רצונה כי יעזוב את החדר או כי היא מבקשת שלא יגע בה. יתרה מכך, המתלוננת קמה בשלבים מסוימים מהמזרן, וחזרה לשכב לצד הנאשם. המתלוננת אמנם ציינה בחקירה כי היא 'לא דאגה' מהנאשם בשלב זה, אולם יש צורך וחשיבות לעמוד על אומד דעתה לעניין זה; הן בשל העובדה שעל אף שהמתלוננת מסבירה כי קפאה בשלב אקט החיכוך והאקט היבש, התברר שהיה שיח בינה לבין הנאשם בעת קיום יחסי המין; הן בשל הטענה שהנאשם נותר לידה והשניים המשיכו לשוחח ביניהם... והן לאור הצורך לקבל את התייחסות המתלוננת לשיח הידידותי שהוחלף ביניהם לאחר האירוע, והחלטתה למחוק את ההודעה".

במצב דברים זה סברה השופטת הנכבדה, כי נכון יהיה לקצוב את מעצרו של המערער עד ליום 20.10.2018, לצורך מעקב אחר התקדמות ההליך המשפטי ולשם שמיעת עדות המתלוננת. על החלטה זו הגישה ההגנה ערעור. בעקבות הערותיי, ובשים-לב לכך שמחומר הראיות הגולמי עלה כי המתלוננת הביעה, לכאורה, התנגדות למעשים

המיוחסים למערער, חזרה בה ההגנה מן הערער, תוך שהיא שומרת לעצמה את הזכות לחזור על טיעוניה לאחר שתסתיים שמיעת עדות המתלוננת.

11. לאחר שהתקיימו שלוש ישיבות, שבמסגרתן נשמעה עדות המתלוננת, ובחלוף התקופה שנקצבה למערער, התקיים דיון בבקשת התביעה להארכת מעצרו של המערער. השופטת הנכבדה בחנה את עדותה של המתלוננת בבית הדין קמא עד אותה העת וקבעה, כי לא חל "כרסום מהותי ומשמעותי" בחומר הראיות, וכי ההגנה לא הצביעה על שינוי ממשי בתשתית הראייתית. על יסוד האמור, לנוכח קצב התקדמות ההליכים המשפטיים ומתוך תקווה כי שמיעת הראיות תסתיים עד למועד זה, ביום 22.10.2018 מצאה השופטת הנכבדה לקצוב את מעצרו של המערער עד ליום 22.1.2019 (על כך – להלן, בפרק שעוסק בתמצית החלטת בית הדין קמא). מכאן ערער ההגנה שלפניי.

12. למען שלמות התמונה יצוין, כי עדותה של המתלוננת הוסיפה להישמע על פני שתי ישיבות נוספות, ונסתיימה ביום 1.11.2018. ההגנה, בערעורה, טענה טענות אף לגבי עניינים שעלו בשתי הישיבות האחרונות, שהתקיימו, כאמור, לאחר שניתנה החלטת בית הדין קמא.

### **תמצית העובדות**

13. כנטען בכתב האישום, המבוסס על הצרף גרסאותיה של המתלוננת במצ"ח, ביום 17.6.2018 נותרה המתלוננת, המשרתת במפקדת חיל האוויר, ללון ביחידה, לאחר שהוטל עליה עונש ריתוק. המערער נותר אף הוא ללון ביחידה בתורנות, מתוקף תפקידו. השניים משרתים יחד באותה הקומה והייתה ביניהם היכרות מוקדמת. המערער והמתלוננת נפגשו בשעות הערב. תחילה שהו איתם חיילים נוספים בחדר הפנאי היחידתי, המכונה "המושלם". בסביבות השעה 22:00 יצאו המערער והמתלוננת מחדר "המושלם" והלכו למשרדה של המתלוננת. המתלוננת החליפה את מדיה בחדר השירותים הסמוך לשמלה ארוכה. אחר כך הלכו השניים למשרדו של המערער, שם החליף המערער את מדיו לבגדים אזרחיים. לאחר מכן הלכו יחדיו למטבחון, שם אמר המערער למתלוננת כי הוא מעוניין להשמיע לה שיר, וביקש שתסגור את דלת המטבחון, והמתלוננת עשתה כן. המתלוננת חשה אי-נוחות ולפיכך יצאה מהמטבחון בטענה, כי עליה לעשות דבר-מה וחזרה לחדר ה"מושלם", שבו שהו חיילים. המערער הצטרף אליה לאחר מכן ובסביבות חצות הלילה עלו שניהם לקומה העליונה, שבה ממוקמים משרדיהם. המערער והמתלוננת התיישבו לבדם במרפסת שנמצאת בקומה זו, שוחחו למעלה משעה, ובשלב מסויים השעינה המתלוננת את גבה על המערער. סמוך לשעה 01:30 נכנסו השניים למשרדה של המתלוננת, היא התיישבה על המזרן שהיה

במשרד, והמערער התיישב בצדו השני של המזרן. השניים המשיכו לשוחח, עד אשר אמר המערער למתלוננת ש"תעשה לו מקום" לצידה. המתלוננת השיבה "בסדר", מאחר שסברה כי אין בכוונתו להישאר לישון שם ונרדמה.

בשלב מסויים התעוררה המתלוננת והבחינה בכך שהמערער נרדם על המזרן. השניים שכבו פנים אל מול פנים. המתלוננת התרחקה מעט מהמערער – כך שהזיזה את גופה אל מחוץ למזרן ונרדמה בשנית. בהמשך, התעוררה המתלוננת משנתה והרגישה כי המערער לופת אותה בחוזקה ומחבקה, וכי הכניס את ירכו בין רגליה וחיכך אותה במפשעתה. בתגובה ניסתה המתלוננת להשתחרר מאחיזתו. רגעים ספורים אחרי כן, הרפה המערער מעט את אחיזתו במתלוננת. לאחר מכן, שב והידק את אחיזתו במתלוננת ושפשף את ירכו באיבר מינה. בתגובה סגרה המתלוננת את ירכיה בחוזקה, והמערער הרפה, שוב, את אחיזתו. המתלוננת הסתובבה לצד, כך שגבה מופנה למערער. אז, משך המערער את המתלוננת לעברו פעם נוספת ולפת אותה בחוזקה עם ידיו, כאשר גבה מופנה אליו. המתלוננת ניסתה להשתחרר מאחיזתו באמצעות הזזת כתפיה וסיבוב הגוף מצד לצד. על אף ניסיונותיה, משך אותה המערער לכיוונו מספר פעמים. משהרפה המערער מאחיזתו, קמה המתלוננת מהמזרן והפעילה את המזגן שבמשרד. היא שבה לשכב על המזרן, כשגבה מופנה למערער וחלק מגופה על הרצפה. בהמשך הניח המערער את ידו על בטנה של המתלוננת ומשך אותה לעברו פעם נוספת. לאחר מספר שניות הזיז את ידו לעבר איבר מינה וניסה להסיט הצידה את תחתוניה. המתלוננת מצידה הזיזה את ידי המערער בכוח והצמידה את ירכיה אחת לשנייה. המערער מצדו שב וניסה לעשות כן והיא הזיזה את ידיו בשנית. לאחר מכן, נשכב המערער על גופה של המתלוננת. המערער תפס בידו את רגלה השמאלית של המתלוננת, הזיז את הרגל הצידה והחל לחכך את איבר מינו באיבר מינה, מעל בגדיהם, תוך שהניע את גופו קדימה ואחורה. המתלוננת שאלה את המערער לפשר מעשיו, קפאה במקומה והביטה הצדה, עד אשר חדל המערער ממעשיו. בשלב זה נותר המערער שכוב, כך שחצי מגופו על גופה וחציו השני על המזרן. לאחר כדקה התרומם המערער בשנית מעל גופה, הסיט את תחתוניה הצידה וחשף את איבר מינו. המתלוננת אמרה לו "לא אל". המערער לא שעה להפצרותיה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. במהלך מעשה החדירה שאל המערער את המתלוננת האם היא נוטלת גלולות למניעת הריון והיא השיבה, כי היא במחזור. לאחר מספר שניות הגיע המערער לפורקן מיני בתוך איבר מינה של המתלוננת.

14. עם הגשת התלונה, נגבתה עדותה של המתלוננת במצ"ח. כבר באותו היום ערכה המתלוננת שיחת טלפון יזומה ("בכיסוי"), עם המערער על אודות האירוע. בהמשך נגבו

עדויותיהם של המערער ושל גורמים נוספים, אשר להם סיפורה המתלוננת על אודות האירוע ואף נערך עימות בין המערער לבין המתלוננת.

15. בחקירתו במצ"ח תיאר המערער, תחילה, כי ישן שינה עמוקה, וחלם שהוא מקיים מגע מיני עם בת זוגו לשעבר. במהלך השינה, כשהוא אינו יודע מה הוא עושה, הוא התעורר כשהוא מעל המתלוננת, מתנשם ו"בהלם". הוא שאל את המתלוננת אם קרה מה שקרה והיא השיבה לו שכן ושהכל יהיה בסדר, וליטפה את ראשו. המערער נשאל מה הוא זוכר שקרה לפני החדירה וציין כי אלו הם הדברים שהוא זוכר. בשלב זה מסר המערער, כי הוא לא הוריד את מכנסיו, אלא שהם ירדו מהחיכוך עם המזרן. לאחר כארבע שעות התחיל תשאול בעל-פה, שבמהלכו מסר המערער כי הוא זוכר שחיבק את המתלוננת, כי היא שמה עליו את הראש ואת הרגל, הם התכסו בשמיכה וכי הוא זה שפתח את מכנסיו והם לא ירדו מעצמם. לאחר שנפסקה החקירה לצורך היוועצות בסגור הסביר המערער, כי טרם החדירה התקיים ביניהם גם "אקט יבש", שבמהלכו לא הביעה המתלוננת שום התנגדות וכי יחסי המין נעשו בהסכמתה של המתלוננת.

