|  |  |
| --- | --- |
| **בית-המשפט המחוזי בתל-אביב - יפו** | |
| **תפ"ח 1002-08 מ.י. נ' נפתלי** | **19 אפריל 2010** |

|  |
| --- |
| **בפני הרכב השופטים:**  **כב' השופטת שרה דותן - אב"ד**  **כב' השופטת דליה גנות**  **כב' השופט שאול שוחט** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מדינת ישראל**  על-ידי באת-כוחה - עו"ד גב' שרון משעל | |
|  |  | **המאשימה** |
|  | **נגד** | |
|  | **יונה בן אריה נפתלי**  על-ידי באת-כוחו - עו"ד גב' טליה גרידיש | |
|  |  | **הנאשם** |
| חקיקה שאוזכרה:  [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1)    **הכרעת-דין** | | |

**ניתן בזה צו איסור פרסום על שם המתלוננת ועל כל פרט שיש בו כדי להביא לזיהויה**.

**השופט שאול שוחט:**

1. כתב האישום שלפנינו מייחס לנאשם עבירת אינוס, עבירה לפי [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) **ל**[**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז – 1977 (להלן: "**החוק**"):

ביום 19.10.07, בשעה 24:00 או בסמוך לכך, יצאו הנאשם והמתלוננת, ביחד עם חברים נוספים, לבילוי במועדון, הסמוך לצומת שילת. במהלך הבילוי שתו המתלוננת והנאשם אלכוהול. בשלב מסויים ניגשה המתלוננת לנוח בחלקו האחורי של המועדון ונשכבה לאחור על משטח שהיה במקום. הנאשם, שהבחין כי אינה חשה בטוב, ניגש אליה ונתן לה כוס מים.

בהמשך התיישב לידה והחל למצוץ את אצבעה. המתלוננת שאלה אותו למעשיו ואמרה לו, כי יחסה אליו כאל אח קטן אך הנאשם נשכב לצידה והחל ללטפה. בהמשך הכניס הנאשם את ידו מתחת לשמלת המתלוננת, הזיז את תחתוניה והחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה. המתלוננת שאלה את הנאשם למעשיו, אמרה לו שהם שיכורים וביקשה שיחדל ממעשיו. הנאשם שאל את המתלוננת אם היא באמת רוצה שיחדל. היא השיבה בחיוב, אך הנאשם המשיך במעשיו עוד מספר דקות ולבסוף חדל.

כשחזרו השניים למועדון הבחינה המתלוננת, כי נשארו לבד במקום וביקשה מהנאשם להתקשר לחברתה. המתלוננת שוחחה עם חברתה בטלפון וביקשה שתמתין לה בצומת שילת. הנאשם והמתלוננת יצאו מהמועדון והחלו לצעוד לכיוון הצומת. בעודם צועדים נטל הנאשם את ידה של המתלוננת וקרב אותה אליו. המתלוננת שאלה אותו למעשיו, אך הוא לא ענה לה. הוא השכיב אותה על השביל בצד הדרך, הרים את שמלתה והחדיר את לשונו ואצבעותיו לאיבר מינה. המתלוננת סירבה לשתף פעולה, רעדה, ביקשה ממנו שיחדל, אמרה לו שמה שהוא עושה זה אונס וסיפרה לו שהיא בתולה, אולם הנאשם צחק. הנאשם פשט את תחתוניה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. גם כשהמתלוננת אמרה לנאשם, כי הוא מכאיב לה ובקשה שיחדל ממעשיו, המשיך האחרון במעשיו. בהמשך התחכך הנאשם עם איבר מינו באחוריה של המתלוננת וליקק את חזה. כשסיים את מעשיו המשיכו הנאשם והמתלוננת לצעוד לכיוון צומת שילת ומשם עצרו טרמפ וחזרו לביתם.

2. בישיבת יום 30.3.08 הודה הנאשם, כי היה עם המתלוננת בליל ה- 19.10.07, וכי קיים עמה יחסי מין. לטענתו, היחסים היו בהסכמה מלאה.

3. את עיקר טיעוניה מבססת המאשימה על עדותה של המתלוננת. לעדות זו מתווספות ראיות מחזקות– עדויות בדבר מצבה הנפשי של המתלוננת סמוך לאחר האירוע; עדויות חברותיה של המתלוננת להן סיפרה את אשר ארע לה יום למחרת האירוע; עדות אמה לה סיפרה את שעבר עליה; חוו"ד רפואית באשר לנזקים פיזיים על גופה וכן עדויות המתארות את מצבו הנפשי של הנאשם ואת אמירותיו, אמירות שלגישת המאשימה יש לראות בהן "ראשית הודיה" ואף הודאה של ממש בעובדה מפלילה.

4. אפתח ואומר, כי גרסתה של המתלוננת עצמה אינה עקבית ומאופיינת בסתירות מהותיות ובחללים פנימיים, שבאו לידי ביטוי, במיוחד, בתיאורה את התנהגותה והתנהגות הנאשם, ובדינמיקה שהיתה ביניהם במהלך אותו לילה, מהן ניתן ללמוד על קרבה אינטימית ביניהם, על משיכה מינית מצדה ועל הסכמתה לקיום היחסים.

עדות המתלוננת היא הראיה הישירה, הבלעדית, לאותם פרטים קריטיים לאישום. על מנת לבחון, אם אפשר ליתן לעדות זו משקל מכריע, שבלעדיו לא תתכן הרשעת הנאשם, יש לנסות ולבנות תצריף מלא של אירועי אותו לילה ונסיבותיו, ולבחון האם המערך העובדתי הכולל מאשש את הנטען כלפי הנאשם, או שמא עולה ממנו תרחיש אפשרי אחר, המתיישב עם גרסתו, ואשר מקים, לפחות, את אותו ספק סביר שממנו זכאי הוא ליהנות.

להלן אבחן את האירועים והנסיבות החשובים לגיבוש תמונת ההתרחשות והבנתה המלאה.

מצבה של המתלוננת – שיכורה מאוד

5. אין מחלוקת, כי הן הנאשם והן המתלוננת היו שתויים במהלך אירועי הלילה נשוא כתב האישום.

הנאשם העיד, כי היה שתוי (עמ' 221 ש' 13 לפרוט') והמתלוננת העידה, כי שתתה : **"שתינו, שתיתי בירה, והיה גם וויסקי שהם הביאו, שתיתי לפחות חמש שש "שוטים...**" (עמ' 4 ש' 1 לפרוט'). מהעדויות עולה, כי המתלוננת היתה שיכורה מאוד. המתלוננת העידה, כי השתייה הרבה הביאה אותה לכדי סחרחורת בפאב ולכן פנתה לחברתה ט' כדי שילכו לשתות מים (עמ' 4 ש' 8-9 לפרוט').

גם מהעדויות החיצוניות עולה, כי המתלוננת היתה שיכורה מאוד במהלך האירוע.

אם המתלוננת (עת/2) העידה, כי שמעה מהמתלוננת, כשתארה בפניה את שעבר עליה באותו לילה, כי **"היא שתתה יותר מדי, היא אפילו לא יכלה להחזיק את ראשה מורם והראש שלה היה נופל קדימה"** (עמ' 104 ש' 20-21 לפרוט') וכי היא היתה שתויה ולא שלטה בעצמה (עמ' 111 ש' 13 לפרוט'). כך גם עולה מעדותה של ט', חברתה של המתלוננת, שהעידה מטעם התביעה ובילתה יחד עם המתלוננת במועדון באותו לילה. העדה (עת/5) העידה, כי המתלוננת היתה **"מאוד מאוד שיכורה"** (עמ' 168 ש' 30 לפרוט') והדבר בא לידי ביטוי בכך שהיא אפילו לא יכלה ללכת והיה צריך לעזור לה במצבים מסוימים (עמ' 169 ש' 1 לפרוט'). העדה אישרה, כי גם הנאשם היה מאוד שיכור אך לא כמו המתלוננת (עמ' 169 ש' 14 לפרוט'; עמ' 182 ש' 10 לפרוט') וכי בכלל באותו לילה שתו הרבה מאוד, יותר מבפעמים אחרות (עמ' 182 ש' 13-16 לפרוט').

6. בעדותה תלתה המתלוננת לא פעם את האשם בכך שקשה לה לזכור פרטים מהאירוע בהיותה שיכורה (עמ' 24 ש' 26 לפרוט'). שכרות המתלוננת, והשפעתה על זכרונה ועל תפיסתה את המתרחש סביבה באותו לילה, עולה ממספר רב של אזכורים בעדויות השונות, ובמיוחד מעדותה שלה.

מצבה של המתלוננת מחייב, איפוא, בחינה זהירה מאוד של עדותה כמו גם הערכה הולמת של המשקל שיש לייחס לעדות זו במארג הכולל של העדויות שנפרשו.

במועדון - אינטימיות עם הנאשם

7. בחקירתו במשטרה (מוצג ת/6 - חקירה מיום 25.12.07, עמ' 1 ש' 10) העיד הנאשם, כי רקד עם המתלוננת ריקודים צמודים. בעדותו בביהמ"ש חזר הנאשם והעיד, כי **"כל הערב היתה בינינו אינטראקציה... הייתה אינטראקציה ביני לבינה..."** וכי רקד עם המתלוננת (עמ' 219-220 לפרוט'). המתלוננת, בעדותה בביהמ"ש, העידה גם כן כי רקדה עם הנאשם במועדון, אך הדגישה, כי רקדה עם ט', עם הבנים האחרים ואתו רק "**קצת**" (עמ' 17 לפרוט' ש' 28-29). היא אף נשאלה במפורש וענתה, כי הריקוד עם הנאשם לא היה צמוד או אינטימי ולא היה שונה מכל פעם אחרת (עמ' 17 ש' 30 – עמ' 18 ש' 1-11). מהעדויות שהובאו, הן מטעם ההגנה והן מטעם המאשימה, עולה תמונה התומכת בגרסת הנאשם ולא בגרסת המתלוננת. מר ע'ג', שהיה חלק מהחבורה שבילתה במועדון עם הנאשם והמתלוננת, העיד מטעם ההגנה (עה/3) וציין בעדותו, כי "**מה שאני זוכר ספציפית לגבי יונה וה.** (המתלוננת ש.ש.) **שהם נראו קצת יותר, יותר אינטימיים מריקוד חברי אפשר לקרוא לזה, היינו בטוחים שכאילו, שמשהו יקרה ביניהם כביכול, בסדר? דברים קורים"** (עמ' 312 ש' 16-17 לפרוט'). לתחושתו של עד זה, באשר לאינטימיות שהפגינו הנאשם והמתלוננת במהלך הריקודים במועדון, היתה שותפה גם חברתה של המתלוננת ט', שנכחה במקום, והעידה מטעם המאשימה. עדה זו אמנם לא העידה, כי היא זוכרת שראתה את הנאשם והתלוננת רוקדים ביחד אך ציינה, כי כשהשניים נעלמו יחדיו, הבינה שהם ביחד, הדבר לא הפתיע אותה וחשבה שהם "**מתמזמזים**" (עמ' 182 ש' 28-30 לפרוט', עמ' 184 ש' 1 לפרוט').

בהקשר זה יצויין, כי מדובר בחבורת צעירים, ממשפחות קרובות, המתגוררות במושב **"כולם ממש בתוך החור של השני"** (עדות המתלוננת ח"ר עמ' 3 ש' 8-14), שנהגו לבלות יחד ושנתקיימו ביניהם גם יחסים רומנטיים (עדות המתלוננת ח"נ עמ' 15 למטה – 16 ש' 1-6 ור' גם עדות חברתה של המתלוננת ט' – עת/5 – המאשרת, כי בין החבר'ה התקיימו קשרים רומנטיים, גם אם הזוגות ביניהם התקיימו הקשרים **"לא יצאו"** יחד. (עמ' 181 ש' 17-22).

8. מניתוח הראיות והעדויות לעיל, שמקבלות תימוכין גם בעדויות הקשורות לשלבים מאוחרים יותר של האירוע (ועל כך בהמשך) עולה, כי במהלך הבילוי במועדון, במחיצת החברים של המתלוננת והנאשם, היתה אינטראקציה בין השניים שבילו ורקדו יחדיו והופגנה משיכה מינית ביניהם, גם אם היא תוצר להיותם תחת השפעת אלכוהול. נראה, כי המתלוננת מנסה, במכוון, להציג את הקרבה ביניהם, בשלב זה, כחברית גרידה ולא אינטימית יותר. אפילו כשהוצג בפניה כי הנאשם ישב לידה בשולחן, במהלך הבילוי בפאב, היא ניסתה להכחיש זאת ורק לאחר שאלות חוזרות ונשנות היא אישרה, כי הם ישבו זה ליד זו (עמ' 17 ש' 13-20). מצג זה אינו נאמן למציאות.

מאחורי המועדון – החלק הראשון של האירוע נשוא כתב האישום

9. מהמועדון עברה המתלוננת אל חלקו האחורי של המקום. בעקבות השתייה המרובה הרגישה, לדבריה, סחרחורת והייתה זקוקה למים. המתלוננת הלכה עם חברתה ט' וחבר נוסף מהחבורה לבר ושם הביאו לה מים. היא יצאה החוצה מהמועדון ונשכבה על ספסל שהיה במקום (המכונה בין השאר "האנדרטה" מאחר שמדובר בספסל המשולב עם יצירת אומנות). הנאשם פגש אותה שם והביא לה כוס מים.

10. אם נשפוט על פי התיאורים שמסרה המתלוננת לחברותיה (יום למחרת האירוע) ולאמה (בשלב מאוחר יותר), באשר למה שהתרחש בשלב זה על הספסל מאחורי המועדון – נוצר הרושם, כי מדובר היה באירוע קצר ונקודתי.

חברתה מ' (עת/6) העידה, כי לפי מה שהבינה מהמתלוננת ולפי מה שהיא זוכרת, האירוע על הספסל מאחורי המועדון היה קצר ובמהלכו הנאשם רק ניסה לנשק אותה (עמ' 200-201 לפרוט'). רושם דומה נוצר מקריאת עדותה של חברתה ט' (עת/5) שידעה לומר, כי המתלוננת אמרה לה שעל הספסל הנאשם ליקק את אצבעה, היא סטרה לו ובהמשך הוא הכניס אצבעות לאיבר מינה והיא אמרה לו "**מה אתה עושה אתה כמו אח קטן שלי"** (עמ' 186 לפרוט'). אמה של המתלוננת (עת/2) העידה, כי כל מה שהמתלוננת סיפרה לה על מעשיו של הנאשם על הספסל הסתכמו בהכנסת אצבעו לפיה (עמ' 112 לפרוט').

11. גם מעדותה של המתלוננת בביהמ"ש, במסגרת החקירה הראשית, מצטיירת תמונה כי מדובר באירוע קצר ביותר. המתלוננת מציינת שבזמן אמת התרשמה כי ארך רק מספר דקות, אלא שמתיאוריה את שזוכרת היא מאותו אירוע נוצר רושם, כי מדובר באירוע ארוך בהרבה במסגרתו ניהלה עם הנאשם שיחה ונעשו בה מעשים נוספים, שזכרם לא בא קודם לכן.

המתלוננת מתארת בעדותה הראשית, כי לאחר ששתתה מהמים התקרב אליה הנאשם ו"**פתאום הוא לקח לי את האצבע והתחיל למצוץ אותה. אני אמרתי לו מה אתה עושה? וכאילו נפנפתי אותו, אמרתי מה אתה עושה? אתה כמו אח שלי, אני כמו האחות הגדולה שלך, אמרתי לו מה אתה חושב? אז הוא הפסיק. "** (עמ' 4 ש' 22-26 לפרוט'). בשלב זה, כך המתלוננת, התיישב הנאשם על ידה על הספסל ו"**הוא התחיל למשש אותו** (צ.ל. אותי ש.ש.) **ואני כל הזמן אמרתי לו כאילו מה אתה עושה? אני ממש כאילו כמו האחות הגדולה שלך, אתה כמו אח קטן שלי, מה אתה עושה? אמרתי לו אני שיכורה ואני חרמנית ואני עדיין אומרת לא. כאילו אתה עוד תתחרט על זה. והוא המשיך ללטף אותי וכל הזמן הזה אנחנו מדברים והוא פשוט ממשיך ללטף אותי, הוא הכניס את שתי האצבעות שלו לתוך הכוס שלי ואמרתי לו, לא הפסקתי להגיד לו, כאילו אתה כמו האח הקטן שלי, לך תמצא מישהי שבאמת רוצה אותך, אני לא רוצה. עד שאני חשבתי שזה היה כמה דקות, אבל אחר כך הוא אמר לי שזה היה כשעה עד שהוא הפסיק...**

**...לא הפסקתי להגיד לו אני כמו האחות הגדולה שלך, אני גם חרמנית, גם שיכורה, אני לא רוצה. אני עדיין אומרת לך את זה למרות שאני שיכורה ככה, אני לא רוצה. עד אחרי שבלבלתי לו את המוח אז הוא שאל אותי, את באמת רוצה שאני אפסיק? ואמרתי לו כן. ואז סופסוף הוא הפסיק, וקמנו והתחלנו ללכת."** (עמ' 4 ש' 29 - עמ' 5 ש' 18 לפרוט').

בפועל, המעשים שהתרחשו על הספסל לא נמשכו מספר דקות, כפי שסברה המתלוננת, אלא פרק זמן ארוך הרבה יותר. הדבר עולה מעדות הנאשם בחקירתו במשטרה, שם נקב בפרק זמן של שעה (ת/7 עמ' 4 ש' 85), ובבימ"ש ממנה נלמד, כי האירוע על הספסל התרחש במשך שעה – שעה וחצי (עמ' 225 ש' 15 לפרוט'). מעבר לעובדה, כי המתלוננת לא חולקת על נתון זה, עדות זו מקבלת חיזוק אף בעדות חברתה של המתלוננת ט' (עת/5), שהעידה, כי לאחר שהמתלוננת והנאשם "נעלמו", ולאחר שהיא ויתר החברים רצו לעזוב את הפאב ולהודיעם על כך, חיפשו כולם את המתלוננת והנאשם בכל האזור של הפאב – ללא הצלחה (עמ' 184 לפרוט'). פעולות אלה אינן אורכות דקות מספר.

12. בחקירתו במשטרה מתאר הנאשם, כי האירוע על הספסל היה יותר מורכב ממה שתיארה המתלוננת וכלל מעשים שלא תיארה כלל (כמו מין אוראלי שביצע בה):

**"הלכתי למטבח והבאתי לה מים וישבנו ומשם העניינים החלו להתגלגל, התנשקנו וקצת ליטופים ודברים כאלה וככה זה המשיך וגם ירדתי לה שמה מין אוראלי ואצבעות ואחרי כמה זמן שהיינו החבר'ה התקשרו אלי והודיעו שהם הולכים למושב שאלתי אותה מה נעשה ואמרתי להם שנגיע אחר כך."** (ת/6 ש' 13-16).

בעדותו בביהמ"ש תיאר הנאשם בפרוטרוט את המעשים שעשה על הספסל עם המתלוננת. הנאשם ציין, כי "**התחלנו להתנשק, להתגפף, קצת מישושים ונשיקות ומזמוזים ועם הזמן זה מתחיל קצת להיפתח וגם נישקתי אותה בחזה וקצת להוריד את החזייה ובפטמות וכל הדברים האלה ואיפה שהוא במהלך ההתגלגלות גם הכנסתי לה אצבע לאיבר המין"** (עמ' 221 ש' 15-18).

הנאשם הוסיף, כי בשלב זה גם ביצע מין אוראלי במתלוננת. לדבריו, כשהוא בא לרדת לה היא אמרה לו "**שהיא לא מגולחת והיא מתביישת שאני אראה אותה כך שלמטה היא זה..."**, וכשהוא השיב לה, כי זה לא מפריע לו, היא נתנה לו להמשיך והוא המשיך **"ובאמת ירדתי אליה שמה".** במהלך האקט האמור, טוען הנאשם, כי המתלוננת אמרה לו שהיא חרמנית, מאוד חרמנית (באנגלית)(עמ' 225 לפרוט' ש' 26-27).

13. א. משנחקרה המתלוננת, בחקירתה הנגדית, על הפערים בין גרסתה לגרסת הנאשם, היא אישרה חלקים נכבדים מגרסתו ונידבה פרטים רבים, הנוגעים הן לדו השיח שניהלה עמו והן להתנהגותה במהלך האירוע על הספסל.

ב. המתלוננת נשאלה באשר לטענת הנאשם, כי ביצע בה מין אוראלי על הספסל. אז העידה המתלוננת לראשונה, כי "**יכול להיות שהוא נישק לי את האיבר מין אבל הוא לא הכניס לשון, זה מה שאני זוכרת"** (עמ' 23 ש' 9-10 לפרוט'). בהמשך העידה, כי היא זוכרת (בוודאות) שהוא נישק את איבר מינה (עמ' 23 ש' 14 לפרוט') ואף ידעה לומר, כי באותו שלב כשנישק את איבר מינה היא אמרה לו "**אני חרמנית ואני שיכורה ואני עדיין אומרת לך לא, אתה תתחרט על זה."** (עמ' 23 ש' 26-27 לפרוט').

תמוהה בעיני העובדה, כי המתלוננת זכרה את המילים שאמרה במהלך ביצוע אותו אקט אך לא זכרה כי בוצע בה אותו האקט טרם נדרשה לתת התייחסותה לכך במהלך חקירתה הנגדית. תמוהה בעיני עוד יותר גרסת המתלוננת, כי רק בשלב זה (במהלך חקירתה הנגדית) נזכרה באקט המדובר (זה ההסבר שנתנה המתלוננת מדוע טרם לכן, לא בחקירתה הראשית ולא במסגרת הבדיקה הרפואית שעברה, במסגרתה נשאלה מה ביצע בה הנאשם, לא ציינה זאת, מה גם שבבדיקה הרפואית שללה זאת מפורשות: **"לא ניסה מין אוראלי במתלוננת"** – ר' עמ' 24 לפרוט' ועמוד 1 למוצג ת/3 פסקה 2). קשה להלום שהמתלוננת לא זכרה פרט מרכזי זה (מין אוראלי שביצע בה הנאשם באותו מועד), כאשר היא עמדה על כך שזכרה מה אמרה לנאשם באותו זמן ממש. לא מן הנמנע שהמתלוננת, מטעמיה, בחרה להעלים או להצניע מעשיו אלו של הנאשם בה, בחירה המטילה צל משמעותי על עדותה ועל משקל דבריה.

ג.כאמור, במסגרת אותו האקט (מין אוראלי לגרסתו הנאשם, נשיקה על איבר מינה לגרסת המתלוננת) העיד הנאשם, כי המתלוננת אמרה לו שהיא "**חרמנית**". בחקירתה הנגדית אישרה המתלוננת, כי אמרה לנאשם שהיא חרמנית אלא שלטענתה המשך המשפט היה **"ואני שיכורה ואני עדיין אומרת לך לא, אתה תתחרט על זה."** (עמ' 23 ש' 26 לפרוט'). ראשית, תמוה בעיני, מדוע היה על המתלוננת, עת מבוצעים בה לכאורה מעשים מיניים בניגוד להסכמתה, וכשהיא עושה כל שלאל ידה בכדי להפסיקם, לציין בפני מבצע המעשים כי היא "**חרמנית**"?! שנית, גרסה זו של המתלוננת אינה אחידה. כשהטיח בה הנאשם, במסגרת העימות שנערך ביניהם במשטרה, כי אמרה לו שהיא "**חרמנית**", לא טענה המתלוננת, כי אמרה לו "**לא**" או כי הוא יתחרט על מעשיו אלא השיבה לו " **אמרתי לך אני חרמנית, ואתה מנצל אותי, ואתה יודע מה אתה עושה, ואני שיכורה, ואתה מודע לכך שאני שיכורה**" (דו"ח עימות מוצג ת/1 עמ' 12). זאת ועוד, במקום אחר בחקירתה הנגדית (עמ' 38 לפרוט', ש' 5-11), הכחישה המתלוננת, חזור והכחש, שאמרה לו שהיא חרמנית, וזאת בניסיון לתת הסבר למה שקרה ביניהם.

בהמשך חקירתה הנגדית נשאלה המתלוננת מפורשות אם במהלך חלק זה של האירוע (כמו גם בחלק השני שלאחריו, ועל כך בהמשך) אמרה לנאשם להפסיק וכי היא לא רוצה איתו שום קשר מיני. המתלוננת אישרה, כי לא אמרה זאת לנאשם אלא "**אמרתי לו פשוט תמיד שאני כמו האחות הגדולה שלו, מה הוא עושה, אמרתי לו אלף פעמים What the fuck are you doing?..."** (עמ' 71 ש' 15-16 לפרוט').

בתשובתה זו סתרה המתלוננת את גרסתה הקודמת בחקירתה הראשית, לפיה אמרה לנאשם חזור ושוב, כי היא "**לא רוצה**" (ר' ציטוטים מחקירתה הראשית לעיל).

ד.המתלוננת העידה, כי במהלך כל האירוע התקיים דיאלוג ער בינה לבין הנאשם. תחילה העידה, כי הנאשם לקח את החלק הפעיל בדיאלוג, אח"כ טענה כי דווקא הוא לא דיבר הרבה אלא היא היתה זו "**שלא הפסיקה לבלבל לו את המוח**", אבל דיאלוג היה:

**"ש. את יכולה לנסות להיזכר, שעה שאתם על הספסל, כמה זמן מכל זה, זה ליטופים, נשיקות, מזמוזים?**

**ת. מאז שהוא נשכב ליד, ישב לידי על האנדרטה? כל הזמן הזה הוא מדבר, לפעמים כשאני אומרת לו משהו אז הוא מפסיק קצת.**

**ש. הוא מדבר?**

**ת. אנחנו מדברים. בהתחלה סתם דיברנו ואז ברגע שהוא התחיל,**

**ש. מה זה סתם דיברנו?**

**ת. סתם דיברנו, אני לא יודעת. דיברנו במבטא, אנחנו תמיד מדברים כאילו במבטא בריטי ודיברנו במבטא הזה.**

**ש. אבל מה זה סתם דיברנו? הבנאדם מצץ לך אצבע, מנשק ומלטף,**

**ת. ברגע שהוא התחיל לגעת בי, אז בהתחלה הוא הביא לי מים וישב קצת, ברגע שהוא התחיל לגעת בי המשכתי להגיד לו כל הזמן הזה דיברתי איתו,**

**ש. אבל מה הוא דיבר? מה זה סתם דיברנו? מה הוא דיבר?**

**ת. אמרתי לו, אתה אפילו לא רוצה אותי, הוא אמר למה שתחשבי ככה? ואמרתי לו אתה כמו האח הקטן שלי ולא הפסקתי לבלבל לו את המוח והוא לא דיבר הרבה"** (עמ' 22 ש' 10-22 לפרוט').

בעדות זו אישרה למעשה המתלוננת, כי במשך כשעה (עמ' 22 ש' 5-7 וגם עמ' 22 ש' 27-28 לפרוט'), שבה הנאשם "**מלטף, מנשק וממזמז"** אותה, לא מצאה לנכון לומר לו מפורשות שיפסיק או כי אינה רוצה קשר מיני איתו ובמקום זאת הביעה התנגדותה ע"י כך ש"**בילבלה לו את המוח**" בדברים (במבטא בריטי, בהתאם לבדיחה פנימית של שניהם) שאם ישפוט אותם הקורא ימצא בהם יותר "תיאום ציפיות" מאי הסכמה. על מה ולמה תאמר המתלוננת שאינה רוצה בנאשם ושמעוניינת שיחדל ממעשיו לאלתר, כי **"הוא לא רוצה אותה"** ומדוע הוא ישאל אותה בחזרה "**למה שתחשבי ככה?"** אם כופה הוא עצמו עליה כנגד רצונה? האם בכל מהלך האירוע לא יכלה המתלוננת, בין כל "בלבולי המוח" בהם נקטה כלפי הנאשם, להבהיר לו חד משמעית כי היא רוצה שיחדל ממעשיו? אפילו לפי גישתה שלה לא אמרה לו זאת מפורשות ולו פעם אחת אלא אמרה לו שהיא כמו אחותו הגדולה ושאלה אותו מה לעזאזל הוא עושה, וזאת כאמור כחלק בלתי נפרד של יתר הדיאלוג שהתנהל ביניהם (ושנחשף, רק בחלקו, במסגרת חקירתה הנגדית). כאמור, דיאלוג זה מתיישב יותר עם הלך רוח של הסכמה ושיתוף פעולה מאשר עם הלך רוח של התנגדות למעשים מיניים שמבוצעים כנגד רצון המתלוננת. הדברים באו לידי ביטוי לכל אורך האירוע שהתקיים על הספסל ובמיוחד בשיאו (שכלל לא הוזכר ע"י המתלוננת טרם לכן), עת ביצע בה הנאשם מין אוראלי. המתלוננת, בחקירתה הנגדית, נשאלה אם נכונה גרסת הנאשם, כי באותו השלב כשביצע בה מין אוראלי על הספסל אמרה לו, כי היא נבוכה מאחר שאינה מגולחת באזור איבר מינה והוא מצידו השיב לה כי אין הדבר מפריע לו. המתלוננת לא הכחישה אף דיאלוג זה ביניהם וציינה, כי יתכן והתקיים והיא אינה יודעת (עמ' 24 ש' 1-10 לפרוט').

ה.העולה מהמקובץ - דו השיח שהתנהל, על הספסל, בין המתלוננת לנאשם, מלמד דווקא על הלך-רוח של הסכמה ושיתוף פעולה מצידה.

כך גם התנהגותן של הנפשות הפועלות במהלך אותו אירוע.

אין מחלוקת, כי הנאשם לא הפעיל כל כוח פיזי נגד המתלוננת במהלך האירוע המדובר (עמ' 27 ש' 23 לפרוט'). אין מחלוקת גם, כי המתלוננת לא התנגדה, או ניסתה להתנגד, פיזית למעשי הנאשם. בעדותה הסבירה זאת המתלוננת בכך שבכל אותה שעה בה נעשו המעשים היתה חסרת כוחות לקום מהספסל ולכן התנגדה בכך ש"**לא הפסיקה לדבר**" (עמ' 26 ש' 21 לפרוט'). אלא שהמתלוננת גם לא צעקה לעזרה או הרימה את קולה.

אין מחלוקת, כי במהלך האירוע קיבל הנאשם שיחת טלפון, לגרסתו, מחברו א' שהיה עמם בפאב וחיפש אחריו (דבר שאישרה אף ט', חברתה של המתלוננת, בעמ' 184 ש' 8-15 לפרוט'). לגרסת הנאשם, לאחר שחברו אמר לו שהחברים עוזבים את הפאב, פנה למתלוננת ושאל אותה מה יעשו והיא השיבה שיפגשו עמם אח"כ. עד זה אמנם לא הובא לעדות מטעם ההגנה (מאחר שעזב לאוסטרליה) אולם, גם מבלי להתייחס לתוכנה, עצם קבלת השיחה ע"י הנאשם והמענה לה אינה התנהגות אופיינית של מי שמבצע, באותה שעה ממש, מעשים מיניים בניגוד לרצון של אחר. המתלוננת אישרה, כי הנאשם קיבל שיחה וכי אכן שוחח בטלפון אך לא שמה לב לתוכן השיחה (עמ' 32-33 לפרוט'). מייד לאחר שקמו המתלוננת והנאשם מהספסל וחזרו למועדון, התקיימה שיחת טלפון נוספת. בניגוד לנטען בכתב האישום כי משהבחינה המתלוננת כי נותרו לבד במועדון היא ביקשה מהנאשם לשוחח עם חברתה ט' (ס' 5), מעדותה בביהמ"ש עולה, כי היוזמה ליצירת הקשר בינה לבין ט' באה דווקא מן הנאשם. המתלוננת העידה, כי היה זה הנאשם שפנה אליה ואמר לה כי חברתה ט' התקשרה אליו (יצויין כי המתלוננת לא באה עם מכשיר סלולרי) פעמים רבות ואם היא רוצה לדבר איתה. משהשיבה המתלוננת בחיוב – נתן לה את המכשיר שלו והיא התקשרה אליה. באותה שיחה, העידה המתלוננת, כי ט' שאלה אותה מה קרה ואיפה היא, והיא השיבה, כי **"קרה הרבה יותר ממה שרציתי שיקרה**" ושתחכה לה בצומת שילת (עמ' 5 ש' 27 לפרוט'). גם ט' בעדותה העידה, כי למיטב זכרונה באותה השיחה אמרה לה המתלוננת "**Too much happened**"" (עמ' 185 ש' 4 לפרוט'). מעבר לעובדה, כי גם התנהגות הנאשם בהקשר זה (פנייה אל המתלוננת ועדכונה כי חיפשו אחריה ומסירת המכשיר הנייד שלו על מנת שתשוחח עם חברתה) אינה התנהגות אופיינית ביחסי קורבן-מבצע עבירה, הרי שגם דברי המתלוננת אל ט', לפי גרסת המתלוננת עצמה, אינם כאלו המתיישבים עם מי שזה עתה עשו בה מעשים מיניים בניגוד להסכמתה.

המתלוננת לא אמרה לט', כי הנאשם עשה בה מעשים מיניים בניגוד להסכמתה, או בכלל דבר בניגוד להסכמתה ולא ביקשה את עזרתה. אמנם אמרה היא לט', מבלי לפרט, כי קרו דברים שלא רצתה שיקרו, אבל הדבר יכול להתיישב גם עם דברים שנעשו בהסכמתה ושבאותו השלב בו נערכה השיחה היא התחרטה עליהם. זו לדידי גם המשמעות ההגיונית של הדברים לאור הטרמינולוגיה בה השתמשה המתלוננת והעובדה כי ציינה בפני ט', כי קרו **"יותר**" דברים ממה ש"**רצתה שיקרה".** השאלה המתבקשת היא אם לא רצתה המתלוננת כל קשר מיני עם הנאשם כגרסתה, מדוע אמרה שקרה יותר ממה שרצתה שיקרה? מה רצתה שיקרה על הספסל מאחורי המועדון?

ודוק! ט' מעידה, כי המתלוננת אמרה לה **"יותר מדי קרה"**, בעוד שהמתלוננת מעידה, כי אמרה לט' **"קרה... יותר ממה שרציתי שיקרה"**.

המתלוננת נחקרה על כך ארוכות (עמ' 34-36 לפרוט'). תשובותיה לבא כוח הנאשם, כי למעשה **"לא רציתי כלום שיקרה"** (עמ' 34, ש' 11, 27 לפרוט'), ובמענה לשאלות בית המשפט, שדרש להבין מדוע משתמע מדבריה לט' כי היה משהו שכן רצתה שיקרה, כי **"לא רציתי ממנו כלום, אני לא יודעת למה ניסחתי את זה ככה"** (עמ' 35 לפרוט', ש' 28), לא רק שאינן מספקות הסבר אחר לדבריה אלה, אלא רק מעצימות את הספקות ביחס לגירסתה הכוללת לחלק זה של האירוע. בניסיון להיחלץ מהמבוכה, סותרת המתלוננת את עצמה בנקודה מהותית נוספת. המתלוננת מכחישה, כי מדובר בפליטת פה שמלמדת על מה שהיה באמת, ואומרת: **"זה לא. אם זה באמת היה משהו שאני רוצה אז לא הייתי מפסיקה להגיד לו כל שנייה לא... אז ברגע שאני אומרת לא, מספיק פעם אחת... ואם אמרתי לו לא אז זהו"**. דא עקא, שהמתלוננת אישרה בהמשך חקירתה הנגדית, כי לא אמרה לנאשם להפסיק או שהיא אינה רוצה עימו שום קשר מיני (עמ' 71, ש' 15-16), וזאת בתשובה לשאלה מפורשת של בית-המשפט: **"אמרת לו באיזשהו שלב לאורך כל האירוע הראשון והשני, האם אמרת לו תפסיק, אני לא רוצה איתך שום קשר מיני?"**.

כפי שיפורט בהמשך, גם בתאורה של המתלוננת במשטרה את תחושותיה עובר לאירוע זה, עת יצאו מהמועדון, השתמשה היא במינוח שאינו מתאים לתיאור מעשים שבוצעו בהיעדר הסכמה.

14. העולה מהמקובץ – מהראיות והעדויות הנוגעות לדו שיח ולמעשים שהתנהלו בין המתלוננת לנאשם על הספסל מאחורי המועדון, לרבות ובעיקר מגרסת המתלוננת בנוגע למהלך אירוע זה ולשינויי הגרסה והפרטים החדשים שנידבה לראשונה במהלך חקירתה הנגדית, מצטיירת תמונה שמתיישבת באופן מובהק יותר עם הסכמה שלה למעשים שבוצעו בה בשלב זה מאשר על אי הסכמה מצידה.

היציאה מהמועדון והמעשים בחורשה – החלק השני של האירוע נשוא האישום.

15. המתלוננת מתארת, בחקירתה הראשית, כי כשיצאו היא והנאשם מהמועדון פנתה אליו וביקשה ממנו כי יקח אותה לצומת שילת (שם קבעה להיפגש עם חברתה ט' בשיחת הטלפון האחרונה), לקחה את זרועו והוא עזר לה ללכת. בהמשך הדרך בשביל, בצידי הכביש, התרחקו ולא דיברו והלכה לבד. (עמ' 5 ש' 27-30 לפרוט'). המתלוננת מתארת, כי באקט פתאומי משך אותה הנאשם לעברו ואז "**אני אמרתי אוי לא, מה אתה עושה? הכל באנגלית כי זה תמיד ככה, והוא כאילו גיחך כזה והשכיב אותי על האבנים שם"** (עמ' 6 ש' 2-3 לפרוט').

כך תיארה המתלוננת את שהתרחש על הקרקע:

**"הוא התחיל ללטף אותי, התחיל לגעת בי, אני כל הזמן הזה אומרת לו אני כמו האחות הגדולה שלך, אתה כמו האח הקטן שלי, מה אתה עושה, מה לעזאזל אתה עושה? לא הפסקתי להגיד את זה לשנייה. מתי שלא דיברתי אז הידיים שלי היו על העיניים והפה שלי היה נעול וסגור. אפילו באמצע הוא אמר לי, מה ה. אפילו לא תתני לי נשיקה? תתני לי קודם כל שזה ברור שהוא לוקח מה שהוא רוצה, ואמרתי לו כאילו אל תקרא לי בשם ואמרתי לו אני לא משתתפת בשום דבר שקורה עכשיו. המשכתי תמיד להגיד לו מה לעזאזל אתה עושה, המשכתי להגיד לו ולהגיד לו, אני כמו האחות הגדולה שלך. לפעמים הוא קצת עצר לשנייה ואז הוא המשיך.**

**...**

**הוא המשיך אני הייתי על הרצפה והוא הכניס ידיים, הוא הכניס את הלשון שלו לאיבר המין שלי, באמצע אמרתי לו אתה יודע שאני בתולה? והוא אמר שלא. עכשיו אני מודע לזה, ולדעתי כחמש דקות אחר כך הוא חדר אלי ואני אז ניסיתי עם הידיים קצת לדחוף אותו והרגשתי פשוט חסרת אונים, הרגשתי שאין לי כוח, אני לא יכולה להצליח לעשות כלום, הרגשתי שהוא מזיז לי את הרגליים לצד אחד, לצד שני, מה שהוא רוצה, מתי שהוא צריך, לא הפסקתי לבלבל לו את המוח, להגיד שיפסיק, אמרתי לו כמה פעמים אני חייבת להגיד לא כדי שזה יהיה אונס? והוא פשוט** **כאילו, פשוט המשיך, כאילו הוא היה נראה רגוע כמו שהוא אוכל קורנפלקס לארוחת בוקר, ממש כאילו זה לא עושה לו כלום מה שאמרתי. לא הפסקתי להגיד לו לא והוא נגע לי בציצים, הוא נגע לי בכל מקום, כשאמרתי לו שהוא נכנס, אמרתי לו שהוא מכאיב לי, אז הוא המשיך עוד איזה שמונה חדירות ואז הוא הפסיק, ופתאום הוא היה מעט בצד שלי והייתי על הצד, והוא התחכך עם הבולבול שלו בתחת שלי כאילו עדיין לא הפסיק אחרי שאמרתי לו אלף פעמים, עד שהוא הפסיק, הוא גם ליקק לי את הציצים אני זוכרת, וכל הזמן הזה הידיים שלי, לשנייה אני הורדתי את הידיים מהעיניים, ראיתי את הפרצוף שלו, זה הפחיד אותי כל כך והמשכתי. הוא ניסה לנשק אותי, פשוט הזזתי את הראש שלי ולא נתתי לו, לא השתתפתי בשום צורה שהוא יחשוב שאני שיכורה ואני משתתפת. לא נישקתי אותו, הידיים שלי היו על העיניים, כאילו אין, לא היה דרך להטעות, גם אם לא הייתי אומרת כלום ולא יצא לי קול זה עדיין ברור מאיך שאני, כאילו מתי פעם אחרונה שמישהו היה עם מישהו והידיים שלו היו כל הזמן על העיניים, כאילו זה היה ברור ובגלל זה הוא עצר בפעם הראשונה והפסיק, ואז הלכנו בדרך ואז שוב**." (עמ' 6-7 לפרוט').

16. אם נסכם את גרסתה זו של המתלוננת מדובר היה באירוע פתאומי בו השכיב אותה הנאשם על הקרקע בחורשה. בשלב הראשון ליטף אותה ונגע בה, בשלב מאוחר יותר החדיר אצבעות לאיבר מינה, לאחר מכן ביצע בה מין אוראלי ולאחר מכן חדר אליה. במשך כל מהלך האירוע המדובר הביעה המתלוננת לגרסתה אי הסכמה מילולית למעשי הנאשם ("**אני כמו האחות הגדולה שלך, אתה כמו האח הקטן שלי, מה אתה עושה, מה לעזאזל אתה עושה?... המשכתי להגיד לו ולהגיד לו אני כמו האחות הגדולה שלך..., לא הפסקתי להגיד לו לא**"), ניסתה להתגונן ממעשיו ולא שיתפה פעולה עמו **("מתי שלא דיברתי אז הידיים שלי היו על העיניים והפה שלי היה נעול וסגור... הוא ניסה לנשק אותי, פשוט הזזתי את הראש שלי ולא נתתי לו..**"). המתלוננת תיארה, כי בשלב בו חדר אליה אף ניסתה להתנגד פיזית למעשיו אך ללא הצלחה (**"הוא חדר אלי ואני אז ניסיתי עם הידיים קצת לדחוף אותו והרגשתי פשוט חסרת אונים, הרגשתי שאין לי כוח אני לא יכולה להצליח לעשות כלום...**") והטיחה בו, מפורשות, כי הוא מבצע בה אונס **("אמרתי לו כמה פעמים אני חייבת להגיד לא כדי שזה יהיה אונס?"**).

בקצירת האומר, הנאשם שלל מכל וכל את כל טענות המתלוננת לאי הסכמה מצדה, או לביטויי התנגדות מילולית או פיזית למעשים המיניים שבוצעו בשלב זה של האירוע. לא זו אף זו – לגרסת הנאשם היוזמה לקיום יחסים שכללו חדירה הגיעה דווקא מהמתלוננת. במסגרת החקירה הנגדית, משמעמתים את המתלוננת עם גרסת הנאשם למהלך מאורעות שלב זה, כמו גם לגרסתה במשטרה, מאשרת היא, גם כאן כמו בפרק הקודם, פרטים רבים שתואמים את גרסת הנאשם להסכמה מצידה ושמערערים את גרסתה שפורטה בחקירתה הראשית.

17. במסגרת חקירתה הנגדית (עמ' 37-38 לפרוט') נשאלה המתלוננת מדוע בגרסתה במשטרה העידה, כי תחושותיה בשלב ההליכה בחורשה היתה, כי "**היה לי מוזר כאילו שהיה ביננו משהו**". שימוש במילים אלו, "**היה ביננו משהו**" מתיישב עם תחושה של אירוע שבוצע בהדדיות ובשיתוף פעולה (ואולי אף כהמשך ישיר לדברים שאמרה לט' בשיחת הטלפון, כי "**קרה יותר ממה שרצתה שיקרה**") ולא על מעשים שבוצעו בהיעדר הסכמה.

המתלוננת גם כאן לא ידעה להסביר מדוע השתמשה במינוח זה. לדבריה, בשלב הזה לא חשבה שנאנסה ומכאן הקושי שהיה לה להגדיר את שהתרחש על הספסל במועדון (עמ' 37 ש' 21-22 לפרוט'). הסבר זה אינו סביר בעיני משום שגם אם המתלוננת לא יכלה להגדיר במונחים משפטיים אם המעשים שנעשו בה על הספסל עלו כדי הגדרת "אונס" בחוק או עפ"י תחושתה הסובייקטיבית סביר להניח שהיתה מוצאת לנכון להשתמש במינוח אחר לתאור תחושותיה אם נעשו בה מעשים מיניים בניגוד גמור להסכמתה.

כשמתעקשת ב"כ הנאשם לקבל תשובה מספקת יותר, תוך נסיון לקבל את גרסתה (עמ' 37 לפרוט' ש' 28-30), משיבה המתלוננת כי המוזרות נבעה מכך שהוא כמו אח שלה **"הוא היה כמו אח שלי וזה מה שקראתי לזה אז"**. כשבא כח הנאשם מתריסה כלפיה שלאח לא אומרים **"אני חרמנית"**. המתלוננת מכחישה פתאום לחלוטין, כי אמרה זאת לנאשם בעת שהיו על ספסל, בשלב הראשון של האירוע, כשקודם לכן הודתה שאמרה לו מילים אלה – דבר שמשליך על מהימנותה הכללית (עמ' 38 לפרוט' ש' 1-13).

בחקירתה הנגדית אישרה המתלוננת, כי העידה במשטרה כי באופן פתאומי השכיב אותה הנאשם על האבנים (דבר שמצטייר גם מחקירתה הראשית) אלא שבפועל אינה זוכרת איך הגיעה לקרקע (ולכן אמרה את המילה "פתאום") והוסיפה, כי ייתכן ונכונה גרסת הנאשם בעניין זה, לפיה הוא נשכב קודם על הקרקע ומשך אותה אליו (עמ' 40 ש' 22-27 לפרוט'). המתלוננת גם אישרה, כי יכול להיות שטרם נשכבה על הקרקע נישק אותה הנאשם. המתלוננת התעקשה, כי היא לא נישקה את הנאשם אך ידעה לומר גם את המיקום בו יכול להיות שהנאשם נישקה – על הצוואר (עמ' 39 ש' 17 לפרוט').

18. את האופן בו מצאה את עצמה שכובה על הקרקע לא זכרה המתלוננת. עם זה, זכרה ואישרה את משך הזמן בו שכבו היא והנאשם על הקרקע, במהלכו בוצעו בה אותם המעשים שתיארה. לא מדובר באירוע קצר. המתלוננת אישרה, כי מדובר באירוע שארך כשעה שלמה בה השניים שכבו על הקרקע, כשבמשך מחצית השעה הראשונה ליטף אותה הנאשם ונישק אותה (עמ' 43 ש' 3-7 לפרוט').

זאת ועוד, המתלוננת נחקרה במסגרת חקירתה הנגדית באשר לגרסת הנאשם, כי קיימו על הקרקע **"סקס יבש"** (עמ' 2 ש' 19 לחקירת הנאשם במשטרה מוצג ת/6; וכן חקירת הנאשם בביהמ"ש בעמ' 223 לפרוט'). המתלוננת אישרה, לראשונה בשלב החקירה הנגדית, כי אכן היה ביניהם **"סקס יבש"** שכלל התחככות עם בגדים אך לא זכרה באיזה שלב על הקרקע התרחש אקט זה (עמ' 45 ש' 22-26 לפרוט'). תמוה בעיני כיצד יכול היה להתקיים "אקט" זה, שדורש שיתוף פעולה הדדי, ללא שיתוף פעולה מצד המתלוננת, ובין אם היה שיתוף פעולה ובין אם לא היה – מדוע לא הזכירה המתלוננת זאת אלא רק במסגרת חקירתה הנגדית משנשאלה על כך על ידי ב"כ הנאשם מפורשות.

השאלה המתבקשת היא מדוע לכל אורך השלב בו היו שרועים המתלוננת והנאשם על הקרקע, שלב שארך שעה ויותר, לא קמה המתלוננת ממקומה. הדעת נותנת כי אדם שהושכב כנגד רצונו, ומבוצעים בו מעשים כנגד רצונו, יעשה מאמצים בכדי לקום ולזקוף את קומתו. אין מקום להניח כי לא היה בכוחה הפיזי של המתלוננת בשלב הזה לקום אם לא הופעל כנגדה כוח שמונע ממנה זאת ע"י הנאשם. הטעם לכך נובע מהעובדה שבין המעבר מהמועדון לחורשה צעדו היא והנאשם מרחק של כ-800 מטר אותם הלכה בכוחות עצמה (כך אישרה בתחילה בעמ' 36 ש' 20-22 לפרוט' אך בהמשך ציינה, כי לא הלכו הרבה ואינה יודעת את המרחק המדוייק במטרים – ר' עמ' 38 ש' 28-31 לפרוט') וברור שמי שכוחו במותניו ללכת כברת דרך שכזו יכול גם לעבור ממצב שכיבה למצב עמידה בהיעדר כוח פיזי שמונע זאת ממנו. מניתוח עדותה של המתלוננת עולה, כי לא קמה ונותרה שכובה על הקרקע לכל אורך מהלך האירועים ואפילו לא ניסתה לשנות את תנוחתה, חרף העובדה כי אישרה שבמספר לא מבוטל של הזדמנויות קם\זז הנאשם מעליה ומשקל גופו לא הכביד על גופה. כך למשל כשהחל הנאשם להחדיר אצבעות לאיבר מינה אישרה המתלוננת, כי ירד הוא בחלקו מעליה (עמ' 43 ש' 22-25 לפרוט') אלא שלטענתה לא קמה ממקומה כי הייתה עדיין שיכורה (עמ' 44 ש' 18 לפרוט'). המתלוננת לא קמה ממקומה גם בשלב מאוחר יותר, עת זז ממנה הנאשם על מנת לבצע בה מין אוראלי וגם בשלב בו רגליה של המתלוננת היו פסוקות וראשו של הנאשם בין רגליה, עת ביצע בה הנאשם מין אוראלי (עמ' 46 -47 לפרוט') והסבירה זאת בכך שלא היה לה כוח לזוז (עמ' 46 ש' 31 לפרוט').

המתלוננת לא קמה ממקומה, לא שינתה תנוחתה, ונותרה למעשה עם רגליים פסוקות על הקרקע אף בכל השלב שהגיע לאחר שהנאשם סיים לבצע בה מין אוראלי וטרם החדירה - בו קם על רגליו, פתח את חגורתו, הפשיל את מכנסיו ותחתוניו והתמהמה להוציא קונדום מכיסו ולחבוש אותו על איבר מינו (עמ' 48-49 לפרוט') והסבירה זאת בכך ש"**לא היה לי כוח פיזי**" (עמ' 51 ש' 5 לפרוט').

התנהגות זו של המתלוננת ובחירתה להישאר שכובה על הקרקע ואף לא לשנות את תנוחתה, חרף ההזדמנויות שהיו לה לכך, מעוררת ספקות באשר לגרסתה לאי הסכמתה לקיום היחסים. תמוה בעיני מדוע אי הסכמה זו לא באה לידי ביטוי אפילו בניסיון מצדה לזקוף את קומתה ולקום, זאת כאשר לא הופעל כנגדה כוח פיזי שמנע זאת ממנה וכאשר הנאשם לא הפעיל אלימות כנגדה (כך אף לגרסתה שלה), לא פגע בה, לא איים עליה ולא היה זר לה (כך שלא היה מקום לחשש שאם תתנגד לו יבולע לה). גם בחינת אי ההסכמה המילולית שהביעה המתלוננת, לגרסתה, עם הדיאלוג שהתקיים בינה ובין הנאשם בשלב זה של האירוע – לא מפחיתים את הספק הרב שמחלחל בגרסת המתלוננת לאי הסכמה מצדה.

להבדיל מן הגרסה שהציגה המתלוננת במסגרת חקירתה הראשית לפיה לא הפסיקה להגיד לנאשם "לא", במסגרת החקירה הנגדית אישרה המתלוננת, כי למעשה לא אמרה "לא" באופן מפורש ואף לא אמרה לנאשם מפורשות להפסיק או כי אינה רוצה איתו קשר מיני אלא "**אמרתי לו פשוט תמיד שאני כמו האחות הגדולה שלו, מה הוא עושה, אמרתי לו אלף פעמים What the fuck are you doing?...זה בשבילי לא."** (עמ' 71 ש' 15-18 לפרוט'). בפרק זמן כה ארוך בו שהו המתלוננת והנאשם על הקרקע וכשלאורך כל פרק הזמן המדובר ביצע בה לגרסתה הנאשם מעשים מיניים בניגוד להסכמתה תמוה בעיני מדוע לא הספיקה המתלוננת לומר לנאשם בצורה מפורשת וברורה פשוט "לא". הדברים מקבלים משנה תוקף כשבוחנים את הדיאלוג שהתקיים בין השניים שנחשף במסגרת החקירה הנגדית ובמיוחד את התזמון בין הדברים שנאמרו ולמעשים שנעשו.

19. המתלוננת העידה, כי בעת שהחדיר הנאשם אצבעותיו לאיבר מינה אמרה לו שזה לא נעים לה, שהיא לא נהנית מזה וכן אמרה לו (באירוניה לטענתה) שהוא ממש מנוסה בזה וזו לא הפעם הראשונה שהוא עושה את זה (עמ' 69 ש' 1-13 לפרוט'). גם אם נקבל את גרסת המתלוננת, כי הביקורת על ביצועיו המיניים של הנאשם היתה באירונה הרי עדיין לא ברור כלל כיצד דברים אלו תואמים לאי הסכמה מילולית מצד המתלוננת למעשים. הדברים תואמים יותר לדו שיח ושיתוף בדבר תחושותיה של המתלוננת במסגרת אקט מיני בהסכמה. מכל מקום עובדה, כי דבריה של המתלוננת לא נפלו על אזניים ערלות ובשלב זה ומשהביעה את תחושתה כי החדרת האצבעות לא נעימה לה ואינה נהנית ממנה עבר הנאשם לשלב הבא בו הוא מבצע בה מין אוראלי. בשלב בו מבצע הנאשם במתלוננת מין אוראלי היא לא אומרת לו **"לא"** ולא אומרת לו, כי יפסיק או יחדל ממעשיו. היא גם לא אומרת לו בשלב זה, כי המעשים לא נעימים לה או שהיא לא נהנית מהם. במקום זאת היא אומרת לנאשם **"אתה יודע שאני בתולה**" והוא משיב לה "**עכשיו אני יודע**" (עמ' 47 ש' 1-2, עמ' 49 ש' 24 לפרוט'). המתלוננת הסבירה, כי בפנייה זו אל הנאשם ועדכונו בכך שהיא בתולה נועדה למעשה להביע את אי הסכמתה וכי חשבה שבעקבות עדכון זה יפחתו הסיכויים לכך שינסה לחדור אליה (עמ' 47 ש' 11 לפרוט'). דיאלוג זה בין השניים, בנקודת הזמן המסוימת הזאת, אינו כזה שהיינו מצפים לראות בין אנס לקרבן. המתלוננת לא קמה ממקומה ולא התנגדה פיזית לנאשם וראינו את הסבריה לכך. בין אם מקובלים הם ובין אם לאו נשאלת השאלה מדוע בחרה במונח ה"מזמין" את הנאשם להמשיך במעשים אינטימיים עמה ולא השתמשה במונחים אחרים כדי להביע את התנגדותה כמו "תפסיק ו/או אל תיגע בי כי אני בתולה". מדוע תסמוך על כך שבעדכונו כי היא בתולה יפחתו הסיכויים שינסה לבתק את בתוליה ולא תאמר לו זאת מפורשות? זאת במיוחד נוכח התשובה של הנאשם אליה, כי "**עכשיו אני יודע**" כשברור שלא ניתן להסיק מתשובתו זו, כי הוא מבין שהמתלוננת אינה מסכימה למעשים. יתרה מכך – אף התזמון בו המתלוננת בחרה לעדכן את הנאשם בהיותה בתולה נשמע תמוה אם לא הייתה הסכמה מצדה לביצוע המעשים. באותו השלב אמנם הנאשם רכן לרגליה, מלטף ומחבק אותה (עמ' 48 ש' 8 לפרוט') תוך כדי שהוא מבצע בה מין אוראלי, אך היה לבוש ולא הוריד מכנסיים או חגורה כך שלמעשה אם כל מעשיה והתנהגותה היו ונועדו למנוע ממנו את המעשים שהוא עושה לה בהווה, מדוע בכלל תעדכן את הנאשם לבל יעלה בדעתו לעשות בה מעשים אחרים, שכוללים חדירה, בעתיד? ודוק! גם בחלק הראשון של האירוע, על הספסל במועדון, אישרה המתלוננת, כי הנאשם ביצע בה מין אוראלי ושם לא מצאה היא לנכון לעדכנו בעובדת היותה בתולה. הסבר לשוני האמור לא נתנה המתלוננת (עמ' 47 ש' 28 – עמ' 48 ש' 1).

כאמור, מתשובת הנאשם למתלוננת ("**עכשיו אני יודע**"), עת עדכנה אותו בהיותה בתולה במהלך ביצוע המין האוראלי, עולה, כי לא עמד לחדול ממעשיו ולא הבין כי זה כביכול רצונה. כיצד מצאה לנכון המתלוננת להבהיר לו זאת? המתלוננת העידה, כי בשלב זה אמרה לנאשם "**שים קונדום אחרת אני אהרוג אותך אם אני אכנס להריון**" (עמ' 49 לפרוט'; ר' גם עמ' 48 ש' 9-12 וכן עמ' 50 ש' 3). גרסת הנאשם העקבית היתה, כי בפנייה זו של המתלוננת אליו ראה יוזמה מצידה לקיום יחסים ולמעבר לאקט החדירה. זו היתה גרסת הנאשם בחקירתו במשטרה (ת/6 עמ' 2 ש' 22), בעדותו בבית המשפט (עמ' 226 ש' 17 לפרוט') ואף מה שמסר לאחרים בשלבים מוקדמים הרבה יותר לשלב בו הוגשה התלונה (ר' עדות מר ע'ג', עה/ 3, שהיה בין החברים שיצאו עם המתלוננת והנאשם לפאב ומסר בעדותו כי כבר בשלב בו התחילו השמועות במושב, עת התקשר אל הנאשם לברר את פשר העניין ענה לו זה "**אני לא יודע מה היא רוצה ממני בכלל, היא אמרה לי לשים קונדום.."** עמ' 312 ש' 28 לפרוט'). אם נשפוט לפי התזמון בו אמרה המתלוננת לנאשם לשים קונדום - לאחר שעדכנה אותו בהיותה בתולה (גם אם הוא לא הבין את הרמז שאמור היה להבין מכך לגרסתה) ובשלב בו הוא לבוש לגמרי, רוכן לרגליה ומבצע בה מין אוראלי – הרי שזה תואם את גרסתו.

אין מחלוקת, כי לאחר שהמתלוננת אמרה לנאשם לשים קונדום הנאשם קם על רגליו, פתח את חגורתו, הפשיל את מכנסיו והתמהמה בהוצאת הקונדום מארנקו ולבישתו. המתלוננת אישרה, כי היתה מודעת לשלבים הללו, את חלקם שמעה ואת חלקם הרגישה גם אם לא ראתה אותם מאחר שלטענתה שמה את ידיה על עיניה (עמ' 49, עמ' 50 ש' 21-24 לפרוט'). כפי שציינתי קודם לכן עולה תמיהה מדוע לא ניצלה המתלוננת את פרק הזמן המדובר על מנת לקום מן הקרקע ובמקום זאת נותרה שכובה על הקרקע עם רגליים פסוקות.

המתלוננת הסבירה, כי גם בשלב קריטי זה בו ידעה כי הנאשם עומד לחדור אליה (כנגד הסכמתה כאמור) לא עשתה כן מאחר **"ולא היה לי כוח פיזי"** (עמ' 51 ש' 5 לפרוט') אך הוסיפה מייד, כי "**השתמשתי בכל כוח אחר שהיה לי**" (עמ' 51 ש' 5 לפרוט'). לכשנשאלה האם מכוונת היא לכוח של דיבור וכיצד זה בא לידי ביטוי השיבה, כי "**פה כבר ויתרתי על הכל**" וכי לא אמרה לנאשם לחדול ממעשיו (עמ' 51 ש' 6-9 לפרוט'). למעשה מגרסת המתלוננת עצמה עולה, כי בכל פרק הזמן מהרגע שפנתה אל הנאשם בבקשה כי ישים קונדום ועד שלב החדירה בפועל לא עשתה דבר ולא הביעה אי הסכמה לא מבחינה פיזית (לא קמה ממקומה ואף לא שינתה תנוחתה) ולא מילולית (לא אמרה לנאשם דבר ולא הקימה קול צעקה). המתלוננת העידה, כי בשלב שחדר אליה אמרה לו לראשונה כי כואב לה (עמ' 70 ש' 26 לפרוט') ואז הוא המשיך קצת והפסיק (עמ' 73 ש' 1 לפרוט') דבר המלמד, כי הנאשם היה ער למצבה, הפסיק לבקשתה, ואכן הגיע לפורקנו מחוץ לגופה (כך עולה מעדותה בעמ' 73 ש' 1-12 לפרוט').

בתאור של שלב החדירה, בחקירתה הראשית, העידה המתלוננת כי בשלב זה אמרה לנאשם "**כמה פעמים אני חייבת להגיד לא כדי שזה יהיה אונס**?" (עמ' 6 ש' 23 לפרוט'). בחקירה הנגדית השיבה, כי אמרה משפט זה לנאשם פעם אחת (עמ' 62 ש' 3 לפרוט'). איני מקבל גרסת המתלוננת, כי אמרה משפט זה לנאשם במהלך האירועים נשוא האישום. איני יכול לקבל את גרסת המתלוננת כי הטיחה בפני הנאשם כי הוא אונס אותה (גם אם בצורת שאלה) מאחר שהמתלוננת עצמה העידה, בשלב אחר בחקירתה הנגדית, כי הגיעה לתובנה שעברה אונס רק יום למחרת האירועים לאחר שסיפרה לחברתה א' את שעבר עליה וזו האחרונה הטיחה בה את מסקנתה, כי עברה אונס (עמ' 60 לפרוט). המתלוננת אף העידה, כי גם לאחר שחברתה א' השתמשה במילה "אונס" אמרה לה לא להשתמש במילה זו כי פחדה מכך (עמ' 60 ש' 17 לפרוט'). המתלוננת נשאלה אם רק אז ידעה שעברה אונס והמילה "אונס" כבדה ומפחידה אותה, כיצד תתכן גרסתה כי הטיחה בנאשם בזמן אמת כי הוא אונס אותה (עמ' 62 ש' 30-31; עמ' 63 ש' 9-10). המתלוננת, בתשובתה, נתנה הסבר, אותו לא מצאתי משכנע, לפיו מסיבה זו לא הטיחה זאת בנאשם כקביעה אלא כשאלה: **" בגלל זה לא אמרתי לו אתה אונס אותי, אמרתי כמה פעמים אני חייבת להגיד לו כדי שזה יהיה אונס**" (עמ' 63 ש' 11-12 לפרוט') והמשיכה לדבוק בגרסתה, כי למרות שלא הבינה בזמן אמת שעברה אונס, אמרה לנאשם את הדברים וכי מעבר לכך אינה יכולה להסביר זאת (עמ' 63 ש' 19-20 לפרוט').

לאחר שלב החדירה העידה המתלוננת, כי היתה זו היא ששינתה אז את תנוחתה ונשכבה על צד ימין (עמ' 73 ש' 4 לפרוט'). לאחר שהנאשם הגיע לפורקנו, תוך שהוא מתחכך עם איבר מינו באחוריה, הם המשיכו לשכב "בתנוחת כפיות" והוא המשיך ללטפה (עמ' 73 ש' 28-29 לפרוט').

20. המתלוננת העידה, כי כעסה על הנאשם ועל המעשים שביצע בה ולכן מייד לאחר שקמו על רגליהם היא התחילה לצחוק ולהרביץ לו, הייתה בשוק ובפאניקה ושאלה אותו מה לעזאזל קרה פה, מה לעזאזל קרה (עמ' 7 ש' 24-29 לפרוט'). לשאלת ביהמ"ש ענתה המתלוננת כי נתנה לנאשם מכות חזקות ממש על הגב (עמ' 7 ש' 28 לפרוט', עמ' 96 ש' 19 לפרוט') וכי מייד לאחר מכן הם צעדו עד לצומת שילת ושם מנעה המתלוננת מן הנאשם להוריד עשבים שנתפסו באחוריה (עמ' 8 ש' 1-3 לפרוט'). המתלוננת העידה, כי בשלב זה כעסה על הנאשם שסירב לשלם עבור מונית שתחזיר אותם ליישוב והם נאלצו להמתין לטרמפ אקראי שאסף אותם (עמ' 74 ש' 27-28 לפרוט', עמ' 76 ש' 3-7 לפרוט').

הנאשם אישר, כי לאחר שקמו על רגליהם הלכו לצומת שילת ואישר, כי אכן סירב לבקשת המתלוננת לעצור ולשלם עבור מונית והסביר לה ש"**אין סיבה עכשיו להוציא 40 ₪ להגיע הביתה עשר דקות יותר מהר**" (עמ' 226-227 לפרוט') ולכן עדיף שימתינו לטרמפ, שאכן הגיע. הנאשם העיד, כי המתלוננת לא היתה שמחה במיוחד מהחלטתו זו (עמ' 227 ש' 11 לפרוט') אך לא הרגיש שהיא נפגעה מהתנהלות האירועים בהם קיימו יחסי מין (עמ' 227 ש' 23 לפרוט') ולכן חזקה עליו שהיה מציין (הגם שלא נשאל מפורשות) אם המתלוננת היכתה אותו לאחר שקמו. מכל מקום גם אם אתן אמון מלא בגרסת המתלוננת, כי היכתה את הנאשם מכות חזקות לאחר שקמו – הרי שהתנהגות זו אינה מתיישבת עם גרסתה כי לכל אורך שלבי האירוע השני, ובפרט בשלב טרם החדירה, הייתה בחוסר אונים מוחלט ונעדרת יכולת פיזית אפילו לשנות את תנוחתה או לקום ממצב שכיבה (גם בשלבים שבהם אין חולק כי הנאשם לא שכב מעליה ולכן לא הופעל עליה כוח פיזי שיכול להקשות עליה את התזוזה).

לאחר שהגיעו ליישוב גילתה המתלוננת, כי איבדה עגיל בחורשה וביקשה מן הנאשם כי ימצא את העגיל שאבד (עמ' 74 לפרוט'). המתלוננת העידה, כי בשלב זה אמר לה הנאשם למה היא מסיימת את זה ככה ולא הבין למה היא עצבנית עליו (עמ' 74 ש' 20-21 לפרוט'). הנאשם אישר, כי אכן המתלוננת אמרה לו בשלב זה כי איבדה עגיל בחורשה וביקשה ממנו כי יחפש אותו אך הוא סירב (עמ' 228 ש' 11-15 לפרוט'). הנאשם העיד, כי נפרדו בחיבוק ונשיקה על הלחי (עמ' 228 ש' 16 לפרוט') ובכך שונה גרסתו מגרסת המתלוננת. גם במקרה זה, מתן אמון בגרסת המתלוננת לפיה הנאשם נפרד ממנה כשהוא תוהה מדוע היא "מסיימת את זה ככה" ולא הבין מדוע היא עצבנית עליו, אינה מתיישבת עם גרסתה כי הנאשם אנס אותה וביצע בה מעשים מיניים בניגוד להסכמתה (כי אם אכן כך היה ממילא היה אמור להיות ברור לנאשם מדוע המתלוננת עצבנית עליו ולא היה מקום שישאל אותה זאת).

21. מניתוח גרסת המתלוננת בחקירתה הנגדית, את מהלך האירועים, מצטיירת תמונה שונה מזו שתוארה על ידה במסגרת חקירתה הראשית ומזו שפורטה בכתב האישום. זיכרונה של המתלוננת התגלה, לא פעם, כסלקטיבי כשהתנהגות מסוימת שהייתה לה עם הנאשם לא בא זכרה אלא רק לראשונה במסגרת חקירתה הנגדית כשעומתה בעניין זה מפורשות. ניכר היה נסיונה של המתלוננת להרחיק עצמה מהנאשם ולהסתיר אינטימיות שהייתה ביניהם בתחילת הערב. ניכר היה גם נסיונה לצייר תמונה שאינה משתמעת לשני פנים של היעדר הסכמה מצדה, שהופגנה הן מילולית והן התנהגותית. מסתבר שהאמת רחוקה מכך. כשבוחנים את התנהגותה של המתלוננת לכל אורך האירועים, את דו השיח שהיה ביניהם וגם את מהלך האירועים על ציר הזמן ובשילוב הדיאלוג שהתקיים בין השניים – מגלים שגרסת המתלוננת להיעדר הסכמה מצדה היא גרסה שאינה עקבית, מאופיינת בסתירות מהותיות ובחללים פנימיים שלא נמצא להם הסבר משכנע.

כשבוחנים גרסה זו מול גרסת הנאשם למהלך האירועים, ולטענתו העקבית להיעדר התנגדות מצד המתלוננת, הרי שגרסת הנאשם בהקשר זה אינה בלתי סבירה אלא הגיונית ומשתלבת באירועי אותו לילה. אמנם כבר נפסק, כי אין די בהעדר התנגדות של אישה לקיום יחסי מין כדי שיקבע כי הדבר היה בהסכמתה. ההסכמה צריכה להיות מפורשת. מטעם זה נקט בית-המשפט ביחס ליסוד אי-ההסכמה במדיניות רחבה, או שמא נאמר: מדיניות מדויקת וקולעת יותר לנסיבות החיים המורכבות. כברת דרך עשתה עבירת האינוס בעניין זה, בחקיקה ובפסיקה, החל מהמעבר מהדרישה ההיסטורית להתנגדות פיזית, דרך זניחת הדרישה לשימוש בכוח וכלה בדרישה להבעת אי-הסכמה [ראו פירוט נרחב ב[ע"פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/6041035) (3) 873 (להלן: "**פרשת אזולאי"**) והמובאות שם; [ע"פ 7951/05](http://www.nevo.co.il/case/6238635), **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-על 2007(1), 1636; [ע"פ 2606/04](http://www.nevo.co.il/case/5709733) **יגאל בנבידה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם); [ע"פ 111/99 ארנולד שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/case/5678234)(3) 769 (להלן: **פרשת שוורץ**); [ע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבירו, פ"ד לה](http://www.nevo.co.il/case/17946254) (2) 775]. 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](http://www.nevo.co.il/case/6238635), **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-על 2007(1), 1636, ובפרשת **אזולא**י, 889).

מהפסיקה עולה, כי יסוד אי-ההסכמה של האישה עשוי להתקיים גם בלא ביטוי חיצוני אקטיבי, במציאות מיוחדת שבה עשויה קרבן אונס להגיב בשיתוק וקיפאון בשל פחד ובהלה האוחזים בה, עקב המעשה המיני הנכפה עליה ([ע"פ 6890/04](http://www.nevo.co.il/case/6088001) **מדינת ישראל נ' בלאוסוב**, תק-על 2005(3) 3264). לעיתים, פאסיביות מוחלטת של אישה שאינה מגיבה למעשה מין המבוצע בה, עשויה היא עצמה לבטא אי-הסכמה למעשה:

**"במקרים בהם הגבר הוא היוזם - פאסיביות מוחלטת של אישה המוטלת חסרת תנועה ונותנת לאחר לעשות בה כרצונו, שכמוה כ'בובת חוטים'..., אישה המפגינה קיפאון ושיתוק, ועל אחת כמה וכמה אישה המביעה כאב או בכי - כל אלו... מהווים ואף ראוי שיהוו, אינדיקציה לאי-הסכמה לקיום יחסי המין ועל התנהגויות אלו להוות תמרור אדום וסימן אזהרה**." ([ע"פ 2606/04](http://www.nevo.co.il/case/5709733) **יגאל בנבידה נ' מדינת ישראל**, פסקה 35).

וראו עוד: [ע"פ 6295/05](http://www.nevo.co.il/case/6058753) - **אלי וקנין נ' מדינת ישראל**. תק-על 2007(1), 914, עמ' 920).

ואולם נסיון החיים הוא, כי ההסכמה בין גבר לאישה לקיום יחסי מין באה לידי ביטוי בהתנהגות אשר בנסיבותיו של המקרה מצביעות על הרצון ההדדי וההסכמה המשותפת לקיום יחסי מין. אין מדובר בהצהרות מילוליות ובוודאי שלא בהבעת הסכמה המתועדת במסמכים, אלא בהבעת רצון בדרך של התנהגות. **"הכלל כי 'לא' פירושו 'לא' ו'כן' פירושו 'כן' יפה לדיני חוזים, בהם הוודאות המשפטית מחייבת כי בהצעה ובקיבול 'ישלטו' שני צבעים בלבד, שחור ולבן. לא כן ביחסי אישות ובהקדמות להם, בהם תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי הסכמה, שגווניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם. ובל נשכח כי ענייננו לא באנס אשר כופה בבירור את רצונו על אישה. שם הבעיה אינה מתעוררת כלל, והנסיבות מדברות בעד עצמן, גם אם תאמר האישה 'כן' שהוא כפוי מעיקרו**." ([ע"פ 5612/92, מדינת ישראל נ' אופיר בארי ו-3 אח', פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/6024185)(1), 302; 385. ראה גם: [ע"פ 111/99](http://www.nevo.co.il/case/5678234), שם, 771).

22. במקרה זה אני סבור, כי גירסת המתלוננת, כפי שנלמדה מחקירתה הנגדית, מובילה למסקנה, כי היא שידרה, בהתנהגותה ובהתבטאויותיה, במהלך האירועים נשוא כתב האישום, הסכמה לקיום יחסי מין ולכל הפחות ניתן היה להבין, כי היא מסכימה לקיומם.

אדגיש, כי מסקנה זו היא פועל יוצא של מכלול הראיות שנותחו עד שלב זה ולא רק בעובדה שהמתלוננת ביקשה מן הנאשם להשתמש בקונדום בשלב שבו טרם הוריד את מכנסיו, עובדה שהמאשימה מצאה מקום בסיכומיה להביא שורה של פס"ד בהם נקבע כי אין לראות בפנייה שכזו כביטוי להסכמה. למעלה מן הנדרש אציין, כי הפסיקה שהביאה המאשימה בהקשר זה אינה ממין העניין. בכל אותם המקרים אותם הביאה המאשימה ומהם ניסתה ללמוד אנלוגיה לענייננו ([ע"פ 465/00](http://www.nevo.co.il/case/5701351) **לוי ואשנפי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו); [ע"פ 4895/05](http://www.nevo.co.il/case/5982181) **מבשב נ' מדינת ישראל**(פורסם בנבו); [ע"פ 111/99](http://www.nevo.co.il/case/5678234) **שוורץ נ' מדינת ישראל**, שם) הופעלו כנגד הקורבנות אלימות ו/או איומים והן הביעו בצורה מפורשת שאינה משתמעת לשני פנים את אי הסכמתן.

23. כאמור, התביעה ביססה את עיקר טיעוניה על עדותה של המתלוננת. כשלעדות זו מתווספות ראיות מחזקות שמקורן בשלבים שלאחר האירועים נשוא האישום - עדויות בדבר מצבה הנפשי של המתלוננת סמוך לאחר האירוע; עדויות חברותיה של המתלוננת להן סיפרה את אשר ארע לה יום למחרת האירוע;עדות אמה לה סיפרה את שעבר עליה, חוו"ד רפואית באשר לנזקים פיזיים על גוף המתלוננת; כמו גם עדויות המתארות את מצבו הנפשי של הנאשם ואת אמירותיו, אמירות שלגישת המאשימה יש לראות בהן "ראשית הודיה" ואף הודאה של ממש בעובדה מפלילה. ברם, מטבע הדברים – החיזוקים שעליהם נסמכת התביעה – כשמם כן הם. הם אינם יכולים להיות המסד הראייתי העיקרי להוכחת האישום, וזמנם יבוא ככל שעדות המתלוננת, שהיא הראיה המרכזית בתיק, תמצא בעלת משקל ומהימנות שניתן להשתית עליה ממצאים שבעובדה לחובת הנאשם. כאמור לעיל, איני סבור, כי ניתן למצוא את עדות המתלוננת בכל הנוגע לשאלת אי הסכמתה כמהימנה דיה לצורך הרשעת הנאשם בפלילים. יחד עם זאת, ולמעלה מן הנדרש, אתייחס אף לראיות המחזקות שהציגה המאשימה.

אמרות הנאשם – האמנם ראשית הודיה או הודאה בעובדה מפלילה?

24. המאשימה מוצאת בעדויות בדבר מצבו הנפשי של הנאשם ובאמירות שלו כ"ראשית הודיה" ואף הודאה של ממש בעובדה מפלילה (עמ' 4 לסיכומי המאשימה). יודגש כי עסקינן באמירות של הנאשם שלא תועדו ולא ניתנו במסגרת חקירה במשטרה, עימות או הודאה כתובה מצד הנאשם. אם אמירות אלו מפלילות את הנאשם או לא, נוכל ללמוד רק מבחינת עדות מי ששמעם (שהעיד בביהמ"ש) ומבחינת גרסת הנאשם בהקשר זה.

- גב' ט' (עת/5), חברתה של המתלוננת ומי שהיתה חלק מהחבורה שיצאה לבלות יחד עם המתלוננת והנאשם באותו לילה בו התרחשו האירועים נשוא האישום, שמעה מפי המתלוננת את גרסתה, לפיה הנאשם אנס אותה, יום למחרת האירועים. עדה זו היתה הראשונה שיצרה עם הנאשם קשר, מספר ימים לאחר האירועים נשוא האישום, והטיחה בפניו את גרסת המתלוננת ודרישותיה. העדה התקשרה אל הנאשם והשאירה לו הודעה שיחזור אליה והוא חזר אליה לאחר מכן. העדה העידה, בחקירה ראשית, כי סיפרה לנאשם מה שהמתלוננת אמרה לה שארע ושהוא מצידו לא הכחיש את הדברים אך גם לא אישר אותם, הגיב ב **"shit what do I do now… what am I'm gone do**" וביקש לדבר עם המתלוננת (עמ' 173 לפרוט'). במסגרת חקירתה הנגדית אישרה העדה, כי ייתכן שהנאשם השתמש במילים אחרות:

**"hell I can't believe it** **what** **the fuck what the** " וכי אינה זוכרת את המילים המדויקות שאמר (עמ' 188 ש' 20 – עמ' 189 ש' 6 לפרוט'). הנאשם היה בשוק ו"**הוא לא ידע מה לעשות עם עצמו**" (עמ' 189 ש' 19 לפרוט'). העדה ניסתה "לתווך" בינו לבין המתלוננת והשיבה לו, כי המתלוננת לא רוצה לדבר איתו ובמקום זאת ביקשה ממנה להקריא מכתב שהיא כתבה לו. לאחר שהקריאה לנאשם את המכתב שמעה אותו בוכה בטלפון (עמ' 174 ש' 1-10 לפרוט'). העדה העידה, כי במכתב הביעה המתלוננת את רצונה כי הנאשם יקבל עזרה פסיכולוגית-טיפול נפשי. בחקירה הנגדית אישרה העדה, כי אמרה לנאשם כי מדובר בתנאי אותו הציבה המתלוננת שאם לא יתמלא תפנה היא (המתלוננת) ותגיש תלונה במשטרה (עמ' 190 ש' 7 לפרוט'). הנאשם בתגובה השיב, כי ינסה להסדיר עם הצבא שהוא ילך לטיפול (עמ' 173 ש' 26-28, עמ' 174 ש' 11-16 לפרוט'). העדה העידה, כי גם בשיחות נוספות, מאוחרות יותר, שהיו לה עם הנאשם, הוא לא הכחיש ולא אישר את טענת המתלוננת כי אנס אותה אבל הבהירה, כי לא שאלה את הנאשם בעניין זה (עמ' 174 ש' 26 לפרוט').

כמו כן העידה, כי למעשה מעולם לא שמעה את גרסתו של הנאשם לאירוע (עמ' 189 ש' 20 – 190 ש' 5 לפרוט') וכי רק לפי התגובות שלו היא משערת שהוא ידע שהוא עשה משהו לא בסדר (עמ' 190 ש' 25-31 לפרוט').

הנאשם, בעדותו, פירט את הנסיבות בהן קיבל את אותה שיחת הטלפון מן העדה. באותה שעה היה בעיצומה של פעילות מבצעית בצבא, בצפון הארץ, על גבול לבנון, כמעט ללא קליטה של טלפונים סלולריים וללא קשר לעולם החיצון (עמ' 228-229 לפרוט'). הנאשם אישר, כי העדה אמרה לו שהמתלוננת אומרת שהוא אנס אותה וכי הוא במענה ענה לה **"What the Fuck what the hell I can't believe it"** ". כאמור לעיל, העדה לא שללה את האפשרות שאלו היו מילותיו המדויקות של הנאשם אליה. הנאשם העיד, כי לא אמר לעדה בשיחה זו או באחרות באופן מפורש וברור, כי הוא מכחיש את שטוענת המתלוננת וכי לא אנס אותה (עמ' 231 ש' 19-30 לפרוט') אבל הבהיר כי כשהטיחה בו העדה בטלפון כי המתלוננת אומרת שהוא אנס אותה היא אמרה זאת "בפשטות" ולא באופן ביקורתי (עמ' 230 ש' 14-17 לפרוט'). הנאשם העיד, כי העדה אמרה לו שהמתלוננת הציבה אולטימאטום שילך לקבל טיפול תוך שבוע ולא- היא תפנה למשטרה. (עמ' 230 ש' 18-28 לפרוט'). בתשובה אמר הוא לט' שאינו יכול ללכת לטיפול מאחר שאין לו אפשרות לעשות זאת (עמ' 233 ש' 12-13, 22 לפרוט').

כשבוחנים את עדות הנאשם אל מול עדות עדה זו לא מוצאים בהן סתירות של ממש. איני סבור כי ניתן לראות בדברים שנאמרו ע"י הנאשם בשיחה (או יותר נכון שלא נאמרו), בנסיבות בהן נערכה השיחה, כדברים שיש בהם כדי להפליל את הנאשם. נכון הוא שהנאשם לא אמר לעדה, כי המתלוננת מעלילה עליו וכי לא אנס אותה – אבל מנגד הוא לא נשאל על ידה אם הדברים שמסרה המתלוננת נכונים ומהתגובה שנתן משתמע כי עמדתו היא שהדברים אינם נכונים, אחרת לא היה משיב לה "**אני לא יכול להאמין**" (בתרגום חופשי ש.ש.) ולא היה צריך להיות מופתע או ב"שוק" נוכח הדברים שהטיחה בו העדה.

התבטאות זו של הנאשם והמצב הנפשי בו היה נתון בעקבות אותה שיחה מצביעים על הפתעה רבה של הנאשם מהדברים ותדהמה מתוכנם. לו היה הנאשם אכן אונס את המתלוננת לא היה מקום לתגובה של תדהמה או שוק, כשמטיחים בו זאת כמה ימים אחרי כן. כמו כן התרשמתי מכנות תשובתו של הנאשם שהעיד שאכן בכה כשהעדה הקריאה לו את מכתב המתלוננת בטלפון. הנאשם נתן הסבר מדוע בכה: " **שמעי, זה מצב לא כיף בכלל, בכלל, בכלל. הייתי, אמרתי כבר מה המצב שהייתי ושהייתי בצפון וכל הדברים האלה ואין לי אף אחד שאני יכול, אתה עולה, יורד משמרת, יוצא זה וזה ובינתיים כל העסק הזה על הראש שלך של המשפחה, של מה שקורה וכבר, זה יום אחרי פעם ראשונה ששמעתי, לא טוב, התחיל לרוץ לי בראש מה אני עושה, אך אני, לא טוב."** (עמ' 290 ש' 26-30 לפרוט'). מעבר לעובדה שההסבר שנתן הנאשם משכנע ואמין הרי שתגובתו זו, הפריצה בבכי, מעידה על סערת הרגשות שהתחוללה בקרבו בעקבות אותה שיחה עם ט' ומחזקים את העובדה, כי הגיב לשיחה בשוק ובהפתעה גמורה.

- עדה נוספת עמה שוחח הנאשם היא גב' ש'א' (עת/3), מכרה של הורי הנאשם וחברה של אחות המתלוננת. לטענת המאשימה, אמרותיו בשיחות עמה, מלמדות על תחושת אשם והכרה באשמה, המהוות 'ראשית הודיה' (עמ' 18 לסיכומי המאשימה).

לראשונה שמעה העדה, על טענת המתלוננת כלפי הנאשם, מאחות המתלוננת. סמוך לאחר מכן התקשרה אליה אמו של הנאשם, אשר שהתה באותה תקופה בלונדון. העדה סיפרה, כי אם הנאשם ביקשה ממנה לעזור לה לחפש עו"ד בשביל הנאשם על מנת שתהיה לו "**הגנה**" (עמ' 122 ש' 17-18 לפרוט'). העדה הסכימה לעזור לנאשם ע"י הפנייתו לעו"ד, אך הבהירה לאם כי אינה רוצה להיות מעורבת בסיפור (עמ' 122 ש' 29-30 לפרוט'). עד שלב זה של עדותה יצרה העדה רושם לפיו היא שמרה על ניטראליות בין הנאשם למתלוננת וכי הסכימה לסייע לו מתוך מחווה של רצון טוב כ"אמא לאמא", לדבריה (עמ' 122 ש' 29 לפרוט', עמ' 123 ש' 7 לפרוט').

אט אט במהלך העדות מתברר, כי העדה לא היתה ניטראלית כלל ועיקר, חרף התעקשותה כי שמרה על ניטראליות. העדה מספרת, כי אמו של הנאשם אמרה לה שהנאשם הודה בפניה בביצוע המעשים המיוחסים לו ולכן היא (העדה) התנתה את עזרתה וסיועה בכך שהנאשם יודה גם בפני עוה"ד (עמ' 123 ש' 11-18 לפרוט'). גרסה זו של העדה אינה סבירה לחלוטין – כיצד יעלה על הדעת כי אמו של הנאשם, שאין לה קשר מיוחד אתה, פנתה אליה (בשלב בו לא הוגשה כלל תלונה במשטרה) מאחר שהנאשם צריך "הגנה" ובד בבד גם תאמר לה שהנאשם מודה בביצוע המעשים? וכיצד יעלה על הדעת שאם הנאשם ניאותה לקבל את עזרת העדה "הניטראלית", שהתבקשה לקשר בין הנאשם לעו"ד (ונשאלת השאלה לשם מה נדרש בכלל עו"ד אם הנאשם מודה בביצוע מעשים בגינם טרם הוגשה כלל תלונה) בתנאי שהנאשם יודה בפני העו"ד במעשים שאותם לכאורה ביצע (וכאמור בגינם טרם הוגשה תלונה)? העדה לא הצליחה לתת הסבר משכנע מדוע הציבה לטענתה את התנאי לפיו "תסייע" לנאשם בכך שתקשר אותו עם עו"ד רק במידה והוא יודה בביצוע המעשים:

**"כ.ה. שוחט: מה זה משנה לך?**

**העדה: כי אני לא, שוב, באמת זה לא משנה לי, נכון, אבל סיפרו לי סיפור. אתה יודע, אם אתה מגיע למקום עם בן אדם שאח"כ אתה שומע סיפור אחר, אז זה כאילו, שוב פעם, אמא סיפרה לי,**

**כ.ה. שוחט: אבל זה לא שאת התקשרת לעוה"ד ואמרת לו תשמע, אני מביאה אתי מישהו והמישהו הזה עשה ככה וככה והוא הולך גם להגיד לך שהוא עשה ככה וככה וכאילו לא נעים לך שהוא יבוא ויספר משהו אחר.**

**העדה: אבל כב' השופט, אתה צריך להבין גם שאני מגיעה משני הצדדים, אני גם מהצד הזה וגם מהצד הזה, אז אם היא כבר אמרה לי את הנתונים האלה בטלפון, אני הרגשתי לנכון שכל מה שהיא מספרת לי, אני גם צריכה שיונה יספר אם אני נמצאת נוכחת. זה נראה מוזר אבל** ." (עמ' 123 ש' 16- 26).

הסבר זה של העדה אינו משכנע מאחר שהצבת התנאי כביכול, לפיו הנאשם יודה בפני עורך הדין, לא רק שאינה ניתנת להסבר מהטעם שהיא שמרה על ניטראליות (**"מגיעה משני הצדדים"**), אלא עומדת בסתירה לכך.

בשלב מסוים במסגרת חקירתה הנגדית שגתה העדה והעידה, כי לא אמרה לאמו של הנאשם שתתלווה לנאשם אם הוא יודה וטענה, כי את זה אמרה לנאשם ולא לאמו (עמ' 128 ש' 27-30). רק כשנשאלה שוב מפורשות אם לאמו לא אמרה זאת, תיקנה את עצמה ואמרה שהיא לא אמרה לנאשם את הדברים אלא לאמו (עמ' 129 ש' 1-3, לפרוט'). בהמשך עדותה אישרה העדה שוב, כי הבהירה לנאשם שתיקח אותו לעו"ד רק אם יודה (עמ' 129 ש' 25-27 לפרוט') אך תיקנה את עצמה מייד בהמשך (עמ' 129 ש' 29 לפרוט'). סתירה בנקודה כה מהותית זו, הגם שתוקנה ע"י העדה, אינה מוסיפה למהימנותה.

העדה, חרף דבקותה בגרסתה כי שמרה על "ניטראליות", לא מהססת לטעון כי אמרה לנאשם שהיא חושבת שהמתלוננת היא הקורבן, שהיא בצד של המתלוננת, היא עושה זאת רק בשבילה ובשביל אמא שלו, היא בפירוש לא מרחמת עליו, והיא לא פה בשבילו **"בשום כוונה"** (חקירה ראשית עמ' 127 ש' 1-6 לפרוט'). אם נאמין לגרסת העדה, הרי שגילויי **"האמפטיה"** הללו שגילתה כלפי הנאשם באותה שעה, מבלי שטרחה מעולם לשאול אותו לגרסתו שלו (עמ' 127 ש' 21-23 לפרוט') הם שהביאו אותו, בזמן שהיא מטיחה בו דברים קשים אלו, להודות בדברים שאמרה לו, לומר לה שדבריה נכונים והיא צודקת (עמ' 127 ש' 5-7 לפרוט') ולהבהיר לה, כי הוא יודע שעשה מעשה לא נכון (עמ' 127 ש' 27-30 לפרוט'). העדה אף העידה, כי אמרה לנאשם שהיא חושבת שזה נכון שהוא ירצה עונש על מה שהוא עשה והוא לא שלל את עמדתה זו אלא השיב לה תמיד **"אני יודע, כן, את צודקת**" (עמ' 143 ש' 11-15 לפרוט'). לגרסת העדה אף כשנפרדה מן הנאשם, ביציאה ממשרד עוה"ד, אמרה לו שהיא "**מרגישה לא בנוח ללכת אתו ברחוב ואמרתי לו אתה אשם ואיזה עונש שיתנו לך אתה תיקח בכבוד, והוא ענה שהוא יודע"**. (עמ' 142 ש' 9-10 לפרוט').

יצויין, כי העדה נשאלה מדוע לא ציינה עת נחקרה במשטרה, כי אמו של הנאשם אמרה לה, כי הנאשם הודה במעשים המיוחסים לו או כי "הודה במה שעשה" אלא העידה, כי אמו של הנאשם אמרה לה כי הנאשם "**סיפר לה הכל**", ותשובתה היתה כי ייתכן והדברים לא נרשמו ע"י המשטרה עת נגבתה עדותה (עמ' 133 לפרוט').

אמו של הנאשם, גב' ש'נ' (עה/ 7) העידה, כי סברה שבנה זקוק לייעוץ משפטי לאחר שהוא סיפר לה את גרסתו באשר למה שהתרחש באותו לילה וכי המתלוננת טוענת שהוא אנס אותה (עמ' 299 לפרוט'). מאחר שלא הכירה אף עו"ד וחשבה שהעדה, אותה היא מכירה אך לא מגדירה כחברה (עמ' 301 לפרוט'), מכירה עו"ד, התקשרה אליה. העדה סיפרה לה כי "**כל המושב יודע**" מה שהנאשם עשה. אם הנאשם ביקשה ממנה מס' טלפון של עו"ד והעדה אמרה לה בתשובה כי היא מכירה עו"ד שהיא יכולה להמליץ עליו בירושלים ואם היא רוצה היא תיקח את הנאשם אליו. אם הנאשם העידה, כי העדה התעקשה לעזור ולהפגיש בין הנאשם לעו"ד אבל ביקשה ממנה לא לספר זאת לאם המתלוננת (עמ' 300 ש' 1-12 לפרוט'). אם הנאשם הכחישה מכל וכל, כי אמרה לעדה כי הנאשם מודה או שסיפרה מה שהנאשם אמר לה שעשה והסבירה, כי "**אני לא חשבתי שזה עניין שצריך לספר לאף אחד, אני חשבתי שזה עניין ששייך לתוך משפחתי ולא למישהו שאני פגשתי לפני שנים"** (עמ' 300 ש' 26-27, 301 ש' 17 לפרוט').

הנאשם בעדותו אישר, כי בשיחה שהיתה לו עם העדה, בהמתנה לפגישה עם עוה"ד, אמר לה שהוא **"יכול להיות עמוק בחרא",** יכול לאבד הרבה חברים ואפילו לאבד הקצאה לקורס קצינים (אם יתחיל מסגרת טיפולית כדרישת המתלוננת) והסביר שאמר זאת במענה לכך שש' אמרה לו שהמצב הוא "מצב מגעיל" כי המתלוננת היא מהמושב (עמ' 250-251 לפרוט'). הנאשם אישר, כי באותו שלב היה במצב של חוסר אונים בעקבות האולטימטום שהציבה המתלוננת לפיו ילך לטיפול (עמ' 249 ש' 24-28 לפרוט'). הנאשם העיד, כי מעבר לכך לא סיפר לעדה דבר ולא שיתף אותה במה שהיה מאחר שלא מכיר אותה ברמה גבוהה במיוחד (והיא חברה של אמא שלו ונשואה לאח גדול של חבר שלו) וכן העיד, כי לא זכור לו שהעדה אמרה לו שצריך לקבל עונש (עמ' 284 ש' 20-30, עמ' 250 ש' 17- 26 לפרוט').

לא מצאתי את עדותה של עדה זו מהימנה אלא מגמתית ומניפולטיבית. מדובר בעדה שניסתה לעטות על עצמה מעטה של עדה "ניטראלית", בעוד שברור מעדותה כי "בחרה צד" מלכתחילה, לא טרחה מעולם לשמוע את גרסת הנאשם, והתנתה את עזרתה בכך שהנאשם יודה בפני עוה"ד. לא מצאתי את גרסת העדה, כי אם הנאשם אמרה לה כי הנאשם "מודה" במעשיו הגיונית במיוחד נוכח מטרת הפנייה של אם הנאשם אליה. לא סביר בעיני גם כי העזרה השולית של העדה לנאשם (תיאום מפגש עם עו"ד) היתה מותנית בכך שהנאשם "יודה" בפני מי שאמור להושיט לו עזרה. כמו כן לא מקובלת עליי גרסתה, כי הנאשם נחשף והתוודה בפניה, נוכח העוינות הגלויה שהפגינה כלפיו, כעולה מעדותה.

- המאשימה מוצאת אף באמרה של מר א'נ', אבי הנאשם (עת/4), במסגרת הודעה שמסר במשטרה (ת/8), ראייה מחזקת לגרסת המתלוננת. לגישת המאשימה מדובר בעדות על אמרת נאשם, שיש בה משום הודאה של ממש בעובדה מפלילה, לפיה הנאשם היה מודע להעדר ההסכמה של המתלוננת.

במסגרת ההודעה נשאל אבי הנאשם אם בנו סיפר לו אם במהלך המעשים שהיו בינו לבין המתלוננת היא ביקשה להפסיק וענה, כי "**הוא סיפר לי שהיא שידרה נכונות וגם התנגדות**" (עמ' 1 ש' 11 לת/8). בסיום אותה הודעה הביע אבי הנאשם, מיוזמתו, השערה ולפיה "**מצד שני זה יכול להיות שני יחסי צעירים** (כך במקור ש'ש') **שמקיימים יחסי מין לי זה נשמע כמשהו שנימצא על גבול הדק שמישהו חכם ממני יצטרך להחליט"** (ת/ 8 עמ' 2 ש' 41-42 לפרוט').

בעדותו בביהמ"ש, ניסה העד להסביר כי כשאמר שהדברים נמצאים על "הגבול הדק" עשה זאת כדי לרצות את החוקרת ולסיים את החקירה (עמ' 149 ש' 1-2, 11-12 לפרוט'). הסבר זה אינו סביר בעיני בפרט לאור העובדה, כי לא היתה כל סיבה שעד זה ינסה "לרצות" את החוקרת שעה שהעדות נגבתה ממנו באופן וולנטרי ואינו בגדר חשוד. העד ניסה גם להסביר, כי כשמסר שבנו אמר לו שהמתלוננת הביעה **"נכונות וגם התנגדות"** התכוון לכך שההתנגדות היתה למעשה פנימית שלה ובאה לידי ביטוי בכך שאמרה לנאשם שהיא "**חרמנית ולא רוצה להיות"** או שהוא כמו אח שלה (עמ' 153 ש' 15-18). יש קושי של ממש לתת אמון גם בהסבר של העד בסוגייה זו מאחר שהנאשם שלל מפורשות כי המתלוננת אמרה לו שהוא כמו אחיה או משהו דומה (עמ' 263 ש' 9-11, עמ' 264 ש' 16-24 לפרוט'). הנאשם בעדותו ניסה להסביר זאת בכך שאביו מתבלבל בין גרסתו לגרסת המתלוננת (שכאמור טוענת שאמרה לנאשם שהוא כמו אחיה הקטן), גרסה אותה שמע אביו מאחיה של המתלוננת, שהוא חבר קרוב שלו, עוד לפני ששמע את גרסתו שלו (עמ' 270 ש' 16-22 לפרוט'). ברם, גם טענה זו של הנאשם אינה נקיה מספקות מאחר שהנאשם בעצמו הודה בחקירתו במשטרה, כי לאביו סיפר או לא הכחיש, כי חלק מהמעשים עם המתלוננת לא היו בהסכמה. כך מצאו הדברים את ביטויים בהודעת הנאשם במשטרה:

**"ש. אביך אומר בפירוש סיפרת לו שחלק מהאקט לא היה בהסכמה.**

**ת. כן.**

**ש. מה אתה אומר על זה?**

**ת. הכי פחדתי שזה יגיע למשטרה ולא רציתי לצאת במלחמת גרסאות נגדה ואז היא עוד יותר תתעצבן והעדפתי להוריד את הראש כדי שהיא תירגע וכל העניין יירגע וחשבתי שזה רעיון עדיף מלהילחם על הצדק.**

**ש. כלומר כשאמרת לאביך שחלק מהאקט לא היה בהסכמה, שיקרת לו.**

**ת. זה לא בדיוק ככה. הסכמתי עם מה שנאמר.**

**ש. תן לי סיבה הגיונית למה בן יגיד לאבא שלו שלמעשה אנס אישה.**

**ת. אבא שלי אדם של צדק וקרוב למשפחה שלהם וחשבתי שאם אני אבוא בקטע של לסתור את כל מה שהוא מכיר והוא יילך אליהם עם זה זה התפוצץ."** (ת/6, עמ' 5 ש' 148-157 לפרוט').

הנאשם התקשה למצוא הסבר מניח את הדעת מדוע לא אמר לאביו, ברחל ביתך הקטנה, כי הדברים שהמתלוננת מייחסת לו לא היו ולא נבראו וכי היא מעלילה עליו. ההסבר שנתן הנאשם בעדותו בביהמ"ש, בהמשך ישיר להודעתו במשטרה שפורטה לעיל, הוא כי אם היה אומר לאביו מפורשות שהמתלוננת משקרת, אביו היה פונה מייד לאחי המתלוננת (שהוא חברו הקרוב והוא גם זה שסיפר לאבי הנאשם לראשונה את גרסת המתלוננת) ולאמה של המתלוננת, ומטיח בהם זאת, ואז המתלוננת הייתה מממשת את איומה ופונה למשטרה – דבר שניסה למנוע (עמ' 276-278 לפרוט'). הסבר זה אינו משכנע במיוחד מאחר שהדעת נותנת כי הנאשם יכל היה להבהיר לאביו את גרסתו, גם אם היא עומדת בסתירה מוחלטת לגרסת המתלוננת, ולכל היותר לבקשו להימנע מלפנות למשפחת המתלוננת ולהתעמת עמם חזיתית בעניין זה.

עם זה, מניתוח העדויות אני סבור כי הנאשם לא הודה בפני אביו, כי אנס את המתלוננת או כי היא הביעה אי הסכמה, מילולית או פיזית, במהלך אותו לילה. לכל היותר הנאשם לא סתר ולא הכחיש מפורשות את גרסת המתלוננת ומכאן נוצרה אצל אביו התחושה כי אכן האמת נמצאת בתווך שבין שתי הגרסאות. מסקנה זו מתיישבת עם קריאת הודעת אבי הנאשם בכללותה. מקריאת ההודעה בכללותה עולה, כי תחושת אבי הנאשם, ממה שסיפר לו הנאשם, לא היתה כזו ממנה ניתן להסיק כי המעשים בוצעו בניגוד גמור להסכמת המתלוננת. אחרת לא היה מציין, כי הנאשם אמר לו שהם התמזמזו (עמ' 1 ש' 3), שבשלב מסויים ביקשה ממנו לשים קונדום (עמ' 1 ש' 9), לא היה מפרט, כי הנאשם אמר לו שהיתה גם הסכמה ולא רק התנגדות ובעיקר אז לא היה מקום לכך שיאמר, כי "**לי זה נשמע כמשהו שנימצא על גבול הדק שמישהו חכם ממני יצטרך להחליט**".

מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לאור עדות הנאשם, אביו, ועדותה של ש', ששמעה לטענתה מאם הנאשם, כי אביו של הנאשם רצה שבנו יפנה ישר למשטרה. הדעת נותנת, כי לו סבר אבי הנאשם שהמעשים כלפי המתלוננת נעשו בניגוד להסכמתה, לא היה מפנה את בנו למשטרה בטרם הוגשה נגדו תלונה (ר' עדות אבי הנאשם בעמ' 146 ש' 3-4 לפרוט', עדות הנאשם בעמ' 235 לפרוט', עדות ש' בעמ' 137 ש' 17-18 לפרוט').

25. לסיכום פרק זה – לא כל התמיהות העולות מהודעת הנאשם ומהודעת אביו, בכל הנוגע למה שאמר הנאשם לאביו ומה אביו הבין מן הדברים שנאמרו, ניתנות ליישוב באופן המנקה את הנאשם לחלוטין. דומה שהתוכן המדויק של השיחה שהיתה בין השניים, בה מוצאת המאשימה הודאה של ממש מצד הנאשם בעובדת אי הסכמתה של המתלוננת, עדיין לא נפרש בפני בית המשפט. אולם, כפי שצוין לעיל, אין בתמיהות אלה, להוות תחליף לראיות מהימנות בעלות משקל ומהימנות להוכחת האישום, אלא מקומן בנדבך מאוחר ונוסף אשר יתמוך ויחזק את אלה הראשונות – ככל שנמצאו.

חוות הדעת הרפואית

26. המאשימה מוצאת בממצאי הבדיקה הרפואית שערך ד"ר ריקרדו נחמן למתלוננת, בתאריך 22.10.07, יומיים לאחר האירוע, חיזוק לדברי המתלוננת (חווה"ד סומנה כמוצג ת/3). ד"ר נחמן מצא פצע טרי בקרום הבתולין, המתיישב עם החדרת גוף נוקשה כגון פין בזקפה. כמו כן נמצאו דימומים תת עוריים, בירך ובשוק הימנית, במישור החיצוני, שיכולים להתיישב עם לפיתה או אחיזה כוחנית (עמ' 4 לחווה"ד). ד"ר נחמן ציין במענה לשאלות הבהרה שהופנו אליו כי הוא אינו יכול לשלול שהחבלות שנמצאו על גוף המתלוננת נוצרו מהימצאות המתלוננת והנאשם על אבנים, והפעלת לחץ של הגוף עליהן, אולם בנסיבות אלו היה מצפה למצוא פצעי שפשוף, וכאלו לא מצא (מוצג ת/3ב). ד"ר נחמן ציין, כי סביר יותר שהסימנים נגרמו מלפיתה של יד, אם כי אינו יכול לומר זאת ברמת וודאות גבוהה, ואינו יכול לשלול שהחבלות הן תוצר של האבנים (ת/3ב).

לדידי אין בממצאי הבדיקה הרפואית שנערכה למתלוננת, כפי שבאו לידי ביטוי בחווה"ד, כדי לחזק את גרסת המתלוננת בכל הנוגע להיעדר הסכמה מצדה לקיום היחסים. הממצא בחווה"ד, כי בעקבות החדירה נגרם למתלוננת קרע בקרום הבתולין אינו מוסיף דבר בעניין זה מאחר שמעולם לא חלק הנאשם על העובדה כי היחסים עם המתלוננת כללו חדירה. גם ממצאי חווה"ד לפיה החבלות על גופה של המתלוננת יכולים להתיישב עם לפיתה של יד או אחיזה כוחנית אינם מחזקים את גרסת המאשימה מאחר שהמומחה לא יכל לשלול שהחבלות הן תוצר של האבנים והמתלוננת העידה, כי לכל אורך האירועים נשוא האישום לא נקט נגדה הנאשם בכוח או אלימות, לא לפת אותה וכי שעה ששכבו היה מגע בין גופה לסלעים (ר' גרסת המתלוננת שפורטה בעמ' 2 לחוו"ד ולפיה לא היכה אותה הנאשם, ר' עדות המתלוננת בעמ' 27 ש' 23 לפרוט' לפיה במסגרת האירוע הראשון לא הפעיל הנאשם כנגדה כוח או אלימות ור' עדות המתלוננת בעמ' 55 ש' 20-28 לפרוט' שם אישרה כי הנאשם לא לפת אותה כשחדר אליה וכי כששכבו היה לחץ של אבנים וסלעים על גופה).

מצבה הנפשי של המתלוננת ותלונתה בסמוך לאחר האירוע

27. המאשימה טוענת בסיכומיה, כי ניתן לראות במצבה הנפשי של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע חיזוק וסיוע לגרסתה. על מצבה הנפשי של המתלוננת יום למחרת האירוע נשוא האישום למדנו מעדויותיהם של אמה (עת/2) שהעידה, כי המתלוננת היתה עצבנית, מוטרדת ואף הגיעה לכדי בכי (עמ' 102 לפרוט'), מעדותה של חברתה מ' (עת/6) שסיפרה, כי המתלוננת היתה בסערת רגשות ובכתה כשסיפרה לה את שעבר עליה (עמ' 196 לפרוט') ומעדותה של חברתה ט' שהעידה, כי המתלוננת בכתה והיתה במצב מעורער ולא טוב (עמ' 172 לפרוט').

אכן נקבע בפסיקה, כי התנהגות קורבן האונס לאחר הארוע יכולה להוות חיזוק וסיוע לגרסת הקורבן. ואולם, החיזוק צריך להיות לגרסה אמינה כשלעצמה. במקרה זה, מאחר שגרסת המתלוננת נמצאה מעוררת ספק באשר לשאלת אי הסכמתה למעשים, אין די בהתנהגותה לאחר המקרה כדי להוות חיזוק שיש בו כדי לבסס הרשעה בפלילים. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף משני טעמים נוספים. ראשית, מניתוח העדויות עולה, כי בגרסת המתלוננת באשר למאורעות נשוא האישום שניתנה בפני חברותיה (יום למחרת האירוע) ואמה (ארבעה ימים אחרי המקרה) קיימים פערים משמעותיים מול גרסתה בביהמ"ש, שנחשפה במסגרת חקירתה הנגדית. ושנית, מאחר שניתן לתת למצבה הנפשי הקשה של המתלוננת גם הסבר שונה.

המתלוננת, בחקירתה בבית המשפט, תיארה, כי האדם הראשון לו סיפרה על האירוע, יום למחרת התרחשותו, היתה חברתה א'. לטענת המתלוננת רק לאחר שתיארה בפני חברתה זו את שעבר עליה אמרה לה זו האחרונה כי זהו תיאור של "אונס" ושהיא (המתלוננת) למעשה נאנסה. עדותה של עדה זו הינה קריטית לבחינת גרסתה הראשונה של המתלוננת הן מאחר שעדה זו היתה הראשונה לשמוע את גרסתה והן מן הטעם שמשלב זה ואילך, בפני כל יתר חברותיה, אמה ואחרים (מי שערכו לה את הבדיקה הרפואית לדוגמא) אומרת המתלוננת מפורשות, כי היא נאנסה. כפי שפורט לעיל, לא מצאתי את גרסת המתלוננת, כי היתה זו חברתה א' שלמעשה הביאה אותה לתובנה כי עברה אונס מתיישבת עם טענת המתלוננת שבזמן אמת, הטיחה בפני הנאשם כי הוא אונס אותה. להעדתה של העדה נודעת חשיבות רבה, אך המאשימה לא הביאה אותה לעדות מאחר ששהתה בחו"ל באותה תקופה (עמ' 60 ש' 11 לפרוט') ולא ניתן הסבר מדוע לא זימנוהָ בשלב מאוחר יותר.

מעדותה של מ' (עת/6), חברתה של המתלוננת, עולה, כי המתלוננת סיפרה לה (יום למחרת האירוע) גרסה שונה באופן מהותי מגרסתה בביהמ"ש. העדה ידעה לומר, כי באשר למעשים במסגרת האירוע הראשון (מאחורי המועדון) היא זוכרת שהמתלוננת אמרה לה רק שהנאשם ניסה לנשק אותה (וכזכור מעדות המתלוננת בביהמ"ש עולה, כי היה הרבה מעבר לכך – לרבות החדרת אצבעות לאיבר מינה ואפילו מין אוראלי).

העדה סיפרה (עמ' 195 לפרוט'), כי המתלוננת אמרה לה שבהמשך הנאשם השכיב אותה על הרצפה (וכזכור בעדותה המתלוננת לא שללה אפשרות כי הנאשם שכב לפניה) וזאת חרף העובדה כי ביקשה ממנו, כי יפסיק פעם אחר פעם ואמרה לו "לא " (וכזכור המתלוננת בביהמ"ש העידה, כי במהלך האירוע, על שני חלקיו, לא אמרה לנאשם מפורשות **"לא"** או שיפסיק). העדה גם סיפרה כי המתלוננת אמרה לה שאמרה לנאשם, כי "**היא בתולה והיא לא רוצה לא להיות בתולה"** (וכזכור המתלוננת העידה, כי רק שאלה את הנאשם אם הוא יודע שהיא בתולה) וכששאלה אותה אם הנאשם השתמש בקונדום היא אמרה שהיא לא יודעת (וכזכור המתלוננת אישרה בביהמ"ש, כי ביקשה מן הנאשם לשים קונדום בשלב המין האוראלי שקיים בה וזה היה השלב שקדם לחדירה – דבר שלא הזכירה ואמרה לעדה זו).

מעדותה של ט' (עת/5) עולה, כי המתלוננת בחרה להציג גם בפניה גרסה שונה באופן מהותי מגרסתה בביהמ"ש. העדה סיפרה כי באשר למה שהתרחש בפאב ומאחוריו, המתלוננת סיפרה לה רק כי הנאשם נגע בה והתחיל ללקק לה את האצבע (עמ' 172 ש' 2-4 לפרוט') וכי בהמשך כשיצאו והלכו לכיוון צומת שילת "**הם עצרו והוא התחיל לחדור אליה**" (עמ' 172 ש' 8-9 לפרוט').

גם מעדותה של אם המתלוננת עולה, כי המתלוננת תיארה בפניה תמונה דומה לזו שתיארה בפני חברתה ט', השונה לחלוטין מגרסתה בביהמ"ש. אם המתלוננת סיפרה, כי המתלוננת סיפרה לה שהנאשם זרק אותה לרצפה, על הסלעים ומייד אנס אותה וחדר אליה, תוך שהיא צועקת, ומנסה לדחוף אותו עם הידיים והרגליים כמיטב יכולתה (עמ' 112-113 לפרוט').

העובדה כי המתלוננת בחרה במודע, באופן מגמתי וסלקטיבי, שלא לחשוף בפני חברותיה ואמה את המהלך האמיתי של האירועים, פוגמת במהימנותה ולכן עדותן של העדות הללו אינה מחזקת את גרסתה. המתלוננת בחרה בפני עדות אלו, חברותיה הקרובות ואמה, שלא לחשוף פרטים רבים ומהותיים שהיו יכולים להחשיד אותה בשיתוף פעולה עם הנאשם והסכמה למעשים – המתלוננת לא חשפה את דו השיח שהיה לה עם הנאשם במהלך האירוע הראשון (בה ציינה בפניו, בין השאר, את היותה "חרמנית" ושהיא "לא מגולחת" בערוותה) ואת המגע המיני שהיה ביניהם כבר בשלב זה (החדרת האצבעות לאיבר מינה ע"י הנאשם ומין אוראלי) שנמשך פרק זמן ארוך במיוחד. גם בשלב השני של האירוע תיארה המתלוננת בפני העדות מצג כאילו בהפתעה הטיל אותה הנאשם על הקרקע וחדר אליה חרף מחאותיה והתנגדותה המילולית והפיזית. כאמור מעדותה של המתלוננת עצמה בביהמ"ש עולה, כי לפני שלב החדירה שכבו היא והנאשם על הקרקע במשך שעה ארוכה ויותר, במהלכם הוא ליטף אותה, נישק אותה, ביצע בה מין אוראלי וחדר אליה רק לאחר פנייתה אליו שישים קונדום (בעוד שבפני חברותיה כאמור המתלוננת לא ידעה לתת מענה אם הנאשם השתמש בקונדום ובאופן לא מפתיע אף לא ציינה בפניהן כי ביקשה ממנו להשתמש בקונדום). על הדיאלוג שהיה ביניהם שעה ששכבו לא סיפרה המתלוננת. הפעלת כוח פיזי או אלימות מצד הנאשם לא הייתה במציאות (לפי גרסת המתלוננת בביהמ"ש) הגם שמעדות החברות ואמה של המתלוננת השתמע שכן היה. במציאות גם המתלוננת לא אמרה לנאשם מעולם "לא" או ש"יפסיק", לא צעקה ולא ניסתה לדחוף אותו בידיים או ברגליים (וגם לא היתה צריכה מאחר שבשלבים מסוימים כלל לא רכן מעליה). לפיכך נראה, כי לא בכדי חברתה ט' (היחידה מבין העדות הללו שהייתה עם המתלוננת באותו הערב, וראתה אותה במועדון עם הנאשם בשלב שטרם המעבר למאחורי המועדון ודיברה איתה גם בשלב שלאחר מכן) העידה, כי לתחושתה המתלוננת בחרה לספר לה את מה שאירע באופן סלקטיבי (עמ' 175 ש' 14-15 לפרוט') וכלשונה: **"... יש לי איזה שהוא מקום שאני חושבת שמה שהיא סיפרה זה לא מאה אחוז בדיוק מה שקרה".**

בנוסף, ניתן לתת למצבה הנפשי הקשה של המתלוננת גם הסבר שונה, שאינו קשור לעצם המעשים, אלא להכרה מאוחרת יותר של המתלוננת כי אירועי הלילה התפתחו באופן שונה ממה שרצתה בו מלכתחילה ושאת הנעשה אין להשיב. אפתח ואומר - אין בליבי ספק, כי המתלוננת חוותה משבר נפשי, משבר אמון אפילו. אין ספק בליבי, כי בדיעבד היא אכן לא רצתה במעשים, ובוודאי שלא בדרך זו. המתלוננת, בת 22 במועד האירוע, איבדה באותו הלילה את בתוליה לנאשם. היא איבדה את בתוליה על הקרקע החשופה והאבנים, בצורה בזויה, ריקנית וזולה, כשהיא שיכורה, עם מי שאינו רוצה בה באמת, שאפילו מסרב לשלם עבור מונית כדי שיחזרו לביתם ואפילו לא התקשר אח"כ ולא שאל לשלומה. הנאשם, שהיה ידיד קרוב וכאח למתלוננת עד אותו שלב, היה אמור לעצור את התגלגלות העניינים, לעזור למתלוננת שאמרה לו שהיא **"חרמנית"** ו**"לא רוצה להיות חרמנית"** ולא לנצל חולשה זו של המתלוננת. ברור, כי בדיעבד היה למתלוננת מקום לכעוס על הנאשם. ניכר היה להיווכח בכעס זה במפגש הראשון של המתלוננת עם הנאשם לאחר האירועים נשוא כתב האישום, במסגרת העימות שנערך ביניהם. בעימות מטיחה המתלוננת בנאשם, בין השאר, את הדברים הבאים: "**רק כשמצצת לי את האצבע חשבתי מה לעזאזל הוא עושה, בהתחלה חשבתי שזה FUCKED UP אני לא מאמינה שאני אומרת שניסית להתמזמז איתי, לא יכולתי להאמין ואז המשכת להגיד "ה.** (המתלוננת ש.ש.)**, את באמת רוצה שאפסיק?" ולא יכולתי אפילו לסבול את זה שאתה אומר אפילו את השם שלי. ואז התעצבנתי שקראת לי ה. (המתלוננת ש.ש.) מה עבר לך בראש? האם לא הבנת כשאמרתי לך שאני בתולה? ואז אתה ממשיך. אפילו במצב נורמלי עם כל גבר: אני אומרת שאני בתולה ואתה נכנס אח"כ. אתה חושב שככה אני רוצה לעשות את זה לראשונה אם** (צ.ל. עם ש.ש.) **זה שאתה גורם לי להרגיש שלא היית מודע למה שאתה עושה. אתה מרגיש שאני צריכה פעם ראשונה עם איזה אדם, שיכורה, עם מישהו שיודע מה הוא עושה. חשבת על זה? אני הייתי בתולה וזה ההתנסות הראשונה שלי, מה, על האבנים? לקחת לי את היד ואמרת "ה."** (המתלוננת ש.ש.) **ואני אמרתי "לא. לא מה אתה עושה מה אתה עושה?" השכבת אותי שם באמצע כביש מזויין מכוניות עוברות שם, מה מה עבר לך בראש? אנסת אותי, אתה אנסת אותי. כמה שהיינו חברים ואולי לא הבנת את זה עד שמשהו קרה."** (עמ' 10-11 לת/1, עמ' 3 לנ/1. הדברים שהובאו לעיל נלקחו ממוצג נ/1, התמלול שערך הנאשם עם תרגום שלו מאנגלית, לאחר שהדברים נמצאו תואמים יותר את הקטע הרלוונטי מההאזנה לת/1א' תקליטור העימות).

נוכח הדברים האמורים קיימת בהחלט אפשרות, כי המתלוננת, רק בדיעבד, התחרטה על חלקה בהשתלשלות האירועים באותו לילה, על היותה נטולת עכבות נוכח שיכרותה, ותלתה את האחריות למצב הבלתי ההפיך שנוצר מאיבוד בתוליה – בנאשם ובו בלבד. וכך העיקר הפך לטפל, והטפל הפך לעיקר.

הדבר בא לידי ביטוי כאמור בפערים התהומיים שהתגלו בגרסת המתלוננת למהלך האירועים אותה פירטה בפני חברותיה ואמה לעומת הגרסה המלאה שנחשפה עם תום חקירתה הנגדית בביהמ"ש. התרשמתי, כי בכיה של המתלוננת על דוכן העדים היה אמיתי, אך לאור פערי הגרסאות והתהיות שעלו מגרסתה איני יכול לשלול את האפשרות שנבע מכך שהמתלוננת החלה להאמין בעצמה כי עברה חוויה אמיתית של אונס תוך שהדחיקה, הלכה למעשה, כל סממן ולו הקטן ביותר, שיכול להצביע על הסכמה מצדה. רק בחקירה הנגדית החלו סממנים אלו להתגלות ועלו על פני השטח. זה המקום לציין, כי גרסתו העקבית של הנאשם, הן בחקירתו במשטרה והן בעדותו בביהמ"ש, היתה כי ההסבר היחיד שיכול להיות לטענת המתלוננת כלפיו כי נאנסה קשור לכך שהרגישה רע עם האופן "הזול" שבו איבדה את בתוליה (ר' עדות הנאשם במשטרה, מוצג ת/6, בעמ' 2 ש' 41-42, עמ' 4 ש' 120, עמ' 6 ש' 171 וכן עדות הנאשם בביהמ"ש בעמ' 259-260 לפרוט'). עוד אציין בהקשר זה, כי מעדותה של ט' (עת/5) חברתה הקרובה של המתלוננת, עולה, כי המתלוננת שיתפה אותה בלפחות שני מקרים אחרים בהם השתכרה והגיעה למגע אינטימי ומיני עם אחרים (שלא כלל חדירה) ולמחרת היא **"ממש התחרטה על זה"** (עמ' 175-176 לפרוט'). צודקת המאשימה, כי באותם מקרים המתלוננת לא טענה כי ניצלו אותה או כי המעשים בוצעו בה בכפייה (עדות ט' בעמ' 176 ש' 6-20 לפרוט') וגם שהתלונה לא נשאה בחובה כל רווח משני למתלוננת וסבל רב היה מנת חלקה של המתלוננת גם בבדיקה הגופנית הפולשנית שעברה. ברם, יש לזכור כי באותם המקרים לא איבדה המתלוננת את בתוליה וכי גם במקרה זה לא יכלה לדעת כי ה"אחריות" שרצתה להוריד מכתפיה ולהטיל על הנאשם תסב לה, בסופו של דבר, כאב נוסף ולמעשה ניסתה להימנע מכך. אין מחלוקת, כי לאחר חשיפת המקרה בפני חברותיה ומשפחתה ולאחר שהדבר נודע ברבים, המתלוננת רצתה שהנאשם יקבל את "האחריות" ע"י כך שייקח חלק בהליך טיפולי פסיכולוגי, ורק משראתה שהנאשם לא משתף פעולה בעניין זה הגישה את התלונה במשטרה, כחודשיים לאחר האירוע.

סיכום הכרעת הדין

28. מניתוח העדויות והראיות שנפרשו בפנינו, אני סבור כי לא ניתן, במקרה זה, לשלול את האפשרות כי יחסי המין בין המתלוננת לנאשם היו בהסכמה ובכל מקרה לא הוכח העדר הסכמה. חרף הכחשת הנאשם, אני מאמין שחלק מן הפעולות עליהן הצביעה המתלוננת כמעידות על היעדר הסכמה מצדה (כמו שהניחה כפות ידיה על עיניה או לא נישקה את הנאשם בחזרה) אכן נעשו בפועל, בשלבים מסוימים, במהלך האירועים. ברם, הגם שפעולות אלו הוכחשו מכל וכל ע"י הנאשם, דבר שפועל לרעתו, אין מתחייב כי היו הם ביטוי להיעדר הסכמה מצד המתלוננת להבדיל מביטוי למבוכתה ולהיעדר ניסיונה המיני. הרשעת הנאשם, בהתבסס על עדות המתלוננת, תחייב חלוקה ופיצול בין גרסאותיה השונות, "סינון" מקצת הדברים שאני מאמין שאינם נכונים, ואימוץ דברים אחרים באופן סלקטיבי תוך ייחוס אמינות ומשקל לאותם חלקים אחרים. בהעדר הסבר ממשי וברור לתמיהות שעלו מעדות המתלוננת באשר לאופן בו ביטאה כביכול את אי הסכמתה למעשים, אתקשה לנהוג כך ולחלק בדרך זו את העדות למרכיביה. התנהגותה של המתלוננת, במשך כל שלבי האירועים נשוא כתב-האישום, מצביעה על הסכמה מצידה ובכל מקרה אין בפני בית המשפט כל ראייה חד משמעית ומהימנה כי המעשים שנעשו היו שלא בהסכמה ובשיתוף פעולה מצדה, או כי בשלב כל שהוא הביעה המתלוננת אי הסכמה להמשך הפעילות המינית, בין אם בדיבור או בהתנהגות.

אני סבור, כי בנסיבות העולות מגרסת המתלוננת עצמה, שהיא העדות הישירה היחידה להוכחת המעשים המהווים עבירה על פי כתב האישום - כשם שניתן לאמץ עדות זו ולהשתית עליה הרשעה, כן רשאי הנאשם ליהנות מהספק שנוצר, שהוא מעבר לסביר.

בסיכומו של דבר, בשים לב לכל האמור לעיל, אציע לחברותיי לקבוע כי לא הובאו ראיות מספיקות לפיהן הנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום ולזכות אותו מחמת הספק מהאישום שיוחס לו.

|  |
| --- |
|  |
| **שאול שוחט, שופט** |

**כב' השופטת שרה דותן – אב"ד:**

אני מסכימה.

|  |
| --- |
|  |
| **שרה דותן, שופטת**  **אב"ד** |

**כב' השופטת דליה גנות:**

אני מסכימה.

|  |
| --- |
|  |
| **דליה גנות, שופטת** |

**סוף דבר:**

אנו מזכים את הנאשם, מחמת הספק, מהעבירה המיוחסת לו בכתב-האישום.

**ניתנה היום, ה' באייר התש"ע , 19 אפריל 2010, במעמד הצדדים.**

5129371

54678313

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |
| **שרה דותן, שופטת**  **אב"ד** |  | **דליה גנות, שופטת** |  | **שאול שוחט, שופט** |

שרה דותן 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן