|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בבית המשפט המחוזי בחיפה**  **תפ"ח 17649-10-09 מדינת ישראל נ' מיכאלוב (עציר)**  **בפני הרכב השופטים:**   1. **שיף, ס. נשיא – [אב"ד],**   **ח. הורוביץ,**  **צ. קינן** | | **23 פברואר** | **2011** |
| **המאשימה** | **מדינת ישראל** | | | |
| **נגד** | | | | |
| **הנאשמים** | **1. פלוני (עציר)**  **ע"י ב"כ עו"ד פארס בריק**  **2. ס. (עציר)**  **3. יח'**  **4. ינ'**  **ע"י ב"כ עו"ד מיכאל כרמל** | | | |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [20 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.a), [20 (ג) (1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1), [29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29), [29(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b), [31](http://www.nevo.co.il/law/70301/31), [32](http://www.nevo.co.il/law/70301/32), [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [345.א.1.](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1.), [345(ב)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.5), [345.ב.5.](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.5.), [345(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.c)

[פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [10א(א)](http://www.nevo.co.il/law/98569/10a.a)

מיני-רציו:

\* בימ"ש המחוזי הרשיע את נאשם 1 בביצוע עבירה של אינוס בנסיבות מחמירות; קבע כי נאשם 2 עבר אף הוא עבירה זו, בהיותו מבצע בצוותא עם נאשם 1; זיכה, מחמת הספק, את נאשמים 3 ו-4 מביצוע העבירה הנ"ל.

\* עונשין – עבירות – אינוס

\* עונשין – שותפים לעבירה – מבצע בצוותא

\* עונשין – מחשבה פלילית – שותפים לעבירה

\* עונשין – מחשבה פלילית – מודעות

\* עונשין – מחשבה פלילית – עצימת עיניים

\* ראיות – עדות – עדות כבושה

.

 עסקינן בהכרעת הדין של הנאשמים 1-4, להם מיוחסת עבירה של אינוס בנסיבות מחמירות. עבירה לפי סעיפים 345(א)(1)+(ב)(5) +29 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977.

.

בית המשפט המחוזי הכריע את הדין כדלקמן:

התשתית הראייתית מתבססת בעיקר על עדות המתלוננת, שנמצאה עקבית ואמיתית. סתירות שנמצאו בגרסתה אינן יורדות לשורשו של האירוע ומשכך, אין בהן כדי לגרוע מן האמינות. לעדות זו אף נמצאו מספר חיזוקים, וביניהם, מצבה הנפשי הקשה לאחר האירוע. עיקרי עדותה נמצאו תואמים ומאומתים גם בעדויות עצמאיות. לפיכך, בימ"ש ייחס אמון מלא לגרסת המתלוננת לפיה נבעלה, שלא בהסכמתה על ידי נאשם 2, בנוכחותם של 3 אחרים שנכחו במקום בעת האונס.

אשר לנאשם 2, שתיקתו משלב מוקדם בחקירה, כבישת עדותו כשהסבריו לשתיקתו קלושים, כמו גם שקריות גרסתו וחוסר ההיגיון שבה מקרינים חוסר מהימנות והעדר הסברים סבירים, העשויים לעמוד כמשקל שכנגד לגרסה המפלילה שהונחה על-ידי התביעה. כל אלה מחייבים העדפת גרסת המתלוננת, לפיה המגע המיני נכפה עליה, על פני גרסת נאשם הטוענת לקיום המגע המיני, בהסכמה; נאשם 2 למצער, עצם עיניו מפני העדר הסכמתה של המתלוננת, ולכן יש לראותו כמי שהיה מודע לה. מאחר שגם שאר היסודות של עבירת האינוס הוכחו, נאשם 2 עבר את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום, אינוסה של המתלוננת.

בימ"ש בחן האם מהראיות עולה מעל לכל ספק סביר, כי נאשמים 1, 3 ו-4, היו שותפים למעשה העבירה, בגדר מבצעים בצוותא של העבירה שיוחסה להם בכתב האישום, למרות שלא נטלו חלק במעשה האונס עצמו. הוכח שכל הנאשמים נכחו בעת האונס. ואולם, נאשם 3 נקשר לאירוע רק בדבריו של נאשם 1. אכן נאשם 3 מסר גרסה שקרית בבימ"ש, המעלה נגדו חשד כבד, אך אין בכך כדי לחזק את ה"אין" שבראיות התביעה, משלא הוכח שנטל חלק בביצוע העבירה על ידי עשיית מעשה המצוי, לפי טיבו, במעגל הפנימי של ביצוע העבירה. לפיכך, יש לזכות את נאשם 3 מחמת הספק; אשר לנאשם 4, גרסתו השקרית, השוללת קשר כלשהו לאירועים אינה יכולה להתקבל. אף על פי כן, ולמרות החשד הכבד נגדו, הרי שבשל הסתירה שעלתה במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת, ביחס למקום עמידתו המדויק בבניין ובתוך כך באשר לחלקו וטיב מעשיו באותו מעמד, קם ספק סביר ויש לזכות את נאשם 4 מחמת הספק.

אשר לנאשם 1, בעדותה של המתלוננת לגביו לא נבעו בקיעים. מאידך, גרסתו בנוגע לחלקו באירוע נמצאה לא אמינה. מגרסתו נלמדת מודעותו המלאה למעשים, כמו גם העדר הסכמת המתלוננת למעשים אלה וכן צפייה לקבל את חלקו, בתמורה לסיוע שהושיט לנאשם 2. עבריין המחזיק בקורבן כדי למנוע התנגדות מצדו, וכדי לסייע לשותפו לעשות בו מעשה אלימות או מעשה מיני, נוטל חלק ממשי באירוע העברייני עצמו, ואין לראות בו אך "מסייע" השייך ל"המעגל החיצוני" של מבצעי העבירה. אף כי לא התבהר מתי גמלה המחשבה המשותפת לביצוע האונס, אין לכך חשיבות, שהרי שותפות לעבירה אינה מחייבת התקשרות מוקדמת בין השותפים, ויכולה היא להיווצר באופן ספונטני. חזקה על שותף במעשה כי הינו מתכוון לתוצאות הטבעיות ומתקיים גם היסוד הנפשי של החבורה כולה. משנמצא כי נאשמים 1 ו-2, ביצעו בצוותא את מעשה האינוס, לאחר שחברו יחד לבצע עבירת מין, הרי שבכך הוכחה הנסיבה המחמירה בגדרו של סעיף 345(ב)(5) לחוק. לפיכך, נאשם 2 עבר את העבירה של אינוס בנסיבות מחמירות.

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

**השופטת צ' קינן**

**כתב האישום:**

1.        לנאשמים מיוחסת עבירה של אינוס בנסיבות מחמירות. עבירה לפי [סעיפים 345(א)(1)+(ב)(5) +29](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1.;345.b.5.;29) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן "חוק העונשין").

             כנטען, ביום 5.10.09, סמוך לשעה 02.00 פגשו ארבעת הנאשמים את המתלוננת ליד קיוסק ה"לגונה" בקרית ים, לשם הגיעה כדי לקנות סיגריות ובירה.

2.       בשלב מסוים, תקף את המתלוננת אדם, שהיה במקום (שאינו נמנה על הנאשמים), אחז בשערה, הכה בראשה והפילה ארצה. במהלך התקיפה נשמט (או נגנב) ארנקה. הנאשמים הרחיקו ממנה את התוקף ובהמשך שניים מהם, בהעמידם פנים כמי שמתכוונים לסייע לה, אחזו בידיה והובילו אותה, בעל כורחה, אל עבר בניין סמוך ברחוב משאש 7 (להלן:"הבניין"), תוך שהנאשמים האחרים מצטרפים אליהם ובעוד המתלוננת בוכה ומבקשת ללכת לביתה.

3.         בהגיעם לבניין, אחזו שניים מהנאשמים בידה של המתלוננת והשכיבו אותה על כורסה שהייתה במקום. נאשם 2 פשט מעל המתלוננת את מכנסיה ותחתוניה, הסיר את מכנסיו, החדיר את אבר מינו לאבר מינה, בניגוד לרצונה ובעל אותה עד שהגיע לסיפוקו. כל אותה עת יתר הנאשמים עמדו לצידו של נאשם 2, תוך שהם מחזקים את מעשי נאשם 2, בנוכחותם.

4.         בסמוך, לאחר שנאשם 2 סיים לבצע את זממו במתלוננת וקם מעליה, אמר נאשם 1 "**גם אני רוצה**". המתלוננת התעשתה, אחזה בחגורת מכנסיו של נאשם 2, הניפה אותה ופגעה בפניו של נאשם 1. בתגובה לכך ברחו כל הנאשמים מהמקום.

5.         במעשיהם אלה בעלו הנאשמים את המתלוננת, שלא בהסכמתה החופשית, תוך שימוש בכוח, וכל זאת עשו בצוותא חדא, לאחר שחברו יחדיו לבצע בה עבירת מין.

**גרסאות הצדדים:**

6.        גרסת התביעה מתבססת על עדות המתלוננת על אירועי אותו ערב. חיזוק לגרסתה מוצאת התביעה בראיות על מצבה הנפשי לאחר האירוע, כעולה מעדות חברה של המתלוננת, ק. והשוטרת גאולית מימון וכן בגרסאות הנאשמים עצמם – זו של נאשם 1, אשר העיד על נוכחותו בזירה בעת שנאשם 2 קיים יחסי מין עם המתלוננת וכן על נוכחותם של הנאשמים 3 ו-4 במקום; ממצא הדנ"א שהוכיח את עצם קיום יחסי המין של נאשם 2 עם המתלוננת ואשר הביאוהו לחזרתו בו מכפירתו המוחלטת, במשטרה, באשר לקשר שלו עם המתלוננת וכן שקרי הנאשמים האחרים.

7.         המתלוננת זיהתה את נאשם 1 לאחר האירוע, באופן ספונטאני, בבוקר יום האירוע, עת הגיעה לזירת העבירה, מלווה בשוטרים, במסגרת חקירת תלונתה וסיפרה כי הוא היה במקום האירוע בעת האונס ולאחר שנאשם 2 ביצע בה את זממו אמר "שהתור שלו" ובתגובה לדברים אלה הכתה אותו בפניו, בחגורתו של נאשם 2.

           בעקבות הזיהוי נעצר נאשם 1. בחקירתו אישר את גרסת המתלוננת על תקיפתה טרם האינוס וכי ראה את נאשם 2 מקיים עימה מגע מיני, בנוכחות הנאשמים 3 ו-4. בעקבות דבריו אלה נעצרו נאשמים 2 ו-3. נאשם 4 לא אותר עד ליום 12.10.09 ואז נעצר.

8.        בתשובתו לכתב האישום, מסר נאשם 1 כי פגש במתלוננת סמוך ל"לגונה" וכי היא עזבה את המקום בלוויית נאשמים 2, 3 ו-4. הוא הלך בעקבותיהם והבחין במתלוננת ובנאשמים וראה את נאשם 2 שוכב עם המתלוננת, הוא התבקש ע"י שלושת הנאשמים והמתלוננת לעזוב, או אז, פגעה בו המתלוננת בפניו באמצעות חגורה והוא עזב את המקום.

             נאשם 2, אישר בתשובתו לכתב האישום, כי פגש במתלוננת סמוך ל"לגונה", ראה שהותקפה ע"י בחור שאינו מכיר, סייע לה להיחלץ והלך עימה לעבר הבניין, כדי להרחיקה מן התוקף. לגרסתו, המגע המיני עם המתלוננת היה בהסכמתה וכי לא היה במקום איש זולתם. עוד סיפר, כי נאשם 1 בא למקום לאחר סיום המגע המיני וביקש לשכב עם המתלוננת וזו, בתגובה, תקפה אותו בחגורה והוא נמלט מהמקום. בהמשך הוא והמתלוננת התלבשו, שבו לאזור הלגונה, שם התחדש הריב בין המתלוננת לבין מי שתקף אותה קודם לכן. הוא הפריד בין השניים, סייע למתלוננת לחפש את ארנקה ובהמשך נפרדו לשלום וכל אחד הלך לדרכו.

             נאשם 3, אישר שפגש במתלוננת סמוך ל"לגונה", הבחין בה יושבת עם אחרים ב"עיגול". בשלב זה עזב את המקום, הלך לביתו ולא נכח ולא נטל חלק בכל אירוע מיני.

            נאשם 4 הודה שפגש במתלוננת קונה לעצמה מצרכים ב"לגונה" ובהמשך עזב את המקום, ביחד עם נאשם 3 והלך לבית אביו. לדבריו לא ראה ולא היה שותף לאירועים שפורטו בכתב האישום.

**ראיות התביעה:**

9.        **עדות המתלוננת**

            המתלוננת ילידת xxxxx, הייתה כבתxx בעת האירוע. היא אם לx ילדים, מהם אחד מקשר עם בן זוגה לשעבר, ק. קליטתה לוותה בקשיים, היא סובלת מבעיות נפשיות, מקבלת טיפול פסיכיאטרי ואף אושפזה בעבר מספר פעמים, ביוזמתה, לצורך טיפול.

ביום האירוע, סמוך לשעה 20.00, הגיעה לביתו של ק., שמעה מוסיקה ושתתה בקבוק בירה. משאזלו הסיגריות, החליטה לצאת לקנות סיגריות ובירה.

בהגיעה ל"לגונה", לאחר שקנתה סיגריות ובירה, הבחינה בשלושה בחורים, בניהם אחד שלבש חולצה שחורה עם פסים דקים לבנים (והוא מי שבהמשך אנס אותה). היא ביקשה מהבחורים שיציתו לה סיגריה והתפתחה בניהם שיחה. הבחור עם החולצה השחורה, הגבוה הרזה (מי שזוהה ע"י המתלוננת בביהמ"ש כנאשם 4 - עמ' 85 לפרוט') אמר לה שיש לה עיניים יפות והיא השיבה שגם הוא בחור יפה. או אז אחד הבחורים, "כמו שור" שאל אותה אם היא רוצה לעשות איתו "**סקס**". היא השיבה "**מה פתאום"** והתרחקה מהמקום לעבר קבוצת בנות שישבה בסמוך, ב"עיגול" (חומת אבן מעגלית המקיפה גן מאחורי ה"לגונה"). שם לדבריה, חשה בטוחה. הבחורים הלכו אחריה. הבחור בחולצת הפסים ( נאשם 2), דיבר עם הבנות והבחור שכינתה ה"שור", על פי חזותו, דיבר איתה "לא טוב", היא ענתה לו והוא שפך עליה משקה "רד בול" ובתגובה, שפכה עליו את תכולת פחית הבירה שהייתה בידה. או אז תפס בשערה, נתן לה מכה על ראשה והצית את שערה, באמצעות מצית. היא הבהירה שהתוקף אינו אחד מן הנאשמים. שני בחורים, האחד נאשם 2 והשני, הבחור שלבש חולצה שחורה (נאשם 4), הדפו ממנה את התוקף, אחזו בזרועותיה, אמרו לה שאיש לא יגע בה יותר והוליכו אותה לעבר הבניין. היא בכתה לאורך כל הדרך ואמרה "**אני רוצה הביתה ואני רוצה את הארנק הקטן שלי ולא מצאתי אותו"** (עמ' 92 לפרו').

בהגיע השלושה לבניין, הצטרפו אליהם עוד שניים או שלושה בחורים. אחד עם חולצה שחורה עם כיתוב לבן, שערו ופניו כהים והשני שעורו בהיר, שאת תאור בגדיו לא יכלה למסור כי הוא היה "ליד הצמחים" ושילב ידיים (עמ' 32 ש' 23-24). הבחורים דיברו בניהם.

10.       זירת העבירה היא קומת מסד בין עמודים בבניין מגורים. בקומת המסד הפתוחה ברובה,

מצוי חלל התחום בשני קירות, שם ניצבה כורסה כחולה, מכוסה חלקית בסדין.

המתלוננת הצביעה על מקום עמידתם של הבחורים בזירה, על גבי התמונות ת/18, כך (עמ' 33-34):

             בתמונה 9, בפינה הימנית, בתוך המבנה סימנה באות – **x** את "**הבחור הרזה הגבוה שהוציא אותי מהמכות שהלכתי עם השור**" הוא לבש את החולצה השחורה (נאשם 4).

בתמונה 8 בפינה השמאלית סימנה באות – **y** את הבחור עם החולצה השחורה עם הכיתוב הלבן, אותו זיהתה בעת שהצביעה לשוטרים על הזירה (נאשם 1).

בפינה הימנית, מחוץ למבנה, סמוך לכניסה לחלל, סומן ב- **z** מקום עמידתו של "**הבחור הרביעי ושילב ידיים**" (נאשם 3).

בתחתית התמונה, לפני הכורסה, סימנה בעיגול את מקום עמידתו של הבחור עם החולצה השחורה עם הפסים אדום לבן (נאשם 2).

            בהמשך, ככל שהמתלוננת תתייחס לבחורים עפ"י תיאור בגדיהם, במהלך עדותה, אתייחס אליהם כזיהויים בכתב האישום: לובש החולצה השחורה עם הכיתוב הלבן – נאשם 1, לובש החולצה עם הפסים – נאשם 2, והבחור ה"גבוה הרזה", עם חולצה שחורה – נאשם 4.

לאחר שהגיעו למקום, אחזו שניים בזרועותיה: הבחור הגבוה בחולצה השחורה (נאשם 4) אחז בצד שמאל ונאשם 1 מימין והובילו אותה לספה. שניים הסירו את מכנסיה ותחתוניה, הושיבו אותה על הספה, החזיקו בכתפיה והשכיבו אותה על הספה ונאשם 2 נשכב עליה. המתלוננת עצמה עיניה ותחושתה הייתה **"חושך, פחד אימים, פאניקה. לא יכולתי לחשוב, כאילו שאני יצאתי ממני...כאילו משותקת, איך ששמו אותי ככה נשארתי"** (עמ' 36-37).

כשנגמר האקט המיני והיא פתחה את עיניה**:**

**"זה עם הפסים הצביע על הבחור שעמד בצד בשילוב ידיים ואמר, זה התור שלו, אחד מהם אמר "אני רוצה גם כן" ועוד אחד אמר "אני רוצה". אז קמתי, וזה עם החולצה עם הפסים התלבש, סחב את המכנסיים שלו למעלה. אני קמתי, אני עייפה. קמתי, הרגשתי מאד מרוגזת, לא פחדתי יותר (העדה בוכה). את החגורה סחבתי מאחור, כרכתי אותה מסביב ליד, לחגורה היה אבזם. כשהתחלתי לסובב את החגורה, הבחור עם החולצה השחורה נפל והלכתי מאחורה והתחלתי להרביץ עם החגורה הרבצתי על הקירות וכולם ברחו ואני צעקתי בפורטוגזית "בני זונות". הבחור שהיה כתוב על החולצה השחורה בלבן, הוא קיבל מכה אחת מהחגורה, כך אני חושבת, כיון שהוא נפל. זרקתי את החגורה מחוץ לבניין והלכתי הביתה" (עמ' 36).**

 בשובה הביתה שאל אותה ק. מדוע איחרה לחזור והיא אמרה לו שהותקפה מינית והוא הזעיק את המשטרה, באמצעות הטלפון. לשוטרים מסרה את הבגדים שלבשה והתלוותה אליהם כדי להצביע על הזירה. במהלך ההצבעה הגיע למקום בחור **"שגם הוא היה במקום שתקפו אותי מינית**" והוא שאחז בזרועה מימין הושיבה על הספה ומי שאמר **"גם אני רוצה".** זהו הנאשם אותו תיארה עפ"י חולצתו השחורה עם כיתוב לבן (עמ' 39).

**החקירה הנגדית:**

11.        המתלוננת עמדה בחקירה נגדית ארוכה וממצה של ב"כ הנאשמים.

            בחקירתה ע"י ב"כ נאשם 1 אישרה, שהיא סובלת מבעיות נפשיות, מטופלת בתרופות פסיכיאטריות ואושפזה מספר פעמים בבית חולים "מזרע". לדבריה, בכל הפעמים ביוזמתה. עוד אישרה שהיא החלה לשתות, כהסברה, בשל מצוקתה עקב הוצאת בנה הקטין, מרשותה. התרופות שהיא נוטלת הן נגד דיכאון וחרדה. לדבריה, היא נמנעת מנטילת תרופות ביום שהיא שותה, בהיותה מודעת לאיסור לצרוך אלכוהול ביחד עם התרופות (עמ' 65 ש' 16- עמ' 67 ש' 16). ביום המקרה שתתה שתי פחיות בירה, אחת בביתה, אחת אצל ק. ואת השלישית (שקנתה בלגונה) לא הספיקה לשתות, כיון ששפכה את תכולתה על מי שתקף אותה. באותו יום לא נטלה את התרופות (עמ' 67 ש' 25-27). לשאלות ב"כ נאשם 1 חזרה על תאור נסיבות זיהויו של נאשם 1. היא הובאה לזירה לצורך שחזר האירועים וכאשר יצאה מתוך האזור המתוחם בקירות, בתוך קומת המסד (תמונה 5 ב- ת/18), הבחינה בשני בחורים שעומדים ביחד עם שוטרים ו"**כשהוא נכנס אני אמרתי שזה הבחור מאתמול**" (עמ' 59 ש' 18) "**לא רק שהוא היה לבוש עם החולצה, אלא כיון שראיתי אותו בלילה. כשהוא אמר "גם אני רוצה", הסתכלתי עליו. חוץ מזה כשהוא לקח אותי בזרוע, גם הסתכלתי עליו**" (עמ' 59 ש' 26-29). הגם שבעת הזיהוי במקום היא אמרה שהיא בטוחה בזיהוי ב-90%, היא עמדה על דעתה כי לא טעתה בזיהוי (עמ' 60 ש' 26-28). לדבריה, בעת האירוע היו שלושה שנטלו חלק פעיל - "**המסוכנים**", ובחור רביעי, שעמד ליד השיחים עם ידיים שלובות (עמ' 63 ש' 7-15).

12.        **עו"ד כרמל,** ב"כ נאשמים 2-4, הוסיף וחקר את המתלוננת אודות מצבה הנפשי, המתלוננת חזרה על דבריה הקודמים באשר לבעיותיה הנפשיות. בהתייחס ליום האירוע, נשאלה מה סיפרה לק. עם שובה הביתה לאחר האירוע הנטען והיא השיבה שסיפרה לו שהותקפה מינית והוא זה שהודיע למשטרה. היא עמדה על גרסתה זו, גם לאחר שעומתה עם הודעותיהם של ק. ושל השוטרת גאולית, מהם עשוי היה להשתמע כי לא סיפרה להם, בהזדמנות הראשונה, על התקיפה המינית (עמ' 83).