#### **החלטת בית הדין קמא בשאלת המעצר**

16. תחילה ציינה השופטת קמא הנכבדה, כי ניתן לחלק את טענות ההגנה לארבעה פרקים – האחד, טענות כנגד התנהלות המתלוננת בשלבי הערב המוקדמים ועד לשלב כניסתו של המערער למשרדה; השני, סתירות בין גרסאות המתלוננת במצ"ח ובבית הדין לבין גרסאותיה לאירוע, אשר עליהן העידו עדי התביעה, שלהם סיפורה, לכאורה, המתלוננת על אודות האירוע – חברתה של המתלוננת, אמה של המתלוננת, קצין מיחידתה וממונת היוה"ל"ם ביחידה; השלישי, טענות הנוגעות לשלבי המגע המיני בין השניים ולאחריו; והרביעי, טענות הנוגעות לחוסר האפשרות לתת אמון במתלוננת.

17. השופטת קמא הנכבדה בחנה את טענות ההגנה בעניין התנהלותה של המתלוננת עד לשלב שבו נכנסה עם המערער למשרד. בעניין זה תמהה ההגנה, וייחסה חלק נרחב לכך בשאלות שהופנו למתלוננת בחקירתה הנגדית, מדוע נותרה המתלוננת יחד עם המערער בשלבים שונים של הערב, חרף הצהרתה כי התנהלותו של המערער לצידה עוררה בה תחושת אי-נוחות. המתלוננת מצדה השיבה, בין היתר, כי "חרף העובדה שלפרקים התנהלותו של הנאשם גרמה לה אי נוחות, הרי שהיא קיבלה החלטה מודעת להתעלם מתחושותיה אלו". כן ציינה, כי "כל אלה נבעו מנימוס ומכך שיצאה מתוך נקודת הנחה שהתחושות שלה היו אישיות". השופטת קמא הנכבדה בחנה את הסבריה של המתלוננת בראי השאלות והתמיהות שהביעה ההגנה ולא מצאה, כי בתשובותיה יש כדי לפגום בתשתית הראייתית או במהימנותה של המתלוננת. הודגש גם, כי

"המשמעות של כלל השאלות האמורות, אינה עוסקת כלל בנושאים השנויים במחלוקת, אלא בנושאי המשנה, אותם מעלה ההגנה, והם קשורים לשאלות האם נהנתה המתלוננת בחברתו של הנאשם והאם ביקשה את קרבתו וחברתו". נקבע בהקשר זה, כי "גם אם יקבע כממצא עובדתי שהמתלוננת ביקשה את קרבת הנאשם במהלך הערב, אין בכך כדי לשלול את העדר הסכמתה לקיום יחסי המין בהמשך הערב".

18. בהמשך נתנה השופטת קמא הנכבדה דעתה לסתירות שהציגה ההגנה בין גרסאות המתלוננת במצ"ח לבין גרסאותיה לאירוע, כפי שתוארו על-ידי עדי התביעה. בהקשר זה הצביעה ההגנה על פערים משמעותיים בין האופן שבו תיארו עדי התביעה את האירוע, כפי שתואר להם על-ידי המתלוננת, לבין תיאור האירוע על-ידי המתלוננת, הן במסגרת עדויותיה במצ"ח והן במסגרת עדותה בבית הדין, באופן שמעלה חשד, לטענת ההגנה, כי מדובר בתיאור מגמתי של האירוע על-ידי המתלוננת. כך למשל, מעדותה של חברתה של המתלוננת, נ' א', שהיא הראשונה שלה סיפרה המתלוננת, כנטען, על אודות האירוע, עולה כי האקט המיני אירע, לכאורה, כאשר המתלוננת ישנה, בשונה מגרסת המתלוננת. כך גם, ובשונה באופן מהותי מגרסת המתלוננת, עולה מעדותו של סרן נ' מ', קצין מיחידתה של המתלוננת, כי המערער יצא מהחדר לבקשת המתלוננת ולאחר שנרדמה, חזר המערער לחדר ואנס אותה בשנתה. נקבע, כי "אין בפערים אלו כדי לקעקע את התשתית הראייתית הלכאורית שנאספה" ויש צורך לשמוע את התייחסויות העדים לעניינים אלה במסגרת ההליך העיקרי.

19. בהמשך התייחסה השופטת קמא הנכבדה לטענות ההגנה בדבר התנהלות המתלוננת מרגע הכניסה למשרד, בשלב המגע המיני ולאחריו. בעניין זה נשאלה המתלוננת ארוכות מדוע לא ביקשה מהמערער לצאת ואף הסכימה לך שישכב לצידה על המזרן. כן נשאלה מדוע בשלב ה"לפיתות" לא מצאה לנכון להעיר את המערער. בהקשר זה נקבע, כי "יש להיזהר בבחינת התנהגותה של נפגעת עבירת מין ביחוכמה שלאחר מעשה", ואף המתלוננת מציינת כי בניתוח הדברים לאחור, לא הייתה נוהגת באופן זה". ביחס לתהיות שהעלתה ההגנה, בדבר השיח שהתקיים בין המתלוננת לבין המערער לאחר המגע המיני – המתלוננת ציינה בפני המערער את מספר הגברים שעמם קיימה יחסי מין וביקשה שלא ידאג בעניין הגלולות – שיח, אשר אינו מאפיין, לשיטת ההגנה, התנהגות של מתלוננת "שזה עתה עברה אונס". השופטת הנכבדה קמא הדגישה, כי בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, כי התנהגות בלתי סבירה או בלתי הגיונית של נפגעת עבירת מין עשויה להיות תוצאה טבעית של הלחץ שבו היא מצויה. נוכח האמור, נקבע, כי אין ניתן בשלב זה לקבוע כי יש בהתנהגותה כדי לשלול את אי-הסכמתה לקיום יחסי המין עם המערער. עוד ציינה השופטת הנכבדה קמא, כי

המתלוננת "עומדת איתנה" על גרסתה במשך כל החקירה, תוך שחזרה על כך שאמרה למערער בזמן החדירה "לא אל" ועל כך שהייתה מבוהלת וקפואה.

20. לאור האמור, קבעה השופטת קמא הנכבדה:

"לא מצאתי כי החקירה הנגדית של המתלוננת עד כה הצליחה לקעקע את התשתית הלכאורית הנוגעת לפרט האישום השני, שעניינו אינוס, ואף לא מצאתי שיש ממש בטענת ההגנה לפיה[ן] המעשה המגונה (הכנסת ידיו של הנאשם לאיבר מינה של המתלוננת) אינו אפשרי בהתחשב בתיאור של המתלוננת לאופן שבו חזרה לשכב לצד הנאשם במזרון לאחר שהדליקה את המזגן".

כן נקבע, כי:

"גרסאותיו של הנאשם מחזקות במידה לא מבוטלת את תלונתה של המתלוננת... נוכח ההיכרות השטחית בין השניים, היה מוטל על הנאשם נטל ממש לקבל את הסכמתה של המתלוננת למעשים ולא להסתפק בכך שהיא לא הביעה כל התנגדות" [ההדגשה במקור].

21. נוכח קביעתה זו, סברה השופטת קמא הנכבדה, כי אין בטענות ההגנה הנוגעות למחיקתה של המתלוננת את הודעות הטקסט ששלחה למערער, כדי להוביל למסקנה כי אין ליתן במתלוננת אמון.

22. על יסוד האמור לעיל, ולנוכח העובדה שההליך מתקדם בקצב משביע רצון, קצבה השופטת קמא הנכבדה את מעצרו של המערער, כאמור.

### החלטת בית הדין קמא בשאלת איסור הפרסום

23. השופטת קמא הנכבדה נתנה דעתה לטענת ההגנה, שלפיה בגרסאות המערער שזורה טענת "טעות במצב דברים", כך שמהתנהגותה של המתלוננת יכול היה המערער להסיק הסכמה מצידה לקיום המגע המיני, וכי, ככל שתתקבל טענת המערער, והוא יזוכה בסופו של ההליך, הנזק שייגרם לו יהיה בלתי הפיך. בהקשר זה נקבע, כי על טענה זו להתברר במסגרת ההליך העיקרי, ובשלב זה של ההליך, אין בה כדי לקבוע כי קיימת חולשה משמעותית או בעייתיות של ממש בחומר החקירה.

24. עוד צוין, כי על-פי פסיקת בית המשפט העליון אין די בכך שעצם הפרסום, מטיבו, יגרור אחריו כתם או יוביל לעוגמת נפש ולמבוכה לנאשם או לחשוד. לאחר שעיינה בחוות הדעת של פסיכיאטרית הכלא אשר בדקה את המערער, קבעה השופטת קמא הנכבדה, כי המערער לא עמד בנטל המוטל עליו על-מנת להצדיק את איסור הפרסום, וכי חוות הדעת מלמדת על כך שהנזק הצפוי מפרסום שמו של המערער הוא הנזק הצפוי



לכל אדם המצוי בסיטואציה כזו, וכי אין מדובר "בנוזק כבד במיוחד" אשר עשוי להצדיק את איסור הפרסום. השופטת קמא הנכבדה מצאה לדחות את בקשת ההגנה לקיים את הדיון בענייניו של המערער בדלתיים סגורות, משגם לעניין זה לא הצליחה ההגנה לעמוד בנטל הנדרש ממנה.

### ערעור ההגנה

25. הודעת הערעור רחבת היריעה, שהגישה ההגנה, מנתחת לפרטיו את פרוטוקול עדותה של המתלוננת בבית הדין קמא, אשר נחקרה בדקדקנות על האירועים שאירעו לפני, במהלך ולאחר המגע המיני. לשיטת ההגנה, חשיבות רבה מאוד לבחינת גרסתה של המתלוננת מלוא היקפה. שכן, להשקפתה, הקלות שבה משקרת המתלוננת ומשנה גרסאות הן ביחס לעניינים צדדיים או שוליים והן ביחס לעניינים מהותיים, המצויים בליבת המחלוקת, משליכה על מידת המהימנות שיש להעניק לעדותה, כולה, ובפרט על הקביעה האם גרסתה ביחס לשאלת ההסכמה לקיום יחסי המין, ראויה לאמון, אם לאו. יצוין, כי בערעורה הקודם עמדה ההגנה בהרחבה על פגמים, לכאורה, בחקירת מצ"ח והצביעה, בעיקר, על התנהלות לא ראויה ומוטה לחובת המערער, להשקפתה, של חוקרת מצ"ח, אשר חקרה את המתלוננת. בערעור הנוכחי בחרה ההגנה שלא להתמקד בטענות אלה. לפיכך, לא מצאתי להידרש לטענות אלה בהחלטתי זו, שיתבררו, בבוא העת, בהליך העיקרי.

26. ראשית, נטען כי גרסת המתלוננת, שלפיה נותרה עם המערער במהלך הערב משיקולי נימוס, על אף שלא חפצה בקרבתו, אינה נלמדת ממהלך הדברים, נהפוך הוא. ההגנה סבורה, כי מן הראיות עולה שהמתלוננת ביקשה גם ביקשה את קרבתו של המערער במהלך הערב – כך למשל, המתלוננת המתינה למערער על-מנת לרדת מהמשרד ל"מושלים"; המתלוננת התלוותה אל המערער למטבחון; המתלוננת שיתפה את המערער בכך שהתראה שקיבלה במכשיר הטלפון הנייד הייתה תזכורת לנטילת גלולה למניעת הריון, מידע שהוא אינטימי מטבעו; בהמשך הציעה המתלוננת למערער לעלות עמה לקומת המשרדים ולאחר מכן הציעה לו לשבת במרפסת כדי לעשן סיגריה; בזמן זה שוחחו השניים והאזינו לשירים, והמתלוננת אף נשענה על המערער זמן לא קצר, וגם בכך יש כדי ללמד על אינטימיות פיסית שנוצרה ביניהם. לשיטת ההגנה, במהלך בירור העובדות האמורות, התגלו סתירות ותמיהות רבות בגרסת המתלוננת, באופן אשר אינו מאפשר מתן אמון בגרסתה ביחס לכלל אירועי אותו הערב. כך לדוגמה צוין, בין היתר, כי גרסת המתלוננת בעניין המגע בינה לבין המערער במרפסת הלכה והתפתחה – המתלוננת לא ציינה במצ"ח, כי נשענה על המערער, כפי שסיפרה בעדות

הראשית, וכאשר נשאלה האם היה מגע בינה לבין המערער השיבה שהיה רק מגע לא מכוון ברגליים, שגם עמו לא הרגישה בנוח. לעומת זאת, בעימות שנערך בינה לבין המערער אין שום אזכור למגע ברגליים, אלא ששם ציינה המתלוננת שנשענה על המערער. אף ביחס למשך הזמן שבו נשענה על המערער הלכה גרסתה והתפתחה – בעימות מסרה, כי נשענה עליו חצי שעה, בעדות הראשית מסרה, כי מדובר היה בעשר דקות, ואילו בחקירה הנגדית גימדה את העניין לכדי שלוש עד שבע דקות. זאת ועוד, בחקירה הנגדית, כשנשאלה המתלוננת לגבי מהלך הדברים במרפסת הוברר, כי היא צילמה סרטון, שבו המערער שר לה, בעת ששניהם שהו במרפסת. מאחר שדבר קיומו של הסרטון לא היה ידוע להגנה קודם לכן ולא היה חלק מחומר החקירה, נשאלה המתלוננת האם סיפרה על כך לתובעות בשיחת ההכנה לעדות והשיבה בחיוב. בירור שנערך בין המתלוננת לתביעה, לאחר שהמתלוננת יצאה מהאולם, העלה כי התובעות לא הכירו את הסרטון, אף שהמתלוננת טענה שהציגה להן אותו. לשיטת ההגנה, "התנגשות חזיתית בין גרסת המתלוננת לבין גרסת התובעות מלמדת גם היא שאין ליתן במתלוננת אמון". עוד נטען, כי המתלוננת לא הצליחה לספק הסבר מניח את הדעת, מדוע הציעה למערער לעלות עמה לישון בקומת המשרדים אם, לטענתה, חשה אי-נוחות בקרבתו.

27. עוד טענה ההגנה, כי שגה בית הדין קמא, עת קבע כי אין בסתירות שבין גרסאות המתלוננת במצ"ח לבין גרסאותיה לאירוע המתוארות על-ידי עדי התביעה, כדי לקעקע את תשתית הראיות לכאורה. לעמדת ההגנה, אין מדובר ב"הבדלים מסויימים", כי אם בסתירות בוטות, בנקודות המצויות בליבת המחלוקת שבין גרסת המערער לבין גרסת המתלוננת. כך למשל, סרן נ' מ' מסר, כי המתלוננת ציינה בפניו כי המערער יצא מהמשרד לבקשתה ולאחר שנרדמה חזר ואנס אותה בשנתה. המתלוננת ציינה בעדותה בבית הדין, כי מדובר באי-הבנה מצדו של סרן מ' וכי אף בעניינים נוספים שמסר סרן מ' יש "דברים לא הגיוניים", מבלי שסיפקה הסבר מדוע שיעשה כן. להשקפת ההגנה, "המדובר על עדים אשר אין להם קשר ובמועדים שונים שמעו מהמתלוננת תיאור אשר אינו עולה בקנה אחד עם עדותה בבית דין קמא".

28. ההגנה הוסיפה וטענה, כי אף גרסת המתלוננת ביחס להתנהלותה, מרגע הכניסה למשרד, במהלך המגע המיני ולאחריו, היא גרסה מתפתחת, והצביעה על סתירות פנימיות רבות שעלו בגרסה זו. כך למשל, בעדותה הראשית מסרה המתלוננת, כי לאחר שנשכבה על המזרן במשרד "ניקרה לא בכוונה", וכשהתעוררה מצאה את המערער שוכב לידה. לאחר מכן מסרה, במענה לשאלת התובעות כיצד המערער נשכב לידה, כי המערער שאל אותה האם היא יכולה "לעשות לו מקום" והיא השיבה בחיוב, כך שהם הלכו לישון יחדיו. המתלוננת אף סיפקה תשובות מתחמקות ביחס לשאלה מדוע לא

ביקשה מהמערער לצאת מהמשרד. זאת ועוד, בחקירתה הנגדית של המתלוננת עלה, לראשונה, כי בעת ששכבו על המזרון, פנים אל מול פנים, נגעה עם כף ידה בחזהו של המערער. המתלוננת לא ידעה להשיב לשאלה כיצד הגיעה למצב כזה למרות שלטענתה, ניסתה לשמור מהמערער מרחק. המתלוננת עומתה עם הדברים הסותרים שמסרה בעימות, שלפיהם בעת שהמערער שכב על הגב, היד שלה הייתה "חציי" על החזה שלו, באופן שמחייב הנחת יד על החזה ומצביע על אינטימיות רבה, ומסרה, כי איננה יודעת מדוע אמרה זאת בעימות.

29. ההגנה עמדה גם על השיחה שהתנהלה בין המערער לבין המתלוננת לאחר שהמערער הגיע לפורקן מיני. נטען, כי המתלוננת הציגה בעדותה במצ"ח את השיחה בינה לבין המערער באופן מינורי ביותר, כאילו הוא שכב לידה דקה ולאחריה אמר שכדאי שילך והלך. לעומת זאת, בחקירה הנגדית עלה כי השיחה הייתה ארוכה הרבה יותר, נמשכה כמה דקות, ובמסגרתה עלה, לראשונה, כי השניים שוחחו לאחר האקט המיני על ההיסטוריה המינית של המתלוננת, והמתלוננת אף הרגיעה את המערער שהיא נוטלת גלולות למניעת הריון, באומרה "זה עליי". עוד הודגש, כי המתלוננת נשאלה האם במהלך המגע המיני הייתה ערה או ישנה והשיבה, כי הייתה במצב שבין שינה לערות. בהמשך לכך נשאלה, שאם הייתה במצב כזה כיצד היא יכולה לומר שהיא מדייקת בפרטים, והשיבה "אני לא זוכרת בדיוק, אבל אני זוכרת מה קרה". להשקפת ההגנה, תשובה זו של המתלוננת מעמידה בספק את כלל תשובותיה בעדות – "כאשר היא נותנת תשובות, מוסיפה ומחסירה פרטים, מאשרת או מכחישה אחרים וכיו"ב... והכל כאשר היא אומרת בעצמה שהיא לא זוכרת בדיוק".

30. עוד עמדה ההגנה על סוגיית מחיקת תכתובות ה"ווטסאפ" על-ידי המתלוננת – בין המערער לבין המתלוננת התנהלה בימים שלאחר האירוע תכתובת "וואטסאפ", שממנה עולה כי הייתה ביניהם מערכת יחסים ידידותית. מפלטי מכשיר הטלפון הנייד של המערער עולה, כי חמישה ימים לאחר האירוע המערער והמתלוננת התכתבו ביניהם – המערער התעניין בשלומה של המתלוננת, השניים סיפרו האחד לשנייה מתי התעוררו, המערער שאל את המתלוננת האם ישנה טוב, האם אכלה והאם היא צריכה שיקנה לה אוכל. המתלוננת מצידה השיבה לשאלותיו ואף סיפרה למערער שהיא הולכת לים. הוברר, כי המתלוננת מחקה, טרם חקירתה במצ"ח, שתי הודעות ששלחה למערער – האחת, נשלחה על-ידי המתלוננת במענה להודעה שהתחילה את התכתובת ביניהם, שבה כתב לה המערער "איזה אושר זה נכון" [והתכוון לכך שהיא חזרה לביתה לאחר הריתוק] והמתלוננת השיבה "חחח הי". השנייה נשלחה על-ידי המתלוננת לאחר שהמערער שלח לה "כנראה חוזר לישון" והיא השיבה "לך לישון חיים". יצוין, כי עניין מחיקת ההודעות התגלה על-ידי הסגורים, לאחר שהוגש כתב האישום, ובעקבות זאת,

כאמור, נערכה השלמת חקירה. לפי גרסת המתלוננת, מחקה את ההודעות משום שלא רצתה שאמה תראה אותן "ותהיה שיפוטית" כלפיה. לעמדת ההגנה, המתלוננת סיפרה לאמה על אודות האירוע רק לאחר שנחקרה במצ"ח, אז כבר הייתה ההודעה מחוקה (אציין, כי מבדיקת הראיות עולה כי ההגנה שגתה בעניין זה). עוד טענה ההגנה, כי הודעות המביעות חיבה אינן עולות בקנה אחד עם הטענה שהמתלוננת נאנסה. כמו כן, השימוש בהודעה במילה "חיים" תומך בגרסת המערער, שלפיה אמרה לו המתלוננת במהלך האקט המיני "אני במחזור חיים שלי", בשל השימוש החוזר בביטוי דומה, ומחיקתה של מילה זו דווקא אומרת דרשני, שכן המתלוננת הכחישה כי השתמשה בכינוי "חיים שלי" וטענה כי אמרה רק "אני במחזור". לשיטת ההגנה, מחיקת ההודעות מהווה "מעשה מובהק של שיבוש החקירה... ומונע כל אפשרות לתת אמון בדברי המתלוננת".

31. עוד נטען, כי המתלוננת לא סיפקה הסבר לשאלה כיצד ייתכן שבתנוחה שבה שכבו יכולה הייתה ידו של המערער להיכנס מעל מותניה, מאזור הבטן לכיוון איבר מינה – המתלוננת והמערער שכבו בתנוחה המכונה "כפיות" על צד ימין (היינו – כשהם שוכבים קרובים, כשגבה מופנה לחזה שלו), בעוד שמלתה של המתלוננת הגיעה עד אזור ברכיה, והצד השמאלי של השמלה הגיע עד מעל מותניה. על-מנת לבחון את היתכנות גרסתה, ביקשה ההגנה להורות למתלוננת להביא עמה את השמלה לדיון. המתלוננת מסרה, כי אינה זוכרת היכן בדיוק הניחה את השמלה וכי היא אינה מעוניינת לשוב ולראותה, לאור תחושותיה הקשות בעקבות הארוע שחוותה". לשיטת ההגנה, סירובה של המתלוננת להציג ראיה, שבאמצעותה ניתן יהיה לבחון את היתכנות גרסתה, "מחייבת קביעה שיפוטית שאילו הוצגה השמלה היו נשללות טענות המתלוננת", וכי גרסתה אינה עומדת במבחן המציאות ומשכך הדבר צריך לפעול לטובת המערער.

32. כן עמדה ההגנה על השאלה האם המערער הגיע לפורקן מיני בתוך איבר המין של המתלוננת, אם לאו. בהקשר זה, הצביעה ההגנה על "אמירה חדשה ומשמעותית" שמסרה המתלוננת, **לראשונה**, בחקירתה הנגדית, שלפיה "הסתכלתי לראות אם הוא הקשיב לי בזמן האקט שהוא שאל אותי אם אני על גלולות או לא ואני רציתי לראות אם הוא הקשיב לי לגמור בחוץ". לטענת ההגנה, "זה לא אונס... זו אמירה שעומדת בניגוד לטענתה שהייתה קפואה... מתברר שדיברה עם המערער תוך כדי האקט המיני, גם על עניין הגלולות וגם הורתה למערער לגמור בחוץ, כל זאת באקט שנמשך שניות ספורות".

33. על יסוד האמור לעיל, עתרה ההגנה לשחרר את המערער ממעצר ולהותיר על כנה את החלטה בדבר איסור פרסום פרטיו המזהים, עד תום ההליכים המשפטיים

בעניינו. יצוין בהקשר זה, כי לטענת ההגנה בגרסאות המערער שזורה טענת "טעות במצב דברים", שכן מהתנהגותה של המתלוננת יכול היה המערער להסיק הסכמה מצידה למגע המיני. ככל שתקבל טענתו, ובשים-לב לחולשת הראיות, הנזק שייגרם למערער יהיה בלתי הפיך ומשכך, לשיטתה, אין לפרסם בשלב זה את פרטיו המזהים.

### **עמדת התביעה**

34. לשיטת התביעה, גרסתה של המתלוננת היא גרסה עקבית, סדורה והגיונית, ויש לה חיזוקים בעדויות של עדים אחרים, אשר להם סיפורה המתלוננת על אודות האירוע, ובמצבה הנפשי, לאחר האירוע. נטען, שהמתלוננת לא שיתפה פעולה עם המערער עובר למגע המיני, אלא קפאה במקומה. לעניין זה הדגישה התביעה את העובדה, כי המתלוננת לא הביעה בשלב זה או אחר של האירוע הסכמה למעשיו של המערער ואף הביעה התנגדות מילולית ופיסית. נטען, כי המערער עצם את עיניו ונמנע מלברר את הסכמתה של המתלוננת למעשים.

35. התביעה הוסיפה וציינה, כי אף אם מתגלים פערים בגרסאותיה של המתלוננת, הם אינם פערים מהותיים, שיש בהם כדי לקעקע את מהימנותה של המתלוננת, בפרט כאשר הם מצויים בשולי השתלשלות הדברים.

36. כן נטען, כי אף המערער סיפק גרסאות שונות לקרות האירועים, ובכלל זה טען, תחילה, כי אינו זוכר את פרטי האירוע משום שישן, ולאחר מכן טען כי המגע המיני היה בהסכמת המתלוננת.

37. אשר לטענות בעניין תכתובות "ווטסאפ" שמחקה המתלוננת ממכשיר הטלפון הנייד שלה נטען, כי המתלוננת סיפקה הסבר מנומק למעשיה, וכי מכל מקום אין במעשה המחיקה כדי לכרסם במארג הראייתי לחובתו של המערער.

38. עוד נטען, כי העבירות המיוחסות למערער, מקימות מסוכנות כללית וצבאית, אשר אינן מאפשרות לשחררו למעצר פתוח.

39. לעניין איסור פרסום שמו של המערער נטען, כי לא חל כרסום בתשתית הראייתית, אשר מצדיק את המשך איסור הפרסום על פרטיו המזהים של המערער.

### **דיון והכרעה**

#### **עוצמת הראיות לכאורה**

40. הסוגיה העובדתית המרכזית בעניינו – שאין חולק כי יש להכרעה בה חשיבות מכרעת במשפטו של המערער – היא שאלת הסכמתה של המתלוננת לכך שהמערער יקיים עמה יחסי מין מלאים, היינו – כי יחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. קו ההגנה

של המערער הוא כי בינו לבין המתלוננת התפתחה במהלך הערב, במהירות, מערכת יחסים קרובה, אשר כללה אף קרבה פיזית אינטימית, הולכת ומתחזקת, עד כדי ששכבו בחשיכה, זה לצד זה, נגעו זה בזה ואף הקדימו למעשה החדירה מגע מוסכם של חיכוך (שכונה "האקט היבש"), שהיה בבחינת "משחק מקדים" למעשה החדירה. במהלך החדירה ואף לאחריה שוחח המערער עם המתלוננת ומנגד, לא שמע מפיה ביטויי התנגדות. ממהלך הדברים המתואר יכול היה המערער להסיק, לטענתו, את הסכמתה של המתלוננת להתקדם במגע, עד כדי חדירה. לוז גרסתה של המתלוננת, לעומת זאת, הוא כי למעשה לא נרקמו בינה לבין המערער כל יחסי קרבה, כי היא לא חפצה בקרבתו, ודאי לא בקרבה פיזית, אפילו לא הפגינה זאת כלפי חוץ. המתלוננת הדגישה, בחקירתה, כי עובר לחדירה קפאה והצליחה להוציא מפיה ביטויי התנגדות רפים.

41. השופטת הנכבדה קמא סבורה הייתה, ובצדק, כי בחומר הראיות הגולמי מצויות ראיות לכאורה שעשויות להוביל להרשעה – משהמתלוננת מסרה כי נאנסה, על אף גילויי התנגדות ברורים מצידה. בצד זאת, קשיים ותהיות, הצדיקו לגישתה, בחינה נוספת של המרקם הראייתי, לאחר שתשמע עדותה של המתלוננת במשפט. לאחר שמיעת חלק גדול מעדותה, סבורה הייתה השופטת, כי לא נפגמה עוצמת מארג הראיות לכאורה לחובת המערער, ומשום כך הורתה על המשך המעצר.

42. מסכים אני כי נוכח אותם קשיים ותהיות – ראוי היה לשוב ולבחון את עוצמת הראיות לאחר שתשמע עדותה של המתלוננת. דעתי לגבי עוצמת הראיות לכאורה לאחר שמיעת העדות – שונה בתכלית.

43. דומה, כי עמדת המתלוננת, כאילו לא חפצה בקרבתו של המערער ואפילו נרתעה ממנו נראתה למביט מן הצד, מוקשית מלכתחילה. התבוננות במהלך הדברים, אפילו לפי גרסאותיה המצמצמות של המתלוננת, ודאי לפי גרסתו של המערער, מלמדת כי שלב אחר שלב, פרק אחר פרק, התקרבו השניים – תחילה בשהייה יחד, הליכה יחד מתחנה לתחנה, תוך שהם מנהלים שיחות ארוכות ואחר כך, גם בהתקרבות פיזית – ההישענות במרפסת, הכניסה יחד לחדר החשוך, הישיבה המשותפת על המזרן הקטן, מעבר לשכיבה משותפת על אותו מזרן, זה לצד זה, מגע ידיים זה בזה – של המערער במתלוננת וכפי שהתברר בשלב מאוחר יותר – של המתלוננת במערער. כמתואר לעיל, המתלוננת, מתחילת החקירה המעיטה בחשיבות כל אחד משלבי קרבה אלה – תחילה בהסברים, שנשמעו מאולצים – על המאבק הפנימי בנטייה הטבעית שלא ליתן אמון באחרים ובהמשך – בהסברים מתפתחים ולעיתים מתפתלים – בעימות, כשנאלצה לראשונה, להתמודד פנים מול פנים עם המערער, שהטיח בה את גרסתו והביע פליאה

ומצוקה, נוכח דבריה; ובחקירה הנגדית, כפי שהודגם ועוד יודגם – התקשתה להתמודד עם שאלות רבות שנגעו ליחסה למערער במהלך הערב והלילה. בעניינים שונים – חלקם כאלה שמצויים בשולי ההתרחשות וחלקם בליבתה ממש – כשקשתה עליה החקירה – שינתה דבריה לעומת גרסאות קודמות ולפרקים, סתרה באופן חזיתי דברים שאמרה קודם.

44. עולה אפוא, לכאורה, כי המתלוננת עשתה כל מאמץ כי שומעיה לא יסיקו את שניכר על פני הדברים – כי יחסיה עם המערער הלכו והתחזקו, ככל שנקפו השעות. ביטוי חריף מאוד לדברים היה כבר בראשיתם – כמתואר לעיל, עובר לתלונתה במצ"ח מצאה המתלוננת לעשות מעשה **מוזע ואקטיבי** ולמחוק תכתובות שהעידו כי גם לאחר המגע המיני בינה לבין המערער, שוחחו השניים באווירה ידידותית. למעשה זה של המתלוננת עשויה להילמד משמעות בכמה רבדים. בהיבט המדובר כאן – מעשה זה הוא נדבך ראשון, שאליו מצטרפות גרסאותיה בחקירה ובבית הדין, המלמד, לכאורה, כי המתלוננת סבורה הייתה כי בין אם רצתה בכך ובין אם לאו, ניתן היה לחשוב כי היא חפצה בקרבתו של המערער לאורך אותם ערב ולילה, וכי חששה שעניין זה אינו עולה בקנה אחד עם תלונתה כי נאנסה, ועל כן – עשתה כל שביכולתה כדי להציג אחרת את הדברים.

45. בהיבט אחר – ובכל הזהירות, ניתן לומר כבר עתה, כי ניכר שהמתלוננת לא נמנעה משינוי גרסאות, לפי התפתחות החקירה במצ"ח והעדות בבית הדין ועשתה, כאמור, מעשה אסור ופסול על פניו, של "שיפוץ" ראייה ומסירתה לחוקרים.

46. מהקבץ הדברים הנוגעים לניתוח גרסת המתלוננת ניתן להסיק, לכאורה, שתי מסקנות אשר להן חשיבות רבה בהערכת עוצמת הראיות לכאורה בשלב זה: האחת, כי גרסתו של המערער, כאילו חש בקרבה של ממש עם המתלוננת, שהלכה והתגברה, אינה מופרכת ודומה כי לפחות מבחינה סובייקטיבית, בעיניו שלו, כך ראה את הדברים; השנייה, כי בשים-לב לנכונותה לשנות ראייה כדי לחזק את גרסתה בעיני שומעיה, ולחילופי הגרסאות הרבים של המתלוננת, כשלעצמם ובמיוחד בעניינים שהם בליבת המחלוקת – דומה כי יש להתייחס לדבריה, כבר בשלב דיוני זה בזהירות יתרה. הדברים נכונים ביתר שאת, בשים-לב לחומרת האשמות ולכך שעיקר המחלוקת נוגע לפרטי פרטים, לעיתים לדקויות ממש, במהלך התרחשות קצרת מועד.

47. זו התמונה הכללית. אחדדה ואדגימה להלן, בכמה נקודות בולטות.

48. כך, בתחילת הודעתה הראשונה של המתלוננת, מיום 2.7.2018 (עמוד 4, שורות 66-65), מסרה המתלוננת כי במהלך אותו הערב, עובר למגע המיני ביניהם, ישבו היא והמערער במרפסת באופן **מרוחק** – "אני ישבתי על סוג של ספסל שמורכב מ2 כסאות

מרופדים מחוברים, והוא ישב על אחד הכסאות **ממול**". בהמשך אותה עדות, השתנתה גרסתה של המתלוננת, וכשנשאלה האם בשלב זה היה בינה לבין המערער מגע, השיבה כי הייתה קרבה פיסית, והיה ביניהם **מגע בין הרגליים** שגרם לה לתחושת **אי-נוחות** – "הוא בא להתיישב לידי בכיסאות המחוברים, אני ישבתי כשהרגליים שלי מונחות על הכיסאות בצורה ישרה, הוא התיישב לידי, שם את הרגליים שלו גם על הכסאות, והיה **מגע בין הרגליים** שלנו כזה, לא משהו מכוון ממש... **הרגשתי קצת לא נעים**" (עמ' 15-14, שורות 239-231). לעומת זאת, במהלך העימות שנערך בינה לבין המערער, שלא ביוזמתה, אלא אך במענה לשאלת החוקר "היה ביניכם מגע כלשהו בשלב זה?" ציינה המתלוננת, **לראשונה**, כי בעת שישבו במרפסת "הגעתי למצב **שנשענתי עם הגב עליו**" (עמ' 3, שורות 58-60). בעדותה הראשית בבית הדין הודתה, כי "הסכמתי להישען עליו טיפה **לא ראיתי בזה משהו חריג או שאני אמורה להרגיש בו לא בנוח**" (עמ' 70, שורות 36-37). אף ביחס למשך הזמן, שבמהלכו נשענה על המערער לא היו תשובותיה של המתלוננת עקביות. בעימות מסרה כי נשענה עליו במשך כחצי שעה. בעדותה הראשית בבית הדין קמא ציינה, כי דובר היה "בערך בעשר דקות". לאחר מכן בחקירתה הנגדית ציינה "אני לא יודעת למה אמרתי 10 דקות, זה היה פחות... מניחה ש-3, 7 דקות" (עמ' 130, שורות 31-35), המתלוננת לא סיפקה הסבר לפערים בהערכת הזמנים. פרק זה הוא ראשית הקרבה הפיזית בין השניים. תיאור הדברים שהובא כאן ממחיש, לכאורה, היטב את רצונה של המתלוננת להימנע, תחילה, מלמסור כי נוצרה בין שניהם קרבה פיזית יזומה והדדית, ואת רצונה להציגו ככל שניתן כאירוע קצר של קרבה פיזית מועטה, משהתגלה העניין, שלא ברצונה, ומשנוכחה כי מיוחסת לדבר משמעות.

49. יוזכר, כי לאחר מכן נכנסו המתלוננת והמערער למשרדה של המתלוננת. באופן דומה, גם לגבי עניין זה, עלו סתירות בגרסאותיה של המתלוננת. כך למשל, ביחס לשאלה כיצד היא והמערער נשכבו זה לצד זה על המזרן שבמשרד שינתה המתלוננת את גרסתה. בעדותה במצ"ח מסרה, כי "היינו במשרד, המזרן שלי כבר היה מוכן שמה עם מצעים והכל, הוא ישב על המזרן שלי בקצה שלו מולי, ואני שכבתי הייתי חצי עם הסדין עליי... תוך כדי שהוא דיבר איתי פשוט נרדמתי כנראה... התעוררתי אחרי 10 דקות בערך... וכשהתעוררתי ראיתי שהוא שוכב לידי" (עדות מיום 2.7.2018, עמוד 5, שורות 69-75). לעומת זאת, בעימות מסרה, שלא ביוזמתה, אלא רק במענה לשאלת החוקר "ואז באיזה שלב הוא מצטרף? מה הוא אומר? מה קורה?" – כי המערער אמר לה "אני מצטרף אלייך" (עמ' 5, שורות 87-88). כשעומתה בעדות מאוחרת יותר עם כך שהיא הסכימה כי ישכב לצידה טענה "הוא כן ביקש... פשוט תעשי לי מקום לידך... פשוט אמרתי בסדר" (עדות מיום 10.7.2018, עמ' 8 שורות 122-123). אף במהלך עדותה הראשית בבית הדין קמא הודתה המתלוננת, כי הסכימה לכך, ובמענה לשאלת



התובעת "איך הנאשם נשכב לידך" השיבה המתלוננת "הוא שאל אותי את יכולה לעשות לי מקום אמרתי לו אחרי זמן מה שבסדר". זו דוגמה נוספת לתהליך – דומה כי המתלוננת סבורה כי אם תמסור כי המערער נשכב לצידה בהסכמתה הדבר יחליש את תלונתה, ועל כן היא מוסרת שלל גרסאות, שאינן מתיישבות זו עם זו, באופן שאין מנוס מן המסקנה שלגבי חלקן – לא דבקה, לכאורה, באמת.

50. מגרסאות המתלוננת עולות סתירות אף בעניינים מהותיים, הנוגעים למידת הקרבה בינה לבין המערער, עובר למגע המיני עצמו. כך, בהודעתה במצ"ח הדגישה המתלוננת כי "לא היה מגע אבל היינו נורא קרובים" (עדות מיום 2.7.2018, עמ' 5, שורה 76). לעומת זאת לאחר שהמערער עימת אותה עם גרסתו, שלפיה "היא תפסה את היד שלי עם יד אחת בעדינות וכרכה אותה סביבה בצורה שבה אני אחבק אותה" (עמ' 31, שורות 647-648) שינתה את גרסתה וציינה, כי נגעה במערער – "אולי שאתה שכבת על הגב היד שלי הייתה פה... וזה היה חצי על החזה שלך". כשעומתת עם עניין זה בעדות מאוחרת יותר שמסרה במצ"ח, חזרה בה וטענה "זה לא נכון... ממש לא היה מצב של חיבוק מהצד שלי" (עדות מיום 10.7.18, עמ' 4, שורות 54-56). גרסתה לעניין המגע הוסיפה להתפתח בחקירתה הנגדית בבית הדין קמא – "בזמן שהיינו עם הפנים אחד לשני... יד אחת הייתה ליד הירך שלי צמודה אלי, והיד השנייה על החזה שלי ואז צמודה אליו" (עמ' 157, שורות 6-7), כשהתבקשה להבהיר את העניין ציינה, לראשונה, "גב כף היד שלי אל החזה שלי ואז כף היד נוגעת בו" (שם, שורה 27). המתלוננת עומתת עם כך שמדובר בעובדה מפתיעה והסבירה, כי "היד שלי הייתה שם מעט זמן, זה לא היה מספיק בולט" (עמ' 158, שורה 18). עיקר תשובתה של המתלוננת בחקירה ובעימות, לטענת המערער כי החדירה הייתה התפתחות של יחסי הקרבה ביניהם, הייתה כי המערער לא היה יכול להסיק כי רצונה ביחסי מין מלאים, שכן לא היה ביניהם, עובר לחדירה, כל מגע פיזי אינטימי. הרצון שלא לחשוף את העובדה כי גם היא נגעה במערער ומשנחשפה – לגמדה – נועד, כך נראה, לחזק את הטיעון הזה. דומה כי משעלו העובדות ולמעשה אושרו על-ידי המתלוננת – יש בהן לחזק, לכאורה, דווקא את גרסת המערער, לגבי ראייתו שלו את מהלך הדברים.

51. אף ביחס לעניין הכנסת ירכו של המערער בין רגליה של המתלוננת קיימת סתירה מהותית בדבריה. בעדותה מיום 10.7.2018 תיארה המתלוננת את האירוע: "הוא ממש חיבק אותי עם 2 הידיים שלו סביבי בכוח, והירך שלו הייתה בין הירכיים שלו, וכל פעם שהוא הידק את האחיזה, הוא דחף את הירך טיפה אחורה קדימה לכיוון האיבר מין, סוג של משחק כזה... זה היה רוטציה חוזרת, כל פעם הוא הרפה, כל פעם הוא הרפה, אני טיפה זזתי והוא הידק שוב את האחיזה" (עמ' 5, שורות 70-75). בעימות מסרה "זה היה מן חזרה כזאת ש... כאילו... עוד פעם ואז עוד פעם ואז עוד פעם" (עמ' 7, שורות

141-142). כשעומתה עם תיאור זה בחקירתה הנגדית חזרה בה המתלוננת מגרסה זו וציינה "אני לא זוכרת שהעדתי את זה, אין סיבה שאעיד את זה כי זה לא קרה. הוא לא הכניס את הירך בין הרגליים כמה פעמים קדימה ואחורה, הוא לא עשה את זה" (עמ' 148, שורות 10-11). לפי גרסתה בבית הדין, המערער הכניס את ירכו בין הרגליים רק פעם אחת. כאן ניכר פער לא מובן ולא מוסבר בין גרסאות שונות, שמטיל צל על יכולת ההסתמכות על דבריה של המתלוננת, ודאי כשמדובר בניתוח גרסאות השניים לגבי פרטים דקים של האירועים.

52. כך, גם בנוגע לאשר ארע במהלך האקט המיני עצמו חלה התפתחות משמעותית בגרסתה של המתלוננת. על-פי גרסתה במצ"ח, בעימות ובחקירתה הראשית, במהלך האקט המיני שאל אותה המערער האם היא נוטלת גלולות למניעת הריון והיא השיבה, כי היא במחזור – "אלו המילים שהצלחתי להוציא מהפה שלי כי כל האקט **שכבתי לא דיברתי לא נשמתי לא זזתי** כמו שהעדתי כבר, לאחר שנגמר האקט הוא פשוט נשכב לידי והייתה שיחה ופתחנו את עניין הגלולות". בדומה, מסרה בעדותה במצ"ח "בעיקר **קפאתי**, שאלתי אותו מה הוא עושה, ומעבר לזה לא הצלחתי להגיב, הייתי **קפואה**, וזה נגמר ממש מהר אז **לא הספקתי להתאפס על עצמי** אפילו" (עדות מיום 2.7.2018, עמ' 22 שורות 365-366). המתלוננת מתארת תחושת קיפאון, שמנעה ממנה לדבר או להתנגד בין אם באופן מילולי או פיסי. המתלוננת נשאלה בעדותה במצ"ח "האם הראית רצון או שיתוף פעולה כלשהו במהלך כל האקט" והשיבה שלא. כן נשאלה האם המערער "אמר משהו מתחילת כל האקט עד סופו פרט למה שאמר בעניין הגלולות" והשיבה בשלילה. יחד עם זאת, בחקירתה הנגדית, עלה, **לראשונה**, כי במהלך האקט המיני התקיים, לכאורה, שיח בין המערער לבין המתלוננת ביחס לשאלה היכן המערער יגיע לפורקן מיני. לפי דבריה, "הסתכלתי לראות אם הוא **הקשיב** לי בזמן האקט שהוא שאל אותי אם אני על גלולות או לא ואני רציתי לראות אם הוא **הקשיב לי לגמור בחוץ**" (עמ' 229, שורות 23-27). הנה כי כן, חרף טענותיה החוזרות ונשנות, כי קפאה ולמעט עניין הגלולות "לא דיברתי, לא נשמתי", עולה, לכאורה, כי במהלך האקט המיני הוחלפו בין השניים דברים, המתלוננת ביקשה מהמערער שיגיע לפורקן מיני מחוץ לאיבר מינה, ולאחר שהסתיים האקט המיני ביקשה לוודא שהמערער שעה לבקשתה, ולשם כך בחנה האם יש זרע על חולצתו. מדובר בהתפתחות מהותית. כזכור, המחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת לשאלת הסכמתה של המתלוננת למגע המיני. חילופי דברים אלו, עשויים, לכאורה, ללמד על שיתוף פעולה של המתלוננת עם המערער במהלך האקט המיני. המתלוננת לא ציינה עובדה זו בשום שלב של החקירה, לא במהלך עדויותיה במצ"ח, לא בעימות ואף לא בעדותה הראשית בבית הדין קמא, אלא, **לראשונה**, רק במענה לשאלת הסנגור בחקירה הנגדית. עניין זה, אשר נוגע למצב

התודעה של המתלוננת במהלך האקט המיני, סותר, לכאורה, דברים שמסרה המתלוננת עצמה והוא אף סותר את הדברים שמסרו עדי התביעה, שלהם סיפרה המתלוננת על האירוע. כך למשל, במהלך העימות השיבה המתלוננת לשאלת המערער האם ישנה באותו הזמן, כי "ישנתי. אמרתי את זה גם קודם. כן" (עמ' 36, שורה 768). אולם, בשלבים אחרים בעימות סתרה עצמה וטענה "שתבין שאני הייתי ערה, שאני הייתי מודעת לכל הדברים האלה" (עמ' 36, שורות 760-761). זאת ועוד, חברתה של המתלוננת מהיחידה, נ' א', שלה סיפרה המתלוננת למחרת האירוע על שאירע, ציינה בעדותה במצ"ח, כי המתלוננת אמרה לה ש"היא נרדמה ושהיא התעוררה היא גילתה שהוא גמר בפנים". אף סרן נ' מ', קצין ביחידתה של המתלוננת מסר בעדותו במצ"ח, כי המתלוננת אמרה לו ש"היא לא ממש הרגישה כי היא הייתה נורא עייפה". דברים אלו עומדים בסתירה לדברים שמסרה המתלוננת, כאמור, בחקירתה הנגדית. בשלב זה, לאחר שנשמעה עדותה, מתקשה אני להבין מה גרסתה של המתלוננת לעניין מצב הערות שלה ולגבי מידת התקשורת שלה עם המערער ותוכנה. קשה לקבוע על איזו מן הגרסאות ניתן לסמוך ממצאים לכאורה, בשלב זה. חלק מן הגרסאות בעניין עשויות לתמוך ממש בגרסתו של המערער כי טעה לחשוב כי המתלוננת חפצה ביחסי המין או למצער, להקים ספק בעניין (כידוע "אף הסכמתו של המתלונן לקיום מגע מיני, עשויה להילמד מכלל הנסיבות ומהתנהגותו" (ראו והשוו: ע"פ 252/99 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג"ד (5) 88 (1999); ע/12/07 **סג"ם פנחס נ' התובע הצבאי הראשי** (2007); ע/49/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ג' כ' (2017)**)).

53. יצוין גם, כי במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת עלו, לראשונה, פרטים חדשים נוספים: סרטון שהציגה המתלוננת במכשיר הטלפון הנייד שלה, שבו נראה המערער שר למתלוננת באותו הערב, לפני המגע המיני, ואשר לא נזכר קודם ולא הועבר לתביעה מעולם; כן עלה לראשונה, כי על תחתוניה של המתלוננת הייתה תחבושת היגיינית. יוזכר בהקשר זה, כי בעדותה במצ"ח מסרה כי לבשה תחתונים "בלי תפר, זה תחתון ממש דק ככה **שמרגישים הכל**" (עדות מיום 2.7.2018, עמ' 6, שורה 100). בעימות סתרה עצמה כאשר השיבה לשאלת החוקר "איך בעצם התחתון שלך אז הצדה?" כי "אני לא יודעת להגיד לך בדיוק. **לא הרגשתי**. פשוט... או שכן. פשוט אז הצדה" (עמ' 19, שורות 397-399). למעשה, עד לחקירתה הנגדית לא הזכירה המתלוננת את עניין התחבושת ההיגיינית. ואף זאת, במהלך חקירתה הנגדית הודתה המתלוננת, לראשונה, ובמענה לשאלת הסנגור, כי לאחר שהמערער הגיע לפורקן מיני, שוחחה עמו על ההיסטוריה המינית שלה. המתלוננת לא הצליחה לספק הסבר מניח את הדעת, מדוע לא סיפרה על כך קודם לכן, מדוע תיארה תיאור ממעט של השיחה ומדוע שוחחה עם מי שזה עתה ביצע בה, לכאורה, מעשים בניגוד לרצונה, על ההיסטוריה המינית שלה

עם גברים. מדובר בפרטים שהמתלוננת, כאמור, לא ציינה בשום שלב של החקירה ואף לא בעדותה הראשית. גם עניינים אלה, כשלעצמם ובהצטברותם, אין ניתן לפטור בשכחה בלבד.

54. לכל אלה מצטרף עניין מחיקת תכתובות ה"ווטסאפ" על-ידי המתלוננת, שלטעמי ראוי לתת לו משקל של ממש, בהערכת הראיות לכאורה והתהיות לגביו לא הוסרו, בעדותה של המתלוננת בבית הדין.

55. כידוע, הכלל הוא כי בשלב המעצר עד תום ההליכים אין להכריע בשאלת מהימנות העדים ואין לדקדק בנוגע לסתירות העולות מדבריהם, אלא יש לבחון את חומר החקירה "על פניו" (בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 151 (1996); בש"פ 3961/06 **זיאד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.5.2006); בש"פ 3176/05 **אבוטראש נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 12.4.2005)). ואכן, ככלל, די בגרסת המתלוננת ובעדויות התומכות בה כדי לבסס קיומן של ראיות לכאורה, לצורך מעצר עד תום ההליכים. אלא, שלצד הכלל הרחב ישנם חריגים, שבהתקיימם יהא זה מוצדק להידרש לשאלות של מהימנות ומשקל כבר בשלב המעצר. בעניין קריף נקבע, כי:

"בשלב בחינת התשתית הראייתית לא יידרש בית המשפט לטענות הנוגעות למהימנות או למשקל הראיות, אלא במקרים חריגים, כאשר חומר הראיות מגלה על פניו סתירות או פרכות מהותיות, המלמדות על חולשה בולטת בתשתית הראייתית" (בש"פ 6130/17 קריף נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.8.2017); ראו גם בש"פ 6838/07 **דחלה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 15.8.2007); בש"פ 8623/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 30.12.2015); ע"מ/29/13 **טור' טדסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)) [ההדגשה הוספה – ד' פי].

56. בענייננו, כזכור, קבעה השופטת הנכבדה כי לאור הסתירות והתמיהות בגרסתה של המתלוננת, שעליהן הצביעה ההגנה, יש חשיבות יתרה לשמיעת עדות המתלוננת ולקבלת התייחסויותיה לגביהם בבית הדין קמא. לפיכך, נקצב מעצרו של המערער עד לאחר שמיעת עדותה. כמפורט לעיל, שלא כקביעת בית הדין קמא, אני סבור, כי עדותה של המתלוננת בבית הדין לא פתרה את התהיות שעליהן עמדה השופטת הנכבדה בהחלטה. אדרבא – רבו, לכאורה, הסתירות והתמיהות; צצו עובדות שלא היו ידועות קודם, חלקן מאירות את עדות המתלוננת, באופן כללי, וחלקן מאירות נקודות עובדתיות קונקרטיות חשובות, באור חדש, שעשוי לתמוך בגרסת המערער. גרסתו של המערער קיבלה תימוכין בכמה מתשובותיה של המתלוננת, בעניינים שבליבת המחלוקת, שעליהם נתנה המתלוננת תשובות שונות בחקירה. סיכומם של דברים, לראייתי, לאחר שנשמעה עדותה של המתלוננת, כורסמה עוצמת הראיות, לכאורה,

באופן משמעותי. אדגיש, כי זו ראייתי את חומר הראיות והפרוטוקול הכתוב, כתמונתו בשלב זה. אין בדבר תחליף לניתוחה של הערכאה הדיונית, ששומעת את המסכת הראייתית כולה, ומתרשמת מן העדים באופן בלתי אמצעי.

57. בעניין **בנישו** נקבע, כי בקיומה של חולשה בחומר הראיות יש כדי להצדיק לשקול ביתר שאת הסתפקות בחלופת מעצר:

"במקרים שאינם מעטים קיימות אמנם ראיות לכאורה באופן טכני, אך הן בעייתיות במידה המצדיקה, כשלעצמה או בהצטרפה לשיקולים נוספים, לשקול ביתר שאת להסתפק בחלופת מעצר... מכאן איפוא כי גם כאשר קיימות ראיות לכאורה... מקום שהראיות לכאורה הן בעייתיות, חלשות או גבוליות, או כאשר קשה להעריך את עוצמת הראיות לכאורה או את סיכויי ההרשעה, יש לשקול, במשנה תוקף וביתר שאת, להסתפק בחלופת מעצר, גם במקרים שבהם אלמלא הבעייתיות של הראיות לכאורה, לא היה מן הראוי להסתפק באותה חלופה" (ע"מ/11/02/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' בנישו** (2002); ע"מ/2/13/13 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל איזרלוב** (2013); וכן בש"פ 3138/05 **חסיד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.5.2005)).

כך קבע אף בית המשפט העליון בעניין **חסיד** לעיל –

"קיימת 'מקבילית כוחות' בין עוצמת הראיות לכאורה לבין מידת ההגבלה על חירותו של הנאשם. ככל שעוצמת הראיות קטנה יותר ובחינת חומר החקירה, אפילו בשלב הלכאורי, מעוררת ספקות וסתירות, כך תגדל הנכונות לשחרר לחלופת מעצר".

### התמשכות ההליכים

58. אכן, ברגיל, כשמדובר בעבירה של אינוס מתקיימות היו בענייננו, במלוא עוזן, עילות מעצר של מסוכנות, מלבד במקרים חריגים (ראו למשל והשוו: בש"פ 3281/04 **מדינת ישראל נ' סבן** (טרם פורסם, 2.4.2004)). בנסיבות שבהן מדובר במעשים שנעשו בתוככי יחידה צבאית, מתקיימת, ככלל, עילת מעצר של מסוכנות, בשל החשש להישנות מעשה העבירה בסביבה שבה משרתים בצוותא הנאשם וקורבנו, כמו גם חיילות נוספות (ראו ע"מ/30/13/13 **סמל איזרלוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)). יחד עם זאת, בע"מ/72/08/08 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' פרג'ון** (2008) קבע בית-דין זה, כי:

"ככל שמתארכת תקופת המעצר (באורח מוחלט ואף באופן יחסי לעונש הצפוי) מתגברת תחושת אי הנוחות המלווה את החזקת הנאשם במעצר סגור. בד בבד מתקחות עילות המעצר, אלו שעניינן מסוכנות ובמיוחד אלו שעניינן פגיעה במשמעת הצבא".

59. אכן משפטו של המערער מתנהל בקצב משביע רצון, אולם דומה, כי שמיעת הראיות צפויה להימשך פרק זמן לא מבוטל בשל הצורך לשמוע עדים רבים – עדי תביעה, שצפוי, כהצהרת הסנגורים, כי יחקרו באריכות וכן צפויה להישמע בהרחבה פרשת ההגנה. בנסיבות הייחודיות שלפניי, סברתי, כי החולשה בראיות לכאורה, יחד עם התמשכות ההליכים הצפויה, מצדיקים הסתפקות בחלופת מעצר. משכך, הוריתי על שחרורו של המערער למעצר פתוח.

### שאלת איסור הפרסום

60. סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (והמקביל לו במערכת השפיטה הצבאית, סעיף 324 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955) קובעים את עקרון הפומביות כעקרון חוקתי מרכזי ביסוד שיטתנו המשפטית, ועל-פיו "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק". עיקרון זה מורה, כי הליכים משפטיים יתנהלו בפומבי ובדלתיים פתוחות, לעיני הציבור הרחב. על מעמדו הרם של עקרון-על זה ועל חשיבותו עמד בית המשפט העליון פעמים רבות (ראו: בש"פ 8698/05 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(3) 168 (2005); בש"פ 2322/13 **אברהם נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.5.2013); וכן פסיקת בית-דין זה: עלב"ש/114/16 **טור' ג' כ' נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); עלב"ש/137/11 **רס"ן קבלו נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

הרציונאלים שעומדים בבסיס העיקרון פורטו בהרחבה בע"פ 10994/08 **מדינת ישראל נ' תורג'מן**, פ"ד סג(1) 481 (2009):

"עקרון זה משתלב בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת, הניצבות ביסוד המשטר הדמוקרטי. עקרון פומביות הדיון המשפטי מהווה השתקפות של ערכים אלה, ונועד להבטיח משטר שיפוטי תקין, המגן על זכויות אדם, תוך הבטחת שקיפות ביחס לפעולתן של המערכות השלטוניות. פומביות הדיון מבטיחה קיומן של בחינה וביקורת ציבורית על המתרחש במערכות המשפט ועל פעילותן של המערכות הציבוריות האחרות. הביקורת הציבורית מאפשרת איתור ותיקון ליקויים הנחשפים. חשיפת הליכי דיון ושפיטה לעין הציבור היא חלק מתפיסת ההגינות של ההליך השיפוטי, והיא מגבירה את אמון הציבור ברשויות השלטון, ומאפשרת ביקורת ציבורית אמיתית על פעולתן".

61. המחוקק קבע נוסחת איזון, שלפיה, על דרך הכלל, ינוהל ההליך המשפטי בפומבי, וכפועל יוצא יפורסמו שמותיהם של בעלי הדין. לאור זאת, קבע בית המשפט העליון,

כי את החריגים לעקרון פומביות הדיון, יש לפרש בצמצום – "ולעולם תיטה הכף אל עבר פומביות הדיון" (ע"א 5185/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מרום**, פ"ד מט(1) 318 (1995)).

62. אף על פי כן, עיקרון פומביות הדיון איננו מוחלט. סעיפים 68(ב) ו-70(ד) לחוק בתי המשפט (וסעיף 325 לחוק השיפוט הצבאי, המקביל) מונים רשימת חריגים, שבהתקיימם ניתן לאסור פרסום, ובכך מבטאים הם איזון בין האינטרס לדיון פומבי לבין זכויות ואינטרסים אחרים. סעיף 325(ה) לחוק השיפוט הצבאי קובע כדלקמן:

"בית הדין רשאי לאסור כל פרסום בקשר לדיוני בית הדין, אם ראה צורך בכך לשם הגנה על בטחונו של נאשם, של עד או של אדם אחר ששמו הוזכר בדיון או לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיות של אחד מהם".

על החשוד או על הנאשם המבקש לאסור את פרסום פרטיו רובץ הנטל להוכיח, כי הפרסום יגרום לו **נזק חמור** וכי הצורך במניעת אותו הנוזק גובר על האינטרס הציבורי שבפרסום (ראו: עניין **אזולאי** לעיל, ובש"פ 1071/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.2.2010)).

63. בפסיקה נקבע, כי בתיקי עבירות מין מתעצם האינטרס שבפרסום פרטי החשוד או הנאשם, הן מתוך צורך להזהיר את הציבור מפניו והן מתוך הנחה כי פרסום שמו יעודד קורבנות עברה נוספים לבוא ולהתלונן (ראו בש"פ 1105/05 **כהן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2.2.2005)). יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שחומרת המעשים בעברות מין, משליכה גם על חומרת הפגיעה האפשרית בנאשם שפרטיו פורסמו, אם יזוכה בסופו של דבר. אכן, פרסום פרטיו של כל נאשם גורם כתוצאה נלווית טבעית לפרסום, לפגיעה בשמו הטוב ובפרטיותו. אולם, מעצם טבען של עברות המין, יש בפרסום שמו של מי שנאשם בעשייתן כדי לפגוע בשמו הטוב פגיעה חמורה מאוד.

64. בבוא בית הדין לערוך את מלאכת האיזון כאמור, עליו להביא בחשבון את כלל השיקולים, וביניהם מהות המעשים המיוחסים למבקש ומידת חומרתם, מידת התועלת שיש בפרסום פרטיו וכן עוצמת התשתית הראייתית. אשר לסוגיית עוצמת הראיות כשיקול בשאלת איסור הפרסום נקבע בפרשת **פרי**, כי-

"אמות המידה בעניין זה פורטו על ידי בית משפט זה בעבר בבש"פ 5759/04 הנ"ל... ושם נקבע שבית המשפט... ייתן... את דעתו למשקלן של הראיות המצויות בידי התביעה... כל אלו הן אמות המידה שינחו את בית המשפט בדרכו אל ההכרעה השיפוטית ולא נותר לנו אלא לצקת בהן תוכן לאור נסיבות המקרה שבפנינו... כן, יש טעם בשמיעת הבקשה על ידי שופט חיצוני לשופטי המותב לאור היזקקותו של בית המשפט במסגרת הבקשה לעברו הפלילי של הנאשם ולבחינת הראיות התומכות

באמור בכתב האישום" (בש"פ 2484/05 פרי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.7.2005)).

דברים דומים נקבעו גם בפסיקת בית-דין זה-

"שיקול, אשר עשוי להגביר את הנטייה למנוע את הפרסום הינו חולשה ראייתית, עד כמה שזו עולה מחומר הראיות שנאסף בחקירה. חולשה ממשית בחומר הראיות עשויה, במקרים מתאימים, להצדיק את איסור הפרסום, מקום בו הפרסום עשוי לגרום לפגיעה קשה" (עלב"ש/1/10 התובע הצבאי הראשי נ' סמל רוזנצוויג (2011)).

בעניין מ' מ' עמדתי על כך ששיקול זה הוא רק אחד מבין שורה של שיקולים שאליהם יש להידרש במסגרת נוסחת האיזון, וקבעתי כי:

"רק במקרים מיוחדים, שבהם משתכנע בית המשפט כי התשתית הראייתית הוחלשה במידה ניכרת, ובהידרשו ליתר השיקולים הצריכים לעניין, יכול בית המשפט לאסור, כחריג לכלל הרחב, את פרסום שמו של הנאשם" (עלב"ש/12/12 רס"ר מ' מ' נ' התובע הצבאי הראשי (2012)).

65. בענייננו, המערער מואשם בעברות מין חמורות, ובראשן עברת האינוס. אמנם, לא מצאתי, כי המערער הצביע על נזק חמור שעלול להיגרם לו, לפחות לא כזה המצדיק, כשלעצמו, את איסור הפרסום. הפגיעה הצפויה למערער כתוצאה מפרסום פרטיו, כמו לכל נאשם, היא תוצאה נלווית טבעית ומצערת לפרסום (ראו בש"פ 8698/05 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 168 (2005) וכן ראו והשוו: עניין מ' מ' לעיל).

66. יחד עם זאת מצאתי, כמפורט בהרחבה לעיל, כי המסד הראייתי נחלש. פוטנציאל ההרשעה אינו מובהק. בנסיבות אלה, בשים-לב לטיב העבירות המיוחסות ולחומרתן, ולהיות המערער צעיר בעל רקע נורמטיבי, סברתי כי באיזון הדברים, ומשעצם קיום הפרשה ופרטיה לא נאסר לפרסום, ראוי להורות על איסור פרטיו המזהים של המערער עד למתן הכרעת הדין. אז ניתן יהיה לבחון העניין שוב.

67. לפיכך, מצאתי לנכון לקבל את ערעור ההגנה ולהורות על איסור פרסום פרטיו המזהים של המערער עד למתן הכרעת הדין בענייננו.

#### הבקשה בדבר מקום המעצר הפתוח

68. ביום 7.11.2018 הוריתי, כי המערער ישהה במעצר פתוח בבסיס יחידה XXX בחיל האוויר. הדגשתי, כי כחלק מתנאי השחרור נאסר על המערער או על מי מטעמו, ליצור קשר עם המתלוננת או עם מי מעדי התביעה, במישרין או בעקיפין, בעל-פה, בכתב או באמצעות מדיה אלקטרונית.



69. מאז מתן ההחלטה ועד לפרסום הנימוקים פנתה ההגנה (ב"ש 81/18) וביקשה להורות, כי המערער יועבר למעצר פתוח ביחידתו, להק כ"א במחנה "רבין". ההגנה הדגישה, כי בהחלטתי קבעתי, כי מאחר שהמתלוננת עודה משרתת במפקדת חיל האוויר במחנה "רבין", ישוחרר המערער למעצר פתוח ביחידה אחרת. לפיכך, לשיטתה, מששוחררה המתלוננת משירות צבאי, אין מניעה להורות על החזרתו של המערער למעצר פתוח ביחידתו.

70. התביעה הצבאית התנגדה לבקשה. נטען, כי קיימים עדי תביעה רבים, המשרתים ביחידתו של המערער, אשר טרם העידו במסגרת פרשת התביעה. צוין גם, כי גורמי יחידתו של המערער מסרו, כי "אין באפשרותם להחזיק חייל במעצר פתוח, בשל היותם יחידת מטה".

71. משנמסר מגורמי יחידתו של המערער, כי אין באפשרותם לקלוט את המערער ביחידתם בתנאי מעצר פתוח, ומשמדובר ביחידה אחרת של חיל האוויר המצויה אף היא במרכז, מצאתי שלא לשנות מהחלטתי בעניין. המערער יוותר במעצר הפתוח, בבסיס יחידה XXX בחיל האוויר, שבו הוא מצוי כעת.

ניתנו בלשכה היום, ב' בטבת התשע"ט, 10 בדצמבר 2018, ויועברו לצדדים על-ידי מזכירות בית הדין הצבאי לערעורים.

אלוף	דורון	פיילס
נשיא	בית הדין	הצבאי
ל	ע	ר
ע	ר	ע
ר	ו	ר
י	ר	י
ס		

חתימת המגיה:	העתק	נאמן	למקור
	סרן	קורל	מכני
תאריך:	קצינת	בית	הדין