|  |  |
| --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו** | |
|  |  |
| **תפ"ח 1005-08 מ"י נ' יוספוב** | |

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מדינת ישראל** |  |
|  | **ע"י ב"כ עו"ד נאוה טולדנו** | **המאשימה** |
|  | **נגד** | |
|  | **רם יוספוב** |  |
|  | **ע"י ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן ומיקי חובה** | **הנאשם** |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a), [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4), [345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5), [345א(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.1), [345א(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.4), [345א(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.5), [346](http://www.nevo.co.il/law/70301/346), [347א'](http://www.nevo.co.il/law/70301/347a)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [92(א)](http://www.nevo.co.il/law/74903/92.a)

[חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969](http://www.nevo.co.il/law/74247)

[חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991](http://www.nevo.co.il/law/70314)

מיני-רציו:

\* בימ"ש מחוזי אשר דן בכתב אישום, שייחס לאח בבי"ח "שלוותא" אינוס של חולה, זיכה את הנאשם מחמת הספק בקובעו, כי לא ניתן להגיע לידי מסקנה לפיה המערך העובדתי הכולל מאשש את יסוד אי ההסכמה מצד המתלוננת ושולל כל תרחיש אפשרי אחר, המתיישב עם גרסתו של הנאשם כי המעשים בוצעו בהסכמה.

\* עונשין – עבירות – אינוס

\* דיון פלילי – בירור האשמה – זיכוי

\* עונשין – הגנות – הסכמה

.

הכרעת דין בעניינו של נאשם שהועמד לדין בעבירה של אינוס לפי סעיף 345(א)(1) ו-345(א)(4) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, כב' השופטים דותן, גנות ושוחט, זיכה את הנאשם מחמת הספק, בקובעו כדלקמן:

הגם שמצא בית המשפט לדחות את גרסת הנאשם לפיה לא בוצעה כלל בעילה במתלוננת, ולמעשה לקבוע כי הנאשם שיקר בעניין זה – אין בקביעה זו כדי לייתר את הוכחת התנאי הנוסף הנדרש לצורך הרשעה בעבירת האינוס לפי סעיף 345א(1) לחוק והוא, כי המעשים בוצעו שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת, על בסיס ההלכה כי שקרים של נאשם הם בלבד, אינם יכולים לשמש בסיס עצמאי להרשעה.

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. לעיתים, פאסיביות מוחלטת של אישה שאינה מגיבה למעשה מין המבוצע בה, עשויה היא עצמה לבטא אי-הסכמה למעשה.

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.

במקרה דנן, קובע בית המשפט, בהצטרפם של מספר גורמים וטעמים לא ניתן להגיע לידי מסקנה לפיה המערך העובדתי הכולל מאשש את יסוד אי ההסכמה מצד המתלוננת ושולל כל תרחיש אפשרי אחר, המתיישב עם גרסתו של הנאשם כי המעשים בוצעו בהסכמה.

סעיף 345(א)(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע, כי הבועל אישה תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית הרי הוא אונס ודינו – מאסר שש עשרה שנים. תיקון 61 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ביטל את הדרישה לשימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ או איום בעבירת האינוס, והסיט את מרכז הכובד לעבר הסכמתה של האישה למעשה הבעילה. גם לאחר תיקון 61 קבע בית המשפט העליון כי יש להוכיח את אותה מידה של שלילת יכולת, מדרך קל וחומר.

במקרה דנן, קובע בית המשפט, משאין כל ראייה או עדות לכך שהמתלוננת היה במצב "מאני" במועד האירוע (או אפילו סובב למועד האירוע), מצב שאם היה מתקיים לא הייתה כל מחלוקת כי הייתה נעדרת יכולת ליתן הסכמה חופשית לאור ההבחנה הברורה בין המצבים, ובהצטרף לקשיים האובייקטיבים שפורטו לעיל להכרעה בשאלת מצבה הנפשי של המתלוננת למועד האירוע –לא ניתן לקבוע כי הוכח ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים כי עקב מצבה הנפשי הייתה המתלוננת שרויה לעת האירוע במצב בו נמנעה ממנה היכולת ליתן הסכמה חופשית למעשה הבעילה או למצער הוחלשה יכולתה זו באופן מהותי.

כפועל יוצא, קובע בית המשפט, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק גם מהאישום המבוסס על החלופה הקבועה בסעיף 345(א)4 סיפא לחוק.

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

**אנו מזכים את הנאשם, מחמת הספק, מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום, על כל החלופות המנויות בכתב האישום שתוקן.**

**ניתן בזה צו האוסר על פרסום שמה של המתלוננת, שמם של העדים שהופיעו בתיק זה וכן כל פרט אחר העלול להביא לזיהויים.**

**כב' השופט שאול שוחט:**

**פתח דבר**

בכתב האישום, בתיק שבכותרת, מיוחסת לנאשם עבירה של אינוס, לפי [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ו-[345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז – 1977 (להלן: "**החוק**").

על-פי עובדות כתב האישום, המתלוננת סובלת ממחלת "מניה דפרסיה" ומאז חודש דצמבר 2005 היתה מאושפזת לפרקים בבית חולים "שלוותה" בהוד השרון.

הנאשם עבד כאח במחלקה בה היתה המתלוננת מטופלת.

בתאריך 14.4.06, בין השעות 15:00 -23:00, עבד הנאשם במשמרת בבית החולים. באותו המועד, בשעה 16:00 או בסמוך לכך, סיפרה המתלוננת לנאשם על עימות שהיה בינה לבין בעלה בלילה הקודם והנאשם מצידו הקשיב, ייעץ ועודד את המתלוננת. בהמשך, בשעה 22:00 או בסמוך לכך, פנה הנאשם אל המתלוננת ושאל אותה אם ברצונה לראות תצלום של בני משפחתו. הנאשם הוביל את המתלוננת לחדר הלבשה בבית החולים, הראה לה את התצלום ובעוד היא מביטה בתצלום, נישק לפתע את צווארה, שאל אותה לגילה ובהמשך שאל אם הינה הרה.

בתום המשמרת, בשעה 23:00 או בסמוך לכך, פגש הנאשם את המתלוננת בלובי בית החולים. לשאלת המתלוננת אם הוא נוסע לביתו השיב הנאשם שהוא נשאר ללון בבית החולים, בחדרו של ד"ר מאיר, והזמין אותה לחדר על מנת להמשיך את שיחתם. כעבור כמחצית השעה, מייד עם בואה, בכניסה לחדר, תפס הנאשם את המתלוננת בחוזקה, הצמידה אליו ונישקה על פיה וכן הוסיף ואמר כי היא מנשקת היטב. מייד בהמשך, דחף את המתלוננת לתוך החדר, השחיל ידו מתחת למכנסיה והחדיר שתי אצבעותיו לאיבר מינה. הנאשם נעמד מאחורי המתלוננת, תפס בחוזקה את מתניה, כופף את פלג גופה העליון, הפשיל את מכנסיה ותחתוניה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. לאחר שהמתלוננת הצליחה להיחלץ מאחיזתו, ביקש הנאשם שלא תספר לאיש אודות האירוע והסביר כי הוא נשוי מזה 13 שנה, אב לשלושה ילדים ואינו רוצה לסכן את עבודתו.

בישיבת יום 5.5.10, לאחר תום פרשת התביעה ובטרם העיד הנאשם במסגרת פרשת ההגנה, ביקשה ב"כ המאשימה לתקן את כתב האישום על דרך הוספת חלופה שלישית לעבירת האינוס בה מואשם הנאשם (מעבר לשתיים המנויות בכתב האישום), עבירה לפי [סעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק. בית המשפט, בהחלטה מאותו היום קבע, כי יידרש לבקשה זו במועד מתן הכרעת הדין (עמ' 255 ש' 10-11 לפרוט').

הנאשם, בתגובתו לכתב האישום (תגובה שניתנה בעל-פה בישיבת יום 21.2.08 ועברה שינוי שולי בבקשה מיום 16.3.08), כפר באישומים המיוחסים לו אך אישר חלק ניכר מן העובדות המתוארות בכתב האישום. את עיקרה של תגובת הנאשם ניתן לסכם באופן הבא: הוא שימש כאח יחיד במחלקה ביום האירוע; המתלוננת אכן שיתפה אותו בעימות שהיה בינה לבין בעלה בלילה הקודם והוא מצידו הקשיב, ייעץ ועודד את המתלוננת; הוא אכן הציע למתלוננת לראות תצלום של בני משפחתו ופנה לחדר ההלבשה על מנת להוציא את התצלום מתיקו וכשהוציא את התמונה הפתיעה אותו המתלוננת מאחור וניסתה לנשק את צווארו; הוא אכן פגש את המתלוננת בתום המשמרת בלובי ביה"ח אלא שהוא לא היה זה שהזמין אותה לחדר בו הלך ללון אלא היא זו שאמרה לו "תשאיר את הדלת פתוחה" ובתשובה הוא אמר לה לעשות מקלחת קרה; המתלוננת אכן הגיעה זמן קצר אח"כ לחדר בו לן והחלה לנשקו בפתח החדר; לאחר שהתעשת והדף אותה קיימו השניים מגע מיני שלא כלל חדירה של אצבעות או איבר מין לאיבר מינה של המתלוננת אלא כלל הפשלת מכנסיים, "**התגפפות, התכופפות פלג גופה והתמזמזות**" ונעשה מבלי שאחז בחוזקה במותניה ובהסכמה חופשית. הנאשם גם הכחיש, כי לאחר המעשים ביקש שלא תספר לאיש אודות האירוע אך הודה כי ציין בפני המתלוננת, עוד קודם לכן עת הדף אותה לאחר הנשיקה, כי הוא אדם נשוי ועובד בביה"ח 13 שנה (ר' עמ' 2-3 לפרוט').

ניתן לסכם ולומר, כי הנאשם מודה בקיום מגע מיני מסוים עם המתלוננת, שלא כלל חדירה לאיבר מינה של המתלוננת (ומכאן שאינו עולה כדי "בעילה" – הרכיב ההתנהגותי הנדרש לצורך הרשעה בעבירת האינוס), שנערך בהסכמה חופשית של המתלוננת על כל המשתמע מכך. לא זו אף זו – גרסת הנאשם היא, כי המתלוננת היא זו שיזמה את אותו מגע, היא זו שאף הפתיעה אותו בנשיקה עוד קודם לכן – והוא בכלל ניסה בשלבים מסוימים להפסיק את מעשיה.

התביעה מבססת את עיקר טיעוניה על עדותה של המתלוננת. לעדות זו מתווספות ראיות מחזקות נוספות – עדויות בדבר מצבה הנפשי של המתלוננת סמוך לאחר האירוע; עדות מאושפזת נוספת וחברי צוות סיעודי ורפואי בביה"ח להם סיפרה את אשר אירע מייד עם תום האירוע; עדות בעלה לו סיפרה, למחרת אותו יום, את שעבר עליה; ממצאים פורנזיים וחוו"ד רפואית באשר לממצאים שנמצאו על גוף המתלוננת, כמו גם הודעות הנאשם במשטרה, בהן ניתן למצוא אמירות שלגישת המאשימה יש בהן כדי להפלילו במעשים המיוחסים לו.

כפי שיפורט וינותח להלן – האירוע נשוא כתב האישום, מרגע שהחל בנשיקה בפתח הדלת, המשכו במגע המיני שהתקיים בין השניים (שעל טבעו חלוקים הצדדים) וסיומו עם יציאת המתלוננת מהחדר ארך לכל שלביו **דקות** ספורות. מה אירע בדקות אלו בין ארבעת כתלי החדר – אין איש יודע, מלבד הנאשם והמתלוננת, מהטעם שאיש מלבדם לא ראה ולא שמע דבר.

האם המגע המיני שהתקיים בין השניים כלל חדירה? האם נתנה המתלוננת את הסכמתה החופשית למעשים? האם היתה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית או שמא היתה נתונה במצב נפשי שהביא לכך שההסכמה שנתנה אינה יכולה להיחשב כהסכמה חופשית? על שאלות אלו, העומדות במרכז המחלוקת בין הצדדים, ננסה לענות בהכרעת דין זו.

הראיה הישירה והבלעדית לאותם פרטים קריטיים לאישום, היא עדות המתלוננת. על מנת לבחון, אם ניתן ליתן לדברים אלה משקל מכריע, שבלתו לא תתכן הרשעת הנאשם, יש לבחון את גרסתה בזהירות רבה. זהירות זו נדרשת אף לאור העובדה, עליה אין חולק, כי מצבה הרפואי-נפשי של המתלוננת עובר לאירוע, כעולה מתיקה הרפואי ומעדויות אובייקטיביות אחרות, היה לקוי ברמה מסוימת (עליה יש מחלוקת) ובא לידי ביטוי, בין היתר, בהיותה "מוצפת מינית" (ר' לעניין זה לדוגמא בעמ' 52 לסיכומי המאשימה ובס' 383 לסיכומי ב"כ הנאשם), עובדה בה מתקשה המתלוננת להודות (ועל כך בהמשך). גם את גרסת הנאשם, שידעה שינויים, יש לבחון – בנסיבות מעין אלו בהן לנאשם סיבות טובות לשקר ולהכחיש גם קיום יחסי מין בהסכמה – מחמת בושה, בשל מצבו המשפחתי ובעיקר בהיות המתלוננת מטופלת ומחשש מוצדק לאיבוד מקום עבודתו – בזהירות יתרה.

מסיכומי הצדדים עולה, כי הם חלוקים בארבע נקודות עיקריות להן יש להידרש בהכרעת דין זו:

הראשונה – האם במהלך האירוע החדיר הנאשם את אצבעותיו ו/או איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת (שאלמלא כן – לא מתקיים היסוד העובדתי ההתנהגותי הנדרש, של "בעילה", כמשמעו ב[סעיף 345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a) לחוק)?

השנייה – אם התקיימה בעילה, האם נעשתה היא שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת (שאלמלא כן – לא מתקיים היסוד הנסיבתי הנדרש בעבירת האינוס לפי החלופה הקבועה [בסעיף 345(א)1](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק) ?

השלישית – אם התקיימה בעילה של המתלוננת, האם הייתה המתלוננת שרויה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית והנאשם ניצל מצבה זה (שאלמלא כן – לא מתקיים היסוד הנסיבתי והעובדתי הנדרש בעבירת האינוס לפי החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)4](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) סיפא לחוק)?

הרביעית – אם התקיימה בעילה, האם הייתה המתלוננת חולת נפש או לקויה בשכלה, ובשל אלו לא הייתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית והנאשם ניצל מצבה זה (שאלמלא כן לא מתקיים היסוד הנסיבתי והעובדתי הנדרש בעבירת האינוס לפי החלופה ב[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק)?

מטבע הדברים, בחינת נקודות המחלוקת וההכרעה בהן תהיינה בסדר הופעתן דלעיל. קביעה חיובית באשר לשתי נקודות המחלוקת הראשונות והוכחתן ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים, תייתר את הצורך להידרש לחלופות האחרות לביסוס עבירת האינוס, שנסובות סביב השלישית והרביעית בהתאמה. לא למותר לחזור ולהזכיר, כי בית המשפט יידרש לנקודת המחלוקת הרביעית, שעניינה החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5), רק אם ייעתר הוא לבקשת המאשימה לתיקון כתב האישום להוספת חלופה זו.

ראשון ראשון ואחרון אחרון.

**האם החדיר הנאשם, במהלך האירוע, את אצבעותיו ו/או איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת?**

מכתב האישום עולה, כי במהלך האירוע נשוא האישום בעל הנאשם את המתלוננת בשתי דרכים שונות – תחילה באמצעות החדרת שתיים מאצבעותיו לאיבר מינה ובהמשך על-ידי החדרת איבר מינו לאיבר מינה. על המאשימה להוכיח, ברמה שלא תותיר כל ספק סביר, כי הנאשם אכן בעל את המתלוננת במסגרת אותו אירוע, לפחות באחת מן הדרכים הללו.

המתלוננת, בעדותה בבית המשפט, היתה החלטית ביותר עת העידה כי במהלך האירוע הנאשם בעל אותה, תחילה ע"י החדרת אצבעותיו לאיבר מינה (עמ' 13 ש' 27 לפרוט') ובהמשך ע"י החדרת איבר מינו לאיבר מינה, בשעה שהיא מכופפת לאחור (עמ' 14 ש' 10-11 לפרוט'). המתלוננת, בעדותה זו, שיתפה את בית המשפט גם באופן בו נעשו הדברים ובתחושותיה שהתלוו למעשים. המתלוננת העידה, כי לא היה לה מושג אם הנאשם הגיע לפורקנו אם לאו במהלך האירוע (עמ' 15 ש' 14-17 לפרוט'). גם במסגרת חקירתה הנגדית, במענה לשאלות ב"כ הנאשם, העידה המתלוננת כי ללא כל ספק בוצעה חדירה במסגרת אותו אקט מיני שהתקיים (עמ' 58 ש' 31-30; עמ' 59 ש' 2-1).

מנגד, הנאשם העיד בבית המשפט כי הוא אמנם הגיע לפורקן במהלך אותו אירוע אבל לא כתוצאה מחדירה. לגרסתו, במהלך האירוע המתלוננת הכניסה את ידה אל תוך תחתוניו וגרמה לו להגיע לפורקן (עמ' 273 ש' 15-17; עמ' 278 ש' 29-25 לפרוט'). בהמשך הפשילה את מכנסיה ותחתוניה, נצמדה אליו, הפשילה גם את מכנסיו ותחתוניו וניסתה שהוא יחדור אליה, אך לא הצליחה בכך מחמת היעדר זקפה מצדו (עמ' 279 ש' 12-21 לפרוט'). הנאשם היה החלטי בעדותו בביהמ"ש, כי לא בוצעה חדירה (עמ' 332 ש' 12-15 לפרוט', עמ' 356 ש' 15) וכי הגיע לפורקן כתוצאה ממגע ידה באיברו ותו לא (עמ' 370 ש' 26-32 לפרוט').

בראיות האובייקטיביות ובממצאים הפורנזיים שהוגשו לתיק בית המשפט אין כדי לאשש או לסתור את גרסת מי מהצדדים באופן מוחלט. ואבהיר: במסמך הקבלה למיון גניקולוגיה וחדר לידות שהוגש בהסכמה (מוצג נ/8) מפורטות הבדיקות והאבחנות של הבדיקות הוגינאליות שבוצעו למתלוננת זמן קצר לאחר האירוע. על פי מסמך זה "**אין סמני חבלה טריים באזור פות**" (נ/8 באמצע העמוד). גם המומחה הרפואי משפטי, ד"ר ריקרדו נחמן, שבדק את המתלוננת ביום 15.4.06 (יום למחרת האירוע), בשעה 10:10, הגיע לממצאים דומים ולא מצא כל סימני חבלה טריים בכל אזורי הגוף הרלוונטיים לבדיקה (ר' חוו"ד שצורפה כמוצג נ/7). המומחה חתם את חוו"ד בציינו בין השאר, כי "**קיום יחסי מין ללא התנגדות פיזית אצל אישה פעילה מינית, אינו בהכרח משאיר סימנים חבלתיים**" וכי "**לא ניתן לשלול או לאשש את גרסת המתלוננת**". מסקנה זו מקובלת עליי במיוחד לאור העובדה, כי בענייננו לא נטען על ידי המתלוננת, כי התנגדה פיזית לנאשם או כי **אקט החדירה עצמו** בוצע על ידי הנאשם תוך שימוש בכוח ובאלימות.

בנוסף הוגשה לבית המשפט חוות דעת המומחה רפ"ק משה שפיצן (עת/ 9), הנוגעת לדגימות DNA של המתלוננת, בעלה והנאשם (חווה"ד סומנה כמוצג ת/8).על פי חוות דעת זו, נמצאו סימני זרע גברי באיבר מינה של המתלוננת, אך אלו אינם של הנאשם (אלא של בעלה, עת/2, עמו קיימה יחסי מין בלילה שקדם לאירוע). סימני זרע של הנאשם נמצאו בתחתוניה של המתלוננת. הן מחוות הדעת והן מעדותו של המומחה בבית המשפט עולה, כי באיבר מינה של המתלוננת לא נמצאו פרופילים של תאי DNA המתאימים לנאשם בכלל ובפרט לא סימני זרע של הנאשם (ר' בעמ' 186 ש' 25-33 לפרוט'). עם זה, המומחה הבהיר בעדותו בבית המשפט, כי אין בכך כדי לשלול את גרסת המתלוננת לפיה הנאשם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה מאחר שהגם שחדירה בנסיבות בהן אין פליטת זרע עשויה להשאיר סימני DNA כתוצאה ממעשי החדירה, זה יהיה מוטעה לחשוב שסימנים אלו ניתנים לזיהוי בכל מקרה (עמ' 187 ש' 14-16 לפרוט'). מכאן שהגם שמסקנות מומחה זה יכולות לעלות בקנה אחד עם גרסת הנאשם (לפיה לא בוצעה חדירה והוא הגיע לפורקן בעקבות מגע ידה של המתלוננת על איבר מינו וכי לאחר מכן המתלוננת הורידה את תחתוניה – ומכאן שנמצאו סמני זרעו על תחתוניה) אין בהן כדי לשלול את גרסת המתלוננת.

בנסיבות אלו ראוי לנכון לבחון את השאלה אם ניתן לתת אמון מלא בגרסת המתלוננת לפיה בוצעה חדירה בעוד שגרסת הנאשם והראיות עליהן הצביעה ההגנה אינן מעלות ולו ספק סביר בגרסתה – על בסיס ניתוח הודעות וגרסאות המתלוננת והנאשם שקדמו לגרסתם בבית המשפט.

הנאשם מסר שלוש הודעות במשטרה וכן התקיים בינו לבין המתלוננת עימות.

בהודעה האחרונה (מוצג ת/14 ) השלישית במספר, שנגבתה מן הנאשם ביום 7.12.06, גרסתו היתה דומה לגרסה אותה מסר בבית המשפט בכל הנוגע לקיומה של חדירה – הוא לא החדיר לא את אצבעותיו ולא את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת (עמ' 3 ש' 50-49; 59-57 בהתאמה). דא עקא, עיון בהודעותיו וגרסאותיו הקודמות של הנאשם בעניין זה מעלה, כי הוא לא דבק בעמדה חד משמעית זו קודם לכן וניתן למצוא בהן לא מעט הודאות מפלילות במעשה הבעילה. בהודעתו הראשונה של הנאשם במשטרה (מוצג ת/13), שנגבתה ממנו בבוקר שלמחרת האירוע, הוא אמנם הכחיש מכל וכל קיומה של חדירה אך באותה נשימה הוא גם הכחיש כל אירוע בעל אופי מיני אחר שהתקיים בינו לבין המתלוננת ולמעשה אין מחלוקת, כי לא סיפר בהודעה זו את כל האמת, גם לגרסתו שלו. הנאשם הודה בבית המשפט, כי בהודעתו זו **"לא סיפר את כל הסיפור**" מאחר שהיה מבוהל, מפוחד, בבושה ובהכחשה (עמ' 281 ש' 9-11 לפרוט'). בנסיבות אלו, מעבר להשלכה כללית על מהימנותו של הנאשם (וזאת בכפוף להערה המקדמית אותה ציינתי לפיה יש לבדוק בנסיבות דנן את גרסת הנאשם בזהירות יתרה מאחר שלנאשם זה סיבות טובות לשקר ולהכחיש גם קיום יחסי מין בהסכמה) לא ניתן ללמוד מהודעה זו רבות לעניין השאלה שבמחלוקת, לא לאשמתו של הנאשם ולא לחפותו.

הודאה מפלילה ממשית של הנאשם בביצוע בעילה מוצאים אנו במסגרת הודעתו השנייה במספר במשטרה (מוצג ת/6), הודעה שנגבתה ממנו ביום 16.4.06, למחרת היום בו נגבתה ממנו ההודעה הראשונה. הודעה זו נגבתה מהנאשם לבקשתו, לאחר שנועץ בעורך דין מטעמו. כעולה מהודעה זו, הנאשם התוודה בפני החוקר, כבר בפתח הדברים, על מעשה הבעילה שביצע והדברים מצאו את ביטויים בהודעה במילים "**אני חדרתי אליה ביוזמתה..."** (עמ' 1 ש' 20 הנקודות במקור ש'ש'). בעדותו בבית המשפט התייחס הנאשם לדברים אלו והעיד, כי לא אמר את הדברים לחוקר שגבה את ההודעה (עמ' 360 ש' 30, עמ' 364 ש' 1, 33, עמ' 365 ש' 7 לפרוט'). לגישת הנאשם ובא כוחו, אין לייחס כל משקל או חשיבות לאמור בהודעה זו של הנאשם מאחר שהיא נגבתה ותועדה בצורה רשלנית ומעדותו של החוקר שגבה אותה, מר אורי תמיר (עת/6) עולה, כי האחרון אינו זוכר את הדברים שנאמרו או לא נאמרו במסגרתה.

אין ולא יכולה להיות מחלוקת, כי הודעה זו של הנאשם תועדה בצורה רשלנית. הדברים עולים מגוף ההודעה עצמה: באופן חריג ויוצא דופן בראש ההודעה רשומים פרטי כתובת, שם אב, מספר טלפון וכו' של אדם אחר לחלוטין, שאינו הנאשם. חמורה עוד יותר העובדה, כי הנאשם לא הוחתם על ההודעה, לא בכל דף ולא בסופה, וזאת חרף העובדה כי בהודעה נכתב שהיא הוקראה בפני העד וזה חתם עליה בפני גובה ההודעה. הסבריו של החוקר גובה ההודעה ( עת/6) למחדלים אלו הייתה לא מספקת בלשון המעטה: העד העיד, כי אין לו מושג מדוע הפרטים בראש ההודעה שגויים ואינם של הנאשם (עמ' 142 ש' 19 לפרוט') אך בהמשך סיפק השערה לפיה מדובר בבעיה טכנית שהתרחשה בגלל מעבר לפורמט עבודה חדש של המשטרה (עמ' 144 ש' 4-6 לפרוט'). העד גם לא ידע להסביר מדוע הנאשם לא הוחתם על ההודעה (עמ' 144 ש' 30-11) אך בהמשך סיפק השערה לפיה במועד בו נגבתה ההודעה לא היו דפים במדפסת והדבר אילץ אותו להדפיס ולהקריא את ההודעה לנאשם רק בדיעבד (עמ' 145 ש' 4-11 לפרוט'). מכל מקום, העד העיד כי זוכר את החקירה המדוברת במעורפל (עמ' 143 ש' 20 לפרוט'), כי אינו זוכר את תוכן הדברים שמסר הנאשם ובפרט את ההודאה של הנאשם כביכול בחדירה, אך הוסיף כי **"אם כתבתי את זה, סביר להניח שהוא אמר את זה"** (עמ' 145 24-28, עמ' 144 ש' 9-10). העד גם לא יכל להעיד מזכרונו מה היתה כוונתו בכתיבת אותן נקודות שבאו לאחר ההודאה המפלילה מצד הנאשם לפיה **"אני חדרתי אליה מיוזמתה"** והעיד, כי באופן כללי משמעות הדבר ל**"איזושהי אמירה שנשארת בחלל האוויר"** (עמ' 146 ש' 3-4 לפרוט') ובהמשך, שיער כי מדובר ב"**סוג של שתיקה**" מצד הנאשם ( עמ' 146 ש' 6, 8-10 לפרוט).

לאור האופן בו נגבתה ותועדה הודעתו זו של הנאשם ולאור עדותו של העד גובה ההודעה, שלא שפכה אור, מזכרונו, באשר לתכנים שמסר הנאשם בהודעתו זו – לו היתה מבקשת המאשימה לראות במילים שנאמרו לכאורה מפי הנאשם בעמ' 1 בש' 20 להודעה לפיהן "**אני חדרתי אליה מיוזמתה"**,ובאלו בלבד, כהודאה מפלילה של הנאשם בהודעה זו בביצוע בעילה, לא היה מקום להיעתר לבקשתה ולייחס למילים כתובות אלו משקל של ממש. וזאת – לא חלילה מן הטעם, כי הרושם שנוצר מעדותו של גובה ההודעה, עת/6, כי האחרון פעל במזיד ורשם במכוון דברים מפלילים בהודעת הנאשם שלא היה להם זכר בדברים אותם מסר הנאשם בפועל, אלא מן הטעם הפשוט כי כך הזהירות מחייבת לאור התנהלותו הרשלנית של גובה ההודעה שפורטה לעיל. ברם, בענייננו אין בהודעת הנאשם רק התייחסות אחת ויחידה לביצוע מעשה בעילה מצידו. מעבר למילים **"אני חדרתי אליה מיוזמתה**" ניתן למצוא בהמשך ההודעה, בלא פחות מ-4 הזדמנויות שונות, התייחסות הנאשם לסוגייה, בהן הוא לא מכחיש ביצוע בעילה, וכך גם עולה מהקשר והדבק הדברים:

כך עולה מעמ' 2 ש' 46-51 שם, במענה לדברי החוקר שהטיח בנאשם, כי "**אני אומר לך שאתה חדרת אליה**" השיב הנאשם: "**רגע...עוד לא נגמר...אני התאעשתתי** (כך במקור ש'ש') **שוב וביקשתי ממנה לעזוב וללכת לחדר ופחדתי שהאח יגלה שהיא בכלל לא בחדר. היא הלכה כבר לכיוון המסדרון ואז היא חזרה. שלחה את היד שלי לאיבר שלה והתגפפה והתחבקה והסתובבה בבת אחת, השפילה מכנסיים וניסתה להכניס את האיבר שלי... אני לא יודע אם הכנסתי...".**

ובהמשך בעמ' 4 ש' 94-102:

**"ש. בתחילת חקירתך אמרת שחדרת אליה. האם גמרת בתוכה?**

**ת. לא.**

**ש. בטוח?**

**ת. במאה אחוז.**

**ש. איך בדיוק חדרת אליה?**

**ת. היא נכנסה לחדר, בפעם השנייה והתחילה לחבק אותי ואז היא הסתובבה והורידה את המכנסיים, הפשילה את המכנסיים שלה. אני עומד מאחוריה והיא התקרבה אלי כפופה. אני לא יודע אם נכנס לי או לא. אני לא זוכר אם הייתי בפנים או לא. "**

ובהמשך באותו עמוד (עמ' 4 ש' 107-108) נשאל הנאשם במפורש " **חדרת אליה, שחור לבן, כן או לא?**" והשיב לחוקר **"אני חושב שכן".**

לבסוף נשאל הנאשם שוב לסוגייה זו:

**"ש. היא אומרת שאתה הורדת לה את מכנסיי הפיג'מה וחדרת אליה מאחור?**

**ת. זה לא נכון. היא הורידה את המכנס. היא הסתובבה והורידה את המכנס.**

**ש. ואז חדרת אליה?**

**ת. אני חושב שכן....נדמה לי שכן, לא הרגשתי כבר כלום מרוב פאניקה בהלה פאניקה...לא הרגשתי כבר איפה אני נמצא. זה לקח שלוש שניות והתנתקי ממנה שוב"** (עמ' 5 ש' 115-120).

בסבב שאלות ותשובות זה הבחין הנאשם בין "חדירה" ל"גמירה". הנאשם לא הכחיש בנחרצות, כי הייתה חדירה אך הקפיד לציין כי לא גמר לה בפנים (כך בעמ' 4 להודעה ש' 97-94 וגם בעמ' 3 להודעה ש' 55-54).

את מכלול האמירות דלעיל של הנאשם, כפי שמצאו את ביטוין בהודעה זו של הנאשם (הגם שאינה חתומה), לא ניתן להסביר במידת הרשלנות של גובה ההודעה, תהא זו אשר תהא. לא מחדליו של גובה ההודעה, בשעת גביית ההודעה, יכולים להסביר קיומן של אמירות אלו, את הקשרן ואת ריבוי הפרטים המובאים בהם. מחדלים לא יכולים ליצור יש מאין ולהפוך עמדה חד משמעית כביכול של הנאשם לפיה לא בוצעה בעילה לאמירות כה רבות שיש בחלקן הודאה מפורשת בביצוע מעשה בעילה וביתרתן אי הכחשה של מעשה בעילה, ולעטוף את כל אלו בתיאורי תחושות ומעשים שבוצעו בעת הבעילה. אם אכן גרסת הנאשם בפני גובה ההודעה הייתה, כי לא בוצע מעשה בעילה אזי רובה ככולה של ההודעה, מבחינת תוכנה, אינו מבטא דברים שמסר הנאשם והמסקנה המתבקשת היא אחת ואין בילתה – אין מדובר כלל בהודעה אלא בפרי בידוי ראיות שמטרתו הפללת הנאשם, כשעל מלאכה זו ניצח החוקר גובה ההודעה (עת/6) שחיפה על מעשיו באמצעות מצג של התרשלות כביכול (שהביאה לכך שההודעה גם לא נחתמה). במקרה כזה שומה היה על הנאשם לזעוק זאת! לא רק לחפותו אלא לעצם הפללתו. בענייננו הנאשם לא טען טענה מעין זו של בידוי ראיות מצד החוקר בכל הנוגע לתוכן ההודעה, לא בעדותו בעל פה ולא בסיכומיו ובמקום זאת התמקד ברשלנות שאפפה את גביית הודעה זו ותיעודה. יתרה מכך, במסגרת חקירתו נשאל הנאשם בקשר לחלק מן האמירות שפורטו לעיל, מהן עולה הודאה כביכול שלו בביצוע בעילה והנאשם התקשה ליתן להן הסבר ומכל מקום לא טען באופן גורף, כי הן לא נאמרו מפיו. בקשר לאמירתו "**אני לא יודע אם הכנסתי**" (עמ' 2 ש' 50) העיד הנאשם, כי הוא אמר לחוקר "**אני לא הכנסתי**" אך החוקר רשם אחרת (עמ' 285 ש' 24-25 לפרוט'); בקשר לאמירתו (עמ' 4 ש' 108) **"אני חושב שכן"** בתשובה לשאלת החוקר אם חדר אל המתלוננת, העיד הנאשם בבית המשפט, כי יכול להיות שאמר את הדברים לחוקר למרות שלא חדר בפועל (עמ' 358 ש' 2-3 לפרוט'). כשנשאל מדוע יאמר כך לחוקר השיב, כי היה מבוהל בחקירה ופחד מהחוקר (עמ' 361 ש' 15-17 לפרוט'). לבסוף סיכם הנאשם והעיד, כי בשום שלב של אותה חקירה לא אמר כי חדר אל המתלוננת, ואם אמר אז הסיבה לכך היא שהיה מבולבל "**ולא ידעתי בדיוק מה אני עונה שם**" (עמ' 365 ש' 10 לפרוט'). אין כל הגיון בטענת הנאשם לפיה מכלול אמירותיו המפלילות במעשה הבעילה, כפי שבאו לידי ביטוי במסגרת הודעתו זו, הינו תוצר הנסיבות של פחד ובלבול מצדו (ויוזכר כי מדובר בהודעה שנגבתה ע"י הנאשם לבקשתו, לאחר שנועץ בעורך דין מטעמו) ורשלנות מצד גובה ההודעה.

זאת ועוד, בעוד שבהודעה זו ניתן למצוא אמירות מפלילות ברורות של הנאשם במעשה הבעילה, שתיקתו של הנאשם ותשובותיו, שלא מתכחשות למעשה הבעילה, במהלך העימות שנערך בינו לבין המתלוננת, גם במענה לדברים ברורים בהקשר זה שהטיחה בו המתלוננת, אינה פחות רועמת. וכך מצאו הדברים את ביטויים בדו"ח העימות (מוצג ת/12): במענה לטענה מצד המתלוננת "**אתה אנסת אותי חתיכת מניאק**" משיב הנאשם "**את פתחת את הדלת ובאת אליי"** (עמ' 1-2 לדו"ח); בהמשך כשמטיחה בו המתלוננת **"אתה דחפת את הזין שלך בי. אתה יצאת עם גופיה החוצה וכולם ראו"** משיב הנאשם "**את באת לחדר מיוזמתך ולא קראתי לך**" (עמ' 2 לדו"ח) בהמשך אומרת המתלוננת לנאשם "**אתה זוכר שאתה החדרת לי 2 אצבעות בפנים**" והנאשם בתשובה לא מכחיש את הדברים "**יכול להיות לא בפרוש, אני הייתי מטושטש, זאת האמת**" (עמ' 4 לדו"ח). הנאשם בעדותו בביהמ"ש התבקש להתייחס להתבטאויותיו אלו במהלך העימות אך לא ידע להסבירן למעט לומר, כי מדובר בהתבטאויות לא טובות מצדו (עמ' 373 ש' 18 לפרוט').

זה המקום לציין, כי להבדיל מגרסת הנאשם המתפתלת בכל הנוגע לביצוע מעשה בעילה במהלך האירוע – גרסתה של המתלוננת לפיה הנאשם בעל אותה היתה עקבית בהודעותיה השונות במשטרה, בעימות, בדברים שסיפרה לאנשי הצוות הרפואי והסיעודי בבית החולים ובעדותה בבית המשפט. הפער העיקרי בהודעותיה של המתלוננת בהקשר זה, מקורו בעובדה, כי תאורה של המתלוננת בבית המשפט לפיו הנאשם עוד בטרם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה החדיר גם את אצבעותיו לאיבר מינה – לא בא זכרו במסגרת הודעתה הראשונה במשטרה, שנגבתה ממנה שעות ספורות לאחר האירוע (מוצג נ/1) אלא רק במהלך הודעתה השנייה במשטרה ביום 18.6.06 (מוצג נ/2). ב"כ הנאשם בסיכומיו (עמ' 22-25) מטיל ספקות בהתרחשות אקט זה ומפנה בהקשר זה להסברה של המתלוננת באשר לפער בין ההודעות: המתלוננת בעדותה בבית המשפט העידה, כי לא זכרה במועד בו נגבתה עדותה הראשונית, את החדרת אצבעותיו של הנאשם לאיבר מינה ונזכרה בכך רק כמה ימים לאחר מכן לאחר שדיברה עם חברתה למחלקה, המטופלת גב' ל.ש. (עת/8) שהיתה הראשונה לה סיפרה על האירוע שעברה עוד באותו לילה, וזו הזכירה לה זאת (עמ' 31 -32 לפרוט'). דא עקא, הגב ל.ש. בעדותה בביהמ"ש העידה, כי לא היתה כל שיחה בינה לבין המתלוננת בה הזכירה למבקשת, כי הנאשם החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה (עמ' 175 ש' 14-24 לפרוט') ואם נשפוט לפי זכרונה של עדה זו אזי המתלוננת סיפרה לה כי הנאשם החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה לא במהלך האירוע אלא בשלב קודם לכן – במועד בו הנאשם נישק אותה, עוד לפני שהזמין אותה לחדר בו לן, וכי הנשיקה והחדרת האצבעות התרחשו ב"פרוזדור" שמוביל לחדר בו לן הנאשם (עמ' 176 ש' 5-16 לפרוט').

חרף העובדה שקיימות אי התאמות בהצלבת גרסת המתלוננת בכל הנוגע להחדרת האצבעות ולסיבה בגינה נזכרה לגרסתה באקט זה רק לאחר גביית הודעתה הראשונה לבין גרסת העדה הגב ל.ש. – לא מצאתי בכך כדי לסייג את האמון שיש ליתן בגרסת המתלוננת גם בכל הנוגע להחדרת האצבעות. את ההסבר לפערים המדוברים ניתן למצוא במצבה של העדה ל.ש. במועד האירוע (אז סיפרה לה המתלוננת את הדברים) שלגרסתה "**הוא לא היה טוב, אני הייתי אז בדיכאון מאוד חזק"** (עמ' 172 ש' 20 לפרוט') וכן העידה כי הייתה אז מאוד עייפה (עמ' 171 ש' 23 לפרוט'), כך שלא מן הנמנע, כי העדה התבלבלה בתיאורה את הנסיבות שתיארה המתלוננת בפניה בקשר לשלב בו החדיר הנאשם את אצבעותיו לאיבר מינה. בהקשר זה יצוין, כי גם מעמד מתן העדות לא היה קל לעדה זו שציינה במהלך עדותה, כי **"הסיטואציה שאני נמצאת פה וזה קצת גם מזכיר לי כל מני דברים וזה קשה לי, אז אני מבולבלת**" (עמ' 171 ש' 32-33 לפרוט'). את העובדה שהמתלוננת עצמה לא זכרה במועד בו מסרה את הודעתה הראשונה את הפרט הנוגע להחדרת האצבעות ניתן להסביר בבעיה ממנה סובלת המתלוננת, המוסכמת גם על דעת ההגנה (וראו לעניין זה עמ' 41-42 לסיכומי ב"כ הנאשם) והמוצאת תימוכין גם בתיקה הרפואי (מוצג ת/5 – ראו לדוגמא עמ' 14 לנספח ב' בתיק; עמ' 12 לנספח ג' בתיק ועמ' 19 לנספח ד' בתיק) – המתלוננת סובלת מבעיות זיכרון. בנסיבות אלו לא מצאתי טעם של ממש שלא לקבל את גרסת המתלוננת גם בקשר להחדרת אצבעותיו של הנאשם לאיבר מינה, פעולה שביחס לאירוע עצמו היתה שולית יחסית. יש לזכור ולהזכיר, כי גרסת המתלוננת בקשר להחדרת האצבעות של הנאשם לאיבר מינה גם לא הוכחשה על ידי הנאשם במסגרת העימות בין השניים והאחרון לא פסל את האפשרות, כי אכן החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה (ראו הציטוט שהובא לעיל מתוך עמ' 4 לדו"ח העימות מוצג ת/12).

העולה מן המקובץ – גרסת הנאשם, כי במהלך האירוע לא בעל את המתלוננת באמצעות החדרת אצבעותיו ובהמשך ע"י החדרת איבר מינו לאיבר מינה לא מעוררת אמון. גרסת הנאשם בהקשר זה היתה מתחמקת ורווית אמירות מפלילות לעומת גרסת המתלוננת, בהקשר זה, אותה מצאתי מהימנה. בממצאים הפורנזיים, דגימת הDNA מתחתוני המתלוננת ומאיבר מינה, אין כדי לאשש את גרסת הנאשם או לסתור את גרסת המתלוננת. לפיכך יש לענות על השאלה הראשונה בחיוב ולקבוע כי המאשימה הוכיחה, למעלה מכל ספק סביר, כי הנאשם בעל את המתלוננת במהלך האירוע נשוא האישום.

**האם הבעילה בוצעה שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת כדרישת** [**סעיף 345(א)1**](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) **לחוק?**

משהגעתי למסקנה, כי הנאשם בעל את המתלוננת במהלך האירוע נשוא כתב האישום, יתמקד הדיון, בשלב זה, בשאלה אם הבעילה בוצעה שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת.

אני מוצא לנכון לחזור ולהדגיש, כי הגם שמצאתי לנכון לדחות את גרסת הנאשם לפיה לא בוצעה כלל בעילה, ולמעשה לקבוע כי הנאשם שיקר בעניין זה – אין בקביעה זו כדי לייתר את הוכחת התנאי הנוסף הנדרש לצורך הרשעה בעבירת האינוס לפי [סעיף 345א(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.1) לחוק והוא, כי המעשים בוצעו שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת. שומה עלינו לבחון האם הצליחה המאשימה להוכיח קיומו של תנאי זה, ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים, חרף העובדה כי הנאשם שיקר בכל הנוגע להתקיימותה של בעילה ונמצא בלתי מהימן בכל הנוגע לגרסתו בעניין זה. יפים לעניין זה דברי בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטים י.אלרון, מ.גלעד, מ.רניאל) ב[תפ"ח 20190-02-10](http://www.nevo.co.il/case/4808363) (פורסם במאגר נבו):

**" הכלל הוא כי שקריו של הנאשם עלולים להצביע על "תחושת אשם" שכן, מי שחף מפשע אין לו סיבה להסתיר את האמת. לפיכך נקבע כי שקרי נאשם, בהצטרפם לראיות האחרות, יכולים להוות "חיזוק" לראיות התביעה.**

**שקרי נאשם יכולים גם לשמש "סיוע" במקום שזה דרוש, בהתקיים חמישה תנאים: על השקר להיות מהותי ולא בענין פעוט ערך; עליהם להעשות בזדון ומתוך כוונה להעלים את האמת מבית המשפט; על השקר להיות ברור וחד משמעי; על השקר להיות מוכח מתוך עדות עצמאית ולא מתוך העדות העיקרית הטעונה סיוע; על השקר להיות קשור לעבירה הנדונה ולא לנבוע מעילה אחרת שאינה רלוונטית לבחינת האשמה.**

**(ראו בנושא זה, למשל : (**[**ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח**](http://www.nevo.co.il/case/17943348)**(2), 203;** [**ע"פ 556/74 פדידה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט**](http://www.nevo.co.il/case/17927134)**(2), 387;** [**ע"פ 543/79**](http://www.nevo.co.il/case/17937212) **נגר ואח' נ' מדינת ישראל פ"ז לה(1), 113;** [**ע"פ 5152/91**](http://www.nevo.co.il/case/5997169) **שלמה חליווה נ' מדינת ישראל,** [פורסם בנבו] **תק-על 95(3), 321;** [**ע"פ 7832/04**](http://www.nevo.co.il/case/6238409) **פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2006(2), 1158.**

**אולם, שקרים אלה יש לבודקם בזהירות מיוחדת כיוון שנאשם עלול לשקר, לאו דווקא כיוון שביצע את העבירה או בשל "תחושת אשם", אלא בשל טעמים אחרים כגון ביצועה של עבירה אחרת, או טעמים אישיים. (**[**ע"פ 543/79 אבישי נ' מדינת ישראל פ"ד לה**](http://www.nevo.co.il/case/17937212)**(1) 113).**

**על כן, אין להפריז במשקל שקרי הנאשם ויש תמיד לבדוק שמא נובעים הם מסיבה אחרת כלשהי ולא מתחושת אשם הנובעת מביצוע העבירה הנדונה.**

**לעולם יש לזכור כי שקריו של הנאשם אינם יכולים להפוך את ה"אין ליש" (י. קדמי "על הראיות" (חלק ראשון) מהדורת 2003, עמ' 259-266), והם אינם יכולים להביא להרשעת נאשם בעבירה, כאשר המאשימה לא עמדה בנטל המוטל עליה לשכנע את בית המשפט, מעבר לכל ספק סביר, באשמתו.**

**דהיינו, "שקרים של נאשם הם בלבד, אינם יכולים לשמש בסיס עצמאי להרשעה; שקריו של נאשם יכולים לשמש לערעור מהימנותו או כראיה מחזקת המצטרפת לשאר ראיות התביעה" (**[**ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי פ"ד מד**](http://www.nevo.co.il/case/17942148)**(3) 465, 469 (להלן: "הלכת רוימי")).**

בענייננו – גרסתו העיקבית של הנאשם, בהודעותיו במשטרה, בעימות בינו ובין המתלוננת וכן בבית המשפט, היא כי המעשים שבוצעו במהלך האירוע בוצעו בהסכמתה החופשית של המתלוננת. בין אם מדובר היה רק בנשיקה או נסיון נשיקה מצד המתלוננת (כגרסת הנאשם בהודעתו הראשונה במשטרה מיום 15.4.06- מוצג ת/13, גרסה ממנה חזר בעדותו בביהמ"ש), בין אם מדובר היה גם בבעילה ממש (כמשתמע מגרסת הנאשם בהודעתו השנייה במשטרה מיום 16.4.06- מוצג ת/6, גרסה שלטענת הנאשם לא נאמרה במלואה מפיו, כפי שנותח ופורט לעיל), ובין אם מדובר היה בנשיקות, התגפפות ומגע מיני שלא כלל חדירה אך במהלכו הגיע לפורקנו (כגרסת הנאשם בהודעתו השלישית במשטרה מיום 7.12.06 – מוצג ת/14, עדות שתואמת באופן כללי גם את עדותו של הנאשם בביהמ"ש) – לטענתו, המעשים בוצעו בהסכמתה של המתלוננת, ללא הפעלת כוח מצידו, וללא כל אינדיקציה לאי הסכמה מצידה. בכל ההזדמנויות בהן מסר הנאשם את גרסתו לאירועים הוא ציין והדגיש, כי לא זו בלבד שבוצעו בהסכמתה החופשית אלא שהמתלוננת יזמה אותם והוא מצידו אף ניסה לדחות אותה.

מנגד- גרסתה העקבית של המתלוננת בהודעותיה במשטרה כמו גם בעדותה בבית המשפט היא, כי מעשה הבעילה בוצע שלא בהסכמתה החופשית, התאפיין ב"קיפאון" מצידה ובאגרסיביות ובהחזקה כוחנית מצד הנאשם. וכך באו הדברים לידי ביטוי בעדותה בבית המשפט:

**"מה שרם עשה זה שהוא הוציא את האצבע שלו מהנרתיק שלי ודחף אותי בתוך החדר והחזיק אותי, לא הבנתי עם איזה יד, יד אחת על הגב ככה, אני לא יכולתי לזוז, והייתי עם פיג'מה של בית חולים, כאילו שתבינו למה אני אומרת את זה, כי פשוט זה לא כאילו שהיה לי חצאית עם משהו, היה לו קל פשוט להפשיל אותם, אז הוא הפשיל אותם. הוא חדר לי לתוך הנרתיק מאחורה, הוא פשוט כיפף אותי ככה, הייתי נגד הקיר, אני לא יכולתי לזוז, והוא כיפף אותי והכל היה באגרסיביות, זה היה כאילו שהוא החזיק אותי חזק, לא נתן לי לזוז, אני ניסיתי לקום, הרגשתי את הכובד של היד שלו בחזרה, ואני פשוט אני לא מבינה למה אני לא מדברת, למה אני לא צועקת, כאילו היום למה לא צעקתי? למה לא? אני לא יודעת מה להגיד לכם, אבל זה מה שהיה. ובסוף אני עשיתי סוף לזה, אחרי דקה, דקה וחצי, כמה זמן שזה לקח ואני הצלחתי להשתחרר ממנו והסתובבתי וברחתי, פתחתי את הדלת, אני חושבת, אני לא זוכרת אם זה היה סגור לגמרי או חצי סגור, והצלחתי לצאת מהדלת, אני זוכרת שאני בורחת לכיוון חזרה לאיפה שהמחלקה..."** (עמ' 14 ש' 6-19 לפרוט').

דברים אלו עולים בקנה אחד עם התאור שמסרה המתלוננת במשטרה בהודעותיה (ר' בעמ' 3 להודעתה הראשונה מיום 15.4.06 מוצג נ/1; עמ' 2-3 להודעתה השנייה מיום 18.8.06 מוצג נ/2; עמ' 3-4 להודעתה השלישית מיום 4.9.06 מוצג נ/3 ).

על נקודה מרכזית אחת מסכימים הן הנאשם והן המתלוננת – האירוע כולו, כולל מעשה הבעילה, ארך זמן קצר ביותר: **דקה עד דקה וחצי** לגרסת המתלוננת (ר' הציטוט שהובא לעיל, עדות המתלוננת בעמ' 62 ש' 11 לפרוט' וכן דברים שכתבה לאחר האירוע וצורפו כמוצג נ/4) וכגרסת הנאשם **"לפני שהספקתי להבין מה קורה כבר הכל קרה**" (עמ' 335 ש' 23 לפרוט' ור' גם עמ' 273,278,290 לפרוט' שם מתאר הנאשם את האירוע ככזה שנמשך "**שניות**" בלבד).

אין ולא יכולה להיות מחלוקת, כי אם תאור המתלוננת למה שהתרחש בחדר באותן דקות בודדות, כפי שהובא לעיל, משקף את האמת כהווייתה הרי שמתקיים בענייננו יסוד אי ההסכמה.

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**, [פורסם בנבו] תק-על 2007(1), 1636; [ע"פ 2606/04](http://www.nevo.co.il/case/5709733) **יגאל בנבידה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) [פורסם בנבו]; [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**, [פורסם בנבו] תק-על 2007(1), 1636, ובפרשת אזולאי, 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**. [פורסם בנבו] תק-על 2007(1), 914, עמ' 920.

ברם, אל לנו לשכוח את שמלמדנו ניסיון החיים: 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).

בהינתן גרסאות קוטביות של הצדדים באשר ליסוד אי ההסכמה באותן דקה עד שתיים בהן התרחש האירוע, אירוע שהתרחש בחדר בו היו נוכחים אך הנאשם והמתלוננת ומלבדם אין כל איש ששמע או ראה דבר ממה שהתרחש, ובהיעדר כל ממצאים פורנזיים שיכולים לשלול או לאשש את קיום האירוע (יצויין כי ממוצג נ/7, חוו"ד המומחה ד"ר ריקרדו נחמן שבדק את המתלוננת בבוקר שלמחרת האירוע עולה כי לא נמצאו סימנים חבלתיים על גוף המתלוננת, ולא רק באזור איבר מינה – אך אין כל הכרח כי התנהגות אגרסיבית וכוחנית מצד הנאשם, גם אם התרחשה כתאור המתלוננת שהובא לעיל, תותיר חבלות) – יש לבחון את התנהגות הצדדים והתבטאויותיהם סובב לאירוע נשוא האישום ולראות אם יש בהן כדי לתמוך בגרסת המתלוננת להיעדר הסכמה או שמא בגרסת הנאשם לחפותו ולהסכמה מצד המתלוננת, באופן אשר מקים לפחות את אותו ספק סביר, שממנו זכאי הוא ליהנות.

לאחר שבחנתי את מכלול העדויות והראיות בסוגיה, כפי שהובאו בפנינו במהלך הדיונים כמו גם בסיכומי הצדדים, באתי לידי מסקנה כי בהצטרפם של מספר גורמים וטעמים לא ניתן להגיע לידי מסקנה לפיה המערך העובדתי הכולל מאשש את יסוד אי ההסכמה מצד המתלוננת ושולל כל תרחיש אפשרי אחר, המתיישב עם גרסתו של הנאשם כי המעשים בוצעו בהסכמה. אבהיר להלן את הטעמים והגורמים שהביאו אותי לידי מסקנה זו.

האם המתלוננת הוזמנה לחדר על ידי הנאשם או שמא היא הגיעה מיוזמתה שלה?

לגרסת המתלוננת, כמו גם על פי העובדות המתוארות בכתב האישום – בליל האירוע, לקראת השעה 23:00, עם סיום המשמרת של הנאשם (ולאחר שכבר התרחש האירוע בחדר ההלבשה בו הראה לה הנאשם את תמונת בני משפחתו, נשק לה בהפתעה ושאל אותה את אותן שאלות אישיות שפורטו לעיל) פגשה המתלוננת את הנאשם בלובי בית החולים ולשאלתה אם הוא נוסע לביתו השיב שהוא נשאר ללון בבית החולים בחדרו של ד"ר מאיר והזמין אותה לחדר על מנת להמשיך את שיחתם (ר' כתב האישום ועדות המתלוננת בעמ' 12 לפרוט').

הנאשם מנגד אינו מכחיש, כי פגש במתלוננת לאחר סיום משמורתו ובטרם הלך לישון בחדר בו אירע האירוע נשוא האישום אלא שלגרסתו לא היה זה הוא שהזמין אותה לחדר אלא היא זו שאמרה לו "**תשאיר את הדלת פתוחה**" ובתשובה הוא אמר לה לעשות מקלחת קרה (ר' תשובת הנאשם לכתב האישום ועדותו בעמ' 272 לפרוט').

לאור הגרסאות הקוטביות של הצדדים באשר לתוכן הדברים שנאמרו באותו מפגש בלובי, שבעקבותיו הגיעה המתלוננת אל החדר בו לן הנאשם ובו התרחש האירוע נשוא האישום, לא ניתן לבסס עליהן מסקנה מושכלת במחלוקת מי יזם את הגעת המתלוננת לחדר ויש לפנות אל עדויות וראיות אחרות: ראשית, אין מחלוקת כי לצורך הגעה לחדר בו לן הנאשם היתה צריכה המתלוננת לעבור במסדרון ארוך מאוד ("**פרוזדור מאוד-מאוד ארוך**" כגרסת המתלוננת בעמ' 12 ש' 20 לפרוט', כ-120 מטר לגרסת הנאשם בעמ' 263 ש' 28 לפרוט'). אין גם מחלוקת, כי במרכז המסדרון קיימות שתי דלתות ברזל רחבות הניתנות לנעילה. המתלוננת, הן בעדותה במשטרה והן בעדותה בבית המשפט, העידה באופן מוחלט, מנסיונה האישי, כי הדלתות האלו נעולות באופן רגיל: "**בד"כ הם נעולות בלילה, כי הייתי הולכת הרבה"** (הודעת המתלוננת במשטרה מוצג נ/1 בעמ' 1 ש' 26-28); "**הדלתות האלה נעולות 24 שעות, כאילו הם לא פתוחים אף פעם**" עמ' 12 ש' 21-22 לפרוט'). המתלוננת העידה כי באותו הלילה, באופן חריג, הדלתות לא היו נעולות מאחר שהנאשם התכונן לבואה בעקבות הזמנתו אותה: "**כשאני הלכתי, אני רק אומרת שוב פעם, בדיעבד, גם ראיתי מגבת שיש על הדלת, שזה לא יעשה בום, אז הבנתי בדיעבד שהוא הכין את הדרך בשבילי להגיע לשם בלי שזה יפריע לאף אחד"** (עמ' 12 22-25 לפרוט'). עדות זו של המתלוננת, שנועדה לתמוך בגרסתה, כי הנאשם הזמין אותה לחדר, התבררה כלא נכונה. הנאשם בעדותו העיד באופן החלטי, כי הדלתות המדוברות נשארות פתוחות באופן קבוע, וכי באופן רגיל מונחת על הדלתות הללו מגבת שנועדה למניעת טריקת הדלת ברעש חזק ומניעת זעזוע ולא כדי למנוע את נעילת הדלתות, שכן הן אינן נעולות לעולם ומדובר במחלקה פתוחה ( עמ' 261 ש' 29 לפרוט' – עמ' 262 ש' 16 לפרוט'; וכן ראו תרשים נ/9 שערך הנאשם). עדות זו של הנאשם נתמכה בדברי העד מטעם המאשימה, מר מוחמד קאסם (עת/5) שעובד כ-10 שנים כאח מוסמך בבית החולים והעיד, כי הדלתות אינן סגורות (עמ' 134 ש' 12-15 לפרוט'). המאשימה לא חולקת על מהימנות עד זה (שהעיד מטעמה) וגם לא הביאה עדים אחרים, הגם שהעידו רבים מבין עובדי בית החולים, לסתירת גרסת הנאשם שזכתה לתימוכין בהקשר זה. שנית, המתלוננת העידה בהודעתה במשטרה ובביהמ"ש, כי על מנת להגיע לחדר בו לן הנאשם נאלצה "להתגנב" למסדרון ולהתחמק מעיני האח מוחמד (עת/5) שאייש את עמדת האחיות הצופה למסדרון (ור' לעניין זה גם את השרטוט במוצג נ/9). לצורך כך המתינה ל"שעת כושר" בה האח מוחמד ייצא מן העמדה: "**מוחמד ישב כאן, ואח"כ הלך לבדוק את הבנות ואז אני ניגשתי לכיוון אגף הבנים לכיוון שרם ישן**" (נ/1 בעמ' 2 ש' 10-12 ); **"אסור לחולים בכלל להיות במקום הזה של בית חולים. זהו. כשהוא הלך לבדוק את החולות אז ראיתי שזה יהיה בסדר שהוא לא ייתן לי על הראש אם אני עוברת לדבר עם רם"** (עמ' 37 ש' 1-3 לפרוט'). בעדותה בביהמ"ש הוסיפה המתלוננת ואמרה, כי לא היה לה אכפת אם האח מוחמד היה רואה אותה "**כי הייתי אומרת, אם הוא היה שם אז הייתי אומרת לו שאני הולכת לדבר עם רם, רם הזמין אותי לשיחה. אבל העדפתי שזה יהיה פחות זה."** (עמ' 37 ש' 4-7 לפרוט'). הסבר זה לא משנה את העובדה בה הודתה המתלוננת לפיה התגנבה למסדרון והתחמקה, בכוונה ובהצלחה, מעיני האח מוחמד.

כך או כך, בין אם הוזמנה המתלוננת לחדר על ידי הנאשם ובין אם הגיעה לשם ביוזמתה, מכלול הראיות מצביע על כך שהגעתה לחדר לא היתה לשם שיחה מקצועית, כמפורט להלן.

האם הגעת המתלוננת לחדר היתה רק לצורך המשך של אותה שיחת חולין או מעבר לכך?

עצם התחמקותה המכוונת של המתלוננת מעיני האח מוחמד, לצורך מעבר במסדרון והגעה לחדר בו לן הנאשם, לכשעצמה, מתאימה יותר להתנהגות של מי שחפץ ביותר משיחת חולין וביקור תמים. הדברים מתיישבים גם מקריאת גרסת המתלוננת בהודעתה במשטרה ובעדותה בבית המשפט מהן עולה, כי לפחות בשלב ההתחלתי של האירוע היא לא התנהגה כמי שציפתה רק לשיחה עם הנאשם אלא שיתפה פעולה עם נשיקה מצידו, הגיבה ולא נרתעה לאחור, קירבה את ראשה אליו בצמידות ונישקה אותו:

**"הוא ניגש אלי ונתן לי נשיקה אמיתית עם לשון. ואני הגבתי בחזרה**. " (נ/1 בעמ' 2 ש' 16-17).

ובעדותה בביהמ"ש בהרחבה:

**"...זה לא היה תפיסה של איזה שהוא רומן או איזה שהוא פרחים ששולחים באוויר, זה היה תפיסה חזקה, והוא הצמיד את הפרצוף שלו נגד הפרצוף שלי, וכל מה שאני הולכת לספר עכשיו זה ככה מהר, אבל אני מנסה לנתח את זה ככה לאט שתבינו מה שהיה. הוא תפס והצמיד את הראש שלי על הראש שלו, כך ששני הפרצופים היו ככה...והוא התחיל לנשק אותי ולשניות הראשונות אני הגבתי, זאת אומרת, אני פשוט לא עשיתי ככה לשנייה הראשונה, לא ניסיתי [העדה מצביעה על הרחקת הראש לאחור]"** (עמ' 13 ש' 13-13 לפרוט').

ובהמשך:

**"ש. בכניסה, כשהוא תפס אותך עם הזרוע, את אומרת שהפנים שלכם היו צמודים אלה אל אלה, ומה קרה במהלך ההצמדה הזו? הוא נישק אותך ומה את עשית? אמרת שלכמה שניות –**

**ת. לכמה שניות אני הגבתי לזה.**

**ש. מה זאת אומרת הגבת?**

**ת. הגבתי זה שבמקום לעשות ככה שעשיתי אחרי זה –**

**כ.ה.דותן: במקום להרתיע את הראש אחורה**

**ת. אני בהתחלה הלכתי קדימה עם הראש.**

**ש. זאת אומרת, נישקת אותו?**

**ת. לכמה שניות ראשונות בלבד, וזה כאילו אני עשיתי שתי שגיאות – אחת הלכתי, ואחת הגבתי לשניות של הנשיקה. לשניות אבל. כי אחרי שאני התחלתי ללכת ככה, הוא ידע יופי –**

**כ.ה.דותן : כשהעדה אומרת התחלתי ללכת ככה, היא מדגימה רתיעה לאחור.**

**העדה: כן**

**ש. כשהתחלת ללכת אחורה, אז מה?**

**ת. אז הזרוע שלו תופס אותי ומקריב אותי שוב לפנים שלו, שזה כבר לא היה ברצון ולא שום דבר והוא ידע יופי והוא כפה את עצמו עלי ככה"** (עמ' 16-17 לפרוט').

בהמשך חקירתה הוסיפה המתלוננת והעידה, כי לאחר אותה נשיקה החמיא לה הנאשם והיא מצידה לא הגיבה:

**"ש. ובזמן שהוא נישק אותך בחדר?**

**ת. הוא אמר לי שאני משקת טוב. משהו כזה.**

**ש. את הגבת לזה?**

**ת. שאני מנשקת טוב?**

**ש. לאמירה הזאת, את הגבת לזה?**

**ת. לא.**

**ש. לא במלל וגם לא באיזה שהוא תגובה גופנית?**

**ת. עד כמה שזכור לי לא"** (עמ' 18-19 לפרוט').

העולה מן המקובץ – ההתרשמות היא שתגובותיה של המתלוננת מייד עם כניסתה לחדר, תגובתה האקטיבית ושיתוף הפעולה מצדה לנשיקה עם הנאשם, מתיישבות יותר עם מפגש רצונות שהוא מעבר לביקור תמים של שיחה בין השניים. התרשמות זו מתחזקת מאוד הן לאור האופן בו הגיעה המתלוננת אל החדר, אותה התגנבות-התחמקות שפורטה לעיל והן לאור העובדה כי בין השניים, באותו הערב ממש, מספר שעות קודם לכן, התרחש אירוע חריג בעל גוון מיני: הנשיקה בחדר ההלבשה. בין אם התרחשו הדברים שם, כמתואר בכתב האישום וכגרסת המתלוננת והיה זה הנאשם שנישק את צווארה מאחורה (ר' לדוגמא עמ' 11 ש' 7 לפרוט' והודעתה בנ/1 עמ' 1 ש' 17-19) ובין אם הדברים התרחשו כגרסת הנאשם והמתלוננת היא זו שנישקה אותו או ניסתה לנשקו בצווארו, בעורפו או בכתפו (וראו גרסאות הנאשם בעניין זה בעמ' 268 ש' 8-5, עמ' 304 ש' 3, 28-32 ובהודעתו במשטרה במוצג ת/13 עמ' 3 ש' 12-14 לפרוט') – אין מחלוקת, כי בין השניים התרחש אירוע חריג בעל גוון מיני באותו החדר. אם בחדר ההלבשה הדברים התרחשו כגרסת הנאשם (והמתלוננת נשקה לו) ברי כי יש בהתנהגות שכזו מצד המתלוננת כדי לחזק את גרסתו, כי מאוחר יותר המתלוננת הגיעה לחדר בו לן למטרה מינית; וגם אם נצא מנקודת הנחה, כי הדברים התרחשו כגרסת המתלוננת (הנאשם באופן מפתיע נשק לה) – גם כאן העובדה, כי המתלוננת הגיעה לחדר בו לן, בדרך של התגנבות, ושיתפה פעולה עם נשיקה עמו בתחילת האירוע אינה מתיישבת עם התנהלות מול אדם שרק שעות קודם לכן הטריד אותה מינית לכאורה ע"י כך שנשק לה בניגוד לרצונה, אלא אם כן מטרת הגעתה לחדר בו לן היתה מינית.

מצבה של המתלוננת עת יצאה מהחדר וחזרה למחלקה

המתלוננת תיארה בדרמטיות, בעדותה בבית המשפט, את האופן בו הביאה את האירוע לידי סיום, את הימלטותה מהחדר, ואת הדרך חזרה למחלקה, דרך המסדרון, אז נתקלה באח מוחמד (ממנו כאמור התחמקה, בכוונה ובהצלחה, בדרכה אל החדר) ואת האינטראקציה ביניהם:

**" ובסוף אני עשיתי סוף לזה, אחרי דקה, דקה וחצי, כמה זמן שזה לקח ואני הצלחתי להשתחרר ממנו והסתובבתי וברחתי, פתחתי את הדלת, אני חושבת, אני לא זוכרת אם זה היה סגור לגמרי או חצי סגור, והצלחתי לצאת מהדלת, אני זוכרת שאני בורחת לכיוון חזרה לאיפה שהמחלקה...ואני רצתי לכיוון האח שעבד דרך הדלתות שעשויות מברזל..... אז הגעתי לכיוון לכיוון האח במחלקה שישב שם והוא ראה שמשהו לא בסדר, הוא שאל אותי א.** (המתלוננת ש.ש.) **מה קרה? ואני הייתי בהיסטריה בפנים, לא ידעתי מה, כן, לא. להגיד את זה או לא להגיד, התלבטתי, אני אמרתי אם אני אגיד, אני כאילו חשבתי לעצמי, אני נמצאת בבית חולים פסיכיאטרי, אני חולה מניה דיפרסיה, מי לעולם יאמין לי? אף אחד לא יאמין לי על כזה סיפור.** (עמ' 14-15 לפרוט').

בהמשך חזרה המתלוננת ותיארה, כי כשיצאה מהחדר **"הלכתי מהר מאוד. לא בריצה, אבל ברחתי מהר מאוד**" וכי היתה "**מאוד מאוד**" נסערת ( עמ' 34 ש' 2-6 לפרוט').

מהודעתו של האח מוחמד במשטרה (צורפה כמוצג ת/2) עולה כי עת פגש את המתלוננת במסדרון, לאחר יציאתה מהחדר, התרשם כי מצב רוחה היה "**בסדר. רגיל**" ומשנשאל ע"י החוקר אם היא הייתה נסערת השיב "**לא, לא**" (ת/3 עמ' 1 ש' 15-18). בחקירתו בבית המשפט העיד העד, כי הגם שלא ציין זאת בהודעתו במשטרה, התרשם כי המתלוננת הייתה קצת מתוחה:

**" אני לא זוכר בדיוק איך היו נסיבות השאלה שם ומה, ומה, יכול להיות שאני אמרתי בסדר, רגיל. אבל אני זוכר שכשהיא חזרה משם ואני דיברתי איתה, זה היה פעם שניה שאני מדבר איתה במשמרת, היא נראתה לי קצת מתוחה**" (עמ' 131 ש' 28-31 לפרוט'). עוד מספר העד, כי משראה את המתלוננת חוזרת מהאגף בו לן הנאשם שאל אותה לפשר מעשיה שם והיא השיבה לו שהיא "**סתם הסתובבה שם**" ו"**מה זה לא בסדר**" והוא מצידו אמר לה שזה לא בסדר ואו שתשב בלובי או שתלך לחדר שלה (ת/3 עמ' 1 ש' 5-6).

בעדותה בבית המשפט אישרה המתלוננת את חילופי הדברים שתאר האח מוחמד, שהיו ביניהם באותו מפגש במסדרון (עמ' 35-36 לפרוט'). את הפער בין התרשמותו ממצבה לעומת תאורה שלה באשר למצבה ניסתה להסביר בכך שהשיחה ביניהם היתה חטופה ולכן "**הוא לא כל כך יכול היה לגלות את מצב רוחי**" (עמ' 38 ש' 11-14 לפרוט'). אם כן, העדות האובייקטיבית היחידה באשר למצבה של המתלוננת בשלב זה בו יצאה מהחדר בו התרחש האירוע וחזרה למחלקה אין בה כדי לתמוך בגרסת המתלוננת בהקשר זה.

התייחסות המתלוננת לאירוע כפי שהובאה בפני חלק מעדי התביעה – "אונס" או יחסי מין?

בעדותה בבית המשפט סיפרה המתלוננת, כי מששבה למחלקה פגשה את חברתה לאשפוז, המטופלת הגב' ל.ש (עת/8) וסיפרה לה, כי הנאשם אנס אותה וביקש ממנה לא לספר על שהתרחש. בתגובה, אמרה לה ל.ש כי אם היא (המתלוננת) לא תתלונן על המעשה, היא עצמה תדווח על המקרה (עמ' 15 ש' 11-14 לפרוט'. ההדגשות שלי, ש' ש').

מעדותה של העדה עולה, כי המתלוננת לא אמרה לה כי הנאשם אנס אותה:

**"ואז שאלתי אותה מה קרה ושתספר לי ואז היא הסתכלה עליי ואמרה לי: הזדיינתי עם רם. במילים האלה. זה אני זוכרת. שאלתי אותה מה? אז היא אמרה לי כן. ואז היא ככה תפסה את עצמה ואמרה: אני לא יודעת למה עשיתי את זה, אני לא יודעת למה עשיתי את זה. היא חזרה על זה איזה מיליון פעם והיתה עצבנית**" (עמ' 169 ש' 1-4 לפרוט').

מהמשך עדותה של העדה עולה, כי הגם שהמתלוננת לא אמרה לה כי הנאשם אנס אותה, נוצר אצלה רושם כי המעשים נעשו בכפייה וכנגד רצונה של המתלוננת ("**היא נתנה לי להבין שזה היה בכפייה, שזה לא משהו שהיא רצתה**" -עמ' 170 ש' 10 לפרוט') אך לאחר שזיכרונה של העדה רוענן וניתנה לה האפשרות לקרוא מהודעתה במשטרה (שלא הוגשה כמוצג) העידה כי, דו השיחה בינה לבין המתלוננת היה כדלקמן:

**"ת. שאלתי אותה למה עשית את זה, אז היא אמרה לי כי הייתי מבולבלת. היא אמרה לי: זה לא משהו שרציתי לעשות, הייתי מבולבלת ואני לא יודעת למה עשיתי את זה.**

**ש.טוב, ואז מה קורה אחרי מה שהיא אמרה מה שאמרת לנו?**

**ת. ואז אמרתי לה שהיא חייבת לספר את זה למישהו, והיא לא רצתה ומה אני אעשה ואיך אני אספר לבעל שלי, ואז אמרתי לה את חייבת לספר למישהו ואז בדיוק עבר שם איזה אח שהיה אז בתורנות, אני לא זוכרת בדיוק באיזו מחלקה או משהו, וזהו, והיא הלכה וסיפרה לו. אני באותו הרגע אמרתי שאני הולכת לישון, הייתי מאוד עייפה ואני חזרתי לישון."** (עמ' 171 ש' 15-23 לפרוט').

המתלוננת, מנגד, בעדותה בבית המשפט, הכחישה נמרצות כי אמרה לעדה **"הזדיינתי עם רם**" (מילים אותן העידה גב' ל.ש. מפורשות, כי היא זוכרת מפיה של המתלוננת והדברים מצאו את ביטויים אף בהודעת העדה במשטרה כעולה מעדותה בביהמ"ש שצוטטה לעיל) והתעקשה, כי אמרה לה שהיא נאנסה (עמ' 33 ש' 4-5 לפרוט'). המתלוננת אף ניסתה ליתן הסבר להבדלי הגרסאות, לפיו המידע השתבש בעוברו "בתחנות השונות" וכן שהעדה, הגב' ל.ש., היתה נתונה תחת השפעת כדורים בעת שסיפרה לה את הדברים ומכאן הליקוי בזיכרונה (עמ' 32-33 לפרוט'). דא עקא, קיים קושי לקבל הסבר זה משני טעמים: כפי שיובהר להלן עדה זו היתה הראשונה אותה שיתפה המתלוננת בארועי אותו לילה אך לא היתה היחידה. גם עדים אחרים, שהעידו מטעם התביעה, העידו כי המתלוננת לא אמרה להם כי "נאנסה" כך שהאפשרות כי עדה זו "עיוותה" דברים שאמרה לה המתלוננת היא אמנם אפשרות קיימת אך פחות סבירה משגם עדים נוספים שהובאו מטעם התביעה, אותם שיתפה המתלוננת באירוע מייד לאחר ששוחחה עם עדה זו, העידו כי המתלוננת לא אמרה שנאנסה ע"י הנאשם. ברי, כי אם ניתן לתת אמון בעדותם של העדים הנוספים באותו הקשר- ממילא אין מקום לתלות את הבדלי הגרסאות במצבה של העדה באותו המועד בו מסרה לה המתלוננת את הדברים (להבדיל מהבדלי הגרסאות בין גרסת המתלוננת לעדה זו בכל הנוגע להחדרת האצבעות כפי שנותח ופורט לעיל בפרק הקודם, שם סברתי, כי ניתן ליישב בין הפער בין גרסת המתלוננת לגרסת עדה זו בבלבול של העדה שנובע ממצבה לעת האירוע).

לאחר המטופלת הגב' ל.ש., האדם הבא ששמע את התייחסותה של המתלוננת לאירוע היה האח עדנאן אבו שיח (עת/ 3). עד זה עבד באותו הלילה במשמרת לילה במחלקת המיון אך משהזדמן במקרה למחלקה הפנימית הבחין, כי מספר חולים יושבים ערים במבואה של המחלקה, חרף השעה המאוחרת. הוא פגש באח מוחמד ושאל אותו לפשר הדבר. זה האחרון, ביודעו כי הוא (האח עדנאן) מכיר את המתלוננת, ביקש ממנו לפנות אליה ולברר מדוע היא לא ישנה והוא נעתר לבקשתו(עמ' 106**-**107לפרוט'**).** העד העיד, כי המתלוננת אמרה לו: **"הלילה אני לא יושנת משום מה, סתם. התחילה לדבר על זה כאילו היא פוחדת ממשהו, ונראית כזאת בסערה של פחד. התחילה להזכיר כאילו הלילה, הערב היה לא טוב ודיברה על זה שהיא פוחדת לדבר, לספר**" (עמ' 107 ש' 3-5 לפרוט'). בהמשך היא שיתפה אותו במקור לפחדיה ובמה שעברה באותו הלילה:

**"אז אחר כך אני שאלתי אותה – מי האח שעבד ערב? על מי את מדברת? היא אומרת לי – רם. אמרתי לה – רם הלך הביתה, לא? הולך הביתה כבר. אז אותו רגע אומרת לי עשה לי רע, ואני לא יכולה לספר. אני מפחדת לספר. אמרתי לה הוא לא שומע, הוא לא כאן. אז היא התחילה פתאום בשניה אחת, היא אומרת- בוא, בוא הצידה אני אספר לך. אמרתי לא, תספרי פה ואנחנו נעביר את זה לאח של הלילה. לא.לא. אני לא אספר, בוא תהיה הצידה. אמרתי לה – לא. בשום אופן, תספרי לי פה מה קרה. אני חשבתי האמת, הלך לכיוון אלימות, לא משהו, אז היא אומרת לי – האח רם זיין אותי. אני לא הלכתי לכיוון של, ממש לא, באותו רגע זה קצת נשמע לי מוזר כל הסיפור. אבל אחר כך, אתה לא מבין? אמרה לי, אבל מה קרה אחר כך? אמרתי לה לא הבנתי מה קרה. אז היא אומרת לי – מה אתה לא מבין? הוא זיין אותי בתחת. אתה מטומטם? מ. משהו בסגנון הזה. הייתי המום לשנייה"** (עמ' 108 ש/ 1-12 לפרוט').

הנה כי כן – גם בפני האדם השני אותו שיתפה המתלוננת לאחר האירוע בנסיבות המקרה לא טענה המתלוננת כי נאנסה, אלא השתמשה במינוחים אחרים שיכולים להתיישב גם עם קיום יחסים בהסכמה.

כך עולה גם מעדות האדם השלישי אותו שיתפה המתלוננת לאחר האירוע בנסיבות המקרה – האח עבד קשקוש (עת/ 4). עד זה, בנוסף לעדותו בבית המשפט, מסר הודעה במשטרה בשעות הבוקר המוקדמות שלאחר האירוע ( צורפה כמוצג ת/2) וכן ערך מסמך בכתב ידו, דו"ח, שבו תיעד בזמן אמת את אמרותיה של המתלוננת, בעת שזו סיפרה לו על האירוע אותו עברה ועל השתלשלות הדברים באותו הלילה (צורף כמוצג ת/1). העד העיד, כי את הדברים שרשם בזמן אמת בדו"ח, רשם מפי המתלוננת **"ללא שום תוספת של שום פרשנות. מילה במילה**" (עמ' 123 ש' 8 לפרוט'; עמ' 122 ש' 30 לפרוט'). המאשימה לא מטילה דופי בעדותו של עד זה (שהעיד מטעמה) ומכאן אני מוצא שיש משקל רב לעדותו ולראיות שהוגשו באמצעותו.

מהדו"ח שערך העד עולה, כי המתלוננת סיפרה לו כי הנאשם נשק לה במהלך המשמרת בחדר ההלבשה כשהראה לה תמונה של בני משפחתו וכי מאוחר יותר נענתה להזמנתו להגיע לחדר בו לן (עמ' 1-2 לת/1). לאור חשיבות הדברים אצטט מתוך הדו"ח את התייחסות המתלוננת לאירוע מרגע הכניסה לחדר ועד ליציאתה ממנו, כפי שפירטה בפני העד ותועדה במסמך זה:

**"נכנסתי לחדר. המחשב היה דלוק, סדין על המיטה. ואז רם נישק אותי ואני נשקתי אותו. רם אמר לי באנגלית שאני מנשקת טוב. רם הוריד לי את המכנסיים, החזיק אותי מאחורה חזק, וזיין אותי, הייתה חדירה מלאה, אני לא יודעת אם הוא גמר. לאחר המעשה רם תפס את עצמו וביקש ממני שלא אגלה לאף אחד, אמר לי שהוא נשוי 13 שנים ואף פעם לא קרה אותו** (כך במקור ש.ש.) **מקרה כזה. הוא פחד ממוחמד שיושב במחלקה. הבטחתי לו שלא אגלה לאף אחד. אמר שעוד יגידו שאני** (המתלוננת ש.ש.) **במצב מאני ואני ( רם) נצלתי אותך, וזה עלול להרוס לו את הקריירה. "**

גם בהודעתו במשטרה (מוצג ת/2) מסר העד, כי המתלוננת אמרה לו שהנאשם **"קיים איתה יחסים**" והוסיף, כי "**היא היתה עם נקיפות מצפון על המעשה שלה. הבחורה היתה מאוד נסערת. התגובה שלה היתה מאוד נסערת"**. (עמ' 2 ש' 4-7).

בחקירתו בבית המשפט נשאל למה התכוון בהודעתו במשטרה, כי היו למתלוננת נקיפות מצפון "**על המעשה שלה**" והבהיר, כי התרשם מכך שנקיפות המצפון נבעו מהמעשה המיני (עמ' 119 ש' 7-15 לפרוט').

ניתן להסיק מעדותו של עד זה, מהודעתו במשטרה ובעיקר מהדו"ח שערך בזמן אמת בו רשם מפי המתלוננת, בגוף ראשון, את הדברים שמסרה לו – כי המתלוננת לא טענה בפניו כי הנאשם אנס אותה ובכל אופן לא השתמשה במונחים שאינם יכולים להתיישב גם עם קיום יחסים בהסכמה. מעבר לכך – אם אכן הדברים שאמר הנאשם למתלוננת בתום האירוע הם הדברים שמצאו את ביטויים בדו"ח זה (שכאמור נכתב מפי המתלוננת בזמן אמת) הרי המסקנה המתבקשת מכך היא שגם לגישת הנאשם עצמו במועד האירוע, המגע המיני שהתקיים בין השניים נעשה בהסכמה. שהרי, אם חששו של הנאשם מייד עם תום האירוע המיני בחדר הסתכם בכך "**שעוד יגידו שאני (המתלוננת) במצב מאני ואני (רם ) ניצלתי אותך, וזה עלול להרוס לי את הקריירה**" אזי משתמע מכך שהמגע המיני בין השניים בוצע בהסכמה וחששו של הנאשם נבע מהעובדה כי ביצע את המעשים עם מטופלת במקום העבודה. אם לא היתה הסכמה למגע המיני היעלה על הדעת שאלו הדברים שיאמר האנס לקורבנו במטרה להניא אותו מלהתלונן?

בניתוח עדותו של עד זה מפנה המאשימה בסיכומיה לעדותו של ד"ר גורשטיין (עת/13) שהעיד, כי בשיחה שערך עם המתלוננת לאחר האירוע נכח גם עד זה (האח עבד קשקוש) וכי באותה שיחה המתלוננת טענה כי הנאשם "אנס" אותה (ר' עדות ד"ר גורשטיין בעמ' 241 לפרוט' וכן תאור המפגש כפי שתיעד במוצג ת/11). המאשימה בסיכומיה מכוונת לכך שמדובר באותה השיחה שתיעד האח קשקוש בדו"ח מטעמו (מוצג ת/1) ומכאן שקיים פער בין הדברים (עמ' 25 לסיכומי המאשימה). מאחר שלא ד"ר גורשטיין ולא האח קשקוש נשאלו במהלך עדותם אם מדובר היה אכן באותה שיחה (היינו, האם המפגש שתיאר ד"ר גורשטיין בת/11 ובה נכח גם האח קשקוש הוא אותו המפגש אותו תיעד האח קשקוש במוצג ת/1) נאלצתי לבדוק את העניין לעומק מן הראיות. מן הראיות שהובאו לתיק בית המשפט עולה, כי ככל הנראה לא מדובר באותו מפגש וכי המפגש שתיעד ד"ר גורשטיין בת/11 התקיים מאוחר יותר לשיחה שערך האח קשקוש עם המתלוננת ותועדה בת/1 : מעדותו של ד"ר גורשטיין בבית המשפט עולה, כי הוא הוזמן לפי בקשת האח קשקוש וכשהגיע האח קשקוש כבר עדכן אותו במה שקרה ואז ישבו ביחד עם המתלוננת (עמ' 241 ש' 23-24 לפרוט'); האח קשקוש לא הזכיר בעדותו, כי הדברים שאמרה לו המתלוננת ונרשמו מפיה בדו"ח שערך (מוצג ת/1) נאמרו בנוכחות אדם נוסף וכך עולה גם מהדברים שמסר בהודעתו במשטרה שם התייחס במפורש למועד, לנסיבות ולמקום בו נערכה אותה שיחה עם המתלוננת (ר' מוצג ת/2 בעמ' 1 בחלק התחתון); בנוסף, מהודעת האח קשקוש במשטרה עולה, כי השיחה שערך עם המתלוננת ותועדה על ידו נערכה בערך לקראת השעה 3:00 בבוקר (תיאר כי נכנס למחלקה לקראת השעה 2:30, פגש במתלוננת וניסה לדובב אותה, ולאחר כרבע שעה נקרא על ידי הצוות לדבר איתה ואז נכנסו לחדר האחיות ונערכה השיחה המדוברת – ר' בעמ' 1 למוצג ת/2) ואילו מסיכום המפגש שערך ד"ר גורשטיין (ת/11) עולה כי המפגש המתואר התקיים בשעה 4:31 בבוקר. מכאן שלא מן הנמנע, כי המתלוננת אמנם תיארה בפני ד"ר גורשטיין, כי "נאנסה" אך קודם לכן בפני האח קשקוש (כמו גם העדים האחרים שפורטו לעיל) לא השתמשה במינוח זה אלא במינוחים אחרים שיכולים להתיישב גם עם קיום יחסים בהסכמה.

בהקשר זה יצויין, כי מעדותו של ד"ר חגי מעוז (עת/10), ששימש כרופא תורן במחלקה מהבוקר ביום שלמחרת האירוע, עולה כי נמסר לו על ידי הרופא התורן מהערב הקודם, ד"ר גורשטיין, כי המתלוננת התלוננה על כך "**שהיו יחסי מין בלילה לפני כן**" (עמ' 190 ש' 27 לפרוט') ואת המשפט "**שהיו ביניהם יחסי מין**" שמע גם הוא מהמתלוננת עצמה משפגש בה בשעות הצהריים שלמחרת האירוע, לאחר שחזרה מבדיקה גופנית בביה"ח וולפסון (עמ' 192 ש' 7, עמ' 194 ש' 20-29 לפרוט'). העד נשאל מפורשות אם המתלוננת השתמשה במילה "אונס" והשיב "**למיטב זכרוני, לא. אני אגיד יותר מזה, לא"** (עמ' 199 ש' 9 לפרוט'). גם מעדותו של עד זה עולה, כי המתלוננת תיארה בפניו "**הרבה תחושות של אשמה**" שנבעו לא רק מעצם הגעתה לחדר אלא גם על זה ששיתפה פעולה באירוע (ר' עמ' 192 ש' 30- 193 ש' 2 לפרוט; עמ' 197 ש' 19-23 לפרוט' וראו גם עמ' 10 לדו"ח "רפורט סיעוד יומי" שבתוך מוצג ת/5 מיום 15.4.06 משעה 14:32).

מניתוח העדויות שהובאו לעיל המסקנה המתבקשת היא, כי התייחסות המתלוננת לאירוע כפי שהובאה בפני חלק מעדי התביעה, בעיקר אלו הראשונים אותם שיתפה בהמשך אותו לילה בו התרחש האירוע, לא הייתה לאירוע "אונס". במהלך פרק הזמן הסמוך לאחר האירוע ואף בבוקר למחרת המתלוננת לא השתמשה במונח זה אלא במינוחים אחרים שיכולים להתיישב גם עם קיום יחסים בהסכמה, זאת בפני עדי תביעה שונים. זה המקום לציין, כי המתלוננת ידעה לומר בפה מלא כי נאנסה על ידי הנאשם רק בשלבים מאוחרים יותר, לאחר התערבות המשטרה ושליחתה לבדיקה גניקולוגית. כך, ד"ר גדי מאיר (עת/7), הרופא המטפל העיקרי במתלוננת, שהוזעק לבית החולים בעקבות האירוע ופגש במתלוננת בצהרי יום שבת (יום למחרת האירוע) העיד באופן חד משמעי, כי בפניו המתלוננת השתמשה במונח "אונס" בתארה את האירוע (ראו עמ' 153 ש' 12, עמ' 162 ש' 12-14 לפרוט' וכן הודעת העד במשטרה ביום 27.6.06, מוצג נ/6 בעמ' 1 ש' 25).

לא ניתן לקבל הסבר לפיו אמרה המתלוננת, לכל העדים הללו, כי נאנסה והם מחמת בלבול או שכחה סברו כי לא השתמשה במונח זה (הסבר אפשרי שהעלתה המתלוננת בקשר לעדותה של המטופלת גב' ל.ש. בהקשר זה, כפי שפורט לעיל). העובדה כי מדובר במספר עדים, ששמעו מפי המתלוננת את הדברים (ואחד מהם תיעד את הדברים בזמן אמת – האח קשקוש) גם מאיינת את האפשרות כי מדובר במידע ש"השתבש" לאחר שעבר ב"תחנות שונות" (הסבר אפשרי אחר שהעלתה המתלוננת).

הסברים אפשריים אחרים שהעלתה המאשימה לכך שהמתלוננת לא השתמשה במינוח "אונס" הם, כי "**לא ניתן לשים לב לטרמינולוגיה ולסמנטיקה בעת דיווח אודות אירוע כה טראומתי**" וכי תאור המעשים לגופם, שהובא בפני עדים, נעשה בלשון קשה ובוטה המתאר את המעשה המיני כמעשה כוחני ולא כמעשה הדדי ("**רם זיין אותי"** וכו') ומכאן מתבקשת מסקנה, כי מדובר באונס. על הסברים אלו הצביעה ב"כ המאשימה בסיכומיה בהתבסס על עדותה של המתלוננת שסיפקה אותם ( ר' לדוגמא עמ' 24-25 לסיכומי המאשימה ועדות המתלוננת בעמ' 41 לפרוט'). קיים קושי לקבל את הטיעון, כי בגלל טרמינולוגיה וסמנטיקה או משום ש"**עברית אינה שפת האם"** של המתלוננת, זו לא השתמשה במונח "אונס" (עמ' 25 לסיכומי המאשימה) בשעה שההסבר **הראשון** אותו סיפקה המתלוננת לגרסת המטופלת ל.ש. שהעידה, כי המתלוננת לא אמרה לה כי "נאנסה" היה כי העדה התבלבלה או לא זכרה וכי היא, המתלוננת, אמרה לה כי מדובר באונס ואין כלל אפשרות להגדיר את האירוע באופן אחר (עמ' 32 ש' 17-20 לפרוט',עמ' 33 ש' 1 לפרוט'). קיים גם קושי רב ללמוד מתיאור המעשה המיני לגופו, כפי שהובא בפני העדים מפי המתלוננת, שמסכים אני עם ב"כ המאשימה כי תואר כמעשה חד צדדי, כי בהכרח המסקנה המתחייבת מכך היא כי המעשה נעשה שלא בהסכמה (ר' עדות המתלוננת בעמ' 41 ש' 24-31 לפרוט'). ראשית – יש לזכור כי האקט המיני עצמו נמשך **כדקה** לגרסת המתלוננת עצמה כך שמן הסתם ממעשה בעילה שנמשך פרק זמן קצר שכזה קשה ללמוד "הדדיות". שנית, וזה העיקר, לא ניתן לנתק את המעשה המיני עצמו, אקט החדירה, מכלל ההתרחשות בחדר. לכן, כוחני וחד צדדי מעשה הבעילה ככל שיהיה הוא עדיין לא יכול להסביר את העובדה, כי המתלוננת שיתפה פעולה עם הנאשם בנשיקה עמו, עם כניסתה לחדר, ואת העובדה כי כל העדים שעדותם נותחה בפרק זה ואותם שיתפה המתלוננת באירוע וסיפרה להם על תחושותיה העידו, כי ניכרו מדברי המתלוננת נקיפות מצפון– רגשות אשמה שחשה בעקבות חלקה באירוע ושיתוף הפעולה מצידה (ראו לענין זה עדות האח קשקוש וד"ר חגי מעוז שפורטו לעיל וכן ראו עדות ד"ר מעוז בעמ' 197 ש' 19-27 לפרוט' וכן עדות המטופלת הגב' ל.ש בעמ' 170-171 לפרוט').

סיכומו של דבר – ניתוח העדויות והראיות שהובאו לעיל תומך באופן משמעותי בגרסת הנאשם, כי המעשים המיניים בינו לבין המתלוננת, שנעשו בחדר באותן דקות בודדות בהן התרחש האירוע נשוא האישום – נעשו בהסכמתה, או נחזו כאילו המתלוננת מסכימה להם.

עם זה, אציין כי אם הייתי צריך להכריע בין גרסת הנאשם לגרסת המתלוננת למה שהתרחש באותן דקות, איזו מבין שתי הגרסאות קרובה יותר לאמת – הייתי בוחר בגרסת המתלוננת, חרף כל הראיות והעדויות שנותחו בפרק זה. יש לזכור, כי בניתוח לעיל התייחסתי רק לאותן ראיות ועדויות אותן מצאתי בעלות משקל לתמיכה בגרסת הנאשם כי המעשים בוצעו בהסכמה ובחנתי אותן אל מול ההסתייגויות שהציגה המאשימה בהקשרן. גרסת הנאשם בכללותה בקשר לאירוע נשוא האישום, מעבר לשאלת ההסכמה, לא נבחנה ולא נותחה במסגרת פרק זה, אך אציין כי התרשמתי כי הנאשם לא הסתפק רק באי אמירת אמת לגבי עצם קיומו של מעשה הבעילה אלא גם לאופן בו התרחשו המעשים בחדר. הדברים בולטים במיוחד בניסיונותיו של הנאשם לצייר את עצמו כ"קדוש מעונה" בכל הנוגע לחלקו באירוע המיני שהתרחש בחדר: ניסה למנוע מהמתלוננת את ביצוע המעשים,הדף אותה פעם אחר פעם ולא פיתח כלל את האירוע המיני מיוזמתו (עמ' 331, 332,370 לפרוט'). ברם, בכך אין די בכדי להגיע למסקנה לפיה המערך העובדתי הכולל מאשש את יסוד אי ההסכמה מצד המתלוננת ושולל כל תרחיש אפשרי אחר, המתיישב עם גרסתו של הנאשם כי המעשים בוצעו בהסכמה. בעובדות ובראיות שהובאו ונותחו לעיל יש במצטבר די והותר בכדי לעלות כדי אותו ספק סביר לפיו המעשים בוצעו שלא בהיעדר הסכמה מצד המתלוננת. ההלכות בעניין זה ידועות: ספק סביר מתקיים כאשר ניתן להסיק מחומר הראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם, מסקנה שהסתברותה "**אינה אפסית אלא סובסטנטיבית**" (ראה [ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד מד](http://www.nevo.co.il/case/17942148)(3) 371, 465. אמנם קשה להגדיר מהו "ספק סביר" אך קל יותר להגדירו על דרך השלילה. לשאלה מתי נאמר כי אין בפנינו ספק סביר נדרש לדוגמא בית המשפט העליון ב[ע"פ 3974/92 אזולאי נ. מדינת ישראל, פ"ד מז](http://www.nevo.co.il/case/17921630)(2) 565, שם נאמרו הדברים הבאים:

**"על בית-המשפט לשקול את מארג הראיות המצביע לכיוון קיומה של העובדה המפלילה, לעומת הסבריו של הנאשם והסברים היפותטים סבירים אחרים. אם ממכלול הראיות האפשרות להסיק קיום עובדה שאין בה אשמה של הנאשם היא אפשרות דמיונית, ואילו המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת ממכלול הראיות, בהתחשב במשקלן, היא קיומה של העובדה שיש בה אשמת הנאשם – הרי שמכלול ראיות זה מספיק להוכחת האשמה בוודאות הדרושה במשפט הפלילי".** (פסקה 13 לפסה"ד).

מארג העדויות והראיות שנותח לעיל מביא לכך שלא ניתן להגיע למסקנה הגיונית יחידה המצביעה על היעדר הסכמה מצד המתלוננת למעשים ומכאן על אשמתו של הנאשם. ממסכת העדויות והראיות אשר הונחה לפתחו של בית המשפט ונותחה לעיל ניתן לזהות את תווי דמותו של "הספק הסביר" בכל הנוגע לשאלת היעדר ההסכמה. ספק זה מתחזק נוכח שני טעמים משמעותיים נוספים: ראשית, אשוב ואזכיר כי מצבה הרפואי-נפשי של המתלוננת עובר לאירוע, כעולה מתיקה הרפואי ומעדויות אובייקטיביות אחרות, היה לקוי ברמה מסוימת (עליה יש מחלוקת) והדבר בא לידי ביטוי בכך שהייתה בין השאר "מוצפת מינית" (ר' לעניין זה לדוגמא בעמ' 52 לסיכומי המאשימה ובס' 383 לסיכומי ב"כ הנאשם) עובדה בה מתקשה המתלוננת להודות (ועל כך בהמשך); ושנית, מניע אפשרי שהעלה הנאשם לכך שהמתלוננת טופלת עליו אשמת שווא הוא חרטה עמוקה ותחושות אשמה שחשה משקיימה מגע מיני עם אדם אחר מבעלה וחששה מתגובתו של בעלה (ר' עדות הנאשם בעמ' 377 לפרוט'). המתלוננת שללה מניע זה מכל וכל והוסיפה וטענה כי **"הבעל שלי בכלל לא מפחיד אותי...הוא ידע שהלכתי לבית חולים פסיכיאטרי, אני בכלל לא מפחדת ממנו..."** (עמ' 19 ש' 27-30 לפרוט'). גרסת הנאשם בקשר למניע המדובר אמנם לא הוכחה אך בהחלט לא נשללה ואף זכתה לתימוכין בעדויות שהובאו מטעם המאשימה של עדים בפניהם חשפה המתלוננת חששות מצידה בחשיפת האירוע בפני בעלה (ר' עדות המטופלת הגב' ל.ש, עת/8, בעמ' 171 ש' 20 לפרוט' ועדות ד"ר גורשטיין, עת/13, בעמ' 241 לפרוט' וכן הדברים שרשם במסמך המתאר את המפגש שערך המתלוננת- מוצג ת/11)

**האם הייתה המתלוננת שרויה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית והנאשם ניצל מצבה זה?**

[סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק קובע: **"הבועל אישה תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית הרי הוא אונס ודינו – מאסר שש עשרה שנים"**. קודם לתיקון החוק, אשר נתקבל ביום 20 ביוני 2001 (להלן: "**תיקון 61**"), נוסחה של סיפת הסעיף היה **"מצב אחר המונע ממנה התנגדות**" ולא "**מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית**". תיקון 61 ביטל את הדרישה לשימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ או איום בעבירת האינוס, והסיט את מרכז הכובד לעבר הסכמתה של האישה למעשה הבעילה. בדברי ההסבר לתיקון 61 הובאו דבריו של בית המשפט ב[ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/case/5678391)(3) 289, בו התייחס השופט י' אנגלרד לדרישת הכפייה:

**"דעתי אינה נוחה מדרישת הכפייה, אשר מעוררת ביקורת מוצדקת, מפני שבמקרים מסויימים היא מקימה לתחיה את הדרישה המופנית כלפי האישה להתנגד או להביע אי-רצון. התוצאה היא כי הבועל לא יורשע כדין אף שפעל ללא הסכמת האשה... מן הראוי כי גורמי החקיקה יתנו את דעתם על תיקון המצב, אשר יביא לידי כך כי דיני האינוס יגנו הגנה מלאה על כבוד האשה וחירותה"** (שם, בעמ' 313).

והטעים השופט מ' חשין:

**"...פלישה לגופה של אישה מפרה – ומפרה באורח גס – את האוטונומיה של האשה על גופה. די בכך שאשה אינה נותנת הסכמתה לבוא אליה, ואין כל צורך ברכיב של אלימות להפרת כבודה, אישיותה והאוטונומיה של רצונה החופשי"** (שם, בעמ' 331).

בעבר פסק בית משפט זה כי "**מצב אחר המונע התנגדות**" (בהתאם ללשונו של הסעיף עובר לתיקון 61), יכול שמקורו יהיה במצב פיזי או מצב נפשי בו נתון הקורבן ([ע"פ 1339/91 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/case/17911538)(1) 788, 791 (1992); [דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/17928503)(5) 845, 860-859 (1995). עוד נקבע, כי משמעותו של מצב זה אינה מניעה מוחלטת של היכולת לגבש הסכמה חופשית או התנגדות, אלא די בהחלשה מהותית של יכולת זו, אם כי אין די בהחלשה כלשהי. לשון אחר, התיבה "**מצב אחר המונע התנגדות**" מתייחסת למצב דברים בו נשללת מן הקורבן, בעיקרה, יכולת אפקטיבית להתנגד למעשה הנעשה בגופו, אולם לא נדרש כי יכולת זו תישלל כליל ([ע"פ 5622/01 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/case/6024551)(5) 481, 489 (2002); [ע"פ 10830/02 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/6241333)(3) 823, 847 (2004).

גם לאחר תיקון 61, עם החלפת הדרישה של "**מצב אחר המונע ממנה התנגדות**" בדרישה ל"**מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית**", קבע בית המשפט העליון כי יש להוכיח את אותה מידה של שלילת יכולת, מדרך קל וחומר. היטיב לבטא את הדברים כב' השופט ח. מלצר ב[ע"פ 7296/07](http://www.nevo.co.il/case/6236734) **איתן תורן נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגר נבו):

**"כאמור, נוסח הסיפא של סעיף 345(א)(4) טרם תיקון 61, היה 'מצב אחר המונע ממנה התנגדות'. בעבר נפסק, לא אחת, מפי בית משפט זה כי פרשנות המילים – 'מצב אחר המונע התנגדות', איננו מצריך מניעה מוחלטת של היכולת לגבש התנגדות, אלא די בהחלשה מהותית של יכולת זו, אם כי אין די בהחלשה כלשהי (**[**ע"פ 5622/01 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו**](http://www.nevo.co.il/case/6024551)**(5) 481, 489 (2002);** [**ע"פ 10830/02 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח**](http://www.nevo.co.il/case/6241333)**(3) 823, 847 (2004)). פרשנות זו יפה לטעמי ועל דרך של קל וחומר אף לנוסח החדש של סעיף 345(א)(4), לאחר תיקון 61, הדורש כאמור כי האישה תהיה ב'מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית'. לשיטתי, די בכך שנשללה מן הקורבן, היכולת האפקטיבית לתת הסכמה מודעת ואין צורך להוכיח – לשם קיום החלופה האמורה – כי יכולת זו נשללה בצורה מוחלטת. יתר על כן, אם האישה בשל מצבה הגיעה לכדי אובדן כושר ליתן הסכמה חופשית (ואפילו הדבר נבע מנטילת סמים מרצון), כי אז הבועל אותה, תוך ניצולה מצבה זה – מבצע אונס"** (ס' 12 לפסה"ד).

לעניין מידת שלילת היכולת התייחס גם כב' השופט חשין ב[דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/17928503)(5) 845. בפרשה זו נדרש בית המשפט, אמנם, לסעיף בנוסחו הקודם, אולם יפים הדברים גם לענייננו והם צוטטו ואומצו אף בפסיקת בית המשפט העליון שנדרשה לסוגייה לאחר התיקון (ראו לדוגמא ב[ע"פ 2085/07](http://www.nevo.co.il/case/5943622) **אלי פלח נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] תק-על 2009(2), 3588,עמ' 3599) :

**"אינני סבור כי פלוני יחויב בדין רק במקום שיכולת ההתנגדות של הקורבן תישלל מכול וכול. לדידי, די אם יכולת ההתנגדות תישלל באורח מהותי, ואין הכרח כי תישלל לחלוטין... אכן, די בפגיעה מהותית בחופש הרצון והבחירה, והנאשם – שידע על אותה פגיעה – יחויב בדינו. זו נורמת התנהגות שנקבע ליחסי אנוש בחברתנו; אלה ערכים שברצוננו לחיות בהם; וזו מדיניות שראוי לנו כי ניאחז בה בחוזקה. בפרשנו את צירוף התיבות 'מצב אחר המונע את התנגדותו' של הקורבן, עיסוקנו הוא בערכים של חברה וביצירתה של נורמה על-פי המחוקק. זו חובה הוטלה על בית המשפט ובמלאנו חובה זו שעלינו, נכון יהיה אם נשווה ערך נעלה ככל הניתן לכבוד האדם, לחופש הבחירה שניתן לו בידי האל, שלחופש נולד"** (שם, בעמ' 860).

לגישת המאשימה – התנאים הנדרשים לצורך הרשעה בעבירת האונס לפי החלופה הקבועה [בסעיף 345א(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.4) סיפא לחוק מתקיימים בענייננו. המתלוננת היתה במצב היפו מאני (ועל פי ראיות מסוימות – במצב מאני), מצב העולה כדי "מצב אחר" אשר אינו מאפשר מתן הסכמה חופשית למעשה הבעילה, כדרישת הסעיף (ראו עמ' 6,52 לסיכומי המאשימה). לגישת ב"כ הנאשם – המתלוננת לא היתה במועד האירוע במצב מאני, מצבה הנפשי לא היה שונה ממצבו של כל אדם אחר המסכים לקיים מגע מיני עם אדם אחר וכי לא הוכח כי המתלוננת היתה נתונה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית למגע המיני כדרישת הסעיף (ראו ס' 237,267, 371 לסיכומי ב"כ הנאשם).

קיימים מספר קשיים אובייקטיביים להכרעה בשאלת מצבה הנפשי של המתלוננת במועד האירוע, האם היתה במצב "היפו-מאני" או שמא מצב העולה כדי מצב "מאני" והאם מצבה זה מנע ממנה, או שלל ממנה באופן אפקטיבי, את האפשרות לתת הסכמה מודעת למגע המיני. אפרט את הקשיים לאורן של העובדות שאינן שנויות במחלוקת, העולות מחומר הראיות והעדויות:

1. כפועל יוצא ממחלתה, חלו תנודות רבות במצבה הנפשי של המתלוננת ובכשירותה במהלך התקופה הרלוונטית, ואלו התרחשו גם תוך פרקי זמן של שעות בודדות: כעולה מתיקה הרפואי של המתלוננת (מוצג ת/5) ומעדויות הרופאים המטפלים, אושפזה המתלוננת לראשונה בבית החולים לאשפוז קצר בחודש דצמבר 2004 ואובחנה כסובלת מדיכאון לאחר לידה וממאניה דיפרסיה (ראו עדות המתלוננת בעמ' 6 לפרוט'). בשנת 2005 חזרה המתלוננת לבית החולים לשני אשפוזים נוספים, כשהאחרון מביניהם היה סמוך לחודש נובמבר 2005 ונמשך עשרה חודשים (עמ' 6 -7 לפרוט'). במהלך אשפוז זה התרחש האירוע נשוא כתב האישום. במסגרת אשפוזה זה אובחנה המתלוננת כסובלת מהפרעה בי-פולארית, מניה דיפרסיה וכן הפרעת אישיות גבולית (ראו עדות עת/ 11 – ד"ר טרבס, מנהל המחלקה בעמ' 202 ש' 21-22 לפרוט' וכן מסמך מאת עת/12, ד"ר קריגר, סגן מנהל המחלקה שצורף כמוצג ת/10). הפרעה\מחלה נפשית זו מתאפיינת במעבר בין מצבים נפשיים שונים. הייטיב לבטא זאת ד"ר קריגר (עת/12) בעדותו: **"במחלה ביפולרית יש מספר מצבים שהם מצבים לא תקינים, וזה הולך מצד אחד לכיוון הדכאוני שזה נקרא ביפולרית, יש את הפול, הקוטב הדכאוני, ויש את הקוטב המאני. עכשיו, הקוטב המאני הוא לא קוטב שבן אדם קופץ אליו מבריאות שלמה להופ, להיות במצב מאני, אלא שיש איזשהו מדרג ובד"כ מה שקורה זה שאנשים עוברים ממצב סביר, תקין, למצב שאנו קוראים לו מצב היפומאני, הוא מרגיש חלק מהסימנים המלאים של מאניה ואח"כ יכולים גם לעבור למצב מאני מלא שכולל את כל הסימנים שידועים בספרות למצב כזה וחולים יכולים להתנדנד בין המצבים האלה. כלומר, במיוחד כשהם נמצאים תחת טיפול, אם אנחנו לפעמים מאזנים יותר טוב, לפעמים פחות טוב אז יש תנודות במצב בין מצבים היפומאניים למצבים מאניים."** (עמ' 218 ש' 18-27 לפרוט'). עוד הבהיר עד זה, כי המעברים בין המצבים הם נזילים, ובמקרה של המתלוננת יכולים להתרחש גם בפרקי זמן של שעות: "**...במצב שבן אדם נמצא בגל של המחלה אז הדברים הם יכולים להיות די נזילים, לפעמים אפילו פרקי זמן של ימים ספורים, לפעמים אפילו פחות, במיוחד במצבים שהתנודות הן חריפות וכשקראתי את התיק שלה ראיתי שבשבועות לפני אותו אירוע אז אנחנו מתארים הרבה תנודות חריפות במצב שלה. פתאום היא הרבה יותר ככה, פתאום היא יורדת, עולה שוב פעם, יורדת, או דברים כאלה יכולים להיות אפילו בפרקי זמן של שעות"** (עמ' 219-220 לפרוט'). על התנודתיות הרבה בין המצבים, שיכולים להשתנות גם בפרקי זמן של שעות, העידו אף יתר העדים מהצוות הרפואי שטיפלו במתלוננת ונשאלו על כך ( ראו עדות ד"ר טרווס, עת/11 בעמ' 205 ש' 12-13 לפרוט') ועדות ד"ר איגור ברש (עה/2) שהעיד מטעם ההגנה ועמד על חשיבות בחינת המצב הנפשי, על ידי עריכת בדיקה פסיכיאטרית, בסמוך לאירוע הרלוונטי (עמ' 318 ש' 11-13 לפרוט').
2. לא ניתן ללמוד מעצם אשפוזה מרצון של המתלוננת ביום האירוע דבר על מצבה הנפשי בכל הנוגע לסוגייה נשוא דיוננו : אין מחלוקת כי ביום האירוע, ערב חג הפסח, הייתה המתלוננת אמורה להישאר בביתה והייתה למעשה בחופשה מהאשפוז. לאחר ויכוח שהתקיים בינה לבין בעלה, אודות סוגיית אירוח בנו בערב החג, החליטה המתלוננת, על דעת עצמה, לשוב לבית החולים, שכן לא נקרתה בדרכה אפשרות אחרת, כלשונה: **"זה היה בדיוק פסח והייתי בבית עם הבעל שלי והילדה שלי.... עכשיו, אני אמרתי לו שאני פשוט לא מוכנה בשום אופן שהוא יביא את הבן שלו כשאני יושבת ומרגישה על פנים. אז מה שקרה החלטתי שאני פשוט חוזרת לבית חולים, לא היה לי איפה ללכת,ואני הייתי כל כך נסערת וכל כך כעסתי אז חזרתי לבית חולים ביום שישי, במקום לבלות עם המשפחה שלי בבית, הגעתי לבית חולים"** (עמ' 9 ש' 14-23 לפרוט'). המתלוננת מרצונה חזרה מחופשת האשפוז, נקלטה ואושפזה בבית החולים. אשפוזה במחלקה, עם חזרתה הלא צפויה מהחופשה, נעשה מאחר שעוד לא הגיעה לאיזון שמאפשר שחרור מוחלט ( על תהליך השחרור ראו עדות ד"ר קריגר, עת/12, בעמ' 227 לפרוט', על העובדה כי המתלוננת לא היתה מאוזנת עת חזרה מחופשה ראו עדות ד"ר טרווס, עת/11 בעמ' 30-33 לפרוט' ועדות ד"ר איגור ברש, עה/2, בעמ' 328 לפרוט' שהעיד בהסתמך על תיקה הרפואי של המתלוננת – מוצג ת/5) אבל אין כל ראיות או עדויות שאשפוזה נדרש בגלל **החמרה** במצבה הנפשי באופן שיש בו כדי להשליך על יכולתה ליתן הסכמה מודעת למגע מיני.
3. עדות המתלוננת באשר למצבה הנפשי במועד האירוע ועדות הנאשם באשר למצבה אינן מהימנות ומשקלן מועט: המתלוננת באופן עקבי מסרבת להודות, כי לסימפטומים של מחלתה \ ההפרעה הנפשית ממנה סבלה באותה העת היה קשר להתנהגותה ביום האירוע או בכלל במהלך אשפוזה. הגם שיש ראיות ועדויות למכביר, כי במצבים בהם היתה המתלוננת במצב היפומאני – מאני, הייתה "מוצפת מינית" ובעלת התנהגות מינית יותר מוחצנת ומפתה (עובדות אלו מוסכמות הן על המאשימה והן על ההגנה – ראו לדוגמא עמ' 46 לסיכומי המאשימה ועדות ד"ר טרווס עת/11 בעמ' 208 לפרוט' וכן עמ' 94 לסיכומי המאשימה ועדות ד"ר ברש, עה/2 בעמ' 327 לפרוט') המתלוננת העידה באופן נחרץ, כי לא הרגישה מעולם במהלך אשפוזיה בעוררות מינית כתוצאה ממחלתה\ההפרעה הנפשית ממנה סבלה (עמ' 26 ש' 1-16, עמ' 49 ש' 19-21, עמ' 50 ש' 11-20 לפרוט') ובפרט לא ביום האירוע (עמ' 25 ש' 26 לפרוט'). לגישתה, תיעוד רפואי לפיו הייתה שרויה בעוררות מינית במחלקה הוא תיעוד שגוי (עמ' 23 ש' 12-14 לפרוט') וגם משהתבקשה ממנה התייחסות לתיעוד מסוים של הצוות הסיעודי להתנהגות מינית חריגה מצידה – הכחישה את האירוע וטענה כי האחות שתיעדה את הדברים שונאת אותה (עמ' 51-52 לפרוט'). העובדה, כי המתלוננת אינה מוכנה להודות בסימפטומים אלו של מחלתה\ ההפרעה הנפשית ממנה סבלה מציבה קושי של ממש בקביעת מצבה הנפשי למועד האירוע, שלענייננו (בחינת היכולת ליתן הסכמה) נגזר באופן ישיר מהתקיימותם או אי התקיימותם של סימפטומים אלו. מן הצד הנגדי – גם את גרסת הנאשם באשר למצבה הנפשי של המתלוננת יש לבחון בזהירות רבה. לא קיים תיעוד (לא מידי הנאשם ולא בכלל) ברפורט הסיעודי בתיקה הרפואי של המתלוננת (מוצג ת/5) מיום האירוע ממנו עולה כי הייתה במצב מאני –היפו מאני או בעוררות מינית. ההיפך הוא הנכון: מהתיעוד האחרון ברפורט הסיעודי טרם התרחש האירוע, תיעוד שנערך ע"י הנאשם מהשעות שקדמו לאירוע, עולה כי הנאשם והמתלוננת שוחחו ארוכות עובר לאירוע על הסיבות שבחרה לחזור מהחופשה ולהתאשפז במחלקה והתיעוד מסתיים בציון שהמתלוננת "**שקטה, רגועה, מצב רוחה טוב, חברותית, נהנית להיות כאן"** (עמ' 11 לרפורט הסיעודי, תיעוד משעה 19:41 14.4.06). עם זה, ניכר מהרפורט הסיעודי, מהימים שקדמו לאירוע, כי המתלוננת סבלה ממצבי רוח משתנים, רבים הפעמים בהם היתה ב"**מצב רוח מרומם"** (ראו בתיעודים מיום 9-10.4.06) ובתיעוד האחרון שקדם לשחרורה לחופשה ממנה חזרה ביום האירוע נכתב, ע"י הנאשם, כי מעבר למצבי רוח משתנים היא **"מעט יותר רגועה ועצובה אך עדיין גוון מעט מאני"** (תיעוד מיום 12.4.06 משעה 13:58). בהודעתו הראשונה של הנאשם במשטרה התייחס הנאשם למצבה הנפשי של המתלוננת בשעות שקדמו לאירוע כמו גם באירוע עצמו ותיאר את התנהגות המתלוננת כבמצב מאני שמתבטא בעודף מיניות (ראו ת/13 עמ' 4 ש' 5-7), ציין שעת נכנסה לחדר בו לן הטיח בה, כי היא במצב מאני וחסרת שיפוט (ת/13 עמ' 3 ש' 5-6 ובעמ' 4 ש' 13-17) והוסיף, כי במשך כל הערב המתלוננת פלירטטה איתו והייתה מוצפת מינית, אמרה לו שהיא אוהבת אותו ושלחה לו נשיקות באוויר (ת/13 עמ' 3 ש' 18-25 לפרוט'). גם בהודעתו השנייה של הנאשם במשטרה (מוצג ת/6), נאמר כביכול מפי הנאשם (הנאשם כאמור אינו חתום על ההודעה), כי ציין בפני המתלוננת עם כניסתה לחדר בו התרחש האירוע, כי היא "**ממש מוצפת**" (ת/6 עמ' 2 ש' 35-36 לפרוט') וכי עוד קודם לכן, במהלך המשמרת **"היא ניסתה לפלרטט איתי ואני לא הגבתי... כל פעם שעלה בי החשד והיא ושאלתי אותה אם להזמין רופא היא אמרה לי 'מה אתה כזה כבד'"** (ת/6 עמ' 2 ש' 29-31 לפרוט'). כשעומת הנאשם בחקירתו בבית המשפט עם הדברים שמסר בהודעותיו במשטרה בקשר למצבה הנפשי של המתלוננת הוא ניסה להתנער מן הדברים באופן מסוים: על פי גרסתו בבית המשפט **"המתלוננת היתה שקטה, הסתדרה במחלקה, לא הופיעה שום בעיה בהתנהגות שלה"** (עמ' 314 ש' 23 לפרוט'). הנאשם אישר כי המתלוננת בערב האירוע פלרטטה איתו, הציעה הצעות מיניות והתגרתה בו, אך לדבריו לא מדובר בהתנהגות חריגה מצידה (עמ' 315 ש' 31-33 לפרוט') והוסיף, כי גם בהזדמנויות אחרות היה עד למצבים בהם המתלוננת מוצפת מינית ומפלרטטת עם מטופלים אחרים (עמ' 316 ש' 10). לגרסתו, המתלוננת היתה מוצפת מינית אבל לא במצב "מאני" (עמ' 316 ש' 7-9 לפרוט') וכי לא באמת שקל להזמין רופא לאור התנהגותה אלא אך איים-הזהיר את המתלוננת כי יזמין רופא אם לא "**תחזור לסדר"** (עמ' 318-320 לפרוט'). ניתן לסכם ולומר, כי משלל גרסאותיו של הנאשם, בהודעותיו במשטרה ובעדותו בבית המשפט, לא ניתן להסיק כי המתלוננת הייתה חסרת שיפוט ובמצב מאני במועד האירוע. דברים כגון אלו אמנם הטיח לכאורה הנאשם במתלוננת, בזמן אמת, על פי הודעתו הראשונה במשטרה אך אין הדבר מחייב כי כך אכן סבר בזמן אמת (או שמא רק אמר לה את הדברים). ממילא **האמון** שיש ליתן בתוכן דברי הנאשם בהודעה זו אינו רב (ודי כי אזכיר בעניין זה כי גם הנאשםהודהכיבהודעה זו לא מסר אמת בכל הנוגע להתקיימות מגע מיני בין השניים, מגע אותו הכחיש באותו שלב מכל וכל לרבות כל שיתוף פעולה מצידו ומכאן גם האינטרס שהיה לו באותה הודעה להציג את המתלוננת כבעלת התנהגות מאנית-חסרת שליטה בכל הנוגע להתנהגותה המינית ביום האירוע) ובכלל **המשקל** שיש ליתן לתוכן הדברים הינו נמוך מאחר שהנאשם, כאיש צוות סיעודי אינו מוסמך או בעל הכשרה לאבחן אם מטופלים במחלקה הם במצב העולה כדי מצב "מאני" אם לאו. לצורך קביעת מצבה הנפשי של המתלוננת במועד האירוע בהחלט קיימת משמעות לדברים שקלט הנאשם באמצעות חושיו בנוגע להתנהגותה של המתלוננת, דברים שחלקם תועדו ברפורט הסיעודי מיום האירוע ועל היתר העיד (כדוגמת הפלרטוטים, הצעת הצעות מיניות, התגרות וכו') אך הנאשם חסר את היכולת לקבוע אם יש לייחס סימפטומים אלו למצב נפשי "מאני", "היפו- מאני" או מצב אחר בו הייתה שרויה המתלוננת. בהקשר זה יצויין, כי גם אם תאמר כי הנאשם סבר שהמתלוננת אינה שולטת במעשיה, השאלה אינה מה סבר או לא סבר הנאשם, אלא אם באמת זה היה מצבה על סמך מכלול הראיות שהונחו בפנינו.

אבחון מצבה הנפשי של המתלוננת היא מלאכה לבעלי מומחיות בתחום רפואת הנפש. מלאכה זו, המבוססת על התרשמות עצמאית של הרופאים המטפלים במתלוננת, על תיעוד הקיים בתיקה הרפואי ועל הידע המקצועי של העוסקים בתחום בכל הנוגע לסימפטומים של המחלה\ההפרעה בה לוקה המתלוננת, אינה קלה בנסיבות המקרה דנן לאור הקשיים שפורטו לעיל. עם זה, חרף הקשיים, מניתוח מכלול הראיות והעדויות של הצוות הרפואי שטיפל במתלוננת, בא במגע עמה סובב לאירוע או שלמד את תיקה הרפואי ויכול להסיק מסקנות שברפואה בקשר לאבחונה לאור הסימפטומים המתוארים בו, ניתן להגיע לכדי מסקנה באשר לאבחנה הרפואית למצבה הנפשי של המתלוננת במועד האירוע. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם ראיות ועדויות נוספות בכל הנוגע להתנהגות המתלוננת סובב לאירוע שנחשפו בפני בית המשפט. בשלב בו הונחה בפני בית המשפט הנחת היסוד בכל הנוגע למצבה הנפשי של המתלוננת במועד האירוע, נסללת הדרך בפני בית המשפט לבחינת המשמעות המשפטית של הדבר, קרי, האם מצבה הנפשי של המתלוננת, תהא הגדרתו הרפואית אשר תהא, היה כזה שאינו מאפשר לה מתן הסכמה חופשית, מבחינה משפטית, למעשה הבעילה והאם הדבר הוכח ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים.

שלושה עדים רופאים, בעלי מומחיות בפסיכיאטריה, התייחסו בעדותם באופן ישיר ונרחב לשאלת מצבה הנפשי של המתלוננת סובב למועד האירוע ובכלל. שני עדים מטעם המאשימה, עובדי בית החולים להם גם היכרות עם המתלוננת במסגרת עבודתם: ד"ר אילן טרבס, מנהל המחלקה בה היתה המתלוננת מאושפזת (עת/11) וד"ר ישראל קריגר, סגן מנהל המחלקה (עת/12) ועד אחד מטעם ההגנה: ד"ר איגור ברש (עה/2), מנהל המחלקה למערך הקליני באגף בריאות הנפש במשרד הבריאות ומי שהיה במועד הרלוונטי לענייננו סגן הפסיכיאטרית המחוזית במחוז המרכז מטעם משרד הבריאות. זה המקום לציין, כי **מהימנות** עדותם של כל שלושת העדים אינה מוטלת בספק ע"י מי מהצדדים. הדבר נכון במיוחד לגבי ד"ר ברש, שהעיד אמנם מטעם ההגנה, אבל אין מחלוקת כי הינו נטול פניות ואין לו כל נגיעה בצד זה או אחר בתיק דנן. עד זה, למעשה, היה אמור להעיד מטעם המאשימה והפנייה אליו נעשתה בעקבות פניית הפרקליטות לפסיכיאטר המחוזי במחוז המרכז (ד"ר לבן, שהעבירה את הפנייה לסגנה – ד"ר ברש) למתן חוות דעת פסיכיאטרית על מצבה של המתלוננת למועד האירוע. משהודיע העד, לאחר שקיבל לידיו את תיקה הרפואי של המתלוננת, כי לא יוכל ליתן חוות דעת לפיה המתלוננת היתה במצב המונע התנגדות בעת האירוע (ראו לעניין זה תכתובת במוצג נ/10 וכן עדות בעד בעמ' 317 לפרוט') – לא נכלל העד ברשימת העדים מטעם המאשימה ובמקום זאת זומן לעדות מטעם ההגנה. אציין, כי במקרה זה גם מבחינת **המשקל** שיש ליתן למסקנות העדים מטעם המאשימה לעומת העד מטעם ההגנה בקשר לשאלה הרלוונטית שבמחלוקת, שעניינה מצבה הנפשי של המתלוננת במועד האירוע, אין לעדים מטעם המאשימה, שהם עובדי המחלקה בה היתה המתלוננת מאושפזת, יתרון בולט על פני עדותו של העד מטעם ההגנה, וזאת על אף היכרותם עם המתלוננת: עדים אלו לא פגשו את המתלוננת ביום האירוע ולמעשה בדקו או שוחחו איתה רק ימים אחר כך: ד"ר טרבס שוחח עם המתלוננת רק חמישה-שישה ימים אחרי האירוע (עמ' 206 ש' 3-4 לפרוט') וד"ר קריגר בדק את המתלוננת רק יומיים לאחר האירוע (עמ' 219,223 לפרוט'). מכאן, שהלכה למעשה, מסקנות כל העדים בעלי המומחיות בפסיכיאטריה שהעידו באשר למצבה הנפשי של המתלוננת למועד האירוע מבוססות בעיקר, אם לא באופן בלעדי, על תיקה הרפואי של המתלוננת שהיה בפניהם והוגש כמוצג לתיק בית המשפט (מוצג ת/5).

מניתוח עדויות עדים אלו מצטיירת התמונה הבאה: קיימת תמימות דעים, כי לצורך קביעה מדויקת באשר למצבה הנפשי של המתלוננת למועד האירוע נדרשת בדיקה פסיכיאטרית שלה מייד ובסמוך לאחר התרחשות האירוע – וזו לא נעשתה (ר' עדות עת/11, ד"ר טרבס בעמ' 207 ש' 1-5 לפרוט' ועדות עה/2, ד"ר ברש, בעמ' 318 לפרוט'). זו אחת הסיבות בגינה נמנע ד"ר ברש מליתן חוות דעת באשר למצבה הנפשי של המתלוננת, כפי שהתבקש על-ידי המאשימה (ר' בעמ' 318 לפרוט'). מהתיעוד הרפואי והסיעודי המצוי בתיקה הרפואי יכולים העדים רק להניח או לשער את מצבה הנפשי של המתלוננת למועד האירוע, וזאת על סמך ידיעתם המקצועית. קיימת תמימות דעים בין המומחים, כי עת חזרה המתלוננת מהחופשה מיוזמתה, ביום האירוע, היא לא הייתה במצב נפשי תקין לחלוטין אלא **"לא מאוזנת**" (עדות עת/11 ד"ר טרבס בעמ' 211-212 לפרוט'; עדות עה/2 ד"ר ברש בעמ' 328 לפרוט'), אך אין כל ראיות כי מצבה הנפשי הגיע לכדי מצב "**מאני**" (ראו קביעת ד"ר טרבס במוצג ת/9 ולפיה **"סמוך ליום האירוע, 14.4.06, אין רישום של מצב אפקטיבי בולט ולא מתואר "מצב מאני"** וראו עדות עה/2 ד"ר ברש בעמ' 327 ש' 25-27 לפרוט'). הערכת העדים (הן מטעם המאשימה והן מטעם ההגנה), הנלמדת מתיקה הרפואי, היא כי מצבה הנפשי ביום האירוע היה מצב "**היפו-מאני".** כך העיד ד"ר טרבס (עת/11) בעדותו בבית המשפט תוך שהוא מבהיר שלמסקנה זו הגיע על סמך הידע המקצועי שלו, ההיכרות האישית שלו עם המתלוננת ומתיקה הרפואי (מוצג ת/5), למרות העובדה, כי קיים תאור ברפורט הסיעודי המצוי בתיק הרפואי, שנעשה על ידי הנאשם יומיים לפני האירוע (תיעוד מיום 12.4.06 משעה 13:58 ) לפיה מצבה של המתלוננת הוא "מאני" (עמ' 201 ש' 30 – עמ' 202 ש' 12 לפרוט'). גם ד"ר ברש (עה/2) אישר, כי בהיעדר בדיקה למועד האירוע, שהיא הבדיקה הנדרשת, וכשהוא נסמך רק על הנתונים העולים מתיקה הרפואי – היה מגיע למסקנה כי המתלוננת הייתה ביום האירוע במצב "היפו-מאני" (עמ' 330 ש' 10-12 לפרוט'). מהם הסימפטומים האופיינים למצב היפו-מאני אצל המתלוננת? גם בסוגייה זו נראה כי קיימת הסכמה בין העדים: על התרוממות רוח, רגזנות, חוסר צורך בשינה ומבחינת התנהגות מינית, טשטוש גבולות והתנהגות מינית מוגברת ו"פתיינית" העידו ד"ר טרבס, עת/11 (בעמ' 201 ש' 32-33 לפרוט', עמ' 203 ש' 18-21 לפרוט', עמ' 208 ש' 1-6 לפרוט')) וגם ד"ר ברש, עה/2 אישר, כי חלק מהסימפטומים למצב היפו-מאני הם עוררות מינית מוגברת (עמ' 325 ש' 12-21 לפרוט') שיכולה לבוא לידי ביטוי בין השאר בהתנהגות פרובוקטיבית ופלרטוטים (עמ' 327 ש' 31 לפרוט').

אם כן, שאלת השאלות היא האם המצב ההיפו-מאני, בו ניתן להניח כי המתלוננת היתה שרויה במועד האירוע, היה בעל השפעה כה רחבה על התנהגותה עד כי ניתן לומר כי נשללה ממנה באופן אפקטיבי האפשרות לתת הסכמה מודעת למגע המיני. בסוגיה זו נראה, כי קיימת מחלוקת מסוימת בין העדים. ד"ר טרבס, עת/11, העיד כי מצבים היפומאנים יכולים להביא להתנהגות מינית "**שיכולה לכלול גם התנהגות מינית שאישה יכולה, דרך אגב, גם להצטער עליה**" (עמ' 203 ש' 21-22 לפרוט'). משיחה עם המתלוננת בימים שלאחר האירוע הוא לא התרשם כי במועד האירוע השיפוט שלה היה פגום אך התרשם כי היתה לה פחות שליטה בהתנהגותה, לרבות בתחום המיני (עמ' 204 ש' 4-6,19,27). העד הסביר, כי לא התרשם באופן ברור מפגיעה בשיפוט של המתלוננת למועד האירוע והבהיר כי ההתנהגות שתיארה המתלוננת בפניו לפיה היא בדקה אם האח נמצא בעמדת האחיות טרם הכניסה לחדר ואישורה, כי הייתה מודעת שהיא עושה מעשה בניגוד לכללי המחלקה – מעידה כי היה לה שיפוט מסוים גם אם לא בהכרח מלא (עמ' 206 ש' 7-16 לפרוט') וגם שליטה, אם כי מופחתת (עמ' 208 ש' 19-23 לפרוט'). לגישת העד רמת יכולת השיפוט ורמת השליטה של המתלוננת במועד הרלוונטי היו "**באמצע**" :

**"ש....יש לנו מצד אחד חוסר שליטה מוחלט, זאת אומרת התנהגות שהיא התנהגות שהיא איננה יכולה להימנע ממנה, ובקוטב אחר יש לנו התנהגות שהיא יכולה להימנע ממנה. אתה יכול להציב אותה?**

**ת. בהחלט.**

**ש. סליחה?**

**ת. בהחלט. באמצע.**

**ש. באמצע?**

**ת. כן.**

**ש. לא למטה ולא למעלה?**

**ת. לא. היא לא היתה נטולת שיפוט ושליטה, וגם לא היה לה שיפוט ושליטה רגילה.**

**ש. מלאים?**

**ת. כן**. (עמ' 209 ש' 27- 210 ש' 5 לפרוט').

לקראת תום עדותו נשאל העד האם ברמה הרפואית, על סמך נסיונו, הבנתו וידיעתו, היתה המתלוננת בערב האירוע במצב שהיא מסוגלת לתת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין ותשובתו היתה "**להערכתי היא לא היתה**" (עמ' 212 ש' 29-33 לפרוט').

ד"ר ברש, עה/2, לא הסכים עם מסקנות ד"ר טרבס בכל הנוגע להשלכות שיש למצב היפו-מאני על כושר השיפוט ועל השליטה העצמית:

"**מצב היפומאני הוא לא מצב פסיכוטי, מה הקו שמפריד בין מצב פסיכוטי ומצב לא פסיכוטי זה שיפוט ובוחן המציאות, בן אדם פסיכוטי פר הגדרה, הוא לא יכול לשפוט את מה שקורה בתוכו ומסביבתו בצורה נכונה. מצב היפומאני לא כולל פגיעה בשיפוט ובוחן המציאות. הוא כולל דברים אחרים, אבל כל עוד הוא לא פסיכוטי הוא לא. אני אגיד לך יותר מזה, ברוב מכריע של מקרים, בן אדם שמבצע עבירה במצב היפומאני, נמצא אחראי על מעשיו, בניגוד למצב מאני, שהוא מצב פסיכוטי, אז אני לא מסכים עם הקביעה, שמצב היפומאני הוא כרוך בפגיעה בשיפוט"** (עמ' 320 ש' 11-18 לפרוט').

בהמשך הבהיר והדגים העד, כי העובדה שבמצב היפומאני אין פגיעה ביכולת השיפוט ופגיעה בבוחן המציאות (להבדיל ממצב מאני) משליכה גם על היכולת לשליטה העצמית של האדם שנותרת שמורה, הגם שאותו אדם יסבול מדחפים חזקים יותר והתנהגותו תהא שונה :

**"ת....יש סימפטומים שהם כמותית אפשר לכמת אותם, למשל מצב רוח, בהיפומאניה הוא קצת מעומעם במאניה הוא הרבה מעומעם, אבל יש סימפטומים,**

**ש. עוררות מינית?**

**...**

**ת. התעוררות מינית, גם כן, יש קצת ויותר, נכון מסכים. אבל, אבל שיפוט ובוחן המציאות זה דואלי, זה או שבן אדם פועל בשיפוט נכון ויש לו בוחן המציאות נכון או שלא, כאן כן בהיריון או לא,**

**ש. כלומר, לגבי הסימן הזה, של פגיעה, של שיפוט פגוע ופגיעה בבוחן המציאות, זה מצב שקיים במאניה ולא קיים בהיפומאניה.**

**ת. נכון.**

**...**

**ש. אז בו נלך לשיטתך, עם הסימפטומים, אמרת התעוררת מינית, זה כן.**

**ת. כן.**

**ש. אוקי, היכולת לשליטה עצמית?**

**ת. יכולת בשליטה עצמית זה משהו שאי אפשר, אי אפשר לכמת ואי אפשר, כי בן אדם שיש לו שיפוט ובוחן מציאות נכון, הוא גם שולט במה שהוא עושה, יכול להיות, שבן אדם במצב היפומאני, הוא יותר מונע מהדחפים שלו, אבל אם הוא שופט את המציאות ויודע מה, מה זה בוחן המציאות ושיפוט, זה יכולת של אדם לצפות לנולד, להבין למה המעשה שלו עלול לגרום, זה שיפוט, אז אם השיפוט שלו נכון והוא קיים, אז נכון שיש עוררות מינית, אבל יש גם הבנה מה עלולות להיות השלכות.**

**ש. אז בסדר, יש הבנה ויש עוררות מינית ואתה מבין שהמעשה הוא עשוי, אני שואלת אותך, האם יתכן שבגלל הגריעה המסוימת שיש בשליטה אתה תעשה משהו למרות שאתה מבין, שיפוטית, שהמצב הוא לא תקין, הוא אסור, אתה תתקשה להימנע ממנו במצב היפומאני,**

**...**

**ת. עוד פעם, אני לא חושב שבן אדם במצב הזה יעשה משהו שנוגד את ההבנה שלו ואת השיפוט שלו, יכול להיות, שיש לבן אדם דחפים חזקים יותר, אבל הוא אמור, במצב של שיפוט ובוחן המציאות תקינים לדעת לרסן אתם. יכול להיות שהתנהגותו שונה, אבל לא עד האיבוד של שליטה בדחפים,**

**ש. יכולת הריסון?**

**ת. כן ויכולת הריסון ולא עד כדי חוסר יכולת לבחור, לעשות או לא.**

**ש. אני חושבת שהגברת רוצה לדעת, האם יתכן, אני אתן דוגמא הכי פשוטה ומצחיקה, למרות שהמצב באמת לא מצחיק, האם אדם, במצב של היפו מאניה, שנכנס לחנות יקנה רק 5 פריטי לבוש, לעומת אדם שנמצא במאניה, יקנה את כל החנות.**

**ת. יכול להיות, אבל אם יש לו כסף לזה, בן אדם במצב מאניה, הוא יקנה 20 פריטים ואין לו כסף, הוא יכנס לחובות וילווה כספים ויכנס למינוס ובן אדם בהיפומאניה, יכול להיות שיקנה משהו מיותר, אבל הוא יודע כמה כסף יש לו, כמה ישאר לו בבנק. "** (עמ' 325 ש' 8 – 326 ש'16 לפרוט').

לסיכום חזר העד והסביר, כי **"מערכת השיקולים של אדם היפומאני היא שונה ממערכת השיקולים של אדם במצב רוח מאוזן. יחד עם זה, שיפוט ובוחן המציאות שלו, שמורים באופן כללי, תיאורטי, אז למרות שיש לו אולי יותר חשק מיני, אז הוא יכול עדיין לשפוט מה יכול להיות כתוצאה מההתנהגות שלו"** (עמ' 331 ש' 22-26 לפרוט').

העולה מן המקובץ – גם אם נצא מנקודת הנחה, כי מצבה הנפשי של המתלוננת במועד האירוע היה מצב היפו-מאני (הגם שלא עברה בדיקה סמוך מייד לאחר האירוע. יוזכר כי אין כל ראיות כי מצבה הנפשי היה חמור יותר במועד האירוע, ביום האירוע או סובב למועד זה ועלה כדי מצב "מאני") וגם הסימפטומים למצב זה התקיימו במתלוננת (חרף הכחשותיה שלה למצב נפשי שכזה והסימפטומים הנובעים ממנו), לרבות אותה התנהגות מינית מוגברת – אין משמעות הדבר, כי התנהגות זו היתה בלתי נשלטת או לא רצונית. ד"ר ברש, שמעבר להיותו פסיכיאטר עיסוקו הוא בתחום הפסיכיאטריה המשפטית (ר' בעמ' 318 לפרוט'), הבהיר באופן חד משמעי כי אדם השרוי במצב היפו-מאני, והסימפטומים של מצב זה מתבטאים אצלו בהתנהגות מינית מוגברת – יחוש בדחפים חזקים יותר ויתכן וינהג באופן שונה מאשר במצב בו הוא "מאוזן" – אך עם זה, השיפוט ובוחן המציאות שלו שמורים ומאפשרים לו לרסן את דחפיו. יכולת הריסון של אדם כזה, להבדיל מאדם שנמצא במצב "מאני", לא נפגעת עד כדי חוסר יכולת לבחור או היעדר שליטה עצמית. גם ד"ר טרבס לא התיימר לקבוע, כי המתלוננת הייתה נעדרת יכולת שיפוט או שליטה על התנהגותה אך הוא סבר, להבדיל מד"ר ברש, כי ניתן לאמוד כושר שיפוט ויכולת לשליטה עצמית. הגם שלא התרשם מפגיעה ביכולת השיפוט של המתלוננת למועד האירוע, הוא סבר כי ספק אם היתה בדרגת שיפוט נורמאלית (עמ' 207 ש' 6 לפרוט') ולעמדתו גם יכולת השליטה העצמית שלה נפגעה. את יכולת השיפוט והשליטה העצמית של המתלוננת הגדיר ד"ר טרבס כנמצאת "**באמצע**" בין היעדר יכולת שיפוט ושליטה עצמית לבין רמה "נורמלית" וכפועל יוצא מעמדתו זו הביע את הערכתו כי המתלוננת לא היתה מסוגלת לתת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין במועד האירוע. ברם, יש לזכור כי הערכתו זו של ד"ר טרבס ניתנה במענה לשאלה בה התבקש להביע את עמדתו **ברמה** **הרפואית** (והדבר הודגש פעמיים בשאלה שהופנתה אל העד), עד זה לא זומן כעד מומחה וממילא גם לא אמור לחוות את הערכתו אם **ברמה** **המשפטית** המתלוננת היתה נעדרת יכולת להביע הסכמה, או למצער בהחלשה מהותית של יכולת זו. ודוק! כפי שפורט לעיל בפרק המשפטי אין די בהחלשה כלשהיא של היכולת להביע הסכמה ולכן גם אימוץ מסקנותיו של ד"ר טרבס לפיהן נפגעה במידת מה יכולת השיפוט והשליטה העצמית של המתלוננת במועד האירוע בעקבות מצבה ההיפו-מאני (מסקנות עליהן כאמור חולק ד"ר ברש) לא מחייבות בהכרח מסקנה לפיה המתלוננת הייתה ב"**מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית**" כדרישת [סעיף 345(א)4](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) סיפא לחוק.

בנסיבות העניין, משאין כל ראייה או עדות לכך שהמתלוננת היה במצב "מאני" במועד האירוע (או אפילו סובב למועד האירוע), מצב שאם היה מתקיים לא הייתה כל מחלוקת כי הייתה נעדרת יכולת ליתן הסכמה חופשית לאור ההבחנה הברורה בין המצבים ("היפומאני" ל"מאני") כעולה מעדותו של ד"ר ברש שהתייחס גם למשמעות המשפטית הנובעת מכך, ובהצטרף לקשיים האובייקטיבים שפורטו לעיל להכרעה בשאלת מצבה הנפשי של המתלוננת למועד האירוע – אני סבור, כי לא ניתן לקבוע, על סמך חומר הראיות והעדויות שהובאו, כי הוכח ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים כי עקב מצבה הנפשי הייתה המתלוננת שרויה לעת האירוע במצב בו נמנעה ממנה היכולת ליתן הסכמה חופשית למעשה הבעילה או למצער הוחלשה יכולתה זו באופן מהותי. גם אם סביר להניח, כי מצב העוררות המינית בו היתה שרויה המתלוננת גרם להחלשות המעצורים שלה, עדיין לא נשללה ממנה היכולת להימנע מהמעשה באופן מהותי. אציין, כי גם האנלוגיה שמבקשת ב"כ המאשימה ללמוד מע"פ 13391/91 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (1) 788, שם דובר היה בקטינה כבת 14 אשר אושפזה בבי"ח בשל מחלת "אנורקסיה נברוזה" ונאנסה על ידי קרוב משפחתה (שבין השניים התקיימו מעין יחסי אב-בת) מבלי שהבועל נהג בכוח או באלימות והיא התנהגה באופן פאסיבי (הלם, שיתוק וחוסר יכולת לזוז) – איננה ממין העניין ואינה מחייבת מסקנה אחרת. ההלכה הפסוקה, כי קיימת חזקה עובדתית לפיה בת קטינה הופכת ל"משותקת" בכל מה שקשור ליכולתה להתנגד למעשים מיניים המבוצעים כלפיה על ידי אביה ([דנ"פ 6008/93 מ"י נ' פלוני, פ"ד מ"ח](http://www.nevo.co.il/case/17928503) (5) 845) כבודה במקומה מונח ואולי יש מקום להרחיבה גם למקרים אחרים, אבל אין בינה לבין מקרה זה דבר או חצי דבר. תאור ב"כ המאשימה, בסיכומיה, את הנאשם כ"**דמות סמכותית מבחינת המתלוננת, הן במובן הפורמאלי והן כפועל יוצר מיחסיהם הקרובים. ככזה, מידת השפעתו עליה היתה גבוהה ביותר"** (ס' 10 לסיכומי המאשימה) אינו נתמך בחומר הראיות שבתיק ולא ניתן למצוא כל קווי דמיון ברמת ההשפעה של הנאשמים בפרשות שצויינו לעיל על קורבנותיהן הקטינות לעומת רמת ההשפעה של הנאשם על המתלוננת, בין מכוח תפקידו כאח במחלקה ובין מכוח "יחסיהם הקרובים".

כפועל יוצא יש לזכות את הנאשם מחמת הספק גם מהאישום המבוסס על החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)4](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) סיפא לחוק.

**האם הייתה המתלוננת חולת נפש או לקויה בשכלה, ובשל אלו לא הייתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית והנאשם ניצל מצבה זה?**

כאמור, בישיבה שהתקיימה ביום 5.5.10, בשלב שלאחר תום פרשת התביעה ובטרם העדת הנאשם בפרשת ההגנה, ביקשה ב"כ המאשימה לתקן את כתב האישום על דרך הוספת חלופה שלישית לעבירת האינוס בה מואשם הנאשם, עבירה לפי [סעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק. על פי חלופה זו יורשע הנאשם באינוס אם בעל את המתלוננת **"תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית**".

בית המשפט בהחלטה מאותו היום קבע, כי יידרש לבקשה זו במועד מתן הכרעת הדין (עמ' 255 ש' 10-11 לפרוט').

לגישת ב"כ המאשימה **"אין רבותא בתיקון ובהוספת החלופה (5) מבחינת הנאשם – שכן הגנתו אינה משתנה אם מדובר בסעיף (4) או בסעיף (5)"** (עמ' 4 לסיכומי המאשימה). בהמשך מסבירה ב"כ המאשימה כי הן חלופה (4) והן חלופה (5) ל[סעיף 345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a) לחוק, יוצאות מנקודת הנחה, כי הבעילה נעשתה בהסכמה ומכאן שההבדל ביניהם הוא הבדל **משפטי** הנוגע להגדרת מצבו הנפשי של הקורבן. לגישתה – מאחר שבמהלך שמיעת הראיות חקר הנאשם את הפסיכיאטרים שהעידו מטעם המאשימה, כפר בעובדה שהמתלוננת סבלה ממחלת נפש ועד ההגנה היחיד שהביא הנאשם מטעמו (עה/2 – ד"ר ברש) הובא לצורך הפרכת טענות המתייחסות למצבה הנפשי של המתלוננת – הנאשם ניהל את הגנתו, הלכה למעשה, כאילו מלכתחילה התמודד עם שתי החלופות ומכאן שהגנתו לא נפגעה ויש להיעתר לתיקון כתב האישום כמבוקש ולהוסיף את החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק (ר' עמ' 5 לסיכומי המאשימה).

לטענת הנאשם – לא ייתכן כי יצטרך להתגונן בפני כל חלופות סעיף האינוס, הגם שאלו לא נטענו כלל בכתב האישום. לגישת הנאשם יש להבחין בין שתי תת-חלופות הקבועות ב[סעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק : מצב שבו המתלוננת נמצאת "**לקויה בשכלה**" לבין מצב שבו היא "**חולת נפש**". הנאשם מלין על כך, כי בעקבות התיקון ייאלץ הנאשם להתגונן בפני שתי החלופות – זו הטוענת כי המתלוננת הייתה "חולת נפש" בעת המעשים, וזו הטוענת כי המתלוננת הייתה "לוקה בשכלה". הנאשם מסכים, כי בכל הנוגע לחלופה הנוגעת למצבה הנפשי של המתלוננת והאם הייתה **"חולת נפש**" בהגדרה לפי [סעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) הביא ראיות להגנתו והפנה בעניין זה לעדותו של עה/2, ד"ר ברש. ברם, בכל הנוגע לחלופה הקבועה בסעיף לפיה הייתה המתלוננת "**לקויה בשכלה**" – לא הייתה לו כל הזדמנות ראויה להתגונן : לא הייתה לו הזדמנות סבירה לחקור את המתלוננת על הלקות הנטענת בשכלה ולא ניתנה לו הזדמנות להביא ראיות לסתור טענה זו במסגרת פרשת ההגנה מאחר שהתיקון התבקש בעל-פה בפתיחת פרשת ההגנה והנאשם לא שיער כלל שהמאשימה תכוון לחלופה של "הלוקה בשכלה" (ס' 405-414 לסיכומי הנאשם).

בכל הנוגע לתיקון כתב אישום, יש להבחין בין תיקונו טרם הקראתו לבין תיקונו בשלב המשפט, לאחר ההקראה. התביעה רשאית לתקן את כתב האישום כראות עיניה טרם הקראה. אולם, אם החל המשפט, כפי שחל בענייננו, תיקון כתב האישום מותנה באישור בית-המשפט לפי [סעיף 92(א)](http://www.nevo.co.il/law/74903/92.a) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב] תשמ"ב-1982. הסעיף קובע, כי :

**"בית המשפט רשאי, בכל עת שלאחר תחילת המשפט, לבקשת בעל דין, לתקן כתב אישום, להוסיף עליו ולגרוע ממנו, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; התיקון ייעשה בכתב."**

ב[ע"פ 52/63 היועמ"ש נ' פייגנבאום, פ"ד יז](http://www.nevo.co.il/case/17939782) 1087 נקבע, כי בבוא בית-המשפט לבחון את השאלה האם לאפשר תיקון כתב האישום, עליו לשוות לנגד עיניו את המטרה **"לדון דין צדק לאמיתו."** על בית-המשפט לשאול עצמו אם התיקון המתבקש ירפא את הפגמים שנפלו בהליכים שהתנהלו, עד לאותו שלב. עוד נקבע בפסק הדין, כי:

**"...אם גם אחרי התיקון, ולמרות התיקון, יישארו ההליכים פגומים, אם מחמת חוסר הוכחה או חוסר הזדמנות להגנה ואם מחמת כל סיבה חוקית אחרת, לא ירשה בית-המשפט את התיקון, אלא אם אפשר לעשותו בשלב ובנסיבות המרשים גם הסרת כל יתר הפגמים מן ההליכים".ו**

בנוסף, יש לציין כי למרות שלשון החוק מאפשרת תיקון כתב האישום בכל שלב משלבי המשפט, נראה כי אם מתבקש התיקון בשלב מתקדם של המשפט, לאחר שהוצג חלק נכבד מן העדויות, יתבצע התיקון רק אם יש לו צידוק בראיות שהובאו על-ידי התביעה (ראו: [ע"פ 208/61 היועמ"ש נ' דוד סקופ, פ"ד טו](http://www.nevo.co.il/case/17943321), 2388).נ

לבסוף, חשוב להדגיש כי לשון [סעיף 92(א)](http://www.nevo.co.il/law/74903/92.a) ל[חסד"פ](http://www.nevo.co.il/law/74903) הינה חד משמעית ומתנה את האפשרות לתיקון כתב האישום, במתן הזדמנות סבירה לנאשם להתגונן (ראו למשל: [ע"פ 104/89 דרורי נ' מ"י, פ"ד מד](http://www.nevo.co.il/case/17947441)(1), 846; [ע"פ 329/68 מ"י נ' כדורי, פ"ד כב](http://www.nevo.co.il/case/17919224)(2), 372).ב

בענייננו אנו, תיקון כתב האישום התבקש לאחר תום פרשת התביעה, לאחר שנשמעו לא פחות מ-13 עדים מטעם המאשימה. התיקון התבקש בעל-פה, בפתח פרשת ההגנה. זאת ועוד: במסגרת טיעוני המאשימה, בעל-פה, להתיר את התיקון המבוקש ציטטה ב"כ המאשימה את לשון [סעיף 345א(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.5) לחוק על שתי חלופותיו ( "חולת נפש" ו"לקויה בשכלה") אבל בהמשך דבריה לא צוין ולא נרמז, כי המאשימה תכוון לחלופה הנוגעת ללקות שכלית ממנה כביכול סובלת המתלוננת. ההיפך הוא הנכון. ב"כ המאשימה התייחסה בדבריה אך לחלופה הנוגעת לחולי הנפשי של המתלוננת עת נימקה מדוע הגנתו של הנאשם לא נפגעה: "**לאורך כל הדיונים למעשה קו ההגנה התמודד עם האפשרויות האלה, הרי זה היה לב ליבו של העניין, עם מאניה דפרסיה, התקף היפו מאני והשפעה שלו על כל ההסכמה החופשית"** (עמ' 254 ש' 18-22 לפרוט'). הלכה למעשה, רק בשלב הסיכומים הפנתה ב"כ המאשימה לתת-החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק לפיה הייתה המתלוננת כביכול "לוקה בשכלה" והרהיבה עוז בציינה, כי בית המשפט יכול להגיע למסקנה שהמתלוננת "לקויה בשכלה" על סמך הסקת מסקנות מהראיות וללא צורך בעדות רפואית מקצועית (עמ' 12 לסיכומי המאשימה). עם כל הכבוד, גם אם היה מקום שבית המשפט ינסה לדלות מכל העדויות שנשמעו במסגרת פרשת התביעה מסקנות מהן ניתן להסיק **ליקוי שכלי** כלשהו אצל המתלוננת (מה שספק אם נלמד כאפשרי, בגדר ראיה יחידה ובלעדית, מ[ע"פ 8800/96 נג'ם ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/case/6137998) (5) 150, אליו מפנה ב"כ המאשימה, שם נקבעה לקותה השכלית של המתלוננת על בסיס חוות דעת הרופאה הפסיכיאטרית שטיפלה בה תוך הדגשה, כי חוות דעת מומחה באשר לליקוי השכלי היא בעלת משקל רב וראוי כי תהיה חוות דעת כזו לנגד עיניו של בית המשפט בבואו להכריע בקיום יסודותיו של [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4)) – האם יעלה על הדעת לומר שלנאשם הייתה הזדמנות סבירה להתגונן מפני מסקנה כזו, לה מבקשת לחתור כעת המאשימה, משנבצר ממנו לחקור את כל עדי התביעה בסוגיה זו (שהרי התיקון התבקש **לאחר** פרשת התביעה ובשעה ששאלת קיומו של ליקוי שכלי אצל המתלוננת לא היתה מעולם שאלה רלוונטית לצורך האישום עד אותו השלב) ? יש להשיב לשאלה זו בשלילה. לפיכך ראוי ונכון לקבוע, כי לנאשם ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפני החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) המכוונת לכך שהמתלוננת היתה בגדר "**חולת נפש"** אך לא הייתה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני החלופה המכוונת להתקיימות "**לקות שכלית**" כביכול אצל המתלוננת.

מעבר לכך, ראוי לציין כי לא התרשמנו מעדותה של המתלוננת בפנינו, כי היא סובלת מליקויי חשיבה ו/או הגיון שיש בהם כדי להצביע על לקות שכלית בהבנת המעשה המיני מבחינה פיזית וביחס למושגים בדבר טיב היחסים בין המינים מבחינה חברתית (להבדיל מהנערה בת ה-16 ב[ע"פ 8800/96](http://www.nevo.co.il/case/6137998) הנ"ל בעלת מנת משכל 61). נהפוך הוא, ברור היה לנו שהמתלוננת מודעת היתה היטב למהותם של יחסי מין ולתוצאות החברתיות הנלוות להם ועדותה מוכיחה זאת.

בנוגע לחלופה הקבועה בסעיף, הדורשת כיסוד עובדתי קביעה ולפיה המתלוננת "חולת נפש" מתגונן הנאשם בטענה, כי המאשימה לא הביאה כל מומחה מטעמה על מנת לקבוע כי המתלוננת עונה על הגדרת "חולת נפש" כמשמעות מונח זה בחוק לטיפול בחולי נפש וכי עדותו של ד"ר ברש (עה/2) סותרת הנחה שכזו מכל וכל (סעיף 409 לסיכומי הנאשם).

ב"כ המאשימה טוענת מנגד, כי הגם ש[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק נוקט במונחים "חולת נפש" ו"לקויה בשכלה" והגם שמונחים אלו מוגדרים בחוק לטיפול בחולי הנפש וב[חוק הסעד (טיפול במפגרים)](http://www.nevo.co.il/law/74247) – אין משמעות הדבר, כי מדובר במונחים מקבילים בעלי אותה משמעות (עמ' 12 לסיכומי המאשימה). בעניין זה הצדק עם ב"כ המאשימה. הגישה לפיה משמעות המונחים "חולת נפש" ו"לקויה בשכלה" ב[סעיף 345א(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345a.5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) צריכה לעלות כדי משמעותם בדברי החקיקה המיוחדים להם ([חוק הטיפול בחולי נפש](http://www.nevo.co.il/law/70314) ו[חוק הסעד טיפול במפגרים](http://www.nevo.co.il/law/74247), בהתאמה) נדחתה בפסיקה ובספרות המשפטית ונקבע, כי יתכנו משמעויות שונות לאותו מונח אפילו בחוק העונשין עצמו. עוד נקבע, כי לצורך התקיימות היסוד העובדתי המדובר בסעיף זה די בכך שקורבן העבירה סובל מליקוי נפשי או שכלי השולל ממנה את היכולת הקוגנטיבית להסכים (ראו י.קדמי, **על הדין בפלילים –** [**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301), חלק שלישי, תשס"ו-2006 בעמ' 1390 והפסיקה המובאת שם).

פסק הדין המנחה בעניין ניתן ב[ע"פ 406/88 שמואל עקארי נ' מדינת ישראל פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/case/17942779)(5), 840 (להלן "**פרשת** **עקארי**"), שם נבחנה השאלה מה משמעות המונח "לקויה בשכלה" הקבוע בעבירת האינוס (אז ב[סעיף 346](http://www.nevo.co.il/law/70301/346) לחוק, עובר לתיקון 22). בית המשפט העליון אימץ פרשנות תכליתית וקבע, כי אין די בעובדה שהמתלוננת נחשבת ברמה הרפואית כלוקה בפיגור שכלי וכי **"אמת המידה להיות אשה "לקויה בשכלה" אינו מבחן של מנת משכל (.I.Q), אלא אמת מידה המתחשבת ביכולתה של האשה להבין את מהותם הפיזית והחברתיים של יחסי המין ".**

באותה פרשה, בית המשפט העליון אישר את הרשעת המערער לאחר שהגיע למסקנה כי הכרעת הדין של הערכאה הראשונה לא הסתפקה לצורך קביעת היסוד העובדתי של הלקות השכלית אך בממצא של פיגור, המבוסס על מבחני.I.Q, וקבעה ממצאים נוספים בענינה של המתלוננת, הרלבנטים להכרעה בשאלת ליקויה השכלי. נקבע, כי **"אין המתלוננת מבינה מהות היחסים בין המינים, אינה מבינה את מהות המגע המיני בין גבר לאשה, ואינה מבינה את התהליכים הביולוגיים האלמנטריים של התעברות והקשר בינה ובין מגע מיני בין גבר לאשה אין כל אפשרות שעלובת שכל זו מבינה, ולו ברמה נמוכה את ההיבטים האלמנטריים הקשורים ביחסי אהבה בין גבר לאשה על ההיבטים הפיסיולוגיים והרגשיים הקשורים בנושא זה".**

מאז **פרשת** **עקארי**, ובעקבות תיקון מס' 22 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) שהוסיף את הדרישה, כי הבעילה תבוצע "**תוך ניצול**" מצב הקורבן (היינו "הניצול" הפך ליסוד מיסודות העבירה והחוק לא התבסס עוד על ההנחה של "ניצול" הנובע מעצם מחלת הנפש או הליקוי השכלי) התקדמה פסיקת בית המשפט העליון צעד נוסף והכירה [בע"פ 1274/00](http://www.nevo.co.il/case/5758217), אליהו ויצמן נ' מדינת ישראל פ"ד נד(3), 334 (להלן " **פרשת** **ויצמן**") גם באפשרות לפיה **"במקרים בהם יוכח הקשר הסיבתי בין הניצול שבמעשה לבין הליקוי השכלי של הקורבן, באופן שאין לומר כי האישה נתנה הסכמה חופשית רצונית ומודעת למעשה המיני עקב ליקוי שכלי, המעשה יהווה עבירה, גם אם ליקוי זה חורג מהמבחן המצומצם של הלכת עקארי"** (שם,בעמ' 351-352).

ב"כ המאשימה בסיכומיה סומכת ידיה על פסיקת בית המשפט העליון **בפרשת** **ויצמן** וגורסת, כי הגם שהמתלוננת אינה עולה על הגדרת "חולת נפש" לפי [חוק הטיפול בחולי נפש](http://www.nevo.co.il/law/70314) והגם שאינה עונה גם על הגדרה זו במובן שניתן לה בפרשת **עקארי**, מאחר ש"**לא ניתן לומר, כי המתלוננת לא הבינה את המשמעות הפיסית והחברתית של קיום יחסי מין עם הנאשם**", עדיין ניתן לגישתה להרשיע את הנאשם בעבירת האינוס לפי החלופה הקבועה ב[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק מאחר ש"**ניתן בהחלט להצביע על קיומו של קשר סיבתי בין היות המתלוננת במצב של "היפו-מאניה" לבין הניצול שבמעשה הנאשם "** (עמ' 13 לסיכומי המאשימה).

באופן כללי יכול אני להסכים לניתוח המשפטי של ב"כ המאשימה את הסוגיה, אך בנסיבות מקרה זה לא ניתן להחילו מאחר שהרכיב העובדתי הנדרש לצורך הרשעת הנאשם בעבירה לפי [סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק, שנוגע למצבה של המתלוננת – לא הוכח ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים.

כפי שפורט בפרק הקודם, בענייננו אין מחלוקת של ממש כי במועד האירוע הייתה שרויה המתלוננת במצב היפו-מאני. מצב זה נבע **מהפרעה נפשית** ממנה סבלה המתלוננת וגם על כך אין חולק (וראו לעניין זה קביעותיו החד משמעיות של ד"ר ברש, שהעיד מטעם ההגנה, והבהיר כי היפומאניה אינו עולה כדי הגדרת מחלת נפש לפי [חוק הטיפול בחולי נפש](http://www.nevo.co.il/law/70314), מאחר ואין מדובר בפסיכוזה, ומדובר בהפרעה נפשית – עמ' 321-322 לפרוט'). ברם, בכך אין די בכדי "לדלג" ולעבור ישירות לבחינת היסוד הנפשי-התנהגותי הנדרש לצורך ההרשעה בעבירה לפי החלופה עסקינן שעניינו הניצול במעשה הנאשם. ההלכה הנלמדת **מפרשת** **ויצמן**, שעסקה אמנם ב"ליקוי שכלי" אך ניתן ללמוד ממנה אנלוגיה גם לעניין החלופה הנוגעת ל"מחלת נפש", היא כי ניתן להיכנס לקטגוריות הללו, הנוגעות למצב הקורבן, גם אם הליקוי הנפשי-השכלי חורג מהמבחן שנקבע **בפרשת** **עקארי**, אך מצבו של הקורבן עדיין צריך להיות כזה שנשללת ממנו היכולת ליתן הסכמה חופשית למעשים. כך נקבע מפורשות **בפרשת** **ויצמן**:

**"אשר על כן, במקרים בהם יוכח הקשר הסיבתי בין הניצול שבמעשה לבין הליקוי השכלי של הקורבן, באופן שאין לומר כי האישה נתנה הסכמה חופשית רצונית ומודעת למעשה המיני עקב ליקוי שכלי, המעשה יהווה עבירה, גם אם ליקוי זה חורג מהמבחן המצומצם של הלכת עקארי. עם הוספת יסוד ה'ניצול' להוראת החוק, כשנקבע כי לא כל מי שמקיים יחסי מין עם אישה לקויה בשכלה ביודעו על הליקוי עובר עבירה פלילית, אלא רק מי שעושה כן תוך ניצול מצבה; אין עוד טעם להגביל את ה'ליקוי השכלי' רק לסוג הליקוי המצומצם שנקבע על-פי מבחן עקארי. על-פי נוסחו של החוק כיום סר החשש שמא החוק הפלילי מצר את צעדיהן של נשים הלוקות בשכלן המבקשות לקיים יחסי מין – החשש שעמו התמודד השופט ברק בפרשת עקארי, ואשר חייב מציאת מבחן הולם לביטוי 'לקויה בשכלה' – ולפיכך יש מקום לקבוע כי הליקוי השכלי שנקבע בהוראת החוק אינו מצומצם בהכרח למבחן עקארי. 'ליקוי שכלי' על-פי החוק כיום יהיה אותו ליקוי שכלי השולל אפשרות קיומה של הסכמה חופשית. יש להניח כי בדרך כלל וברוב המקרים, יהיה זה פגם מן הסוג המוגדר בהלכת עקארי, שכן הוא נוגע במישרין ליכולת לגבש הסכמה מתוך הבנת טיב המעשה ותוצאותיו. אולם, כאשר חוסר היכולת לגבש הסכמה חופשית נובע מליקוי שכלי או נפשי אחר, שאינו מגיע כדי מבחן עקארי, אין לשלול קיומה של עבירה לפי סעיף 345(א)(4) מטעם זה בלבד**"(שם, בעמ' 351-352. הדגשות שלי ש' ש'). יצויין - הדברים נכתבו טרם תיקון 56 לחוק משנת תש"ס-2000 אז שונה [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) והחלופה הנוגעת ל"חולת נפש או לקויה בשכלה" עברה ל[ס"ק (א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5).

מכאן, הניתוח שהובא בפרקים הקודמים, בו פירטתי בהרחבה את הסיבות שהביאו אותי למסקנה לפיה יש לזכות את הנאשם מחמת הספק מעבירת האינוס לפי [סעיף 345(א)1](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ולפי [סעיף 345(א)4](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) סיפא לחוק – מאחר שלא הוכח, ברמה הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים, כי המתלוננת לא הסכימה למעשים וכי המצב ההיפו-מאני בו היתה שרויה מנע ממנה את היכולת ליתן הסכמה חופשית למעשה הבעילה או למצער החליש יכולת זו באופן מהותי – רלוונטי גם לענייננו. הוכח, כי המתלוננת היתה במצב היפו-מאני במועד האירוע וניתן להניח גם כי מצב זה, הביא לדחפים בהם חשה ולשינויים בהתנהגותה. מוכן אני אף להניח, כי אלמלא הייתה המתלוננת שרויה במצב היפו-מאני במועד האירוע היא לא הייתה מקיימת יחסי מין עם הנאשם במועד האירוע. היטיב לבטא זאת ד"ר טרבס (עת/11) שציין בעדותו, כי "**במצב היפו מאניה אנו רואים נטייה למצבים של התנהגות מינית מוגברת שיכולה לכלול גם התנהגות מינית שאישה יכולה, דרך אגב, גם להצטער עליה"** (עמ' 203 ש' 21-22 לפרוט'). ברם, בכך אין די. לא ניתן להסתפק אך בדחפים שנובעים ממצב נפשי לקוי של הקורבן ובניצול של הנאשם דחפים אלו לקבלת הסכמה ליחסי המין לביסוס הרשעה לפי [סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק. משעה שלא הוכח כי נשללה מן המתלוננת היכולת ליתן הסכמה חופשית וכי יכולת השיפוט שלה והשליטה העצמית נפגעו בצורה מהותית עקב מצבה (הגם שניתן להניח כי הושפעו ממצבה) – לא ניתן לומר כי היא עונה על הגדרה של "חולת נפש" כמשמעות מונח זה ב[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) כפי שפורש **בפרשת** **עקארי** והורחב **בפרשת** **ויצמן**.

זה המקום לציין, כי בענייננו לא הוכח שבעקבות מצבה ההיפומאני של המתלוננת במועד האירוע היה מצבה דומה למצבה של המתלוננת בפרשת **ויצמן.** בפרשת **ויצמן** הייתה המתלוננת נערה צעירה, הסובלת מפיגור שכלי, אשר אחד הביטויים של ליקויה השכלי היה חוסר יכולתה לעמוד על שלה, כניעותה, צייתנותה ותלותיותה. בית המשפט העליון ציין באותה פרשה, כי בית המשפט קמא קבע כי ממכלול העדויות והראיות שהובאו בפניו בולטת בהתנהגותה של המתלוננת הכניעה והצייתנות להוראותיהם של אחרים בחיי היום יום שלה ובלשונו של בית המשפט: **"המתלוננת, כך למדנו וכך התרשמנו מעדותה, אינה יודעת לומר 'לא', והיא נכנעת לרצון הזולת".**

אוסיף, כי בענייננו, מעבר לכך שאין כל ראיות שהמתלוננת היתה במצב "**מאני**" במועד האירוע או סובב לאירוע, ומעבר להנחה כי הייתה במצב "**היפומאני**" במועד האירוע (שכפי שפורט לעיל קיימת מחלוקת עד כמה בוחן המציאות ויכולת השליטה העצמית נפגעת במצב כזה, אם בכלל ומכל מקום המתלוננת לא עברה בדיקה פסיכיאטרית למועד האירוע ממנה ניתן להסיק את מצבה המדוייק) – ישנן ראיות לרוב שבשעות שקדמו לאירוע ולאחר האירוע בוחן המציאות שלה ויכולת השיפוט היו תקינים בהחלט. בעלה של המתלוננת (עת/2) העיד כי מצב רוחה היה טוב, כושר השיפוט שלה בסדר גמור והייתה צלולה לגמרי עת חזרה הביתה לחופשה יום לפני האירוע (עמ' 84 ש' 24-30 לפרוט') וכי אלמלא היו ילדיו באים לחגוג את החג בביתם המתלוננת היתה נשארת בבית ולא חוזרת לבית החולים (עמ' 86 ש' 20-23 לפרוט'). ד"ר גורשטיין (עת/13), שהיה הראשון שבדק את המתלוננת במועד הסמוך ביותר לקרות האירוע, כ-4 שעות מסיומו, ערך למתלוננת הערכה פסיכיאטרית (מוצג ת/11) ממנה עולה כי מצא, בין השאר, את "בוחן המציאות" שלה, את כושר ה"שיפוט החברתי" ואת ההתמצאות בזמן, במקום ובמצב – כולם בערכים תקינים; ד"ר רוזנטל, פסיכיאטר מבית החולים וולפסון, שבדק את המתלוננת לאחר שהופנתה לשם בבוקר שלמחרת האירוע (בין השעות 9:20 בבוקר אז התקבלה לשעה 10:10 אז נבדקה ע"י הרופא המשפטי ד"ר נחמן ריקרדו – כעולה ממוצגים נ/7-8) ציין בממצאי בדיקתו, כי המתלוננת יכולה להביע הסכמה מדעת וכי לא מצא סימנים פעילים לפסיכוזה ( כך עולה מוצג נ/8); ד"ר מעוז (עת/10) קיים שיחה עם המתלוננת בבוקר שלמחרת יום האירוע וגם הוא התרשם משיחתו עמה, כי **"בוחן המציאות שלה היה תקין, השיפוט שלה היה תקין**" (עמ' 193 ש' 16-17 לפרוט'); ד"ר מאיר (עת/7) אשר בדק את המתלוננת יום למחרת האירוע בשעות הצהריים מצא "**שיפוט – תקין, תובנה – קיימת"** ( מתוך ת/5, יום 15.4.06, שעה 14:24) ובבדיקה משעות הערב שלמחרת ציין **"בוחן מציאות תקין, השיפוט מוערך כתקין, תובנה טובה"** (שם, משעה 21:40).

מן המקובץ עולה, כי אף מבלי להידרש לבחינת התקיימותו של היסוד הנפשי-התנהגותי בדבר "ניצול" הנאשם את מצבה של המתלוננת – יש לזכות את הנאשם מחמת הספק גם מהאישום המיוחס לו והמבוסס על חלופה זו, הקבועה ב[סעיף 345(א)5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק, מאחר שלא הוכחה התקיימות היסוד העובדתי בנוגע למצבה של המתלוננת ("חולת נפש", כפי שפורש מונח זה בפסיקה שפורטה לעיל) המהווה תנאי להרשעה.

בטרם אניח עטי אציין, כי אף מבלי לדרוש ולבחון התקיימות יסוד ה"ניצול" הנדרש להרשעה לפי החלופות הקבועות ב[סעיף 345(א)4](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) סיפא ו-[5](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק, התנהגותו של הנאשם במסגרת האירוע נשוא האישום ראויה לכל גנאי. מן הנאשם, הנמנה על הצוות הסיעודי במחלקה בה הייתה מאושפזת המתלוננת (הגם שאינו נמנה על רשימת מי שנחשב מטפל נפשי לפי [סעיף 347א'](http://www.nevo.co.il/law/70301/347a) לחוק), היה מצופה לנהוג אחרת, ליתן מזור למתלוננת ולא דרור ליצריו. הנאשם היה מודע למצבה זה של המתלוננת וניצל אותו לקיום יחסי מין עמה. הוא היה מודע לעובדה שהתנהגותה הפלרטטנית והמוחצנת לא נבעה מרצונה הכן והאמיתי לקיום עמו יחסי מין. עם זה, וחרף הסלידה שחש אני מהתנהגותו הבזויה, לא מצאתי כי המענה להתנהגותו זו מצוי במישור הפלילי.

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, על כל החלופות המנויות בכתב האישום שתוקן, ולזכות אותו מחמת הספק מהאישום המיוחס לו.

משזו התוצאה אליה הגעתי, תוך בחינת הארוע לגופו של ענין, אינני מוצא לנכון להידרש לסוגיית זיכויות של הנאשם מחמת "ההגנה מן הצדק" וממילא לבקשתה של המאשימה להשיב לסיכומי הנאשם בענין זה.

|  |
| --- |
| **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, על כל החלופות המנויות בכתב האישום שתוקן.

**ניתן והודע היום י"א חשון תשע"ב, 08/11/2011 במעמד \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

5129371

54678313

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

שרה דותן 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן