



**בבית הדין הצבאי המחוזי**

**במחוז שיפוטי מטכ"ל**

**בפני: סא"ל רונן שור - שופט**

**(ע"י ב"כ, רס"ן אלון הראל)**

**בעניין: התובע הצבאי**

**נגד**

**(ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש וסרן יחיאל ציפורי)**

**XXX טוראי ג' כ'**

### החלטה

#### רקע

1. במהלך חודש יוני 2016 התרחש מגע מיני בין הנאשם, טורי ג' כ', למתלונן. בשלהי חודש יולי 2016 פנה המתלונן למצ"ח ונפתחה חקירה בנושא. החשד הוא כי בוצע במתלונן מעשה סדום, והנאשם טוען כי המגע המיני נעשה בהסכמה. הנאשם נעצר ביום 2.8.16 ובית הדין האריך את מעצרו מפעם לפעם, לשם ביצוע פעולות חקירה ולצורך הגשת כתב אישום. עם הגשת כתב האישום, בעבירה של גרם מעשה סדום, עותרת התביעה להארכת מעצרו ה**פתוח** של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים. ההגנה מתנגדת לבקשה וסבורה כי יש לשחרר את הנאשם מכל מעצר.

#### חומר הראיות

2. **המתלונן** תיאר באריכות באמרתו ה**ראשונה** את דרכו הצבאית ואת חוסר שביעות רצונו משיבוצו בתפקיד (בשל בעיות בריאותיות), לרבות ההשפעה על מצבו הנפשי. המתלונן נרתע בעבר מהנאשם בשל אופיו "המוחצן" ונמנע מקשר אישי עמו. ביום

האירוע נתקף המתלונן בדכדוך נוכח תפקידו בצבא, הנאשם חש במצבו הרגיש והחל לשוחח עמו בחדרם בבסיס. השיחה ארכה מספר שעות, נמשכה לשעת לילה מאוחרת וגלשה אף לעניינים אינטימיים לרבות ביחס לשאלות של זהות מינית, כאשר השניים שכובים במיטותיהם.

3. המתלונן תיאר, כי לפתע הנאשם שינה לחלוטין את התנהגותו כאילו "נכנס לו שד", והציע לו "להתנסות". חרף סירובו, התיישב הנאשם על רגלו של המתלונן ותוך שניות הוריד את תחתוניו של האחרון והחל לבצע בו מין אוראלי. המתלונן טען, כי הביע התנגדות מילולית למעשים מספר פעמים, ניסה להתנגד עם ידיו (לאחר מכן חידד כי הגן עם ידיו על הפנים והנאשם חסמו) ולבסוף קפא. האירוע התרחש במשך כחצי דקה, אזי הנאשם קם לרגע כדי לבדוק את הדלת – נוכח מקור אפשרי של רעש – ושב מיד למעשיו חרף התנגדותו המילולית המתגברת של המתלונן, שאף ניסה להתנגד "אבל אני מרגיש שאני לא שולט על זה". הנאשם הניח את ידו על פיו של המתלונן, המשיך במעשיו ואמר למתלונן "תשתוק", "אל תצעק", "אל תדאג". בחלוף זמן קצר הגיע המתלונן לפורקן מיני בפיו של הנאשם.

4. במהלך האירוע ולאחריו הפנה הנאשם אמירות מיניות לעבר המתלונן, שניסה מצידו שלא להכעיסו מחשש שמא הנאשם יפיץ שמועות ביחס לאירוע ולנטייתו המינית לכאורה של המתלונן. האחרון אמר לנאשם "תודה, איזה גבר אתה" והנאשם ביקש שישמור על סודיות המקרה. לאחר שהתנקה באזור המלתחות, ובעת ששבו לחדר נענה המתלונן לבקשה כי יסייע לנאשם בחילוץ עצמות גבו, בכדי שזה יעזבהו. המתלונן השיב בחיוב לשאלת הנאשם, אם הרגשתו השתפרה.

5. המתלונן פירט את מחשבותיו בעקבות האירוע, לרבות שינוי קיצוני במצבו הנפשי מייד לאחר ובעקבות המקרה, ועמד הן על האיסור ההלכתי במעשה והן על חוסר האונים שחש במהלך ההתרחשות. הוא תיאר את הטראומה שעבר וההידרדרות במצבו, שהובילה לעזיבתו את היחידה; והביע חשש שמא הנאשם שיתף אחרים באירוע. מזכ"ד מהלך העדות עלה, כי המתלונן סיפר תחילה את השתלשלות האירועים ב"בלבול ובחוסר סדר הגיוני". חוסר הנוחות בסיפור המעשה ניכר בגופו ובביטויים המילוליים שעשה בהם שימוש, והמתלונן עמד על הקושי בתיאור האירוע.

6. באמרה שנייה ציין המתלונן, כי הגן על עצמו עם ידיו והתמיד בהתנגדות מילולית, אך קפא בעת שהנאשם החל במין האוראלי. המתלונן תיאר את הנאשם כמי שמצוי ב"אטרף ולא היה עם מי לדבר". בחלק השני הרים המתלונן את קולו ואמר "בבקשה לא", ואז הנאשם התיישב וסתם את פיו, אמר לו "שקט" והמשיך לשניות נוספות. המתלונן הכחיש כי אמר או התנהג באופן שהנאשם עשוי היה לסבור כי הוא מסכים למעשה.

7. באמרה השלישית הוסיף, כי נוכח חוסר ניסיונו המיני רעד בעת שהנאשם נגע באבר מינו, ירדו לו דמעות והוא צחק (לא כביטוי של הסכמה או של שביעות רצון) ובכה, תוך שביקש שלא יגע בו ויחדל ממעשיו. המתלונן הסביר כי בחלקו השני של המעשה, בעת שהנאשם שם את ידו על פיו, יצא קול גניחה מפיו. כן הוסיף, כי לקראת סיום המעשה אמר לו הנאשם שיעשה "שריר" באיבר והביע דעתו לגבי הפורקן המיני. המתלונן ניסה להסביר, כי נענה לרצונו של הנאשם בכדי שיעזבו והטעים כי "הלב והמוח אמרו לי לא והגוף אמר כן", כלומר כי התרחשה בפועל חוויה פיזית-גופנית הגם שלא הסכים לביצועה. יצוין, כי המתלונן נמצא דובר אמת בבדיקת פוליגרף ביחס לשאלת ההתנגדות למעשה.

8. קיימות מספר עדויות, לפיהן מצבו הנפשי של המתלונן הלך והדרדר לאחר האירוע. המתלונן הועבר לבסוף מתפקידו עקב מצבו האישי. בשלב מסוים, החל המתלונן להתוודות בפני מספר גורמים מסביבתו הקרובה על אודות האירוע, כסיבה לכאורה לשינוי בתחושותיו ובמצבו הנפשי. הוא עמד על התנגדותו המילולית למעשי הנאשם ועל ההלם בו היה שרוי שהובילו למצב של קיפאון. תחושת חוסר האונים הודגשה לא אחת בעדויות. שאלת ההתנגדות הפיזית, כפי שסיפר המתלונן למודעיו, אינה אחידה בעדויות; הגם שקפיצתו של הנאשם לעבר המתלונן, ניסיונו הראשוני להדוף את הנאשם ותפיסת ידיו בידי הנאשם בהמשך – שבה ונשנתה (אחיו של המתלונן ציין, כי המתלונן תיאר את ניסיונו לעצור את המתלונן עם ידיו בצורת איקס, בדומה למחווה שהדגים המתלונן במהלך העימות עם הנאשם). אחד העדים, כ' א', ציין כי המתלונן סיפר על היותו של הנאשם "באטרף" והתמקדותו במעשה המיני ולא בדברי המתלונן. שאלת הזקפה הוסברה כמעין "גירוי מובנה" ואף הפורקן המיני הוביל לבלבול מצד המתלונן. אחד העדים, רן, הוסיף, כי לאחר המקלחת שאל הנאשם את המתלונן "איך היה" והמתלונן השיב "בסדר או היה טוב בבאסה כזה". כ' א' ציין, כי המתלונן סיפר שלאחר האירוע אמר לו הנאשם "מעכשיו כל יום יהיה

ככה" ועל-כן חפץ המתלונן לצאת מהיחידה. העדים עמדו על חששו של המתלונן מהגשת תלונה כנגד הנאשם, לרבות בשל פחדו שמא דבר המקרה ייודע ברבים; ועל תחושת הבושה שאפפה את המתלונן. יצוין, כי מפקדתו של הנאשם התוודעה, מפי המתלונן, לאירוע רק ביום בו עזב את היחידה.

9. המתלונן פנה למהו"ת כחודש לאחר האירוע וסיפר, כי הנאשם הציע לו "יאללה, בוא ננסה". המתלונן היה בהלם מהצעתו של הנאשם, שניגש למיטתו אמר "יאללה מה אכפת לך" והתיישב על רגליו, תוך שהמתלונן מנסה "להעיף" אותו והנאשם דחפו לאחור. המתלונן ביקש כי יפסיק ולא הבין את המתרחש, ולאחר שהחל בביצוע מין אוראלי המשיך הנאשם לתפסו, המתלונן לא הצליח להשתחרר, והמשיך להתחנן שיפסיק. הנאשם שמע רעש, הלך לדלת וחזר למתלונן, תוך שהוא סותם את פיו של האחרון. המתלונן שב ותיאר חוסר אונים בסיטואציה וטען כי הרגיש רע בשל היותו דתי. לדבריו, שבועיים לאחר האירוע פתח ב"נוהל התאבדות". המתלונן התלבט אם להגיש תלונה כנגד הנאשם, ומספר עדים הניעוהו לעשות כן.

10. **הנאשם** הכחיש תחילה קיומו של מגע מיני עם חיילים במסגרת צבאית ואף טען שהוא סולד ממגע בגופו. כן תיאר את יחסיו המורכבים עם חבריו ליחידה. במסגרת תשאול בעל-פה ולאחר שנחשף לתלונה, הכחיש את האירוע וטען כי המתלונן משקר בשל סכסוך בין השניים. לבסוף, התוודה כי השניים שוחחו עמוקות בשל מצבם הנפשי המעורער והשיחה גלשה אף לנטיות מיניות. הנאשם אמר שאינו אוהב כלום (מגדיר עצמו כא-מיני) ואילו המתלונן אמר שאינו יודע. הנאשם שאל את המתלונן אם היה רוצה להתנסות והמתלונן השיב בחיוב, אם כי לאחר מכן חידד כי המתלונן אמר ש"מתישהו הוא רוצה להתנסות" (ההדגשה שלי – ר' ש' וצחקק).

11. נוכח האמור, ניגש הנאשם למיטתו של המתלונן, התיישב והוריד את תחתוניו של המתלונן, והחל לבצע בו מין אוראלי, תוך שאבר מינו של המתלונן היה נתון בזקפה מיידית. במהלך המעשה, האחרון הזכיר מספר פעמים את שמו של הנאשם, ללא חילופי מילים, ואף גנח. בשלב מסוים, קם הנאשם לבדוק את הדלת מחשש כי יתגלו ולאחר מכן המשיך במעשה ותוך מספר שניות הגיע המתלונן לפורקן מיני. לאחר מכן, אמר האחרון לנאשם "איזה גבר אתה" ומצב רוחו השתפר. השניים סיכמו לשמור ביניהם את האירוע, ולמחרת עזב המתלונן את היחידה.

**12. הנאשם הדגיש כי המעשה בוצע בהסכמה מלאה מצידו של המתלונן, וליתר דיוק כי הסיטואציה "זרמה" ("נסחפנו לזה שנינו").** הנאשם לא חש באי-הסכמה מצד המתלונן אלא הרגיש כי הוא מעוניין במעשה, לא ניסה לעצרו ואף נראה מאושר. הנאשם הכחיש כי המתלונן דחפו אך ציין כי האחרון "קפץ כזה" (לשיטתו בשל התחושה הנעימה וחוייתו המינית הראשונה). הוא אישר, כי היה דומיננטי בהשתלשלות האירועים. לגרסתו, לו המעשה בוצע בניגוד לרצונו, המתלונן היה מתנגד באלימות, כפי שעשה בעבר (לאחר מכן חידד כי המתלונן תפסו מאחור באירוע הקודם). בחקירה נוספת אף הטעים, כי אינו מאמין שגבר עשוי לקפוא כתוצאה מעבירת מין. לשיטתו, המתלונן חש בושה נוכח טיב המעשה ורקעו הדתי ומבקש לאור מצבו הנפשי הרעוע לטפול אשמה על הנאשם. אוסיף, כי לאחרון לא התאפשר לבצע בדיקת פוליגרף נוכח מצבו הרפואי. מפקדיו התרשמו כי הוא "מעוניין שסביבתו תמיד תמלא אחר רצונותיו" ועמדו על קשייו בקבלת מרות.

**13. בעימות שנערך ביניהם חזרו השניים על עיקרי גרסאותיהם.** ניתן היה להתרשם כי המתלונן מבכר שלא להביט לעבר הנאשם. האחרון, מצידו, התנהג בצורה בוטחת וניסה לערער את ביטחונו של המתלונן.

**14. המתלונן תיאר, כי לאחר התנגדותו המילולית והרמת ידיו חש כמי ש"התייבש במקום, כאילו כמה אנשים יושבים עליו", "סוג של קיפאון" וחוסר אוניס ממש, חרף כוחו הפיזי.** המתלונן תלה את ההלם בו היה שרוי בניגוד החרף בין שיחתם ודמותו הרגישה של הנאשם כפי שהצטיירה אותה עת לבין מעשיו הפתאומיים והמהפך בדמותו. הוא הסביר כי גופו פעל מתוך אינסטינקט וללא שליטה ("ככה הגוף שלי, אף פעם לא עשיתי"); כך שנוצר ניגוד בין גופו לבין הרגש והמחשבות. הוא שכח לציין בעבר, כי גנח בחלקו השני של האירוע, כמעין יציאת אוויר מפיו. אמירת התודה לנאשם לאחר מעשה נבעה מאופיו הפייסני של המתלונן ומתוך רצון "לא ליצור בעיה" ולמנוע את חשיפת האירוע בידי הנאשם.

**15. הנאשם טען, כי השניים לא הסתדרו עובר לאירוע, אך בשל מצבו הנפשי של המתלונן שוחחו בעניינים אישיים.** לתפיסתו, המתלונן הסכים למעשה – שב וגרס כי "הוא רצה את זה" – בשל תשובתו לשאלת הנאשם אם ירצה להתנסות "כן, מתישהו" וצחקוקו של המתלונן. עם זאת, הנאשם התחמק כשנשאל מפורשות אם המתלונן ביקש או הסכים למעשה; ולטענתו אינו זוכר את ההתרחשות המדויקת. הנאשם טען כי הייתה למתלונן אפשרות להתנגד, אם לא חפץ במעשה וכי אינו כופה

עצמו על אחרים. הנאשם טען, כי קם רק פעם אחת באירוע, בסוף המעשה המיני, וזאת בשונה מגרסתו בחקירה.

**16.** בחקירה נוספת של הנאשם לאחר העימות טען, כי אדם שקופא אינו יכול לצעוק. לדבריו, שאל את המתלונן אם ירצה להתנסות וזה השיב בחיוב ובנוסף "שאלתי אותו אם הוא רוצה שנבצע את זה, הוא צחקק לו" (כאשר קודם לכן לא ציין ששאל כך מפורשות את המתלונן). לשאלת החוקרת, ההצעה להתנסות כוונה "גם לאותה סיטואציה וגם למתישהו בחיים. זה היה שאלה עם רמיזה לזמן הזה", ולשיטתו "הוא אמר כן בעקיפין". הנאשם חידד תחילה, כי גם שאל אותו באופן מפורש אם ירצה להתנסות עכשיו ובתגובה צחקק המתלונן. עם זאת, לאחר מכן סייג את דבריו וטען כי אינו זוכר אם אמר את המילה "עכשיו". לבסוף אישר כי המתלונן אמר בחיוך "כן מתישהו" וצחקק במענה לשאלה אם ירצה להתנסות עכשיו. הוא הטעים כי שפת גופו של המתלונן, צחקוקיו והדיבור על מיניות "מחזקת ועונה על השאלות שאני שאלתי אותו" והובילה להבנתו כי המתלונן היה מעוניין במגע המיני "והזמין את זה". זאת בנוסף לגניחתו של המתלונן מהנאה במהלך המעשה (חרף העדר ניסיונו המיני), כמו גם התנהגותו ותחושתו של המתלונן בסיום האירוע.

### דיון והכרעה

### ראיות לכאורה

**17.** הלכה היא, כי ראיות לכאורה הן "ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט... יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר" (בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, פסקה 12 (1996)). בשלב זה, אין בית הדין בודק האם הראיות מוכיחות את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר אלא רק את הכוח ההוכחתי הפוטנציאלי האצור בחומר החקירה. לעניין זה, יש לשקול לא רק את קיומן, אלא גם את עוצמתן של הראיות לכאורה (ראו: בש"פ 8910/14 **מדינת ישראל נ' דרימן** (2015), בפסקה 3). ברם, שופט המעצרים אינו נדרש "לפתור" בעיות העולות מחומר הראיות ולמלא חללים ופערים אפשריים, אלא לבחון את העובדות כהווייתן על-פי המבחנים שנקבעו להערכת ראיות לכאורה להוכחת האשמה בשלב המעצר.

**18.** כתב האישום נסמך על גרסתו של המתלונן, המחוזקת לכאורה בעדויות חיצוניות. קיימת הסכמה על עצם ביצוע המעשה ועל שלביו השונים. הסוגיה השנויה במחלוקת היא, כאמור, שאלת קיומה ההסכמה למעשה המיני.

**19.** בבחינת גרסתו של המתלונן **במצ"ח** ניתן לעמוד הן על ההתרחשויות שקדמו לאירוע, הן במהלכו והן לאחריו. הגרסה נמסרה לאחר התלבטות ארוכה ומורכבת באשר להגשת התלונה. **תמציתה** של הגרסה הופיעה כבר בתיאורו את האירוע בפני קרוביו וחבריו ולאחר מכן במהו"ת.

**20.** גרסתו של המתלונן באשר להתרחשות בחדר המגורים ברורה, ומשתקף ממנה היעדר הסכמה למעשי הנאשם. העדות שמסר המתלונן במצ"ח אינה מוגזמת או מועצמת והמתלונן מספר על אודות התנגדות מילולית בעיקרה, ולא התנגדות פיזית. כבר בעדותו הראשונה לא הסתיר המתלונן פרטים שעלולים על פניהם להתפרש כנגדו, ולא ניסה לייפות את התנהגותו הגם שנתן לה הסברים אפשריים (השוו: בש"פ 2846/96 **מדינת ישראל נ' גטניו** (1996); ע"פ 1933/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 14). הוא מודה בקיומן של התרחשויות שיכולות לעורר תמיהה מצד הצופה ה"רציונאלי" מן הצד, בעיקר ביחס להתרחשויות במהלך ולאחר המעשה. תיאורים רבים בגרסתו, באשר לעצם המעשה ושלביו השונים, מקבלים אישור אף בגרסתו של הנאשם.

**21.** גרסתו של המתלונן היא **עקבית** ברבדיה **המרכזיים**, הגם שישנם הבדלים מסוימים בין הגרסאות השונות שמסר ובחלקם יכולים הם לעורר קושי. כך באשר לעוצמת התנגדותו המילולית של המתלונן, תגובתו של הנאשם להעדר ההסכמה, ואישורו אך בעדותו האחרונה את העובדה כי צחקק במהלך האירוע ואף גנח (הגם שנתן הסבר אפשרי למחוות אלה). מכל מקום,

"יש להזכיר, בהתייחס לסתירות ולאי דיוקים בעדותו של קורבן לעבירת מין, כי לאור ההשלכות הייחודיות שיש לעבירות אלה על קורבנות העבירה, הרי שבניגוד למקרים אחרים, אין לצפות כי קורבן העבירה יוכל לספק תמיד גרסה שלמה, עקבית, קוהרנטית, וחסרת סתירות ואי דיוקים, לגבי נסיבות ביצוע העבירה... לפיכך, נקבע לא אחת כי על בית המשפט לבחון את גרסת קורבן עבירת המין בכללותה, תוך

ניסיון לאתר את "גרעין האמת" שבה, ולעיתים אף את "הגרעין הקשה" של הגרסה" (ע"פ 8886/14 פלוני נ' מדינת ישראל (2016), בפסקה 37; ראו גם: ע"פ 933/00 שלמה נ' מדינת ישראל (2002))

**22.** עם זאת, לא ניתן לפסוק כבר עתה כי מדובר בסתירות מהותיות אשר בכוחן לאיין (בשונה מלהחליש) את עוצמת הראיות בשלב הנוכחי. לא ניתן להתעלם בהקשר זה מהקושי הממשי שחוה המתלונן בתיאור האקט המיני בינו לבין הנאשם, הן בעצם הנקיטה במושגים מיניים והן בתיאורו את חוסר האונים שחש ורצונו להסביר את התנהגותו במהלך האירוע ולאחריו. הדברים מבוטאים בעוצמה באמרותיו השונות של המתלונן – כמו גם בעימות ממנו ניתן להתרשם באופן בלתי-אמצעי – והם עולים בקנה אחד עם העדויות השונות בדבר אופיו של המתלונן, רקעו הדתי והעדר ניסיונו המיני. כך או כך, גרעין הדברים בכל הנוגע להעדר הסכמתו החופשית לביצוע המעשה המיני בו בידי הנאשם מצוי כבר בעדותו הראשונית במצ"ח והם באים לידי ביטוי גם בדברים שמסר בתמצית לקרוביו ולמהו"ת (אם כי על הפערים הקיימים ומשמעותם נעמוד בהמשך).

**23.** המתלונן טען, כי בתחילת המעשה ושוב בחלקו השני הביע התנגדות מילולית ומשזו לא נענתה חש חוסר אונים וקיפאון. נקבע לא פעם כי לא ניתן למדוד בפלס ועל-פי שורת ההיגיון כל התנהגות של קורבן לעבירת מין ותיאורים של העמדת פנים ושל שיתוף פעולה, כמו גם קיפאון והלם בעת ביצוע המעשה, אינם כה נדירים ואף חוזרים על עצמם בתיאורים מפי קורבנות עבירות מין (ראו: ע"מ/52/15 רב"ט ישראלי נ' התובע הצבאי הראשי (2015), בפסקה 38). לעניין זה, לא ניתן לקבוע קטגורית כי קיימים הבדלים מגדריים בתגובתם האפשרית של נפגעות ונפגעי עבירות מין.

**24.** גם במקרה הקונקרטי, חרף הבדלים אפשריים בכוחם הפיזי של שני הצדדים, מסר המתלונן הסבר באשר למצבו הנפשי בעת האירוע שהוביל לכאורה לתגובתו המוגבלת; והפער שחוה בין השיחה המעמיקה עם הנאשם עובר לתחילת האירוע, שעסקה אף בהיבטים מיניים, לבין פתאומיותו – מנקודת מבטו – של המעשה המיני. בהקשר זה, לא ניתן להתעלם מפרק הזמן הקצר בו התרחש האירוע ומהעדר ניסיונו המיני של המתלונן. היתכנותם הפיזית של המעשים, חרף העדר הסכמתו של



המתלונן ותיאוריו את התנהגותו של הנאשם בשעת מעשה – הם עניין שעל בית הדין יהיה לבחון בהליך העיקרי. מכל מקום, לא מצאתי, בשלב הנוכחי, פרכה משמעותית בגרסתו של המתלונן בהיבט זה.

**25.** הנאשם, מצידו, הכחיש תחילה כל מגע מיני עם חיילים ורק משנחשפה בפניו התלונה, אישר את שהתרחש ומייד טען כי המעשה בוצע בהסכמה. הנאשם אמנם עמד על טענתו לכל אורך החקירה וביקש להוכיחה באופנים שונים, אך נדמה כי בנקודה המרכזית – שאלת הסכמתו של המתלונן **בזמן אמת** לביצוע המעשה המיני – טמונה הבעייתיות בגרסתו. הנאשם שב ושינה מדבריו באשר להתרחשות המדויקת שקדמה לתחילתו של האקט. כך או כך, אף לשיטת הנאשם, המתלונן כלל לא הביע הסכמה של ממש לביצוע המעשה, ולכל היותר נקט בדיבור כללי ובלתי מחייב הנוגע לעתיד, ולא כהסכמה קונקרטית בהקשר לנאשם. השניים, לכאורה, אף נעדרים ניסיון מיני. בנוסף, המדובר במפגש המעמיק הראשון של שני הצדדים כאשר הנאשם אישר כי היווה את הדמות הדומיננטית בשיחה. בנסיבות הללו, לא היה מקום, לכאורה, כי הנאשם יסתמך על פרשנותו וסברתו בדבר רמיזות וצחקוקים מצד המתלונן בכדי להתיר את הרסן ולעבור מדיבור למעשה. נדמה כי גרסתו של הנאשם באשר להבנתו את שאלת ההסכמה בחלק זה של האירוע – תלויה על בלימה. תפיסתו של הנאשם לפיה העדר הסכמה למעשה המיני דורשת בהכרח התנגדות פיזית של ממש – בעייתית על פניה. גם אם נטען כי התנגדות המתלונן לא הייתה עוצמתית דיה מכדי שהנאשם יוכל להבינה, אין לשכוח כי הדגש מושם על שאלת ההסכמה החופשית ולא על שאלת העדר ההתנגדות (ראו: ע/97/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל קויליאקוב** (2015), בפסקה 11). נקבע, כי "יש לוודא את הסכמתה החופשית לקיום יחסי המין. המבחן אינו שלילי, של אי התנגדות, אלא חיובי – הסכמה חופשית" (ע"פ 6662/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 10)).

**26.** אכן, חלק מהתנהגותו של המתלונן ומחווותיו כלפי הנאשם במהלך המעשה ולאחריו עשויים לעורר שאלות ולא ניתן להתעלם מהם אף בשלב הנוכחי. הפסיקה אמרה את דברה, לא אחת, בהתייחס להתנהגות תמוהה או בלתי רציונאלית של נפגעי עבירות מין. בתי המשפט "הכירו בכך שהתנהגותם של נפגעי עבירות מין אינה ניתנת תמיד להימדד באמות מידה רציונאליות למתבונן מן החוץ... כך, לדוגמה, בניגוד 'להיגיון' של המתבונן מן הצד, קורבן העבירה עשוי להמשיך לחיות את חייו במחיצת התוקף ולעיתים אף להפגין כלפיו חיבה ולחפש את קרבתו" (ע"פ 5582/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2010), בפסקה 87). בענייננו, המתלונן ניסה לתת טעמים לתגובותיו והעדרן,

כמו גם ליחסו כלפי הנאשם ותחושותיו; ומדובר בפרשנות אפשרית של המעשים. עם זאת, מכלול הדברים – בהצטרף לסוגיות נוספות שיידונו בסמוך – עשוי ללמד על קיומם של קשיים אפשריים בתשתית הראייתית.

**27.** מורכבות האירוע נלמדת משני היבטים נוספים, השלובים האחד בשני: הראשון, סיפור המעשה על-ידי המתלונן בפני חברים ובני משפחה. השני, השינויים במצבו הנפשי. כידוע, חשיפת הדברים ומצבו הנפשי של המתלונן באותו מעמד, עשויים להוות חיזוק של ממש לגרסתו (ע"פ 8886/14 פלוני לעיל, בפסקה 42; בש"פ 325/15 כהן נ' מדינת ישראל (2015), בפסקה 15).

**28.** כפי שפורט לעיל, המתלונן פנה מיוזמתו לאנשים שונים וגילה בפניהם על אודות האירוע. אכן, תחושת הבושה שחוה המתלונן בעקבות האירוע וגילוי את שהתרחש, עשויה לכאורה להתפרש לכאן ולכאן. אולם, לא ניתן לפסוק כבר עתה בצורה נחרצת, כטענת ההגנה, כי חרטתו בדיעבד של המתלונן ביחס לאירוע וניסיונו לתרץ את שהתרחש בהעדר הסכמה מצידו – היא שהובילה את המתלונן לפתוח את סגור ליבו ולגלות את צפונותיו. יוזכר, כי המתלונן הסתיר תחילה את האירוע הרגיש ולא חפץ בפרסומו. בנסיבות הללו, עצם החשיפה בפני הקרובים לו, במיוחד על רקע אמונתו הדתית של המתלונן, עשויה ללמד כי הקושי הנפשי שחוה המתלונן נובע לא בהכרח מעצם המעשה אלא מביצועו שלא בהסכמה.

**29.** נציין, כי תחושת חוסר האונים, ההלם בו היה שרוי שהובילו למצב של קיפאון בשעת המעשה והתנגדותו המילולית למעשי הנאשם שבו ונשנו בכל העדויות. בד בבד, בעדויות השונות קיימים פערים – בין העדויות לבין עצמן ובינן לבין גרסתו של המתלונן במצ"ח – הן באשר לשאלת ההתנגדות הפיזית והן באשר לאמירות שונות שהפנה כביכול הנאשם כלפי המתלונן. עולה מן העדויות כי החשיפה של עצם האירוע, קל וחומר פרטיו, בפני הקרובים לו ביותר, הייתה קשה למתלונן וכי עבר דרך ארוכה עד שאזר את העוז לחטט בפצעיו הנפשיים – יהא בסיסם אשר יהא – ולספר את קורותיו. בנסיבות הללו, סיפור המעשה עשוי להניא תיאורים שאינם אחידים (השוו: ע"מ/74/15 התובע הצבאי הראשי נ' סמל ימין (2015), בפסקה 12). בנוסף, הגם שהמתלונן סיפר למודעיו על אודות האירוע בסמוך, באופן יחסי, להתרחשותו; הרי שבחקירה נפרסה לראשונה הגרסה בצורה מפורטת ומעמיקה, ובמסגרתה כמפורט דלעיל לא היו סתירות של ממש.

**30.** מכל מקום, לא ניתן לכחד כי בתיאורים שהושמעו בפני העדים באשר לביטויי התנגדותו של המתלונן ואופן התנהגותו לכאורה של הנאשם מועצמים ואינם מקבלים ביטוי בגרסתו של המתלונן במצ"ח. בכך יש כדי ללמד על הזהירות בה יש לבחון את התשתית הראייתית בתיק.

**31.** לכך נוסף מצבו הנפשי המורכב של המתלונן. אין מחלוקת, כי הנאשם לא חפץ בשיבוצו בתפקיד וביקש להחליפו, על רקע בעיות בריאותיות. תחושותיו היו קשות ואלו השפיעו על מצבו הנפשי. למעשה, היותו נתון בדיכאון היא הסיבה שהובילה, ככל הנראה, לשיחה הארוכה והעמוקה בינו לבין הנאשם בליל האירוע.

**32.** עם זאת, קיימות עדויות לפיהן חלה הידרדרות במצבו הנפשי של המתלונן לאחר האירוע. הדברים עשויים לתמוך בצורה משמעותית בגרסתו של המתלונן, לפיה המעשה המיני שבוצע שלא בהסכמה הוא שהוביל להעמקת הבעייתיות במצבו הנפשי. יוזכר, כי רבים מן העדים היו מודעים למצבו האישי הרעוע של המתלונן קודם לכן; ובכל זאת הצביעו על שינוי של ממש בהתנהלותו ובתחושותיו שאירע בתקופה שלאחר המעשה נשוא כתב האישום – וזאת מבלי שידעו על עצם התרחשותו של האירוע. המתלונן, שכאמור חפץ בתחילה בהסתרת ההתרחשות וחשש מפני גילוי על-ידי הנאשם, הואיל לבסוף לפתוח את סגור ליבו ותלה את ההידרדרות במצבו האישי במגע המיני שבוצע לכאורה שלא בהסכמה. עוד חשוב לציין, כי המתלונן לא עשה שימוש באירוע בכדי להוביל לשינוי בשיבוצו, והדבר התרחש עקב מצבו הנפשי כשלעצמו. גם למפקדתו היוצאת גילה המתלונן את סיפור המעשה רק ביומו האחרון בתפקיד ולאחר שכבר הוחלט על מעברו לתפקיד אחר. כלומר, על פניו, לא ניתן ללמוד על מניע זר שהוביל את המתלונן לספר על אודות האירוע ולהגיש את התלונה. לא למותר לציין, כי לא נמצא בסיס לכאורי לטענה כי סכסוך אישי בין הנאשם למתלונן הוא שהניעו לטפול אשמת שווא על הראשון.

**33.** אכן, נוכח מצבו הנפשי המורכב של המתלונן עובר לאירוע, עשויה לעלות שאלה האם ניתן לקשור באופן מובהק בין ההחמרה שאירעה במצבו הנפשי של המתלונן לבין האירוע נשוא כתב האישום; והאם תחושותיו הקשות לא נבעו מעצם קיומו של מגע מיני עם גבר, ללא קשר לשאלת ההסכמה למעשה. בנוסף, קיים פער מסוים בגרסתו של המתלונן באשר למועד בו פתח ב"נוהל התאבדות", באופן העשוי להשפיע על הטענה בדבר השלכת האירוע על מצבו הנפשי (הגם שטענת ההגנה בדבר אי-הימצאותו של הנאשם בליל האירוע בבסיס, לא נתמכה דיה גם במסמך שהוצג

לעיון בית הדין). עם זאת, בית הדין אינו חוקר כליות ולב ולא ניתן לנתח באזמל את תחושותיו הפנימיות של מתלונן בעבירת מין ולנתק, ייתכן בצורה מלאכותית, בין מניעים אפשריים המובילים אדם למצבו הנפשי והסיבות להחצנתו בפני אחרים. מכל מקום, המדובר בעניין שעל בית הדין בהליך העיקרי יהא לענות בו.

**34.** למותר לציין, כי כבישת האירוע, כשלעצמה, ובמיוחד על רקע ההסבר הסביר שניתן לה על-ידי המתלונן ואשר מגובה בעדויות השונות – אינה מביאה לפגיעה במשקלה הראייתי של עדותו. המתלונן שיתף מספר קרובים בסיפור המעשה זמן לא רב לאחר האירוע, ולאחר שפנה למהו"ת והתלבט באשר להגשת התלונה, הגישה לבסוף כחודש ומחצה מן המקרה. יוזכר, כי בעבירות מין, "כבישת העדות הינה תופעה שכיחה, שכן לעיתים קרובות מתקשים קורבנות העבירה לחשוף את המעשים הקשים שהיו מנת חלקם, בשל הקשיים הנפשיים והרגשיים הכרוכים בחשיפה זו, ולנוכח ההשלכות האישיות והמשפחתיות שיש, לעיתים, לעצם הגשת התלונה..." (ע"פ 8886/14 פלוני הנ"ל, בפסקה 34).

**35.** אשר לעניין בדיקת הפוליגרף שנערכה למתלונן, נקבע בפסיקה כי "ממצאי בדיקת פוליגרף אינם ראייה קבילה ואין להם, על כן, מעמד כראיות לכאורה", לאחר הגשת כתב אישום. השאלה האם ניתן להשתמש בממצאי בדיקת פוליגרף, כשיקול בשיקולי הערכת עוצמתן הלכאורית של ראיות אחרות, בעת הדיון במעצר שלאחר הגשת כתב האישום, היא שאלה שיש לגביה דעות שונות" (ע"מ/6/08 רס"ל ווקנין נ' התובע הצבאי הראשי, בפסקה 9 (2008); ע"מ/35/03 רב"ט סלזבסקי נ' התובע הצבאי הראשי, בפסקה 23 (2003); בש"פ 7063/01 מלמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 289, 294-5 (2001); ע"פ 3399/11 פלוני נ' מדינת ישראל (2012)). לאור מסקנתי בדבר קיומן ועוצמתן של הראיות לכאורה, לא מצאתי לעשות שימוש בתוצאות הבדיקה שנערכה למתלונן כדי לסייע בהערכת הראיות לכאורה הקיימות.

**36.** סיכומם של דברים, לא מצאתי כי קיים פגם גנטי בעדותו של המתלונן, באופן המאיים את קיומן של ראיות לכאורה בתיק. עם זאת, אף התביעה הכירה בקשיים מסוימים הנובעים מתוך העדויות השונות ואשר **שילובם** יחד מצביע על המורכבות הטמונה בתיק ומלמד על **חולשה מסוימת** הקיימת בחומר הראיות.

עילות מעצר

**37.** כידוע, "חולשת הראיות עשויה להביא להסתפקות בחלופת מעצר, מקום שהעבירות על פי טיבן והיקפן, אם היו מבוססות על אדנים יציבים יותר, היו מצדיקות מעצר" (ע"מ 16,20/15 **התובע הצבאי הראשי נ' טור כהן** (2015), בפסקה 6; ראו גם: בש"פ 6424/14 **גואטה נ' מדינת ישראל** (2014), בפסקה 10; ע"מ/מ 44/14 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טורופוב** (2014), בפסקה 13).

**38.** בית המשפט העליון קבע אך לאחרונה, כי "ככלל אין לשחרר נאשם בעבירות מין לחלופת מעצר, למעט במקרים חריגים, וזאת בשל החשש מהמסוכנות הטבועה בעבירות אלה והחשש להישנות המעשים" (בש"פ 4114/16 **מדינת ישראל נ' זליג** (2016), בפסקה 19). בענייננו המדובר בגרם מעשה סדום, שבוצע לא רק בהעדר הסכמתו של המתלונן, אלא אף תוך הפעלת התנגדות מסוימת מצד הנאשם (החזקת ידיו של המתלונן בחלקו הראשון של המעשה וחסיומת פיו בחלקו השני). לכך נוספת הפגיעה הממשית במשמעת הצבאית, נוכח התרחשותו של המקרה בחדר מגורים בבסיס. לא ניתן אף להתעלם מההשפעה שעשויה להיות אם ישוחרר הנאשם מכל מעצר על מצבו הנפשי של המתלונן (ראו: בש"פ 5427/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 11). עם זאת, במקרה דנן אין מסוכנות סטטוטורית. המדובר באירוע חד-פעמי שהתרחש לפני למעלה מחודשיים, וכאשר המעשה לא לווה באלימות מצדו של הנאשם.

**39.** כאשר קיימת חולשה ממשית בעוצמת הראיות, היא עשויה להוביל לחלופת מעצר, אך לא בהכרח להסרת כל מגבלה על חירותו של הנאשם. לא מדובר בתוצאה בינארית של מעצר ממשי או של שחרור מוחלט. אין זה מן ההכרח כי הפגמים המצויים בגרסת התביעה ובחומר הראיות יצדיקו מעבר חד מצידה האחד של המשרעת לצידה האחר. בשים לב לעוצמת הראיות במקרה דנן ולטיבן, העבירה המיוחסת לנאשם ועילות המעצר, מצאתי כי האיזון הראוי במקרה דנן מוביל למעצרו **הפתוח** של הנאשם עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. אינני סבור, כי עוצמת הראיות ועילות המעצר בנסיבות העניין מאפשרות את שחרורו המוחלט של הנאשם, ולו ממעצר פתוח, תוך הטלת מגבלות על אופן תפקודו בצבא.

**40.** אכן, ההליכים המשפטיים בתיק עשויים לארוך זמן. עם זאת, לא ניתן לשער מראש

את התקופה במהלכה יישמע משפטו של הנאשם, ולא די בכך בכדי להימנע מהטלת מגבלות כלשהן על חירותו; ומכל מקום, כידוע, ההליכים בבתי הדין הצבאיים מתנהלים ביעילות הנדרשת. אזכיר גם, כי אין המדובר בענייננו במעצר ממשי ("יסגור"), אשר עשוי להוביל לעתים לקציבת תקופת המעצר מלכתחילה (ראו לדוגמה: (ע"מ/52/15 רב"ט ישראלי נ' התובע הצבאי הראשי (2015), בפסקה 46; ע"מ/12/09 טור' צאיג נ' התובע הצבאי הראשי (2009)).

**41.** לאור דברי התביעה, כי המתלונן עודו מצוי ביחידה של המשטרה הצבאית בבסיס הקריה בתל-אביב – היכן שמשרת הנאשם – מצאתי לנכון לקבוע כי הנאשם ישהה במעצר פתוח ביחידה של המשטרה הצבאית, בבסיס אחר.

**42.** לפיכך, אני מורה על מעצרו **הפתוח** של הנאשם עד לתום ההליכים המשפטיים בענייננו, וזאת ביחידת מ"צ דן.

**43.** התיק נקבע לישיבת הקראה ליום 28/08/2016 בשעה 09:00. לאור דברי הצדדים כי הם מבקשים לקיים ישיבת גישור בתיק, הם מתבקשים להעביר בהקדם האפשרי למזכירות בית הדין מועדים אפשריים.

- זכות ערר כחוק.
- ניתנה היום, 18/08/2016, י"ד באב התשע"ו, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

---

שופט