# בבית הדין הצבאי המחוזי

## בתיק צפון (מחוזי) 201/20

**לפני ההרכב:** סא"ל חיים בלילטי - אב"ד

סא"ל רינת לוי-מוסקוביץ' - שופטת

סרן מאמיי אסמאאו - שופטת

### בעניין:

התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ קמ"ש שי שטרומינגר)

# נגד

מיל/XXX רס"ל ת' ד' ב' ע' (באמצעות סרן (במיל') מיכאל כרמל וסרן יוסי אלבז)

הכרעת דין

רקע כללי כתב האישום והכפירה

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין מעשים אותם ביצע לפי הנטען כלפי רב"ט ה' (להלן: "**המתלוננת**") במהלך חודש דצמבר 2019.
2. **בפתח הכרעת הדין אנו מודיעים כי מצאנו לזכות את הנאשם מן המיוחס לו, מחמת הספק.**
3. הנאשם והמתלוננת שירתו בבסיס משותף. הנאשם שירת כחובש והמתלוננת שירתה כמדריכה. ביום 31.12.2019 פנה הנאשם למתלוננת על מנת לתאם עמה מפגש בשטח הבסיס. כנטען, הציע הנאשם להיפגש במרפאה על מנת לשהות עם המתלוננת במקום מבודד. המתלוננת נעתרה להצעה ובשעות הלילה של אותו היום הגיעה לאזור המרפאה. תחילה שהו השניים מחוץ למבנה המרפאה, אך לאחר שהנאשם הציע כי ייכנסו פנימה לתוך המבנה הסכימה המתלוננת, אשר סבלה מן הקור, ונכנסה עמו. הנאשם נעל את הדלת לאחר הכניסה. בעודם ישובים בחדר הקבלה של המרפאה שאל הנאשם את המתלוננת האם "*מימשה את הסילבסטר*". המתלוננת שאלה לכוונתו והנאשם שאל האם התנשקה עם מישהו באותו ערב. היא השיבה בשלילה וכאשר שאל הנאשם "*אז אולי נממש את זה*?" השיבה לו המתלוננת שוב בשלילה. זמן מה לאחר מכן, סמוך לחצות הלילה נשק הנאשם למתלוננת על פיה.

לאחר מכן, קמה המתלוננת ונכנסה לחדר הטיפולים במרפאה. הנאשם הלך אחריה. היא התיישבה בכיסא בחדר והנאשם נעמד לידה והחל לעסות את כתפיה. בתגובה אמרה לו "*אני לא אוהבת שעושים לי מסאז' ושנוגעים בי*". חרף הדברים הוסיף הנאשם לעסות את המתלוננת בכתפיה ועל כן קמה מן הכיסא ועברה לשבת על מיטת הטיפולים שבחדר. הנאשם קרב אליה, השכיב אותה על המיטה, שכב מעליה, אחז את ידה וניסה לקרבה אל איבר המין שלו. המתלוננת קפאה על המיטה והטתה ראשה הצידה אל הקיר. הנאשם המשיך במעשיו, הצמיד את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת ואז החל מחכך את איבר מינו באיבר מינה, תוך ביצוע תנועות המדמות קיום יחסי מין. בתוך כך, פתח הנאשם את רוכסן הפיג'מה שלבשה באזור החזה, כך שחשף את חזה עד לחלקה התחתון של החזיה שלבשה. המתלוננת ניסתה לסגור את הרוכסן בחזרה ללא הצלחה. הנאשם אף נגע בחזה של המתלוננת באמצעות ידיו ופיו. לאחר זמן מה, חדל ממעשיו וקם. אז קמה המתלוננת מן המיטה, סגרה את רוכסן הפיג'מה והלכה מן המקום. בגין השתלשלות עובדתית נטענת זו יוחסה לנאשם עבירה של מעשה מגונה כאמור.

1. עבירה של התנהגות שאינה הולמת יוחסה לנאשם בגין מעשיו האמורים לעיל ונוכח מעמדו ודרגתו כנגד בשירות קבע. נוסף על כך, נטען בכתב האישום כי בראשית חודש דצמבר 2019, בין 2 בדצמבר 2019 ליום 4 בדצמבר 2019, במהלך "שבוע הקמה" של מדור בו שירתה המתלוננת, נהג הנאשם כלפיה באופן בלתי הולם; על פי הנטען, באותו מועד חשה המתלוננת שלא בטוב והנאשם נקרא לסייע לה מתוקף תפקידו כחובש. בעת שעמדו שהשניים מחוץ לרכב מסוג "האמר" ששהה במקום שאל הנאשם את המתלוננת שאלות שונות שאינן הולמות כגון האם קיימה יחסי מין בעת האחרונה, האם היא בהיריון והאם יש לה חבר. זאת לנוכח רצונו לברר את האפשרות לקיים עמה מערכת יחסים.

בהמשך, נוכח מזג האוויר הקר ששרר במקום, פתח הנאשם שקיות חימום והצמיד לפניה של המתלוננת שקית חימום. המתלוננת שהחזיקה בידיה שתי שקיות חימום, מסרה כי היא יכולה להחזיק את שקיות החימום בעצמה, אך הנאשם המשיך להחזיק את שקית החימום, הצמידה ללחיה של המתלוננת ואף הצמיד שקית חימום נוספת לעורפה.

1. הנאשם כפר בעבירות המיוחסות לו. הוא לא כפר במפגש בינו לבין המתלוננת בליל השנה החדשה, אך טען כי מה שאירע בינו לבינה באותו לילה היה, **לפי** **הבנתו**, **בהסכמתה** **המלאה**. הנאשם כפר בנתונים עובדתיים שונים שפורטו בכתב האישום. עוד נטען כי בשלב שבו המתלוננת הפנתה את מבטה הצדה באופן שנראה לנאשם מוזר, הנאשם **חדל** מלגעת בה. אשר לעבירת ההתנהגות שאינה הולמת טענה ההגנה כי חילופי הדברים בין השניים אינם בגדר התנהגות שאינה הולמת וכי מכל מקום לולא העבירה המיוחסת בכתב האישום, לא היה בשאלות ששאל הנאשם כדי להביא להגשת כתב אישום בהתאם למדיניות התביעה הצבאית.
2. כתב האישום נסמך בעיקרו על גרסת המתלוננת. גרסת הנאשם לאירוע העיקרי המתואר בכתב האישום היא כי המדובר במגע מוסכם לפי הבנת הנאשם. גרסאותיהם של המתלוננת ושל הנאשם מקימות אפוא מחלוקת עובדתית ממוקדת, בה עלינו להכריע.
3. נציג את גרסאות המתלוננת והנאשם הן לפנינו והן בחקירותיהם המשטרתיות, לרבות את העימות ואת שיחת הכיסוי אשר נערכו במסגרת החקירה. בשלב הבא נקבע ממצאי מהימנות לגבי כל אחד מהם, תוך שנתייחס גם ליתר הראיות שהובאו לפנינו. לאור ממצאי המהימנות נקבע את ממצאי העובדה, ונבדוק האם עלה בידי התביעה להוכיח ברמה הנדרשת בפלילים את המיוחס בכתב האישום.

עיקרי גרסת המתלוננת

1. המתלוננת ה' העידה בפנינו על פני חמש ישיבות שונות. היא שירתה בצה"ל כמדריכה. את הנאשם הכירה כלוחם ובעל תפקיד במרפאת הגדוד, מתוקף היותו חובש במהלך 'שבוע מקצועות' בסוף שנת שירותה הראשונה.
2. במהלך פעילות בשבוע ההתמחות של המדור שלה, חשה כאבי בטן עזים ופנתה לנאשם לבדיקת חובש. היא לא פנתה לרופא משום שלא היה רופא בתרגיל. הנאשם שאל אותה מספר שאלות אשר עסקו בין היתר בנושא קיום יחסי מין והריון, אותן מצאה לא לגיטימיות, נתן לה כדור נגד כאבי בטן והורה לה להימנע מפעילות. היא אישרה בחקירתה הנגדית שיכול להיות שהנאשם שאל האם קיימה יחסי מין **לאחרונה**.
3. לאור מזג האוויר הקר, נותרה המתלוננת בהאמר יחד עם הנאשם ועם נהג ההאמר (להלן: "**נתנאל"**). בהאמר ישבה בצמוד לנאשם שישב לצדה, וזאת להצעתה שבאה מתוך אכפתיות בשל הקור ששרר. במהלך שהותה בהאמר שוחחה עם הנאשם. השיח היה שטחי ולא עמוק. היא חידדה כי לא ביקשה כל מגע עם הנאשם, וכי אינה זוכרת שהניחה את ידה על רגלו או נשענה עליו. תחושתה לאחר השיחה הייתה מוזרה ומעט לא נעימה.
4. במהלך הישיבה בהאמר, שם הנאשם שקיות חימום על לחיה וכן בין הצוואר לעורף. לדבריה, אף כי אמרה לו שהיא יכולה להחזיקן בעצמה, התעקש הנאשם להחזיקן עליה. כן אמר כי יהיה לה הכי נעים לשים "*את זה*" בין שדיה, וכתוצאה מכך היא חשה מוטרדת. בחקירתה הנגדית ציינה העדה כי אין היא שוללת שהנאשם אמר לה לשים את זה בחזה, שכן מבחינתה זה אותו הדבר. עוד ציינה כי לא אמרה לנאשם "*עזוב אותי אל תשים את זה*" כששם על פניה את השקיות, כי אינה אדם אגרסיבי ולכן לא תפנה אליו בצורה כזו.
5. לשאלת התובע סיפרה המתלוננת כי לא היו לה שיחות טובות עם הנאשם לפני האירוע במרפאה וכי דבריו לפיהם היה להם קשר חברי, אינם נכונים (פרוטוקול בעמ' 68 ש' 25). הקשר עם הנאשם לא היה שונה מהקשר שלה עם כל גבר אחר, לא משהו אישי במיוחד (עמ' 91 ש' 11), ומלבד הפעמיים שהיו מפגשים בשטח, לא היה ביניהם שום שיח (עמ' 110 ש' 12).
6. את האירוע השני שהתרחש בין השניים תיארה המתלוננת כשהיא דומעת. היא מסרה, כי בין יום 31.12.19 ליום 1.1.20 קיבלה הודעה מהנאשם שהציע לה לשבת לדבר, והשניים קבעו להיפגש בערב לאחר סיום השמירה שלה ואירוע בלתי מתוכנן נוסף שלו. הנאשם שאל היכן ייפגשו, והיא השיבה שייפגשו מחוץ למשרד של מפקד המגמה. הנאשם הציע שיישבו במרפאה, והשניים אכן נפגשו מחוץ למרפאה לאחר חצות הלילה. בחלוף מספר דקות הציע הנאשם להיכנס למרפאה ולהדליק חימום, שכן היה קר. המתלוננת הסכימה. הנאשם נעל את הדלת, אך היא לא ייחסה לכך חשיבות. היא ציינה כי הלכה למרפאה מרצונה, אך מה שקרה בתוך המרפאה לא היה מרצונה.
7. תחילה, ישבה המתלוננת מול הדלת ואילו הנאשם ישב מולה, כאשר ביניהם שולחן. הנאשם שאל אותה "*אם מימשה את הסילבסטר*". כששאלה אותו לפשר העניין השיב כי כוונתו האם התנשקה עם מישהו. אז, שאל אם ברצונה לממש את הסילבסטר, והיא השיבה "*בצורה נחמדה ויפה שלא, הכל עבר בסדר, אין צורך*". הנאשם הציע לממש את הסילבסטר בשעה 11:11:11 והיא השיבה שהסילבסטר עבר. כשהגיעה השעה היעודה נישק אותה הנאשם. אז, עברו השניים לחדר השני. המתלוננת ציינה בחקירתה הנגדית, כי הבינה למה הנאשם נעל את הדלת כשאמר שהוא רוצה לממש את הסילבסטר, וכי חשבה שהוא רוצה משהו אינטימי, קרי שהוא חותר לנשיקה. היא לא שללה קיומה של מוזיקה ברקע, ואישרה כי היה בינה לבין הנאשם שיח בזמן שהותם בחדר.
8. המתלוננת נשאלה מדוע בעימות אישרה שהנשיקה הייתה הדדית, והסבירה כי בכך שאמרה לנאשם
"*היה הדדי סבבה כי זה מה שהבנת*", לא התכוונה לאשר שהנשיקה אכן הייתה הדדית, אלא רק ביקשה לשים סוף למחלוקת על כך ולחזרתיות לגביו, לאחר שחשה שהנושא מוצה. לדבריה, היא אינה זוכרת את הנשיקה עצמה, אלא זוכרת רק שעברה לחדר השני.
9. בחדר השני עיסה הנאשם את כתפיה באופן ממושך, הגם שאמרה לו שהיא לא אוהבת שנוגעים בה ושאינה אוהבת עיסויים. משהמשיך הנאשם אמרה זאת שוב ולאחר מכן, כיוון שלא חדל, קמה ממקומה ועברה לשבת על המיטה. לדבריה, המיטה הייתה המקום היחידי אליו יכולה הייתה לעבור, לאחר שהנאשם לא הבין שאינה רוצה בעיסוי. עם זאת, בחקירה הנגדית אישרה המתלוננת כי היה באפשרותה לעבור למקום אחר כגון לשבת בכיסא אחר שהיה בחדר או לעזוב את החדר.
10. העדה הסבירה כי היה זה "מטומטם" מצידה לעבור חדר במקום לפתוח את הדלת ולצאת החוצה, אך לדבריה, לא הייתה מסוגלת לכך נפשית. תחילה ציינה כי בחדר לא היה כיסא נוסף אלא מימינה, אך כשהוצג למתלוננת שירטוט של החדר היא ציינה כי הדבר פרח מזיכרונה, אישרה כי טעתה וכי כיסא הרופא אכן היה בחדר ממולה. העדה ציינה "*הנה אמרתי שטעיתי ולא זכרתי את זה. אני לא אגיד סתם. כשראיתי את השרטוט זה לא היה נכון, וכשאני רואה את זה עכשיו אני נזכרת*" (עמ' 136 ש' 37).
11. בהמשך תיארה המתלוננת כיצד הייתה שכובה על המיטה והנאשם מעליה מזיז עצמו "*כאילו הוא מזיין אותי*" ומשמיע קולות של גניחה. עוד מסרה כי הנאשם לקח את ידה לכיוון איבר מינו ופתח לה את רוכסן פיג'מת ה"וואנזי" (להלן:" **הפיג'מה**") שלבשה, עד סוף החזה. המתלוננת מסרה כי הנאשם נישק אותה בצוואר וכן בחזה, וטענה כי לא הייתה נשיקה הדדית על המיטה. היא מסרה, כי אינה זוכרת מה בדיוק עשה הנאשם לאחר שפתח לה את רוכסן הפיג'מה, אך ציינה כי המשיך בתנועות החיכוך של איבר מינו באיבר מינה. הנאשם המשיך בתנועות עד שלדבריה "*הבין שהוא לא הולך לקבל ממני כלום*".
12. מתחילת האירוע שהתרחש במיטה - קפאה. כשנשאלה כמה זמן ארך האקט במיטה, השיבה שהוא לא ארך שתי שניות או שתי דקות כפי שניסה הנאשם לומר בעימות אלא פרק זמן ארוך יותר. באשר לתגובת הנאשם כשהבין, לטענתו, שהמתלוננת אינה רוצה להמשיך, הזכירה המתלוננת כי הנאשם הודה בשיחה בכיסוי כי המשיך במעשיו וביקש להמתין מספר שניות גם כשראה שהמתלוננת "*אינה איתו*".
13. עם זאת, המתלוננת אישרה כי אינה יודעת מתי ראה הנאשם את מבטה מוסט הצידה, שכן ראשה היה מוטה הצדה. כן ציינה שהגם שבעדותה במצ"ח מסרה **שברוב** הפעמים לא הביטה בנאשם בעודם במיטה, היא יודעת בוודאות שלא הסתכלה על הנאשם אפילו פעם אחת כשהיו על המיטה. היא יישבה את הפער באומרה שכנראה לא הייתה מדויקת בחקירה, אך זו הייתה "*האמת שלה אז*" (סוף עמ' 146).
14. לאחר שהנאשם קם, קמה גם המתלוננת, סגרה את הרוכסן, פתחה את הדלת הנעולה ויצאה החוצה כשהיא בוכה ונסערת, מבלי שהיה בין השניים שיח כלשהו. כשהגיעה לחדרה ציינה לפני חברתה בקצרה שהנאשם "*עשה לה משהו"*, מבלי לפרט.
15. המתלוננת ציינה, כי לא אמרה לנאשם שלום בעת שעזבה את החדר ולא השיבה להודעת 'לילה טוב' ששלח לה, וכי גם למחרת כשהנאשם הגיע למשרדים בה שהתה, לא ענתה כשדיבר אליה.
16. במהלך עדותה של המתלוננת עלה נושא התקפי החרדה מהם סבלה הן כשהייתה בתיכון שלדבריה נבעו מאירוע מיני קודם (אשר תלונה על אודותיו במשטרה נסגרה מחוסר אשמה). כן חוותה המתלוננת התקף חרדה יום קודם לאירוע, בגינו סירבה ללכת למיון הואיל ומצב זה של התקף חרדה לא היה חדש עבורה. המתלוננת אישרה כי התקף חרדה זה לא היה קשור בשום צורה לנאשם.
17. המתלוננת סיפרה עוד על התקפי החרדה שהחלו לפקוד אותה לאחר האירוע באופן יומיומי, אשר גרמו לה כאב פיסי ונפשי קשה. היא ציינה כי היא מאובחנת עם פוסט טראומה ונמצאת בטיפול פסיכולוגי, על אודותיו לא מצאנו להרחיב מפאת צנעת הפרט. המתלוננת ציינה כי ביום שלאחר האירוע עברה התקף נוסף במסגרתו חשה קוצר נשימה ונימול בידיים וברגליים, אותו קישרה לאשר אירע עם הנאשם ערב קודם. מסמך רפואי (ת/25ב) הוגש ביחס לכך.
18. במהלך העדות התקשתה המתלוננת לזכור חלקים מהאירוע, ולגבי אותם חלקים ביקשה התביעה להסתמך על עדויותיה במצ"ח. כך למשל, ציינה לגבי החלק שבין הישיבה על המיטה ועד לנקודת הזמן שבמהלכה היה הנאשם שכוב עליה, כי החלק הזה "*מחוק לה בראש*" (עמ' 63 ש' 4) וכי אינה זוכרת "*את הקטע שהוא השכיב אותי*" (שם, ש' 6). אולם, לגבי חלקים אחרים ציינה כי היא זוכרת אותם בבירור (לדוגמה, התנועות שעשה הנאשם כשהיה שכוב מעליה וכן לקיחת ידה לכיוון איבר מינו עמ' 63 ש' 6-7).

המתלוננת ציינה עוד כי ישנם פרטים שמסרה במצ"ח, אך כיום אינה זוכרת; כך למשל, מסרה במצ"ח שהנאשם נישק לה את החזה והוריד את הגוזיה אך היא אינה זוכרת זאת היום (עמ' 62 ש' 2), וכן כי כיום אינה זוכרת מה עשתה לאחר שהנאשם פתח לה את הרוכסן, בעוד שבחקירתה במצ"ח אמרה שהנאשם פתח לה את רוכסן הפיג'מה והיא ניסתה לסגור אותו, הוא פתח שוב והיא ניסתה שוב לסוגרו (עמ' 62 ש' 16). העדה ציינה כי סיפרה על כך במצ"ח הואיל וזה מה שזכרה באותה העת.

1. המתלוננת הסבירה את **התלונה** **המאוחרת** בכך שתחילה מצאה שלא להגיש תלונה, שכן מאד פחדה מהסיטואציה וניסתה להדחיק את הפגיעה. ואולם, מספר חודשים לאחר האירוע, כשסירבה לפקודה, שוחח עימה עמוקות ראש המדור שלה, מתן, שהיה חבר טוב שלה מהצבא. כיוון שהרגישה שביכולתה לסמוך עליו, היא שיתפה אותו באירועים שהשפיעו על התנהגותה באותה עת. מתן המליץ לה להגיש תלונה ואף תמך בה בתהליך הגשתה.
2. המתלוננת סיפרה על **השיחה** **בכיסוי** שערכה עם הנאשם, ומסרה כי לפני השיחה הייתה בחרדה ובלחץ, אך בהמשך אזרה אומץ וכוחות, כך שלאחריה חשה הקלה. לאחר השיחות שלח לה הנאשם הודעות לפיהן הוא מצטער ולאחר מכן אף התקשר אליה. היא ציינה כי נערכה לשיחה זו, כי קצין בכיר במצח הורה לה להיות מרוכזת וכי כתבה שאלות מראש כדי לדעת מה לשאול, אך היא אינה יכולה לזהות האם הדף הנראה בסרטון אכן כתוב בכתב ידה.
3. המתלוננת נשאלה על אודות **העימות** וציינה כי העימות היה עבורה קשה, מאיים, מלחיץ ואמוציונלי, וכי היא הייתה כאובה וכעוסה על כך שלא שלטה במאת האחוזים על הדברים שאמרה, ושלא אמרה דברים שאולי רצתה לדבר עליהם. במהלך העימות היה לה רגע מאד קשה אותו לא יכלה להכיל, היא יצאה החוצה ובהמשך אזרה אומץ וחזרה לעימות.

התייחסות המתלוננת לסתירות בעדותה ולטענות הגנה שונות

1. המתלוננת עומתה עם העובדה שבעמוד 5 לעדותה הרביעית במצ"ח ציינה שאינה יודעת אם הנאשם **נגע** **בחזה** באמצעות ידו, בעוד שבעדות קודמת אמרה שנגע בה עם ידיו מתחת לחזייה. המתלוננת ציינה ש"*יש דברים שמתבלבלים לה*", אך בוודאות הנאשם נגע בחזה באמצעות פיו. העדה שבה והסבירה כי בכל אחת מהעדויות במצ"ח מסרה את מה שזכרה, אך יש דברים שמבולבלים כמו זה, שאינה זוכרת, וכי קיומן של סתירות אינו מלמד ששיקרה אלא כי היו דברים שנעלמו והיא לא זכרה אותם, והיו דברים שהדחיקה כי "*כך המוח עובד*".
2. המתלוננת נשאלה גם על האמור בעדותה השנייה לפיו הנאשם שם את פיו על חזה החשוף ולא על הגוזיה, וכי נראה לה שנגע בפטמה, וציינה כי היא אינה זוכרת אם המגע של הנאשם בחזה היה קרוב לפטמה או לא. עת הוצג לה העימות במסגרתו ציינה כי ניתן לנשק חזה גם ללא הורדת בגדים, אמרה כי היא אינה יודעת לומר אם הנאשם נגע עם פיו מתחת לגוזייה או לא כיוון שאינה זוכרת, אך היא עומדת על כך שהנאשם נישק אותה בחזה.
3. המתלוננת נשאלה כיצד, אם הייתה קפואה, לא הצליח הנאשם לגרום לידה לגעת באיבר מינו, וציינה כי הוא ממש נגע בידה ומשך אותה. כן נשאלה מה מנע מהנאשם להמשיך אם העדה קפאה, והשיבה כי יש להפנות שאלה זו לנאשם עצמו.
4. המתלוננת נשאלה בחקירתה הראשית על האפשרות כי האירועים בינה לבין הנאשם התאפיינו **בהדדיות**, **ושללה** **זאת** **נחרצות**. היא ציינה כי בחלק הראשון אמרה שלא צריך לממש את הסילבסטר ושאין בכך צורך, בצורה נחמדה אך ברורה. היא שבה וציינה כי אמרה לו במהלך העיסוי שאינה אוהבת שנוגעים בה וחזרה על כך שאינה אוהבת עיסויים. לדבריה, עברה למיטה כי לא היה לה מקום אחר ללכת אליו וכי במהלך האירוע במיטה הסתכלה אך ורק הצידה על הקיר ולא הביטה בנאשם ולו פעם אחת. כן שללה שהראתה סימנים כלשהם לרצון בנאשם או במשהו מתוך האירועים, וטענה כי הנאשם המציא זאת. המתלוננת ציינה כי לא בחרה להישאר אלא ניסתה לשרוד את הסיטואציה עד שתיגמר, וכי לא היה שום מצב שבו הייתה יכולה לפתוח את הדלת. היא ציינה כי אנשים מגיבים לסיטואציות שכאלו באמצעות אחת מאלו - fight flight freeze והיא במיטה קפאה.
5. ההגנה הטיחה שוב במתלוננת כי אם אינה זוכרת את שאלת ההדדיות ואף לא את מה שקרה על המיטה, הרי שייתכן שמכל החלקים החסרים קם ספק במה שחוותה או לא חוותה. המתלוננת השיבה נחרצות: "*שום ספק לא קם. שום ספק*", ובמקום אחר (עמ' 142 ש' 5) ציינה כי לא קיים שום ספק במה שהעבירה, כי הייתה מאד ברורה שאינה רוצה שום דבר אינטימי עם הנאשם ושאינה רוצה שייגע בה, אך "*מה שהוא הבין, זה שלו*". כן הטיחה ההגנה במתלוננת שלאחר הנשיקה הנאשם הסיק מהמעבר שלה לחדר אינטימי ופנימי יותר ומהמעבר שלה למיטה שהיא מעוניינת במגע מיני עמו. המתלוננת השיבה, כי לא ראתה בחדר השני חדר חשוך ואינטימי יותר, כי בחדר השני ישבה קודם כל על כיסא ולא ישירות על המיטה וכי אמרה מפורשות שאינה רוצה שייגעו בה, ושאלה "*יש יותר ברור ומפורש מזה*?".
6. העדה נשאלה שוב כיצד ביכולתה לשלול את העובדה שהיא שיקפה בהתנהגותה רצון או הדדיות וציינה כי היא שוללת הדדיות, שכן היא אמרה שאינה רוצה שהוא יגע בה ושאינה אוהבת עיסויים. בנוסף, והגם שאינה זוכרת את "החלקים החסרים", הרי שלו היה הנאשם מנשק אותה על פיה, הייתה זוכרת זאת. לדבריה, זה מטופש מצד הנאשם לחשוב שמעבר חדר מלמד על שדר כלשהו שהמתלוננת ניסתה לשדר, במיוחד לאחר שאמרה "*לא*".
7. המתלוננת עומתה שוב עם האפשרות שהתנשקה עם הנאשם נשיקה הדדית וציינה כי לא התנשקה עם הנאשם על המיטה או בחדר השני, כי האירוע לא התאפיין בהדדיות וכי היא זוכרת במאת האחוזים שלא מדובר בנשיקה ממושכת של דקה, דקה וחצי או שתיים. ואולם, כשנשאלה למה התכוונה בדבריה בעימות (עמ' 36-34) לפיהם הנשיקה הייתה אולי הדדית השיבה כי "*אולי השפתיים שלי החזירו*".
8. ההגנה הטיחה במתלוננת כי בעדותה הראשונה במצ"ח (עמוד 6), אישרה לכאורה כי מדובר בנשיקה ממושכת, וציינה כי ככל הנראה החוקרת לא כתבה נכון. עוד ציינה כי הנאשם נישק אותה על השפתיים בחדר הראשון והיא עברה לחדר השני כי ניסתה לברוח ולא היה לה איפה לשבת או לאן ללכת.
9. המתלוננת נשאלה בידי ההגנה כיצד ניתן להפריד בין מה שהיא מוסרת **לאחר עיבוד** לבין מה שהיא זוכרת, וציינה כי היא זוכרת היטב מה עברה וחוותה, לרבות התנועות שעשה הנאשם כששכב מעליה ולקיחת ידה לכיוון איבר מינו, אך יש דברים שאינה מצליחה להבין את עצמה לגביהם. היא שבה וציינה, כי יש פרטים שהיא אינה זוכרת, שקיימים "*חלקים חסרים*" כדוגמת מה קרה מהרגע שעלתה למיטה ועד לשכיבה על המיטה. ואולם לדבריה, עדיין ביכולתה לשלול את האפשרות שהיא והנאשם התנשקו על המיטה רגע לפני התנועות שביצע בה. היא ציינה בוודאות, כי **על המיטה לא התנשקה עם הנאשם ולא עשתה דבר מלבד לקפוא**. כן ציינה לגבי הנשיקה הראשונה, כי לא זכור לה שזו נמשכה כמה דקות, והיא אף אינה זוכרת את מהלך הנשיקה עצמה שהייתה ביוזמתו, אך אינה שוללת שהיא הייתה הדדית.
10. המתלוננת נשאלה שוב על דברים שאמרה בעימות בהקשר לנשיקה (עמ' 35 לתמלול) והשיבה כך: "*אפשר להבין שאני לא יודעת במאה אחוז מה היה בזמן הנשיקה. מה שטענתי תמיד, את החלק של הנשיקה עצמה אני לא זוכרת. אז יכול להיות שהיה משהו הדדי, יכול להיות שלא. מה שאמרתי שאני לא רוצה לממש את הסילבסטר, שנתנשק. הוא בא ונישק אותי ומה קרה בזמן הנשיקה אני לא זוכרת*". מכאן שהמתלוננת לא ידעה לומר אם הנשיקה הייתה הדדית אף שלא שללה אפשרות זו על הסף. היא הבהירה כי לא רצתה מלכתחילה בנשיקה הזו ולכן השיבה בדרכים שלה *"לא", "לא עכשיו", "לא צריך",* וכי היו לנאשם את *"כל הסימנים שבעולם"* להבין שהיא אינה רוצה. היא ציינה כי "*מאד השתקף שאני לא רוצה שום דבר איתו ושאני רוצה שיתרחק ממני"* (עמ' 141 ש' 17 ואילך). כשנשאלה האם ייתכן שהנאשם לא פירש נכון את הסיטואציה השיבה "*נכון, גם היום אני לא יודעת להגיד*... *אני יודעת מה העברתי, תשאל אותו אם הוא לא הבין. זה הוא, לא אני"* (עמ' 141 ש' 22), אך בהמשך הבהירה *"לא היה אפשר להבין את זה ביותר מפרשנות אחת, שאני לא רוצה את זה. יש יותר מפורש מ"לא"? אמרתי "לא רוצה, לא אוהבת, אל תיגע בי" הוא בחר להסתכל על מה שהוא רוצה"* (שם, ש' 29-30).
11. כאשר הציגה ההגנה לנפגעת את אמירתה בעימות "*סבבה נכון*" בתגובה לדברי הנאשם לפיהם *"התנשקנו כשהיינו על המיטה"* (ת/6ב, עמ' 8) הסבירה, כי התכוונה לאשר את השכיבה על המיטה ולא את הנשיקה, שכן השניים לא התנשקו כלל על המיטה. יצוין כי האזנה חוזרת ונשנית לתיעוד החזותי של העימות (ת/6) העלתה כי המתלוננת דווקא התייחסה בפירוש לעניין הנשיקה בתשובתה וכי במענה לדברי הנאשם הנ"ל מסרה *"סבבה נכון אולי התנשקנו"* (ת/6, 13:32:13, בתמלול בעמ' 8 מופיע כמל"ב).
12. המתלוננת נשאלה מדוע ציינה בעדותה במצח שאינה זוכרת לומר מדוע עברה לחדר השני ואילו כעת היא מסבירה שרצתה להתרחק, והסבירה שאמרה זאת לאחר עיבוד והבנה של האירוע. כן נשאלה מדוע לא יצאה דרך הדלת לאחר הנשיקה וציינה כי הראש לא עבד כמו שצריך בגלל הלחץ, והיא הלכה לחדר השני כדי להתרחק מהנאשם, כי ככה הגוף והנפש שלה הגיבו, וכי לפעמים הנפש עושה דברים שקשה להבין.
13. המתלוננת נשאלה בידי ההגנה על אודות **תכתובות** שנמצאו במכשירה הסלולארי בהן שאל אותה הנאשם איך היא ומה הרופא אמר, והיא השיבה שנשלחה לאולטרסאונד כשלצד הכיתוב אייקון של לב. המתלוננת ציינה, כי עם כולם היא *"מתכתבת בלבבות"*, כך שלא ניתן ללמוד מהתכתובת האמורה על קשר אישי או מיוחד.

בהקשר זה עומתה המתלוננת עם העובדה שמספר תכתובות בינה לבין הנאשם שאותרו במכשירו הסלולארי של הנאשם, לא נמצאו במכשירה, עת הראתה אותו לחוקרת לבקשת האחרונה. ההגנה טענה כלפי המתלוננת כי מחקה הודעות ממכשירה הנייד ואילו המתלוננת שללה זאת מכל וכל. כן שללה את האפשרות כי עיינה בתכתובות אלו במכשירה הסלולארי קודם לעדותה. היא מסרה כי ייתכן שאלו נמחקו מאליהן שכן החליפה טלפון סלולארי בסמוך לעדות, ואפשר שהיה זה בסוף השבוע של ה-20.12.2019. לבקשת הסנגור עיינה העדה במכשירה ומצאה כי התכתובת הראשונה עם אביה באפליקציית המסרונים "ווטסאפ" היא מיום 22.12.2019. העדה הסכימה לערוך חיפוש בביתה על מנת לבדוק נושא זה. ואכן, בדיון שלאחר מכן הציגה המתלוננת קבלת רכישת טלפון סלולארי מיום 21.12.19 (ת/28) וכן שיחות עם אביה ועם חברתה, אשר החלו כולן ביום 22.12.2019.

1. במקום אחר בעדותה נשאלה המתלוננת על אירוע נוסף בין השניים, אשר לא יוחס בכתב האישום, שבמסגרתו הגיעה למרפאה להוריד תפרים והנאשם הציע לה מספר פעמים כי יוריד לה אותם באופן שגרם לה לחוש מוטרדת. עוד נשאלה כיצד זה הסכימה להיפגש עם הנאשם על אף שבשתי הזדמנויות קודם לאירוע במרפאה חשה מוטרדת על ידו ומסרה כי אין לה הסבר לכך. היא מסרה כי נפגשה עם הנאשם *"מנחמדות"* וכי בצבא ישבה בצוותא עם בנים רבים גם בשעות ערב מאוחרות ואין לכך כל משמעות.

כאשר הוסיפה ההגנה והקשתה בנקודה זו של הסכמת המתלוננת למפגש עם הנאשם, פרצה המתלוננת בבכי והוסיפה כי אכן לא שמה לב לדגלים האדומים שבאו לפני האירוע ולכן אינה מצליחה להבין את עצמה (עמ' 114 ש' 22). המתלוננת אישרה כי הייתה יכולה לצאת מהדלת ולעזוב את החדר: "*כן הייתי יכולה לפתוח את הדלת אבל זה מצב שאתה לא, אני לא יודעת אם אי פעם חווית פגיעה מינית ואני מקווה שמעולם לא תגיע לסיטואציה כזאת, הראש בסטרס, בלחץ, הוא לא יודע מה לעשות עם עצמו. אם הייתי יכולה להחזיר את הגלגל אחורה הייתי פותחת את הדלת*" (עמ' 119 ש' 1).

עדויותיה של המתלוננת במצ"ח

1. תיעודי חקירותיה של המתלוננת במצ"ח הוגשו במסגרת פרשת התביעה. נסקור מתוכן את החלקים הרלוונטיים להכרעה בנקודות שבמחלוקת.
2. בעדותה מיום 30.4.2020 תיארה המתלוננת את שהתרחש ב'האמר', בדגש על השאלות ששאל אותה הנאשם בנוגע לקיום יחסי מין, האם יש לה חבר והאם היא בהריון, ואת העובדה שהנאשם שם והחזיק על פניה ועורפה את שקיות החימום למרות שאמרה לו שהיא מסוגלת להחזיק אותן לבדה.
3. עוד תיארה כי ביום 31.12.19 נפגשה עם הנאשם במרפאה. הנאשם נעל את הדלת, עיסה את כתפיה למרות שאמרה שאינה אוהבת שעושים לה עיסויים ונוגעים בה, היא קמה ועברה למיטת הטיפולים. במיטה, הנאשם השכיב אותה, עלה עליה והחל לעשות תנועות המדמות קיום יחסי מין, תוך חיכוך איבר מינו באיבר מינו. כן ניסה לקחת את ידה כדי שתיגע לו באיבר המין. המתלוננת קפאה והסיטה ראשה הצידה. הוא גם פתח לה את הפיג'מה ונגע באמצעות ידו בחזה, מתחת לחזייה וכן באמצעות פיו. בסוף העדות ציינה כי הייתה עם גוזיה והנאשם *"משך אותה למטה"* אך היא אינה זוכרת אם הוא הוריד את הכתפיות. עוד ציינה שכאשר היו על המיטה היא ניסתה לסגור את הפיג'מה, הנאשם פתח אותה שוב, היא ניסתה לסגור שוב את הפיג'מה והנאשם שוב פתח אותה. בהמשך, כשהבין שאינה מתכוונת "*לזרום איתו"* קם, והיא סגרה את הפיג'מה ויצאה החוצה. לדבריה, הנשיקה אירעה בחדר הראשון. בחדר השני, הנאשם נגע בכתפיה כשעשה לה עיסוי והיא בתגובה עברה למיטה.
4. המתלוננת ציינה כי הנאשם לא היה אלים, וכי הכאב כתוצאה מן האירוע הוא נפשי ולא פיזי. היא הסבירה שהתעכבה בהגשת התלונה כי ניסתה להדחיק את הסיפור ולהמשיך בחייה, ובהמשך כשהפרה פקודה בבסיס וקיבלה עונש והייתה "*על הפנים*", הבינה *ש"זה לא משהו שאפשר לשתוק עליו"* (ת/21, ש' 307). העדה ציינה כי מאז האירוע היא מטופלת פסיכולוגית.
5. בעדות הראשונה מיום 20.5.2022 (ת/22) הוסיפה המתלוננת כי פתיחת רוכסן הפיג'מה הייתה בשלב שבו הנאשם שכב מעליה במיטה. היא ציינה כי זכור לה שבתגובה ניסתה לסגור את הרוכסן. באותו שלב, נישק הנאשם את חזה, באופן שהיה מגע של פיו עם גופה. המתלוננת מסרה *"הייתי עם גוזיה והוא לא שם לי את זה* [את הפה בית הדין] *על הגוזיה"* (ת/22, ש' 100). בעדות נוספת מיום 20.5.2020 (ת/23) התבקשה להתייחס לדברי הנאשם בשיחה בכיסוי שטען ששאל אותה לפני הנשיקה והיא לא אמרה כלום, וציינה כי השיבה לו בצורה יפה ועדינה שהסילבסטר עבר ואין צורך. בחדר השני, אליו עברה מסיבה שאינה זכורה לה, עיסה הנאשם את כתפיה הגם שאמרה לו שאינה אוהבת שנוגעים בה. כשהמשיך לגעת בה עברה מקום למיטה, והיא משערת שהנאשם פירש זאת כהזמנה על אף שלא אמרה לו דבר המרמז על כוונה כזו.
6. בעדותה מיום 27.5.20 שנמסרה לאחר העימות בין השניים, חידדה המתלוננת את הסתירות בין גרסתה לגרסת הנאשם. היא עמדה על כך שהנשיקה בין השניים לא הייתה בחדר השני. כן הוסיפה שלא הייתה כל נשיקה ביניהם בזמן האקט על המיטה, וציינה שלא הראתה כל "*כיוון*" לרצון בקשר אינטימי עם הנאשם. כן ציינה המתלוננת כי היא אינה זוכרת ממש את הנשיקה ולכן אינה יכולה לומר אם השניים ישבו על כסאות או שהנאשם עמד. עוד מסרה כי אינה זוכרת האם עברו ממקום למקום במרפאה ביוזמתה או בשל הצעת הנאשם. מיד לאחר מכן הבהירה כי המעבר בתוך החדר השני מהכיסא למיטה היה כיוון שהנאשם עשה לה עיסוי מבלי שרצתה בכך. במיטה ישבה תחילה ורק אחר כך נשכבה, אך היא אינה זוכרת כיצד הגיעו למצב שהנאשם היה מעליה. בהיותם במיטה, נגע לה הנאשם בחזה עם פיו, אך היא אינה זוכרת האם גם עם ידיו. עוד הוסיפה כי המגע היה בחלק העליון של החזה, לא מתחת לחזייה, שכן היא זוכרת שהנאשם לא הוריד לה את הגוזייה. כבר מתחילת יצירת המגע מצד הנאשם ותנועות החיכוך של איבר מינו הסיטה את מבטה לכיוון הקיר. בד בבד לכך, לקח הנאשם את ידה וניסה להביאה לגעת באיבר מינו ואחר כך פתח את רוכסן הפיג'מה שלה. לזיכרונה, שלב פתיחת הרוכסן היה *"לקראת הסוף"* (ת/24, ש' 132). אשר לאירוע בהאמר מסרה כי לא זכור לה ששמה על ברך הנאשם את ידה.
7. אמרות המתלוננת והנאשם נגבו בידי **סמ"ר מתן שפיצר**, אשר ניהלה את החקירה כמו גם את השיחה בכיסוי. סמ"ר שפיצר ציינה על גבי האמרות כי ניתן היה להבחין **בבלבול** הרב שחשה המתלוננת לאורך תיאור האירוע, **בבכי**, ברעידת סנטר, בשימת ידיה על פניה, בהסתכלות לצדדים ובשתיקותיה הארוכות, וכן בהתקף חרדה שעברה בגינו יצאו להפסקת התרעננות.
8. סמ"ר שפיצר הסכימה כי קיימת חשיבות לשמור על ניטרליות בחקירת עבירות מין. היא נשאלה שאלות על נושא החיפוש בטלפון הנייד של הנאשם. היא מסרה כי פרקו את הטלפון הנייד של הנאשם במלואו כדי למנוע העלמת ראיות ומחיקות של דברים. היא אישרה כי ברור לה, בדיעבד, שרישום הערות מפיו של מלווה המתלוננת לחקירה, מתן כהן, היה שגוי. כן מסרה כי שרטוט התרשימים נעשה על ידי מתן נוכח העובדה שהמתלוננת לא הייתה במצב נפשי שאפשר לה לשרטט בעצמה.
9. סמ"ר שפיצר אישרה שלא תיעדה את ההכנה של המתלוננת לשיחת הכיסוי ואת הנקודות עליהן ביקשה ממנה לעבוד בשיחה, ואף לא את השאלות שרשמה לה תוך כדי ואינה זוכרת היום, על אף ששומעים שהיא ורס"ל אסולין לוחשות למתלוננת דברים במהלך השיחה. לאחר שעיינה בתקריב של סרטון השיחה בכיסוי בו נראה נייר טיוטה של נקודות שנרשמו, ציינה החוקרת כי אמנם מדובר בדף עם הלוגו של מפקד הבסיס, אך כתב היד בו אינו שלה. היא התקשתה להסביר היכן מצוי דף זה ומדוע הוא לא בתיק החקירה, וציינה כי כעת היא מבינה את חשיבותו.
10. סמ"ר שפיצר אישרה כי ציינה שהמתלוננת חוותה התקף חרדה לא משום שזיהתה את ההתקף ככזה אלא כיוון שכך אמרה לה המתלוננת. היא אישרה כי לא ניסתה ליישב עם המתלוננת את הפער בין דבריה במהו"ת שלפיהם הנאשם נישק אותה על המיטה, לבין העובדה ששללה בעדותה במצ"ח נשיקה במיטה.
11. **רס"ל נוגה אסולין** ניהלה ותמללה את העימות בין המתלוננת לנאשם וכן נכחה בשיחה בכיסוי. היא מסרה כי בשלב מסוים במהלך העימות, שהיה אמוציונלי, המתלוננת קמה ויצאה, העימות הופסק וחודש בחלוף חמש דקות כשהמתלוננת אמרה שהיא בסדר ונרגעה. העדה לא תיעדה במזכר מה אירע בפרק זמן זה. היא נשאלה מדוע לא יישבה סתירה מרכזית בין המתלוננת לנאשם לגבי המעבר בין החדרים למרפאה, שכן לפי העימות המתלוננת נשאלה על כך, ובשל כך עזבה את חדר העימות, אך כששבה לעימות לא נדרשה להשיב על כך. היא השיבה כי היא מניחה שהסיבה לכך היא *"להט הרגע"*. כן נשאלה כיצד אפשרו למתן כהן, שהיה עד תביעה, לנכוח עם המתלוננת בחקירותיה ובשיחת הכיסוי ולשמוע את דבריה. העדה הסבירה כי למתלוננת יש זכות למלווה, כי לא נגבתה ממתן עדות והוא חתום כי נכח בעדות אך לא העיד בעצמו. עוד מסרה שאינה יודעת היכן הזכ"ד שהוצג לשופט אשר נתן צו לחיפוש במכשיר הטלפון של הנאשם ואף אינה זוכרת מה רשמה בו, אך שבדרך כלל היא מפרטת את חומרי החקירה הרלוונטיים על מנת להראות אותם לשופט בטרם ההחלטה בבקשת הצו.

עדות הנאשם

1. הנאשם העיד לפנינו ביום 8.8.2022 וביום 11.8.2022. הוא סיפר על שירותו הצבאי במהלכו סיים מסלול ביחידת אגוז והוכשר להיות חובש לוחם. הוא סיים את שירותו בחודש מרץ 2020. ביחס לכתב האישום מסר כי האמור בו אינו נכון ומוצג בצורה לא נכונה.
2. הנאשם הכיר את המתלוננת בבסיס, ו"*היו מצבים שהמבטים* [שלהם בית הדין] *הצטלבו והיו חיוכים*". בשבוע המקצועות ראה אותה מנסה להרחיק זבובים בעזרת דיאודורנט והשניים צחקו על כך. לאחר מכן באותו השבוע "*יצא להם לדבר קצת והשיח היה מאד נעים ונחמד, הרגשתי שנעים לנו אחד בחברת השנייה*".
3. הנאשם ציין כי במסגרת תרגיל שימש כחובש תורן בחפ"ק. המתלוננת לא חשה בטוב, כאבו לה הבטן והראש והיא הגיעה להיבדק. הנאשם בדק לה חום ודופק, ושאל אותה אם היא לוקחת תרופות באופן קבוע והאם ידוע לה ממה נגרם הכאב. הנאשם שאל אותה האם היא במחזור, האם קיימה יחסי מין לאחרונה ואם יכול להיות שהיא בהריון ואף ציין שאינה חייבת להשיב. לדבריו, לא מדובר בשאלות בוטות כי אם בחלק מהתחקיר הרפואי בניסיון לרדת לעומקה של הבעיה הרפואית ולהימנע מהצורך במפגש עם רופא, כאמור. המתלוננת השיבה בענייניות ובשלילה לשאלות אלו וענתה לשאלה אם ברצונה אקמול, כי כבר לקחה שני כדורים.
4. הנאשם עמד על כך שהפנייה לרופא הייתה מחייבת פינוי באמצעות ההאמר ועל כן הייתה מובילה לסיום השתתפות המתלוננת בתרגיל, ואילו המתלוננת הייתה חדורת מוטיבציה שלא לפגוע בהשתתפותה בתרגיל. הנאשם ציין שאמר למתלוננת שכדאי לה לשתות הרבה מים, והם החליטו שהיא לא תמשיך בתרגיל אך לא תפונה לרופא. המתלוננת הביאה את בקבוק המים שלה והגיעה להאמר. הנאשם ביקש לצאת ולפנות לה מקום שכן היה קר, והמתלוננת אמרה שזה בסדר שיישאר. הוא נתן לה את הסופטשל (מעיל) שלו, שם לה שקיות חימום שפתח על כתפה והיא נשענה עליו עם יד שמאל שלה על רגל שמאל שלו, באלכסון.
5. בשלב הזה דיברו השניים על נופים, על הילדות, על מצבה הרפואי הכללי של המתלוננת ועל מחלות שהיא מתמודדת איתן וגם הנאשם סיפר לה על שירותו צבאי ועל חייו. לדבריו, השיחה הפכה "*יותר ויותר פתוחה*", והוא שאל אותה אם יש לה חבר ואף סיפר לה שהוא אינו בזוגיות ולא קיים יחסים מעולם. המתלוננת השיבה שגם היא לא, והנאשם הבין שהיא "*מחכה למשהו רציני*". לדברי הנאשם שאלות אלו לא הרגישו לו בוטות או כאלו שאינן תואמות את הסיטואציה. גם המילואימניק נתנאל אשר היה איתם, השתלב בשיחה וסיפר להם על חייו.
6. בשלב מסוים נרדמה לנאשם הרגל, המתלוננת שמה לב ושאלה אותו אם נוח לו, והוא ציין שהוא מעדיף לעמוד בחוץ. הם המשיכו לדבר עד לתום התרגיל, שאז נפרדו *"עם הרבה חיבה"* והחליפו פרטי קשר. למחרת שאל אותה בהודעה אם היא ראתה רופא והיא השיבה בחיוב ואף ציינה שהופנתה לבדיקת דימות. היא שלחה לו הודעת תודה רבה בצירוף סמלון בצורת לב.
7. בהמשך ניסו השניים לקבוע מספר פעמים, באחת הפעמים נפגשו במרפאה כשהמתלוננת נדרשה להוריד תפרים. הם דיברו, צחקו קצת וקבעו להיפגש. ביום האירוע החליפו ביניהם הודעות, הנאשם הבין שברצונה של המתלוננת להיפגש *"אחד על אחד"*, הוא אמר שיוודא שאין אף אחד במרפאה והציע שישבו שם. כשהשיבה שבדיוק שבה מהמרפאה אמר הנאשם שביכולתו לבוא אליה, אך היא אמרה שתשוב למרפאה ואף חיכתה שם כשהגיע.
8. כשנכנס למרפאה שם הנאשם את המפתח בחור המנעול כפי שהוא נוהג לעשות בדרך כלל כשהוא נכנס למרפאה. השניים ישבו כשביניהם מפריד שולחן גדול. המתלוננת שמה שירים רגועים ממכשירה הסלולארי והנאשם שאל אותה אם מימשה את הסילבסטר, היינו האם התנשקה עם מישהו. המתלוננת השיבה בשלילה והנאשם שאל אותה אם ברצונה **לממש** **אותו** **ולהתנשק**. המתלוננת השיבה *"****לא******כרגע****"*, והנאשם הניח שזה פחות התאים לה באותו הרגע.
9. הנאשם שם לב שהתריס פתוח, החדר מואר והיה ביניהם מרחק רב. על כן, הציע להיכנס לחדר השני, המתלוננת אמרה 'סבבה' והם עברו לחדר השני, שהוא יותר אינטימי וחמים. המתלוננת התיישבה על אחד הכיסאות והנאשם ליטף אותה בכתף. המתלוננת אמרה שהליטוף **לא** **נוח** **לה**, לכן התיישב לידה והם המשיכו לדבר. לתחושתו, הסיטואציה הרגישה נעימה וקרובה, וכללה הסתכלות בעיניים וחיוכים.
10. הוא התקרב אל פניה למרחק של כסנטימטר **והיא** **השלימה** את הסנטימטר האחרון. השניים התנשקו נשיקה ארוכה ותשוקתית. הואיל ולכיסא היו ידיות, הנאשם נדרש להיות מכופף בחצי עמידה. המתלוננת שאלה אותו אם נוח לו והוא הציע לה **לעבור** **למיטה**. המתלוננת השיבה בחיוב, הוא נתן לה יד, היא נשענה על המיטה והנאשם *"בא אליה"*. הם **המשיכו** **להתנשק** כשהיא עומדת שעונה על המיטה, לעתים הנאשם הרחיק את פניו והיא התקרבה אליו כדי להמשיך והיו שלבים שבהם היא השעינה את ראשה על חזהו. הם המשיכו להתנשק והמתלוננת נשענה לאחור למצב של שכיבה ופינתה לו מקום לידה. לדבריו, העובדה שהמתלוננת הייתה זו *ש"****העבירה******אותם******למצב******של******שכיבה****"* הפתיעה אותו אך *"זה זרם"*. הנאשם תחילה נשכב על הצד ליד המתלוננת, ולאחר מכן עבר למצב של שכיבה מעליה. הוא המשיך להתנשק איתה בנשיקה **תשוקתית** **וארוכה**, במהלכה פתח לה הנאשם את הפיג'מה עד לאזור מפתח הלב והיא קירבה אליו את צווארה, הוא נישק אותו והיא **סגרה את הרוכסן חלקית**.
11. הם המשיכו להתנשק נשיקה אותה מתאר הנאשם בהמשך כנשיקה **הדדית** שבה המתלוננת *"לא פחות פעילה ממנו"* (עמ' 297 ש' 2), ובשלב מסוים, כשהם לבושים, הוא החל לעשות תנועות המדמות קיום יחסי מין. המתלוננת הסיטה את מבטה, הוא **נעצר** באופן מיידי אך *"****לקח לו מספר שניות להבין מה קורה****"*. בשלב זה הנאשם נעצר, נעמד ואמר לה שאולי כדאי שיזוזו. כששלח לה הודעת לילה טוב בלילה, היא לא השיבה. למחרת הלך למשרדה, היא חייכה אליו, אך הוא הרגיש ש*"קצת ירד לה ממנו"*. הנאשם חש שהסוף היה מוזר ולא תאם את הנשיקה התשוקתית שקדמה לו.
12. בחלוף מספר חודשים המתלוננת התקשרה אליו ומסרה לו שמאד נפגעה מכל מה שהיה בבסיס. היא נשמעה נסערת וניתקה את השיחה לפני שהספיקו לדבר על כך ממש, והוא הרגיש שלא הגיעו לשיח מספק על הנושא. הנאשם שלח לה הודעה בה כתב שהוא מצטער ושלא פשוטה לו העובדה שהיא מרגישה פגועה, והוא אף הקיא מהמחשבה שמישהי נפגעה ממנו בפן הזה.
13. הנאשם אישר בחקירתו הנגדית כי היה לו *"חיבור ואינטראקציה"* טובים עם המתלוננת וכי חשב שיכול להיות ש*"זה יתפתח לזוגיות"*.
14. הנאשם אישר, כי לא הכניס את פרטי המפגש עם המתלוננת בהאמר למערכת הממוחשבת, וכי אם היה עושה כן היה כותב שהמתלוננת נשאלה האם היא במחזור והאם יש חשד להריון, שאלות שהובהר לה כי אין זה מחובתה להשיב עליהן. הנאשם לא זכר אם שאל את המתלוננת על קיום יחסי מין וגם לא כיצד ניסח את השאלה האמורה, ולדעתו יכול להיות שהקדים לשאלה בדבר החשד להריון שאלה על קיום יחסי מין לאחרונה.
15. הנאשם עומת עם דבריו באמרתו מיום 24.5.20 (ת/13) ש' 392 ואילך, שם נשאל על השאלות ששאל את המתלוננת באשר למחזור ואמר שרק בהמשך שאל אותה לגבי קיום יחסי המין, שלא כחלק מהתחקיר הרפואי. הוא ציין ש*"הסיבה ששאלתי הייתה גם מתוך סקרנות רפואית ורצון להבין אם יש בעיה חמורה יותר וגם מתוך רצון ליצור אינטימיות והבנה והכרות מעמיקה עם המתלוננת ולכן השאלה הייתה מאינטרס זוגי ולא מאינטרס רפואי"*. הנאשם הסביר, כי השאלה על המחזור הייתה בשלב התחקיר הרפואי, ואילו השאלה על יחסי המין הייתה בהמשך, *"בקטע חברי"*. הנאשם ציין כי תחילה המתלוננת הגיעה כשכאבו לה הבטן והראש, אבל זה לא היה מצב קיצוני, ובהמשך כשישבו יחד היא הרגישה יותר טוב. שקיות החימום ששם עליה לא היו קשורות לטיפול הרפואי אלא כי היה לו חשוב שלא יהיה לה קר.
16. הנאשם שב וציין כי היה ביניהם שיח מאד טוב וקרוב והתלוותה אליו תחושה של "*חיבה מסוימת שנובעת מחיוכים או מכן אינטראקציות של שיח"*. הנאשם לדבריו לא הפך את המפגש בהאמר ל"דייט" אלא זה היה מבחינתו "*משהו שזרם בצורה טבעית"*. הנאשם עומת עם דבריו בעימות (ת/6ב, עמ' 11) שם הטיחה בו המתלוננת מדוע שאל אותה על קיום יחסי מין, הריון וחבר, ובו השיב "*שאלתי את זה גם בגלל שרציתי לשבור קרח מיני"*. הנאשם הסביר, כי הוא מתייחס לשתי השאלות הללו גם יחד. לדבריו, היה ביניהם הלך רוח אינטימי שהלך והתגבר לאורך הסיטואציה. הנאשם חשב שהמתלוננת רצתה באותה עת לבדוק אפשרות לזוגיות איתו, והוא סבור שהיא אינה זוכרת טוב כשהיא אומרת בתוקף שלא היה לה רצון שכזה. בהמשך, משהוצג לו כי בעימות אישר ששאל את המתלוננת שאלות אינטימיות *"יחסית בהתחלה"*, השיב שיכול להיות שהשאלות על יחסי המין והחבר נשאלו **בתחילת** **השיחה** בתוך ההאמר.
17. הנאשם אישר כי אפשר שהצמיד למתלוננת שקיות חימום כפי שמסר בעימות, הגם שהוא אינו זוכר זאת בבירור. במהלך הישיבה בהאמר המתלוננת נשענה עליו.
18. בעניין התפרים מסר הנאשם כי אכן אמר למתלוננת כי הוא יוריד לה את התפרים שהיו במותן ימין, בצחוק וללא *"שמץ של רצינות"*, תוך התבדחות על ההמתנה הממושכת לרופא.
19. הנאשם לא שלל כי היוזמה למפגש עם המתלוננת הייתה שלו, אך ציין שהיה בין השניים רצון הדדי להיפגש. הוא הציע את המרפאה בהיותה מקום מבודד וחמים שיש בו פרטיות. הנאשם לא שלל את האפשרות שנעל את דלת המרפאה. הפגישה מבחינתו נועדה לבדוק אם יש פוטנציאל ממשי למשהו זוגי ורומנטי, הוא אף חשב שיש אפשרות שיגיעו למגע אינטימי, אבל לא מעבר לנשיקה.
20. לדבריו, המתלוננת מציגה את מהות היחסים ביניהם בצורה מאד שונה מהזכור לו. המתלוננת הייתה הראשונה ליצור מגע בהאמר בכך שנשענה עליו בצורה יותר **'נמרחת'** ממה שהיה נחוץ בסיטואציה. לאחר מכן היא רצתה להיפגש איתו ואף הבהירה לו בהקלטה בהודעה, כי היא רוצה שזה יהיה **אחרי** שתסיים עם **החברות** שלה. גם במרפאה המתלוננת **השלימה** את **הסנטימטר** **האחרון** והתנשקה עם הנאשם באופן **הדדי**, **תשוקתי** ו**ממושך**, והיא זו שעברה למיטה ויזמה את המעבר למצב של שכיבה. אלמלא השלימה את הסנטימטר האחרון, הנאשם לא היה משלים אותו בעצמו, והאירוע היה נגמר שם. כן ציין בהמשך עדותו כי לכל אורך רצף האירועים הביעה המתלוננת **יוזמה** **ורצון** מהצד שלה, ואילו כשפחות היה לה נוח, לדוגמה בעיסוי בגב, היא הראתה את זה (עמ' 298 ש' 5 ואילך).
21. הנאשם נשאל כיצד הבין שהמתלוננת רוצה **להתנשק** לאור תשובותיה "*לא עכשיו, לא צריך, (הסילבסטר) עבר כבר*" וציין כי כשאמרה לא עכשיו או לא כרגע, חשב שאחד מהדברים בחדר גרם לזה שהיא תעדיף שלא כרגע. כוונתו בכך לתריס שהיה פתוח או למרחק שהיה ביניהם לנוכח קיומו של השולחן שהיה ביניהם ואשר לא אפשר 'פוזיציה נוחה'. הנאשם הציע לה לעבור לחדר השני והיא הסכימה, ושם האווירה הייתה יותר קרובה והיה שיח על זה שנעים להם בסיטואציה. בשיח הקרוב הזה התקרב הנאשמת למתלוננת עם הפנים, *"סנטימטר לפני"*, **והיא** **השלימה** את הסנטימטר האחרון. מבחינתו זה אמנם לא 'להגיד' כן, אבל זה כן. הנשיקה הייתה **הדדית** וארוכה מאד **ונמשכה** **כמה** **דקות**, וכשעברו מקום כמה **דקות** **נוספות**, וגם במצב **שכיבה** כמה דקות נוספות. הנאשם חידד שבצורה בה ישבו היו כסאותיהם באלכסון וכדי להגיע למתלוננת הוא עמד בצורה כפופה. המתלוננת שאלה אותו אם נוח לו בצורת העמידה הזו והוא הציע **שיעברו** **למיטה**. היא אמרה **'סבבה'**, נשענה על המיטה, חייכה והוא התקרב אליה, וגם כשהתרחק היא התקרבה אליו ונשענה על חזהו כשהיו הפוגות בנשיקה. לדבריו, היה להט מהצד שלה, *"לדעתי הכל היה עם* ***אש*** *כזה"*. בשלב מסוים תוך כדי הנשיקה **העבירה** אותם **המתלוננת** אותם **למצב** **שכיבה**. כשנשאל למשך הנשיקה השיב כי הגיוני שהנשיקה נמשכה **חמש** **דקות**.
22. הנאשם נשאל כיצד מתנשקים חמש דקות על כסאות באלכסון בצורה תשוקתית ומעונגת, וציין שזה לא היה נוח ושהוא היה חצי עומד ונשען על הכיסא. הנאשם עומת עם דברי המתלוננת בעימות כיצד זה הבין מאמירתה *"לא, לא עכשיו, עבר"* שהיא אולי רוצה להתנשק עמו בהמשך הערב, והשיב כי אולי זו אשמתו שאמירת *"לא"* בנעימות גרמה לו לחשוב שהכוונה *"לא עכשיו"* ואולי אחר כך. הוא מסר כי "לא" זה "לא", אבל לצירוף המילים "לא כרגע" יש משמעות אחרת. הנאשם עמד על כך שהנשיקה עצמה הייתה בחדר השני, לאחר המגע בכתפי המתלוננת.
23. הנאשם אישר כי ליטף קצרות את כתפה של המתלוננת אך היא ציינה שזה פחות התאים לה ולא היה לה נוח, והוא כיבד את זה ולכן הפסיק את המגע מיד. הוא לא ציין זאת בחקירה במצ"ח (ת/13 עמ' 17 ש' 502 ואילך) כי זה היה מאד שולי וחסר חשיבות. המתלוננת אשר מציינת זאת כמשהו ארוך יותר, טועה.
24. לדבריו, תחילה חשב שיישבו על המיטה ויתנשקו, אך **המתלוננת** **העבירה** אותם למצב של שכיבה תוך כדי הנשיקה. הוא פתח לה את הרוכסן עד אזור מפתח הלב כך שהחזה שלה לא נחשף ולא היה עימו כל מגע ישיר, המתלוננת רמזה לו לנשק אותה **בצוואר** באמצעות הטיית ראשה מעלה והוא נישק את צד ימין של הצוואר, לאחר מכן היא **סגרה** **מעט** את הרוכסן והם המשיכו להתנשק נשיקה ארוכה.
25. התובע שאל את הנאשם אם **סגירת** **הרוכסן** הייתה חסרת חשיבות מבחינתו, והנאשם השיב כי כשפתח את הרוכסן המתלוננת קירבה אליו את צווארה והרימה את הראש על מנת שינשק אותה. כשהמתלוננת סגרה את הרוכסן זה היה חלקית ולא עד הסוף תוך כדי נשיקה ו'באלגנטיות', כשהמתלוננת להבנתו מראה לו שהיא לא רצתה לחשוף גוף אך מסכימה להמשך המגע האינטימי. לדבריו, החלק האחרון באקט במסגרתו המתלוננת סובבה את המבט, לא הגיבה ולא הסתכלה עליו יצר אצלו **בלבול**, הוא **נעצר** באותה השנייה ולקח לו **מספר** **שניות** **לעמוד**. הוא טען כי לא לקח את ידה של המתלוננת לכיוון איבר מינו בשום שלב, אף שיכול להיות שהחזיק את ידה בקטע רומנטי.
26. התובע חזר והטיח בנאשם כיצד לא הבין מסגירת הרוכסן שהמתלוננת אינה רוצה שהשניים ימשיכו מעבר לנשיקה, ומסר כי הן לפני סגירת הרוכסן והן אחריה הוסיפו להתנשק. סגירת הרוכסן שידרה לו שמבחינת המתלוננת הגבול הוא בחשיפת הגוף ולכן תנועות המדמות אקט מיני עם בגדים קיצוניות פחות. לדבריו, הסטת המבט על ידי המתלוננת הייתה רק בסוף הסיטואציה והיא זו שגרמה לו להפסיק באופן *"די מיידי"*. בחלוף כעשרים שניות הוא נעמד על הריצפה. בפרק זמן זה שכב הנאשם מעליה ולא עשה דבר פרט לכך שראה שהיא לא מחזירה את מבטה. כמו כן, ניסה התובע להבין מהנאשם הכיצד לא הבין מהמתלוננת שהיא מותחת גבול, בכך שנמנעה ממגע בכתף וסגרה את הרוכסן אותו פתח, מה שהיה אמור לסמל לנאשם שגם חיכוך איבר מינו בשלה אינו דבר שמתאים למתלוננת. הנאשם השיב כי יש שוני בין לחשוף גוף לבין עשיית תנועות, וכי גם כך הם שכבו זה על זו במיטה והיה חיכוך ומגע.
27. התובע ביקש לחדד עם הנאשם את פרק הזמן שלקח בין הרגע בו הנאשם הבין שהמתלוננת מסיטה את המבט לבין הרגע שהפסיק את התנועות. הנאשם ציין כי עם התחלת התנועות קלט שהמתלוננת הסיטה את המבט, באותו רגע הוא הפסיק את התנועות ולאחר "כמה שניות" אותן הוא מעריך בכעשרים שניות (בין 17 ל-23 שניות), נעמד. הנאשם טען כי הגיע להערכה זו לאחר שעשה בראשו סימולציות של האירוע. הוא ציין שבשניות הללו שכב מעל המתלוננת בלי לזוז, הסתכל עליה, ראה שהיא לא מחזירה את המבט ושזה לא "*משהו רגעי*". לדבריו זה היה "*זמן התגובה*" שלו. הוא שב ואמר שהתנועות עצמן "*לא היו יותר מרגע בודד*".
28. הנאשם עומת עם העובדה שבשיחה בכיסוי (ת/5 שניות 6:11-6:49, 6:49-7:39) טען הנאשם שמשך הזמן בו ביצע את התנועות ארך דקה ואפילו שתי דקות ואף אמר כי לא היה צריך " *לחכות עכשיו דקה ואת לא איתי*" (שם, 9:56). הוא השיב כי הסיטואציה על המיטה בכללותה נמשכה כמה דקות. עוד טען כי בשיחה בכיסוי לא שם את הדגש על משך הזמן ששכב מעל המתלוננת, אלא התמקד בלהיות שם עבור המתלוננת שהייתה זקוקה לתמיכה.
29. הנאשם הדגיש כי המתלוננת לא כל כך זוכרת מה היה על המיטה, אבל הוא זוכר שהייתה שם נשיקה מאד **ארוכה**, הדדית וטבעית לחלוטין. התובע הטיח בו שבחקירתו במצ"ח ציין *"לא זכור לי יותר מדי מהסיטואציה הזו"* (ת/14 עמ' 6 ש' 129) כשנשאל על תנועה מצד המתלוננת בעת חיכוך איבר מינו באיבר מינה. הוא השיב כי מדובר בשלב קצר בהשתלשלות כולה ולכן לא היה ביכולתו למסור פרטים רבים לגביו. בהמשך הציג לו התובע את דבריו באמרה במצ"ח (ת/13א, עמ' 3 שורה 62) שם אמר כי שלב החיכוך ארך בין **מספר** **שניות** **לדקה**. הנאשם ציין כי לאחר *"מחשבה מעמיקה"* זה ארך **20 שניות**. עוד הדגיש שהואיל ואמר מספר פעמים שזה לקח עשרים שניות, כנראה שזו האמת.
30. הנאשם לא חלק על כך שסוף הסיטואציה היה **מוזר** ולא תאם בשום צורה למה שקדם לכך. הוא נשאל האם תחושת **אשמה** הביאה אותו לגשת למתלוננת יום לאחר האירוע והשיב כי הגיע אליה כיוון שלא השיבה להודעה וגם בגלל אופן סיום הסיטואציה. לדבריו, המתלוננת אשר שטפה את הריצפה באותה עת, חייכה אליו כשהגיע, הייתה ביניהם שיחת חולין אבל כבר לא היו ההתרגשות והפרפרים שהיו לפני כן.
31. בסוף עדותו נשאל הנאשם שוב מדוע התעלם מתמרורי האזהרה שכללו את אמירות המתלוננת "לא עכשיו" לגבי הנשיקה, את חוסר רצונה בעיסוי, את סגירת רוכסן הפיג'מה והיעדר האקטיביות של המתלוננת. הנאשם השיב כי פרטים אלו היו שוליים ולא קיצוניים, והתרחשו כחלק ממהלך אירועים טבעי וזורם של נשיקה ארוכה תשוקתית והדדית, ולכן הוא לא מצא לנכון לשאול שאלות.

אמרותיו של הנאשם במצ"ח

1. באמרתו של הנאשם מיום 9.3.2022 (ת/13), מסר הנאשם לאחר מימוש זכותו להיוועץ סנגור, את הפרטים הבאים:
2. הנאשם אישר את אירוע ה'האמר' העובדה שהמתלוננת לא חשה בטוב והגיע לבדיקה על ידו במסגרת תפקידו כחובש. עוד אישר כי בדק אותה, מדד לה חום ודופק (לא היה לו מד לחץ דם) והציע לה אקמול, מים ותה. הוא שאל אותה אם היא **במחזור** אך ציין *ש"היא* ***לא******חייבת******לענות*** *על כך אבל יכול להיות שזה קשור אם היא קיימה* ***יחסי******מין*** *בימים האחרונים"*, היא השיבה שזה בסדר ושלא קיימה. לשאלת החוקרת השיב כי ייתכן ששאל אותה אם היא **בהריון** כי *"מבחינת הרפואה זאת שאלה הגיונית"*. הוא לא ידע שלפי הנחיות הקרפ"ר אסור לחובש לשאול שאלות מתחום רפואת הנשים, אך בהמשך האמרה אישר כי ידע שהשאלות המיניות אסורות, אך ציין שהרגיש שיש ביניהם קרבה שהתבטאה ב*"חיוכים ו'אובר' נחמדות"*, כי חש שיש לה חיבה כלפיו ושהדגיש לה שאינה חייבת להשיב. בהמשך האמרה הבהיר כי שאל את המתלוננת שאלות חודרניות *"גם מתוך סקרנות רפואית"* וגם מתוך רצון ליצור אינטימיות, הבנה והכרות מעמיקה איתה.
3. לאחר מכן השניים ישבו ברכב מספר **שעות**, כשנתנאל איש המילואים היה בקרבתם מחוץ לרכב ולעתים דיבר איתם, *"ובגלל זה השיחה היתה לאט לאט יותר פתוחה ועמוקה"*. הנאשם אשר ישב תחילה בהאמר, הציע למתלוננת לשבת ושהוא יצא, אך היא סימנה לו להישאר ושאם זה לא מפריע לו היא תשב לידו. במהלך ישיבה זו, השניים שוחחו על הצבא, על בעיות רפואיות של המתלוננת, על מקום מגוריה ועל סיפור חייהם. לדבריו, המתלוננת שידרה לו *"תחושה של אינטימיות וקרבה"*, **הניחה** את ידה השמאלית על **ברכו** השמאלית, נשענה לכיוונו וישבה צמוד אליו. בשלב מסוים נרדמה לו הרגל.
4. הנאשם אישר כי היה קר וכי על מנת לחמם את המתלוננת הוא הניח **שקיות** **חימום** על עורפה, על כתפה ונראה לו שגם על גבה. הוא לא שלל כי שם שקיות חימום על לחיה וכי המתלוננת אמרה לו שהיא יכולה לעשות כן בעצמה. כן השיב שאמר לה שביכולתה להכניס את שקיות החימום לאזור החזה בתוך הבגדים, כי *"זה ידוע באזורים שיש עורק מרכזי אז זה יזרים את הדם לכל הגוף",* אך הוא לא הציע לה שהוא ישים לה אותן. לשאלת החוקרת השיב שלא ביקש הסכמה כשהניח את שקיות החימום, אך הרגיש שהנחת היד שלה על הברך שלו מסמלת שאין לה בעיה עם מגע. ייתכן שגם שאל אותה אם היא רוצה בעיסוי.
5. המתלוננת שאלה אם נוח לו ואמרה שהיא מרגישה שהיא מועכת אותו, והוא השיב שעדיף שיקום, **יצא** מן הרכב ועמד לצידה והם המשיכו לדבר *"שיחה ארוכה וטובה"*, כשהאירוע כולו ארך **כשלוש** **שעות**. בין היתר שאל אותה בשיחה האמורה אם יש לה חבר ואם היה לה קשר רציני בעבר. הנאשם לא זכר מתי **שאל** אותה לגבי קיום **יחסי** **מין** בעברה, אך נראה לו שזה היה במהלך השיחה ולא במהלך הבדיקה, שכן בדק אפשרות לבנות איתה מערכת יחסים, ובאותו שלב היא ענתה בצורה עניינית ועם רצון לשתף תוך ששידרה נוחות, חברות ואף רצון לזוגיות. לדבריו, בתום התרגיל היא חיבקה אותו *"****חיבוק******גדול****"* והם החליפו מספרי טלפון ואמרו שינסו להיפגש בבסיס. הנאשם חש שיש ביניהם חיבור ורצון הדדי ליצור משהו במשותף. לשאלת החוקרת השיב שהוא היה מעוניין בה מינית ורומנטית, הוא הראה לה את זה באמצעות השאלות, הרצון לקרבה והתחושה שהעביר בדיבור שלו. גם לפני אירוע ההאמר זו הייתה אופציה מבחינתו, שהייתה בגדר מחשבה בלבד.
6. באירוע שבו המתלוננת הגיעה למרפאה להוריד **תפרים**, אמר לה הנאשם בצחוק שאם היא רוצה הוא יוריד לה את התפרים. לדבריו הציע זאת **בצחוק**, **ללא** **כוונה** **אמיתית**, מבלי שידע איך לעשות כן. אין לו סמכות כחובש להוריד תפרים, ורק רופא ואולי גם אחות מוסמכים לכך.
7. השניים נפגש במרפאה והנאשם הציע שייכנסו לתוכה, כי העדיף וחשב שגם היא תעדיף לשבת במקום יותר חם ואינטימי. הנאשם לא זכר שנעל את הדלת, ובכל מקרה **המפתח** היה **בתוך** **הדלת**. בפגישתם במרפאה השניים דיברו בצורה פתוחה והייתה מוסיקה רגועה מהטלפון של המתלוננת. הנאשם שאל את המתלוננת אם הוא יכול לנשק אותה בעודם ישובים על שני כסאות מרוחקים, והיא נתנה תשובה שסימלה לו כיבהמשך שכן אמרה *"לא עכשיו"* או *"יותר מאוחר"*. הנאשם לא שלל ששאל אותה האם "מימשה את הסילבסטר", כדרך לשבור את הקרח. זה הרגיש לו שהמתלוננת אינה מופתעת מהשאלה, והוא הבין מתשובתה שהיא רוצה אבל לא כרגע, הוא חשב שהמתלוננת פשוט אינה מעוניינת בנשיקה **באותו** **הרגע**, אולי בגלל שהחדר מואר והתריס פתוח, ויכולים לראות אותם וגם כי הוא עצמו ישב רחוק ממנה.
8. לכן, שאל אותה הנאשם אם ברצונה להיכנס לחדר השני, שבו הייתה אווירה יותר אינטימית עם אור מעומעם יותר, תריסים סגורים וכסאות קרובים יותר. המתלוננת השיבה בחיוב והשניים התיישבו על שני כסאות האחד ליד השנייה והמשיכו לדבר. הנאשם נשאל בהמשך האמרה האם עיסה את כתפה של המתלוננת והשיב שהוא לא היה בזווית לעשות לה עיסוי אבל אולי לפני שהתיישב **ליטף** אותה בכתפיים. לשאלה האם המתלוננת ציינה שאינה אוהבת **מגע**, השיב הנאשם כי היא לא אמרה שאינה אוהבת מגע אך יכול להיות שהראתה **חוסר** **עניין** בליטוף, שהתבטא בתזוזת אי נוחות עם הכתפיים. במקביל שאלה אותו למה אינו יושב, אולי זו הייתה דרכה לעדן את זה כדי שהנאשם לא ירגיש לא נעים. הנאשם **לא** **המשיך** **לגעת** **בה,** אלא התיישב לידה והם המשיכו לדבר. לדברי הנאשם, התשובה של המתלוננת הייתה מאד מוכוונת לכתפיים והוא הרגיש שיש לה בעיה ספציפית במגע שם.
9. כשחש שהשניים הגיעו לרגע יותר אינטימי, התקרב הנאשם עם פניו לפניה והם התנשקו במשך מספר דקות נשיקה "תשוקתית ומעונגת". לדבריו, המתלוננת הייתה **פעילה** לא פחות ממנו, כל פעם שהתרחק היא **התקרבה** אליו, היא ללא ספק שיתפה פעולה, ללא התנגדות פיזית או מילולית לנשיקה. בהמשך האמרה ציין הנאשם שאת **הסנטימטר** **האחרון** של הנשיקה **השלימה** המתלוננת עצמה. היו רגעים בנשיקה שהיא שמה את הראש על חזהו. במהלך הנשיקה הנאשם עמד בצורה מכופפת ולא נוחה, והיא ישבה על כיסא. בשלב מסוים שאלה אותו המתלוננת אם נוח לו בגלל הזווית שבה עמד. הוא שאל בתגובה אם היא מעדיפה שיעברו למיטת הטיפולים, היא הושיטה לו יד והוא עזר לה לקום.
10. המתלוננת התיישבה על **המיטה**, הם המשיכו להתנשק עוד כמה שניות במהלכן המתלוננת **התכופפה** **לאחור** ונשכבה על המיטה *"מתוך נוחות"*, מה ששידר לו שברצונה לעבור לשלב הבא. הוא נשכב לצידה אך די מהר הסתובב ועלה מעליה. הוא פתח לה את **פיג'מת** הוונזי עם הרוכסן כיוון שרצה *"לאפשר טיפה יותר מגע"*, הוא לא ראה את חזייתה של המתלוננת אלא רק את הגוזייה. המתלוננת עצרה אותו וטיפה סגרה את הרוכסן, אך השאירה אותו *"יותר פתוח ממה שהיא בהתחלה"* והוא נישק אותה בצווארה, נשיקה אחת. לדבריו, המתלוננת **הסיטה** את המבט בצורה חושנית מה שרמז לו לנשק אותה בצוואר. הנאשם עצמו הבין מכך שהמתלוננת מראה לו מה הגבול, כך *ש"מעבר לפנים אין בכלל מה לדבר"*, אבל שהיא כן מאפשרת לו לנשק אותה בצוואר. לדבריו הוא נמנע מלגעת או לראות את חזה של המתלוננת.
11. היו מספר רגעים שבהם קיימו יחסי מין *"יבשים"* קרי תנועה קדימה ואחורה תוך חיכוך איבר מינו באיבר מינה עם הבגדים. תחילה היא הסתכלה לו בעיניים *"במבט שנראה שהיא בעניין"* ואז פתאום היא **הפנתה** את מבטה הצידה לצד שמאל. יחסי המין היבשים נמשכו **כדקה**. הנאשם לא הבין מה קורה, הרגיש שמשהו מוזר ולקח לו כמה **שניות** **'להתאפס** **על** **עצמו'** להבין מה קורה ולהבין שיש בעיה. לדבריו, זה לקח לו מספר שניות של עד דקה אז, הוא קם, נעמד תוך מספר שניות ואמר שהוא צריך לקום מוקדם *וש"אולי נחתוך"*. הנאשם אמר לה לילה טוב, היו כמה שניות שבהן הם חיכו שמישהו יעשה ראשון את הצעד, ואז הוא יצא מהחדר, נתן למתלוננת לצאת, נעל, החביא את המפתח, אמר למתלוננת לילה טוב והם נפרדו. הנאשם מסר שהאירוע במרפאה ארך בין שעה לשעתיים. סופו היה **מוזר** בעיניו, כי לאחר קיום ארוך של מגע דו כיווני פתאום המתלוננת נמנעה מלהגיב ובהתה בצד מבלי להסתכל עליו.
12. לאחר מכן כתב לה הנאשם בהודעה *"לילה טוב"* מתוך נימוס. משלא השיבה, הגיע למחרת למשרדה כדי לראות אם היא פגועה ממנו והכל טוב ביניהם, המתלוננת אמרה לו לשאלתו שהיא בסדר. הוא הבין שהוא *"סתם אכל סרטים"* באותו יום כשהיא סובבה את המבט. הוא חשש שעשה משהו פוגעני. הנאשם ציין כי לא רצה פגוע במתלוננת, ולא היה מבחינתו שלב שבו חשב שהוא פוגע במתלוננת והמשיך במעשיו. כן ציין שהוא מאד מתחרט על האירוע, ושכעת הוא מבין שפגע המתלוננת.
13. בשלב זה סיפר הנאשם על השיחה בכיסוי במסגרתה אמר שהוא מאד מצטער, הבהיר שלא התכוון לפגוע בה וביקש את סליחתה. הטריד אותו שפגע במישהי וניסה לחשוב על פתרונות, אך היא לא השיבה לפניותיו הנוספות.
14. לשאלת החוקרת השיב שלא תכנן מעבר לנשיקה אבל מהרגע שהמתלוננת נשכבה על המיטה הוא הבין שזה ילך עוד צעד קדימה, וזרם עם הגוף באופן ספונטני. השניים היו על המיטה במשך כחמש דקות, *"אולי טיפה פחות"*. הוא חש שהמתלוננת רוצה במגע עימו, עד שהסיטה את ראשה לצד שמאל. הנאשם נשאל על הזמן שלקח לו להפסיק והשיב שזה היה לו שוק ולכן היה לו זמן תגובה של מספר שניות שיכול להיות שגם לקח עשרים שניות או דקה. בהמשך האמרה חידד הנאשם שבמחשבה מעמיקה נראה לו שהזמן בו קפא והתבונן במתלוננת ארך **כעשרים** **שניות**. לדבריו מהרגע הזה המתלוננת כבר לא רצתה במגע.
15. החוקרת הקשתה על הנאשם ושאלה אותו כיצד פירש את המילים שאמרה לרבות ה*"לא עכשיו"* לגבי הנשיקה, הזזת הכתפיים שסימלה חוסר רצון במגע וסגירת הרוכסן כהסכמה דווקא. הנאשם השיב שלאחר כל אחד מהאירועים הללו הביעה המתלוננת רצון להמשיך את הסיטואציה מינית, התנשקה איתו באופן אקטיבי מספר דקות, הסכימה לעבור למיטה וקיימה איתו נשיקה שנייה גם במשך מספר דקות במהלכן נשכבה לאחור. לדבריו, הצעדים שעשתה סימנו מבחינתו מסגרת כללית של גבולות אבל לא חוסר רצון למגע, לדבריו, הרגיש שהמתלוננת כן רוצה שימשיכו להיות יחד.
16. הנאשם שלל כי לקח את ידה של המתלוננת לכיוון איבר מינו, לדבריו *"יכול להיות בטעות שהיד שלה עברה או שהחזקתי לה את היד בקטע רומנטי ושניסיתי* [כך במקור בית הדין]. *יכול להיות היא התבלבלה בקטע הזה כמו הקטע עם החזה*". [כך במקור, לרבות היעדר ההמשך למילה ניסיתי בית הדין]. כן שלל הנאשם שהנשיקה הייתה בחדר הראשון, וטען שהתנשקו בחדר השני אליו עברו לפי הצעתו. הנאשם הדגיש שעד לרגע בו סובבה את מבטה, המתלוננת *"זרמה במאה אחוז"*.
17. הנאשם הסכים לחיפוש במכשירו הנייד וכן לעריכת עימות עם המתלוננת. בסוף אמרתו ציין כי חשוב לו שידעו שלאורך כל האירוע **לא הייתה לו דרך לדעת** שיש משהו שהוא עושה שעלול לפגוע במתלוננת, ושהתחושה שלו הייתה של **שיתוף** **פעולה** **מלא** **מצידה**. עוד ציין כי **עצוב** לו לדעת שפגע במישהי בצורה כה עמוקה, בייחוד במישהי שהוא חיבב מאוד וראה בה פוטנציאל זוגי.
18. בחקירתו מיום 9.3.22 (ת/14) שנערכה לאחר העימות, חזר הנאשם והדגיש כי **לא** הייתה סיטואציה שבה **נגע** במתלוננת בניגוד **לבקשה** **שלה** להפסיק. בנוסף, לא היו נגיעה בחזה או לקיחת ידה לאזור איבר מינו. המתלוננת **שיתפה** **פעולה** לאורך כל האירוע פרט לסופו, כך שפתיחת הפיג'מה והנשיקה בצוואר היו בזמן שהיא שיתפה פעולה. לאחר הסטת מבטה, הפסיק הנאשם תוך עד 20 שניות. החוקרת הטיחה בנאשם שבחקירתו הקודמת ציין שהפסיק תוך דקה, והוא הגיב בתשובה שזה לא היה יותר מדקה, אך כאשר שחזר זאת במהלך החקירה הקודמת כבר הבין שהדבר לא ארך למעלה **מעשרים** **שניות**. כאשר קלט שהמתלוננת לא מסתכלת עליו הפסיק לחלוטין את התנועות, ותוך עשרים שניות נעמד. הוא ציין כי היום הבין משהו חדש שהסיבה לקיפאון של המתלוננת הייתה התנועות הללו ספציפית, כאשר קודם לכן היא *"בוודאות הייתה איתי" ו"לא התנתקה מהסיטואציה"*.
19. לטענתו, המתלוננת שיקרה בטענתה שלא הפסיק לשים עליה שקיות חימום כשביקשה זאת, בטענתה כי הנשיקה הייתה בחדר הראשון ולא השני, ובכך שהיא זו שיזמה את המעבר מהחדר הראשון לשני ומהכיסא למיטה וכי המעברים בין המקומות היו להצעתו. עוד מסר, כי המתלוננת הייתה זו שנשענה לאחור על המיטה תוך כדי נשיקה הדדית. כן הדגיש שהמתלוננת סובבה את ראשה רק לאחר שפתח לה את הרוכסן ונישק אותה בצוואר, בשקע עצם הבריח, ולא לפני כן. הוא לא נגע לה בחזה ולא לקח את ידה לכיוון איבר מינו.

העימות בין המתלוננת לנאשם

1. נעמוד כעת על עיקרי גרסאות המתלוננת והנאשם כפי שעולות מהעימות, בדגש על גזרת המחלוקת בין השניים.
2. **הנאשם** טען כי לכל אורך האירוע כאשר המתלוננת שידרה לו שיש משהו שהיא לא רוצה, הוא **עצר** מיד. כך בעניין העיסוי שנמשך **כמה** **שניות** בלבד ואשר אותו הפסיק מיד כשאמרה לו שאינה אוהבת עיסויים, ואף חשב שמדובר בקושי שקשור ספציפית לכתפיים. כך כשאמרה *"****לא******עכשיו***", בנעימות לגבי הנשיקה, פירש את האמירה כ"אולי עוד מעט". הוא ציין כי חשב שאולי המתלוננת תרצה בנשיקה בחדר השני, הפנימי, שהוא חשוך יותר והתריס בו מוגף. הוא מסר כי בדיעבד הוא מבין ש"***יכול להיות שזה גם היה טעות***" שלא **שאל** **אותה** כפי שאמרה שיכול היה לעשות (ת/6ב, עמ' 2), וכן שיכול להיות שהיה צריך **לשים** **יותר** **לב** **לפרטים** (שם, עמ' 4).
3. הנאשם הטיח במתלוננת את השאלה מדוע עברה איתו לחדר חשוך ופנימי יותר אם לא רצתה בסיטואציה האינטימית איתו. בתגובה לכך, הפסיקה המתלוננת את העימות ויצאה מן החדר. לאחר הפסקה בת כרבע שעה שבה לחדר והעימות המשיך. הנאשם ציין שלאורך האירוע הייתה **הדדיות**, וכי הוא כיבד את הגבולות שקבעה. הנאשם ציין שראה משהו מוזר **וישר** **עצר** **וקם**, והמתלוננת ציינה שזה לא היה כך.
4. **מיקום הנשיקה**: הנאשם טען שהנשיקה התרחשה בחדר השני הפנימי, כי התנשקו פעמיים (עמ' 35) לרבות על המיטה, ושהנשיקה הייתה דו כיוונית והדדית, ואילו המתלוננת ציינה כי הנשיקה הייתה בחדר הראשון - החיצוני. כאשר טען הנאשם שזה לא ייתכן כי שולחן הפריד ביניהם שם, השיבה המתלוננת "***היתה נשיקה. לא יודעת בדיוק. לא זוכרת***" (שם, עמ' 3). המתלוננת לא שללה בהמשך העימות את האפשרות שהנשיקה ביניהם הייתה "**דו** **כיוונית**" (שם, עמ' 34). כשתיאר הנאשם כי עובר לנשיקה התקרב לאט לפניה של המתלוננת והיא השלימה את הסנטימטר האחרון ונישקה אותו במשך כמה דקות, שללה זאת המתלוננת תחילה. אולם, לאחר מכן מסרה דברים שמפאת חשיבותם נביאם במלואם -

*"הייתה נשיקה כזאת, סבבה? לא היה בחדר השני. נתחיל מזה. יכול להיות (מל"ב) מהנשיקה, לא זוכרת את זה. אם היה הייתי אומרת, (מל"ב) אני לא יודעת מה היה. אני לא זוכרת, זה משהו שנמחק לי מהראש. סבבה התנשקנו, נכון אולי היה הדדי. סבבה? נכנסנו לחדר השני וקרה מה שקרה....למה? למה להמשיך אם אתה רואה שאני לא רוצה?"*(שם, עמ' 34-35).

כן ציינה המתלוננת כי אינה זוכרת כמה זמן ארכה הנשיקה: לאחר שהנאשם ציין כי התנשקו פעמיים ושאל את המתלוננת מדוע התנשקה עימו במשך כמה דקות אם היא אומרת שלא הייתה רוצה לחזור על הנשיקה בפעם השנייה, *ציינה המתלוננת כי "אני לא זוכרת כמה זמן הייתה הנשיקה, לא זוכרת מה היה בנשיקה, לא זוכרת".*

1. המתלוננת מסרה כי **העיסוי** היה ממושך וכי **עברה** **למיטה** כי לא נעם לה שהנאשם נגע בה. היא שללה את טענת הנאשם לנשיקה הדדית על גבי המיטה אף שלא ידעה לתאר כיצד הגיעה למצב של שכיבה כשהנאשם מעליה, כיוון שיש חלקים טראומטיים מהאירוע *ש"נמחקו לה"* (עמ' 29). עוד מסרה כי הנאשם חיכך את איבר מינו באיבר מינה ללא הסכמתה, פתח לה את הפיג'מה ללא הסכמתה ולקח את ידה ושם באיבר מינו ללא הסכמתה. מבחינתה האירוע כולו היה חד כיווני, ולא היו סימנים לכך שהמתלוננת רוצה את הנאשם.
2. אשר **לפתיחת** **רוכסן** הפיג'מה מסרה המתלוננת שחלק זה אירע רק כשכבר הסתכלה הצידה - לאחר חיכוך איבר מינו באיבר מינו, ואילו לאחריו נגע לה הנאשם בחזה כש*"כל החזה שלי היה בחוץ".* היא אישרה שלא התנגדה באופן אקטיבי למעשי הנאשם תוך הצבת גבולות כיוון **שקפאה** שכן לא מדובר בפגיעה מינית ראשונה שהיא חווה. היא שאלה, הכיצד, לאחר שעצרה אותו מלחשוף את חזה, הבין שתנועות של חיכוך איבר מינו בשלה הן משהו שהיא רוצה ומתירה, שכן זה *"יותר גרוע מלפתוח ריצ'רץ"* (שם, עמ' 41). המתלוננת ציינה שאינה זוכרת שעצרה את הנאשם ואילו הנאשם ציין כי בשלב של פתיחת הרוכסן עדיין הסתכלה עליו. היא עצרה את פתיחת הרוכסן בשלב מאד מוקדם והרימה את הראש במטרה שינשק אותה בצוואר. הוא נישק אותה בעצם הבריח, כך שייתכן שהסנטר שלו נגע בחזה. לדבריו, הסטת המבט באה לאחר מכן, בסוף האקט, ומבחינתו סגירת הרוכסן ותנועות של יחסי מין הם שני דברים שונים.
3. הנאשם ציין לאורך כל הדרך כי לא יכול היה לדעת שהמתלוננת *'לא איתו*' או '*לא רוצה*'. הוא ציין כי ההודעות, הישיבה הצמודה, השעות של השיחות, *"מראה אחרת"* וכי היו סימנים עבורו לעניין שלה בו. הוא הכחיש שלקח את ידה של המתלוננת לכיוון איבר מינו. הוא שלל את אופן פתיחת הפיג'מה *"עד הסוף"* בצורה שהמתלוננת תיארה. הוא אישר שפתח את הפיג'מה במידה מסוימת כי *"חשב שלכיוון הזה זה הולך"*. כיוון שהמתלוננת נשכבה אחורה, הוא הרגיש שהיא רומזת לו לעבור למצב של שכיבה, והם המשיכו להתנשק. הוא נישק את צווארה אך לא את חזה. לדברי הנאשם, הוא אפילו לא ראה את החזייה אלא רצועה שחורה. כן ציין כי ברגע שהמתלוננת עצרה אותו וסגרה חלק מהרוכסן לא פתח אותו שוב, וכי באופן כללי כיבד את הגבולות שחשב שהיא מציבה לו. הנאשם הסכים שבאופן מילולי לא קיבל ממנה אישור ושיכול להיות שהיה צריך לשאול אותה ואמר באשר לכך *"קודם כל, את צודקת"* (שם, עמ' 14) וכן יכול להיות ש*"גברים זה עם מטומטם"*. עם זאת ציין, כי מבחינתו היו סימנים ברורים לכך שהמתלוננת רצתה אותו, וכי *"הדברים האלו קורים שניה אחרי (ש)אנחנו מתנשקים נשיקה הדדית, ארוכה. איך אני יכול להבין [מל"ב - בית הדין] אם את לא באה ואומרת לי "תשמע זה פחות נעים לי"*.
4. אשר לשלב **החיכוך עם איבר המין**, טען הנאשם כי המתלוננת הסתכלה הצידה למשך 10-30 שניות כשהיה מעליה, וכי ברגע שבו הסתכלה על הקיר 'הפסיק עם זה' ו'נעמד', כך שלקח לו עשרים שניות להבין מה קרה פה, מרגע שראה את המבט שלה מוסט. לדבריו, לא מדובר באירוע ארוך שכולו חד כיווני (שם, עמ' 17). המתלוננת מצדה טענה כי לכל אורך התקיפה המינית שחוותה על המיטה לא יצרה קשר עין עם הנאשם ומבטה היה מוסט הצדה לעבר הקיר. היא טענה בתוקף כי האירוע לא ארך 20 שניות כטענת הנאשם.
5. הנאשם שב ואמר בעימות כי לא הייתה לו דרך לדעת שהמתלוננת "*לא איתו*" ושהנשיקה הייתה הדדית, ושפירש את דבריה קודם לכן בכך שהיא מעוניינת בנשיקה אבל לא באותו הרגע. הנאשם שב והתנצל על הפגיעה במתלוננת וציין כי את העיסוי הפסיק מיד כשביקשה.

השיחה ב"כיסוי"

1. מצ"ח ערכה לנאשם שיחה בכיסוי, במהלכה התקשרה המתלוננת לנאשם ושוחחה איתו, באופן מוקלט ומצולם, משך כחמש עשרה דקות. דיסק השיחה בכיסוי והתמלול הוגשו על דעת ההגנה (ת/10), אשר ציינה כי אינה מסכימה לעובדה שהתמלול משקף את מהלך השיחה במלואה.
2. זכ"ד שנערך בנוגע לשיחה זו (ת/8) העלה, כי המתלוננת חששה מביצוע השיחה, בכתה, סיפרה על חששותיה וידיה רעדו, אך בתום השיחה חשה ש'ירדה לה אבן מהלב'.
3. בשיחה בכיסוי שאלה המתלוננת את הנאשם האם היה מודע לכך שלא רצתה במגע האינטימי ושהאירוע ביניהם היה מאוד קשה מבחינתה. הנאשם השיב שלא הבין זאת. הוא מסר שאכן היה *"קצת מוזר, אבל כאילו שאלתי כזה..."* (ת/10, עמ' 1) היא ציינה שאמרה שהעיסוי לא נעים לה ושהיא אינה אוהבת שנוגעים בה והוא בכל זאת המשיך, ושעברה למיטה כי לא היה לה לאן ללכת כשהמשיך. הנאשם השיב *"לא עשיתי שום דבר בכוח"*. הוא הוסיף כי הוא זה שהציע לעבור למיטה בניגוד לטענת המתלוננת.
4. המתלוננת שאלה אותו למה פתח את הפיג'מה אם לא ביקשה מגע ואם לא שאל אותה לרצונה, והוא מסר שפתח את הפיג'מה של המתלוננת כדי שיהיה טיפה יותר מגע. עוד ציין כשנשאל מדוע המשיך במעשיו כשזה היה נראה לו מוזר שהיא אינה מסתכלת והשיב *"אז זה כבר היה, זהו, אז זה כבר היה כמה דקות לפני שכבר אמרתי אוקיי, זה מוגזם*" (שם, עמ' 3, ש' 87). בהמשך מסר עוד כי *"לקח לי דקה להבין את זה", "אפילו שתי דקות"* (שם, ש' 95-97) אך המתלוננת עמדה על כך שהסטת מבטה והעובדה שהיא לא איתו בסיטואציה חייבה שהנאשם יבין את זה מיד ולא יחשוב דקה או שתיים. בהמשך השיחה ציין ש*"באמת הייתי צריך לשים יותר לב שרגע מה זה אומר שאת לא איתי לא לחכות עכשיו דקה ואת לא איתי... כאילו הייתי צריך באותו רגע ... לחתוך את זה".* (עמ' 4 ש' 124 ואילך).

תכתובות ממכשיר הטלפון הנייד של הנאשם

1. מספר עדים מבסיס החקירות העידו בפנינו בנוגע לממצאים שעלו בחיפוש נרחב שנערך במכשירו הסלולארי של הנאשם בהתאם לצו שיפוטי שניתן בתיק החקירה (ת/1-ת/5). יצוין כבר כעת, כי לבד מההודעות בין הנאשם למתלוננת אשר ממילא לא היו במחלוקת, לא מצאנו את יתר ההודעות שאותרו במכשירו הסלולארי של הנאשם בעלות רלוונטיות להכרעה בתיק דנן. על כן לא מצאנו להעמיק בהכרעת דיננו בנושא התכתובות, חוקיות תפיסתן וחוקיות העיון בהן.
2. הודעות שצולמו בעיון ידני שנערך במכשירו הנייד של הנאשם (ת/32) מעלות, כי ביום 20.12.2019 שאל הנאשם לשלומה של המתלוננת, איחל לה להרגיש טוב והיא השיבה *"סבבה תודה רבה"* בצירוף לב בצבע סגול. ב-22.12.2019 שאל אותה הנאשם אם היא בשרגא ונענה בשלילה. ביום 31.12.19 הציע לה הנאשם לשבת והיא ענתה לו בהודעה קולית. בהמשך אותו ערב, שכבר גלש לתאריך ה-1.1.2020 שאל היכן תרצה לשבת, היא השיבה *"ליד המשרד של דופט"* והוא הציע שישבו במרפאה. בשעה 00:54 באותו מועד כתבה המתלוננת לנאשם כי היא ליד המרפאה. לאחר האירוע, בשעה 01:42 כתב הנאשם למתלוננת *"לילה טוב"*ובצדו לב אדום, ולא נענה. לאחר השיחה בכיסוי הביע הנאשם צער על איך שהמתלוננת מרגישה וכתב כי בא לו למות ושהקיא, וכי הדבר האחרון שרצה לעשות זה לפגוע בה.

דיון והכרעה

1. הערכת הראיות ומשקלן נעשתה על ידינו תוך בחינת מכלול העדויות והראיות שהונחו בפנינו, בראי התרשמותנו הבלתי אמצעית מן העדים והשתלבות הראיות זו בזו. בעת הבחינה נתנו דעתנו למסקנות אותן ניתן להסיק מכלל העדויות והגרסאות שהובאו בפנינו.

 בענייננו, נוכח נסיבות המקרה, המתלוננת והנאשם הם העדים הישירים היחידים למהלך המתואר בפרט האישום המרכזי. מכאן נובעת ביתר שאת החשיבות שבהתרשמות הבלתי אמצעית מהם וקביעת ממצאי מהימנות באשר לעדותם. קביעה הדורשת הכרעה בין גרסאות סותרות בנקודות שבמחלוקת אשר תיעשה, כאמור, לאחר בחינת מכלול הראיות.

1. כידוע, אין לצפות מנפגעי עבירות מין ליתן גרסה שלמה, עקבית וחסרת אי-דיוקים באשר לנסיבות ביצוע העבירות, וניתן להסתפק במקרים המתאימים בגרעין האמת המצוי בדבריהן. (ע"פ 1419/19 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 31.12.20). בבחינת עדות קורבן עבירת מין, מורה הפסיקה כי יש לבחון

"האם המקשה כולה היא אמינה, והאם הגרעין הקשה של האירועים והתמונה הכוללת המתקבלת מן העדות והחיזוקים לה, מאפשרים מסקנה בדבר אשמת הנאשם מעבר לכל ספק" (ע/25/16 **רב"ט יוסף מיכלשוילי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 54 (2017), והאסמכתאות המוזכרות שם).

1. בטרם נידרש למהימנות הנאשם והמתלוננת העדים המרכזיים בתיק, נציין כבר עתה כי עדויות גורמי החקירה בתיק זה היו מהימנות עלינו, אף שנפלו ליקויים ופגמים מסוימים בחלק מפעולות החקירה שביצעו, כפי שהיטיבה ההגנה להראות במהלך החקירות הנגדיות. התרשמנו כי גורמי החקירה ובפרט סמ"ר (במיל') שפיצר ורס"ל אסולין, שהיו מעורבות בחלק הארי של פעולות החקירה בתיק, פעלו, ככלל, באופן שקול, ענייני ואובייקטיבי. התרשמנו עוד, כי בנקודות בהן היה בתשובתם כדי להצביע על קושי בהתנהלות הגוף החוקר לא נמנעו החוקרים מלמסור מענה כנה ולא נמנעו מליטול אחריות על מחדלים שונים. כך בעיקר, בכל הנוגע לדף הטיוטה שהיה מונח לנגד עיניה של המתלוננת בעת שנערכה השיחה בכיסוי והעובדה כי דף זה לא מצא את דרכו לתיק החקירה וכן בכל הנוגע לנוכחותו של רס"ל מתן כהן במהלך גביית עדותה של המתלוננת והעובדה שמסר במהלכה מידע עובדתי חדש שנרשם בגוף עדותה של המתלוננת ואגב מסירת עדותה. זאת, הגם שנכח על תקן מלווה של המתלוננת במעמד העדות ובאופן שהביא לבסוף לכוללו ברשימת עדי התביעה.
2. סברנו כי ליקויים אלו שנפלו בעבודת הגוף החוקר אינם מונעים קביעת ממצאים שבעובדה וממצאי מהימנות, בפרט בשים לב לכך שלצוות ההגנה ניתנה ההזדמנות ללבן חלק מן הפערים שעוררו המחדלים במהלך שמיעת הראיות. אם על ידי חקירתה הנגדית של נפגעת העבירה ואם על ידי חקירתו של רס"ל כהן (ראו: ע"פ 846/10 **סאלח בדוי נ' מדינת ישראל**, בסעיף 69 לפסק הדין (14.7.2014); ע/56,58/16 **סמל ימין נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 61 (2017)). נעיר, כי אף שהרישום שהיה מונח בפני המתלוננת בעת השיחה בכיסוי לא צורף לתיק החקירה, הרי שאין בעצם קיומו ובהיעדרו כדי להשפיע על תשובותיו של הנאשם בזמן השיחה שבהן עיקר החשיבות לענייננו. מצאנו, אם כן, כי לא היה במחדלי גורמי החקירה כדי לפגוע ביכולתו של הנאשם להתגונן או כי הם יורדים לשורש בירור האשמה במקרה דנן.

הערכת גרסת המתלוננת

1. נפנה, אפוא, לבחינת מהימנות המתלוננת תחילה. המתלוננת העידה לאורך חמש ישיבות. היא הותירה עלינו רושם כללי מהימן, היא ניצבה באמונה רבה מאחורי גרסתה וביקשה לומר את האמת - כפי שזו נחזית מנקודת מבטה. המתלוננת מסרה את גרסתה להתרחשויות כהבנתה; ניכר היה שעשתה מאמץ לתאר את עובדות האירוע, כפי שהן זכורות לה היום. היא לא נמנעה מלהתייחס לנושאים שפעלו, לכאורה, לטובת הנאשם, ואף לא ניסתה לייפות את המציאות שעה שפרטים מסוימים שמסרה בעבר לא היו זכורים לה במהלך המשפט באופן מלא או היו זכורים לה בצורה שונה.
2. חקירתה של המתלוננת הייתה קשה וממושכת וניכר היה כי היא מתקשה לתאר את האירוע, וכשעשתה כן בכתה או דמעה (עמ' 111 ש' 114, עמ' 114, עמ' 119 ש' 827, עמ' 120 ש' 3-7, עמ' 121 ש' 11), התנשפה (עמ' 60 ש' 20), קולה רעד (עמ' 119 ש' 3), היא שתתה (עמ' 60 ש' 23) ואף ביקשה לצאת להפסקה ולנשום אוויר (עמ' 63 ש' 27-28).
3. המתלוננת הסבירה, כי עברה הרבה מבחינה נפשית וכי *"הראש עסוק בכל מה שקרה ומריץ והוא בלופים..."* כן הסבירה שהתקשתה לתפקד מבחינה נפשית ושיש *"חלקים שלצערי שכחתי ואני לא זוכרת אותם"* (עמ' 64 ש' 27-29). בלא מעט מקומות בעדותה בהקשרים מסוימים ציינה המתלוננת כי אינה זוכרת פרטים שמסרה במצ"ח (ראו למשל: עמ' 62 ש' 2, ש' 12, ש' 34). העדה אף לא זכרה כמה פעמים העידה במצ"ח (עמ' 61 ש' 16). בשלב מסוים בחקירתה הנגדית ביום 8.5.22 נשאלה המתלוננת *"איך את מצפה שנאמין לך כשאת אומרת שאת לא זוכרת", ו "את לא יודעת מה להגיד"*, השיבה *"אז מה אתה מצפה שאני אגיד? די, נמאס לי כבר, אני חייבת לצאת, סליחה"*. לאחר יציאתה מן האולם, ביקשה, באמצעות נציג התביעה, לסיים את חקירתה באותו יום וזו אכן המשיכה, כבקשתה, במועד אחר.
4. חקירתה הממושכת של המתלוננת אפשרה לנו להתרשם ארוכות מן המתלוננת באופן בלתי אמצעי. התרשמנו מהמתלוננת כאדם נורמטיבי אשר האירוע בו עסקינן הותיר בה חותם משמעותי. כן התרשמנו, כי גרסת המתלוננת ביחס למהלך האירועים ומעשי הנאשם הייתה מדודה. היא לא הפריזה בתלונה וביקשה, ככל יכולתה, להיצמד לעובדות הזכורות לה. בכל אלו יש בכדי לחזק את מהימנותה הכללית (ראו למשל: ע"פ 1933/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** פס' 14 (11.2.2015)).
5. התרשמנו שהמתלוננת השתדלה שלא לציין בפנינו פרטים עובדתיים שאינם זכורים לה, אף אם מסרה פרטים אלו בעדויותיה במצ"ח. כאשר לא זכרה פרט כלשהו, ציינה זאת (ראו לדוגמה עמ' 94 ש' 33; עמ' 101 ש' 9, 15, 22, 28), וכך עשתה גם כאשר לא הייתה משוכנעת בפרט כלשהו (עמ' 110 ש' 24 ואילך *"אני לא יודעת להגיד, באמת לא יודעת להגיד... אני די בטוחה שלא אבל לא יכולה להגיד לך את זה במאה אחוז...").*
6. כפועל יוצא מכך, נמנעה המתלוננת מלשלול את גרסת הנאשם, כפי שהוצגה על ידי באי כוחו, בחלקים שונים של האירוע אשר אותם לא זכרה. כך ציינה *"אני לא יכולה לשלול את מה שאני לא יודעת"* (עמ' 105 ש' 31). כפי שיובא להלן, חלקים אלו באירוע שהתרחש במרפאה אינם מבוטלים ונוגעים בנקודות מפתח במהלך האירוע.

במעלה חקירתה הנגדית מסרה המתלוננת הסבר לחוסר זיכרון זה בציינה: *"יש דברים שלא יושבים לי טוב או שיושבים בחלקים חסרים וזה לגיטימי וזה בסדר ועברו שלוש שנים שאני סוחבת איתי בראש... אתה חושב ששלוש שנים אני אזכור בדיוק כל דבר שהיה? אני לא מצליחה להבין...אני יודעת מה שאני יודעת"* (עמ' 111 ש' 26).

1. חוסר זיכרון זה מצד המתלוננת שב ועלה במקומות נוספים במהלך עדותה בבית הדין, ולצידו צפו פערים מסוימים בין גרסתה במצ"ח לזו בבית הדין; כך למשל, בעוד שבבית הדין נשאלה המתלוננת מי יזם את הפגישה ביניהם במרפאה אמרה שלא היא יזמה את המפגש, במצ"ח מסרה שאין לה מושג מי יזם את המפגש ואינה זוכרת זאת (ת/22, עמ' 3, ש' 64). כשעומתה עם הפער השיבה שהיה עליה לדייק את האמירה שלה במצ"ח. במקום אחר אמרה באשר לעניין זה, כי היא יודעת שלא היא יזמה את הפגישה, אך הואיל והנאשם זוכר שלא הוא יזם, היא יכולה להיות בטוחה בכך רק ב90% ולא ב100% (עמ' 128 ש' 17).

בכל הנוגע לנשיקה עם הנאשם, ציינה המתלוננת כי אינה זוכרת אם זו הייתה הדדית שכן החלק הזה *"נמחק לה מהראש"* (עמ' 123 ש' 28, עמ' 124 ש' 6). כשהעמיקה ההגנה בשאלות שונות לגבי מיקום הנשיקה אם בחדר הראשון או בחדר הפנימי והיכן בדיוק בתוך החדר, התקשתה המתלוננת להשיב באופן בהיר מה היה מהלך הדברים. היא מסרה *"היום אני לא זוכרת להגיד לך, אני באמת לא זוכרת להגיד לך איך ואיפה היה ואיפה זה..."* (עמ' 125, ש' 14). היא מסרה אמנם שהיא זוכרת בבירור את הנשיקה ושאמרה "לא" אך מה שקרה בחדר הראשון *"נמצא אצלי במעורפל ולא הכי ברור"* (שם, ש' 18).

המתלוננת אישרה אף שאינה יודעת מה היה במעבר בין החדרים וכי היא לא יודעת *"מה דיברנו"*. כך, בעוד שבעדותה הראשונה במצ"ח מסרה כי הכניסה לחדר הפנימי הייתה מיוזמתה לאחר הנשיקה מצד הנאשם, בעדותה בבית הדין לא שללה את האפשרות כי נכנסה לחדר הפנימי להצעת הנאשם. במקום אחר הסבירה, כי החקירה במצ"ח הייתה מעמד מלחיץ, לא נעים ומעורר חרדה, וכי קורה שהדברים נאמרים שלא במדויק. פער נוסף עלה בין עדותה הראשונה של המתלוננת לעדותה השנייה במצ"ח בכל הנוגע לפתיחת הרוכסן בשנית בידי הנאשם, האם קרה אם לאו. היא ציינה, כפי שציינה בעדות השנייה במצ"ח, כי הגם שבעדות הראשונה אמרה שסגרה את הרוכסן, כיום אין היא זוכרת זאת. היא הסבירה, כי עבר חודש בין שתי העדויות שבמהלכו הייתה במצב נפשי קשה.

1. שלב נוסף של חוסר זיכרון היה ביחס לשלב השכיבה במיטה. מחד גיסא, שללה המתלוננת מכל וכל אפשרות של נשיקה הדדית בינה לבין הנאשם במיטה. אולם, מאידך גיסא, ציינה היא כי אינה זוכרת מה קרה מרגע הליכתה למיטה ועד לנקודה שבה הייתה שכובה על המיטה וכך מסרה *"עברתי למיטה, אני לא זוכרת מה היה, מה הוא אמר או מה אני אמרתי, ואז מה שאני זוכרת זה שאני שוכבת על המיטה והוא מעליי ומאז לא החלפנו מילה".* חוסר זיכרון של מקטע זה באירוע מעורר, מטבע הדברים, קושי לסתור את טענת הנאשם בדבר נשיקה הדדית ומעבר מישיבה לשכיבה ביוזמת המתלוננת ולפיכך יש בו כדי להקים לכל הפחות ספק בנקודה מהותית זו.
2. בחינת גרסת המתלוננת כמכלול, כנדרש בפסיקה בעניינן של קורבנות עבירות מין, מביאה למסקנה כי גרסת המתלוננת בדבר המעשים המיניים שנעשו כלפיה על ידי הנאשם בניגוד להסכמתה הייתה **עקבית** **ברובה**. לוז הגרסה היה אחד מפגש משותף במרפאה, נשיקה באחד מחדרי המרפאה, עיסוי, התנגדות מילולית לעיסוי, ולבסוף מעבר מוסכם למיטה שעל גביה תנועות החיכוך, פתיחת רוכסן הפיג'מה וניסיון קירוב ידה לאיבר מינו של הנאשם. **אולם**, בכל הנוגע לנשיקה שקדמה למגע האינטימי במיטה שינתה המתלוננת את גרסתה, כפי שפורט לעיל, כך שלא שללה האפשרות כי היה מדובר בנשיקה הדדית. כך גם היו פני הדברים בכל הנוגע למקום הנשיקה, היוזמה למפגש, המעבר לחדר הפנימי, ההליכה למיטה, המעבר מישיבה לשכיבה במיטה. גם בכל הנוגע לאקט של נשיקה הדדית במיטה שנשלל על ידי המתלוננת, זיכרונה העמום של המתלוננת עורר קושי אל מול גרסת הנאשם. המדובר בפרטים עובדתיים שעשויים להשליך על אופן תפיסת האירוע, ולו מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הנאשם, קרי האם מדובר במפגש ומגע אינטימי הדדי או מעשה מגונה פסול ואסור.
3. פסיקת בתי המשפט המנחה כי את עדותו של נפגע עבירת מין יש לבחון בראי הגרעין הקשה המתקבל ממנה עמדה לנגד עינינו. כך גם עמדו לנגד עינינו קביעות נוספות של בית המשפט העליון, שנקבעו לנוכח הבנת מורכבות הסיטואציה העובדתית והרגשית בה מצוי קרבן עבירות מין, בהן הקביעה כי אין מצפים מנפגע עבירת מין להיות 'מכשיר לדיוק אוטומטי' וכי לעיתים תתקבל גרסתו אפילו יש בה אי דיוקים, סתירות, חוסר התאמות ובלבול (ראו למשל: [ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח](removed.url)(1) 302, 317, (1993); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (2002)); [ע"פ 5582/09](removed.url) פלוני נ' מדינת ישראל פס' 82-91 (ניתן ביום 20.10.10)). וזאת, אפילו הייתה התנהגותו תמוהה ולא רציונאלית ([ע"פ 6375/02 **בבקוב נ'**](removed.url) **מדינת ישראל** [**,** פ"ד](removed.url) נח(2) 419, 429; [ע"פ 599/02](removed.url) פרי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 22.05.03); [ע"פ 4223/07](removed.url) פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום, 29.11.07); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.11); [ע"פ 814/12](removed.url) מדינת ישראל נ' סויסה (ניתן ביום 25.10.12)).
4. מובן, כי אין להלין על המתלוננת על כי אינה זוכרת חלקים מסוימים באירוע או כי כהגדרתה *"יש דברים שלא יושבים לי טוב"*. כך ככלל, וודאי שעה שמאז האירוע חלפו כמעט שלוש שנים. אף על פי כן, במקרה הקונקרטי שבפנינו נודעת חשיבות יתירה לדקדוק בהשתלשלות האירועים, שכן לרצף העובדתי ולאינטראקציה המדויקת בין הנאשם למתלוננת השפעה מכרעת על יכולתו של בית הדין לקבוע ברמה הנדרשת בפלילים כי הנאשם ידע או היה צריך לדעת כי המתלוננת אינה מעוניינת במגע אינטימי כלשהו עמו. זאת, במנותק משאלת הסכמתה האובייקטיבית של המתלוננת לביצוע המעשים.
5. מכלול הנסיבות במקרה דנן הביא לכך ששילוב בין חוסר זיכרון מצד המתלוננת, חללים ראייתיים במקטעים מסוימים חיוניים ותמורות בגרסתה של המתלוננת, בין הגרסה במצ"ח לזו בבית הדין הותיר **ספק** בלבנו, האם יש להעדיף את גרסתה על פני גרסת הנאשם בכל הנקודות שבמחלוקת ולהעניק לה את המשקל הראייתי המלא. כתוצאה מכך, קם **ספק** בשאלת קיומו של **יסוד** **נפשי** לנאשם בעת ביצוע המעשה.
6. כך הם פני הדברים בכל הנוגע ליכולת להעדיף את עדויות המתלוננת במצ"ח דווקא על פני עדותה בבית הדין בחללים הראייתיים. התקשינו לקבל עתירת התביעה לבכר גרסת המתלוננת בעדותה במצ"ח, ובפרט בעדות הראשונה, שעה שפרטים עובדתיים מהותיים ממנה, לא שבו ונמסרו מפי המתלוננת בעדותה בבית הדין, אף שרוענן זיכרונה ועל חלקם לא חזרה כלל אפילו בעדויות נוספות שמסרה במצ"ח או בעימות.
7. זאת ועוד, צפייה בעימות שנערך בין המתלוננת לנאשם מעלה כי בנקודות שונות קיבלה המתלוננת את גרסת הנאשם, **בניגוד לגרסתה בעדות הראשונה במצ"ח**, אף שמדובר בנקודות מרכזיות למדי.

כך, בראש ובראשונה, בכל הנוגע לנשיקה הראשונה בין השניים, אך גם למשל בכל הנוגע לטיב המגע בחזה, אופן המגע בחזה, הטעם למעבר בין החדרים, השכיבה על המיטה ועוד. את טענת התביעה כי דווקא את עדותה הראשונה של המתלוננת במצ"ח יש לבכר על פני כל שאר העדויות מן הטעם שמדובר בעדותה הראשונה יקשה לקבל, שכן לא חלף זמן רב בין מועדי מסירת עדויותיה במצ"ח. כיצד, אפוא, ניתן לקבוע ממצא מרשיע פוזיטיבי על סמך גרסה שהמתלוננת בעצמה, עוד בשלב החקירה במצ"ח, איננה משוכנעת בנכונותה המלאה? על אחת כמה וכמה אמורים הדברים שעה שמנגד ניצבת גרסת הנאשם הסותרת את גרסת המתלוננת באותן נקודות.

1. משאין חולק כי המפגש בין הנאשם למתלוננת במרפאה התקיים בהסכמת השניים, תוך שהמתלוננת ערה לכך שמפגש זה צפוי להיות של שניהם לבדם (כעולה מן התכתובות ב-ת/32), יש להתמקד בבחינת השתלשלות האירועים החל מראשית המפגש במרפאה ובעיקר מראשית המגע בין השניים במרפאה.
2. תחילה לעניין **הנשיקה**. כפי שהובא לעיל, עמדת המתלוננת בנקודה זו ידעה **תפנית**; בעדויותיה הראשונות במצ"ח תיארה את אקט הנשיקה כפעולה בניגוד להסכמתה באופן גמור, שבאה לאחר אמירת "לא" מפורשת להצעת הנאשם "לממש את הסילבסטר" (ת/21, עמ' 2, ש' 25-32; ת/23, עמ' 1, ש' 10-15). ברם, לאחר העימות בין השניים, לכשנשאלה בנושא השיבה "אני לא זוכרת ממש את הנשיקה אז אני לא יכולה להגיד בוודאות" (ת/24, עמ' 3, ש' 68). גם בעימות עצמו מסרה "נכון אולי היה הדדי" (ת/6ב, עמ' 34-35). יוער, כי גרסת הנאשם לכל אורך החקירה והמשפט הייתה כי מדובר בנשיקה הדדית, כאשר חרף אמירותיה של המתלוננת בתחילה "לא כרגע" ביחס להצעתו לממש את הסילבסטר, לבסוף הייתה זו המתלוננת שהשלימה את הסנטימטר האחרון והביאה למימוש ניסיון הנשיקה מצדו.

גם בבית הדין תמכה גרסת המתלוננת בגרסת הנאשם, בניגוד לעולה מעדויותיה במצ"ח; כך, השיבה לשאלות ההגנה, שביקשה לברר מה הייתה כוונתה במלים *"אולי היה הדדי"* כי ייתכן ששפתיה החזירו נשיקה לנאשם, היינו אין מדובר רק בהסכמה פאסיבית לנשיקה מצדו של הנאשם אלא במגע אקטיבי של נשיקה הדדית.

זאת ועוד, בכל הנוגע **למשך** **הנשיקה** משתלבת גרסת המתלוננת במצ"ח עם גרסת הנאשם, אשר לפיה נשיקה זו בין השניים הייתה נשיקה ממושכת (ת/21, עמ' 6, ש' 149) ואף בכך יש כדי להשפיע על הלך הרוח הכללי בין השניים באותו לילה. יוער, כי המתלוננת מסרה בעדותה בבית הדין כי לא היה מדובר בנשיקה ממושכת, אך התקשתה למסור הסבר באשר לגרסתה במצ"ח כי היה מדובר בנשיקה ממושכת וציינה כי ככל הנראה החוקרת לא כתבה נכון, טענה אותה לא ראינו לקבל. נציין עוד כי בעימות בין השניים מסרה המתלוננת ביחס למשך הנשיקה כי אינה זוכרת כמה זמן ארכה.

1. מכאן **למיקום הנשיקה** והמעבר בין החדרים. בין הנאשם למתלוננת עלה פער בנקודה זו; בעוד שהנאשם טען כי הנשיקה הייתה בחדר הפנימי, טענה המתלוננת כי הנשיקה הייתה בחדר החיצוני בסמוך לדלת הכניסה. כן טענה המתלוננת כי בעקבות הנשיקה עברה לחדר הטיפולים הפנימי ואילו הנאשם ציין כי המעבר לחדר הטיפולים הפנימי היה בעקבות הצעתו. השניים החזיקו בגרסתם בנקודה זו, אך בחינת גרסת המתלוננת בסוגייה מלמדת כי העידה על עצמה שאינה זוכרת היטב את מהלך הדברים באותה נקודה ועל כן יקשה לבכר את גרסתה דווקא על פני גרסת הנאשם.

כך, כשנשאלה בעימות על ידי הנאשם כיצד מתיישבת טענתה לנשיקה באותו מקום כאשר חצץ ביניהם שולחן השיבה "הייתה נשיקה. לא יודעת בדיוק. לא זוכרת" (ת/6ב, עמ' 3) וכן בהמשך העימות *"הייתה נשיקה כזאת, סבבה? לא היה בחדר השני. נתחיל מזה. יכול להיות (מל"ב) מהנשיקה, לא זוכרת את זה. אם היה הייתי אומרת, (מל"ב) אני לא יודעת מה היה. אני לא זוכרת, זה משהו שנמחק לי מהראש"* (שם, עמ' 34-35). מן האמור ניתן להתרשם כי זיכרונה של המתלוננת את מהלך הדברים בכל הנוגע לנשיקה, מיקומה ומשכה, למצער אינו מיטבי ובהכרח אינו מלמד על גרסה נחרצת וחד משמעית. עוד יצוין, כי גם בסוגיית המעבר לחדר הפנימי לא חלקה המתלוננת על גרסת הנאשם ואמרה כי אינה זוכרת מדוע עברה ממקום למקום במרפאה (ראו גם עדותה בבית הדין, עמ' 56, ש' 36).

1. אשר לשאלת **העיסוי** שלאחריו המעבר למיטה, אין חולק כי הנאשם עיסה את כתפי המתלוננת או נגע בהן וזו אמרה לו משפט כגון "אני לא אוהבת שעושים לי מסאז' ונוגעים בי" (ת/21, עמ' 2, ש' 33). לדברי המתלוננת חרף האמירה, הוסיף הנאשם במגע גם לאחר המשפט והיא קמה ועברה למיטה. הנאשם מאידך טען כי חדל מן המגע כשהמתלוננת ביקשה זאת ואילו הוא היה זה שהציע לעבור למיטה לאחר הנשיקה הממושכת בין השניים ובהמשך לשאלה מצד המתלוננת האם נוח לו. יצוין, כי אף שהנאשם לא שלל אמירה מצד המתלוננת כי אינה אוהבת שעושים לה מסאז' (ת/13א, עמ' 21, ש' 649 ואילך) הוא הדגיש כי אמירתה לא התפרשה על ידו כחוסר רצון למגע כלשהו, בפרט לאור העובדה שמעברי המקום היו להצעתו (שם, עמ' 22, ש' 667-678).
2. יצוין כי גם גרסת המתלוננת באשר למשפט שנאמר על ידה ביחס לעיסוי לא הייתה חד משמעית. בעוד שבעדותה במצ"ח ובבית הדין מסרה כי אמרה לנאשם "אני לא אוהבת שעושים לי מסאז' ונוגעים בי" כאמור, הרי שבעימות כאשר טען בפניה הנאשם כי אמרה לו "זה לא נעים לי" (ת/6ב, עמ' 28) הסכימה עמו המתלוננת ואף בהמשך ציינה מפיה "אתה עיסית לי את הכתפיים נכון? נגעת לי פה, אני לא רציתי, ביקשתי, שלא נעים לי ואם אתה יכול להפסיק, והמשכת. אז קמתי" (שם, עמ' 28 בתחתית העמוד; ההדגשה אינה במקור). מובן, כי ישנה חשיבות לנוסח הדברים וכי קיים שוני בין אמירת מתלוננת כי אינה אוהבת שנוגעים בה לבין אמירה כי עיסוי בכתפיים אינו נעים לה. לאמור נודעת השפעה על הבנת הנאשם את חוסר ההסכמה בראי המשך ההשתלשלות העובדתית.
3. בחינת הפערים בין הגרסאות בעימות בין השניים מצביעה על כך שהמתלוננת גם לא שללה את דברי הנאשם כי הוא היה זה שהציע לה לעבור למיטה והיא עשתה כן ואמרה "לא זוכרת שהוא הציע לי לעבור למיטה. אני זוכרת שקמתי וישבתי במיטה" (ת/6ב, עמ' 28). התייחסות דומה ניתן למצוא מיד לאחר מכן כאשר הנאשם גולל את מהלך הדברים שבין הנשיקה ההדדית שלדבריו התרחשה בחדר הפנימי, הצעתו לעבור למיטה, הישיבה על המיטה מצד המתלוננת והמעבר שלה מישיבה לשכיבה אשר גרמו לו לחשוב "טוב יכול להיות שזה יוביל טיפה מעבר לזה [לנשיקה בית הדין]" (שם, עמ' 28). לדברים אלו הגיבה המתלוננת "אוקיי נגיד ושאלת אותי אם אני רוצה ללכת למיטה, למה למיטה?". היינו, גם בהקשר לדברים אלו, לא שללה המתלוננת את האפשרות כי הנאשם היה זה שהציע לה לעבור למיטה. יוער עוד, כי בנקודה זו אף לא שללה המתלוננת נשיקה הדדית בחדר הפנימי דווקא, אף שאין להסיק מסקנות חד משמעיות לעניין הנשיקה דווקא מתגובתה זו בעימות (וראו תגובתה הדומה שאינה שוללת באופן נחרץ טענת הנאשם לנשיקה בחדר הטיפולים ב-ת/6ב, עמ' 27).

נזכיר כי המתלוננת הייתה זו שציינה לגבי החלק שבין הישיבה על המיטה ועד לנקודת הזמן שבמהלכה היה הנאשם שכוב עליה, כי החלק הזה "*מחוק לה בראש*". בדומה לכך גם בעימות, כשציין הנאשם כי התנשקו במיטה והמתלוננת שללה זאת הטיח בה הנאשם "איך הגעת למצב שכיבה?" מסרה המתלוננת "יש המון חלקים בסיפור הזה שחסרים לי! כי זה מקרה טראומתי שעברתי! ... לא יודעת להגיד איך הגעתי למצב שאני שוכבת. לא יודעת" (עמ' 29, ת/6ב).

1. צירוף החלקים החסרים כפי שהעידה המתלוננת על עצמה, לצד גרסת הנאשם הפוזיטיבית (וראו לעניין זה למשל גרסת הנאשם בשיחה בכיסוי, ת/10, ש' 62-69) כשמנגד גרסת המתלוננת שאינה חד משמעית, מקשה אף היא להעדיף את גרסת המתלוננת דווקא באותן נקודות. מובן, אפוא, כי לו נעתרה המתלוננת להצעת הנאשם לעבור למיטה לאחר נשיקה ממושכת יש בכך ביטוי שעשוי להתפרש על ידי הנאשם כמשדר אינטימיות כלפיו.
2. בכך אין די. לפערים האמורים מתווסף עניין רב חשיבות והוא פרק הזמן "החסר" בגרסת המתלוננת שבין ההגעה למיטה, הישיבה עליה ועד לשלב שבו הגיעה למצב שכיבה. גרסת המתלוננת "שותקת" ביחס למקטע זה ובפנינו אין מצויה אלא גרסת הנאשם **שאיננה נסתרת**. על פי גרסה זו באותו שלב ובעודם צמודים וישובים על המיטה, התנשקו השניים בהסכמה. טענה זו נזכרת באופן עקבי מפי הנאשם באמרותיו במצ"ח ובעימות ואף זוכה לתימוכין מסוימים בתגובת המתלוננת בעימות כפי שהובא לעיל (ראו התיעוד החזותי שבו מגיבה המתלוננת לטענת הנאשם כי התנשקו במיטה "סבבה נכון אולי התנשקנו" (ת/6, 13:32:13, בתמלול בעמ' 8 מופיע כמל"ב). זאת, אף שלכל אורך עדויותיה של המתלוננת במצ"ח ובבית הדין וכן במקומות רבים נוספים בעימות שללה היא מכל וכל אפשרות לנשיקה הדדית במיטה.

כך או כך, בהינתן גרסת המתלוננת שלפיה פרק הזמן שעד לשכיבה על המיטה "מחוק לה בראש" ומשעה ששלב השכיבה ודאי מאוחר לשלב הישיבה על המיטה, אין ביכולתה של המתלוננת לסתור את טענת הנאשם לנשיקה הדדית על גבי המיטה, שכן כפי שהיטיבה להשיב, את שלא ידוע לה אינה יכולה לשלול.

לגרסת הנאשם במהלך קטע זה התנשקו הוא והמתלוננת ובתוך כך החלה המתלוננת להישען אחורה ונשכבה על המיטה באופן שגרם לו לחשוב שהאינטראקציה תתגלגל מעבר לנשיקה. נדגיש כי לא מצאנו לקבל טענת המתלוננת כי היא משוכנעת שלו היה הנאשם מנשק אותה על פיה היא הייתה זוכרת זאת, כיוון שהעידה על עצמה שחלק זה מחוק מזיכרונה. לא זו אף זו, המתלוננת הייתה זו שתיארה גם לגבי הנשיקה אותה זכרה לציין כי אינה זוכרת אותה ממש ולפיכך במעלה עדויותיה במצ"ח שוב לא שללה אפשרות לנשיקה הדדית. כיצד, אם כן, ניתן להעדיף סברתה של המתלוננת כי הייתה זוכרת נשיקה נוספת, כאשר אף ביחס לנשיקה, אשר אין חולק כי אירעה, התקשתה למסור גרסה חד משמעית?

1. נעיר, כי לא התעלמנו מגרסת המתלוננת בעדותה הראשונה במצ"ח שלפיה הנאשם "השכיב" אותה על המיטה. אולם, דברים אלו נמסרו ברצף של תיאור מהלך האירוע והמתלוננת לא הבהירה אותם. יתרה מכך, בהמשך עדויותיה וכבר במצ"ח לא שבה המתלוננת וחזרה על תיאור זה אלא ציינה כי היא לא זוכרת כיצד הגיעה למצב של שכיבה, באופן המתיישב עם העדר זיכרון גורף לחלק זה באירוע כולו.
2. צבר האמור - הנשיקה ההדדית, המעבר לחדר הפנימי כהצעת הנאשם, המעבר למיטה בתוך חדר זה, הנשיקה על גבי המיטה והישענות המתלוננת תוך מעבר מישיבה לשכיבה עשויים להשפיע על תפיסת הנאשם את מהלך האירוע ולתמוך בגרסתו באשר להלך רוחו גם בהמשכו. מובן, כי אין בכל אחד מן ההיבטים כדי להביא לקביעה בדבר הסכמת המתלוננת למעשים, ונתנו אמון בדבריה לפיה לא הסכימה, בליבה פנימה, לחלק משמעותי מן המעשים בחדר. ואולם, קביעותינו מתמצות אפוא, אך ורק בשאלה מה קלט הנאשם עצמו והאם היה מודע או שהיה עליו להיות מודע לחוסר הסכמה זה של המתלוננת. נעיר עוד, כי תימוכין נוספים לאפשרות זו ניתן למצוא בעובדה שאין בענייננו גילויי התנגדות אקטיביים בדיבור או בהתנהגות ואף שניתן לראות בדברי המתלוננת לגבי מימוש הסילבסטר והעיסוי בגבה וכן באקט סגירת הרוכסן של הפיג'מה משום חוסר הסכמה, הרי שגילויי התנגדות אלו באו כשבתכוף לאחריהם ייתכן שאירעו אקטים העשויים להתפרש אחרת.
3. כך, זמן מה לאחר האמירה מצד המתלוננת כי אינה מעוניינת בנשיקה, אירעה הנשיקה ההדדית וכך גם מעבר לחדר פנימי ואינטימי יותר (לתפיסת הנאשם) על פי הצעתו. לאחר אמירת המתלוננת כי אינה מעוניינת בעיסוי וכשנוגעים בה, היה מעבר מוסכם למיטה ושם, בעת ישיבה על המיטה, לא ניתן לסתור טענת הנאשם לנשיקה הדדית שלאחריה מעבר ממצב ישיבה לשכיבה בעת שהשניים צמודים זה לזו. בתוך כך בוצע אקט פתיחת הרוכסן וסגירתו (ראו למשל: ת/22, עמ' 4, ש' 95; יוער, כי הגרסאות ביחס למיקום שלב סגירת הרוכסן אינן חד משמעיות. ראו בהקשר זה ת/24, עמ' 6, ש' 132, שם נאמר כי שלב פתיחת הרוכסן היה לקראת סוף האקט כולו וכן פס' 132 להלן).
4. מעבר לכל האמור, התעוררו פערים נוספים בגרסת המתלוננת לאירועים, ביחס לנושאים שבמרכז כתב האישום. אף שבחלקם מדובר בשינויים מתונים הרי שהצטברות פערים אלו עם יתר התמורות בגרסתה, בעיקר אלו שבאו בעדותה בבית הדין ובמהלך העימות עם הנאשם, עוררה קושי להעדיף גרסתה על גרסת הנאשם, בפרט בנקודות הקונקרטיות שבהן עלה פער.
5. כך למשל, בכל הנוגע למגע בחזה, פתיחת רוכסן הפיג'מה וסגירתו. בעדותה הראשונה במצ"ח תיארה המתלוננת כי הנאשם פתח את רוכסן הפיג'מה שלבשה *"עד סוף החזייה"* וכי נגע בידו בחזה *"מתחת לחזייה"* (ת/21, עמ' 6, ש' 138). היא אף הגדילה ואמרה כי הנאשם משך את הגוזייה שלבשה מטה אבל שאינה זוכרת זאת בוודאות (שם, עמ' 12, ש' 328-330). בעדותה השנייה במצ"ח, אף השיבה כי נראה לה שהנאשם הגיע עם פניו לפטמה אף שאינה זוכרת זאת בוודאות (ת/22, עמ' 4, ש' 102) וכי המגע של פיו של הנאשם עם גופה היה על עור גופה (שם, ש' 100). היא לא ידעה לציין כמה זמן ארך המגע של ידיו של הנאשם בחזה.

ואולם, לאחר העימות בין השניים כשנשאלה המתלוננת על אודות המגע בחזה, שינתה את גרסתה באופן המצמצם את מעשי הנאשם. כך, היא חזרה בה מהטענה כי הנאשם נגע עם ידיו בחזה ואמרה כי אינה זוכרת זאת ואפשר שהתבלבלה (ת/24, עמ' 5, ש' 100 ואילך). ועוד, בניגוד לגרסתה הקודמת שבה ציינה כי נגע בה מתחת לחזייה מסרה בעדותה האחרונה במצ"ח כי הנאשם לא נגע לה בחזה מתחת לגוזייה *"כי הוא לא הוריד אותה ממני"* וכי המגע היה *"בחלק העליון של החזה"* ליד עצם הבריח. המתלוננת אף חזרה בה מן הטענה כי הנאשם נגע בפטמתה וכשנשאלה בנושא השיבה "לא שזכור לי". דברים אלו מתיישבים במידה לא מבוטלת עם גרסת הנאשם בנושא כפי שהוצגה בעימות (ת/6ב, עמ' 37-38).

1. באשר לפתיחת הרוכסן מסרה בעדות הראשונה במצ"ח כי לאחר פתיחת הרוכסן היא סגרה אותו. הנאשם פתח את הרוכסן שוב והיא שוב סגרה והנאשם פתח את הרוכסן בשלישית (שם, ש' 157-160). לעומת זאת, כבר בעדותה השנייה, שנמסרה שבועות אחדים לאחר מכן, הסתייגה המתלוננת מן הדברים ואמרה כי אינה זוכרת אם סגרה את הרוכסן אך היא סבורה שניסתה להראות שהיא מתכוונת לסגור את הרוכסן (ת/22, עמ' 4, ש' 96-98). בעדותה הרביעית תיארה את סגירת הרוכסן רק בסוף האקט וציינה כי שלב פתיחת הרוכסן היה לקראת סוף האירוע (ת/24, עמ' 6, ש' 132). כאשר עניין סגירת הרוכסן על ידה עלה בעימות בין השניים דווקא מצד הנאשם, ציינה המתלוננת כי אינה זוכרת זאת. לאחר שטענה בעימות כי לא סגרה הרוכסן (ת/6ב, עמ' 16, בדיסק, קובץ המסתיים בספרות "000" 13:45:55, בתמלול מופיע כ"מל"ב סגרתי את הרוכסן") אישרה במשתמע את טענת הנאשם כי סגירת הרוכסן על ידה הייתה חלקית והסבירה זאת בכך שקפאה ולא ידעה מה לעשות עם עצמה.

החשיבות לדיוק בנושא ברורה, ראשית, נוכח העובדה כי מדובר בנדבך מרכזי בכתב האישום והיה מצופה כי גרסת המתלוננת ביחס אליו תהא עקבית. שנית, מפאת העובדה שאקט סגירת הרוכסן, האופן וההקשר שבו נעשה עשוי לשקף כלפי חוץ את שהיה בלבה של המתלוננת פנימה ואת הסכמתה או העדר הסכמתה למעשי הנאשם וממילא להשליך על בחינת היסוד הנפשי שלו.

1. אמנם, הדין הישראלי בנוגע לעבירות מין מאפשר להכריע בין שתי גרסאות ולבסס הרשעה של נאשם על סמך עדות יחידה של מתלוננת, ללא צורך בתוספת ראייתית כלשהי ([**סעיף 54א(ב)**](removed.url) **ל**[**פקודת הראיות**](removed.url)), ובלבד שההחלטה תנומק, בהתאם לעוצמתה של העדות העיקרית ובהתאם לנסיבות המקרה. ואולם, לנוכח המקובץ, באנו לכלל דעה כי בענייננו אין די בעדותה היחידה של המתלוננת בכדי לענות על דרישת ההנמקה בהתאם לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות. יש לתור אחר ראיות לחיזוק עדות זו. למעשה, לאור הגשת עדויותיה של המתלוננת במצ"ח ועתירת התביעה כי נעדיף עדותה הראשונה של המתלוננת במצ"ח על פני גרסתה בבית הדין בכל מקום בו קיים פער ביניהן, טעונה העדות דבר לחיזוק בהתאם לסעיף 10א(ד) לפקודת הראיות.
2. נתייחס כעת לנדבכים בראיות אותם ניתן לראות כחיזוק לגרסת המתלוננת. נקדים כבר עתה ונבהיר כי נוכח גזרת המחלוקת הצרה בין גרסת הנאשם לגרסת המתלוננת, שאינה יורדת לשורש קרות האירוע אלא ממוקדת בשאלת מודעות הנאשם ליסוד ההסכמה, הרי שאין בחיזוקים אלו כדי לשפוך אור על זירת המחלוקת. זאת, אף שעדות המתלוננת נמצאה על ידינו מהימנה בעיקרה.

עדים נוספים

1. המתלוננת מסרה כי סיפרה לאחרים על האירוע. כן עמדה על התכתבויות עם חברים ששאלו אותה על השינוי שחל בהתנהגותה. בפסיקה נקבע לא אחת, כי "ראיות באשר למצבה הנפשי של נפגעת תקיפה מינית במועד חשיפת התקיפה עשויות, בנסיבות מסוימות, להווות סיוע לעדותה. זאת, בעיקרו של דבר מאחר שבמועד חשיפת המעשים נדרשת המתלוננת להתמודד מחדש עם הטראומה שחוותה (ראו גם [ע"פ 2544/17](removed.url) פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 1 ;(7.2.2019) [ע"פ 5149/12](removed.url) פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 82; (13.1.2014)  [ע"פ 5385/13](removed.url) פלוני נ' מדינת ישראל (4.12.2013); ע"פ 4203/19 פלוני נ' מדינת ישראל(ניתן ביום 22.7.2020).
2. **עמית,** חברתה הטובה של המתלוננת סיפרה כי בליל האירוע שבה לחדרה והבחינה במתלוננת כשמבטה אינו כשורה (לגרסת המתלוננת היא הייתה בחדר תחילה ולאחר מכן הגיעה עמית לחדר). כששאלה אותו לפשר הדבר החלה המתלוננת לבכות וסיפרה על פרטי האירוע עם הנאשם במרפאה. יצוין כי עמית לא ידעה לתאר מפי המתלוננת על תנועות החיכוך של איבר המין ומסרה כי המגע בחזה, מעל לבגדים, היה הדבר החמור ביותר שהנאשם עשה באירוע (עמ' 171, ש' 19 ואילך). עוד יצוין כי לגרסת המתלוננת לא שיתפה את עמית בפרטי האירוע באותו ערב אלא רק שבוע לפני הגשת התלונה. כשעומתה עמית עם הסתירה ציינה כי סיפרה את שזכרה (עמ' 174, ש' 3-16).

עמית תיארה כי לפני אותו ערב הייתה המתלוננת חברותית, צוחקת ואנרגטית, ואילו לאחר האירוע הייתה "*עם פרצוף כבוי*". עוד תיארה כי נכחה בהתקף חרדה שחוותה המתלוננת שארך כעשר דקות. לאחריו סירבה המתלוננת לפינוי רפואי, שכן המתלוננת ציינה שהיא מתמודדת עם התקפי חרדה עוד מתקופת בית הספר. עמית מסרה כי נכחה בשלושה התקפי חרדה שחוותה המתלוננת אשר תכפו והחריפו מאז האירוע עם הנאשם.

1. גם **שחר**, חברתה הטובה של המתלוננת אשר שירתה עימה, מסרה בעדותה כי ביום 1.1.2020 כתבה לה המתלוננת הודעה בה ציינה שיש לה משהו חשוב לומר לה וכששוחחו שיתפה אותה כשהיא נסערת שאירע לה מקרה לא נעים עם אחד הבנים ביחידה. עוד סיפרה כי המתלוננת עברה "שינוי קיצוני" והפכה מאדם עם **שמחת** חיים שצוחקת עם כל החברים לאדם **מדוכא** אשר בהמשך גם סירב פקודה. היא ועמית שוחחו איתה וביקשו שתפנה לקבלת סיוע, עד שלבסוף התרצתה ופנתה למהות. גם שחר תיארה התפתחות של התקפי חרדה אצל המתלוננת שהלכו והחמירו, כאשר באחד מהם בעוד המתלוננת הייתה על הרצפה היא מלמלה בקול "***אל תיגע בי***". יצוין כי כשנשאלה תיארה שחר כי נכחה ביותר משני התקפי חרדה שחוותה המתלוננת, אף שלא נכחה בהתקף שקדם לאירוע.
2. **רס"ל (מיל') מתן כ'** ששירת בתפקיד מקביל למפקדה של המתלוננת סיפר בעדותו כי לאחר שניתן למתלוננת עונש שלא להוביל את השבוע המקצועי, ולאחר שלא הגיעה לפעילות גיבוש ולארוחת שישי וראה שהיא מצוברחת, הלך לשוחח עימה כדי להסביר את העונש שניתן לה. בשיחה זו סיפרה לו על שאירע עם הנאשם ועל מקרה נוסף של הטרדה מעברה. בעת שסיפרה המתלוננת על הפגיעות המיניות זלגו מעיניה דמעות. הוא מסר כי המתלוננת לא הייתה מעוניינת להתלונן על האירוע אך הוא המליץ לה לעשות כן. בהמשך החליטה להתלונן והוא התלווה אליה.
3. **אריאל**, חייל ששירת עם המתלוננת במדור העיד כי המתלוננת סיפרה על האירוע כחודש ומחצה לאחר שאירע. היא לא סיפרה על כך בקלילות, אך גם לא בכתה. גם עד זה כמו חברותיה עמית ושחר תיאר **שינוי** **בהתנהגותה** של המתלוננת שהפכה יותר מכונסת, **חסרת** **סבלנות** **ולחוצה**.
4. **אור,** חייל נוסף ששירת עם המתלוננת, תיאר גם שהבחין בשינוי בהתנהגותה של המתלוננת, אשר עד לאירוע הייתה נעימה ומצחיקה. הוא שלח לה הודעה בשל כך בה כתב "*לאחרונה את לא מדברת בכלל עכשיו אני לא יודע אם זה בגלל כל מה שעובר עליך או שזה בגלל שעשיתי משהו אז כשיהיה לך זמן תגיבי*" (ת/26). בהמשך להודעה זו שוחח עמה טלפונית ושמע על האירוע עם הנאשם. כשבועיים לאחר מכן ביקשה ממנו המתלוננת לעזור לה בכך שימסור עדות במצ"ח ויספר את שידע. יום לאחר מכן, זומן למצ"ח למסירת עדות.
5. תכתובת נוספת שהצביעה על מצב רוחה של המתלוננת לאחר האירוע נרשמה ביום 10.3.2020 בינה לבין איש קשר בשם "דאבי" אשר שאל לשלומה על המתלוננת וזו השיבה כי מצבה "חרא", שהיא חולה ועוברת תקופה קשה (ת/26).
6. מכלול עדויות אלו לימד על השלכות האירוע עם הנאשם על מצבה של המתלוננת, הן באופן כללי והן במועד שבו שיתפה אחרים בפרטי האירוע.

מצבה הנפשי והפיזי של המתלוננת לאחר האירוע

1. תדפיס מפגש רפואי מיום 31.12.19 בשעה 11:00 (ת/25א) העלה שבבוקר שקדם לאירוע חוותה המתלוננת התקף קוצר נשימה שסוכם כהתקף חרדה. בשל ההתקף הוזמנו גורמי מד"א לבסיסה, אך המתלוננת סירבה להתפנות למיון ובאישור רופא נשארה ביחידה. ממסמך זה עלה כי המתלוננת חוותה בעבר מספר התקפי חרדה וכן מספר אירועים רגשיים קשים בעברה. הומלץ לה לפנות להערכת קב"ן.
2. יום לאחר מכן, ביום 1.1.20 בשעה 19:10 בערב שלאחר ליל האירוע, פנתה המתלוננת שוב למרפאת היחידה כיוון שחשה שעומדת לקבל התקף חרדה נוסף. התרשמות הרופא הייתה כי מדובר באירוע נוסף של חרדה (ת/25ב).
3. הפסיקה הכירה בכך שמצבה הנפשי של נפגעת עבירת מין, בעיקר סמוך לביצוע המעשה המיני הנטען או בהתייחס אליו, מהווה ראיה אובייקטיבית אשר עשויה לחזק את התלונה ויכולה לשמש עד כדי תוספת של סיוע (ראו למשל: ע"פ 8680/11 פלוני נ' מדינת ישראל(5.6.2013); ע/38,41/10 סמ"ר פולובינצ'יק נ' התובע הצבאי הראש**י** (2010)); ע["פ 2686/15](removed.url) בנטו נ' מדינת ישראל פס' 55 (5.3.2017)).
4. בענייננו, פרט לעדים אשר תיארו את השינוי בהתנהגותה של המתלוננת בעקבות האירוע או את הקושי שחוותה במהלך תיאור האירוע בפניהם, נשמעה גם עדותה של הפסיכולוגית הקלינית, הגב' קרת, אשר טיפלה במתלוננת מזה כשנתיים (להלן: "**הפסיכולוגית").**

במסמך כתוב סיכמה את הטיפול הנפשי במתלוננת (ת/29) ובו תיארה כי המתלוננת חווה מצוקה נפשית קשה וגדולה בעקבות פגיעה מינית שעברה בצבא, הכוללת מצב רוח ירוד, חרדה וירידה בתפקוד. את הטיפול במתלוננת החלה כחודש ומחצה לאחר האירוע עם הנאשם. אף שאישרה כי התקפי החרדה שחוותה המתלוננת החלו עוד קודם לאירוע עם הנאשם, העריכה כי בתחילת שירותה לא הייתה המתלוננת במצבה הנוכחי כי אחרת לא היו מגייסים אותה לצה"ל.

1. הפסיכולוגית חיוותה דעתה כי במהלך האירוע חוותה המתלוננת התנתקות דיסוציאטיבית ועל כן קיים אצלה קושי מסוים להיזכר בפרטים או ברגעים מסוימים מן האירוע. בעדותה בפנינו הבהירה הגב' קרת כי במצב של ניתוק רגשי יש אזורים מנותקים, אך המצב אינו מוחלט, כך שייתכן שהמתלוננת תזכור חלק מהדברים באירוע ותשכח את חלקם. היא הסבירה כי מאחר שבעברה של המתלוננת פגיעות קודמות, אף שהפגיעה הנוכחית עומדת בפני עצמה, לעתים קיימת השלכה של הפגיעות הקודמות ועל כן מופעל מנגנון הניתוק. היא הוסיפה במענה לשאלות ההגנה כי נפגעת "פגיעה מינית מגיבה באופן שונה למציאות, מתוך אותם ניתוקים שיש לה ומתוך איזה שהוא שיבוש בפרשנות של המציאות... ארצה לדייק את השיבוש של הפרשנות, היא קשורה לניתוקים, כיוון שהניתוק מתרחש, זה המנגנון שמסביר את הדבר הזה. יש אזורים שהיא לא מזהה בגלל אותו ניתוק" (עמ' 197, ש' 32-36).
2. במכתבים מיום 30.12.2021 ומיום 29.1.2022 (ת/31-32) מאשרת פסיכיאטרית מומחית, ד"ר כספי, כי המתלוננת סובלת מתסמונת דיכאונית-חרדתית בעוצמה גבוהה עם הפרעה פוסט-טראומתית. למתלוננת הותאם טיפול תרופתי. כן צוין במכתב מחודש ינואר 2022 כי לאחרונה מצבה החמיר.
3. מן האמור ניתן ללמוד, אם כן, שחלה הידרדרות במצבה הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע במרפאה והמגע עם הנאשם. עם זאת, אין חולק כי מצבה הנפשי של המתלוננת היה מורכב עוד קודם לאירוע מושא כתב האישום. כך גם אין חולק כי המתלוננת חוותה התקפי חרדה עוד קודם לאירוע דנן, האחרון שבהם היה ממש בבוקר יום האירוע, ביום 31.12.2019. כאשר במפגש רופא באותו מועד הומלץ לה לפנות להערכת קב"ן. מכל מקום, ניתן לומר כי אפשר להתרשם כי מצוקתה הנפשית של המתלוננת קשורה גם באירוע דנן ואירוע זה השליך על מצבה הנפשי וההתנהגותי. לכך חשיבות בבחינת התצרף הראייתי, אולם בענייננו דומה כי אין חולק באשר לעצם האירוע ולקיומה של פגיעה מינית במתלוננת. מוקד המחלוקת בין הצדדים נוגע לשאלה האם היה הנאשם יכול להבין את חוסר רצונה של המתלוננת במעשים בראי השתלשלות האירוע בין השניים.

הערכת גרסת הנאשם

1. אל מול גרסת המתלוננת בחנו את גרסת הנאשם. גרסת הנאשם נבחנה הן על סמך התרשמותנו הבלתי אמצעית מעדותו בפנינו והן על סמך התמונה שעלתה מצפייה בתיעוד העימות עם הנפגעת, קריאת אמרותיו במצ"ח והאזנה לשיחה בכיסוי. התרשמותנו מן הנאשם הייתה בעיקרה חיובית. התנהגותו הייתה מכבדת ומנומסת אף בנקודות בהן הטיח בו התובע דברים קשים, וגרסתו הייתה סדורה ועקבית ברובה. ניכר היה כי המעמד קשה עבורו ולפרקים היה נראה מבטו מיוסר. הנאשם השיב באופן ענייני ומפורט. תשובותיו הארוכות, לעתים, ניתנו למורת רוחו של התובע, אשר ביקש לפרשן כניסיון התחמקות, אולם אנו מצאנו כי תשובות אלו ניתנו בעיקר לאור יסודיות וזהירות מצד הנאשם ורצונו לספק מענה מנומק. ניתן לומר כי עדותו של הנאשם הייתה שלמה ובעלת רצף בהיר והיגיון פנימי בכללותה.

הנאשם אף נזהר מלהטיל דופי מפורש במתלוננת ובתחושותיה ודייק כי הוא מסתייג מהאופן שבו מוצגות העובדות בכתב האישום שהוגש כנגדו, אף שלא התכחש להבנתו בדיעבד כי המתלוננת נפגעה ממנו.

1. מצאנו כי גרסת הנאשם לא התפתחה במהלך עדותו בבית הדין ולמעשה עיקר הגרסה נותר בעינו למן אמרתו הראשונה של הנאשם במצ"ח, עבור בעימות וכלה בעדות בפנינו. כפי שצוין לעיל, התרשמנו כי במספר נקודות בהן התעוררו פערים בין גרסת הנאשם לגרסת המתלוננת, אשר התחדדו בעימות בין השניים, הסכימה המתלוננת לבסוף עם גרסת הנאשם או שמיתנה את נחרצות גרסתה ביחס אליהם - לא שללה את גרסתו או ציינה כי אינה זוכרת הדברים.

הנאשם לא נמנע מלאשר פרטים גם כשהמענה לא היה נוח לו, אף שלעיתים עשה כן לאחר סדרת שאלות מפי התובע. כך אישר כי אכן חתר למפגש עם המתלוננת במרפאה שאולי יוביל למגע אינטימי. אף שטען כי עצם המפגש המשותף היה פרי יוזמה הדדית, לא הכחיש כי את מיקום המפגש הוא הציע מתוך תקווה לאינטימיות ורצון בפרטיות. הוא אף אישר כי בשאלות מסוימות ששאל באירוע ב"האמר" ביקש לייצר קרבה ואינטימיות בינו לבין המתלוננת, אף שהשאלות לא נדרשו מבחינה הרפואית.

1. חרף האמור בדבר עקביות הגרסה והגיונה, לא הייתה עדות הנאשם חפה מקשיים לגמרי. על פערים מסוימים שהתעוררו בגרסה עמדה התביעה היטב בחקירה הנגדית של הנאשם ובסיכומיה. נציין את המרכזיים שבהם; כך למשל, בכל הנוגע לאקט פתיחת הרוכסן על ידו וסגירתו על ידי המתלוננת, ציין הנאשם בעדותו כי אקט זה התבצע לפני תנועות החיכוך של איבר המין (עמ' 286, ש' 24-25). כשנשאל האם בראייתו מדובר באקט פולשני ואינטימי יותר מתנועות חיכוך המדמות קיום יחסי מין התקשה הנאשם להשיב וטען כי מדובר ב*"משהו שונה"*. עוד נשאל כיצד מתיישב אקט זה של תנועות החיכוך עם דבריו באמרתו במצ"ח כי לאחר סגירת הרוכסן הבין *"שמעבר לפנים אין בכלל על מה לדבר"* (ת/13, עמ' 24, ש' 728) והשיב כי באמרה במצ"ח כוונו דבריו ל"מגע עם עור חשוף" (עמ' 287 ש' 21 ואילך) באופן שעורר תמיהה. עם זאת, בהמשך הסביר הנאשם כי גם לאחר סגירת הרוכסן הוסיפו להתנשק הדדית, באופן שלימד שהמתלוננת עדיין מעוניינת במגע ורק בהמשך עם תנועות החיכוך הסיטה את מבטה הצדה, מה שהביא לכך שהפסיק. כן מסר כי לאחר סגירת הרוכסן חלקית הטתה המתלוננת צווארה כלפי מעלה באופן שפירש כרצון לנשקה בצווארה וכך עשה.
2. פער נוסף נגע למשך הנשיקה בחדר, טרם המעבר למיטה. גם בעניין זה לא הייתה גרסת הנאשם חד משמעית. כך, באמרתו במצ"ח מסר כי היה מדובר בנשיקה *"שנמשכה הרבה דקות, בערך חמש דקות..."* (ת/13, עמ' 35, ש' 1108-1111) וכשנשאל על כך בעדותו בבית הדין אישר זאת (עמ' 277, ש' 28-33). אולם, כשעומת עם הקושי להתנשק חמש דקות שלמות בתנוחה שבה ציין כי ישבו הוסיף, לראשונה, שהיו "הפוגות" (עמ' 278, ש' 1-9) ובהמשך ציין כי התייחס לנשיקה על המיטה אף שמובן היה מן ההקשר כי אין הכוונה לנשיקה על המיטה. לבסוף, אישר הנאשם כי בשלב הנשיקה בכיסא *"נראה פחות סביר שזה היה חמש דקות, גם לדעתי זה היה פחות"* (שם, ש' 32-33) בניגוד למה שמסר בתחילה.

נציין, כי חרף הפער המובן לא סברנו כי יש בו כדי להשליך על קביעת הממצאים במקרה דנן, שכן אף לשיטת המתלוננת בעדותה במצ"ח הייתה הנשיקה עם הנאשם נשיקה ממושכת כאמור (ראו עדותה במצ"ח: ת/21, ש' 149 בעמ' 6). גם גרסת הנאשם בסוגיה זו באמרתו במצ"ח לא הייתה נחרצת אלא פרי הערכה "בערך חמש דקות", ומכל מקום הנאשם לא החזיק בגרסה כי הנשיקה ארכה חמש דקות ואישר כי ככל הנראה ארכה פרק זמן קצר יותר.

1. סוגיה נוספת שהתעוררה בחקירת הנאשם בבית הדין נגעה להחזקת ידה של המתלוננת והניסיון להביאה לכדי מגע באיבר מינו של הנאשם. הנאשם שלל זאת. באמרתו במצ"ח כשהוטחה בו הטענה בנושא ציין *"לא היה, יכול להיות בטעות שהיד שלה עברה או שהחזקתי לה את היד בקטע רומנטי* ***ושניסיתי****. יכול להיות היא התבלבלה בקטע הזה כמו בקטע עם החזה"* (ת/13, עמ' 25, ש' 770-771; ההדגשה הוספה). כשעומת הנאשם עם דבריו במצ"ח "ושניסיתי" השיב הנאשם כי מילה זו נאמרה בקונוטציה אחרת מזו שביקש התובע להסיק, כאילו אישר כי ניסה לגרום למתלוננת לגעת באיבר מינו עם ידה. הנאשם ציין כי באמירת המילה "ושניסיתי" הוא בעצם "נשאר חסר מילים" ולא יודע איך להגיב לטענת המתלוננת, כיון שהדבר לא קרה *ו"לא מחובר לשום דבר שהיה שם"* (עמ' 286, ש' 1-5). מצאנו קושי לקבוע מסמרות במשמעותה של מילה יחידה זו משעה שגורמי החקירה לא טרחו להוסיף ולברר את הסוגייה בשאלות נוספות. עוד מצאנו קושי לקבוע כי אחיזת ידה של המתלוננת על ידי הנאשם נועדה, כטענתה, להביאה למגע באיבר מינו משעה שאין חולק כי מגע כאמור לא התממש ולא נטען כי הדבר נמנע כתוצאה מהתנגדות המתלוננת.
2. הפער המרכזי עליו הצביעה התביעה, נגע לשאלת **משך** **הזמן** שבו התחכך הנאשם עם איבר מינו באיבר מינה של הנפגעת. כך, בשיחה בכיסוי אישר הנאשם כי *"לקח לי דקה להבין את זה"* (ת/10, עמ' 3, ש' 95) בהתייחס לפרק הזמן שארך עד שהבין כי המתלוננת *"לא איתו"* ואף הוסיף כי באמת *"הייתי צריך יותר לשים לב שרגע מה זה אומר שאת לא איתי לא לחכות עכשיו דקה ואת לא איתי"* (שם, עמ' 4, ש' 124-125). בהמשך, באמרתו במצ"ח שב על הערכתו כי *"סך כל התנועות המגונות זה היה דקה בערך"* (ת/13, עמ' 25, ש' 778-779), אך בהמשך ציין כי מדובר בפרק זמן של *"...עד דקה. במחשבה יותר מעמיקה נראה לי 20 שניות"* (שם, עמ' 27, ש' 851-852). בעדותו בבית הדין כבר ציין הנאשם כי לאחר שהחל בתנועות והמתלוננת הסיטה את מבטה הצידה *"לקח לי כמה שניות להבין מה קורה..."* (עמ' 251, ש' 38).

לאחר שעומת עם הפערים בהערכת הזמנים ציין הנאשם כי עברו כמה שניות מהרגע שנעצר וקלט שהיה משהו מוזר בתגובת המתלוננת. עוד השיב כי עשה סימולציה לאחר שהשאלה הועלתה וכתוצאה מכך הבין כי אין זה הגיוני שהיה מדובר בפרק זמן ארוך מ-20 שניות.

פער נטען נוסף בהקשר לסוגיה זו נגע לטענת הנאשם כי כאשר הבחין בהסטת המבט של המתלוננת עצר **מיד** ופרק הזמן שבו נקב, בין אם 20 שניות או דקה, הוא פרק הזמן שחלף עד שנעמד מעליה וקם מן המיטה. זאת, אף שבשיחה בכיסוי ניתן ללמוד אחרת והוא כי הערכת הזמנים נגעה להפסקת התנועות החיכוך (ת/10, עמ' 3, ש' 86 ואילך).

1. לא ניתן להתעלם מפערים שונים בגרסת הנאשם בנקודה קונקרטית זו הנוגעת לשיאו של האקט המיני. חרף זאת, לא סברנו שיש בהם כדי להשליך על משקל גרסת הנאשם כולה בהינתן קביעותינו האמורות מעלה. זאת, הן לאור מהות הפערים והן לאור טיב הסוגייה, הנוגעת להערכת זמן מדוקדקת של מקטע אחד במהלך השתלשלות אירועים. הדעת נותנת כי יקשה לנקוב באופן מדויק בפרק הזמן של חלק ספציפי באירוע. נזכיר כי היה זה הנאשם בעצמו שציין באמרתו השנייה לגבי חלק זה של האירוע כי *"לא זכור לי יותר מדי מהסיטואציה הזאת..."* (ת/14, עמ' 6, ש' 130) וכשנשאל ביחס לכך נימק אמירתו בכך שהיה מדובר בסיטואציה קצרה (עמ' 296, ש' 16). נציין עוד כי אף המתלוננת לא נקבה ואף לא התבקשה לנקוב במשך הזמן שארכו תנועות החיכוך. יתרה מכך, בתוך מהלך אירוע שלם פערי הזמנים בהם נקב הנאשם אינם משמעותיים ומכל מקום עיקר גרסתו של הנאשם בסוגייה נותרה עקבית כפי שהציגה בשיחה בכיסוי (ת/3, עמ' 3, ש' 95) וכן באמרתו במצ"ח *"באותו רגע שהבנתי עצרתי את זה"* (עמ' 26, ש' 798).

היינו, הנאשם הבהיר כי הבנתו את ההתרחשות החריגה והמוזרה שהתבטאה בהסטת המבט ארכה זמן מסוים שבסופו קם מן המיטה כפי שמסר הנאשם באמרתו *"זה היה לי שוק, כשאתה חוטף שוק יש זמן תגובה. הזמן תגובה שלי היה מספר שניות, יכול להיות שזה גם עשרים שניות או דקה, אני לא יודע. בשניות האלה שאני רואה משהו מוזר ואני אומר לעצמי 'איך אני מגיב לדבר הזה"* (ת/13, עמ' 26, ש' 811-813).

1. טענה נוספת שהעלתה התביעה נגעה להתנהגותו של הנאשם לאחר האירוע במרפאה. נטען כי פניית הנאשם למתלוננת בהודעה כתובה למכשירה הנייד בלילה לאחר האירוע והביקור במשרדה יום לאחר מכן משקפים תחושת אשם מובהקת של הנאשם ומהווים ראשית הודיה לחובתו. הנאשם נשאל על כך ועל דבריו בהקשר זה באמרתו במצ"ח שבה ציין *"היה לי מוזר שהיא הסתכלה הצידה אז כתבתי לה "לילה טוב" בווצאפ כדי לבדוק אם היא בסדר וגם מתוך נימוס. היא לא ענתה אז יום אחרי זה בצהריים הגעתי למשרד שלה, היא שמחה לראות אותי. שאלתי אותה אם היא בסדר אז היא אמרה לי שכן. רציתי לוודא שהיא באמת מרגישה בסדר והבנתי שכנראה סתם אכלתי סרטים באותו יום שהיא סובבה את המבט"* (ת/13א, עמ' 3 ש' 64 עמ' 4 ש' 67).

הוא השיב, באופן שהניח את דעתנו, כי אין ספק כי סיומו של האירוע במרפאה היה חריג ומוזר. הנאשם אף ציין כי בעת שביקר במשרדה של המתלוננת חייכה אליו האחרונה, אף שהבין כי הקשר ביניהם לא יתפתח לזוגיות. תגובה זו של המתלוננת לא נשללה על ידה בעימות בין השניים באופן שחיזק את גרסת הנאשם. כך, במהלך העימות וביחס לטענה של הנאשם כי חייכה אליו כשביקר במשרד יום אחר האירוע, *"חייכתי...גם אם כן, לא הייתי מחייכת אליך, אחרי מה שהיה"* וכשחזר הנאשם על דבריו *"חייכת אליי"*, אמרה *"אז לא יודעת אז כנראה חייכתי"* (ת/6ב, עמ' 29 לתמלול בתחתית העמוד).

1. מצאנו כמשכנעים את הסברי הנאשם כי ביקש לתת למתלוננת *"אפשרות לפתוח ולשתף אותי מה גרם למה שהיה בסוף הסיטואציה. לא האצתי בה, ולא הטחתי בה את השאלה, אבל הנחתי שאם היא הייתה מרגישה שהיא רוצה להעלות בפניי את לא יודע מה שבאותו זמן גרם לזה, אז היא הייתה עושה את זה באותה סיטואציה"* (עמ' 302, ש' 37-39). גם את אמירת הנאשם *"אכלתי סרטים"* לא מצאנו לזקוף לחובתו ולראות בה כמבטאת תחושת אשם אלא כממוקדת בהקשר להסטת המבט כפי שהעיד הנאשם *"בסוף סיטואציה מאוד הדדית מאוד קרובה שמקדמת קשר שנראה שהולך לכיוון זוגי, רגע אחד של 180 מעלות שאין לו הסבר ברור נראה לעין וזהו"* (עמ' 303, ש' 4-5).
2. נציין, כי הנאשם לא הוסיף ופנה למתלוננת פרט ליום שלאחר האירוע עד ליצירת הקשר מצד המתלוננת עמו במסגרת השיחה בכיסוי ורק לאחריה שלח לה הודעה ובה הצר על שפגע בה תוך שציין כי לא הבין שפגע בה עד לאותה שיחה (ת/11).

גם השיחה היזומה בכיסוי מאפשרת ללמוד באופן אותנטי על הנאשם, תגובתו לדברי המתלוננת ותפיסתו את מהלך האירוע. התרשמות משיחה זו משקפת תגובות מדודות ושקולות מצד הנאשם, תגובות העולות בקנה אחד עם עיקר גרסתו במצ"ח שהשתרעה על פני חקירה ממושכת. כך, ניתן ללמוד על הבנת הנאשם כי במהלך האירוע היה שלב הסטת המבט "הרגע היחידי שבו זה היה נראה לי מוזר, שבאמת לא הסתכלת" (ת/10, עמ' 3, ש' 84-85), שכן *"בדיעבד זה היה לי מוזר ולא הצלחתי כל כך להבין, עכשיו כשאת מסבירה בעצם שזה היה עוד בשלבים יותר מוקדמים,* ***שלי זה היה עוד נראה שזה זורם והכל טבעי****...אם הייתי שם לב באותו רגע, בכלל לא היינו [ב]כל המצב הזה"* (שם, עמ' 4, ש' 133-140; ההדגשה הוספה).

1. תגובות דומות אפיינו את הנאשם גם במהלך העימות עם המתלוננת, עימות שבמהלכו קיבלה המתלוננת את גרסתו בסוגיות שונות שבמחלוקת או למצער לא חלקה על גרסתו באופן נחרץ.

הכרעה בין הגרסאות

1. ניצבות לפנינו שתי גרסאות. מחד, גרסתה של המתלוננת, הניצבת באמונה שלמה מאחורי גרסתה, ואשר התרשמנו לטובה ממהימנותה, מכנותה, מניסיונה לדייק ולמסור את הפרטים למיטב זיכרונה, ומכך שבשום שלב לא ניסתה להעליל על הנאשם עלילת שווא, או למזער פרטים שאינם נוחים לה. כן התרשמנו מתחושותיה האותנטיות ביחס לאירוע ולאחריו, והיינו ערים אף למצבה הנפשי אשר אין חולק כי החמיר לאחר האירוע.
2. מנגד, גרסת הנאשם, אשר חרף חקירה נגדית ממושכת בבית הדין וחקירה ממושכת במצ"ח נותר עקבי בגרסתו, אשר במרכזה טענתו כי לא היה ער לחוסר הסכמה של המתלוננת אשר הובעה באופן אמביוולנטי וכי בסופו של דבר, כאשר התגבש בליבו החשד כי המתלוננת אינה חפצה בהמשך האקט, חדל ממנו.
3. נתנו דעתנו לדרך בה ביטאה המתלוננת את חוסר הסכמתה, לדבריה, ולאופן בו נקלטו הדברים אצל הנאשם, להתרחשויות בשני החדרים במרפאה - אשר את גרסת הנאשם לגבי חלק מהן מתקשה המתלוננת לסתור, ובעיקר לעובדה שניתן היה לפרש צעדים מסוימים באירוע כגילויי הסכמה מצידה, בצד העובדה שהנאשם חדל מכל אקט שהמתלוננת שידרה חוסר הסכמה לגביו, גם אם לא הובעה באופן מפורש.
4. לאחר התלבטות הגענו לכלל מסקנה, כי אף שגרסת הנאשם איננה נקייה מספקות, אין די בתשתית הראייתית שהוצגה לנו על מנת לקבוע את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר. לעניין זה שקלנו שיקולי היגיון ושכל ישר העולים למקרא הפערים בין דברי המתלוננת לדברי הנאשם, בשילוב עם החללים התודעתיים של המתלוננת המצויים בחלקים מהותיים באירוע. בנסיבות כוללות אלו סברנו כי התמונה שהראיות מאפשרות לנו כה מורכבת עד כי היא מנביעה מתוכה ספק.
5. אמנם, כאמור, גרסתו של הנאשם אינה חפה מפגמים, ואין חולק כי מהפן האובייקטיבי היו בנמצא 'תמרורי אזהרה' שביקשה המתלוננת לשדר לאורך האירוע. ואולם, כידוע, עת עסקינן במשפט פלילי, אין בגרסתו של הנאשם אפילו מתגלות בה פרכות או סתירות כדי ליצור 'יש מאין' את התשתית הנדרשת להרשעה (ע"פ 660/86 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 789).
6. בסופו של יום, ולאחר בחינת עדויותיהם של המתלוננת ושל הנאשם כאחד, סברנו כי לא ניתן לשלול את גרסת הנאשם, לפיה לאורך האירוע נעשו מצד המתלוננת מעשים אותם פירש כהסכמה למגע, וכי כשנוכח לדעת כי "היא אינה איתו", חדל ממעשיו.
7. נוסף על כך, לא מצאנו כי ניתן להתבסס על עדות המתלוננת באופן מלא לצורך הרשעת הנאשם בפלילים; אף שנכונים אנו לקבוע, כי המתלוננת לא חפצה במעשיו של הנאשם בעיקרם, הרי שפעולות שונות שביצעה במהלך האירוע, או כאלו שלא ניתן היה לשלול שביצעה, לצד העדרו של ביטוי מובהק לאשר התחולל בלבה של המתלוננת המנוגד לפעולות אלו, והקושי של הנאשם להיות מודע לתחושה פנימית סובייקטיבית זו, הותירו בלבנו ספק סביר בשאלת קיומו של יסוד נפשי לנאשם בעבירה שעניינה מעשה מגונה.
8. כפי שאמרה המתלוננת בעצמה במהלך העימות לנאשם ודומה כי דבריה מסכמים היטב את הקושי במקרה זה: "...באיזשהו שלב הבנת שאני לא רוצה, לא יודעת מה גרם לך עכשיו פתאום לקום באמצע כל הסיטואציה הזאת, קמתי, סגרתי את הדלת והלכתי*".* בתגובה השיב הנאשם *"*את יכולה לחשוב שאולי הסיבה שקמתי זה באמת כי הרגשתי שאת לא איתי?*"*. על כך אמרה המתלוננת בשנית *"*נו ומה אני אומרת? זה מה שאמרתי עכשיו. "מל"ב". בסופו של דבר, הבנת שאני לא רוצה את זה, אז קמת. סגרתי את הפיג'מה והלכתי*"* (ת6ב, עמ' 36-37; ההדגשה אינה במקור). רוצה לומר, אף המתלוננת מאשרת בעימות בין השניים כי הבנת הנאשם התרחשה בסופו של האירוע וכי עם הבנתו קם מעליה.
9. דברים אלו של המתלוננת אשר נמסרו באופן ספונטני לקראת תום העימות בין השניים משקפים במידה לא מבוטלת את התרשמותנו שלנו לאחר שהפכנו בחומרי הראיות, שמענו את כלל העדים והתרשמנו ארוכות מן הנאשם ומן המתלוננת. אחר האמור, נותר ספק סביר בלבנו, שמא השתלשלות אירועים מצערת גרמה לכך שבליל השנה החדשה 2020, במרפאה בבסיס, במהלך מפגש זוגי-חברי שהפך מפגש אינטימי בין הנאשם למתלוננת, פגע בה הנאשם. אולם, למרבה הצער, הבנת הנאשם או חשדו של הנאשם כי הסיטואציה שבה הוא נתון חריגה ואינה הדדית התגבשה סמוך לסיום האירוע, שאז חדל ממעשיו.
10. בכגון דא כבר פסק בית המשפט העליון כי כאשר גרסת מתלוננת בעבירת מין מותירה ספקות בליבת המחלוקת מודעות הנאשם להלך רוחה באשר למעשיו - יש לבחון את מהותם של אותם ספקות

"*השאלה מתי תמיהות שנותרו עולות כדי ספק סביר מושפעת ממידת הקשר שלהן לגרעין המהותי עליו נסב האירוע, נשוא האישום. כאשר התמיהות מקרינות על עצם מעורבות הנאשם באירוע העברייני המיוחס לו, משקלן עשוי לעלות כדי ספק סביר באשמה. לעומת זאת, כאשר התמיהות מצויות בשולי האירוע העברייני, ואינן מהותיות לו, הרי גם כאשר הן נותרות ללא מענה, לא בהכרח ישפיע הדבר על רמת הוודאות של הגרסה המפלילה האמינה. הציפייה כי במורכבות החיים ובמורכבות נפש האדם כל פרט בפסיפס הנתונים הקשורים באירוע ובמעורבים בו יהיה שקוף, צלול ובהיר במלואו לעולם אינה מתגשמת. יש, אפוא, לשקלל בזהירות את משקלן של התמיהות הנותרות, ולבחון האם יש בהן כדי להעלות ספק סביר, או שמא הן מצויות בשוליו של האירוע העברייני, ואינן מטילות ספק בגרעין המהותי המפליל המצוי בתשתית הראייתית שניתן בה אמון" (*[*ע"פ 7220/05*](removed.url)***נימר נ' מדינת ישראל,*** *פס' 27 (ניתן ביום 31.5.2007); וראו גם:* [*ע"פ 281/82* ***אבו חצירא נ' מדינת ישראל****, פ"ד לז*](removed.url)*(3) 673, 694; ע"פ* [*4971/02*](removed.url) ***זגורי נ' מדינת ישראל****, פ"ד נח(4) 583, 615).*

1. בענייננו, נטוע הספק בתיאור מהלך העניינים העובדתי כפי שנפרש על ידי הנאשם ונוגע ברובו, לבד מן המקטעים לגביהם ציינה המתלוננת כי אינם זכורים לה, לשאלת היסוד הנפשי. מסקנתנו באשר לקיומו של ספק אינה מאיינת את גרסתה של המתלוננת ואת טענתה העקבית כי לא הסכימה למעשיו של הנאשם, בעיקר בחלקו האחרון של האקט שנעשה על גבי המיטה במרפאה. אלא שאי הסכמה זו לא הובעה כלפי חוץ באופן מפורש, על אף שקודם לכן החל מגע אינטימי בינה לבין הנאשם שניתן היה לפרשו כמגע מוסכם ולאחריו מחוות התנהגותיות המרמזות על העמקת האינטימיות.

יתרה מכך, אף סיומו של האקט לא נבע מהעברת מסר ברורה ומפורשת של אי הסכמה והתמצה בהסטת מבט הצידה ללא אומר ודברים או מגע המלמד על חוסר רצון. אין בכך כדי לפסול את הסברי המתלוננת כי קפאה ולפיכך לא היה ביכולתה לשקף לנאשם את שחוותה, אולם יש בכך כדי לחזק טענת הנאשם לחוסר מודעות.

המישור הנורמטיבי

1. אין חולק כי מעשי הנאשם כמיוחס לו בפרט האישום הראשון עונים על הגדרת המחוקק בסעיף 348 לחוק העונשין שעניינו מעשה מגונה ולפיו מעשה מגונה הוא "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". היסוד העובדתי שבעבירה זו מתקיים במקרה דנן ומתמלא בעצם עשיית המעשה, ככל שעסקינן במעשה בהעדר הסכמה לעשייתו (ראו הגדרת העבירה בסעיף 348(ג) לחוק העונשין).

 השאלה הנשאלת במקרה דנן נוגעת לקיומו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירת המעשה המגונה. מלבד מודעות ליסודותיה העובדתיים של העבירה נדרשת "מטרה ספציפית שהמעשה ייעשה למטרת גירוי מיני, למטרת סיפוק מיני או למטרת ביזוי מיני" (ע"פ 6255/03 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3), 168, בעמ' 179-180 (2004)). גם הגוון המיני שבמעשה איננו שנוי במחלוקת והוא מובהק למדי במקרה דנן.

 נותרנו, אם כן, עם **שאלת ההסכמה**. נוכח מסקנתנו כי ניתן לקבל את גרסת המתלוננת כי לא חפצה במרבית המעשים שבוצעו בה, יש לבחון בעיקר את שאלת מודעות הנאשם להעדרה של הסכמה זו.

כידוע, "המבחן המקובל כיום לבחינת היעדר הסכמה "אינו שלילי 'אי התנגדות', אלא חיובי 'הסכמה'" (ע/25/16 רב"ט מיכלשוילי הנ"ל, בסעיף 59, והאסמכתאות שם (2017)), ו"לא נדרשת עוד התנגדות פיזית מצד האישה כדי שיתקיימו יסודות העבירה, ואף אין הכרח כי התנגדותה תבוא לידי ביטוי באופן מילולי" (ע"פ 3217/14 שמיים נ' מדינת ישראל, פס' 21 (31.7.2016). וראו גם: ע/7,11,12/17 טור' טויל ורב"ט ישראלי נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 166 (2018); [ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה](removed.url)873, 898 )3). די אפוא בהבעה מילולית של העדר ההסכמה, או בהתנהגות משתמעת שיש בה כדי ללמד על כך ([ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת**](removed.url) **ישראל** [, פ"ד נה](removed.url)(3) 873, 898)

1. בדומה, נקבע בפסיקה, כי "כיום, הוצב גבול ברור, לפיו קיום יחסי מין מותנה ברצונה החופשי של האישה ביחסים אלו. אי-ההסכמה יכולה אמנם ללבוש צורות התנהגות שונות ומגוונות, אך המשותף לכולן הינו המסר הברור, כי היא איננה מעוניינת בכך. עם העברת מסר זה, יהיה בהמשך קיום יחסי המין משום עבירה פלילית חמורה" ([ע"פ 7951/05 **מדינת**](removed.url) **ישראל** [**נ' פלוני**, פ"ד](removed.url) סב(1) 710, 730).
2. ואולם, מן העבר השני, הוכרו בפסיקה מצבים שבהם גם לאחר שהוכח ביטוי מילולי **לאי** **הסכמה**, הראה הנאשם כי חל שינוי שהתבטא במילים או במעשים מצד האישה, כך שאין להרשיעו בכך שביצע בה מעשים מיניים תוך מודעותו לאי ההסכמה; כך למשל, בעניין **אזולאי** הנ"ל נקבע, כי "*קיום יחסי-מין בהסכמה עשוי להיות תוצאה של דינמיקה המתפתחת ליחסי קירבה, לגילוי מאוויים ורגשות, גם אם קדם לכך סירוב מילולי מצד האישה*". במצב זה, *"בדרך-כלל, בהיעדר 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-ידיה מלכתחילה בסמוך למעשה האישות".*
3. ומשם לענייננו; אם לאחר אמירה "לא כרגע" או "לא עכשיו" ביחס להצעה לנשיקה, הונח תרחיש עובדתי שאושר על ידי המתלוננת כי בהמשך, בעת שקרב אליה הנאשם לנשקה, *"אולי השפתיים שלי החזירו"* התרשמות הנאשם להדדיות אינה בלתי סבירה. אם לאחר עיסוי המתלוננת ואמירתה *"לא אוהבת שנוגעים בי"* או *"זה לא נעים לי"*, נעתרה היא להצעת הנאשם לעבור יחד למיטה, אין זה בלתי סביר כי הנאשם ראה במעשה מחווה של קרבה ואינטימיות. במיוחד אמורים הדברים שעה שאין זה חד משמעי היכן התרחשה הנשיקה בין השניים. ומעל לכל, אם בעת ההגעה למיטה לא ניתן לסתור טענת הנאשם לנשיקה הדדית, בעוד המתלוננת ישובה על המיטה, ובהמשך לכך אף נשכבה המתלוננת **מיוזמתה** על המיטה, אין פרשנות הנאשם להדדיות באקט בלתי סבירה.
4. אמנם, מובן הוא כי אף אם הסכימה המתלוננת לנשיקה עם הנאשם ובמהלך זה פעלה בהדדיות אין פירוש הדבר כי הסכימה להמשך המעשים המיניים האינטימיים יותר. כידוע, לאישה נתונה הזכות בכל שלב לסגת מהסכמתה ולסרב להמשך המגע, אלא שיש לוודא כי שינוי לבבות זה וחזרה זו מן ההסכמה מובאת לידיעת בן הזוג בבירור (ראו למשל: ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוניפ"ד סב(1) 710 (2007)).
5. בענייננו, הרושם הנוצר הוא כי היו קיימות אינדיקציות שאינן חד משמעיות לאורך שלבי האירוע, ובסיכומו של דבר תוצאתן היא כי אין ניתן לשלול גרסת הנאשם לחוסר מודעותו להיעדר הסכמתה של המתלוננת למעשים. הדברים אף נובעים מכך שלא ניתן ביטוי חיצוני לחוסר ההסכמה, בצד אקטים התנהגותיים פוזיטיביים שהיו עלולים להתפרש אחרת, ועיקר חוסר ההסכמה היה בדרך של קיפאון, במידה כזו או אחרת.
6. אחר כל האמור, יש לבחון האם ניתן לראות במעשי הנאשם משום **עצימת עיניים** השקולה למודעות. כידוע "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" (סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין).

להשקפת התביעה, מלמדים מעשי הנאשם על מודעות ולמצער על עצימת עיניים לכל אורך שלבי האירוע, בהינתן הימנעותו מלברר את הסכמת המתלוננת למעשים, לאחר שהביעה חוסר רצון בנשיקה בתחילת האירוע. טענה גורפת זו אין בידינו לקבל לאור העובדה כי במקטעים מסוימים ניתן היה לפרש את התנהגות המתלוננת כהבעת הסכמה, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ובפרט נוכח העובדה כי לא נשללה האפשרות לנשיקה הדדית ממש בראי המשך ההשתלשלות שתוארה.

עם זאת, מצאנו להידרש באופן קונקרטי לשאלת החשד בחלקו האחרון של האירוע ובפרט בשלב חיכוך איבר מינו של הנאשם באיבר מינה של המתלוננת אשר במהלכו וכתוצאה ממנו הסיטה מבטה הצידה באופן שנראה לנאשם "מוזר" והביא לבסוף לכך שחדל מן האקט. יש לבחון האם גרסת הנאשם, שלא הייתה חד משמעית, באשר למשך מהלך זה באירוע, מצביעה על עצימת עיניים מצדו ועל חשד סובייקטיבי שקינן בו תוך הימנעות מלבררו אשר שקולה למודעות ממש (ראו בעניין זה: ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, בעמ' 306-307 (2000). ע/9,10/17התובע הצבאי הראשי נ' סגן ברוכוב, פס' 47 (2017)).

1. ניתוח גרסת הנאשם מלמד כי אף לשיטתו חלף פרק זמן קצר, המוערך על ידו בכעשרים שניות, למן הרגע שהבחין בהסטת מבטה של המתלוננת ועד לרגע שקם מעליה. התחבטנו בשאלה האם יש בגרסת הנאשם כדי להצביע על התגבשות חשד סובייקטיבי מצדו לחוסר הסכמה מצד המתלוננת ואם כן ללמד על חוסר אכפתיות לשאלה האם המתלוננת מעוניינת במגע המיני עמו אם לאו ומבססת עצימת עיניים מצדו.

במסגרת בחינתנו זו, נתנו דעתנו לכך שגם לדברי הנאשם חלף פרק זמן מסוים שקשה לקבוע חד משמעית מה היה משכו, עד שחדל מן האקט או לכל הפחות עד שקם מעל המתלוננת. בעניין זה, כפי שהובא בפרק סקירת הראיות והערכת משקלן, מסר הנאשם ביחס להסטת המבט כי "זה היה הרגע היחידי שבו זה היה נראה לי מוזר, שבאמת לא הסתכלת" (ת/10, עמ' 3, ש' 84) ובהמשך כשנשאל על ידה מדוע המשיך "...אז זה כבר היה כמה דקות לפני שכבר אמרתי אוקיי, זה מוגזם" (שם, ש' 87).

1. הנה כי כן, היה זה חשדו של הנאשם באשר להסכמת המתלוננת שהביא לבסוף להפסקת האקט מצידו ולא התנגדות אקטיבית של המתלוננת פיזית או מילולית. טעם זה וטעמים נוספים שיובאו להלן הביאונו למסקנה כי אין לקבוע שנסיבות המקרה דנן מצדיקות את הקביעה כי התקיימה עצימת עיניים מצדו המצדיקה הרשעה. התרשמות מתוכן גרסתו של הנאשם בהקשר האמור מלמד כי דווקא התמשכות הסטת המבט היא זו שהביאה להתגבשות החשד באופן סופי ולו היה מדובר בהסטת מבט רגעית או קצרה יותר לא היה הדבר מעורר תהיות בקרבו של הנאשם. כפי שציין הנאשם בשיחה בכיסוי עם המתלוננת שבחלוף זמן מה "אמרתי אוקיי, זה מוגזם". במאמר מוסגר נעיר, כי לו הייתה המסגרת העובדתית דנן מלמדת כי נודע לנאשם באופן ברור על העדר הסכמה מצד המתלוננת, היה מצופה כי יפסיק מעשהו באופן מיידי (וראו בהקשר זה: ע"פ 7951/05 פלוניהנ"ל, בפס' 35), אולם אין זה המקרה שבפנינו.
2. בכל הנוגע לדוקטרינת עצימת העיניים ישנה חשיבות למערכת הנסיבות העובדתית האובייקטיבית אשר מסייעת לבחינת קיומו של חשד סובייקטיבי ולהקמתה של חזקה שבעובדה ביחס אליו. לדידנו, אין לצפות כי האדם הסביר במערכת נסיבות זהה, יפרש הסטת מבט הצידה, באופן מיידי ובהעדר אלמנטים נוספים כאקט המשדר חוסר הסכמה. במיוחד אמורים הדברים, לנוכח התרשמות הנאשם, שנמצאה כנה על ידינו, כי מהלך האירוע עד לשלב האחרון "היה עוד נראה שזה זורם והכל טבעי" (ת/10, עמ' 4, ש' 135).

חשדו של הנאשם התגבש, אפוא, לאחר שלתחושתו שוב לא היה מדובר באינטראקציה אינטימית טבעית וזורמת כמו שציין "שזה כבר היה נראה לי ממש לא טבעי אז עצרתי את זה" (שם, עמ' 5, ש' 171).

1. אשר לפרק הזמן האובייקטיבי שחלף עד להתגבשות החשד האמור, סברנו כי קיים קושי לקבוע ממצא חד משמעי בדבר, האם היה מדובר בעשרים שניות, דקה או פרק זמן אחר. בסופו של יום, עניין לנו בהערכת זמן בתוך רצף של אירוע שקשה לדייק בה. לא כל שכן יקשה לבסס הרשעת הנאשם בעבירת מין כה חמורה על פי דוקטרינה הנובעת ממנה שתוחל אך על פי אומדן זמן שהוא פרי השערה בלבד.

יפים בהקשר זה דברי השופט וינוגרד בשבתו בבית המשפט המחוזי אף שנאמרו בהקשר אחר -

"אני יודע להעריך את ערכן של שניות ודקות. כשאני צופה בשידורי הטלוויזיה על תחרויות של אתלטיקה קלה או שחייה אני נוכח לדעת שיש אדם שקונה את עולמו בשנייה אחת או אפילו בחלקיק של שנייה ויש אחר המאבד את עולמו בשל חלקיק כזה...מאידך, אין חלקי עם אותם שופטים המוכנים לבסס הרשעה בעילת התרשלות על חלקיקי שניות ודקות... חוכמה זו שלאחר המעשה היא חלק מעבודתנו כשופטים... אוי לאותה הרשעה שכל ביסוסה הוא אותן דקה או שנייה או חלקיהם לכאן או לכאן... אנו השופטים אין אנו עדים להתרחשות, ואיש לא מדד בשבילנו בדייקנות את השניות והדקות. הכול נעשה על פי דברים של הערכה. זה מעריך את משך הזמן של פעולה מסוימת בכה וזה בכה. על פי הערכות זמן אלו קשה לקבוע ממצאים חד- משמעיים ובוודאי לא נראה לי שניתן לסמוך עליהם הרשעה של הנהג אם אין כל ראייה וממצא אחר לסמוך עליו" (ע"פ (ת"א) 1116/81 מדינת ישראל נ' חדריהפ''ד תשמ"ב(2) 309, 317; [באותו עניין זוכה נהג אוטובוס מאחריות לתאונת דרכים קטלנית שעה שפגע בילדה תוך כדי נסיעה לאחור ונבחנה שאלת פרק הזמן הסביר בין בדיקת סביבתו של הרכב ובין תחילת הנסיעה לאחור בית הדין].

1. לאור כלל המקובץ, ובהתחשב בעובדה שהנאשם חדל את התנועות **מיוזמתו** בחלוף פרק זמן מסוים, מבלי שקדמה להפסקת התנועות התנגדות מפורשת בדיבור או במעשה ולאור גרסתו כי עשה כן שעה שהתחדד בקרבו החשד באשר להדדיות האקט, לא סברנו כי ניתן לקבוע שעצם עיניו לנוכח חשד שקינן בו. לפיכך, מצאנו כי אין מקום להטיל על הנאשם אחריות פלילית בגין העובדה שלא קם מהמתלוננת באופן מיידי.

הספק הסביר

1. בית המשפט העליון עמד לא אחת על חובת הזהירות המוטלת על שופט שעה שהוא ניצב בפני מצב של עדות יחידה מול כפירת נאשם (ראו למשל: ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל(ניתן ביום 26.7.2012), [ע"פ 509/76 **צסיס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא](removed.url)(3) 733, 735 (1977);[ע"פ 6378/95 **ברוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד](removed.url) מט(5) 278, 283 (1996). כידוע

*"את דרכו של המשפט הפלילי מתווה התפיסה, כי יש לנקוט זהירות רבה בטרם הרשעתו של אדם, כשחלק בלתי נפרד מתפיסה זו היא ההכרה ב"מרחב טעות" הנוטה לטובת הנאשם. משמעות הדברים היא, כי גם כאשר גרסה מרשיעה נמצאת אמינה בעיני בית המשפט, הוא אינו רשאי להתעלם מתמיהות העולות ביחס לגרסה זו. עליו לנתח תמיהות אלה, ולבחון אם הן מגיעות כדי ספק סביר" (עניין ידען הנ"ל; כן ראו:* [*ע"פ 281/82* ***אבו חצירא נ' מדינת ישראל****, פ"ד לז*](removed.url)*(3) 673, 694 (1983); ע"פ 4971/02* ***זגורי נ' מדינת ישראל****, פ"ד נח(4) 583, 615 (2004)).*

במקרה שבפנינו אל חרכי החללים שבגרסת המתלוננת השתחלה גרסת הנאשם והניחה את הספק הסביר. מלאכת ההכרעה במקרה דנן הייתה מלאכה קשה ולצד תהיות ופערים בגרסת המתלוננת התעוררו אף תמיהות בגרסת הנאשם. אלו וגם אלו הביאו להבנה כי בסופו של יום "רב הנסתר על הנגלה, ואך השניים המעורבים בפרשה יודעים את שאירע לאמיתו" (ע"פ 3793/06 וורקו נ' מדינת ישראל, פס' ה(1) (ניתן ביום 11.4.2007)). הספק הזדקר כאשר לאורם של הפערים נותרה בנמצא אפשרות סבירה ומתקבלת על הדעת המתיישבת עם חפותו של הנאשם. יפים לענייננו דברים שכתב באחת הפרשות השופט **מ' חשין**:

*"זו הפעם, שלא כבפרשה שהבאתי ממנה זה עתה, הקול עלה בי והורני: אחרי כל אלה אפשר כי 'זה לא זה'. לא אוכל לומר אני רחוק מאמירה כי המערער זכאי. ואולם גם לא אוכל לומר בבטחה של דין העונשין כי יש לחייבו בדינו. אכן, המדינה הניחה לפנינו ראיות ראויות ראיות חזקות ומשכנעות להוכחת אשמתו של המערער, אך לא למעלה מספק סביר. ובסדק צר זה שנִבְעָה בחומת הראיות עומדת לו זכותו של המערער לצאת זכאי מן הספק. כלֵי-עבודה יצר לו איש-המשפט: לחציבה, לפיסול, לליטוש, לניקוי, להברקה, ואלה כולם תולים הם על קיר חדר מלאכת-המשפט. לכל כלי עתו, כחפצו של בעליו, ולכל כלי ייעודו. וכולם היו כעמודי-תאורה המורים אותנו את דרך הישר. שניים מאותם כלים הם כלי נטל השכנוע וכלי הספק הסביר. במערכת עובדות של תיק"ו וענייננו למראה-עיניי הוא מעין-תיק"ו שני כלים אלה יורונו מה נעשה, והם יורונו כי יש לזכות את המערער מן הספק. ולא בלב קל אומר כך" (*[*ע"פ 3059/03* ***גלובוביץ נ' מדינת ישראל****, פ"ד נח*](removed.url)(1) 654, 672-671 (2003)).

1. בגיבוש מסקנתנו בדבר קיומו של ספק סביר במקרה דנן לא התעלמנו מנדבכים ראייתיים נוספים שהניחה בפנינו התביעה, בראשם מצבה הנפשי של המתלוננת, עדויות אחרים באשר לשינוי בהתנהגותה ותיאור המקרה מפיה באוזניהם. אף שמקורם של כל אלו במתלוננת, מובן כי אין למעט במשקלם. אלא שבענייננו, יקשה לראות בנדבכים אלו שאינם נוגעים לליבת המחלוקת כנדבכים שבכוחם להסיר את הספק, שכן סלע המחלוקת הוא בשאלת מודעות הנאשם לחוסר ההסכמה ולא עצם קיומה, וזאת בפרט בראי העובדה שהמוקד הושם על השלב האחרון והמשמעותי ביותר של האקט בין השניים.
2. בסיכומו של דבר, נותר וקינן הספק בליבנו אשר "עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים שתוצאתם היא כי ידו של השופטת רועדת בבואו לחתום על הרשעה" (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראלפס' ד(2) לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (ניתן ביום 4.6.2006)). כך חשנו במקרה דנן ועל כן נהגנו כמתחייב בכלל לפיו "במקרה של ספק, עדיף זיכויו של האשם מהרשעתו של החף מפשע" (ע"פ 7220/05 נימר הנ"ל, בפס' 26), **אף שרחוקים אנו מקביעה המטילה דופי במתלוננת ובתחושותיה ביחס לאירוע**.
3. התוצאה היא כי מצאנו לזכות את הנאשם מן המיוחס לו בפרט האישום הראשון, מחמת הספק.

פרט האישום השני התנהגות שאינה הולמת

1. כזכור, יוחסה לנאשם אף עבירה של התנהגות שאינה הולמת בגין המעשה המגונה שיוחס לו וכן בגין שאלות בלתי הולמות ששאל את המתלוננת בעת שחשה לא טוב והוא נקרא לסייע לה מתוקף תפקידו כחובש בתרגיל בו השתתפו. ההגנה טענה, כי אין לראות בשאלות אותן שאל הנאשם כהתנהגות בלתי הולמת ומכל מקום לא היה בהן כדי להביא להגשת כתב אישום כנגדו בהתאם למדיניות התביעה הצבאית.
2. לאור זיכוי הנאשם מפרט האישום הראשון, יש לזכותו בהתאמה מסעיף קטן (ב) בפרט האישום השני שעניינו התנהגות שאינה הולמת הנובע ממנו. אשר לסעיף קטן (א) בפרט אישום זה הנוגע לשאלות שהפנה הנאשם למתלוננת במהלך התרגיל, הרי שעובדות כתב האישום בסעיף זה אינן מוכחשות. אף שבאירוע עצמו ובחלק מן החקירה במצ"ח, עטף הנאשם שאלות אלו בכסות של בחינה רפואית, לאמיתו של דבר ביקש הנאשם לברר באמצעותן את ההיתכנות למערכת יחסים זוגית עם המתלוננת. עיון בהוראות המקצועיות של קצין הרפואה הראשי מלמד כי אסור היה לנאשם לבצע תשאול שכזה (ראו: ת/15, הוראת קרפ"ר 200.001, ס' 45).
3. שאלות מ"תחום רפואת הנשים" כגון שאלה לחיילת האם היא הרה או האם קיימה יחסי מין בעת האחרונה, במהלך בדיקה רפואית, בפרט שעה שהן מופנות לחיילת בשירות חובה על ידי חובש בדרגת רס"ל שהוא נגד בשירות קבע, אינן ראויות. חרף האמור, לא סברנו כי מדובר בשאלות בוטות במידה כזו המצדיקה הרשעתו של הנאשם בפלילים בגינן. בפרט נכונים הדברים לאור גרסת הנאשם שלא נשללה, לפיה בד בבד לשאילת השאלות מסר הוא למתלוננת כי אינה חייבת להשיב עליהן. לדידנו, בגין שאלות מסוג זה הכוללות בתוכן חריגה מהוראות מקצועיות ויש בהן משום אי קיום הוראות המחייבות בצבא ראוי היה להעמיד את הנאשם לכל היותר לדין משמעתי, חרף היותן בלתי הולמות (וראו בהקשר זה המבחנים שמנה בית הדין הצבאי לערעורים לקביעת התנהגות שאינה הולמת ב-ע/365/81 רס"ן בנימיני נ' התובע הצבאי הראשי(1981), ע/256/96 רס"ן ביבאס נ' התובע הצבאי הראשי(1996), ע/88,89/11 התובע הצבאי הראשי נגד אל"ם מור חיים (2012)). נעיר, כי בבחינת קל וחומר, לא מצאנו את הצמדת שקיות החימום לפניה של המתלוננת על ידי הנאשם משום התנהגות שאינה הולמת המצדיקה העמדה לדין פלילי.
4. נראה כי לולא העמדתו של הנאשם לדין בגין עבירת המעשה המגונה, לא היה בא לעולם האישום הנוסף בגין התנהגות שאינה הולמת. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הוראות התביעה הצבאית הראשית בהנחיה 2.19 בעניין "התנהגות שאינה הולמת" כשהיא עומדת לבדה ללא עבירה נלווית. המסקנה עולה בקנה אחד גם עם רוחה של ההלכה הפסוקה באשר לגבולותיה של עבירת ההתנהגות שאינה הולמת, בין זו המשמעתית לפלילית.

כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים לאורם של המבחנים שנוסחו בפסיקה בעבר ונזכרו בעניין ביבאסהנ"ל

*"בית הדין הצבאי פועל במרחב הפלילי, רק מקום שבו המעשים המובאים לפניו, עוברים בחומרתם את הרף הפלילי וראויים להיות מתויגים ככאלו... צריך להתקיים מדרג לטיפול בחריגות נורמטיביות. תחילה יש לבחון אם ניתן לטפל בהן במרחב האתי, לאחר מכן במרחב המשמעתי במסגרת דיון משמעתי בפני מפקד, ורק מקרים שאינם מתאימים לטיפול בשני מרחבים אלו, ינותבו למרחב הפלילי (ראו: ע/180/01,181/01 סמל כספי נ' התובע הצבאי הראשי (2002); ע/123/02 אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי (2004); ע/88/11,89/11 אל"ם מור חיים נ' התובע הצבאי הראשי (2012))" (ע/3/18 טור' דאנה נ' התובע הצבאי הראשי****,*** *פס' 45(ב) (2018)).*

וכן

*"המשתנים המשפיעים על ניתוב העבירה למסלול המשמעתי או הפלילי, הם: חומרת העבירה לאור תכליתה, נסיבותיה, היקף הפגיעה באינטרס המוגן, רמת המודעות של מבצעה ודרגתו*" (ע/123/02 אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי (2004)).

1. בסופו של דבר, לאור מסקנתנו בדבר זיכויו של הנאשם מחמת הספק בפרט האישום הראשון, המרכזי והחמור שבכתב האישום, לא מצאנו כי יש בשאלות ששאל הנאשם את המתלוננת כשלעצמן, כדי להצדיק העמדתו לדין בגין התנהגות שאינה הולמת בבית דין פלילי, חרף העובדה שמדובר בעבירה שאינה נושאת בצידה רישום פלילי. על כן, ראינו לזכותו גם מפרט אישום זה.

סיכום

1. הנאשם מזוכה, אפוא, מן העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. זיכויו מפרט האישום הראשון הוא מחמת הספק. זיכויו מפרט האישום השני נגזר מן הזיכוי שבפרט האישום הראשון בחלקו ובחלקו האחר מקביעתנו כי אין בפרטי העבירה האמורים בו כדי לבסס התנהגות שאינה הולמת במדרג הפלילי באופן העולה בקנה אחד עם מדיניות התביעה הצבאית.

* זכות ערעור כחוק.
* ניתנה והודעה היום, 18.12.2022, כ"ד בכסלו התשפ"ג, בפומבי ובמעמד הצדדים.

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 שופטת אב"ד שופטת