בהמשך חקירתה ע"י ב"כ נאשם 4, בתגובה לשאלתו אודות נאשם זה, זיהתה את נאשם 4, בעת שישב באולם. לשם השלמת התמונה אביא את דבריה (עמ' 85-86):

**"ש.** **מי זה הבחור שאמרת לו שגם אתה בחור יפה?**

**ת.  ... לא. הם אמרו לי שיש לי עיניים יפות. אני אמרתי שגם הוא בחור יפה. הילד היפה נמצא פה באולם בית המשפט עם חולצה ירוקה ופסים בצבע לבן (נאשם 4). הוא היה עם חולצה שחורה והוא באמת בחור יפה.**

**ש. אם את מזהה אותו כל כך טוב, מה הוא עשה לך? הוא עשה לך משהו רע?**

**ת.  אני לא יכולה להגיד בפני הבן אדם משהו רע.**

**ש. הוא עשה לך משהו רע, הוא היה באונס ?**

**ת.  כן. "**

           ובהמשך:

**ש. "אומרת התובעת כששאלו אותך להשיב מה הוא עשה לך**

**ואמרת שאת לא יכולה להגיד בפנים של הבן אדם משהו רע, הצבעת לעבר תא הנאשמים ואמרת משהו, מה אמרת?**

**ת. אני רוצה לדעת מי הם. אני לא שואלת. אני לא רוצה להאשים, הבחור עם החולצה הלבנה שיושב בתא הנאשמים אני לא יודעת מי הוא, אני לא זוכרת שום דבר ממנו שהיה נוכח (מצביעה על נאשם 2). אני מרגישה שהבן אדם הזה הוא לא בן אדם רע. נאשם 1 הוא, נראה לי, שהוא הבחור שהיה עם החולצה שחורה עם כיתוב לבן".**

           ועוד לגבי נאשם 4:

"**ש**. **הסכמנו קודם שנאשם 4 גבוה יחסית לאחרים, מה הוא**

**עשה בזמן האונס?**

**ת. (העדה משתהה) אני חושבת שהוא לא היה שם. בגלל זה**

**שבועות אחרי שהמשטרה רצתה שאני אופיע במשטרה**

**בכדי לראות אם זה האיש. כל הזמן מאז שהרביצו לי**

**התייחסו אלי רע, הוא הלך על ידי ולא נגע בי.**

**ש. בעדות הראשונה שלך מיום 5.10 שעה 11.40, עמ' 6**

**שאלו אם תוכלי לזהות בתמונות את הבחור שאנס אותך**

**וענית "אולי לא כי הייתי בפאניקה" ואז נשאלת אם**

**תראי תמונות של הבחורים האחרים תוכלי לזהות**

**והשבת כן. אחד מהם היה זה שלבש חולצה שחור, שיער**

**שחור צבע עור חום, גבוה ורזה מאד, צעיר מאד" נשאלת**

**למה את זוכרת אותו, מה הוא עשה**

**לך והשבת "כי הוא היה מול הפנים שלי, ליד הקיוסק**

**כשיצאתי**

**ת. זה נכון. הוא היה על ידי בצד שמאל.**

**ש. נשאלת אם הוא היה בחצר אחורה בזמן האונס והשבת**

**לא. אז נכון שהוא לא היה בחצר בזמן**

**האונס, הבחור שאת מזהה.**

**ת. הוא לא היה. הוא רק ליווה אותי עד הכניסה לבניין.**

**ש. בזמן האונס הוא לא היה שם?**

**ת. לא. אני רוצה להגיד משהו – את זה אני לא יכולה להגיד**

**בביטחון, מי היה נוכח בצד כשנכנסו בי"** (עמ' 87).

לגבי נאשם 2 אמרה המתלוננת כי אינה זוכרת איך הוא נראה ומה לבש (עמ' 88 ש' 7-14). אולם היא שבה ושללה את גרסת נאשם 2, לפיה מה שהיה בניהם היה בהסכמתה. היא לא הסכימה ואינה יודעת להסביר כיצד נאשם 2 הצליח לקיים עימה יחסי מין "**הם דיברו בניהם כשאני בכיתי. אני לא יודעת מה הם דיברו**" ( עמ' 88 ש' 27).

13. המתלוננת אישרה כי לא התנגדה ולא דיברה כי **"לא חשבה על כלום ששכבו איתי, זה לא היה בי להתנגד. לא היה לי את האומץ להתנגד"** (עמ' 90 ש' 1-2).

            את הבגדים הסיר מעליה "**זה שחדר בי"**. ולדברי הסנגור שהציע את גרסת נאשם 2, כי היא סייעה לו להוריד את בגדיה ולהחדיר את אבר מינו השיבה: **"זה לא היה. כמה שטויות אני צריכה לשמוע**" (עמ' 91 ש' 5-13).

            עוד אישרה, כי נאשם 2 הוביל אותה לכיוון הבניין ואמר לה שהבחור שהרביץ לה לא יפגע בה עוד: **"לא בגלל זה הלכתי איתו. היה בלאגן כאן, הבחור שהרביץ לי, עזרו לי, הוציאו אותי מהמקום איפה שהוא הרביץ לי וכל הזמן בכיתי, למה הוא הרביץ לי, אני רוצה הביתה. אני רוצה את הארנק וללכת הביתה. אחד החזיק אותי והוא הלך ביחד איתי. הם הובילו אותי לכיוון הכניסה של הבניין".** לשאלה אם השתמש נגדה באלימות השיבה: "**לא. הוא היה חמוד איתי כל הזמן ... זה עם הפסים** (מצביעה על נאשם 2) **אני הייתי בוכה והוא אמר שזה שהכה אותי לא יעשה לי יותר שום דבר"** (עמ' 92 ש' 6-23).

**עדותו של ק.**

14. ק. סיפר על הגעתה של המתלוננת לביתו באותו ערב בשעה 20:00 לערך ועל יציאתה סמוך לשעה 01:00, לצורך קניית סיגריות. הוא סיפר על חזרתה ב- 02:00, בוכה ומפוחדת ולשאלתו מה קרה לה, השיבה שגברים נתנו לה מכות (נ/2). בעדותו בביהמ"ש סיפר כי: :**"היא הגיעה נורא נרגשת, עצבנית, בוכה. היא נראתה במצב של שוק. לא הבנתי טוב מה היא דיברה. היא נרגעה קצת ואמרה שגברים היכו אותה ברחוב. ברגע זה אמרתי לה שצריכים להתקשר למשטרה והיא אמרה שהיא לא רוצה משטרה...היא אמרה שלא רוצה לדבר על זה... היא היתה נורא עצובה, נורא עצבנית. המשכנו לדבר. לאט לאט היא מסרה לי יותר מידע. זה היה נורא קשה לי להוציא ממנה מידע כי כל פעם שפתחתי את הפה לשאול אותה, היא התחילה לבכות יותר... כשהיא ראתה שקיבלתי את ההחלטה להתקשר, היא נרגעה קצת... המילה שהשתמשה זה אונס. אני הייתי בשוק. באותו רגע התחלתי להרגיש היסטרי. גם אני בכיתי, הייתי נורא עצבני ושנינו היינו נורא היסטריים" (עמ' 109 ש' 15- 26).**

            הוא התקשר למשטרה. בהגיע השוטרים, המתלוננת הסירה את בגדיה והוא הכניסם לשקית שמסר לשוטרים. בהמשך, הוא והמתלוננת התלוו לשוטרים למקום האירוע, על פי הכוונתה של המתלוננת. במקום הצביעה על הספה, היכן שנאנסה והצבעתה צולמה ע"י השוטרים. בעת שעמד עם המתלוננת בכניסה למקום ההתרחשות **"הבחור שיושב שם (מצביע על נאשם 1) הופיע בהליכה יחד עם בן אדם אחר. באותו רגע ראתה אותו והצביעה עליו ואמרה הנה, זה היה. באותו רגע השוטרים עצרו אותו**" (עמ' 111 ש' 2-9).

בחקירתו הנגדית, התבקש ק. לאשר כי בהגיע המתלוננת לביתו סיפרה כי הוכתה ולא אמרה מייד, שנאנסה. ק. אישר את הדברים ואולם הסביר שהמתלוננת הייתה נסערת ובכתה, דבריה היו מבולבלים מאוד ומייד בהמשך, סיפרה לו כי נאנסה וזאת אמרה לו עוד טרם הגעתם של השוטרים לדירה. לדבריו גם סיפרה לו כי נגנב לה כסף, אך אינו יודע כמה.

**עדותה של סמ"ר גאולית מיימון :**

15.        מסמכים שערכה העדה הוגשו והתקבלו בהסכמה, במקום עדות ראשית, ת/20 – דו"ח  
פעולה, תפיסה וסימון, ת/21 – דוח זכ"ד אודות ניסיון איתור נאשם 4, מיום 7/10 ות/22, דו"ח זכ"ד אודות מעצרו של נאשם 3, ביום 7.10.09.

            מהמסמך ת/20, עולה כי העדה הגיעה לביתו של ק. בסמוך לשעה 03:55. המתלוננת סיפרה לה, כי סמוך לשעה 01:30, בעת שהייתה ליד קיוסק כדי לקנות סיגריות, תפסו אותה ארבעה בחורים גררו אותה לבניין, תקפו אותה ושרפו חלק משערה בעזרת מצית וגנבו ממנה ארנק שהכיל 700 ₪. לשאלת העדה אם נגעו בגופה היא אמרה **"שלא היה דבר מיני**". העדה לא הבחינה בסימני שריפה או ריח שריפה בשערה. לדבריה כל מהלך התחקור המתלוננת נראתה מפוחדת, בוכה ונסערת. היא מסרה תיאור של מי שלטענתה הרביץ לה: בחור בריא, גבוה, עם שיער שחור שלבש חולצה לבנה. העדה ירדה לניידת על מנת לדווח על האירוע וכאשר חזרה לאחר 10 דקות, בעת ששהו בחדר אחר ביחד, סיפרה לה המתלוננת כי לאחר שיצאה מהקיוסק, גררו אותה אנשים לבניין ו"**שם תפסו והפשיטו אותה ואחד מהם שם את אבר מינו באבר מינה**". עוד סיפרה כי היה במקום בחור שלבש חולצה שחורה עם כיתוב לבן והוא לא זה שביצע את האונס אלא רק הסתכל ואמר **"עכשיו תורי".** לבקשת העדה, הסירה המתלוננת את חולצתה והעדה הבחינה בסימנים כחולים ואדומים מתחת לכתפה "כמו של משיכה", על גבה סימנים אדומים ומעט נפיחות באזור הפנים. היא הצביעה על תחתוניה שעליהם סימני דם, אותם מסרה לעדה ביחד עם חולצה לבנה, שלדבריה לבשה בעת האירוע, שאף עליה נראו סימני דם. לדברי המתלוננת סימני הדם מקורם במחזור, שכנראה פקד אותה בעת האירוע. כשנשאלה על מקום האירוע, השיבה כי אינה יודעת כתובת, אך תוכל להוביל למקום.

עפ"י הנחייתה הגיעו השוטרים בלוויית המתלוננת לבניין ברח' משאש 7א', שם הצביעה המתלוננת על ספה כחולה שעליה סדין לבן, מוכתם בדם והפרשות. המתלוננת נראתה נסערת וכשנשאלה אם צעקה אמרה שלא, מכיוון שפחדה. העדה סגרה את הזירה והזמינה למקום את המז"פ. זמן קצר לאחר שהגיעו למקום שוטרים נוספים, ביניהם השוטר יאסר אבו סאלח, הגיעו למקום שני בחורים. המתלוננת הצביעה על הבחור שלבש חולצה שחורה עם כיתוב לבן מלפנים ונראה שתוי ואמרה: **"הנה זה הוא, הוא היה שם, זה הבחור שעמד שם בזמן האונס... אני בטוחה ב-90% שהבחור הזה היה שם, זה אותם הבגדים בדיוק, אבל היה שם חושך בזמן האונס, אני לא בטוחה בפנים**". בהמשך המתלוננת נלקחה לתחנה, צוידה בטופס בדיקה רפואית ונלקחה לביה"ח, כשאליה נלווה ק..

בחקירתה הנגדית מסרה שאת העדוח ת/20 רשמה בשעה 07:06 וכי השיחה עם המתלוננת נערכה בעברית וכי ק. לא התערב במהלך התחקור הראשוני שערכה למתלוננת.

**עדות רס"ר יאסר אבו סאלח**

16.       מזכר שערך העד ת/23, הוגש בהסכמה במקום חקירתו הראשית.

דברים שצוינו בדוח תואמים בעיקרם את תיאורה של גאולית, על נסיבות הזיהוי כמו גם את גרסתה של המתלוננת בהקשר זה. לא ראיתי צורך להרחיב בעניין, משאין מחלוקת כי הנא' 1 אישר בהודעותיו, כמו גם בעדותו בבית המשפט את נסיבות הזיהוי ואת עצם נוכחותו באירוע ואת הפגיעה שספג מידי המתלוננת.

**עדות רס"ב ייני משה**

17.        רס"ב ייני הוא רכז המודיעין של תחנת קרית ים. המזכר ת/24 שערך ביום 7.10.09 בשעה 12:00 התקבל בהסכמה, במקום עדות במסגרת חקירתו הראשית. נאשם 1 הופנה אליו על פי הודעת החוקר חיכמאת, לפיה נאשם 1 מעוניין לדבר על האירוע עם קצין מודיעין ולהסביר מה חלקו בו. העד הסביר לנאשם כי הוא אינו חייב לומר דבר וכי אין הוא יכול להבטיח לו דבר לגבי שחרור ו/או שינוי תנאי המעצר. בתשובה אמר לו הנאשם כי הוא מעוניין לדבר, אך אינו רוצה למסור עדות בכתב, מחשש שיקראו לו "מלשן". לאחר שנאמר לו ע"י ייני כי הוא חשוד באירוע עצמו וכי אינו חייב לדבר, שטח הנאשם את גרסתו על ההתרחשויות.

לדבריו, בתחילת האירוע, בעת המפגש הראשון עם המתלוננת הוא היה במקום ביחד עם אחותו וחברותיה, בחור בשם זאור ושני בני דודים: יח' וינ', שאת כתובותיהם מסר לייני. כמו כן היה במקום בחור בשם ס. שגר דרך קבע בחו"ל, אך כיום מתגורר אצל סבתו בקרית ים. לדבריו, בהיותם בסביבת הלגונה בעת שהמתלוננת חלפה לידם זרק לעברה מישהו מהנוכחים **"אפשר לעשות איתך סקס**" והיא אמרה לו **"מה פתאום".** או אז התקרבו אליה ס., יח' ינ' וזאור והוא ראה "באלאגן" ושמע ויכוח על דברים שנגנבו מהמתלוננת. בהמשך הבחין ביח', ינ' וס. הולכים עם המתלוננת לכוון הבניין. כעבור זמן מה חשש, לדבריו, שיהיה "באלאגן" והלך אף הוא לבניין. בהגיעו למקום ראה את יח', ינ' וס. עם הבחורה. השלושה אמרו שהכול בסדר ושילך מהמקום וכך עשה. הוא חזר לקיוסק, קנה שתייה חריפה והמתין במקום שכן חשש לחזור הביתה בעודו שתוי. בעת שעמד במקום הגיעו שוטרים, בלוויית המתלוננת, שהצביעה עליו ואמרה: "**הוא היה שם אבל לא אנס אותי".** רק אז הבין שהבחורה נאנסה. לדבריו של ייני שיצטרך למסור עדות מסודרת, השיב הנאשם כי אינו מעוניין בכך, משום שהוא מפחד.

כפי שכבר נאמר, בעקבות דבריו אלה אותרו הנאשמים 2 ו-3 ונעצרו ובשלב מאוחר יותר אותר גם נאשם 4.

**עדות יאגוט מיכאלוב**

18.        העדה היא אחותו של נאשם 1. על נוכחותה של יאגוט בסביבת הקיוסק למדה המשטרה מעדות אחיה. היא נחקרה ביום 5.10 (ת/61) ונשאלה על מעשיה ביום האירוע. לדבריה, סמוך לשעה 00:30 הגיעה עם חברתה לגן, הנמצא ליד ה"פיצוציה" הנקראת " אין אווט" (המכונה גם ה"לגונה") והצטרפה לחברותיה שישבו במקום. היא נשארה שם עד לשעה 02:30 שאז הגיע למקום אחיה – נאשם 1, בחברת בן דודם זאור דוידוב ועוד שני בחורים. בעת שנכנסה לקיוסק כדי לבקש סיגריה מהבחורים, אחד מהם אמר לה שהוא רוצה שתהיה חברה שלו "**ועוד כל מיני דברים מרגיזים",** היא הגיבה בכעס ועזבה את המקום והלכה לשבת עם חברותיה. היא שהתה במקום עוד זמן מה וראתה את אחיה ובן דודם וחבריהם עוזבים את המקום והולכים לכיוון סביוני ים. לשאלה האם במהלך שהייתה במקום הבחינה באישה שבכתה וצעקה שאבדו לה מפתחות ובקשה עזרה, השיבה "**לא היה דבר כזה**", היא גם לא ראתה או ידעה על כל אירוע חריג שהיה במקום. היא גם לא ראתה את אחיה עוזר לאיזו אישה לחפש מפתחות. עוד אמרה כי בעת שפגשה באחיה הוא לא היה שתוי ולא התנהג מוזר.

19.        עדות שנייה נגבתה מיאגוט ביום 12/10 (ת/62). בעדותה זו מסרה כי בעת ששהתה בגן ולאחר שיצאה מהקיוסק ישבה עם חברותיה בגן **"ואז באו הבחורה עם כל הבנים, אחי פלוני, ס., ז' חברים שלו שאני לא מכירה ולא זוכרת עוד אנשים הם באו בקבוצה קרוב אלינו. הבחורה קיללה בספרדית את כולם וכל מי שהיה נקרע מצחוק והיא ממשיכה להתגרות בהם. היא נעמדה כולם קמים בן דוד שלי ז' התקרב אליה כדי להגיד לה משהו ואז הבחורה שעמדה קרוב אלי נתנה לז' בעיטה ברגל ז' בא להרביץ לה אני דחפתי אותו והוא לא הצליח להגיע אליה העפתי אותו ואמרתי לו לא לעשות את זה ... אחרי כמה דקות ראיתי שז' הדליק לבחורה את השיער בא מאחוריה הדליק מצית ושרף לבחורה את השיער"**. לדבריה, היא סייעה לכבות את האש וז' הצטרף אליה בניסיון לכבות את האש. הבחורה חשבה שז' בא לתקוף אותה והיא ניסתה להרביץ לו. הבחורה קללה אותו והוא בתגובה **"עשה כאילו הוא שופך עליה משהו**" והיא שפכה עליו בירה מתוך פחית שהחזיקה. ז' התעצבן והחל להכות את הבחורה, משך בשיערה והפילה ארצה. יאגוט התערבה והרחיקה את ז' מהבחורה ואז הבחורה אמרה שגנבו לה ארנק ומפתח. יאגוט נכנסה לקיוסק כדי לשאול את ז' על הארנק וזה השיב כי אינו יודע על מה היא מדברת. כשיצאה מהקיוסק היו במקום ס., אחיה ובחורים שאינה זוכרת את זהותם. משם הלכה ללוות חברה וכשחזרה היו במקום ס., ז', אחיה ובחורים שאינה מכירה. הבחורה כבר לא הייתה במקום. כשנשאלה מדוע לא ספרה דברים אלה בחקירתה הראשונה השיבה: "**כי אני לא מוכנה שאחי ישב על מה שהוא לא עשה**". עוד הוסיפה, לגבי חלקו של אחיה ושל ס. באירוע, כי הם התערבו כשלא דברו יפה אל הבחורה והפרידו בינה לבין ז'.

20.        בעדותה בביהמ"ש ספרה כי הבחורה יצאה מהקיוסק והייתה שיכורה, קללה את היושבים ו"**שפכה בירה על אחד מהם. היא שפכה את הבירה סתם, לא זוכרת למה".** לאחר שרוענן זיכרונה לגבי דברים שמסרה בהודעתה ת/62, אמרה: "**ז' לא קשור לכל זה**" (עמ' 127 ש' 20). בהמשך אישרה שהיו מכות ושריפת שיער ע"י ז' אך הדבר לא היה בכוונה **"עפה עליה סיגריה וזה היה בטעות... אבל זה לא היה בכוונה. זה היה בטעות"** (עמ' 127 ש' 22-23). בהמשך, כשהופנתה לדבריה בהודעתה ונשאלה האם הצתת השיער הייתה בטעות, השיבה כי אינה יודעת. משהמשיכה התובעת להקשות בשאלותיה אמרה העדה: "**אני לא רוצה להעיד. הוא לא קשור בכלל למה אני צריכה להעיד נגדו**" ( עמ' 129 ש' ש' 10). בשלב זה נעתרה בקשתה של התובעת להכריז על יאגוט עדה עוינת והודעותיה במשטרה ת/61 ו-ת/62 התקבלו.

            לשאלת התובעת מדוע אמרה לאחיה שלא ילך עם החבורה, היא השיבה שלא רצתה שישוב ויסתבך כי: **"מכות, שכולם מדברים וצוחקים וראיתי שיקרה משהו, אז הזהרתי אותו**" (עמ' 133 ש' 2-9).

           בהמשך נשאלה אם ראתה מי לקח את הבחורה לבניין ותשובתה הייתה שהיא לא ראתה זאת ועוד הוסיפה: **"ראיתי אותה ללכת בכוון אחר ואת כל הבנים לכיוון אחר, כל מי שהיה שם. היא הלכה לבד".** משאומתה עם דבריה במשטרה לפיהם אמרה ש "**הבחורה לא הייתה שם**", אך שם לא ציינה, כבעדותה בביהמ"ש, כי ראתה אותה הולכת לבד ואת הבחורים הולכים לכיוון אחר, השיבה **"מה זה משנה, היא לא הייתה שם, והם היו איתנו"** (עמ' 133 החל בש' 15).

            לשאלתו של עו"ד בריק, ב"כ נאשם 1, בחקירתו הנגדית, עם מי היה אחיה באותו ערב השיבה: "**אתה רוצה לערב אותם? כל מי שפה זה חברים שלו... כל מי שפה באולם"** (עמ' 135 ש' 14-18). לב"כ של נא' 2-4, לעו"ד כרמל אמרה העדה, כי שיקרה בהודעתה הראשונה במשטרה כדי להגן על אחיה ואילו בהודעתה השנייה מסרה את האמת (עמ' 136 ש' 17).

21.        בסיכומיה עותרת ב"כ המאשימה להעדפת דבריה של העדה שנמסרו מפיה בהודעתה ת/62, על פני עדותה בביהמ"ש, ככל שהם נוגעים לתיאור האירוע האלים (המכות ושריפת השיער על ידי זאור), וזאת מכוח הוראת [סעיף 10א(א)](http://www.nevo.co.il/law/98569/10a.a) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, והדין עימה.

            הלכה היא שבית המשפט יכול לעשות שימוש בסעיף, אם לדעתו נסיבות העניין מצדיקות זאת, **"לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט**" ([ע"פ 803/96 פלוני נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/6785354)  (לא פורסם) [פורסם בנבו] (השופט - אור)). יודגש, כי אין צורך בקיום סתירה בין העדות לאמרה, ודי בכך שהעד אינו חוזר בעדות על תוכנה של האמרה (י' קדמי על הראיות- הדין בראי הפסיקה חלק ראשון (2003), בעמ' 337 (להלן קדמי)). משמעותה של העדפה כזו היא שדינה של אמרת החוץ הוא כדין עדות במשפט ([ע"פ 400/81 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח](http://www.nevo.co.il/case/17921741) (4) 767, 773 (השופט ד' לוין); קדמי, חלק ראשון, בעמ' 349- 351), וככזו רשאי בית המשפט לפצל אותה ולקבל חלקים ממנה כמהימנים ולדחות חלקים אחרים ([ע"פ 6900/98 אקב נ' מדינת ישראל פ"ד נג](http://www.nevo.co.il/case/5937178)(3) 126, 141- 142 (השופט קדמי); קדמי, שם).

            בענייננו אישרה העדה, כי בהודעתה הראשונה שיקרה, בהכחישה ידיעה כל שהיא על האירועים, הן משום שחשבה שיש בכך כדי להפליל את אחיה וגם משום שחששה שמעורבותה תפגע בסיכויה להתגייס לצבא. גם במהלך עדותה בביהמ"ש הלכה בין הטיפות, כשהיא נמנעת מכל תשובה העשויה להפליל את אחיה, את בן דודה ז' ואת יתר הנאשמים, תוך אמירה מפורשת שאינה מעוניינת להעיד, כי אינה רוצה להפליל איש. יחד עם זאת אישרה כי כל הנאשמים נוכחו במקום ההתרחשות האלימה (ר' עמ' 135 ש' 14-18). הדברים שמסרה בהודעתה ת/62 אודות ההתרחשות האלימה, סמוך ל"לגונה", תואמים את עדות המתלוננת ואת עדות אחיה- נאשם 1; משכך דבריה בעדותה בביהמ"ש, צריכים להדחות ככל שהם עומדים בסתירה לדבריה בהודעתה ת/62.

22.        לדבריה של עדה זו, העולים מההודעה ת/62, נודעה חשיבות משהיא מאמתת באופן מלא את דבריה של המתלוננת על ההתרחשות הקשה והאלימה שארעה בסמוך לקיוסק, קודם לאונס, במהלכה הושפלה, הוכתה, שיערה הוצת, היא אוימה וארנקה אבד. אמנם היא מגלגלת את האחריות לתחילת האירועים על המתלוננת, אך אני מעדיפה בהקשר זה, את גרסת המתלוננת על נסיבות התחלת התקרית והיוזמה לה. עדותה של יאגוט על ההתרחשויות שקדמו להובלתה של המתלוננת לבניין, מלמדת על נוכחותם של כל הנאשמים בעת האירוע האלים ליד הלגונה וכן על מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת ועל מצוקתה בעקבות התקיפה ובתוך כך משליכה גם על אי היתכנותה של גרסת נאשם 2 על "שינוי לבבות" והסכמה למעשה המיני. גם האזהרה שהזהירה יאגוט את אחיה לבל יסתבך (המאושרת גם ע"י נא' 1 עצמו), כיון שצפתה התפתחות מדאיגה, מעידה על כי העריכה שהמשך המפגש בין הנאשמים למתלוננת עשוי לשאת אופי אלים ואף בכך יש לשפוך אור על האווירה הכללית, העומדת בסתירה לטענה כי ההליכה לבניין הייתה תמימה ואינה מתיישבת עם גרסת נאשם 2, בדבר התהוות "נסיבות רומנטיות", שהובילו בהמשך לקיום יחסי מין, ביוזמת המתלוננת ובהסכמתה.

**גרסת ההגנה:**

23.       **נאשם 1**

נאשם 1 עוכב ונעצר בבוקר יום האירוע, לאחר שזוהה, כאמור, באופן ספונטאני ע"י המתלוננת, שעה שהגיע לזירת העבירה בעת שבמקום נערך שחזור, עפ"י הצבעת המתלוננת. לא יכול להיות חולק על נכונות הזיהוי, באשר נאשם עצמו מודה בנוכחותו במקום ההתרחשות, בבניין, בשלב כלשהו של האירועים וכי המתלוננת פגעה בו באמצעות חגורה שהסירה ממכנסיו של נאשם 2.

אף על פי כן, טוען נאשם 1 שלא היה שותף למעשה המיני בשום אופן, כי לא ידע שהוא עתיד להתרחש, כי הגיע למקום מתוך סקרנות ומייד סולק מהמקום ושב לשם רק לאחר שהסתיים המעשה המיני. על פי עדותו של נאשם 1 הגיעה המשטרה אל נאשמים 2-4, שזהותם לא הייתה ידועה למשטרה עד אז.

24.       תגובתו הראשונה של נאשם 1 להאשמתו בשותפות לתקיפתה, שדידתה ואינוסה של בחורה, בהודעתו מיום 5.10.09 - ת/9, הייתה : **"איזה אונס איזה שוד אני הייתי בלגונה לאחר מכן הלכתי לסוכה עצרו אותי שם**". בהמשך סיפר שהיה ליד ה"לגונה", שתה 4 בקבוקי וודקה והיה מסטול. הוא היה עם חברים שאינו זוכר את שמותיהם ועם אחותו יאגוט וחברותיה. הוא שמע **"בחורה רוסיה, מבוגרת"** בוכה וטוענת שגנבו לה מפתחות. הוא סייע לה לחפש את המפתחות בדשא, ללא הצלחה ואז גם הוא וגם הבחורה עזבו את המקום, כל אחד לכיוון אחר. הוא הכחיש שבמהלך הערב הגיע לבניין ברח' משאש ולדבריו, נקרה למקום בבוקר, כי הבחין בשוטרים ובהתרחשות חריגה ואז זוהה ונעצר. בסיום עדותו, פנה אל החוקר, רס"מ חיכמאת נסר אלדין וביקש לדבר עם קצין אודות האירוע. הוא ביקש כי לא יוקלט וכי דבריו לא ירשמו. חיכמאת אמר לו כי הוא מחויב לתעד את דבריו, הודיע לו על זכותו להתייעץ עם עו"ד, לשמור על זכות השתיקה והודיעו כי כל שיאמר עלול לשמש כראייה נגדו בביהמ"ש.

25.        משעמד הנאשם על רצונו לדבר עם קצין, זומן למקום רפ"ק מג'די והנאשם סיפר, כי מי שאנס את הבחורה הם "**ס., יח' ודוד של יח'"**. בשלב זה יצא מג'די מהחדר. חיכמאת הפעיל הקלטה, לאחר ששב והזהיר את הנאשם. הנאשם סיפר על האירוע וערך תרשים של הזירה (ת/10, ת/11). בהמשך, בשעה 11:17, נגבתה מהנאשם הודעה נוספת, לאחר אזהרה (ת/12). בהודעתו סיפר כי שהה עם חברים ליד הלגונה. במקום הייתה הבחורה שנראתה "דפוקה", ועוד היו שם שלושה אנשים "**ואז באנו אחריהם ועשינו צחוק וזהו ... אני לא ראיתי שזיינו אותה, לפני שזיינו אותה אני הייתי וזהו אני הלכתי שאנסו אותה לא יודע מה עשו לה הלכתי מהלגונה הבית**". לשאלה מדוע הוכה בידי המתלוננת, השיב: " **שאני באתי שם בהתחלה הם דיברו שאני באתי הם הפסיקו לדבר היא אמרה שילך מפה אך שהביאה לי את החגורה בפנים אני התחלתי לקלל אותה יא שרמוטה יא זונה הלוואי שיאנסו אותך ואז הלכתי התחילה לרוץ אחרי אני ברחתי להביא וודקה שחזרתי הם נעלמו**". לדבריו, בעת שאנסו אותה היו במקום 3 בחורים שאחד מהם ישב איתה על הספה. בעת שהכתה אותו בחגורה, המתלוננת ישבה והבחורים עמדו.

את שמות הבחורים סירב למסור וסיים את דבריו באומרו: **"מי שגמר כאילו מי שגמר שיבדקו את זה דרך המכונה הזאת. אני לא הייתי שם אחרי שאנסו אותה אני באתי אחרי 10 דקות".** גם הפעם סירב למסור את שמות הבחורים שהשתתפו באירוע.

26.        הנאשם התמיד בסירובו למסור את גרסתו בהודעה וביקש לדבר עם קצין מודיעין. לבקשתו זומן למשרדו של רס"ר ייני משה, רכז המודיעין של קריית ים. גם בפניו עמד על סירובו למסור עדות כתובה מחשש שיחשב "מלשן". ייני הסביר לו כי הוא חשוד בהשתתפות באירוע עצמו וכי אינו חייב לומר דבר. בשלב זה, השיב הנאשם כי הוא מעוניין לספר את אשר קרה. לדבריו בערב האירוע, במהלכו פגש את המתלוננת, היה בחברת אחותו וחברותיה ובחברת בן דודו זאור. במקום היו גם יח' (נאשם 3) וינ' (נאשם 4), שהם בני דודים. בעת שהמתלוננת חלפה על פניהם, מישהו מהנוכחים זרק לעברה **"אפשר לעשות איתך סקס?"** והיא השיבה, **"מה פתאום**". בשלב זה התקרבו אליה זאור ונאשמי 2,3 ו-4 ואז שמע ויכוח בין הארבעה אודות דברים שנגנבו מהמתלוננת. בהמשך הבחין בנא' 2, נאשם 3 ונאשם 4 הולכים עם המתלוננת מכוון ה"לגונה" לעבר הבניין. הוא הלך בעקבותיהם, כי חשש שיהיה "בלאגן" וראה את המתלוננת עם שלושת הנאשמים במקום האירוע. הנאשמים אמרו לו שהכול בסדר ושילך מהמקום וכך עשה. הוא שב לקיוסק, קנה וודקה ומאחר שהיה שיכור, חשש לחזור הביתה והמתין בחוץ עד להגעת המשטרה עם המתלוננת, שהצביעה עליו ואמרה: "**הוא היה שם אבל לא אנס אותי**", רק אז הבין שהבחורה נאנסה.

            רס"ר ייני אמר לו כי עליו למסור הודעה ועל כך השיב הנא' 1 כי אינו מעוניין, משום שהוא מפחד. לבקשתו שלא לחזור למעצר קישון ולהישאר בתחנה, השיב ייני כי אינו יכול לאשר זאת וכי יפנה את הבקשה לממונים עליו. לאחר סיום המפגש העלה ייני את הדברים על הכתב בדוח התחקור ת/ 24.

27.        ביום 11.10.09 בוצעה הובלה והולכה עם נאשם 1 (ת/27). ההובלה נפתחה ב"לגונה", שם לדבריו שתו ואז ס. יח' וינ' לקחו את הבחורה לעבר בניין, ברח' פנחס לבון 27 וס. והבחורה נכנסו לבניין והוא, יח' וינ' ואנשים נוספים הלכו אחריהם. ס. ויחי' הציעו לבחורה ללכת איתם לשתות והיא סירבה. הבחורה נשארה עם ס. לבד ובהמשך הלכו השניים לעבר ה"עיגול", מאחורי הלגונה ולשם אף הוא הגיע וכן יתר הבחורים וכולם הצטרפו לבנות שישבו במקום. לדבריו, הוא עזב את המקום והלך לקנות שתייה בלגונה. כשחזר לאחר 3 דקות, הבחורה בכתה ואמרה שגנבו לה ארנק ומפתחות ו**"עשתה קראטה**" לכולם, רבה עם כולם. הוא עזר לה בחיפושים, אך לא מצא דבר. נאשמים 3 ו-4 הרימו אותה מהרצפה, ס. והבחורה התקדמו לעבר הבניין ברב משאש 7, שנאשם 3, והוא בעקבותיהם. ס. והבחורה נכנסו ראשונים ואחריהם נכנסו לבניין הוא, יח' וינ' ועוד שניים אחרים. ס. או פתחו את הספה (כורסה מתקפלת), הבחורה התיישבה עליה וס. ישב על ידית הספה. בשלב זה הוא עזב את המקום עם השניים האחרים ובמקום נותרו הבחורה, ס., יח' וי'. הוא הלך ללגונה לקנות שתייה ושב למקום כחלוף 10 דקות וראה את יח' וינ' עומדים בפתח. יח' אמר לו שלא יפריע ויעזוב את המקום והוא השיב שהוא רוצה להגיד משהו לס. ונכנס פנימה. הוא הבחין בבחורה על הספה וס. מעליה. הבחורה הייתה עם מכנסיים מופשלים ו"**גם ס. היה עם מכנסיים למטה וראיתי שס. דופק אותה",** אז הוא אמר לס. "**בוא נלך ואיך שהיא הסתכלה עלי היא קמה העיפה אותו ס. קם היא לקחה את החגורה מהמכנסיים של ס. ואז הביאה לי מכה מהחגורה לפנים**". הבחורה רדפה אחריו והוא הלך ללגונה לשתות ומאחר שהיה שתוי לא חזר הביתה ונשאר בשכונה עד לבוא השוטרים. לשאלת החוקר מדוע עד כה לא סיפר שראה את ס. מקיים יחסים עם המתלוננת השיב כי פחד, עוד הוסיף כי בעת קיום היחסים "**יח' וינ' עמדו פה וזהו**".

הוא גם אישר שראה ששרפו למתלוננת את השיער "**כשעשו לה שוד**", הוא סייע לכבות את האש ו"**היא השתוללה ונפלה על הרצפה ויח' וינ' הרימו אותה ואמרו לה בואי והיא לא הקשיבה וס. בא ולקח אותה".**

28.       ביום 14/10 נגבתה מנאשם 1 הודעה נוספת (ת/56). הוא נשאל אם ראה מי הוריד למתלוננת את הבגדים והשיב שס. ואולם אין הוא יודע באיזה אופן כיון שלא היה במקום. לשאלה מה עשו במקום נאשם 3 ונאשם 4 השיב: **"אני באתי הם עמדו שניהם כמו שומרים, באתי אמרו לי לך, לא הקשבתי להם באתי לס. שזיין אותה והוא אמר לי לך מפה"** (ש' 29-31).

29.        בעדותו בביהמ"ש, לשאלות ב"כ עוה"ד בריק, חזר הנאשם על עיקרי הדברים שמסר בהודעותיו המאוחרות. הוא סיפר שראה את המתלוננת לראשונה, ליד הקיוסק כשבמקום היו גם נאשמים 2, 3 ו-4. כולם הלכו לעבר ה"עיגול" וישבו ודיברו עם הבחורה. בשלב זה הלך לקיוסק, לקנות שתייה וכשחזר שמע את המתלוננת צועקת. הוא שאל מה קרה ואמרו לו שלקחו לה את הארנק. היא קיבלה מכות ושרפו לה את השיער. הוא עצמו לא ראה זאת. הוא עזר לה לחפש את הארנק ולא מצא. הוא הלך מהמקום למספר דקות וכשחזר נא' 2 לקח אותה, חיבק אותה והלכו ביחד ונאשמים 3 ו-4 אחריהם. גם הוא הלך וכשהגיע ל"תוך הבלוק" ראה את נאשמים 2,3 ו-4 והבחורה. המתלוננת הייתה ללא מכנסים, לא ראה מי הוריד לה אותם ואז נאשם 3 אמר לו ללכת מהמקום והוא עזב את המקום. כעבור מספר דקות חזר למקום וראה את נאשם 2 שוכב עם המתלוננת. לדבריו, חזר לשם כי רצה לדבר עם נאשם 2, אך נאשמים 3 ו-4 אמרו לו שילך כי הוא מפריע. הוא עמד בכניסה ליד נאשם 3 ו"**איך שהבחורה סיימה לשכב איתו היא קמה ולקחה את החגורה מנאשם 2 והתחילה להעיף את החגורה ופגעה בי עם החגורה אני ברחתי והלכתי לקיוסק**". לשאלת סנגורו מדוע לא סיפר דברים אלה בהודעתו הראשונה, השיב שפחד כי "**בקרית ים יש מלא קווקזים**". משביקש ב"כ את תגובתו להאשמתו בשותפות לאונס, אמר: **"אני בכלל לא הייתי שם עם הבחורה, אני לא קשור אליהם, הם היו שם עם הבחורה ואז אני באתי לקיוסק מהבית וראיתי אותם".** לדבריו, הלך למקום האירוע מתוך סקרנות ורצה לראות את חבריו (עמ' 147 ש' 1-5). לגבי חזרתו למקום הכחיש את דברי נא' 2 לפיהם הוא הוריד את מכנסיו, הוציא את איבר מינו ואמר שגם הוא רוצה.

30.        **בחקירתו הנגדית** הציג בפניו **עו"ד כרמל** שורה ארוכה של סתירות בין הודעתיו השונות לבין דבריו בביהמ"ש. נאשם 1 אישר כי בהודעתו הראשונה לא אמר אמת, כי פחד. בהמשך דיבר אמת ועמד על דבריו לפיהם נאשמים 3 ו-4 היו בתוך הבניין, בעת שנאשם 2 קיים יחסים עם המתלוננת. בחקירתו הנגדית הארוכה התמקד ב"כ נאשמים 2-4 בסתירות בין הודעותיו השונות של פלוני בהקשר לאירועים שקדמו לאונס. בין היתר, בשאלה היכן בדיוק הייתה המתלוננת ביחס לנאשמים 2-4, לפני האירוע האלים ליד ה"לגונה", או שמא ישבה בקיוסק ושתתה, האם הוא עצמו ישב בתחנת האוטובוס בשלב כלשהו, כמות השתייה שצרך באותו ערב (כוסות או בקבוקים), האם נחקר במשטרה רק על האונס או גם על אירוע נוסף ועוד כהנה וכהנה. הגם שבנקודות אלה נמצאו סתירות כאלה ואחרות בין גרסאותיו השונות, הן בעניינים שוליים שאינם נוגעים לגזרת המחלוקת ומשכך אין בהן כשלעצמן, כדי לערער את גרסתו מיני וביה.

            חשיבות אייחס רק לאותה מסכת עובדות הנוגעת לעצם האישומים ולחלקם של הנאשמים, לרבות נאשם 1 עצמו, במעשה האונס המיוחס להם. עוד אציין, כי ההזדמנות הראשונה בה פרט הנאשם את גרסתו המלאה על האירועים, לרבות חלקם של הנאשמים ואף נקב בשמם, הייתה בפני רכז המודיעין ייני. דברי הנאשם באותה הזדמנות לא נרשמו ע"י ייני באופן מיידי, אלא בהמשך, עפ"י מיטב זכרונו של ייני, לאחר שהסתיים התחקור. בכך יש כדי להסביר מקצת הסתירות, כהסברו של נאשם שיתכן שלא הובן וכי מקצת הדברים נרשמו מפיו באופן לא מדויק. משכך וככל שאין הסתירות נוגעות בלב ליבה של המחלוקת, לא אייחס להם חשיבות.

            עו"ד כרמל האריך בחקירתו גם בהקשר לנסיבות רישום דבריו של נאשם לייני, בניסיון להראות שעדותו של נאשם 1 נתנה בנסיבות שבעטיין אינם כשרה לשמש כראייה. ראשית יאמר, טענות אלה הנוגעות לכשרות ההודעה, יפה כוחן ככל שההודעה אמורה לשמש נגד מי שמסר אותה ועל כך לא באה כל הסתייגות מצידו של ב"כ נאשם 1. שנית, אף אם נפל פגם באופן גביית ההודעה, שיכול והיה פוסל קבילותה נגד נותנה, אין בכך כדי להוות מחסום בפני שימוש בדברים שנאמרו, נגד נאשמים אחרים.

31.       בהתמקדו בעובדות המתייחסות לזירת המחלוקת ובין היתר: זהות הנוכחים בבניין בכל שלביו של האונס הנטען, מיקומו של כל אחד מהנוכחים בזירה וחלקו, לרבות תפקידו שלו באירוע, עיתוי כניסתו לבניין וסיבת הכניסה ונסיבות הכאתו בידי המתלוננת, בכל אלה עלה בידי עו"ד כרמל להצביע על סתירות משמעותיות בהודעותיו השונות, בינן לבין עצמן ובינן לבין עדותו בביהמ"ש. כך למשל, לגבי נוכחותו (המוכחשת) באירוע האלים ליד ה"לגונה". כך לגבי סדר הכניסה לבניין, כשמדבריו בביהמ"ש, עלה שמייד אחרי כניסתם של הנאשם 2 והבחורה לבניין, נכנסו נאשמים 3 ו-4 ואילו הוא הגיע בנפרד, בשלב מאוחר יותר. תיאור זה עומד בסתירה לגרסתו בשחזור ת/27 , שם מסר ש **"ס. והבחורה נכנסו ראשונים אני וינ' ויח' נכנסנו אחריהם"** (פרוט' עמ' 170 ש' 10-30 ). כך לגבי "סילוקו" מהזירה, כאשר מדבריו לייני (ת/24) עלה כי מי שאמר לו לעזוב את המקום היו הנאשמים 3, 4 והמתלוננת, בעוד שבביהמ"ש גרס שסולק מהמקום ע"י נאשמים 3 ו-4 בלבד ובמקום אחר, ע"י נאשם 3 בלבד (עמ' 178 ש' 1-15). כך לגבי גרסתו על כניסה יחידה לבניין והשמטת סיפור ההכאה בחגורה, בפני ייני (עמ' 178 ש' -16-23; עמ' 180 -181). כך גם לגבי תיאור מראה עיניו בעת שנכנס לראשונה לבניין, כאשר מהשחזור עלה שעם כניסתו הראשונה צפה בפתיחת הספה וראה את המתלוננת וס. יושבים עליה ואז עזב את המקום וכי בעת ששב, כעבור 10 דקות, ראה את ס. מקיים יחסי יחסים עם המתלוננת ואז נאשם 3 אמר לו "**אל תפריע, תלך מפה**" (ת/27 ש' 18-22). מנגד, בעדותו בביהמ"ש (עמ' 145) סיפר כי עם כניסתו הראשונה ראה את המתלוננת וס. ללא מכנסיים על הספה (חקירתו של עו"ד כרמל בעמ' 184). כך נמצאו סתירות גם בתיאורו את מקום עמידתו של נאשם 3 בעת שהמתלוננת פגעה בו באמצעות החגורה (עמ' 186). בעת השחזור סיפר כי בכניסתו למקום היו ס. והמתלוננת בעיצומם של יחסי המין ואז הוא התקרב לס. ואמר לו "**בא נלך**" (ת/27 עמ' 3, ש'1-9) בעוד שבעדותו בביהמ"ש הכחיש את אמירת הדברים (עמ' 187 ש' 9-21). עוד נמצאו סתירות באשר לתיאור מקום עמידתם של נאשם 3 ו-4, בעת כניסתו הנטענת השנייה, לזירה. בעוד שבשחזור מסר כי השניים עמדו בכניסה לבניין, בעדותו בביהמ"ש אמר כי הם עמדו ליד הספה (עמ' 185 ש' 19).

           אלה רק מקצת הסתירות שנמצאו בין גרסאותיו השונות של נאשם 1 ככל הנוגע לתיאור ההתרחשויות הפליליות וחלקו של כל אחד מהנאשמים בהן.

32.        לא יכול ספק כי גרסת נאשם על ההתרחשויות צריכה להבחן בקפדנות ובזהירות, שכן מהשלב הראשון של החקירה הוא נקשר לאירועי האונס ע"י המתלוננת, עת זיהתה אותו באקראי. הכחשתו הגורפת בהודעתו הראשונה נועדה, בראש ובראשונה לסלק מעליו את החשד שנתלה בו, אך בה בעת, להימנע מהפללתם של הנאשמים האחרים. בהמשך, משהתפוגגו אדי האלכוהול ולאחר שהבין שאינו יכול עוד לבנות על הכחשה סתמית של נוכחותו, נוכח זיהויו ע"י המתלוננת, כמי שהיה במקום בעת האונס, נאלץ למסור גרסה "משופרת". הוא נמנע בתחילה מלנקוב בשמות המעורבים האחרים, מחשש מפניהם ומפני הסביבה הקווקזית (כדבריו), עליה נמנים כל המעורבים. משכך, סירב למסור את גרסתו בכתב (ר' עדות חיכמאת, מג'די באדר וייני). רק לאחר שהסתבר לו שממילא תועדו דבריו, שוב לא היה מנוס מתיעוד גרסתו בהודעה בכתב ובשחזור. גם לאחר שהתרצה ומסר את גרסתו, ניכר שהוא עשה זאת באופן מגמתי, שנועד לגמד את מעורבותו באירוע. כל אימת שעומת עם עובדות העלולות להפלילו, ניתק עצמו מההתרחשות, באומרו שלא נוכח במקום באותו רגע קריטי, כיון שהלך לקיוסק לקנות שתייה. כך למשל טען, משנחקר אודות האירוע האלים ליד הקיוסק, כי הוא לא ראה את עצם תקיפת המתלוננת ושריפת שערה, שכן בדיוק הלך לשתות ועל האירוע שמע בדיעבד, אחרי שחזר מהקיוסק, כעבור 3 דקות. גרסה זו נסתרת בין היתר, בדבריו שלו בת/27 (ש' 24 ואילך) ובדברי אחותו יאגוט בהודעתה ת/62, ממנה עולה כי הנאשם היה בחברתה בעת התקיפה ע"י זאור. באותה שיטה נקט בעניין הרחקתו הנטענת, מזירת האונס. הגם שאישר כי הגיע למקום בעקבות המתלוננת והנאשמים האחרים, הרי שעשה מתוך סקרנות אך משנדרש ע"י הנאשמים לעזוב את המקום, עזב את המקום והלך לקיוסק לשתות מבלי שצפה במעשים פליליים וכאשר חזר, כעבור 10 דקות, האקט המיני כבר היה בסיומו.

**פיצול עדויות - "פלגינן דיבורא"**

33.       המסקנה המתבקשת היא שבהערכת מהימנות גרסתו של הנא' 1, יש להביא בחשבון את רצונו להתאים את העובדות, באופן השולל מעורבות פלילית שלו באירוע. מן הטעם האמור אבסס ממצאי על אותם חלקים בגרסתו, להם יש חיזוק ממקורות אחרים, בבחינת "פלגינן דיבורא".

           כידוע, בית המשפט אינו מחויב לבחור בין שתי חלופות, היינו, דחייתה של הגרסה האחת וקבלתה של הגרסה האחרת במלואה והוא רשאי לפצל את גרסתו של עד, תוך שהוא מאמץ רק חלק ממנה. כך לדוגמה נקבע, כי **"גם כאשר בית המשפט סבור, כי עד פלוני הסתיר דברים ואף דברים רבים – אין בכך כדי לשלול את האפשרות לדלות מדבריו קטעים, היכולים לשמש חומר ראיות אמין. ניתן לערוך סינון בדברי העדות כדי לנסות לבור את הבר מן המוץ ולהבדיל בין האמת לשקר"** ([ע"פ 526/90 בלזר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה](http://www.nevo.co.il/case/17926120)(4), 133, 185).

           סמכותו של בית המשפט לאמץ מקצתם של דברי עדות ולדחות יתרתם מקובלת זה מכבר   
([ע"פ 71/76 מכלוף מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל](http://www.nevo.co.il/case/17930702)(2) 813 בעמ' 819; [ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד](http://www.nevo.co.il/case/17921950)(3), 339 בעמ' 443; ו "**היא גם מבוססת על ניסיון החיים, וליתר דיוק, מן ההכרה של דרך התנהגותם של בני-אדם בכלל ושל עדי מדינה בפרט. בית המשפט שואף להגיע אל האמת הצרופה ואל כל האמת, אולם גם אם נתעלם מן הקושי הפילוסופי, הכרוך בטביעת אמת מידה כזאת, לא ניתן להגיע אל יעד כאמור בדרך פשטנית, המתנכרת למציאות האנושית. מערכת לחצים, חששות ואינטרסים אופפת לא אחת את הופעתו ודבריו של העד בבית המשפט. מלאכת ההערכה של העדות, מבחינת אמינותה, היא על-כן בהכרח תהליך של סינון זהיר, אשר במהלכו חייב בית המשפט לשוות נגד עיניו את זיקתו של העד לעניין, שהוא נושא הדיון, את מעמדו בהשוואה ליתר הדמויות המעורבות בעניין, את אופיו של העד, את חוזק רוחו ועוד, ולא ניתן למצות את הרשימה. המדובר במלאכה שהיא מעין צירוף סיגים, בהפרדתם ובהבדלתם, כי יש לעתים קרובות שוני, מבחינת האמינות, בין קטעי הדברים"** ([ע"פ 869/81 מוחמד שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח](http://www.nevo.co.il/case/17932332)(4) 169).

34.       הנה כי כן, מסקנתי היא כי יש לאמץ את החלקים בעדותו של הנאשם 1, ככל שהם נוגעים להתרחשות האירוע האלים ליד הלגונה, אירוע המתואר באופן דומה הן ע"י המתלוננת והן ע"י יאגוט, על נוכחותו של נאשם 1 ויתר הנאשמים במעמד אירוע זה, כעולה גם, בין היתר, מעדות יאגוט (בתשובה לשאלתו של ב"כ נאשם 1, בחקירתו הנגדית, עם מי היה אחיה באותו ערב, עליה השיבה: "**אתה רוצה לערב אותם? כל מי שפה זה חברים שלו... כל מי שפה באולם**" (עמ' 135 ש' 14-18). הוא הדין לגבי דבריו של נאשם 1 בדבר הליכתם של נאשם 3 ו-4 בעקבות נאשם 2 והמתלוננת אל הבניין והישארותם בסמוך, בעת המעשה המיני. גרסתו בהקשר זה עולה בקנה אחד עם עדות המתלוננת, שאמנם התקשתה לתת תיאור מדויק של המשתתפים, אך גרסה בעקביות, כי אל הבניין ליוו והוליכו אותה ארבעה וכי במקום בו נאנסה שהו ארבעה אנשים, מהם 3 שהיו הפעילים יותר "המסוכנים", כהגדרתה נאשמים 1, 2 ו-4) ואחד שהתנהגותו תוארה כפסיבית. היא אף הצביעה על מקום עמידתם המדויק של הארבעה בעת האונס, על גבי תמונות הזירה ת/18 (פרו' עמ' 33-34) ואין צריך לומר כי לא הייתה כל אפשרות לתיאום בין השניים. מעורבותו של נאשם 2, כמתואר ע"י נאשם 1, אומתה בהמשך בראייה מדעית, זיהוי ה-D.N.A, שבעקבותיה נאלץ נאשם 2 להודות בנוכחותו במקום ובקיום מגע מיני עם המתלוננת, בזירה עליה הצביעו המתלוננת ונאשם 1. לגבי נוכחותם של נאשמים 3 ו-4 בזירת ההתרחשויות, הרי שתאור המתלוננת את נאשם 4 עפ"י מראהו – הבחור הגבוה שלבש חולצה שחורה- עימו החליפה מחמאות אודות יופיו (דבריה אודות שיחה זו ליד הלגונה אושרה ע"י נאשם 4) ושבהמשך השתתף בהובלתה לבניין ובנוסף זיהוייה את נאשם 4 בביהמ"ש (למשקל הזיהוי אתייחס בהמשך) מחזקים את גרסת הנא' 1 בדבר נוכחותו של נאשם 4, הן בעת האירוע האלים והן בזירת האונס.

           זאת ועוד, גם אם ראוי להתייחס בספקנות לתיאורו של נאשם 1 את ההתרחשויות הנוגעות לחלקו באירוע, משום מגמתיותו, הרי שאין ספק זה אמור לחול על דבריו באשר לעצם נוכחותם של הנאשמים האחרים במקום. כאמור, בדיעבד, אומתה גרסתו לגבי נוכחות נאשם 2 לאורך כל האירוע. מרגע שנאשם 1 גלגל את האחריות העיקרית למעשה המיני על כתפיו של נאשם 2 (מבלי דעת שימצא לכך אישור מדעי) והסביר כי הוא עצמו נקלע למקום מתוך סקרנות, הרי שמבחינתו לא היה כל צורך אובייקטיבי, לבדות נוכחות של אנשים נוספים בזירה שאין בנוכחותם כדי לחזק ולסייע בהגנתו, מה גם שלא עלה כל מניע אפשרי להפללת נאשם 3 ו-4, על לא עוול בכפם. ולבסוף, הסתתרותו והתחמקותו של נאשם 4 מפני המשטרה, ושקרי הנאשמים, אליהם אתייחס בהרחבה בהמשך, מחזקים אף הם את דברי נאשם 1 על נוכחות הנאשמים 3 ו-4 במקום ובזמן הרלבנטיים.

יאמר מייד, את גרסתו של נאשם 1, ככל שהיא נוגעת לחלקו באירועים איני מקבלת, בודאי לא כלשונה, וגם לכך אתייחס בהרחבה, בהמשך.

**נאשם 2 (ס.)**

35.       נאשם זה נעצר ביום 7.10, בשעה 19:15, בעקבות עדות נא' 1. בהודעתו הראשונה (ת/7), שנגבתה ביום מעצרו, לאחר שנפגש עם עורך דינו ואשר עליה מיאן לחתום, סירב לשתף פעולה וכשנשאל למעשיו בשעות האירוע לא זכר דבר, פרט לעובדה שבשלב מסוים היה בפאב ג'ויה.

           ביום 12.10 נחקר שנית (ת/25). לאחר שהואשם בתקיפה, שוד ואונס אישה ומשנשאל למעשיו ביום האירוע השיב שאינו זוכר דבר, בהמשך משהוצגה בפניו תמונת המתלוננת והוא נשאל אם הוא מכיר אותה, השיב שהוא שומר על זכות השתיקה ומכאן ואילך השיב על רוב שאלות החוקרים בשתיקה.

ביום 14.10 נחקר שוב (ת/28). הוא כפר במיוחס לו, אמר שהוא "**חף מפשע לא עשיתי כלום".** הוא ענה לשאלות החוקרים, אישר שהתייעץ עם עו"ד, שהוא מבין את האשמות נגדו, כי הוא מכיר את הלגונה והיה יושב שם לפעמים, אך אינו זוכר אם ביום האירוע ישב שם. את המתלוננת אינו מכיר ומעולם לא פגש בה. משנשאל כיצד הגיע זרע שלו ללבושה של המתלוננת שב ואימץ לעצמו את זכות השתיקה ודבק בה לאורך כל החקירה, זולת בתשובתו לשאלת היכרותו עם הנאשמים האחרים עליה השיב: **"עם פלוני אין לי קשר כי רבנו מכות כמה פעמים, יח' שכן שלי לא יודע לאיזה ינ' אתה מתכוון".** גם בסיום החקירה, משנשאל שנית כיצד הגיע זרע שלו למתלוננת, הוא שמר על זכות השתיקה. יוער, כי בניגוד לדברי הסנגור אין בתמליל החקירה ת/ 28א', כדי לאשש את טענתו כי נוכח אופי החקירה לא יכול היה נאשם להבין את השאלה המפורשת שהופנתה אליו.

למחרת היום (15.10, שעה 12:15), פגש נאשם 2 את ב"כ וסיפר לו, כי במהלך חקירתו נמסר לו על כי נמצא זרע שלו על בגדי המתלוננת. לדברי הסנגור, הנאשם לא הבין את משמעות הדברים, כיון שאינו מבין עברית טוב ומשכך ביקש לזמן את מרשו לחקירה נוספת (מזכר ת/60). הנה כי כן, מספר שעות לאחר הפגישה עם עוה"ד מסר נאשם 2 את גרסתו החדשה, בה אישר את היכרותו עם המתלוננת ואישר שקיים איתה יחסי מין.

           בהודעתו מיום 15.10 שעה 15:04 (ת/26) מסר את הגרסה הבאה: ביום האירוע היה עם חבר ליד הלגונה. במקום היה גם נאשם 1. בחורה (שעימה יש לו הכרות מוקדמת), הגיעה אף היא למקום, שוחחה עימו ואז עברו כולם לשבת ב"עיגול". בין הבחורה לבין בחור שאינו מכיר התפתח דין ודברים, היא שפכה עליו בירה והוא הכה אותה והפילה לארץ. הבחורה ביקשה את עזרתו והוא הפריד בין הניצים והרחיק את הבחורה מן המקום כדי להגן עליה ואז: **"ישבנו בבלוק דיברנו ואחר כך היא שמה עליי ידיים התחלנו להתנשק והגענו למצב שהיא הורידה את המכנסיים ואני הורדתי את המכנסיים שלי והיה בינינו סקס היא שכבה על הספה שכבתי עליה שניננו היינו ערומים לגמרי היא חיבקה אותי היא הכניסה את זה אני מתכוון לאיבר המין לאיבר שלה**". באמצע, הגיע למקום נאשם 1, הסיר את מכנסיו הוציא את איבר מינו ואמר לו **"זוז**". ובתגובה המתלוננת הכתה אותו. בהמשך הוא והמתלוננת התלבשו והלכו חזרה לעבר העיגול ואז שוב הגיע למקום הבחור שתקף אותה. הבחורה צעקה עליו והוא בתגובה, הצית את שיערה במצית וברח. הבחורה אמרה שארנקה אבד או נגנב, כולם חיפשו אותו ולא מצאו ואז ישבו יחד עוד מספר דקות והיא אמרה שהיא הולכת הביתה וגם הוא עזב את המקום.

            הוא אמר שיתכן שלבחור שתקף את המתלוננת קוראים ז'. כשנאמר לו שגרסת יאגוט על עיתוי האירוע האלים, שונה משלו, הוא השיב שהיא כנראה מגנה על אחיה. הוא אישר שגם הנאשם 1 ישב איתם בעיגול אך לא התערב. לדבריו, נאשם 4 לא היה במקום באותו ערב ואילו את נאשם 3 ראה רק בתחילת הערב בלגונה. לגרסתו, לבניין הלך לבדו עם המתלוננת. על השאלה מדוע תרצה הבחורה להעליל עליו שאנס אותה, אם באותו ערב עזר לה, השיב תחילה כי אינו רוצה לענות על כך ובהמשך נמלך בדעתו ואמר שיתכן שהעלילה עליו "**בגלל המכות שהבחור נתן לה**". לשאלה מדוע לא מסר את גרסתו זו במהלך 3 חקירותיו הקודמות, השיב כי פחד מהמשפחה והתבייש.

36.        בעדותו בביהמ"ש חזר על עיקרי הגרסה שמסר בהודעתו ת/26. לראשונה אמר שגם נאשם 4 היה בלגונה, בניגוד לדבריו בת/26.

           לשאלה מדוע תרצה המתלוננת להעליל עליו הוסיף על ההסבר שנתן בהודעתו, לפיו עשתה זאת משום שהוכתה ע"י אחר, הסבר אפשרי נוסף לפיו, "**יכול להיות שזה בגלל הבריאות הנפשית שלה"** (עמ' 201 ש' 11), הסבר שהתאפשר, ככל הנראה, לאחר דיון מעמיק במצבה הנפשי של המתלוננת, במהלך הדיונים. לשאלה מדוע לא סיפר את האמת מלכתחילה, הוסיף על הנימוק של בושה מפני המשפחה, את הדברים הבאים: **"כי אמא שלי יכול להיות שהייתה חושבת שבאמת עשיתי את זה, את המקרה מה שכתוב בכתב האישום, את האונס"** (עמ' 201 ש'15-17; עמ' 222). ולבסוף, הוא מגלגל את האחריות למסירת ההכחשה השקרית באשר לקיום יחסי מין עם המתלוננת על ב"כ, שלדבריו, היה מודע לאמת אך הורה לו: "**עד שאין דנ"א אתה שותק"** (שם ש' 18-20).

           עוד הוא סיפר, כי הנאשם 1 הגיע לבניין בעת שהוא קיים יחסים עם המתלוננת ואמר לו **"גם אני רוצה"** וזאת בשונה מדבריו בהודעתו ת/26, שם טען כי הנא' אמר לו "**זוז מפה**". בהקשר זה יש רגלים להסברו המוצע של ב"כ נאשם 1, לפיו הניסוח החדש בא לעולם בתום פרשת התביעה, ובניסיון ל"התיישר" עם דברי המתלוננת (חקירתו הנגדית של ב"כ הנאשם 1, עמ' 203 ש' 15-29). לדברי ב"כ הנאשם 1, לפיה גרסתו של נאשם 2 על התנהגותו של נאשם 1 באירוע, באה כנקמה על כך שהופלל ע"י האחרון, השיב הנאשם 2 כי כלל לא ידע שנאשם 1 הפלילו וכי **"ידעתי את זה רק כשפלוני העיד פה**" (סוף עמ' 206-205 ).

           יוער כי, הסברים אלה אינם מתיישבים עם השתלשלות העניינים במהלך הדיון במעצרו, במעמדו, שם נאמר בריש גלי כי הנאשם 1 הפליל אותו (נ/4).

**נאשם 3 (יח'):**

37.        נאשם זה נעצר ביום 7/10 ובו ביום נגבתה הודעתו הראשונה, לאחר שהואשם בשותפות לתקיפה אינוס וגניבה (ת/30). לשאלה מה עשה בין השעות 00:01-06:00 ביום 5/10, השיב שישב לבדו מספר דקות בקיוסק ואח"כ הלך לביתו. לשאלה עם מי היה במקום השיב שעם חברים. תחילה השיב שהוא שומר על זכות השתיקה ובהמשך סיפר שהיה עם חברים שאינו יודע את שם משפחתם ומכיר אותם מהשכונה. הוא נקב ב-3 שמות שזכרם לא בא באף לא אחת מגרסאות הנאשמים האחרים. אין צריך לומר שלא הזכיר את נוכחות בן דודו ינ' במקום ואף לא את נוכחות נאשמים 1 ו-2 אותם, כמסתבר הוא מכיר.

           בהודעתו ת/30, מיום 12.10 אמר את הדברים הבאים: **"הלכתי לקיוסק בלגונה...ישבתי שם לא זוכר עם מי. ראיתי את הבחורה באה המשכתי לשבת לא דיברתי איתה לא יודע אם היא דיברה עם מישהו אני ישבתי בפינה לא זוכר עם מי ראיתי אותה נכנסת ולא ראיתי אותה יוצאת. אחרי 40 דקות לערך הלכתי לכיוון הבית וראיתי אותם בעיגול... ראיתי בעיקר את פלוני וראיתי גם את האישה והיו עוד בנות שהסתובבו שם אחות של פלוני וחברות שלה... והמשכתי הביתה וזהו".** את נאשם 4 ראה באותו ערב רק כשהאחרון אכל אצלו ארוחת ערב. הוא הכחיש כי ראה אירוע חריג כלשהו.

           בהודעתו ת/55 מיום 14.10 חזר על עיקרי גרסתו בת/30. משנאמר לו כי פלוני קושר אותו ואת נאשמים 2 ו-4 לאירועים, הוא השיב: **"הוא מנסה להפיל עלי תיק שלא קשור אלי בכלל כי יכול להיות שזה בגלל שאני בריב איתו...הוא לכלך עלי ודיבר שטויות... יצא לו שלא יישב על התיק הזה אז הוא מנסה להפיל את זה על אחרים"**. לשאלה אם הוא מוכן לעמוד פנים מול פנים עם פלוני השיב: **"כן אני מוכן ואני רוצה שגם יגיד לי בפנים שנגעתי באישה הזו בציפורן".** משהוכנס פלוני לחדר החקירות והטיח בו כי נוכח בשעת האונס, שעה שנאשם 2 שכב עם המתלוננת ואף אמר לו לעזוב את המקום השיב נאשם 3: "**אני ראיתי את ס. ככה, אני הייתי לידו ואני נגעתי בבחורה?"** יצויין שאלו הדברים המדוייקים שנשמעים בהקלטה ולא כפי שנרשם בתמליל.

בעדותו בביהמ"ש, בניגוד לגרסתו בהודעותיו, סיפר כי הגיע ללגונה ביחד עם נאשם 4. הוא הודה ששיקר בקשר בהודעותיו באשר לנוכחות נאשם 4 במקום, מפני שלא רצה שיחקרו אותו, אך זה השקר היחיד. לדבריו הוא ראה את המתלוננת נכנסת לקיוסק, קונה בירה וסיגריות. כשיצאה דברה עם אנשים, יתכן שגם עם נאשם 4. אחרי זה **"המתלוננת הלכה וינ' הלך לכיוון הבית שלו ואני הלכתי לכיוון ביתי בקרית ים"** (עמ' 223 ש' 22-26). הוא אישר שהוא מכיר את נאשם 2, שהוא שכנו ומשכך נשאל מדוע בהודעותיו הכחיש את נוכחותו במקום, השיב כי בחקירה הלחיצו אותו והוא התבלבל (עמ' 246 ש' 12-18). על טיב היכרותו עם נאשם 1 הוא: "**שלום, שלום**" (עמ' 240 ש' 7-8). בהמשך כאשר הוא נשאל על העימות בינו לבין נאשם 1 (ת/55), מדוע לא הטיח בפלוני שהוא משקר ומה הסיבה שהלה ירצה להעליל עליו, על לא עוול בכפו הוא "נזכר" שיש בניהם סכסוך שהגיע לכלל מכות (עמ' 249 ש' 5-11), וזאת אף בניגוד לדבריו בת/6 לפיהם משנשאל אם הוא מכיר את פלוני הוא משיב "**ככה, לפי השם זהו**".

**נאשם 4 (ינ'):**

38.       על מעורבותו של נאשם זה למדה המשטרה מעדותו של נאשם 1, כבר ביום 7/10 (ת/10). מאז אותו מועד נעשו ניסיונות לאתרו, בבית אביו ובבית אימו וסבתו (המתגוררות בחיפה באותו בניין). נאשם 4 הגיע למשטרה, בלוית אביו, ביום 30.11, למעלה מחודש וחצי לאחר האירוע וסמוך לאחר שחרורו של נאשם 3 ממעצר ולאחר שהוגש כתב אישום נגד הנאשמים 1-3. כמסתבר, הוא שהה בבית אביו בקריות, במועד הרלבנטי, עזב את בית האב, סמוך לאחר האירוע ובדיעבד הסתבר שכל אותה תקופה היה בבית אימו בחיפה אך לא אותר ע"י המשטרה. אף שהשוטרים הודיעו לאביו, לאימו ולסבתו שהוא דרוש לחקירה הוא התחמק מחקירה. לאורך כל התקופה, מאז תום חופשת סוכות 12.10.09 ועד ליום מעצרו, נעדר מבית הספר (ת/49). לאחר האירוע חדל מכשיר הטלפון הסלולרי שהיה ברשותו לפעול.

           בהודעתו ת/57 מיום 30.11.09, שנגבתה סמוך למעצרו, בתשובה לשאלה מדוע רק היום התייצב לחקירה השיב, כי ביום מעצרו של יח', אביו שאל אותו מדוע יח' נעצר, החל לצעוק עליו ושבר לו את הטלפון. למחרת עזב את בית אביו וחזר לבית אימו ומאז לא דיבר עם אביו, עד ליום המעצר, שאז אביו התקשר אליו ואמר לו שמחפשים אותו מהמשטרה **"ואמר שנבדוק על מה מחפשים אותי**". לדבריו, כל אותה תקופה לא ידע כלל כי המשטרה מחפשת אחריו ואימו לא אמרה לו דבר בעניין זה. לשאלה אם הוא נוהג להעדר מביה"ס ולמשך כמה ימים נעדר מתחילת השנה, השיב כי הוא מקפיד להגיע יום יום לביה"ס ואולי נעדר יום-יומיים. לגרסתו, על מעצרו של יח' נודע לו מאביו ולו עצמו היה מושג על מה הוא עצור. לשאלה מה יש לו לומר על החשדות נגדו, השיב: **"אין לי מושג על מה אתם מדברים**". על אירועי ליל ה-5.10, סיפר שאכל בביתו של יח' ומשם יצאו שניהם והלכו ללגונה. במקום היו הרבה ילדים, שאינו מכיר איש מהם. בעת שעמד ליד הקיוסק ניגשה אליו אישה שנראית מבוגרת ואמרה לו **"אתה בחור יפה וחכם**" ואז הוא ויח' רצו ללכת הביתה ושניהם עזבו את המקום לכיוון ביתם. לשאלת החוקרים מדוע ראה לנכון לספר על האישה ואיך זה רלוונטי לחקירה, השיב כי ראה הרבה אנשים צוחקים עליה "**אני רק סיפרתי על בחורה מוזרה שראיתי בקיוסק אני לא בטוח שזאת היא**". הוא הכחיש שאי פעם היה בעיגול מאחורי הקיוסק, או שהלך עם האישה לבניין ואנס אותה .

           ביום 2.11.09 נגבתה ממנו עדות נוספת. הוא חזר על הכחשת כל מעורבות באונס ונוכחות במקום בעת התרחשותו. הוא שב וסיפר על המפגש עם ה"בחורה" שהחמיאה לו ומשהוצגה לו תמונת המתלוננת אישר שזו הבחורה עליה דיבר כי "**היא הסתכלה עלי פנים אל פנים. אני זוכר את הפנים שלה".** את הנאשם 1 זיהה, בתמונה שהוצגה בפניו ואישר שהוא מזהה את האיש, אך אין לו כל קשר עימו ואינו זוכר אם היה במקום. את נאשם 2 אינו מכיר. הוא שב ואמר שלא ידע כי הוא מבוקש לחקירה, כי לא דיבר עם אביו מאז הריב ביום מעצרו של יח', כי גם אמא שלו לא ידעה שהוא דרוש ולא אמרה לו שחיפשו אחריו.

           בעדותו בביהמ"ש חזר על עיקרי גרסתו בהודעותיו. לעניין זיהויו ע"י המתלוננת בביהמ"ש אמר: "**ברור שהיא זיהתה אותי בביהמ"ש כי היינו פנים אל פנים בלגונה, באור ולא בחושך"** (עמ' 262 ש' 21). הוא אישר שהתחבא בבית אימו כי לא רצה שיעצרו אותו, כי הוא פוחד פחד מוות להיות עצור. על גרסתו המפלילה של נאשם 1 אמר כי הוא מנסה להפלילו כדי לעזור לחברים שלו "ויותר **קל להפיל תיק על זר מחיפה**" (עמ' 263 ש' 24-25).

          ב"כ המאשימה בקשה לדעת איך מתיישב פחדו של נאשם מהמעצר עם ויתורו על התייעצות עם עו"ד טרם חקירתו הראשונה והוא דחה את הסברה המוצע, לפיו לא היה לו צורך בייעוץ, כי עוד קודם להגעתו למשטרה ידע על כל פרטי החקירה ותיאם עמדות עם נאשם 3, ששוחרר בינתיים. על כך השיב כי כלל לא דיבר עם נאשם 3, מאז ה-5.7; כי לא שמע מאביו דבר אודות החשדות למעורבותו (אף שאביו נכח בדיון במעצרם של נא' 2ו-3); כי הוא עצמו לא ידע כלל במה מדובר וכי לא סיפר לאימו שהיה בחברת יח' החשוד באונס וכי הוא כלל לא ידע על כתב האישום (שהוגש ביום 21.10). משהוצגה לו גרסת אימו, שמסרה כי הנאשם סיפר לה שהיה "אונס נוראי" ( הודעת האם שהתקבלה בהסכמה ת/51), השיב שהוא עצמו לו ידע דבר וכי אימו כנראה התבלבלה (עמ' 257 ש' 21-23). דא עקא, לא היה לו עניין בזימונה לעדות כדי להסביר את דבריה. הוא גם נמנע מזימון אביו, כדי לשלול כל ידיעה על מהות החשדות נגדו, אף שהאב, שהוא אחיו של אביו של יח', נכח בדיון המעצר.

**על מהימנות הגרסאות**

**גרסת המתלוננת**

39.       יאמר מייד, את עדותה של המתלוננת מצאתי מהימנה וראויה לאימון.

            מטבע הדברים, התשתית הראיתית שהונחה בפנינו, מתבססת בעיקרה על עדותה של המתלוננת, אשר תיארה בפרוט את שהתרחש. התרשמנו כי עדותה עקבית, קוהרנטית, כנה ואמיתית. המתלוננת עמדה בחקירה נגדית ממושכת וקשה במהלכה נחשפו בעיותיה הנפשיות, המשפחתיות והחברתיות. היא אף נתנה הסכמתה להסרת החיסיון מעל החומר הרפואי – הפסיכיאטרי. על אף על מורת רוחה המופגנת על החשיפה, ענתה על כל שאלות הסנגורים בעניינים אלה בכנות ומבלי להתחמק מתשובה עניינית. המתלוננת תיארה בגילוי לב אף את אותן עובדות שהיה בהן כדי להטיל ספק באפשרות שנאנסה. כך למשל הודתה כי לא הופעלה נגדה אלימות במהלך האונס וכי היא לא צעקה, לא מיחתה בקול ולא הראתה התנגדות פיזית ממשית, כיון שפחדה. היא הקפידה להפריד בין האירוע האלים, הקשה, שאותו חוותה מאירוע האונס, תוך אמירה מפורשת כי מי שפגע בה והותיר על גופה סימני פגיעה קשים (שתועדו בדו"ח של גאולית ת/20 ובתעודה רפואית ת/48), היה האדם אשר כונה בפיה "השור" והוא לא מי מן הנאשמים. כאשר היה לה ספק לגבי זיהוי מי מן המשתתפים לא הסתירה זאת, כך אמרה כי כלל אינה מזהה את נאשם 2, אף שהוכח, ללא צל של ספק, שהוא זה שקיים עימה יחסי מין. אף שעמדה על ודאות זיהויה את נאשם 4, כמי שפגשה בלגונה ושהיה עֵד לתקיפתה ובהמשך הוביל אותה לבניין, ביחד עם נאשם 2, לא היססה לשתפנו בספקותיה באשר לחלקו של הלה באירוע האונס (לכך התייחסתי בהרחבה בסעיף 12 לפסה"ד). גם בתארה את חלקו של כל הנאשמים באירוע, השתדלה לדייק ונמנעה מכל הפרזה בתארה את מעשיו של כל אחד מהם. כך למשל הקפידה לומר כי נאשם 3, אותו לא זיהתה, לא נכנס לבניין אלא ניצב בפתח והיה פסיבי. כך סיפרה כי נאשם 2 סייע לה להימלט מידי תוקפה וכי היה נחמד אליה. והרי, אילו היה סיפור האונס שהעמידה בפנינו, סיפור דמיוני, מדוע שתתאר את התנהגותו של נאשם 2 קודם לאונס באור חיובי.

           זאת ועוד, לאור הכלל הראיתי הקובע, כי הימנעות מהגשת ראיה המצויה ברשותו של בעל דין, מקימה את החזקה לפיה תוכן הראיה פועל לחובת הצד הנמנע, ניתן להניח כי גם הודעותיה במשטרה עקביות ותואמת את עדותה בביהמ"ש, שאם לא כן היו ב"כ הנאשמים עומדים על הגשת הודעותיה, להוכחת סתירות.

            הקביעה בדבר מהימנות המתלוננת אינה מתעלמת מסתירות כאלה או אחרות בגרסתה, אלא שאין הן סתירות היורדות לשורשו של האירוע ומשכך, אין בהן כדי לגרוע מן האמינות. יש לזכור שהמתלוננת נאלצה לשחזר בדיעבד אירוע והליכי חקירה טראומתיים. במצב דברים זה, לא ניתן לצפות כי עדותה תהיה חפה מפגמים (ראה [ע"פ 4968/98 טובולוב נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5986283)) [פורסם בנבו].

40.        עם זאת, עדותה של המתלוננת לא ניצבה לבדה, ונמצאו לה מספר חיזוקים, וביניהם, מצבה הנפשי הקשה לאחר האירוע והלכה פסוקה היא, כי ראיה בדבר מצבו הנפשי של קורבן אונס הינה ראיה עצמאית אשר יש לה משקל משמעותי היכול לעלות לכדי סיוע, מקום שכזה נדרש ([ע"פ 1895/01 שובאל בסטיקר נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5798915), [פורסם בנבו] תק-על 2003(2), 4131). בוודאי שעדוּת על מצבהּ הנפשי של מתלוננת, לאחר אירוע טראומטי שכזה, מהווה תמיכה וחיזוק לגרסתה כי אכן חוותה אונס.

על מצב זה ניתן ללמוד בעיקר מעדותם של חברה ק., שהעיד על סערת הרגשות בה הייתה נתונה, בכייה הבלתי פוסק והקושי שלה לדבר. כך גם עולה מעדותה של השוטרת גאולית מימון שפגשה במתלוננת מייד אחרי האירוע. בדוח שרשמה, ציינה את התרשמותה ממצבה של המתלוננת: "**הנ"ל נראתה מפוחדת, בוכה ונסערת**". גם בהגעתה לזירה ובעת הצבעתה על מקום ההתרחשות נראתה נסערת (ת/19 עמ' 2 באמצע). מצבה הנפשי הקשה נלמד גם מזכ"ד של שני הדרי (ת/53, שהתקבל בהסכמה), ממנו עולה כי המתלוננת שזומנה לגביית עדות ביום 11.10.09 נראתה: **"בוכה ורועדת בכל גופה ונראית במצב נפשי קשה"** ומשכך היה צורך בזימון מלווה מהמרכז לסיוע נפגעות תקיפה מינית. בהמשך, משהתבקשה להגיע מביה"ח הפסיכיאטרי, לצורך עריכת השחזור, נמסר מפי הרופא המטפל בה, ד"ר בראל, כי המתלוננת מסרבת לשחזור, בשל הקושי הנפשי וכי להתרשמותו, הנ"ל חוותה טראומה הניכרת עליה ( זכ"ד שני הדרי מיום 15.10- ת/54). מעדותו של ד"ר בראל עולה כי בעת אשפוזה, ביום 12.10 נצפתה כ"**סובלת ממצב דחק חריג עקב אירוע אונס"** (עמ' 291 ש' 26-27) ובהמשך איבחן א צלה מצב של פוסט טראומה "**פחד לצאת מהבית מחשש להיפגש בתוקפים**" (עמ' 292 ש' 3-4).

סערת הרוחות בה הייתה נתונה ניכרה בה היטב גם לאורך עדותה בביהמ"ש, כאשר לא אחת פרצה בבכי ואף הסבירה "**אף פעם לא פחדתי כמו עכשיו... אתם חושבים שכל מה שקרה נגמר? זה יהיה כל חיי בראשי ובנפש שלי ולא משנה איפה הם נמצאים (נאמר תוך בכי) אני מפחדת עכשיו גם, פתאום אני לא שולטת בי מרוב כעס פנימי שזה יוצא החוצה"** (עמ' 31 ש' 14-20).

בשולי דברים אלה אוסיף, כי אין זה סביר להניח כי המצוקה הנפשית הכה קשה, כמתואר לעיל, נבעה והשאירה אותותיה על המתלוננת, רק כתוצאה ממעשה האלימות, בו הייתה מעורבת.

41.        עיקרי עדותה נמצאו תואמים ומאומתים גם בעדויות עצמאיות שבאו בפנינו.

           יאגוט, אחות הנא' 1, שאינה נחשדת בתיאום גרסאות עם המתלוננת, בהודעתה ת/62, מאשרת את עיקרי גרסת המתלוננת על האירוע האלים שחוותה האחרונה לפני האונס: ישיבתה של המתלוננת עם נאשם 1 ונאשם 2 ובחורים נוספים בעיגול, ההיטפלות למתלוננת, תקיפתה ע"י ז', הכאתה, משיכה בשערות ראשה, הפלתה לרצפה, הצתת שיערה ואובדן ארנקה במהלך האירוע והתערבותם של חלק מהנאשמים כדי להפריד בינה לבין התוקף. מעדותה גם עלה כי אחרי אירוע זה הזהירה את אחיה לבל ילך עם החבורה לכיוון הבניין ושיעזוב את המקום כי: **"מכות, שכולם מדברים וצוחקים וראיתי שיקרה משהו, אז הזהרתי אותו"** (עמ' 133 ש' 2-9).

נוכחותם של כל הנאשמים במעמד האירוע האלים נלמדת גם מתשובתה לב"כ נאשם 1 ששאל עם מי היה אחיה באותו ערב: **"אתה רוצה לערב אותם? כל מי שפה זה חברים שלו... כל מי שפה באולם"** (עמ' 135 ש' 14-18).

42.       גרסתו הכבושה של נאשם 2 מחזקת אף היא את עדות המתלוננת. כבר בדברים שמסרה לשוטרת גאולית, הסבירה כי הובלה לבניין ושם נאנסה ע"י אחד מהם. היא לא זיהתה את האונֶס ובעת שמסרה את דבריה לא יכולה הייתה לדעת שלדבריה על המגע המיני תמצא אחיזה בראיה אובייקטיבית- זיהוי דנ"א של הנאשם 2. נאשם זה, שתחילה הכחיש כל קשר לאירוע והסתתר מאחורי זכות השתיקה, עד לאישור מעורבותו בעקבות ממצאי הדנ"א, נאלץ להודות במעורבותו באירוע מתחילתו, לרבות היותו עד לתקיפה האלימה (אף כי הוא טוען שהיו לה שני שלבים ולכך אתייחס בהמשך). הוא גם אישר כי סייע למתלוננת להתחמק מהתוקף, תוך הובלתה לבניין בו קיים עימה מגע מיני, בהמשך. הוא אף אישר בעיקרה, את עדות המתלוננת על נוכחותו של נאשם 1 במקום ואת נסיבות הכאתו של האחרון בידי המתלוננת, באמצעות חגורת מכנסיו.

43.        עדותו של נאשם 1, באותם חלקים שאינם נוגעים למעורבותו שלו באירוע האונס, שנמצאו על ידי מהימנים (ר' סע' 33-35 לפסה"ד), תואמים אף הם את תיאור המתלוננת על האירועים: האירוע האלים ליד הלגונה, לרבות שריפת שערה ואבדן ארנקה וסערת הרוח בה הייתה נתונה, אישורו כי בעת האירוע היה בחברת אחותו וחברותיה ובחברת בן דודו זאור וכי באותה עת היו במקום גם נאשם 1, נאשם 3 ונאשם 4, שהם בני דודים וכי בעת שהמתלוננת חלפה על פניהם, מישהו מהנוכחים זרק לעברה **"אפשר לעשות איתך סקס?"** והיא השיבה, **"מה פתאום",** בדיוק כפי שסיפרה המתלוננת. עוד אמר כי הבחין בנאשם 2, נאשם 3 ונאשם 4 הולכים עם המתלוננת מכוון הלגונה לעבר הבניין והוא הלך בעקבותיהם. כן תמך בגרסת המתלוננת לפיה בבניין, בעת האונס היו 4 אנשים (כולל נאשם 2). לבסוף, נאשם 4 אישר שיחה שהתקיימה בינו לבין המתלוננת, במהלך שהותם ליד הלגונה, שהוותה בסיס לזיהויו של נאשם 4, בביהמ"ש. עוד יש לומר, כי לא נמצא ולו אבק של חשש לקיומו של מניע פסול אצל המתלוננת, לטפול עלילת שווא על מי מהנאשמים, שאין לה איתם כל קשר.

**מצבה הבריאותי של המתלוננת והשלכתו על אמינותה**

44.        לעניין מצבה הבריאותי, הנפשי של המתלוננת הקדישו ב"כ הנאשמים חלק ניכר מחקירתם הנגדית. הם אף בקשו וקיבלו את התיעוד הרפואי הנוגע לעניין, מביה"ח "מזרע" וזימנו לעדות את הרופא המטפל בה והכול כדי להוכיח כי עקב מצבה הנפשי המעורער אין לסמוך על עדותה.

           יאמר מייד, בדברים אלה לא מצאתי כל ממש.

אכן, המתלוננת אישה קשת יום, שנתקלה בקשיי קליטה, חוותה קושי בקשר הזוגי ומי שנתגלתה בעיתיות במסוגלות ההורית שלה. מהתיעוד הרפואי עולה, כי היא סובלת מתנודות במצב רוחה, מתח וחרדה. היא מקבלת טיפול תרופתי ואושפזה בביה"ח הפסיכיאטרי, ביוזמתה, משחשה בהחמרה במצבה.

מעדותו של ד"ר בראל המטפל במתלוננת מזה 7 שנים עולה, כי אובחנה כסובלת מ"**הפרעה פסיכו אפקטיבית והשנייה הפרעת אישיות גבולית. זה אומר שהיא סובלת מתנודות במצב רוח, לפעמים נכנסת למצבים פסיכוטיים קצרים ובאישיות שלה אי יציבות מבחינה תעסוקתית וחברתית. מצב פסיכוטי קצר נמשך בין שעות עד ימים" הדבר יכול להתבטא במחשבות שווא של קריאת מחשבות וחוסר ארגון בחשיבה"** (עמ' 283 ש' 25-29). היא מטופלת תרופתית ונמצאת במעקב. הוא הסביר כי מחשבות השווא שנצפו אצל המתלוננת התבטאו במחשבה של המתלוננת כי אחרים קוראים את מחשבותיה.

עובר לאירוע, ב- 7.7.09, נבדקה על ידי ד"ר בראל ולא הייתה במצב פסיכוטי. היא אושפזה, ביוזמתה, לאחר האירוע ב- 12.10.09. גם בעת אשפוזה זה לא היתה עדות למצב פסיכוטי. בבדיקתו אותה ביום 16.11.09 היא הייתה במצב של פוסט טראומה, שהתבטא בפחד לצאת מביתה מחשש למפגש עם התוקפים. (עמ' 292 ש' 3-4).

לדבריו, המתלוננת מקבלת באופן קבוע, תרופה אנטי דיכאונית- ציפרקסיה, אסיבל להרגעה ובונדורמין לשינה. היא אמורה ליטול את התרופות באופן סדיר, אך דילוג של יום בנטילת התרופות אינו משמעותי. מאז 2009 אכן מתועדת לגביה תופעה של שתיית אלכוהול, אך לא עד כדי שכרות. לשתייה תוך נטילת התרופות הקבועות אין השפעה. האפקט האפשרי של שילוב נטילת תרופות הרגעה עם שתייה הוא הרדמות. משנשאל ד"ר בראל האם נוכח שילוב של נטילת התרופות עם שתייה, יתכן שהמתלוננת תזכור את כל פרטי האירוע, השיב כי אין על כך תשובה חד משמעית, שכן אירוע טראומטי כשלעצמו, יכול לגרום לחידוד הזיכרון או למחיקת פרטים מהזיכרון, ללא קשר לאלכוהול או תרופות (עמ' 287 ש' 23-26).

ד"ר בראל שלל קיומה של הפרעה אצל המתלוננת, המתבטאת בהתנהגות מינית חריגה, תוקפנית או פורצת גבולות.

הנה כי כן, ניסיונם של ב"כ הנאשמים לראות בבעיותיה הנפשיות של המתלוננת, בהימנעותה מנטילת תרופות, או שתייה בשילוב תרופות כגורמים לתובנה לקויה, ליקוי מחשבה וזיכרון ובתוך כך פגיעה במהימנותה, אין לו אחיזה בחומר הרפואי רחב ההיקף שנפרש בפנינו. העובדה שהצליחה לזהות, זמן קצר לאחר הארוע, את נאשם 1, על פי חולצתו ואף ידעה להוביל את החוקרים למקום הארוע, מעידה כי זכרונה לא נפגע וכי היתה במלוא חושיה.

ולסכום – אנו מייחסים אימון מלא למתלוננת, לפיה נבעלה, שלא בהסכמתה ע"י נאשם 2, בנוכחותם של 3 אחרים שהתלוו להובלתה לבניין ונוכחו במקום בעת האונס.

למול עדותה המהימנה של המתלוננת עומדות גרסאותיהם של 4 הנאשמים שאף לא אחת מהן נמצאת אמינה ומהימנה, באופן שיהיה בו כדי לשלול, מיניה וביה, את גרסת המתלוננת, כעולה מסקירת גרסאותיהם במשטרה ובביהמ"ש.

**בחינת גרסתו של נאשם 2**

45.        הציר המרכזי בכתב האישום שבפנינו הוא נאשם 2.

המחלוקת העובדתית, ככל שהיא נוגעת לנאשם זה אינה רחבת היקף. כיום, הנאשם אינו שולל עוד קיום יחסי מין עם המתלוננת, ביום 5.7.09, כמיוחס לו בכתב האישום. אולם בניגוד לטענת המאשימה, לפיה כפה את עצמו על המתלוננת, טוען הנאשם כי לא זו בלבד שהמתלוננת הסכימה לכך, אלא היא זו שיזמה את יחסי המין, שהתקיימו בהמשך, בהסכמה ותוך שיתוף פעולה שלה.

כאמור, גרסתו של נאשם, מתארת את האירוע כחוויה רומנטית שהתרחשה בין שני אוהבים, אשר רצו זה בזו בלהט. כך בלשונו:

**"ישבנו בבלוק דיברנו ואחר כך היא שמה עליי ידיים התחלנו להתנשק והגענו למצב שהיא הורידה את המכנסיים ואני הורדתי את המכנסיים שלי והיה בינינו סקס היא שכבה על הספה שכבתי עליה שניננו היינו ערומים לגמרי היא חיבקה אותי היא הכניסה את זה אני מתכוון לאיבר המין לאיבר שלה"(ת/26).**

כאמור, גרסתו של הנאשם 2, שתיאר את האירוע כהתלהטות יצרים פתאומית של המתלוננת, בעדותו בביהמ"ש העצים את התיאור הרומנטי כך:

**" היא חטפה מכות ממישהו שאני לא מכיר, עזרתי לה ועוד היו שם בנות שעזרו, הפרדתי בניהם. אח"כ היא לא רצתה להיות שם בגללו, אז התחלנו להתרחק מהמקום, אז הלכנו לכיוון הבניין ובדרך המתלוננת אומרת לי "אתה חמוד, אתה מתוק, אתה צעיר, אתה זה" ונכנסנו לבניין...אחרי זה היא באה אלי נישקה אותי, כאילו נשיקות ודברים כאלה והיא הורידה את הבגדים שלה, אז הורדתי את הבגדים שלי וקיימנו יחסי מין אחד עם השני. הורדנו גם את החולצה, גם את המכנס וגם את התחתונים. נשארנו שנינו עירומים. בלי שהיא תסכים ליחסי מין לא היו יחסי מין. היא עזרה לי בכל מיני דברים שלא ידעתי מה זה הדברים האלה, היא אמרה "תעשה ככה"... ברגע שהתפשטנו, היא עזרה לי לחדור אליה. כב' ביהמ"ש, אם היא לא עוזרת לי לקיים יחסי מין, לא היו יחסי מין. למה אני לא עושה דברים כאלה אני בן אדם ממשפחה מכובדת" (עמ' 199 ש' 20- עמ' 200 עד ש' 12)**

          לשאלה המתבקשת מאליה - אם הוא היה טוב ומיטיב עימה, בכך שהגן עליה מפני תוקפה והיא זו שנשבתה בקסמו ויזמה ואף עודדה את הקשר המיני ביניהם, מדוע תרצה להעליל עליו השיב תחילה (בהודעתו ת/26): "**בגלל המכות שהבחור נתן לה",** ובהמשך, בעדותו בביהמ"ש, לאחר שלמד על בעיותיה הרפואית שהתלבנו בהרחבה, הציע הסבר אפשרי אחר: **"יכול להיות שזה בגלל הבריאות הנפשית שלה"** (עמ' 201 ש' 11). הסבר אחר שהוצע על ידו הוא הבושה בפני בן זוגה. ואילו ב"כ נאשם הציע בסיכומיו הסבר אפשרי משלו: **"מדובר באישה הצמאה לתשומת לב, לאהבה מצד הרשויות, אחת הזקוקה לחיבוק מצד כל אוהביה. סיפור האונס שלא היה נתן לדעת הח"מ למתלוננת הרבה תמיכה ואהבה...**" (סע' 4 לסיכומים – הפרק הדן במתלוננת).

 אף לא אחד מן ההסברים המוצעים עומד במבחן ההיגיון. אם המתלוננת כעסה על מי שתקף אותה (ובצדק) הרי שהייתה צריכה להיות מעוניינת למקד בו את החקירה, כדי לבוא עימו חשבון ואולי גם כדי להשיב לה את ארנקה שנגזל. אין כל הסבר מדוע תבקש להיפרע דווקא ממי שנהג בה בהגינות ואף נשא חן בעיניה עד כדי קיום יחסי מין, כגרסת נאשם 2.

לעניין הבעיות הנפשיות של המתלוננת, כבר אמרתי שאין הן עולות כדי פגם בשיקול הדעת ובתובנה של המתלוננת, היכולים להסביר בדותא חסרת בסיס נגד נאשם. באשר לחשש מפני תגובתו של ק., הרי שעל קיום יחסי המין למד ק. רק ממנה. אם אכן יחסי המין היו בהסכמה, מדוע היה עליה לחשוף את קיומם, שהרי סיפור מעשה התקיפה, שאין חולק כי התרחש, היה בו די כדי לתלות בו את איחורה לשוב ובכך להפיס את דעתו של ק..

ואשר להסברו המוצע של ב"כ נאשם – יש לדחותו מכל וכול. קשה להלום כיצד ניתן לראות ב"חוויה" שזכתה לה המתלוננת לאחר תלונתה – הופעת המשטרה בביתה באמצע הלילה, ההולכה וההצבעה שנמשכה שעות לתוך הבוקר, הבדיקה בביה"ח ובמיוחד הבדיקה הגניקולוגית, הפולשנית ובהמשך החקירות במשטרה –כחוויה מתקנת לחוסר תשומת לב והעדר אהבה, אפילו אצל אישה הסובלת מבעיה נפשית.

ככל שיגעתי וחיפשתי הסבר הגיוני אחר, לא מצאתי כזה. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו ב[**ע"פ 78/793 רצאבי ואח'**](http://www.nevo.co.il/case/17931637) פ"ד לד(2) 757, 768:

**"לא ניתן גם להעלות כל סיבה סבירה אחרת מדוע תבחר המתלוננת בדרך העלאת אשמת שווא נגד המערערים; אם נעשה הכול ברצונה ובהסכמתה, כטענתם ולא היה לה על מה להלין ולא הובא גם שמץ ראיה כאילו היתה לה בנסיבות הענין תביעה או דרישה כלשהי אותה ביקשה, כאילו, לחזק ע"י תלונתה במשטרה"**

46.     ומכאן לכבישת גרסתו של נאשם 2 והשלכתה על אמינותו.

נאשם זה נעצר ביום 7.10. בהודעתו הראשונה (ת/7), שנמסרה לאחר שהואשם בקשירת קשר עם אחרים לביצוע אונס, ומשנשאל למעשיו באותו לילה והאם היה ליד הלגונה ובחברתו של מי היה שם השיב שאינו זוכר דבר. באותו מעמד הכחיש הכרות עם ינ'.

ביום 12.10 נחקר שנית (ת/25). לאחר שהוזהר שנית, השיב על מספר שאלות ומשנשאל האם היה עד לאירוע לא שגרתי, הקשור לבחורה שתמונתה הוצגה בפניו התעטף בזכות השתיקה לאורך כל החקירה.

           ביום 14.10 נחקר שוב (ת/28), אישר שהתייעץ עם עו"ד קודם לחקירתו, שהוא מבין את האשמות נגדו, כי הוא מכיר את הלגונה אך אינו זוכר אם ביום האירוע ישב שם. הוא שלל הכרות עם המתלוננת ואמר שמעולם לא פגש בה. משנשאל כיצד הגיע זרע שלו ללבושה של המתלוננת שב ואימץ לעצמו את זכות השתיקה ודבק בה לאורך כל החקירה, פרט לאמירה כי אינו בקשר עם נאשם 1, בשל ריב בעבר.

למחרת היום ( 15.10, שעה 12:15), פגש נאשם את ב"כ וסיפר לו כי במהלך חקירתו נמסר לו כי נמצא זרע שלו על בגדי המתלוננת. לדברי ב"כ, נאשם לא הבין את משמעות הדברים, כיון שאינו מבין עברית טוב ומשכך ביקש לזמן את מרשו לחקירה נוספת (מזכר ת/60). והנה בהודעתו שנגבתה מספר שעות לאחר הפגישה עם עוה"ד (ת/26), מסר נאשם 2 את גרסתו בה אישר לראשונה, את היכרותו עם המתלוננת וכי קיים עימה יחסי מין, אלא שהדבר היה בהסכמתה. בגרסה זו דבק בביהמ"ש.

47.       עיתוייה של הגרסה החדשה, 7 ימים לאחר תחילת החקירה, לאחר הכחשה גורפת, בשילוב עם עמידה על זכות השתיקה, היא הנותנת שב"עדות כבושה" עסקינן. גרסה זו באה לעולם משנמצאה ראייה מדעית, חד משמעית המאשרת קשר מיני שלו עם המתלוננת. לא זאת, אף זאת, גרסה מאוחרת זו לא עלתה באופן ספונטאני, גם משעומת הנאשם לראשונה, עם הממצאים (שאז דבק בזכות השתיקה), אלא רק לאחר מפגש עם ב"כ, פגישה שבעקבותיה נמסרה הגרסה המפורטת. וכבר עמדתי על כך, לאחר שהאזנתי לקלטת ההודעה, כי אין בסיס לטענת הסנגור לפיה נפל פגם בחקירה או בהבנת העברית, שמנע מהנא' להבין את השאלה שהוצגה לו בעניין זה.

            יש לזכור, כי אליבא דנאשם עצמו, הוא סיפר לב"כ את האמת והודרך לשמור על זכות השתיקה עד לקבלת תוצאות הבדיקה. משכך אין ממש בטענה שנאשם לא הבין את השאלה המפורשת שהופנתה אליו במהלך גביית ההודעה ת/28. אין זאת אלא כי נאשם ביקש פסק זמן להתייעצות בטרם ימסור את גרסתו.

48.        הלכה מושרשת היא מקדמת דנא, ש"**עדות כבושה ערכה מועט**", אלא אם כן ניתן הסבר מתקבל על הדעת מדוע נכבשה העדות זמן רב. ההסבר צריך להבהיר, מדוע כבש העד את עדותו, ומדוע החליט לפתע למסור את גרסתו. רק אם ניתן הסבר, שהוא מתקבל על הדעת, לגילוי הדברים באיחור, שוב אין ליחס חשיבות יתרה לאיחור כשהוא לעצמו.

ור' לעניין זה דברי ביהמ"ש ב[ע"פ 190/82 שאול מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז](http://www.nevo.co.il/case/17913797)(1) 225, בעמ' 288:

**משך הזמן, העושה את העדות לכבושה, יכול שהוא קצר ויכול שהוא ארוך יותר, הכול, לפי נסיבותיו המיוחדות של העניין (ראה:** [**ע"פ 87/53**](http://www.nevo.co.il/case/17932377) **[19], בעמ' 971; ת"פ (חי') 238/67 [30], בעמ' 39).**

**ההסבר, שעל בית המשפט להשתכנע הימנו, הוא לגבי שני עניינים: האחד - על שום מה שתק העד וכבש את עדותו כל אותה עת עד למתן עדותו; והשני - מה נשתנה עתה, כאשר החליט העד להעיד, ומהו הנימוק שהניעו לשבור את שתיקתו (ראה:** [**ע"פ 202/56**](http://www.nevo.co.il/case/17937589) **[18] הנ"ל). שכנוע מיוחד מאמיתות הסבר זה, על שני פניו, יידרש לבית המשפט כאשר פגמה של העדות אינו רק בכך שכבושה הייתה עד עתה, אלא שעד זה עצמו מסר בהזדמנויות קודמות גירסה שונה וסותרת מגירסתו הנוכחית"** (ההדגשות אינן במקור צ.ק.).

49.ומהו הסברו של נאשם 2 לשתיקתו, בתחילת החקירה וכבישת עדותו עד ללידת הגרסה החדשה ומה הביאו למסור אותה בעת שמסרה ?

       משנשאל ע"י חוקריו, בהודעתו ת/26, מדוע שיקר בחקירות קודמות השיב: "**אני פחדתי מהמשפחה והתביישתי**". לשאלה מדוע דווקא היום החליט לספר, השיב: **"אני החלטתי לספר ככה זה בא לי".**

הנה כי כן, אף נאשם עצמו עמד על חוסר ההיגיון שבנימוקו ומשכך בעדותו בביהמ"ש "שיפר" את ההסבר באומרו: **"כי אמא שלי יכול להיות שהייתה חושבת שבאמת עשיתי את זה, את המקרה מה שכתוב בכתב האישום, את האונס"** (עמ' 201 ש'15-17; עמ' 222).

      עוד, בעדותו בביהמ"ש תלה נאשם את האחריות לשתיקתו ולגרסתו הכבושה בב"כ באומרו שאף שסיפר לב"כ את ה"אמת" מלכתחילה, האחרון הורה לו: **"עד שאין דנ"א אתה שותק"** (שם ש' 18-20).

בגלגול האחריות על עוה"ד, אין כדי לשלול את המסקנות המתבקשות מכבישת העדות. מעדותו של נאשם עולה ברור כי הוא עמד על שתיקתו ומסר גרסה שקרית מתוך שיקול מושכל, שכל עוד אין בנמצא ראייה אובייקטיבית, מפלילה, יוכל להתנער מאחריות למעשיו מכל וכל, ובה בעת לשמור באמתחתו, לעת מצוא, גרסה שיש בה, לטעמו, כדי לשלול את המסקנות המפלילות שתתבקשנה מהראיה.

 עד כמה מתוכננת הגרסה, ניתן ללמוד משתיקתו של נאשם בהתייחסותו לשאלת חוקריו ביום 14.10, כיצד הוא מסביר את מציאותם של סימני זרע שלו על בגדי המתלוננת. כמסתבר, גם כאן עדיין כבש נאשם את גרסתו, משנדרש, ככל הנראה, להערכות, התארגנות והתייעצות טרם מסירת הגרסה החדשה, ביום שלמחרת, אחרי שנועד עם הסנגור.

לצורך הערכת סבירותו של ההסבר שמעמיד נאשם, יש לתת את הדעת על נסיבות מתן הגרסה. כך, למשל, אין עוצמתה של גרסה כבושה, שהועלתה בעקבות העלאת ראיה מפלילה, כעוצמתה של גרסת הגנה שהועלתה בהזדמנות הראשונה ([ע"פ 5730/96 גרציאני נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/6030055), (לא פורסם) [פורסם בנבו] פיסקה 5.ד). הנסיבות בהן הוצגה גרסת נאשם בחקירה, וגורלה של גרסה זו בעדותו בבית המשפט, עשויים לשפוך אור על מידת אמינותה וסבירותה, וממילא על מידת רצינותו של ההסבר הניתן לראיות המפלילות לכאורה.

50.      מעבר להיות הגרסה כבושה, ללא הסבר המתיישב עם תום לב, הרי שאף גרסה זו משובצת בשקרים מוכחים, שהבולט בהם הוא התיאור השקרי של האירוע האלים, שקדם לאונס. לגרסתו של הנאשם, בהיותם ב"עיגול" הותקפה המתלוננת ע"י אדם שהכה אותה והפילה ארצה, לאחר ששפכה עליו בירה. הוא הפריד בין השניים ומשביקשה המתלוננת את עזרתו הלך עימה לעבר הבניין, כדי להרחיקה מן התוקף ובתוך כך התפתח החיזור של המתלוננת, שהגיע לשיאו בקיום יחסי מין. לגרסתו, בתום המגע המיני, שבו ל"עיגול" והעימות בין התוקף והמתלוננת התחדש ובמהלכו שרף התוקף את שיער ראשה של המתלוננת וארנקה נעלם. גרסת התקיפה "בשתי פעימות" עומדת בסתירה קוטבית לגרסת המתלוננת בעניין זה, כמו גם לגרסת יאגוט ונאשם 1, שמעדותם עלה רצף אחד של תקיפה. לאיש מהעדים הללו לא היה מניע למסור תיאור שקרי בהקשר זה ובוודאי אין להעלות על הדעת תיאום עמדות ביניהם. מנגד לנאשם היה עניין בפיצול אירוע התקיפה. וזאת משום שהנאשם הבין, כפי שהדבר מובן גם לי, שאין זה מתקבל על הדעת שהמתלוננת שזה עתה הושפלה, הוכתה, שערותיה נשרפו וארנקה אבד, כשהיא עדיין תחת רשמי האירוע הקשה ותוך שהיא מבוהלת, כואבת, בוכה וכל מעייניה נתונים להתחמקות מפני תוקפה, עוברת כהרף עין מהפך רומנטי, המסביר את ההתפתחויות לפי גרסת נאשם. משכך, וכדי לגרוע מחומרתו של האירוע האלים והשפעתו הקשה על המתלוננת ובתוך כך על הגיונה של הגרסה וסבירותה, נדרש נאשם לפיצול האירוע, ע"י העתקת פרשת התקיפה הקשה והשריפה, למועד שאחרי קיום המגע המיני. בעניין זה לא יכול איפה להיות ספק בדבר שקריות גרסתו בהקשר לעיתוי האירוע האלים, העומד גם בסתירה לכלל הראיות.

ועוד בהקשר לחוסר ההיגיון שבגרסת נאשם, עליו עמדתי לעיל, יש להתייחס לעובדה נוספת המצביעה על חוסר ההיגיון ושקריות הגרסה. נזכור, כי נאשם עצמו סיפר שהמתלוננת התלוותה אליו כדי להימלט מתוקפה, וכי "**שינוי הלבבות**" התרחש, ביוזמת המתלוננת, מבלי שנאשם ידע או צפה את ההתפתחות המפתיעה, שהובילה לקיום מגע מיני מלא, והנה ראה זה פלא, הליכה אקראית ובלתי מתוכננת זו, מסתיימת ב"מקרה" באזור מוסתר בבניין, בו נמצאת, באורח פלא, כורסה הנפתחת לספה, מוכנה ומזומנה לקיום מגע מיני עליה.

   ולסיכום, שתיקתו של הנאשם משלב מוקדם בחקירה, כבישת עדותו כשהסבריו לשתיקתו קלושים, כמו גם שקריות גרסתו וחוסר ההיגיון שבה, משקפים התנהגות שאינה מתיישבת עם חפות, אלא ההפך מכך: הם מקרינים חוסר מהימנות והיעדר הסברים סבירים, העשויים לעמוד כמשקל שכנגד לגרסה המפלילה שהונחה על-ידי התביעה. ([ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ז](http://www.nevo.co.il/case/5675397) (6) 577). כל אלה מחייבים העדפת גרסת המתלוננת, לפיה המגע המיני נכפה עליה, על פני גרסת נאשם הטוענת לקיום המגע המיני, בהסכמה.

**העדר הסכמה בהיבט המשפטי**

51.       עבירת האינוס מעוגנת [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק העונשין מוגדרת כך:

**"הבועל אישה -**

**(1) שלא בהסכמתה החופשית.**

**...**

**הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש-עשרה שנים."**

 עבירת האינוס הנה עבירה התנהגותית. יסודותיה העובדתיים הם התנהגות של "בעילה" (כהגדרתה [בסעיף 345(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.c) לחוק) ושני רכיבים נסיבתיים: הבעילה צריך שתהא "**של אישה**" ושתעשה "**שלא בהסכמתה החופשית**".

בפסה"ד ארוך ומקיף בפרשת בבינדה ([ע"פ 2606/04, יגאל בבינדה נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5709733)  , [פורסם בנבו] מיום 5.12.05) עמדה השופטת מ' נאור בהרחבה, על גלגולי החקיקה של סעיף זה.

כאמור בפסק הדין, כיום, לאחר ביטולו של יסוד הכפייה במסגרת תיקון 61 (משנת 2001), לעבירת האינוס ארבעה יסודות: (1) הבועל (2) אישה (3) שלא בהסכמתה החופשית (4) היסוד הנפשי של נאשם.

מכאן, שבכל המקרים בהם נסובה המחלוקת על השאלה אם הייתה או לא הייתה הסכמה, או על קיומה או העדרה של מודעות נאשם לאי ההסכמה הנטענת, שני יסודות בלבד מצריכים דיון:  1. הסכמתה של האישה 2. היסוד הנפשי של נאשם.

על העדר ההסכמה נאמר בפסק הדין:

**"הנה כי כן, לדרכי הביטוי של אי הסכמה יוחד בפסיקה דיון לא מבוטל כאשר נראה כי הרקע לזניחת הדרישה לביטוי אקטיבי של אי הסכמה הוא המודעות וההבנה להתנהגויות המאפיינות לעיתים תכופות קורבנות אונס, התנהגויות שאינן עולות בקנה אחד עם הדרישה הסטאטוטורית הישנה להתנגדות פעילה:**

**"עם השנים גברה ההכרה כי המציאות מורכבת יותר מהתפיסה החברתית הדוגמטית המניחה כיצד על אישה להתנהג בעקבות מעשה אינוס, וכי תיתכן קשת של תגובות ודרכי התמודדות מצד הקורבן למעשה האינוס. יש שאישה בוחרת בגישה של שכנוע ומבקשת להניא את האנס ממעשיו בדברים רוגעים (ראו:** [**ע"פ 256/78 הן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד**](http://www.nevo.co.il/case/17916453) **(3) 589). ויש שאישה נאבקת ומתנגדת בכוח למעשה האינוס (ראו:** [**ע"פ 288/88 גנדור נ' מ"י, פ"ד מב**](http://www.nevo.co.il/case/17946334) **(4) 45). מנגד, ישנם מצבים בהם האישה אינה מתנגדת בכוח ואינה צועקת לעזרה, בין היתר, נוכח פחד וחוסר אונים שבהם היא שרויה. לעיתים מבכרת האישה שלא להתנגד פיזית עקב היות כוחה נחות ביחס לזה של הגבר וכן עקב כך שניסיון חייה לא הכשירה לחילופי מהלומות..." (עניין אזולאי, בע' 888; (** ההדגשות לא במקור).

         ובהמשך:

**"הנה כי כן, בקשת שלמה של מקרים ונסיבות לא נדרש כלל מהאישה להביא לידי ביטוי חיצוני פעיל את אי הסכמתה לקיומם של יחסי מין. התנהגותה של אישה במצבים אלו זכתה בפסיקה לכינויים מכינויים שונים –"פסיביות", "שיתוק-של-הלם", "נאלם קולה", התנגדות "שבלבן פנימה", "הסכמה שבשתיקה" או "כניעה" ו- "השלמה" (ראו, על פי סדר הופעתם -** [**ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד**](http://www.nevo.co.il/case/5678234) **(3) 769, 775; עניין טייב בע' 324;** [**ע"פ 959/90  פריג' נזאם נ' מ"י**](http://www.nevo.co.il/case/17932943)  **(לא פורסם);** [**ע"פ 862/80 מ"י, פ"ד לה**](http://www.nevo.co.il/case/17946254) **(2) 775, 777; עניין פלוני בע' 425;**[**ע"פ 3274/94 פלוני נ' מ"י, פ"ד נ**](http://www.nevo.co.il/case/17919137) **(5) 353, 360)...**

**המשותף למכלול זה של מצבים הוא שיסוד אי ההסכמה בא לידי סיפוקו גם כאשר אין לו ביטוי אקטיבי. קביעה זו נובעת מתוך הבנה למצוקה בה שרויה אישה בסיטואציה של אינוס ומוטב נאמר מתוך הבנה שלעיתים אין בכוחנו להבין. אין לשפוט בכלים של סבירות ורציונאליות את התנהגותו של אדם, השרוי במצוקה ופחד; לעיתים אוחז בו השיתוק ולעיתים חששו שיבולע לו עוד יותר אם יביע התנגדות מביא אותו לאי החצנת אי הסכמתו כליל...**

  ועוד נאמר:

**"במקרים בהם הגבר הוא היוזם - פסיביות מוחלטת של אישה המוטלת חסרת תנועה ונותנת לאחר לעשות בה כרצונו, שכמוה כ"בובת חוטים" כפי שהעידה על עצמה המתלוננת בפרשת בארי, אישה המפגינה קיפאון ושיתוק ועל אחת כמה וכמה אישה המביעה כאב או בכי  - כל אלו, ואין מדובר ברשימה סגורה, מהווים ואף ראוי שיהוו, אינדיקציה לאי הסכמה לקיום יחסי המין ועל התנהגויות אלו להוות תמרור אדום וסימן אזהרה."**

52. בנסיבות העניין המוכחות בענייננו לא ניתן לקבל שהמתלוננת הסכימה לקיום המגע המיני וכי נאשם 2 לא היה מודע להעדר ההסכמה וזאת אף שהמתלוננת אישרה כי בעת שהמגע המיני שנכפה עליה, לא הביעה התנגדות פיזית או מילולית.

            על הסיבות להתנהגותה הפסיבית של המתלוננת, כמו גם על מודעותו של נאשם לאי ההסכמה, ניתן ללמוד הן מהנסיבות והאירועים שקדמו לאונס והן מאלה שהתקיימו במהלכו. על פי עדותה של המתלוננת, כמו גם מעדויות יאגוט, הנאשם 1 (ובאופן חלקי גם של נאשם 2 עצמו), עובר לאונס ובסמוך לו, הייתה המתלוננת נתונה להשפלה ולאלימות פיזית קשה. לדבריה, שלא הופרכו, היא שמה מבטחה בנאשם 2 שיגן עליה וימנע את המשך האלימות כלפיה. היא הייתה מבוהלת ולאורך כל דרך הובלתה לבניין היא בכתה וביקשה ללכת הביתה, כשלפתע מצאה את עצמה בתוך מקום מוסתר לא מוכר לה, מובלת ומושכבת על הספה, ללא הסכמתה, בידי שני גברים, בעוד הנאשם מפשיט אותה ונשכב עליה. בנסיבות אלה מובן מדוע הייתה בפאניקה ולא עזרה אומץ להתנגד. היא הגיבה בהפתעה, באלם, בשיתוק וקיפאון, בשל הפחד והבהלה שאחזו בה, עקב הסיטואציה המאיימת והמפתיעה שנכפתה עליה, במקום זר ומבודד כשהיא מוקפת חבורה של גברים זרים, ומותקפת על ידי מי שעד לאותו רגע, נחשב בעיניה ידיד ומושיע.

**היסוד הנפשי של נאשם 2**

53.       היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של אינוס הוא של מחשבה פלילית – היינו: מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנימנים עם פרטי המעשה ([סע' 20 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.a) לחוק העונשין). לעניין זה מתקיימת באדם מודעות אף **"אם חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות, אם נמנע מלבררם"** ([סעיף 20 (ג) (1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1) לחוק).

            אכן מחשבה פלילית של אדם, היא דבר שבלב פנימה. משכך, במרבית המקרים היסוד הנפשימוסק ממכלול הנסיבות החיצוניות, מהגיונם של הדברים, מראיות נסיבתיות ומניסיון החיים המצטבר.

בנפול גרסתו של נאשם, שנמצאה בלתי ראויה לאמון, לפיה המתלוננת היא זו שיזמה את יחסי הקירבה, שהמשכם בקיום יחסי מין, ולאור הנסיבות כמתואר לעיל, דעתי היא, כי לא יכול היה לעלות ספק בליבו של הנאשם כי הוא כופה את עצמו עליה, בלא הסכמתה.

54.       הנסיבות כפי שהוכחו בענייננו מצביעות על קיום היסוד הנפשי הנדרש בנאשם, במובן קיומה של מודעות לכך שמעשה בעילתה של המתלוננת נעשה שלא בהסכמתה. למצער, עָצַם הנאשם את עיניו ונמנע מלברר קיומה של הסכמה, מקום שצריך היה שיהיה לו, לפחות חשד, שהמתלוננת אינה מסכימה לקשר המיני עימו. מודעות זו של הנאשם לאי ההסכמה של המתלוננת, מוכחת מן הנסיבות לפני האונס ובמהלכו– סירובה של המתלוננת ל"סקס" שהוצע לה ע"י אחר, במעמד הנאשם, ליד הלגונה. אירוע האלימות הקשה אותם חוותה המתלוננת עובר להובלתה לבניין, לו היה הנאשם עד ומצבה הנפשי הקשה בעטיו. בהמשך, תגובתה בקיפאון ושיתוק, עת מצאה עצמה במקום לא מוכר, בחברתם של מספר גברים בעוד נאשם 2 מבצע בה את זממו.

55.       הדרישה כי נאשם, שבלבו התעורר חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי-מין עמו, יברר את הסכמת האישה עובר למגע המיני, אינה מהווה דרישה מוגזמת. הגבר והאישה נמצאים יחדיו, ומה קל יותר מלברר את רצונה של האישה, אלא אם הגבר מעדיף שלא לדעת. יתרה מזאת, עקב קיומו של הצורך בהגנה על אוטונומיית הרצון החופשי של האישה, כבודה ושליטתה על גופה, מוצדק לדרוש, כי כאשר מתעורר חשד ממשי בלבו של גבר בדבר היעדר הסכמתה של האישה למגע המיני, תוטל עליו חובה לברר את חשדו. ממכלול טעמים אלה קיימת הצדקה לראות בחשד ממשי בדבר היעדר הסכמתה של האישה תחליף הולם לידיעה של ממש במסגרת עבירת האינוס ( ר' [ע"פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/6041035)(3) ,873 898-897; [ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/case/5678391)(3) 289, 309-305; [ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/6244024)  , (מיום 23.4.09, בסע' 25, פורסם במאגרים [פורסם בנבו])).

**סיכומם של דברים, שוכנעתי כי הנאשם למצער, עצם עיניו מפני היעדר הסכמתה של המתלוננת, ועל-כן יש לראותו כמי שהיה מודע לה. מאחר שגם שאר היסודות של עבירת האינוס לפי** [**סעיף 345(א)(1)**](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) **לחוק העונשין הוכחו אף הם יש הרי שיש למצוא כי הנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום, אינוסה של המתלוננת.**

**גרסת נאשמים 1, 3 ו-4**

56.       נאשם 1, זוהה ע"י המתלוננת בבוקר שלאחר האירוע ובהמשך הודה כי היה בבניין בשלב מסוים של האירוע, אך לא היה חלק ממנו. על זהותם של הנאשמים 3 ו- 4, למדו החוקרים מעדות נאשם 1. נאשם 3 הכחיש כל קשר לאירוע. לגרסתו (המאוחרת) הגיע ל"לגונה" בלוית נאשם 4, במקום ראה את נאשם 1 וגם את נאשם 2, הוא הבחין במתלוננת יוצאת מה"לגונה" מדברת וצוחקת עם אנשים ואז הלך הביתה. נאשם 4, אישר אף הוא את נוכחותו ליד הלגונה, שם ראה את המתלוננת, שהחמיאה לו ואז עזב את המקום עם נאשם 3. האחרונים טוענים כי נקשרו לעבירה המיוחסת להם, על יסוד עדות שקרית של נאשם 1, שאין לסמוך עליה וכי לא כלל לא זוהו ע"י המתלוננת.

**זיהויו של נאשם 1:**

57.      כפי שכבר נאמר, נאשם 1 זוהה ע"י המתלוננת בבוקרו של יום האירוע, בעת שהגיע לזירה, שעה שהמתלוננת שהתה במקום, לצורך הצבעה. אכן, זיהוייה היה ספונטאני והסתמך על לבושו, חולצה שחורה עם כיתוב לבן, אותה לבש גם בעת האירוע (עפ"י דבריו הוא), ועוד הוסיפה, כי זהו האיש אותה הכתה בחגורה, בבניין לאחר שנאשם' 2 סיים לבצע בה את זממו. עוד יצוין כי המתלוננת, כבר בדבריה לחוקרת גאולית, מסרה שהיה במקום בחור עם חולצה שחורה עם כיתוב לבן שאמר "**עכשיו תורי**", ולא הוא שאנס אותה. במהלך עדותה בבית המשפט הבהירה שזיהתה את נאשם לא רק על פי לבושו, אלא גם כיון "**שראיתי אותו בלילה כשהוא אמר אני רוצה** **חוץ מזה כשהוא לקח אותי בזרוע גם הסתכלתי עליו"** (עמ' 59 ש' 26-29).

58.      באי כוחו של נאשם 1 הקדישו פרק נכבד בסיכומיהם לאמינות הזיהוי. הם גורסים כי לזיהוי ערך מועט בהיותו זיהוי ספונטאני, כי הנאשם זוהה בהיותו בזירה עם השוטרים, מה שיכול היה לרמוז עליו כמי שהיה מעורב באירוע ובכך להטות את הזיהוי, כי במעמד הזיהוי לא זיהתה אותו המתלוננת זיהוי ודאי, אלא רק ב- 90%, כי נאשמים אחרים לבשו אף הם חולצות דומות ובשל כך התבלבלה ועוד כהנה וכהנה נימוקים. את טיעוניהם תמכו ב"כ נאשם במיטב הפסיקה והספרות המקצועית ואף הסיקו מהם את המסקנות הנכונות, במישור העקרוני. דא עקא טיעוניהם אלה אינם רלבנטיים לעניין שבמחלוקת, נוכח אישורו של נאשם את הזיהוי.

  עוד טענו הסנגורים, לעניין אמינות הזיהוי, כי קיים היעדר התאמה בין תיאורה של המתלוננת לבין מראהו של נאשם, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעדותה בביהמ"ש, בעת שהצביעה על מקום עמידתו של הנאשם 1 בתוך בבניין: "ש. **מי עמד במקום שאת מסמנת ב-y?** ת**. עם חולצה שחורה שכתוב עליה בלבן. הוא רזה מאוד אבל הוא גבוה".**

המתלוננת מסרה את עדותה בשפה הפורטוגזית ונעזרה במתורגמן, ויתכן שבשל כך לא הובנו דבריה כראוי, וכן היא הסבירה כי **"הכוונה שהכיתוב היה צר"**. בהמשך הוסיפה כי האדם שזיהתה "**הוא היה נמוך ורזה"** (עמ' 33, ש' 24-28).

     חוסר התאמה נוסף מוצאים הם באמירתה של המתלוננת כי, שערו של נאשם 1 היה ארוך עד הכתפיים וכדבריהם: "**בודאי שאין לו שיער ארוך עד הכתפיים**" (עמ' 25 לסיכומים). ברי, שאורך שיערו של הנאשם בעת הדיון, חמישה חודשים אחרי האירוע, אינו יכול להעיד על תספורתו בעת האירוע. מעבר לכך, בצפייה בקלטת השחזור ניתן להבחין בשינוי שחל, מאז בתסרוקת. בביהמ"ש הייתה תספורתו קצרה, קצוצה, שלא כמו במעמד השחזור שאז שיערו לא היה אמנם "**ארוך עד הכתפיים**", אבל שיערו המתולתל והמאד מלא, בהחלט יכול היה להיות מוגדר ארוך, ביחס לתספורת גברית מקובלת. עוד טענו, כי יתכן שהתבלבלה, בשל העובדה שהיו עוד אנשים בחולצות שחורות עם כיתוב לבן, דא עקא, במהלך עדותה, לשאלת בית המשפט האם לשניים שהגיעו לבניין לאחר נאשמים 2 ו-4 היו חולצות שחורות עם משהו כתוב בלבן, השיבה: " **לא. רק לאחד**" ובהמשך, לשאלה איך היה לבוש הבחור השני, השיבה: "**לא יודעת. הוא רק הסתכל בבניין יש צמחים כאלו והוא היה על יד הצמחים ולא ראו בדיוק איך הוא לבוש. רק היה מסתכל, ראו רק את הפנים** (עמ' 32 ש'18-24).

**מכאן ולאור כל האמור לעיל, לא זיהויו של הנאשם 1, הוא ששנוי במחלוקת, אלא פועלו של נאשם במהלך האירועים ולכך אתייחס בהמשך.**

**זיהויו של נאשם 3**

59.        בקצירת האומר, ניתן לסכם כי נאשם 3, הנטען ע"י התביעה להיות הבחור הרביעי בזירת האירוע, לא זוהה ע"י המתלוננת והסימנים שנתנה בו אין בהם כדי לקשור אותו לאירוע.

     זיהויו, מסתמך אפוא על גרסת נאשם 1, שהעיד כי הנאשם 3 שהה במקום.

את השתלשלות החקירה, בעניינו של נאשם 1 סקרתי בהרחבה בסעיפים 32-35 לפסה"ד. לאחר שבחנתי את גרסאותיו השונות ועמדתי על קיום סתירות ככל הנוגע לתיאור חלקו שלו וחלקם של כל אחד מהנאשמים באירועים. יחד עם זאת מצאתי כי ניתן לאמץ את אותו חלק בעדותו המתייחס לעצם נוכחתם של הנאשמים 2,3, ו-4 במקום, על כך עמדתי בהרחבה בסעיף 32-35 לפסה"ד, שם גם הסברתי מדוע יש להתייחס בספקנות לתיאורו של נאשם 1 את ההתרחשויות הנוגעות לחלקו באירוע, משום מגמתיותו, ומדוע אין ספק זה אמור לחול על דבריו באשר לעצם נוכחותם של הנאשמים 2-4 במקום.

אזכיר עוד, כי לא עלה מניע אפשרי, אצל הנאשם 1, להפללתם של הנאשמים 3 ו-4, על לא עוול בכפם. ( [דנ"פ 7619/96, ציטרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נ](http://www.nevo.co.il/case/17931280)(4), 850; [ע"פ 4443/95 אפרים פלח נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17920175)  (מאגרים) [פורסם בנבו]; [ע"פ 6020/07 ויקטור גואטה נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5747965)  , בסע' 39, פורסם במאגרים [פורסם בנבו]).

**זיהויו של נאשם 4:**

60.       דבריי בפרק הקודם בעניינו של נאשם 3, לגבי האמון שאני מייחסת לעדויות נאשם 1, באשר לנוכחותו של נאשם 3 יפים גם לעניינו של נאשם 4 ולא אחזור עליהם. אלא, שלגבי נאשם 4 מתוספת ראייה והיא – זיהויו של נאשם זה גם ע"י המתלוננת, בביהמ"ש. המתלוננת זיהתה את נאשם באולם, לראשונה, במהלך הישיבה השלישית שהוקדשה לעדותה, במהלך חקירתה הנגדית ע"י ב"כ נאשמים 2, 3 ו-4. המתלוננת נשאלה על האירועים בלגונה ועל שיחת החולין שלה עם הבחורים שהיו במקום ואז נשאלה ע"י הסנגור: **"מי זה הבחור שאמרת לו שגם אתה בחור יפה?"** ועל כך השיבה: "**לא. הם אמרו לי שלי יש עיניים יפות. אני אמרתי שגם הוא בחור יפה. הילד היפה נמצא פה באולם בית המשפט עם החולצה הירוקה ופסים בצבע לבן (נאשם 4) הוא היה עם חולצה שחורה והוא באמת בחור יפה"** ובהמשך לשאלת הסנגור, אם היא מזהה אותו כל כך טוב, מה עשה לה, האם עשה לה משהו רע, השיבה : **"אני לא יכולה להגיד בפני הבן אדם משהו רע"** ובהמשך לשאלת הסנגור אם עשה לה משהו רע? האם היה באונס השיבה **"כן"** ( עמ' 85 ש' 9-21)**.** יוערכי המתלוננתסיפרה על שיחה זו בעדותה הראשונה בביהמ"ש (עמ' 29 ) ונאשם 4 אישר את המפגש והשיחה, אם כי בנוסח אחר ואישר גם, כי באותה הזדמנות לא הייתה לה מניעה לזהותו, כי זה היה במקום מואר.

61.       לא יכולה להיות מחלוקת כי ככלל, זיהויו של נאשם באולם בית המשפט משקלו נמוך, כאמור ב[ע"פ 1215/95 סלימן אלטורי נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17911059)  [פורסם במאגרים) [פורסם בנבו]. **"הטעם לכך הוא כי הסיטואציה הקיימת בבית המשפט יש בה כדי להצביע, ולמצער לרמז, על נאשם המסוים באופן שהדבר ישפיע על המזהה"** ([ע"פ 5249/01 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/case/5689593)(1) 656,668**,** וכברבראשית ימי המדינה נקבעכי זיהוי בבית המשפט משול למקרה בו **" לזיהוי אדם ששמו מודפס לו על חזהו באותיות גדולות**" (ע"פ 15/55 שם טוב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' 610,613).

            הטעמים שנתנו לפחיתות המשקל של הזיהוי בביהמ"ש, אינם מתקיימים בענייננו. ראשית, הזיהוי לא נעשה לבקשת ב"כ המאשימה, במהלך חקירתה הראשית, כפי שגם לא עשתה לגבי הנאשמים האחרים ומשכך לא הייתה למתלוננת הזדמנות לזהותו, קודם לכן. שנית, ניכר היה שהמתלוננת הייתה שקועה בעדותה, שהצריכה ריכוז מיוחד, עקב הצורך להיעזר במתורגמן שישב לצידה, והיא כלל לא נתנה דעתה לנאשמים. רק משהוסבה תשומת ליבה לנאשמים, לראשונה, בעקבות חקירת הסנגור, זיהתה את נאשם 4 כמו גם את נאשם 1. מאידך הופתעה מכך שהנאשם 2, שישב בתא הנאשמים, הוא מי שבעל אותה, אף שאין בכך ספק.

זאת ועוד, נאשמים 1 ו- 2 ישבו בתא הנאשמים, בהיותם עצורים, ואילו נאשם 4 ישב באולם, על ספסל הקהל יחד עם נאשם 3, (שלא זוהה על ידי המתלוננת) ובחברת לא מעט אנשים נוספים, קרובי משפחות הנאשמים. במצב דברים זה בודאי שלא ניתן לומר כי היה בסיטואציה, כדי לרמוז על זיהויו. גם לא ניתן לומר שהוא משול ל**"אדם ששמו מודפס לו על חזהו באותיות גדולות**". על האפשרות לייחס משקל גם לזיהוי בביהמ"ש בנסיבות המתאימות נאמר:

**"אכן, יש לייחס משקל מועט לזיהויו של אדם שעה שהוא כבר הואשם בביצוע עבירה והוא "מסומן" על ספסל הנאשמים, והדברים ידועים מקדמת דנא** ([ע"פ 107/51 סמדרסמן נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/16944800)  , פ"ד (ו) 273 ,275).

כן נאמר ב[ע"פ 5390/96, עודה אבו מדיעם נ ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/6009194), [פורסם בנבו]:

**"עם זאת, אין לומר כי זיהוי כזה יהיה בהכרח משולל כל ערך ראייתי. בנסיבות מסוימות ויוצאות דופן, ניתן להתרשם מזיהוי בבית המשפט כחלק מעדות רצופה, כשהעדות היא מהימנה והעד גם יודע להסביר את סיבות ביטחונו בזיהוי"**

     (וכן ר' [ע"פ 315/74 שילון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג](http://www.nevo.co.il/case/17918729)(3) 212 ,215; [ע"פ 2653/98 בן דוד נ ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5849298), [פורסם בנבו])

            אם כן, בנסיבות המיוחדות שפורטו לעיל, וכאשר המתלוננת אמרה שזיהתה את פניו עוד בלגונה, הרי שגם אם יתכן שלא ניתן לבסס הרשעה על יסוד זיהוי זה כשהוא לבדו, אין הזיהוי חסר כל משקל וניתן לראות בו חיזוק לעדותו של נאשם 1, לעניין נוכחותו של נאשם 4 במקום.

62.        סקרתי בהרחבה את הסתתרותו הממושכת של נאשם 4 מפני המשטרה ואת טענתו הכוזבת בדבר חוסר מודעותו להיותו דרוש לחקירה ונסיבות הגעתו לחקירה, רק לאחר שנאשם 3 שוחרר ולאחר הגשת כתב האישום. תזמון אשר אפשר לנאשם להיערך לחקירה מבעוד מועד (ר' סעיף 40 לפסה"ד). (על ההימנעות מהתייצבות לחקירה על אף ידיעה שהמשטרה מחפשת אחריו העשויה לעלות אף כדי סיוע, ראה **קדמי – על הראיות חלק ראשון** , עמ' 311-312).

תמיכה נוספת למעורבותו של נאשם 4, יש לראות בדבריה של יאגוט שנשאלה מי היה בעת האירוע האלים ליד הלגונה, בדבריה הבאים: "**אתה רוצה לערב אותם? כל מי שפה זה חברים שלו... כל מי שפה באולם**" (עמ' 135 ש' 14-18). וזאת בניגוד לדברי הנאשם שהכחיש שנוכח בהתרחשות זו.

על יסוד כל אלה ניתן לקבוע כי נאשם 4 נוכח לאורך כל ההתרחשויות, מתחילתן בלגונה ולפחות עד להגעה לבניין בו אירע האונס.

**אחריותם של הנאשמים 1, 3 ו-4**

63.        משמצאתי כי נאשם 2 הוא זה שביצע את מעשה האונס עליי להשיב, האם מכל חומר הראיות שבפנינו עולה ומעל לכל ספק סביר, כי בניגוד לטענות נאשמים 1, 3 ו-4, הם היו שותפים למעשה העבירה, בגדר מבצעים בצוותא של העבירה שיוחסה להם בכתב האישום, למרות שלא נטלו חלק במעשה האונס עצמו.

לשם ברור אחריותם הפלילית של השלושה נדרשת הכרעה בשני מישורים: האחד במישור העובדתי – פועלו המדויק של כל אחד מן הנאשמים באירוע והשני, המישור המשפטי – שלאורו נבחן האם מעשיהם נופלים בגדר ההגדרה של מבצעים בצוותא, כאמור בהוראת [סעיף 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29) ובפסיקה הענפה שדנה בו.

**על מבצעים בצוותא בראי הפסיקה**

64.       המבצעים בצוותא הוגדרו [בסעיף 29(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b) לחוק העונשין, שזו לשונו:

**"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".**

           על משמעות הביצוע בצוותא ועל חלקם של המבצעים האלה ואחריותם, עמד הנשיא ברק

ב-[ע"פ 4389/93, 4497 מרדכי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י נ](http://www.nevo.co.il/case/17923103)(3) 239, 250:

**"...המבצעים בצוותא משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. כולם עבריינים ראויים, האחריות של כל אחד מהם היא ישירה, כל אחד מהם נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה. תרומתו של כל אחד מהמבצעים בצוותא היא פנימית. כל אחד מהם הוא חלק מהמשימה העבריינית עצמה... אכן, לעניין הביצוע בצוותא תיתכן חלוקת עבודה בין העבריינים, באופן שהם יפעלו במקומות שונים ובזמנים שונים, ובלי שכל אחד מהם מיצה את העבירה, ובלבד שחלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת. אחדות הזמן והמקום אינה חיונית, ובלבד שחלקו של כל אחד מהם הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית".**

ועוד בעניין זה ראו: [ע"פ 1354/03 דקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/5763447)(2) 83, 91; [ע"פ 2111/99 סיפואנטס חיירו נ' מדינת ישראל, פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/5769755)(1) 411, 425; [ע"פ 7503/02 בוגצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/case/6105497)(4) 652, 661; [ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/case/6209178)(3) 388, 401; [ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/case/5674009)(5) 481, 545-546.

על היסוד הנפשי והעובדתי ומבחני העזר לצורך קביעת התקיימות הביצוע בצוותא, אמר הנשיא ברק ב- [ע"פ 3353/03, סלימאן נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5890302)  **(פורסם במאגרים)** [פורסם בנבו]

**"מבחינת היסוד הנפשי, נדרש כי למבצע בצוותא יהיה היסוד הנפשי הנדרש לביצוע העבירה המושלמת, לרבות כוונה מיוחדת, ככל שזו נדרשת. באשר ליסוד העובדתי, ניתן להיעזר ב"מבחן השליטה" לבחינת חלקו של המשתתף בעבירה. על פי מבחן זה, ייבחן המשתתף לפי מידת השליטה שיש לו על הביצוע. על המבצע בצוותא להיות גורם פנימי בביצוע. הוא "שולט – יחד עם האחרים – על הפעילות כולה". אלמלא תרומתו, הביצוע הקונקרטי של העבירה היה שונה משמעותית מהמתוכנן. עם זאת, מבחן השליטה אינו מבחן "בלעדיו אין".... יש המדגישים את המבחן הפונקציונאלי, לפיו, למבצע בצוותא יש תפקיד מסוים בביצוע העבירה. על פי מבחן זה "מבצע בצוותא הוא מי שנוטל חלק ב'ביצוע' העבירה, על ידי עשיית מעשה המצוי, על פי טיבו, במעגל ה'פנימי' של ביצוע העבירה". זאת בניגוד למסייע, שתרומתו חיצונית לביצוע העבירה. אבחנה נוספת היא לפי התרומה להתהוות העבירה."**

           על מבחנים אלה הוסיף השופט גולדברג מבחן נוסף הבא:

**"המבחן המשולב כמוהו כמקבילית כוחות. ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה (מבחינת מידת העניין שלו בביצועה) רב יותר, יש מקום להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד העובדתי... ולהיפך, ככל שמידתו של היסוד העובדתי אצל עושה העבירה, מבחינת איכות תרומתו לביצועה, רבה יותר, כך ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד הנפשי".**

            ור' גם [ע"פ 8573/96 מרדכי מרקדו ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/case/5674009)(5) 481; בעמ' 549.[ע"פ 2948/03 ברזובסקי ואח' נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5733469), (פורסם במאגרים) [פורסם בנבו]; [ע"פ 5974/00 ערקאן נ' מדינת ישראל, פד"י נה](http://www.nevo.co.il/case/6043029)(3) 265, בעמ' 269-270; [ע"פ 1639/98 משה דהן נ. מדינת ישראל, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/5782008) (4) 501.

כך גם נפסק ב[ע"פ 98 /5206, ח'ליל עבוד נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5968811), פ"ד נב(4), שם נסוב הערעור על אחריותו של ה"מבצע בצוותא" לפי [סעיף 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29) לחוק העונשין, להבדיל מזו של ה"מסייע" לפי [הסעיפים 31](http://www.nevo.co.il/law/70301/31) ו-[32](http://www.nevo.co.il/law/70301/32) לחוק הנ"ל. וכך נאמר שם:

**"לעניין המקרה השני – מצומצם הערעור לאופי האחריות לעבירת האינוס בלבד; כאשר הטענה היא, שאחריותו של המערער לעבירה זו הינה אחריות של "מסייע" לפי הסעיפים 31 ו-32 ל**חוק העונשין**, תשל"ז-1977 ולא אחריות של "מבצע בצוותא" לפי סעיף 29 לחוק הנ"ל. כאמור, את עמדתו בעניין זה סומך בא-כוח המערער על כך שמרשו לא נטל חלק באינוס גופו, וכי מלכתחילה הגביל את מעורבותו בעניין זה לשמירה על בן-הזוג מחוץ לזירת האינוס המצומצמת.**

**עמדה זו עומדת בניגוד להלכה הפסוקה בנושא זה, כפי שבאה לכלל ביטוי, בין היתר, בפסקי-הדין הבאים:** [**ע"פ 2652/95**](http://www.nevo.co.il/case/17916790)**, 2663 רז ואח' נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת רז [1]);** [**ע"פ 2796/95**](http://www.nevo.co.il/case/6209178)**,** [**2813, 2814 פלונים נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/6209300)  **[2];** [**ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/5796202) **[3];** [**דנ"פ 1294/96**](http://www.nevo.co.il/case/5760076)**,** [**1365 משולם ואח' נ' מדינת ישראל; מדינת ישראל נ' משולם ואח'**](http://www.nevo.co.il/case/5760078)  **[4];** [**ע"פ 4389/93, 4497 מרדכי ואח' נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17923103)  **[5] ו**[**ע"פ 3596/93 אבו סרור נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/5904338)  **[6]"**

**פועלם של נאשמים 1 ,3, ו-4 – האם עולה כדי ביצוע בצוותא ?**

65       לאחר שהבאתי את העקרונות והאפיונים לאבחונם של המבצעים בצוותא, הגיעה העת לענות על השאלה האם הנאשמים הם בגדר מי שעברו עבירת אונס, בהיותם מבצעים בצוותא עם חברם , נאשם 2.

             בהתייחסי לזיהויים של הנאשמים כמעורבים באירוע, מצאתי כי הוכח שכל ארבעת הנאשמים נוכחו באירוע האלים ליד הלגונה, השתתפו בהליכה עם המתלוננת (או בעקבותיה) לבניין בו בוצע האונס **והיו בבניין או בסמוך לו, בעת האונס.**

**השאלה הנשאלת היא היכן בדיוק נכחו והאם נוכחותם הייתה סתמית או מקרית, או שמא הייתה במסגרת השותפות עם המבצע העיקרי, לקידום העבירה (המעגל הפנימי).**

66.        כבר עכשיו אומר כי יש לאבחן את עניינו של נאשם 3 מזה של הנאשמים 1 ו-4.

         נאשם זה לא זוהה ע"י המתלוננת והיא אף לא נתנה בו סימנים, היא התייחסה אליו כאל ה "בחור הנוסף" שהגיע בעקבותיה לבניין, אך בהמשך עמד בכניסה, ליד השיחים כשידיו משולבות. כך גם עלה מהצבעתה על מקום עמידתו, על גבי התמונות ת/18. להבדיל משלושת הנאשמים שכונו בפיה ה"מסוכנים", אמרה שהוא היה פסיבי. נראה, שבשל כך גם לא שמה ליבה אליו. נאשם זה נקשר לאירוע רק בדבריו של נאשם 1, שמחזק את דברי המתלוננת בדבר עמידתו מחוץ לבניין וכן את הפסיביות שלו. אכן נאשם 3 מסר גרסה שקרית בבית המשפט, המעלה נגדו חשד כבד, אך אין בכך כדי לחזק את ה"אין" שבראיות התביעה, משלא הוכח שנטל חלק בביצוע העבירה על ידי עשיית מעשה המצוי, על פי טיבו, במעגל הפנימי של ביצוע העבירה ([ע"פ 3353/03](http://www.nevo.co.il/case/5890302) הנ"ל).

**לאור האמור לעיל אציע לחברי לזכות את נאשם 3 מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, מחמת הספק.**

67.       אף שהתייחסתי לשאלת הזיהוי של נאשמים 1 ו-2 בהרחבה, אשוב ואבהיר כי המתלוננת לא טעתה בזיהוי והדבר עולה מעדותה ומהראיות האחרות התומכות בה.

המסבירה את דרך הזיהוי, שלב אחר שלב. כפי שכבר הובהר המתלוננת זיהתה את נאשם 1, בעת שהגיע באקראי לזירה, כשהוא לבוש באותם בגדים שלבש בעת האירוע. המתלוננת גם נתנה סימנים בחולצה, מעבר לאמירה שעל החולצה היה כיתוב לבן. לדבריה אין מדובר בכיתוב אלא "**במשהו שנדבק לחולצה"-** משהו תפור או רקום (עמ' 39 ש' 10). החולצה הוצגה בפנינו, וניתן היה להתרשם שמדובר בתבליט גדול בולט לעין ובעל ייחוד, באופן המסביר את העובדה שדבר זה תפס את עינה, ומשכך עוד בדבריה לגאולית בעדותה, במהלך החקירה הראשית, מסרה את סיפור המעשה בצורה עקבית וקוהרנטית מימון, תיארה את חולצתו והוסיפה כי הוא היה שם, אך לא הוא אנס אותה ועוד אמרה כי הוא גם אמר "**עכשיו תורי**" (ת/ 20). בעדותה הרחיבה ואמרה: "**כשהוא נכנס אני אמרתי שזה הבחור מאתמול**" (עמ' 59 ש' 18) "**לא רק שהוא היה לבוש עם החולצה , אלא כיון שראיתי אותו בלילה. כשהוא אמר "גם אני רוצה", הסתכלתי עליו. חוץ מזה כשהוא לקח אותי בזרוע, גם הסתכלתי עליו**" (עמ' 59 ש' 26-29). היינו, הזיהוי לא היה רק תלוי חולצה. עוד הוסיפה ואמרה כי היא בטוחה בזיהוי.

לא התעלמתי מכך, שבעת שהוצגה למתלוננת החולצה אותה לבש הנאשם שעה שנעצר, היא אמרה שזו אינה החולצה שהנאשם לבש בעת שהבחינה בו מגיע לזירה. אלא, שאין ספק שזו החולצה שנתפסה ע"י השוטרים, עם מעצרו של הנאשם. נראה אפוא, שחלוף הזמן שבין האירוע לבין מתן העדות בבית המשפט השפיע על זכרונה, עד כדי שנכשלה בזיהוי החולצה, לגביה אין מחלוקת שהיא החולצה שנתפסה מן הנאשם בעת מעצרו, לאחר שזוהה ע"י המתלוננת.

על מידת הדיוק והזהירות של המתלוננת, ניתן גם ללמוד מהעובדה שלא הסתירה כי אין היא יכולה לזהות את נאשם 2, אף שאין מחלוקת שהוא זה שבעל אותה ולמרות שישב בתא הנאשמים ואף נאמר לה שהוא מי שקיים איתה יחסים. ולבסוף, הרי גם נאשם 1 עצמו אישר את הזיהוי, בהודאתו שהיה במקום (אף כי לגרסתו לא כל הזמן).

68.        אשר לנאשם 4. בנאשם זה, פגשה המתלוננת בצאתה מה"לגונה", ביחד עם נאשם 2. אין מחלוקת שהתקיימה ביניהם שיחה, לדבריה על עיניה היפות להם השיבה, שגם הוא בחור יפה. נאשם 4 מאשר את השיחה, אם כי טוען לתוכן מעט שונה. הוא גם אישר שהייתה למתלוננת הזדמנות מתאימה לזהותו, **"כיון שהיינו פנים אל פנים, בלגונה, באור לא בחושך"** (עמ' 262 ש' 20-22). בהמשך, הוא היה בין הבחורים שהלכו אחריה ל"עיגול", שם התרחש האירוע האלים, שלאחריו נאשם 4 ביחד עם נאשם 1, הפרידו בין המתלוננת לתוקף והובילו אותה לעבר הבניין. משאין לפקפק בזיהוי זה הרי שתיאורה שהולך ברצף, מרגע המפגש ועד להגעה לבניין אינו יכול להותיר ספק לגבי הזיהוי בכללותו. אלא שאף שנאשם 4 נמנע מכל הסבר המתיישב עם נוכחות אקראית, תמימה, משעמד על הכחשתו כל מעורבות ולמרות שהתחמקותו מחקירה לאורך זמן מטילה עליו צל כבד ועדותו אינה אמינה בעיניי, לא ניתן להרשיעו במיוחס לו. אכן, המתלוננת מסרה את עדותה, בחקירה הראשית באופן עקבי וקוהרנטי והבהירה חזור והבהר את מיקומו ומעשיו של נאשם זה ועמדה איתנה גם בחקירה הנגדית של ב"כ נאשם 1. דא עקא, לאור תשובותיה של המתלוננת, בחקירה נגדית של סנגורו של נאשם 4, מתעורר בליבי ספק, באשר לחלקו המדויק באירוע והאם הוא עולה כדי "שותפות" באונס. עמדתי על הדברים בהרחבה בסע' 13 לפסה"ד תוך ציטוט הדברים שאת עיקרם אביא כאן:

**"ש. נשאלת לגבי אותו בחור אם הבחור הזה עשה לך משהו**

**והשבת "לא. גם לא דיבר"**

**ת. נכון.**

**ש. נשאלת אם הוא היה בחצר אחורה בזמן האונס והשבת**

**לא. אז נכון שהוא לא היה בחצר בזמן**

**האונס, הבחור שאת מזהה.**

**ת. הוא לא היה. הוא רק ליווה אותי עד הכניסה לבניין.**

**ש. בזמן האונס הוא לא היה שם?**

**ת. לא. אני רוצה להגיד משהו – את זה אני לא יכולה להגיד**

**בביטחון, מי היה נוכח בצד כשנכנסו בי"** (עמ' 87).

 אשוב ואדגיש, כי את עדותה של המתלוננת בכללותה, בעניינו של נאשם זה, כמו גם בעניינם של האחרים מצאתי מהימנה ואמינה. על יסודה, ניתן לקבוע כי גרסתו השקרית של נאשם 4, השוללת קשר כלשהו לאירועים אינה יכולה להתקבל. אף על פי כן, ולמרות החשד הכבד נגדו, הרי שבשל הסתירה שעלתה במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת, ביחס למקום עמידתו המדויק בבניין ובתוך כך באשר לחלקו וטיב מעשיו באותו מעמד, קם ספק סביר ממנו לא אוכל להתעלם.

אכן, לא מן הנמנע כי החקירה הממושכת, לאורך 3 ישיבות, ההיזקקות לתרגום, השאלות הקשות הנוגעות לענייניה האישיים, הטלת הספק במהימנותה, מצבה הנפשי והפחד אותו ביטאה במהלך החקירה, הביאה אותה לכלל בלבול. יגעתי וחיפשתי הסבר לסתירה זו בחומר הראיות, לרבות בחקירה חוזרת, אך לא מצאתי לכך תשובה שתניח את דעתי.

אמירתה הלקונית של ב"כ המאשימה בסיכומיה, כי המתלוננת "התבלבלה" אין בה כדי להסיר את הערפל שנוצר בעניין זה.

**לאור האמור לעיל אציע לחברי לזכות את נאשם 4, מחמת הספק.**

69.       שונה עניינו של נאשם 1. בעדותה של המתלוננת לגביו לא נבעו כל בקיעים. מאידך גרסתו ככל הנוגע לחלקו באירוע נמצאה מגמתית ולא אמינה. הצבעתי בהרחבה בפרקים הדנים בגרסתו, על הסתירות שנפלו בה (סעיפים 30-33 בפסה"ד). מגרסאותיו, בהזדמנויות השונות, ניכר רצונו למעט מחלקו באירועים וכך נתפס לסתירות רבות, עליהן עמדתי שם. כך למשל, שלל נוכחות בעת האירוע האלים, בניגוד לדבריו שלו בהודעותיו ובניגוד לעדות יאגוט, כך לגבי עיתוי הגעתו לבניין ומה ראה בהזדמנות הראשונה, הנטענת על ידו וכך גם לגבי נוכחותו במקום בעת האונס. בתחילה סיפר שהיה נוכח במקום, במהלך השכבתה והפשטתה של המתלוננת ואחר כך חזר בו באשר לצפייה במעשה המיני. עמדתי גם על כך, שכל אימת שהוא מבקש להרחיק את עצמו ממקום ההתרחשות, הוא עושה זאת ע"י סיפור של הליכה לקיוסק, לשתות עוד כוסית. עדותו בעניין זה, שהיא רצופה סתירות ופרכות צריכה להדחות מפני עדותה האיתנה של המתלוננת בעניינו, שעל יסודה יש לקבוע כי הנאשם 1 הגיע למקום מייד לאחר הנאשמים 2 ו-4, **שאחז בידה וסייע להשכיבה על הספה** וכי נוכח וצפה במעשה המיני. אוסיף עוד, כי נאשם 1, הודה כי ידע על קיומה של הספה, שנמצאה במקום שאינו גלוי לעין כל ואף עשה בה שימוש, בעבר. ועוד, נזכור את עדותה של אחותו, יאגוט, לפיה ביקשה ממנו שלא ילך עם כל החבורה שהלכה לכוון הבלוק, מכיוון שהבינה שהולך לקרות משהו לא טוב וחששה שיסתבך (עמ' 133 ש' 1-9). אציין גם את העובדה שהנאשם ביקש את חלקו ב"שלל", מייד לאחר שהנאשם 2 סיים לבצע את זממו במתלוננת, עובדה המעידה על השקפתו בדבר מעמדו בהיררכיה של הנוכחים, ולא בכדי.

מכל אלה נלמדת מודעותו המלאה של נאשם למעשים, כמו גם להעדר הסכמתה של המתלוננת למעשים אלה וכן צפייה לקבל את חלקו, בתמורה לסיוע שהושיט לנאשם 2 באוחזו בידה, בהשכבתה על הספה ובמניעת התנגדותה, בעצם נוכחותו.

70.       על-פי הקבוע [**בסעיף 29(ב)**](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b) **ל**חוק העונשין, כאשר עבירה מתבצעת על-ידי "מבצעים" אחדים, אין נפקה מינה אם כל אחד מהם עשה מעשה, אשר כשלעצמו אינו מקיים את כל חלקי היסוד העובדתי בעבירה. מכאן, שאדם עשוי להיחשב מבצע בצוותא אף אם מעשיו אינם מקיימים את כל היסודות העובדתיים של העבירה.

           עבריין המחזיק בקורבן כדי למנוע התנגדות מצדו, וכדי לסייע לשותפו לעשות בו מעשה אלימות או מעשה מיני, נוטל ללא ספק חלק ממשי באירוע העברייני עצמו, ואין לראות בו אך "מסייע" השייך ל"המעגל החיצוני" של מבצעי העבירה. ([ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/5782008)(4) 501).

71. אכן לא התבהר לנו מתי גמלה המחשבה המשותפת לביצוע האונס. שמא היה הדבר בעת המפגש עם המתלוננת ליד הלגונה, שכבר אז הועלתה האפשרות ל"סקס" עימה, האם כשעמדו על התנהגותה הלא שגרתית, כשסברו, כפי שכמה התבטאו, שהיא "דפוקה", שהיו נוכחים בעת שצחקו ממנה, פגעו בה פיזית והותירו אותה חסרת אונים ובשל כך ראו בה טרף קל. ואולי גמלה ההחלטה בדרך, או שמא במקום. כל זאת לא נדע, אלא שלכך אין חשיבות שהרי" **שותפות לעבירה אינה מחייבת התקשרות מוקדמת בין השותפים, ויכולה היא להיווצר באופן ספונטאני**". (י.קדמי. על הדין בפלילים חוק העונשין, חלק ראשון, תשס"ה-2004 עמ'316). וכפי שנאמר עוד: **"השותפות יכולה להיות גם שותפות ספונטאנית. חזקה על שותף במעשה כי הינו מתכוון לתוצאות הטבעיות ומתקיים גם היסוד הנפשי של החבורה כולה..."** ([ת"פ 444/04 (י-ם) מדינת ישראל נ' עלי בן חסן חליפה,](http://www.nevo.co.il/case/335650)  דינים, מחוזי, לה (5) 724). וכדברי השופט חשין "**שותפות ספונטאנית שותפות היא**", ועושה את העבריינים למבצעים בצוותא. ([ע"פ 259/97, סובחי נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5688667), [פורסם בנבו] והאסמכתאות שם).

72.  משמצאתי כי נאשמים **1** ו-**2**, בצעו בצוותא את מעשה האינוס, לאחר שחברו יחד לבצע בה עבירת מין, הרי שבכך הוכחה **הנסיבה המחמירה** בגדרו של [סע' 345(ב)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.5) לחוק העונשין.

**סוף דבר:**

נוכח האמור לעיל, אמליץ לחבריי לזכות את נאשמים **3 ו-4**, מחמת הספק.

עוד אמליץ לחבריי להרשיע את נאשם 1 בעבירה של אינוס בנסיבות מחמירות, לפי [סעיפים 345 (א)(1) + (ב)(5) + 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1.;345.b.5.;29) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ולקבוע כי נאשם 2 עשה את המיוחס לו בכתב האישום.

|  |
| --- |
| **צ' קינן – שופטת** |
|  |

**ס. הנשיא, השופט א. שיף (אב"ד):**

אני מסכים.

|  |
| --- |
| **א' שיף, שופט - ס. נשיא**  **[אב"ד]** |
|  |

**השופטת ח. הורוביץ:**

אני מסכימה.

|  |
| --- |
| **ח' הורוביץ, שופטת** |
|  |

אשר על כן, הוחלט, כאמור בחוות דעתה של השופטת צ' קינן, לזכות את נאשמים **3 ו-4**, מחמת הספק ולהרשיע את נאשם **1,** בעבירה של **אינוס בנסיבות מחמירות**, לפי [סעיפים 345 (א)(1) + (ב)(5) + 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1.;345.b.5.;29) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן לקבוע כי נאשם 2 עבר את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום - **אינוס בנסיבות מחמירות**, לפי [סעיפים 345 (א)(1) + (ב)(5) + 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1.;345.b.5.;29) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

ניתנה היום, ט"ז באדר ב' תשע"א, 23 מרץ 2011.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |
| **א' שיף, שופט - ס. נשיא**  **[אב"ד]** |  | **ח' הורוביץ, שופטת** |  | **צ' קינן, שופטת** |

שיף 54678313-/

129371

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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