**בתי המשפט**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| בית המשפט המחוזי בבאר-שבע | | **פח 000992/02** |
|  |
| **בפני:** | **כב' הנשיא י. פלפל – אב"ד**  **כב' השופט נ. הנדל - ס. נשיא**  **כב' השופטת ר. יפה-כ"ץ** | **04/07/07** |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **המאשימה:** | מדינת ישראל | |  |
|  | ע"י ב"כ עוה"ד | א. אלטמן |  |
|  | נ ג ד | |  |
| **הנאשם:** | **ג'ואברה ג'ורג'** | |  |
|  | ע"י ב"כ עוה"ד | ד. ויצטום ו- ה. טואג |  |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20), [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [90א](http://www.nevo.co.il/law/70301/90a), [244](http://www.nevo.co.il/law/70301/244), [300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2), [300(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.3), [300א(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.3), [305(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/305.1), [345 (א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), [379](http://www.nevo.co.il/law/70301/379), [384](http://www.nevo.co.il/law/70301/384), [415.](http://www.nevo.co.il/law/70301/415)

[פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [12](http://www.nevo.co.il/law/98569/12), [47 (ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/47.b)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [32](http://www.nevo.co.il/law/74903/32), [34(א)](http://www.nevo.co.il/law/74903/34.a)

[חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995](http://www.nevo.co.il/law/4202): סע' [19](http://www.nevo.co.il/law/4202/19)

**הכרעת דין**

**סגן הנשיא – נ.הנדל:**

1. כתב האישום שהוגש נגד הנאשם מכיל שני אישומים. בראשון מואשם הנאשם בעבירות של אינוס, רצח, נסיון לקבלת דבר במרמה, גניבה ושיבוש מהלכי משפט. עפ"י האישום השני מואשם הנאשם בעבירות של מעשה מגונה ונסיון לרצח.

לפי האישום הראשון הנאשם עבד במלון "מרידאן" באילת מחודש יולי 2001 ועד לתאריך 24 באוקטובר 2001. שם הכיר את המנוחה, י', שעבדה אף היא במלון בתקופה הנ"ל. בתאריך 24.10.01 או בסמוך לכך, אך לא מאוחר מהמועד הנ"ל, הציע הנאשם למנוחה לשכור במקומו את הדירה בה התגורר באילת. בתאריך 24.10.01 בסמוך לשעה 14:30 הגיעה המנוחה לדירה כדי לקבל מהנאשם את המפתחות. במועד ובמקום הנ"ל בעל הנאשם את המנוחה שלא בהסכמתה החופשית בכך ששכב עליה, החדיר את איבר מינו לאיבר מינה, חרף התנגדותה וניסיונותיה לדחוף ולהדוף את הנאשם מעליה. תוך כדי מעשה הבעילה וע"מ להתגבר על התנגדות המנוחה, הניח הנאשם את ידיו על צווארה וחנק אותה ע"י שלחץ בכח על צווארה. לאחר מכן, נטל הנאשם סדין בד כרך אותו סביב צווארה של המנוחה, ליפפו מספר פעמים, הדקו וגרר באמצעותו את המנוחה לחדר אחר בדירה. מעשיו אלה של הנאשם גרמו לתשניק (חנק) מכני שהביא למותה. הנאשם באמצעות חברו, יצחק איפרגן, הסתיר את הגופה בארון בדירה כדי להסתיר את מעשיו ולהמלט מהמקום. לאחר מותה של המנוחה נטל הנאשם כרטיס אשראי שלה. בסמוך לכך באותו יום ניגש יחד עם יצחק אפרגן לחנות באילת וביקש לרכוש בגדים באמצעות כרטיס האשראי הנ"ל. הנאשם טען כי כרטיס האשראי שייך לחברתו. מנהלת החנות סירבה לאשר את התשלום באמצעות הכרטיס. גופתה של המנוחה התגלתה 4 ימים לאחר מכן.

עפ"י האישום השני, בתאריך 29.7.00 בשעה 22:00 או בסמוך לכך באילת, נפגש הנאשם עם ע’ שרעבי והציע לה עבודה במלצרות בספינת קזינו. הנאשם הציג את עצמו בשם דניאל. הוא הזמין מונית ואמר לה כי הם נוסעים לראות את הספינה, ובדרך יראו יחידת דיור. השניים נסעו לדירה בה התגורר הנאשם באותה העת, ושם שוחח עם ע’ שהתיישבה על מיטת הנאשם. הלה התיישב על ידה, שלח את ידו לעברה, נגע בגבה והחל לעסות את גבה לשם גירוי וסיפוק מיני. ע’ התנגדה והתרחקה מהנאשם. הוא המשיך לשוחח עימה דקה או שתיים, ואז במפתיע תפס את צווארה בשתי ידיו והחל ללחוץ בכח על צווארה בכוונה לגרום למותה. היא צעקה והתיישבה תוך הפעלת כח על הנאשם. הוא נרתע ושחרר ידיו מעל צווארה, ע’ ניצלה שעת כושר זו ונמלטה מדירתו.

עמדת הנאשם לגבי האישום השני הינה, כי אין זה נכון שהציג את עצמו בפני ע’ כדניאל אך כן נגע בה בדירתו. הנאשם כפר בביצוע עבירות של מעשה מגונה ונסיון לרצח. ראיות התביעה מבוססות על עדותה של ע’ וכן על סמך גירסת הנאשם בנקודות שונות. באשר לאישום הראשון, התביעה משליכה את יהבה על הודאות הנאשם בחקירה המשטרתית ועל חיזוקים שונים ובכללם הימצואתן של שריטות על פני הנאשם ומציאת גופתה של המנוחה בדירת הנאשם. הסניגוריה טענה, כי יש לפסול את קבילות הודאות הנאשם בחקירה המשטרתית בשל הפרת חובת ההוראה, לפיה יש ליידע חשוד על זכותו להיוועץ עם עו"ד ואי קיום זכות זו בפועל. לחלופין נטען כי בכל מקרה מדובר בהודאות שווא. יתר על כן סבורה הסניגוריה שהתביעה לא הוכיחה יסודותיהן של עבירות האינוס, רצח, גניבה ונסיון לקבלת דבר במרמה, אף אם תתקבל הודאת הנאשם.

הממצאים המשפטיים יקבעו לאחר קביעת הממצאים העובדתיים. תחילה יש לדון באישום השני, שהוא האישום הראשון מבחינה כרונולוגית.

2. כך תיארה ע’ בבית המשפט את המפגש בינה לבין הנאשם במועד הרלוונטי: **"יום אחרי זה נפגשנו איתו, קבענו איתו בערך בעשר בלילה ונפגשנו איתו מחוץ לאכסניה והוא אמר לכרמל שהוא רוצה לדבר איתי ביחידות.**

**ש. איך הוא הציג את עצמו?**

**ת. בתור דניאל... והסתובבנו שם והוא התחיל לספר לי על העבודה וכל זה והוא אמר לי בואי אני אראה לך את יחידת הדיור, נכנסנו למונית,**

**ש. לצורך מה הוא רצה להראות לך את יחידת הדיור?**

**ת. להראות לי תמונות של עובדים, בדיוק אותו דבר מה שהוא אמר לכרמל. להראות את העובדים ולדבר על העבודה וכל זה.**

**טוב, תוך כמה דקות נסענו, אחרי חמש דקות בערך הגענו ונכנסנו לתוך יחידת הדיור ואז ישבנו, ישבתי על כיסא, הוא ישב על המיטה והזמן עבר והתחלנו לדבר על כל מיני דברים, זאת אומרת שאלתי אותו כל מיני דברים על עצמו, כי היה נורא מביך, היה שקט כזה והוא התחיל להראות לי תמונות.**

**ש. של מה?**

**ת. של עובדים שגרים שם, כאילו של העובדים שעובדים בקזינו גרים באותה יחידת דיור, שאותה הוא רצה להשכיר לנו, להראות לנו איפה אנחנו יכולות לגור אם נעבוד בקזינו.**

**אז ישבנו, ראינו תמונות והיה איזשהו שלב,**

**ש. איך את היית לבושה?**

**ת. רגע, אני ישבתי על המיטה, לידו, כשראינו את התמונות. איך הייתי לבושה? הייתי עם חצאית קצרה שחורה וגופיה ורודה וסנדלים שחורות.**

**והוא כל הזמן הסתכל לי על הרגליים כשישבנו על המיטה והרגשתי נורא נורא לא נוח, מאוד מאוד לא נוח ופתאום הוא עשה לי מסג' או משהו,**

**ש. אני רוצה שניה לפני כן,**

**כב' השו' פלפל: רגע. איפה הוא עשה לך מסג'? בכתפיים?**

**ת. בכתפיים ואמרתי לו,**

**ש. אני רוצה שניה לפני כן, את אומרת שהוא הסתכל לך על הרגליים והרגשת לא נוח, אז מה עשית?**

**ת. כיסיתי אותם וישבתי כזה כפופה.**

**כב' השו' פלפל: עם מה כיסית אותם?**

**ת. עם הידיים, ישבתי ככה והרגשתי נורא לא נוח.**

**ש. ומה הוא עשה כשישבת כפופה?**

**ת. הוא שם את שתי הידיים שלו בבטן שלי וכאילו ניסה ליישר אותי,**

**כב' השו' פלפל: יד אחת על הבטן ויד אחת על הגב, הוא ניסה ליישר אותך לאחר שהתכופפת, כדי לכסות את הרגליים שלך.**

**ת. כן, כי ישבתי כפופה כזאת. ואחר כך הוא עשה לי מסג' ואמרתי לו,**

**ש. רק כשאת אומרת שהוא עשה לך מסג', רק שנבין, איפה הוא...**

**ש. איפה הוא ישב ואיפה את ישבת ?**

**ת. זה היה במיטה, על המיטה, שאני ישבתי על המיטה ליד הדלת. זה היה אחרי ש, אני לא זוכרת מה היה לפני או אחרי, הקטע של היישור גב, או הקטע של המסג'.**

**...**

**ש. אז את התחלת להגיד אחרי שהוא עשה לך מסג', מה קרה? זאת אומרת המשכתם לדבר?**

**ת. ואז המשכנו ככה, אבל זה כבר היה לקראת הסוף כאילו, ואז ישר כבר הבנתי שמשהו לא נוח והתקרבתי לכיוון הדלת,**

**כב' השו' פלפל: סליחה, סליחה, ממה הבנת שמשהו לא בסדר?**

**ת. עם המסג'. בין כה ישבתי על יד הדלת, אבל קצת יותר חשבתי על ללכת.**

**כב' השו' פלפל: כשהוא עשה לך את המסג' הזה, את אמרת לו משהו?**

**ת. כן. אמרתי לו לא, לא. ישר כשהוא שם את הידיים,**

**כב' השו' פלפל: ומה עשית לו עם הידיים?**

**ת. ישר כשהוא בא עם הידיים שלו לעשות זה, אז אני ישר אמרתי לו לא, לא והוא עזב.**

**ש. את מתארת ככה, אני לא מצליח להבין, זה מקדימה או מאחורה הוא נמצא? כשאת שמה את הידיים על הכתפיים? איפה הוא היה יחסית אליך בזמן שהוא עשה לך מסג'?**

**ת. הוא ישב לידי ואז הוא בא אלי ככה.**

**ש. מהצד והידיים מאחורה.**

**ת. כן. ואז היה דקה, שתי דקות שקט ופתאום הוא בא אלי עם שתי הידיים על הצוואר ודחף אותי לכיוון המיטה וצרחתי, צרחתי צרחה אדירה והוא כנראה נבהל והידיים שלו התרופפו קצת ואני לא זוכרת אם נתתי לו מכה, או העפתי אותו או משהו, אבל אני רק יודעת שקמתי ופתחתי את הדלת, המפתח היה על הדלת, פתחתי את הדלת וברחתי החוצה והוא הלך לכיוון השני.**

**כב' השו' כץ: הדלת היתה נעולה?**

**ת. הדלת היתה נעולה. ואני ברחתי לכיוון אחד והסתובבתי אחורה ורצתי וראיתי אותו מסתובב לכיוון השני ומסתכל אם אנשים רואים אותו, בפחד כזה ואני רצתי והגעתי למן מגרש חניה כזה, שכל הבניינים היו מסביב וראיתי מונית עם בחורה ורצתי אליה, בכיתי וחיבקתי אותה ואמרתי לה בבקשה, תעזרי לי וזה, והיא לקחה אותי לאכסניה, שם ראיתי את כרמל,**

**ש. סיפרת לבחורה הזאת מה קרה?**

**ת. אמרתי לה מישהו ניסה לאנוס אותי, מישהו ניסה לאנוס אותי ולא סיפרתי לה, הייתי ב,**

**...**

**ש. כמה זמן בערך את מעריכה לקח השלב הזה שאת אומרת, עם הידיים שלו על הצוואר שלך ועד שאת מצליחה לברוח?**

**ת. שתי שניות, לא יודעת.**

**ש. איפה בדיוק הידיים שלו היו על הצוואר שלך, רק אם תנסי להגיד את זה מילולית ולא בהדגמה.**

**כב' השו' פלפל: תדגימי לי.**

**ת. הוא בא ככה ושתי הידיים תפסו את הצוואר. הוא ישב לצדי והחזיק את שתי הידיים שלו על צווארי. משני צדי הצוואר, כשהוא לופת את הצוואר"** (פרוטוקול תיק בית המשפט עמ' 28- 33).

במהלך החקירה הנגדית של ע' התווספו לתמונה נקודות מספר שמשתלבות עם עדותה בחקירתה הראשית: לא נותרו בצווארה סימנים, ושהאירוע על חלקיו- המסג' והשמת ידיו של הנאשם על צווארה- היה קצר.

המעניין הוא, שהנאשם העלה ביוזמתו את המקרה עם ע’ במסגרת חקירתו כעצור בגין אישום הרצח (ראה ת/3), בחלוף שנתיים ממועד התרחשותו. בעימות שנערך בין המעורבים התעקש הנאשם שהוא נגע בחזה של ע’ במשך 4-5 דקות. התעקשותו באה לידי ביטוי על רקע דבריה הברורים של ע’, כי הנאשם לא נגע בחזה ועל אף שכאמור חלפו כשנתיים ממועד המקרה ועד לתאריך העימות היא עמדה על כך שלו היה הנאשם נוגע בה באותו אזור בגופה העניין היה נחרט בזיכרונה. גם בעימות הסבירה ע’ שהיה קל להשתחרר ולברוח מהנאשם משום שלא הפעיל כח ממשי נגדה. כדבריה: **"זה עניין של שתי שניות, אז לא הייתה ממש לחיצה, אני ישר השתחררתי, אבל היה פשוט שתי ידיים בצוואר, זה מה שאני זוכרת"** (ת/10 עמ' 14).

דעתי הינה שיש לאמץ את גירסתה של ע’ על כל פרטיה. בעדותה בביהמ"ש ניכר רצונה לספר את האמת ולא להוסיף פרטים, שיש בהם להשחיר את פני הנאשם. ע’ לא הייתה מוכנה לקבל את גירסת הנאשם על אף שהתיאור שלו היה חמור יותר מתיאורה. נתון המוסיף משקל ומהימנות לדבריה. הסנגוריה לא הצביעה על כל מניע מצד ע’ להפליל לשווא את הנאשם. אף מבחינה סובייקטיבית הותירה ע’ רושם, לפיו הפרטים שמסרה היו מדויקים ללא נימה של מגמתיות. בשל נימוקים אלה מוכן אני לבסס ממצאים עובדתיים על עדותה של ע’ הגם שזו עדות יחידה. באשר לנאשם, אתייחס בהמשך לעובדה שהעיד כי נגע בחזה של ע’. יצוין שאף התביעה לא ביקשה להסתמך על דברי הנאשם בעניין זה. בחקירתו במשטרה הכחיש הנאשם שהוא נגע בצווארה של ע’. בביהמ"ש חזר הנאשם על עמדתו, לפיה הוא עשה מסג' ל-עי. הנאשם אינו מצליח להסביר מדוע מסר שנגע ל-ע' בחזה. דברי הנאשם אינם עקביים ופחות ברורים מדבריה של ע’. התרשמתי, מעדותו של הנאשם בביהמ"ש, כי ניסה למזער את חלקו באירוע. לא התרשמתי לחיוב מעדותו בניגוד לרושם החיובי שהותירה בי ע’. הנאשם טען, כי החוקרים לחצו עליו למסור את הסיפור, אך עיון בעדותו (ת/3) מלמד כי הוא המקור, אשר העלה את העניין על סדר יום החקירה בתיק הרצח.

3. התביעה האשימה את הנאשם בביצוע עבירות של מעשה מגונה וניסיון לרצח.

האם העובדות סוללות את הדרך לתוצאה משפטית זו? האם יש לסווג את המסג' שביצע הנאשם ב – ע' כמעשה מגונה והאם יש לסווג את האחיזה בצוואר כניסיון לרצח?

הסעיף הרלוונטי ([348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז-1977) כניסוחו במועד העבירה הינו: **"העושה מעשה מגונה באדם ללא הסכמתו אף שלא בנסיבות המנויות בסעיף 345, דינו –מאסר 3 שנים"**. לטענת הסנגור, העדר הוכחת הכוונה הפלילית הדרושה ע"י הנאשם מונע את התוצאה של הרשעתו בדין. הוא מפנה לדבריו של הנאשם כי ביצע את המעשה "סתם". לכך יש להוסיף שמדובר באירוע קצר כאשר גם על פי עדותה של ע’ כשאמרה לנאשם לא, הוא הפסיק לבצע את המסג'. נכון הוא שהוא החזיק בה בצוואר אך עובדה זו רלוונטית לעבירה של הניסיון לרצח ולא למעשה מגונה.

שני הצדדים הפנו את בימ"ש זה לפס"ד פלוני נ' מדינת ישראל ([ע"פ 6255/03 פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/6232497) (3) 168) כל אחד על פי שיטתו. עבירת מעשה מגונה מטבעה אינה ניתנת לסיווג קו ונקי. עסקינן בעבירה התנהגותית, אף נדמה שקל יותר לקבוע מתי בוצע מעשה גניבה או מעשה רצח ממעשה מגונה. כפי שצויין בעניין פלוני היסוד העובדתי של העבירה נגזר מתוך השקפת החברה**. "המבחן הוא אובייקטיבי: מעשה שעל פניו קיים בו אלמנט מגונה על פי השקפות החברה שבה מתבצע המעשה או מעשה שיש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה ואשר על פי אמות מידה אובייקטיביות, של המתבונן מהצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע היסוד העובדתי בעבירה של עשיית מעשה מגונה הוא מעשה שבנסיבות העניין הוא בעיני האדם הסביר הוא מעשה מגונה ובלבד שנעשה למטרה של גילוי מיני, סיפוק מיני או ביזוי מיני"**. הגדרה זו, טומנת בחובה הגיון מעגלי מסוים. הווה אומר, מעשה מגונה מוגדר בין היתר כמעשה מגונה בעיני האדם הסביר. מהצד האחר, הואיל ואין זו מלאכה קלה לערוך רשימה סגורה והיצירתיות ביצר המין רבת היקף, כנראה מוטב לאפשר גמישות מסוימת בהגדרה. המצב האמור עלול לעורר שאלות חוקתיות לנוכח הכלל, שאין עונשין אלא אם כן מזהירים, ועל כן על ביהמ"ש לבחון היטב את המקרה שבפניו. כמובן ככל שברור יותר, כי המעשה נתפס כמעשה מגונה בחברה, הקשיים החוקתיים אינם מתעוררים.

בראייה זו, נוצר בליבי ספק אם הנאשם ביצע מעשה מגונה. אודה שהתלבטתי בעניין. נתתי דעתי לכך, שהשניים הגיעו לדירתו של הנאשם שלא במסגרת מפגש חברתי. הם ישבו על מיטתו. ע’ העידה שהנאשם הסתכל כל הזמן על רגליה. זוהי מסקנה סובייקטיבית שגם אם נכונה מבחינה אובייקטיבית אינה כשלעצמה מהווה עבירה. ניתן לומר, שתגובתה של ע’ שינתה את המארג העובדתי. לדבריה, עקב אי נוחותה כיסתה את רגליה וישבה כפופה. זוהי תגובה שכוללת בה אימרה. ע’ מתגוננת ונותנת ביטוי לחוסר רצונה שדברים יתפתחו בפאסיביות שלה היא למעשה נוקטת יוזמה. התקיימה מעין שיחה בין השניים. הנאשם יושב קרוב למתלוננת על מיטתו. הוא מסתכל על רגליה. היא מגיבה באופן שמראה שהמצב אינו נח עבורה ואין לה הרצון שזה יתפתח. בשלב זה, הנאשם שם את שתי ידיו על בטנה וניסה ליישר אותה. אחרי שיישר אותה הוא ' עשה לה מסג' ',. האירוע קצר.

להשקפתי, התנהגות הנאשם מוכתמת מבחינה מוסרית. היה עליו להבין את המסר ולא לגעת ב – ע'. שאלה אחרת היא האם יש הצדקה משפטית ואפילו מוסרית על פי אמות המידה שבחברה שלנו להגדיר את המעשה כפלילי ובר עונשין. יש לשאול איפוא, האם קמה חובה משפטית המחייבת את הנאשם להבין את התנהגותה בשלב הראשון, או שמא אמת המידה של החברה אינה יוצרת נורמה מחייבת. בל נשכח, כי הכרעה כזו משליכה ומקרינה על מעשים אחרים.

נדמה כי הנאשם הבין את התנהגותה של ע’, אך פירש זאת, אם יותר לי לומר, בצורה שוביניסטית. הוא ראה את אי הנוחות שלה, כביכול ניסה לסייע לה תוך התעלמות מהעובדה כי הוא מקור הצרה, ובפועל ניצל את מבוכתה. זוהי בעיה חינוכית וחברתית אך אינני יודע אם נכון יהיה לקבוע אשמה פלילית בגינה. יש לזכור כאמור שהאירוע היה קצר. המגע היה בכתפיים. לא מדובר באנשים זרים. והחשוב הוא שמייד עם בקשתה המפורשת של ע’ מהנאשם לחדול ממעשיו, נעתר לכך. אמת היא, כי לאחר זמן קצר אחז הנאשם את ע’ בצווארה, אך התנהגות זו, לא בוצעה מתוך כוונה מינית, אלא כתגובה לדברי ע’ ויש לבחון את העניין בנפרד. השאלה הינה איפוא, האם בנסיבות העניין יש לקבוע, כי התנהגותה של ע’ שוות ערך לאימרה ברורה של "לא". תשובתי היא בחיוב בפן המוסרי אך בשלילה בפן המשפטי. בשל קצב המקרה, קשה לבחון אותו בדיוק של אזמל מנתחים. וודאי אין לומר שהיה וביהמ"ש יקבע שהנאשם אנס או רצח את המנוחה באישום הראשון התוצאה במקרה השני צריכה להיות שונה. אישום אישום על פי נסיבותיו. תקוותי, שיצומצם הפער בין הרובד המוסרי לבין הרובד המשפטי בעניינים כגון דא. בסופו של דבר, לפנינו מקרה גבולי ביותר. אין בידי לקבוע באיזו מידה ע’ התכופפה וכיסתה את רגליה. יתכן ולו נתונים אלו היו בפני הייתי מגיע למסקנה אחרת אך התמונה העובדתית איננה ברורה עד תום. בנסיבות אלה, הנאשם רשאי ליהנות מהנטל המוגבר המוטל על כתפי התביעה במשפט הפלילי. לביסוס עמדה זו די בהפניה ממוקדת לתיאורה של המתלוננת בביהמ"ש. וכך העידה: **"פתאום הוא עשה לי מסג' או משהו... ישר כשהוא בא עם הידיים שלו לעשות זה,אז אני ישר אמרתי לו לא והוא עזב"** (עמ' 208 ו –209 לפרוטוקול). ע’ מתארת אירוע שרב בו השלמת התמונה מהתמונה עצמה. בפועל, הנאשם ניסה או התכוון לעשות מסג' אך לא מימש את רצונו. הוא עצר מייד. השילוב בין העמימות בהגדרת מעשה מגונה בקצה התחתון של העבירה לבין הערפול ברובד העובדתי של המעשה, מקים ספק סביר ואינו מאפשר במקרה זה הרשעת הנאשם בעבירת המין על פי הכללים הקובעים במשפט הפלילי.

התביעה האשימה את הנאשם בעבירה של נסיון לרצח בגין אחיזתו של ע’ בצוואר לאחר שהיא הגיבה למסאז'. עבירת נסיון לרצח כשמה כן היא. האם קם הבסיס במקרה זה לקבוע כי גמלה בלבו של הנאשם החלטה לשים קץ לחייה של ע’? לדעתי הוכחת כוונה כזו אינה בנמצא. ע’ תיארה שעוצמת הכוח שהפעיל הנאשם עליה לא היתה רבה, כך היא הסבירה את יכולתה להשתחרר. משהשתחררה מאחיזתו, הנאשם לא עשה מאמץ לתפסה, הגם שהמקרה התרחש בדירתו. נכון הוא, כי מבחינה משפטית חנק של אחר עשוי ללמד על כוונת קטילה, אך אין הדבר אומר שכל אחיזה בצוואר מהווה חניקה. בחינת הכוונה מחייבת התייחסות, בין היתר, לעוצמת האחיזה ומשך זמנה. המקרה חמור. יתכן ולולא תושייתה של ע’, הוא היה חמור עוד יותר. גם מדבריה עולה שהנאשם לא הפעיל את מלוא כוחו. היא העידה שלא היתה ממש לחיצה. כמובן, אין הדבר אומר שהנאשם לא עבר עבירה. הוא תקף את ע’ בנסיבות המחמירות את המצב, אך הפער קיים בין עבירת תקיפה, שעונשה המרבי הינו מאסר לתקופה של שנתיים, לבין עבירת נסיון לרצח, שעונשה המרבי הינו מאסר לתקופה של 20 שנה. הואיל ועבירת התקיפה מהווה מרכיב בעבירה של נסיון לרצח, כך בנסיבות הפרטניות של מקרה זה, ניתן להרשיע הנאשם בעבירה של תקיפה, הגם שלא הואשם בה, משום שאין לומר, כי הנאשם לא קיבל הזדמנות סבירה להתגונן נגד העבירה האמורה.

4. באישום הראשון כיוונה הסנגוריה את הגנתה נגד הודאות הנאשם מחוץ לכתלי בית המשפט. הגנה זו בעלת שלושה אדנים – קבילות; משום שאנשי המשטרה לא הודיעו לנאשם על זכותו להיוועץ עם עורך דין, משקל; גם אם ההודאות קבילות, משקלן אינו רב, משמעות; על פי קו זה, גם אם יינתן משקל להודאות, אין בהן לבסס הרשעה בעבירות של אינוס ורצח.

ארבעה ימים לאחר שהמנוחה נרצחה על פי האמור בכתב האישום, התגלתה גופתה, בתוך ארון בגדים בדירת הנאשם. סדין היה כרוך על צווארה. בשל הימים שחלפו ממועד רציחתה, התקשה הרופא הפתולוגי ד"ר קוגל לחוות דעתו בדבר הגורם למוות. לדבריו, קיימת אי ודאות הואיל והגופה נמצאה במצב ריקבון. הוא הצליח לאתר תעלת לחץ על הצוואר ודימומים בלשון שמתאימים ללחיצה של הלשון בין השיניים. מסקנתו של המומחה הייתה כי יותר סביר להניח שהמנוחה מתה מכריכת הלולאה שבסדין ולא מחנק ידני. צוין שגופת המנוחה נמצאה עם סדין כרוך סביב צווארה וכדי לקבל תוצאת מוות **"צריך לכרוך מאוד חזק"** (עמ' 100).

מהחומר עולה כי הנאשם רצה לעזוב ולהשכיר את הדירה. במועד הרלוונטי היה הנאשם בקשר עם המנוחה בשעות הצהריים, לאחר שגב' רחל גרינברג עזבה את דירתו, תוך סירוב לקיים יחסי מין עמו. המנוחה כנראה נרצחה בשעות הצהריים. בשעות אלו נשרטו פניו של הנאשם. בסמוך לשעה 18:30, נסע הנאשם לשדה התעופה. הוא ברח מהמשטרה במשך כשנה, עד שהועבר מירדן לארץ. גרסתו הדומיננטית של הנאשם במשטרה היתה כי הוא אשר אנס והמית את המנוחה. הוא שינה את גרסתו לא פעם ביחס לחלקו של אפרגן באירוע. בישיבת המענה האשים הנאשם את איציק איפרגן (להלן: "איציק"), ברצח המנוחה. כך גם העיד, אם כי מסר בפנינו שאכן הסתיר את הגופה כתוצאה מהלחץ שהופעל עליו על ידי איציק.

בפרשת ההגנה העיד ד"ר עמוס שרון שהינו מומחה לפסיכולוגיה קלינית. מסקנתו לגבי הנאשם היתה כי **"לאור אישיותו התלותית ותפיסתו את עצמו כבלתי מוכשר להתמודד עם לחצים, לא מן הנמנע, כי במצבי לחץ ובמצבים בהם הוא חש כי גורלו נתון בידי אחרים, נטייתו לבדות פרטים ואירועים שלא התרחשו במציאות תגבר"** (נ/6). נקבע על ידו, כי הנאשם עונה על קריטריונים דיאגנוזיסטים של הפרעת אישיות גבולית. הוא זקוק להזנה רגשית מן הסובבים אותו. הוא בעל מנת משכל 68, מספר המצוי בטווח העליון של פיגור קל. התובע בא בטרוניה עם הסניגוריה שהמומחה לא עבר על כל אמרותיו של הנאשם וחומר החקירה, טרם חיווה דעתו. תשובתה של הסניגוריה, ראויה בעיניי. נטען כי מטרת חוות הדעת לא היתה לבדוק את אמינות גרסתו של הנאשם במקרה הפרטני, הואיל ומלאכה זו מסורה לבית משפט, אלא לבדוק את מאפייני אישיותו של הנאשם ברמה הכללית. בחקירתו הנגדית של המומחה, הצליח התובע לערער במידה מסוימת את דברי המומחה, שהתייחסו באופן ספציפי לאמרות הנאשם במהלך המשפט. למשל מה המשמעות לכך שהנאשם מסר גרסה שלא ניתן לתמוך אותה ממקור חיצוני, או כי הודה במשטרה בעבירה חמורה. אך לדעתי אין זה עיקר. מתפקידו של בית משפט להתרשם מעד המעיד בפניו, לרבות נאשם. התובע בסיכומיו מציין כי קביעת המומחה מסתכמת בכך שלנאשם קיימת סבירות גבוהה יותר מלאנשים אחרים להמציא פרטים. אכן כך. אך מסקנה זו חשובה היא. בדומה לפסיכולוג, התרשמתי שהנאשם הינו עד בעייתי. כוונתי שיש לבחון את אמרותיו בקפדנות טרם ייקבע ממצא עובדתי על פיהן. אין זה אומר שהנאשם משקר תמיד, אך כפי שיובהר הוא אינו מעורר אמון. מצב דברים זה אינו מוגבל לאמרותיו הנוגעות למשפט דנא בלבד. מהחומר עולה שהנאשם הציג את עצמו בפני עובדי המלון באילת כאזרח הולנדי שהוריו נהרגו בפיגוע בדיזינגוף. הוא אמור היה לקבל פיצויים בסכום של מיליונים מהמדינה ולשוב חזרה להולנד. אין קשר בין אמרה זו לבין מציאות חייו של הנאשם. השקר אינו בנושא שולי, אלא נוגע ללב זהותו של הנאשם.

כאמור, מחלוקת מרכזית בין הצדדים נסובה סביב הודאותיו מחוץ לכותלי בית המשפט. בנסיבות אלו יש להציג את עיקר הדברים. בל נשכח שהנאשם לא ניהל משפט זוטא. חומר הגלם של הודאה הינו תוכנה. על מנת להבין את התפתחות תהליך הודאת הנאשם, נכון יהא להציג הודאותיו על פי מועד מסירתן. ברי שאין הכוונה להציג את התוכן באופן מלא, אלא החלקים הרלוונטיים, ככל שנדרש, על מנת להכריע במחלוקת שבין הצדדים, לרבות טענת הסניגוריה, לפיה יש לפסול את קבילות ההודאות משום שלא הודעה לנאשם זכותו להיוועץ עם עורך דין טרם ייחקר ובמהלך החקירה.

5. עת הועבר הנאשם מירדן לישראל, עולה מדו"ח מעצרו, שנערך על ידי יחידת בית שאן, כי הודע לו שהוצא נגדו צו מעצר בגין עבירת רצח. תגובת הנאשם היתה **"יש לי חבר שקוראים לו איציק, הוא זה שרצח את י’. יש לי איתו סכסוך, הוא רוצה להפליל אותי"** (נ/2, מתאריך 7.10.02, בשעה 08:15).

הסניגור ביקש להעניק משקל רב לאמרה זו. לדעתו יש בה ללמד שהנאשם עקבי בגרסתו. הרי בחקירתו הראשונה הוא מסר את האמת – שאיפרגן ולא הוא הרוצח, וכך גם העיד באמרתו האחרונה – עדותו בבית המשפט. כפי שיובהר, אין לקבל טיעון זה. הנאשם מסר גרסאות שונות במשטרה בהן הפליל את עצמו, ועיון באמרות אלו מחזק את המסקנה שנמסרו מרצונו הטוב והחופשי. הנאשם מגלה יוזמה ואף מכוון את כיוון החקירה, וזאת תוך זמן קצר ביותר.

מספר שעות לאחר עריכת דו"ח המעצר הראשון, חוקר את הנאשם השוטר מיכאל איפרגן. הוא נוקט בטקטיקה ידידותית. הוא רגיש לכך שהנאשם אינו רגיל להיות אזוק בידיים. וזו תוכן השיחה שמתנהלת בין החוקר לנחקר:

"מיכאל: אוקיי, אתה מבין שאתה לא חייב לדבר איתי, נכון?

**ג'ורג': אני יכול לדבר איתך...**

**מיכאל: אבל לטובתך, כדאי שתדבר איתי, אתה מבין אותי?**

**ג'ורג': למה? אתה יכול לעזור לי?**

**מיכאל: מאוד.**

**ג'ורג': הלוואי.**

**מיכאל: תקשיב, אני החוקר שלך.**

**ג'ורג': נעים מאוד.**

**מיכאל: בסדר. אז כדאי מאוד שננצל את ההזדמנות, אנחנו נגיע לאילת, אנחנו נדבר בצורה הרבה יותר מסודרת, אבל שווה לך עכשיו לנסות ולראות איך אתה עוזר לעצמך בצורה טובה, בסדר?**

**ג'ורג': כן.**

**...**

**מיכאל: אתה מבין עברית טוב?**

**ג'ורג': מבין עברית טוב, כן.**

**מיכאל: בסדר? כלומר, אנחנו יודעים הרבה דברים, אז כדאי מאוד שכשאתה מדבר איתי, דבר איתי באמת, רק אמת, אוקיי?**

**...**

**ג'ורג': אבל בתנאי אחד.**

**מיכאל: מה התנאי?**

**ג'ורג': אף אחד לא יגע בי.**

**מיכאל: מי לא יגע בך? לא הבנתי.**

**ג'ורג': אף אחד לא ירביץ לי.**

**מיכאל: למה, מישהו הרביץ לך?**

**ג'ורג': לא, אני אומר לך, למה אני רוצה להיות איתך ישר עד הסוף.**

**מיכאל: יאללה דבר איתי, רק דוגרי.**

**ג'ורג': בבקשה, תגיד לי מה שאתה רוצה לדעת.**

**מיכאל: אתה חשוד, אתה רוצה להסביר לי מה, אתה רוצה לספר לי משהו?**

**ג'ורג': מה שתשאל אותי אני אספר לך.**

**מיכאל: אתה עשית את זה, לא עשית את זה? בוא נתחיל, שאלה ראשונה, בסיסית.**

**ג'ורג': טוב, קודם כל אני עשיתי את זה.**

**מיכאל: כן? למה עשית את זה?**

**ג'ורג': אני בנאדם, לא שולט בעצמי"** (ת/3, עמודים 2 – 4).

עדות זו מתנהלת בהתחשב בנסיבות, באווירה טובה. לנאשם חששות שונים. למשל, הוא רוצה הבטחה שלא ירביצו לו, אך בהתחשב במעמד הוא רגוע. הוא החליט לשתף פעולה עם השוטר. הוא לא מהסס לומר כבר בתחילת הדברים, שהוא אשר רצח את המנוחה. החוקר מסביר לו שאינו חייב להעיד והוא מעוניין שתסופר לו רק האמת. נכון שלא הוסברה לו זכותו להיוועץ בעורך דין.

בהמשך עדותו, מזכיר הנאשם רופא פסיכיאטרי שטיפל בו. כך מתאר הנאשם את המקרה הנדון:

**"ג'ורג': זה קרה ככה. הייתה בחורה יפה, אני את האמת אהבתי אותה מכל הלב... והצעתי לה שתגור אצלי, נהיה חברים.**

**...**

**מיכאל: אתה זוכר איך הרגת אותה?**

**ג'ורג': מה שאני זוכר שהייתי שוכב איתה. הידיים שלי, הרגשתי אותם כמו מלאות בנמלים, לא יודע איך, עד שאני סיימתי. לא הבנתי איך זה קרה, לא הבנתי כלום, ניסיתי להעיר אותה וזה. התמלאתי בפחד, לא ידעתי מה לעשות"** (שם, עמ' 6).

הנאשם מסר שהוא התקשר לאיציק והסביר לו שיש לו בעיה עקב הצורך לטפל בגופה ושהוא שם את הגופה בארון. בהמשך מסר:

**"מיכאל: איך הרגת אותה?**

**ג'ורג': בידיים שלי הרגתי אותה.**

**מיכאל: רק בידיים?**

**ג'ורג': בידיים, רק בידיים.**

**...**

**מיכאל: איפה על הצוואר?**

**ג'ורג': על הצוואר.**

**מיכאל: קיימת איתה יחסי מין? היה ביניכם מגע מיני?**

**ג'ורג': לפני זה.**

**מיכאל: לפני שהרגת אותה?**

**ג'ורג': ששכבתי איתה"** (שם, עמ' 9).

בהמשך עדותו הסביר הנאשם שהוא קיים יחסי מין עם המנוחה ורצה להמשיך להיות איתה. הנאשם מסר מיוזמתו אודות מקרה אחר אשר תואר באישום השני לכתב האישום ונדון לעיל. כן מסר שבעברו הוא נפגע מינית בהיותו בן שמונה.

בערב אותו היום, נחקר הנאשם חקירה ישירה במשטרת אילת, הוא תיאר את קיום יחסי המין עם המנוחה והסביר כי תוך קיום יחסים אלה איבדה המנוחה את הכרתה. כדבריו: **"תוך כדי שאני שוכב איתה, הידיים שלי על הצוואר שלה אחרי שסיימתי, חשבתי ש – י' איבדה את ההכרה"**. הוא תיאר ששם בד על צווארה וכרך יותר מסיבוב אחד. כן הוסיף שאיציק עזר לו להכניס את המנוחה לארון (ראה ת/4, עמ' 9). הוא דיבר על הוריו, הטיפול הרפואי שקיבל והסכים להשתתף בשחזור. לשאלה מתי המנוחה שרטה אותו, אישר הנאשם שהוא נשרט על ידה בפנים, אך לא זכר באיזה שלב. הוא הוסיף: **"מה שאני מבין מהשריטות האלה שהיא... או שהיא ניסתה לדחוף אותי בכוח, או שהיא... ניסתה להגן על עצמה או משהו כזה, אבל לא הייתי מרגיש את זה בכלל"** (ת/4, עמ' 28). הוא מסביר לשוטרים שאינו רוצה לסבך את איציק. איציק בשבילו הוא בנאדם קדוש ויש לו משפחה, איציק עזר לנאשם בעבר. באשר לחלקו של איציק באירוע הוא אינו עקבי. עם זאת, הנאשם שוב מתאר שקיים יחסי מין עם המנוחה. בשלב מסוים היא התנגדה. הוא חנק אותה באמצעות ידיו. הוא כרך סדין סביב צווארה ובסיועו של איציק גרר אותה והכניסה לארון. כעשרה ימים לאחר מכן, הוא הובא בפני שופטת המעצרים בבית משפט השלום באילת ומסר לה שהוא רצח "אבל זה לא היה בשליטה" (ראה ת/28).

בישיבת המענה כפר הנאשם בקיום יחסי מין, חניקת המנוחה בידיו וכריכת הסדין על צווארה. הוא הצביע על איציק כאדם שביצע את הרצח. חלקו צומצם לשלב בו איציק הכריח אותו להכניס את המנוחה לתוך ארון. כך העיד הנאשם. הוא מסר את הדברים הבאים בבית משפט:

**"ת. הגיעה י’ הביתה ואיציק היה בבית וישנו שלושתנו בסלון. (הנאשם מבקש לשתות מים). היתה לי שיחת טלפון מהקזינו, אחרי שישבנו שלושתנו ביחד. מה שאני יודע שאיציק כל הזמן לא אהב את י’. אני לא יודע אם הוא שנא אותה, אבל אני יודע שהוא לא סבל אותה. אמרתי לי’ שאני נכנס להתקלח. איציק והיא ישבו. באותו רגע הייתי בסלון וישבתי איתם. אחרי שהגיעה השיחה קמתי להתלבש. הייתי חייב לעזוב את הדירה בעקבות שיחת הטלפון. נכנסתי למקלחת להתקלח ונשארו י’ ואיציק לבד בסלון. להתקלח לקח לי כמעט 25 דקות ושמעתי רעש בחוץ. לא הבנתי מה זה. כשיצאתי החוצה י’ היתה ברצפה.**

**ש. היא היתה חיה או מתה.**

**ת. כשהסתכלתי עליה היא בקושי לקחה אויר. איציק היה לידה, לא לידה, הוא היה עומד. לא ידעתי מה לעשות באותו רגע. הסתכלתי עליו ועל י’ ולא ידעתי מה לעשות ולא ידעתי מה לשאול אותו.**

**ש. מה היה מצבך אז.**

**ת. מצבי היה גרוע מאוד. נזכרתי בהרבה דברים בגלל אבא שלי ובגלל זה לא יכולתי להתקרב ל – י'.**

**ש. בגלל זה לא התקרבת לטלפון להזעיק עזרה.**

**ת. ביקשתי להזמין אמבולנס. אמרתי זאת לאיציק ואיציק לא רצה שאני אזמין אמבולנס.**

**ש. היה לך טלפון בדירה.**

**ת. היה הפלאפון שלי. איציק לא הסכים שאני אתקשר. איציק אמר לי לא להזמין הוא אמר לי זאת סתם. הוא אמר לי זאת באיומים והיה עצבני מאוד ולחוץ. לא ידעתי מה לעשות ושאלתי את איציק מה עושים ושאני לא יכול להתמודד עם זה.**

**ש. מה עשה איציק.**

**ת. איציק ביקש ממני להביא סדין. בהתחלה לא ידעתי למה. הבאתי לו סדין והוא משך את הבחורה לחדר השינה. זה מה שקרה באותו רע.**

**ש. מה קרה אחרי זה.**

**ת. איציק קשר את הסדין עם הבחורה. הוא קשר לה את הסדין בצוואר. ואני לא יודע נכנסתי באותו רגע למצב של פחד ופאניקה. לא יכול.**

**ש. ראית שהוא קשר את הסדין בצוואר**

**ת. ברגע זה שתיתי מים וכשהסתכלתי עליו ראיתי את הקטע הזה**

**ש. אמרת משהו או עשית משהו**

**ת. ביקשתי ממנו להפסיק והוא לא הפסיק**

**ש. היא עדיין היתה בחיים**

**ת. לא יודע. אין לי מושג. אמרתי לאיציק להפסיק והוא לא התיחס אלי ולא אמר לי כלום.**

**ש. איך הגופה הגיעה לארון**

**ת. בסופו של דבר י’ היתה בארון. אחרי שאיציק משך אותה עד לחדר, הוא הכריח אותי לעזור לו עם הגופה ולהעלים אותה בתוך הארון"** (עמ' 115 עד 116 לפרוטוקול).

בהמשך עדותו הוא תיאר את הלחצים שהפעילו עליו שוטרי ירדן בקשר לתיק הנדון. כזכור, לאחר האירוע נמלט הנאשם לירדן לתקופה של כשנה. לדבריו, ביקש לחזור לארץ משום שחווית החקירה בירדן קשתה עליו עד מאוד. הסניגוריה התייחסה לעניין הזה בסיכומיה, אך לא השתכנעתי שהלחץ בחקירה בירדן השפיע על הנאשם במהלך חקירתו בארץ.

בעדותו בבית משפט, הקשה התובע על הנאשם מדוע לא מסר במשטרה, כי איציק הוא שביצע את מעשה הרצח אם הדבר נכון. הסברו של הנאשם היה שהוא חשש לומר את הדברים. וזאת למה? כי שם המשפחה של איציק הוא איפרגן וזה גם שם המשפחה של החוקר מיכאל. הוא חשש שהם קרובי משפחה. דא עקא, צודק התובע שעל פי תמליל החקירה, החוקר איפרגן הציג עצמו בשמו הפרטי בלבד- מיכאל. שיחה זו הוקלטה ואין זכר לשם המשפחה. כאשר נשאל הנאשם בעניין, השיב שחרף האמור בהקלטה, השוטר מיכאל איפרגן הציג את עצמו בשם המלא. כאמור, אין לכך תיעוד בפרוטוקול. וראה הדברים הבאים:

**"ש. אתה מספר על איציק אחר כך דברים באמת מזעזעים. שאחרי שאתה רצחת אותה ופגעת בה מינית הוא עוד הלך וליקק לה ועוד דברים כאלה אתה זוכר.,**

**ת. סיפרתי את זה.**

**ש. דברים כאלה אתה מספר על איציק לחוקר שאתה מפחד ממנו.**

**ת. זה מה שהיה"** (עמ' 140 – 141 לפרוטוקול).

בבית המשפט טען הנאשם כי הוא נשרט מתקיפה שהיתה בקזינו ללא קשר למקרה הנדון. לדבריו הוא לא סיפר לאף אחד על התקיפה הזו. הוא טען שאינו זוכר את אמרתו במשטרה לפיה המנוחה שרטה אותו. אף אין לנאשם הסבר מדוע הודה בביצוע הרצח בפני שופטת המעצרים בבית משפט השלום באילת, אם הדבר אינו נכון.

**"ש. אתה זוכר את השופטת קדראי ואת עורכת הדין דרבי.**

**ת. היתה לי עורכת דין באילת. אני לא זוכר אם שופט או שופטת.**

**שם אני לא דיברתי.**

**...**

**אם אתה אומר שבבית המשפט באילת הודיתי ברצח אני משיב שאני בכלל לא דיברתי שם.**

**אני לא דיברתי בבית משפט שם בכלל"** (עמ' 140 לפרוטוקול).

בהמשך עדותו נחקר הנאשם שוב לגבי השאלה מדוע לא מסר את גרסתו לפיה איציק פגע במנוחה במהלך החקירה.

**ש. אם אתה כל כך מפחד ממיכאל ולא רוצה לספר על איציק איך אתה מסביר את העימות עם איציק ותחנוניך לשוטרים שיתנו לך לדבר עם איציק ושתפליל אותו. איך זה מסתדר עם פחד ממיכאל שהוא דוד של איציק.**

**ת. היה לי עימות עם איציק. היינו במשטרה ולא פחדתי מאיציק.**

**ש. הסיבה שאתה אומר היום למה שיקרת בעדויות שלך במשטרה זה העובדה שחשבת שמיכאל בן דוד של איציק. אתה יושב עם איציק בעימות ארוך מאוד ומנסה לשאוב ממנו.**

**ת. מה שאני זוכר שביקש ממני לעשות את העימות עם איציק זה אני לא זוכר איך קוראים לו.**

**ש. אתה מספר שהסיבה שלקחת על עצמך הכל במשטרה זה כי פחדת שאיציק הוא בן דוד של מיכאל.**

**ת. זה נכון.**

**ש. אני שואל אם אתה מפחד ממיכאל החוקר למה אתה מבקש ממנו לעשות עימות עם איציק ושתגרום לו להודות בכל.**

**ת. במעצר למטה נתקלתי באנשים שאני מכיר והבנתי להבא שרק משפחה אמא של זה ואמא של זה לא אחיות. בהתחלה חשבתי שאמא של זה ואמא של זה אחיות והבנתי שלא.**

**ש. ולכן כאשר עשית עימות ידעת שהחוקר ואיציק לא קשורים.**

**ת. הבנתי שהם כן משפחה אבל לא משפחה קרובה.**

**ש. ועכשיו עדיין היה לך פחד ממנו.**

**ת. עדיין פחדתי אבל היה לי כבר אומץ לדבר קצת"** (עמ' 141 לפרוטוקול).

יוצא שהנאשם אינו אומר אמת ואף לא ניחן ביכולת לשכנע את השומע באפשרות אחרת. המשך עדותו מצביעה על תופעה נוספת. נדמה כי הוא החליט להחליף תפקידים עם איציק. האסטרטגיה שלו היתה פשוטה. מה שהוא עשה הוא מייחס לאיציק ואת מעשיו של איציק הוא מייחס לעצמו.

**"ש. אתה לפי גרסתך היום יצאת מהמקלחת ובכלל לא ראית מה היה עם י’ ומה לא היה אלא ראית אותה מחוסרת הכרה על הרצפה. זו גרסתך היום? ראית אותה אחרי שהותקפה מינית.**

**ת. אני ראיתי אותה על הרצפה.**

**ש. איך אתה יודע שהיא הותקפה מינית.**

**ת. אני יצאתי מהמקלחת.**

**ש. איך אתה בכלל יודע שהיא הותקפה מינית הרי יצאת מהמקלחת וראית אותה על הרצפה מחוסרת הכרה או מתה.**

**ת. אבל מה שאני אמרתי שאיציק היה איתה זה היה בחדר.**

**ש. יש כאן בחורה שאתה מספר שאתם חודשיים שלושה יוצאים יחד. אתה נכנס להתקלח ויוצא ורואה אותה מחוסרת הכרה או מתה. למה חשוב לך להכניס בכל החקירות על אונס. אתה סיפרת שאנסת אותה כמו שעשו לך כילד. למה חשוב לך להכניס אונס.**

**ת. אני לא אמרתי ככה. לא נכון.**

**ש. איך בכלל ידעת שנאנסה.**

**ת. ראיתי איך היה עם הבחורה בצד של החדר. זה מה שראיתי. אחרי שהיתה בסלון כשגרר אותה עד החדר זה מה שראיתי.**

**ש. ראית אותו אונס אותה.**

**ת. לא אמרתי שראיתי אותו אונס אותה. אמרתי שראיתי אותו נוגע בה.**

**ש. איך נוגע בה.**

**ת. כמו שאמרתי. מלקק לה באבר מין אחרי שמתה או לא מתה.**

**ש. אתה חוזר עכשיו לגרסתך מהמשטרה. אתה טענת בבית המשפט שיצאת מהמקלחת והוא אמר לך לגרור אותה לארון.**

**ת. אני לא אמרתי שגררתי אותה לארון.**

**חלק ממה שאמרתי במשטרה כן קיים וכן היה אבל אני לא יודע איך אתה מחשיב את זה.**

**ש. אינוס של מי ששוכבת ומרביץ לה והיא מתנגדת ראית את זה.**

**ת. לא ראיתי את זה. לא ראיתי שאיציק עשה את זה.**

**ש. למה להכניס לבחורה שהיא חברה שלך להכניס לה סיפור שלא רק נרצחה אלא גם אנסת אותה באמצע.**

**ת. (העד משתהה). ההודעות האלה היו מרוב לחץ ובלגן בחקירה.**

**ש. אבל זה מסביר לגבי הרצח ולא האונס. למה להמציא אונס על בחורה שאתה אוהב. אני יכול להבין אם ראית אותו אונס אבל אתה לא ראית את איציק אונס את הבחורה שאתה אוהב.**

**ת. אני אמרתי שאיציק נגע בה אבל לא אמרתי שאיציק אנס אותה.**

**ש. אמרת במשטרה שאתה אנסת אותה ולא איציק. למה הכנסת סיפור אונס עליך.**

**ת. אני לא זוכר בדיוק אבל הוא לא היה ככה.**

**ש. מה לא היה ככה שאמרת או שעשית.**

**ת. אני כן אמרתי.**

**אמרתי את זה מתוך הבלגן שהיה שם.**

**ש. גם באוטו היה לך בלגן? זה לחץ? נשאלת למה עשית את זה ואמרת שאתה לא שולט בעצמך. לא לחץ ולא מכות ולא איומים. אתה מיד אמרת שעשית את זה.**

**ת. (העד משתהה)"** (עמ' 144 לפרוטוקול).

המסקנה המתבקשת היא שלא ניתן לתת אמון בעדותו של הנאשם בבית המשפט. למעשה מסקנה זו נגזרת מתשובות הנאשם המדברות בעד עצמן.

כמובן, הקביעה שיש לשלול את גירסתו של הנאשם בביהמ"ש משליכה על השאלה האם יש לקבל הודאות הנאשם מחוץ לביהמ"ש. אלה סוגיות קשורות אך נפרדות זו מזו. כפי שצויין לעיל הודאת הנאשם תיבחן במבחן משולש- פסלות, קבילות ומשמעות. טענת הפסלות הינה טענת סף ובתור שכזו, ראוי לדון בה תחילה.

6. בפסק דין יששכרוב ([ע"פ 5121/98](http://www.nevo.co.il/case/5883040) מיום 4.05.06- הרכב מורחב של 9 שופטים) נפל דבר בדיני הראיות בפלילים. ביהמ"ש העליון (מפי כב' הנשיאה ד' בייניש), הכיר בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בפסיקה זו, סלל ביהמ"ש העליון שביל זהב. עד לפסק דין זה הכלל המחייב בסוגיה היה מצוי בפרשנותו המצומצמת, במובן מסויים, של [סעיף 12](http://www.nevo.co.il/law/98569/12) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569). סעיף זה קובע, כי עדותו של נאשם שעבר עבירה תהיה קבילה במצב בו ראה בית משפט "**שההודאה הייתה חופשית ומרצון".** עמדת הפסיקה היתה, שהמגרש הדיוני מצוי בעיקר במשפט זוטא במהלכו היה מוטל על הנאשם להצביע על קיומו של אחד מאבות הפסול שהוכרו על ידה. פסק דין יששכרוב למעשה שינה את הכלל. כאמור מדובר במעין דרך ביניים. בימ"ש רשאי לפסול הודיה משום שלא נמסרה מרצונו הטוב והחופשי של הנאשם, תוך הרחבת הפרשנות למונחים האמורים. עתה, נקבע בהשראתם של חוקי היסוד, שראוי להגן לא רק על שלמות גופו ונפשו של הנחקר, כי אם גם על פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה שלו במסירת הודאתו. שפת הדיון החוקתית העצימה את הדגש על זכויותיו של נאשם. מכאן, שיש לבחון, בהקשר זה, את קבילות ההודאה גם לפי דרך השגת הראיה. מהצד האחר, קיומו של פגם לכשעצמו אינו מביא בהכרח לפסילת ההודאה. לא כל פגיעה בזכות מוגנת של נחקר תגרור באופן אוטומאטי לפסילת הראיה. המבחן הינו תלוי איזון אינטרסים שונים והבדיקה תעשה מקרה מקרה לגופו.

בימ"ש העליון קבע בעניין יששכרוב, שדין ההודאות שנגבו מהנאשם להיפסל, הואיל והופרה זכותו של הנאשם להיוועץ עם עורך דין במהלך חקירתו. עד כאן המשותף בין מקרה יששכרוב למקרה שבפנינו. אולם, הפסילה הפסיקתית דוגלת בבדיקת נסיבות המקרה הנדון ואין די בהצבעה על פגם בחקירה כאילו עסקינן ברשימת פגמים מחייבת תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. עוד הבהיר ביהמ"ש העליון בפרשת יששכרוב, כי כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר. **"מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא.**

**נוסחת האיזון האמורה תיושם על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות-מידה אלה נוגעות לאופיה ולחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה. הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים"** (פסקה 76 לפסה"ד).

בעניין יששכרוב נקבע ביחס לאותו מקרה: **"כי החוקר הצבאי פעל – לאורך כל שלבי החקירה- ביודעין ובמכוון, בהפרו את זכות היוועצות של הנאשם, וכי אין מקום לייחס לו תום לב בעניין זה"**. כן צויין, כי הונחה תשתית ראייתית שהפרת חובה זו על ידי המשטרה הצבאית החוקרת הייתה תופעה רווחת. נסיבות כאלו אינן קיימות במקרה הנדון. מהחומר עולה, כי אין בסיס לקבוע, במקרה דנא שהחוקרים פעלו בחוסר תום לב כאשר לא הודיעו לנאשם זכותו להיוועץ עם עורך דין. בפועל השוטרים והנאשם לא נחקרו בנקודה זו. מעבר לכך, החומר מצביע על כך שהחוקרים התייחסו לנאשם בכבוד הזהירו אותו שאינו חייב לדבר, אם כי הוסיפו ששיתוף פעולה עימם עשוי לסייע לו. יוצא איפוא, מנקודת המבט של תום הלב המשטרתי כי המצב כאן אינו דומה למקרה יששכרוב ואף רחוק ממנו.

אינני ממעיט בחשיבות מתן הודעה לנאשם בדבר זכותו להיוועץ עם עו"ד. חובת ביידוע לגבי זכות ההיוועצות מעוגנת בחוק ובפסיקה (ראה סעיפים [32](http://www.nevo.co.il/law/74903/32) ו- [34(א)](http://www.nevo.co.il/law/74903/34.a) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) (סמכויות –אכיפה, מעצרים), התשנ"ו-1996 [וסעיף 19](http://www.nevo.co.il/law/4202/19) ל[חוק הסניגוריה הציבורית](http://www.nevo.co.il/law/4202) וסעיפים 14-17 לפס"ד ישככרוב). אודה, כי תחושתי הכללית הינה, שראוי שאנשי המרות יקפידו בנקודה זו יותר מכפי שנוהגים לעשות. אך דברי הנאשם במקרה זה אינם מצביעים שהוא נאלץ לדבר בניגוד לרצונו ואף לא הוכח וגם לא התרשמתי כי לו החוקר מיכאל היה מודיע לנאשם על זכותו להיוועץ בעו"ד התוצאה הייתה בהכרח אחרת (והשווה ל[ע"פ 5203/98 חסאן נ' מדינת ישראל פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/case/5999689)(3) 274). הנאשם ערך שיקולים משלו. המעניין הוא כי כאשר הנאשם רצה לברר אם יקבל ייצוג ידע לשאול שאלה זו מיוזמתו (ת/3 (ג) עמ' 33), אך לא מצא לנכון לחזור על בקשתו במהלך חקירתו הארוכה. ודוק אינני בא להצדיק את התנהגות המשטרה, אך הפסילה הפסיקתית דורשת התקיימותן של נסיבות המלמדות על פגיעה חמורה באוטונומיה של הנאשם ובזכויות יסוד במובן היחסי. המבחן של יששכרוב מחייב את ביהמ"ש. יש להסתכל על התמונה בכללותה. למשל, לו היה מדובר בפגיעה אינטנסיבית יותר בזכויות הנאשם, היה פחות מקום להעניק משקל להעדר תום לב מטעם המשטרה. תחת זאת יש לשקול את העניין כמקשה אחת. הגישה במשפט האמריקאי בדבר "פירות העץ המורעל" לא התקבלה ע"י ביהמ"ש העליון. בהגיעי למסקנה, שאין מקום לפסול הודאות הנאשם אינני מתעלם מהבעיתיות שבאישיות הנאשם, אך עסקינן בנוסחת איזון ומדובר רק במרכיב אחד. הנאשם אינו קטין והינו אחראי למעשיו. צודקת הסנגוריה שאי מתן הודעה לנאשם בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין מהווה פגיעה. אך בנסיבות העניין כולן, והראיות שהובאו או ליתר דיוק שלא הובאו בסוגיה, אין בכוחו של הפגם כדי להביא לפסילת ההודאות. תוצאה כזו תפר את האיזון העדין שנקבע בפס"ד יששכרוב.

7. קבילות לחוד ומשקל לחוד. פס"ד לוי ([ע"פ 774/78 פ"ד לג](http://www.nevo.co.il/case/17931422) (3) 228) קבע כללי יסוד למשקל הודאת נאשם מחוץ לכותלי ביהמ"ש. נפסק ע"י כב' הנשיא ברק, כי המבחן הינו כפול- פנימי וחיצוני. פנימי- צופה בתוך דלת אמותיה של ההודאה. יש לבדוק ההגיון הפנימי, סימנים של שכל ישר וסימני האמת העולים מתוך ההודאה. המבחן החיצוני – עניינו בראיות חיזוק המצויים מחוץ להודיית הנאשם. הפסיקה קבעה כי ניתן להסתפק ב"דבר מה" כדי לאפשר הענקת מלוא המשקל להודאה. פס"ד לוי ניתן לפני כמעט 30 שנה. הנסיון המשפטי שנצבר מאז ועד לתקופתנו העשיר את הבנת המורכבות של הודיית נאשם בהליכי חקירה. וועדה בראשותו של השופט גולדברג ערכה דו"ח בעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד של נאשם. המצב בו נאשם יודה בעבירה חמורה לשווא הינו תופעה מפתיעה במבט ראשון אך מעוגנת היטב במציאות החיים. לעיתים הלחץ שמביא להודאת שווא אינו חיצוני אלא פנימי.

עמדתי לעיל, על הקשיים באישיות הנאשם. מקבל אני את עמדת הפסיכולוג, לפיה הנאשם בעל צורך מוגבר לרצות את סביבתו. נדמה שהוא נוטה לשקר יותר מאחרים במצבי לחץ. כזכור, הנאשם המציא פרטים מהותיים על עברו שאינם נכונים כלל. מכאן, שיש לשקול את הדברים היטב.

בתשובה לכך, הייתי אומר שישנו מבחן משולש בבוא ביהמ"ש לבחון את עדות הנאשם מחוץ לכותלי ביהמ"ש. מבחנים אלו הינם- מי, מה ודבר מה. כוונתי, שראשית יש לבדוק את אישיות הנאשם. שנית, יש לבחון את תוכן העדות, לא רק מי אמר את הדברים אלא מה אמר. אחרון, יש לבדוק קיומן של ראיות חיצוניות כאמצעי לבחון אמיתות ההודאה.

גירסת הנאשם, קוהרנטית ועקבית בכל הקשור למעשה האונס והרצח. בשלב זה, כוונתי להיבטים העובדתיים של העניין. למסקנות המשפטיות אדרש בהמשך. הנאשם מתאר שקיים יחסי מין עם המנוחה וכן עולה, כי במצב מסוים התנגדה. הוא הפעיל כח על צווארה ובהמשך כרך לולאה סביב צווארה באמצעות סדין בד. האמרות הובאו ונותחו לעיל. הנאשם הודיע בהודעתו, כי אהב את המנוחה "מכל לב". הוא לא היה עוין לה. חוקרי המשטרה לא הכניסו מילים לפיו. הנאשם הודה כמעט בשלב הראשון באומרו "קודם כל אני עשיתי את זה". הוא הוסיף שאינו שולט בעצמו. הסיפור אינו מתאר רצח מתוכנן מראש ולו בימים ספורים, במטרה לפגוע או לנקום באחר. הודאות הנאשם מגלות שהוא מסוגל לדבר על עניינים אישיים. הוא חזר על הדברים מספר פעמים בפני חוקרים שונים. הודאתו הייתה מיידית, והוא לא חזר בו מהדברים במהלך החקירה.

אינני מתעלם מטענות הסנגוריה שהנאשם תיאר לחץ ובלגן בחקירתו בירדן. הנאשם אף טען שהודה ברציחתו של אחר והבהיר לחוקר שאמרה זו אינה אמת. ברם אין אנו בוחנים את אמיתות הודאת הנאשם במשטרת ירדן, כטענתו, אלא במשטרת ישראל. ההתרשמות שהנאשם מסוגל בחקירה מסוימת להודות בדבר שלא עשה אין משמעותה שכל הודאה שהוא מוסר במשטרה אינה אמת. הוא טען בביהמ"ש שהודה בשקר אך הבעתי לעיל, עמדתי בדבר אמינות גירסת הנאשם בביהמ"ש. עדותו בביהמ"ש לפנינו על פניה אינה משכנעת. בל נשכח, שהוא הודה בביהמ"ש השלום באילת במהלך מעצרו.

המבחן הפנימי פועל בעד מתן משקל רב להודאת הנאשם הן בעבירת האונס והן בעבירת הרצח. הנאשם תיאר בסערת רגשות את השלב בו הפעיל לחץ על צווארה של המנוחה ואת פעולותיו להסתרת גופתה לאחר מכן. כמו כן, תאר בהתרגשות את השלב בו קיים יחסי מין עם המנוחה. שני השלבים משתלבים האחד עם השני. הגיון הדברים דורש הסבר מה גרם לנאשם להפעיל כח מסיבי עד קטלני או כמעט קטלני על צווארה של המנוחה. בנסיבות אלה, קמה ומזדקרת השאלה מה הזירוז להתפרצות אותו הזעם. קיום יחסי מין מהווה סיבה ורקע שבכוחם להסביר את התהליך שעבר על נפשו של הנאשם. הלה דיבר רבות על התנהגותו המינית. סיפורו עצוב אך אמין. הוא כולל בתוכו סממני אמת. אכן הסיפור מוזר במובנים מסוימים ומלמד על אישיות בעייתית אך דווקא נתונים אלה מתאימים להתרשמותי מהנאשם הן בעדותו בפני והן מדפוסי אישיותו העולים מהודאותיו במשטרה.

כב' הנשיא ברק קבע בפס"ד לוי שקיים קשר גולמי בין המבחן החיצוני והמבחן הפנימי. מהם החיזוקים החיצוניים להודאת הנאשם- מבחן ה"דבר מה" ?

ישנם מספר חיזוקים מהותיים העונים על הדרישה של "דבר מה". ראשית, הגופה נמצאה בארון בדירתו של הנאשם. זוהי ראיה חזקה הקושרת את הנאשם לאירוע. יטען הטוען שראיה זו, מוסברת ע"י הנאשם, בכך שאיציק הוא אשר קיים יחסי מין עם המנוחה ורצח אותה. דא עקא, גירסה זו, אינה עולה מגירסאות הנאשם במהלך חקירתו, פרט לתגובתו בת מספר מילים ללא פירוט במהלך מעצרו של הנאשם בבית שאן. הנאשם מסר **"יש לי חבר שקוראים לו איציק, הוא זה שרצח את י’. יש לי איתו סכסוך, הוא רוצה להפליל אותי"**. הטענה, לפיה הנאשם מסוכסך עם איציק והאחרון רוצה להפלילו עקב כך, לא נטענה בשלב נוסף כלשהו. כך או כך, בחקירה שהתנהלה מייד לאחר מכן הנאשם קיבל על עצמו את האחריות לקיום יחסי מין עם המנוחה, הפעלת כח על צווארה וכריכת הסדין סביבו. בהקשר זה יצוין שבמהלך פרשת ההגנה העיד איציק מטעם ההגנה. תחילה הוסבר לו שאינו חייב להפליל את עצמו אך בהמשך עדותו הודיע התובע [שסעיף 47 (ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/47.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) יחול על העד גם בדברים המפלילים אותו. סעיף זה עניינו- אי הגשת ראיה מפלילה שנמסרה על- ידי עד במשפט אחד נגדו כנאשם במשפט אחר. יצוין כי הוגש כתב אישום נגד איציק בגין מעשיו לאחר פטירת המנוחה- עבירה של סיוע לאחר מעשה וביצוע מעשה מיני בגופה. העד לא שיתף פעולה בחקירה. בכל מקרה, לא התרשמתי מעדות הנאשם במשטרה, בביהמ"ש ואף מעדותו של איציק כי הוא הגורם הדומיננטי בסיפור. הבהרתי לעיל את עמדתי שהנאשם העיד בביהמ"ש תוך ניסיון להחליף תפקידים עם איציק ולייחס לו את אשר עשה ולייחס לעצמו את חלקו של איציק. מנקודת מבט זו, יש חשיבות לכך שהנאשם "תיאר", בצורה לא משכנעת, ביצוע מעשה אונס ע"י איציק. יתרה מזו, ברי שמקום מגוריו של הנאשם קשור יותר אליו מלכל אדם אחר, לרבות איציק. הימצאות הגופה בארון ביתו מספר ימים לאחר שנסע לחו"ל מהווה "דבר מה" של ממש לגבי מעורבותו של הנאשם במיוחס לו.

ראיית חיזוק נוספת הינה השריטות בפניו של הנאשם. בעדותו במשטרה מסר, כי המנוחה שרטה אותו, בזמן שקיימו יחסי מין. צודק התובע שעדותן של שתי עדות מציבות את נקודת הזמן בה נשרט הנאשם בפניו ועדותן מתאימה ומתיישבת עם גירסת הנאשם במשטרה. הגב' רחל גרינברג ראתה את הנאשם בביתו במועד הרלוונטי, בשעות הצהריים, והעידה שפניו היו ללא שריטות. לעומתה הגב' טניה קפלן, העידה במהלך פרשת ההגנה, כי ראתה את השריטות על פניו של הנאשם בסמוך לזמן שעל פי הודעת הנאשם גופתה של המנוחה הוסתרה. טענת הנאשם בבימ"ש, שהוא נשרט בקזינו אינה עולה בקנה אחד עם העובדות. הראיה, לפיה הנאשם נשרט בשעה המתאימה לגירסתו בחקירה, מבססת את המסקנה שהתנהל מאבק בין המנוחה לנאשם על כל המשתמע מכך. חיזוקים נוספים מצויים בשקרי הנאשם בביהמ"ש. למשל, הסברו מדוע לא הפליל את איציק עקב חששו לפגיעה מצד החוקר איפרגן. הוא אף הכחיש את דבריו במשטרה על אף שהוקלטו. הוא העיד שלא דיבר במסגרת הליך המעצר בזמן החקירה על אף שפרוטוקול בית משפט הוגש בהסכמה ולפיו הודה ברצח. חיזוק נוסף, עולה מפלט שיחות הטלפון של הנאשם, על פיו במועד הרלבנטי שוחח עם המנוחה בסביבות השעה 14:30- סמוך לשעה שעזבה רחל גרינברג את דירתו לאחר סירובה לקיים עימו יחסי מין. הנאשם יצא מדירתו בסמוך לשעה 16:50. הוא ניהל מספר שיחות עם איציק סמוך לשעה 15:00 ולאחר מכן, בסביבות השעה 16:00. זמני השיחות תואמים את גירסת הנאשם במשטרה ומחלישים את המסקנה, כי איציק הצטרף אליו לדירתו במהלך השלבים השונים של האירוע, כפי שתיאר הנאשם בעדותו בביהמ"ש.

חיזוקים אלה ממשיים המה. ביחד וגם לחוד עוברים בהרבה את הרף של דבר מה . גירסתו הבסיסית של הנאשם במשטרה עומדת במבחן הפנימי. אם נאמר, כי החוזק של המבחן הפנימי מוסיף לחוזקו של המבחן החיצוני וההיפך. יוצא איפוא, כי יש להעניק אמון רב לעדות הנאשם במשטרה עד כדי ביסוס ממצאים עובדתיים.

8. טענה נוספת של הסנגוריה מופנית כנגד משמעות הודאת הנאשם. על פי קו זה, בין אם ביהמ"ש יימנע מלפסול את ההודאה ובין אם ביהמ"ש יעניק לה משקל מירבי, אין בתוכנה כדי לבסס הרשעה בעבירות אינוס ורצח. הנאשם אינו מתאר אינוס, אלא יחסי מין בהסכמה. בנוסף, העיד הנאשם שלא ידע, שהוא חונק את המנוחה והטעים כי לו ידע על כך **"היה ישר מפסיק את זה"**. לחיזוק טענה זו, הופננו לדברי הנאשם שלא ידע מייד שהמנוחה מתה.

טענה זו אין לקבלה. זאת בשל שני טעמים. הראשון, בית משפט אינו חייב לקבל את הודאת הנאשם כלשונה לאורכה ולרוחבה ובפרט כאשר מדובר בהסקת מסקנה משפטית. הבעתי דעתי לעיל, שיש לקבל את גירסת הנאשם בחקירתו, אך אין הדבר אומר שבית משפט חייב לאמצה באופן מלא. זאת במיוחד כאשר הסתייגותי מעדות הנאשם, נוגעת לא למעשיו אלא להצהרת כוונותיו. זהו פלגינן דיבורא מסוג אחר. כידוע, רשאי בית משפט לפלג הודאת נאשם ולקבל רק חלק ממנה ([ע"פ 154/85](http://www.nevo.co.il/case/5681124) אברושמי נ' מ"י מא(1) 404). נכון לזכור, כי **"פיצול עדות אסור שייעשה באופן שרירותי"** (ראה [ע"פ 5875/93](http://www.nevo.co.il/case/17928136) עביט נ' מ"י נ(5)812). ברם הפיצול מתבקש מאישיותו של הנאשם ומנסיבות המקרה. אין אנו עוסקים במצב בו אדם החליט לרצוח אחר מתוך כעס או מניע כלשהו. אדרבא, הנאשם מסר שאהב את המנוחה. אין זה גם המקרה בו הוא רואה עצמו כאנס. במהלך עדותו התרברב בכישוריו המיניים. הוא תיאר עצמו כג'יגולו. מיד לפני שאנס את המנוחה הוא השלים עם רצונה של רחל גרינברג שלא לקיים עימו יחסי מין. כן, עולה מעדותו, שבשלביו הראשונים של המגע המיני הייתה הסכמה. במצב המתואר ולנוכח תדמיתו האישית של הנאשם בעיניו, היתפלא, כי לא הודה בכך, שבשלב מסוים קיים יחסי מין עם המנוחה שלא בהסכמתה החופשית. כך גם לגבי אי הודאתו בהפעלת לחץ על צווארה של המנוחה בגינו איבדה את הכרתה. כדי להביא לתוצאה זו על אדם להפעיל כח מסיבי. הגם והנאשם טוען, שלא הבחין בפעולותיו, בעוצמת הכח שהפעיל ובתגובת המנוחה, אין הדבר הגיוני או סביר. ייתכן ומעשיו נבעו מסחף ואיבוד שליטה, כפי שהנאשם עצמו העיד, אך אין זה אומר שהוא פעל ללא מודעות. כדברי הנשיא שמגר בעניין גולדני **"מי שלוחץ בכוח על צוארו של אדם השכוב לפניו, מוחזק כמי שמבין היטב מה עלולה להיות התוצאה של לפיתה זו".** ([ע"פ 759/97 גולדני נ' מ"י פ"ד לב](http://www.nevo.co.il/case/5724240)(3) 824). וכן ראה האמור בפס"ד חוגה **"לפיתת המערער את צווארו של המנוח וחניקתו עד שנפחה רוחו, שולבה בהחלטתו להמית את המנוח, וטיבו של המעשה באמצעות חניקה בידיים מעיד גם על קיומה של הכנה כנדרש לצורך קיומה של כוונה תחילה..."** ([ע"פ 1354/03](http://www.nevo.co.il/case/5763447) דקר חוגה נ' מ"י נח (2) 83). באשר למקרה דנא הודגש, כי הנאשם אינו מספק הסבר מדוע כרך סביב צווארה של המנוחה את הסדין, בניגוד לשלב הכנסת המנוחה לארון. כריכת הסדין סביב צווארה של המנוח יותר מפעם אחת, הינה פעולה של הפעלת כח. ביחס לעבירת האונס, אינני מאמין לנאשם שלא הרגיש את עצם מעשה השריטה של המנוחה בלחייו.

כדי להמחיש את הנקודה ראה דברי הנאשם הבאים במשטרה במהלך החקירה:

**"חוקר: לא, זה אני יודע, אבל אתה זוכר אם היא תקפה אותך בפנים תוך כדי הסקס?**

**ג'ורג': תשמע, (לא נשמע).**

**חוקר: לא, יש הבדל בין היו לי פצעים ואני חושב שזאת היא, לבין אני זוכר שהיא תפסה אותי בפנים.**

**ג'ורג': היא תפסה אותי בפנים, כן, אבל לא חשבתי שזה משהו.**

**חוקר: תוך כדי הסקס, היא תפסה אותך בפנים?**

**ג'ורג': כן, היא שמה ידיים שלה על הפנים שלי, אבל לא ידעתי שנהיו לי שריטות בפנים.**

**חוקר: זכור לך למה היא תפסה אותך בפנים?**

**ג'ורג': למה היא תפסה אותי בפנים? לא יודע.**

**חוקר: מתי זה קרה שהיא תפסה אותך בפנים? באמצע הסקס, בהתחלה של הסקס?**

**ג'ורג': לא בדיוק בהתחלה, אחרי ההתחלה קצת. אחרי שהרגשתי את הידיים שלה, היא תפסה אותי עם הידיים שלה, עשתה לי (לא נשמע).**

**חוקר: היא תפסה אותך בפנים עם שתי הידיים שלה? או ביד אחת?**

**ג'ורג': מה שאני זוכר זה ב- (לא נשמע). מה שאני זוכר גם שאחד הידיים שלה שהיו לי בפנים, אז היה לה, היה לה (לא נשמע) כן, עכשיו אני זוכר, זה מה שנתן לי להבין, (לא נשמע) שהיא נהנית מהסקס.**

**חוקר: (לא ברור).**

**ג'ורג': (לא נשמע).**

**חוקר: תגיד לי, אתה הרגשת את העוצמה של הידיים שלך, בזמן שהן היו על הצוואר של י’?**

**ג'ורג': לא, ממש לא. הכוונה שלך שהרגשתי שהידיים שלי חזקות על הצוואר שלה?**

**חוקר: כן.**

**ג'ורג': ממש לא.**

**חוקר: אתה הרגשת את י’ שהיא נחנקת?**

**ג'ורג': אם הייתי מרגיש ש – י' נחנקת, הייתי ישר מפסיק את זה"** (ת/6ג עמ' 5 - 6).

ניכרת הדואליות שבהודעת הנאשם. הוא מודה, אם כי בהיסוס, שהיה מודע לשלבים השונים של האירוע. לא מדובר בניואנסים עדינים. שניים היו מעורבים בסיפור- הנאשם והמנוחה. אין לקבל את גירסת הנאשם שלא הבחין והרגיש במתרחש. כאשר הנאשם טוען שאם היה חש שהמנוחה נחנקת היה מרפה ידיו הוא אומר את האמת ומשקר גם יחד. האמת- לו היה יכול לשקול מעשיו מחוץ למקרה היה חפץ לשנות את התוצאה הטראגית. זאת לא רק כדי להתחמק מעונש אלא כי לא הייתה לו כוונה לפני המקרה להביא לתוצאה כאמור. שקר- במהלך האירוע הוא אכן איבד שליטה וגרר עצמו לביצוע עבירות חמורות.

על פי ממצאים אלה הנאשם עבר את עבירות האינוס והרצח. הוא בעל את המנוחה שלא בהסכמתה החופשית כלשון [סעיף 345 (א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1). מוכן אני להניח, שבשלב מסוים המגע המיני היה בהסכמה. כמו כן, אינני מתעלם מכך שקשה יהיה לקבוע בהעדר עדות המתלוננת באיזה שלב הנאשם כפה רצונו עליה. האם זה התרחש לפני שהנאשם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה או לאחר מכן? ברם מבחינת אחריותו בפלילים הדבר אינו משנה. ביהמ"ש העליון נדרש לסוגיה בפס"ד פלוני שניתן לאחרונה ([ע"פ 7951/05](http://www.nevo.co.il/case/6238635) מ"י נ' פלוני). כך הציג כב' השופט ג'ובראן את הסוגיה שהתעוררה שם.

**"ראובן ולאה קיימו ביניהם יחסי אישות בהסכמה. בשלב מסוים תוך כדי קיום היחסים, חזרה בה לאה מהסכמתה מסיבה כלשהי ויידעה את ראובן על כך. ראובן לא שעה לדרישתה והמשיך בקיום היחסים, חרף התנגדותה של לאה. האם יורשע ראובן באינוס, על אף תחילתם המוסכמת של היחסים? זו השאלה המרכזית במקרה דנן"**.

והתשובה לכך: **"אין כל משמעות להתנהגות הקודמת של האישה, בין אם היתה זו משתפת פעולה או אפילו יוזמת המפגש באופן פעיל. בענייננו התרחשה הנסיגה מההסכמה לאחר תחילת הבעילה, שיכונה "אונס שתחילתו ברצון". תהא הסיבה אשר תהא בגללה תחפוץ האישה בהפסקת היחסים אין כל זכות לאף אחד, לפגוע בחירות זו ולהתעלם ממנה. אונס שתחילתו ברצון דינו כאונס. לפיכך, מתקיימים היסודות העובדתיים הנדרשים להרשעה בעבירת האינוס".**

אומנם בית משפט מבהיר שבמקרה של אונס שתחילתו ברצון, נטל ההוכחה המוטל על התביעה אינו קל. ואולם קושי זה אינו מתעורר כאן. בשריטת פניו של הנאשם ע"י המנוחה, היא הביעה את התנגדותה לא רק בקול, אלא בצעקה ובזעקה.

התביעה האשימה את הנאשם בעבירת רצח עפ"י שתי חלופות שונות- [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2)**- "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם"** [וסעיף 300א(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.3)- **"גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה..."**

נוכח הקביעה, שהנאשם ביצע עבירת אונס, ניתן להרשיעו על פי החלופה של גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה. קונסטרוקציה משפטית זו, אינה דורשת הוכחת כוונה תחילה- מרכיב השייך לחלופה האחרת שהובאה לעיל. זה הטעם השני לדחיית עמדת הסנגוריה, לפיה אין בהודאת הנאשם במשטרה כדי לבסס החלטה להמית. הווה אומר, גם אם אקבל את טענת הסנגוריה בדבר מודעות הנאשם וכוונותיו, ואינני מקבל את הטענה, הרי שגם אם הנאשם גרם למותה של המנוחה, שלא מתוך כוונה תחילה, אך תוך כדי ביצוע עבירת האונס ראוי להרשיע את הנאשם בעבירת הרצח.

באשר לחלופה של רצח בכוונה תחילה, 3 תנאים להתגבשותה: ההכנה, ההחלטה להמית והעדר קנטור. לנוכח עמדת הפסיקה, לפיה הכנה הינה יסוד פיזי גרידא, די בהנחת ידי הנאשם על צווארה של המנוחה כדי למלא אחר הדרישה. הסנגוריה לא העלתה כל טענת קנטור והראיות אינן מצביעות על כך. נותר המרכיב של החלטה להמית. הפסיקה שהובאה לעיל, מבססת את המסקנה שפעולת החניקה מגלמת בתוכה את ההחלטה להמית. כפי שצוין הנאשם הפעיל כח רב על צווארה של המנוחה שהביא לאיבוד הכרתה. פעולת כריכת הסדין סביב צווארה מצביעה אף היא על כוונה תחילה. כפי שצויין לעיל, המומחה ד"ר קוגל העיד שכדי לקבל תוצאת מוות **"צריך לכרוך מאוד חזק".** מסקנה זו מחלישה את טענת הסנגור בדבר כוונותיו , מודעותו, ומניעיו בפעולת הכריכה. אומנם מדובר בחזקה שניתנת לסתירה, אך לא די בכך שהנאשם מסר בהודעתו כי לא היה מודע למעשיו. הוא עצמו תיאר את מעשיו כאיבוד שליטה. וכדברי הנאשם **"הידיים שלי הרגשתי אותם כמו מלאות בנמלים לא ידעתי איך, עד שאני סיימתי".** אין בכך שהנאשם בהסתכלות לאחר מעשה, הפתיע את עצמו, כדי לרוקן את כוונותיו מתוכן עת מעשה.

תצוין טענה חדה שהועלתה ע"י הסנגוריה. מהחומר עולה, שהנאשם חשב שלאחר שהסיר את ידיו מצווארה של המנוחה, ולא הגיבה או פקחה עיניה שאינה עוד בחיים. לאחר מכן, כרך הנאשם סביב צווארה את הסדין ויצר לולאה. הפתולוג העיד כאמור כי סביר יותר להניח כי המנוחה נפטרה בזמן פעולת הכריכה ולא בחניקה. אם כך, מקשה הסנגור, הרי גם לפי הודאות הנאשם הוא התכוון להרוג אותה בחניקה, אך בכך לא הצליח כאשר בפועל הרג אותה בכריכה כאשר לא התכוון לכך.

מספר תשובות לכך. הראשונה, שאין לקבל את דברי הנאשם מבחינה עובדתית שלא התכוון להרוג את המנוחה בפעולת הכריכה. הוא אינו מסביר מדוע נקט צעד זה. אין להקיש מההחלטה להכניס המנוחה לארון לפעולת הכריכה. למעשה, מדובר באקט של "וידוא הריגה". הנאשם התכוון להרוג את המנוחה הן ע"י חניקה והן ע"י כריכת הסדין סביב צווארה. בהקשר זה אפנה שוב לדעת הפתולוג, לפיה כדי לגרום למוות, פעולת הכריכה חייבת להיות חזקה מאוד. שנית, לא מדובר במקרה בו למשל, אדם נתן מכה לאחר וסבר שהרגו, הכניסו לתא המטען ברכב והיה מעורב בתאונת דרכים שנגרמה ע"י הנהג הפוגע בו נהרג האחר. במצב זה, נותק הקשר הסיבתי ומתעוררות שאלות של אחריות לתוצאה הקטלנית. בענייננו מדובר בפעולה רודפת פעולה שנעשו ע"י אותו גורם. על פני הדברים לא נותק הקשר סיבתי. השלישית, היה ואניח, ואינני מניח זאת, שהנאשם כרך את הסדין, כדי להקל על הזזת הגופה ממקומה למקום מסתור. כי אז עבר הנאשם את העבירה של 300 (4)- **"גרם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש".** רביעית, היה ויטען הטוען שההגנה לא קיבלה הזדמנות להתגונן בפני העבירה של רצח על פי החלופה הנ"ל וטענה זו תתקבל על אף, שניתן לדון בשאלה האם הסנגוריה קיבלה הזדמנות זו אם לאו, נוכח העבירות המופיעות בכתב האישום, אשיבנו כך. לנוכח הקביעה שהנאשם גרם למותה של המנוחה, תוך כדי ביצוע עבירת האינוס, די בהוכחת כוונת זדון כהגדרתה בסעיפים [90א](http://www.nevo.co.il/law/70301/90a) ו- [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). במקרה זה הוכחה כוונה זו על סמך הממצאים העובדתיים שנקבעו לעיל.

מסקנתי, מכל האמור הינה כי התביעה הוכיחה כנדרש, ומעבר לכל ספק סביר, שהנאשם ביצע עבירות אינוס ורצח כלפי המנוחה. ביצוע עבירת שיבוש מהלכי משפט, עולה מהסתרת גופת המנוחה ע"י הנאשם בארון דירתו, והסניגוריה לא חלקה על כך.

9. נושא אחרון. המדינה האשימה את הנאשם בביצוע עבירות של גניבה וניסיון לקבלת דבר במירמה. נטען בכתב האישום שהנאשם לאחר שרצח את המנוחה, נטל את כרטיס האשראי שלה (להלן:"הכרטיס"). תוך זמן קצר באותו יום ניגש יחד עם איציק לחנות באילת וביקש לרכוש בגדים באמצעות הכרטיס. מנהלת החנות סירבה לנאשם לשלם באמצעות הכרטיס. התביעה מסתמכת על עדות מנהלת החנות בביהמ"ש. היא העידה: "ואצלי הנוהל בחנות שאני לא מקבלת כרטיס אשראי ללא תעודה מזהה וכאשר הוא הביא לי את הכרטיס ראיתי שהכרטיס לא שלו, על הכרטיס היה רשום שם של חיילת, על הכרטיס היה רשום י' (המנוחה) אמרתי שאני לא יכולה לקבל את הכרטיס והוא אמר לי שזה של חברה שלו ובגלל שהכרתי אותו מקניות קודמות ושהוא לקוח טוב אמרתי שאין בעיה ושאני אתקשר לחברה. הוא אמר לא צריך ושיוציא כסף מהכספומט. החזרתי לו את הכרטיס... ואני המתנתי עם הקנייה. יצאתי לראות... והם כבר רצו במדרגות לכיוון היציאה לעיר" (עמ' 93 – 94 לפרוטוקול).

בחקירתה הנגדית מסרה העדה: "נכון שמי שמסר לי את כרטיס האשראי היה הנאשם אבל לא ידעתי איך הכרטיס הגיע אליו... אני לא זוכרת אם הוא הופתע או לא... נכון שלא הייתי מרוכזת בחילופי דברים שהיו בין הנאשם לבין איציק" (עמ' 95 לפרוטוקול).

לטענת התביעה, יש באמור להוכיח שהנאשם גנב ביודעין את הכרטיס של המנוחה וניסה לקבל במירמה בגדים בחנות. צודק התובע, שאין סיבה שלא לקבל את עדות בעלת החנות. היא עדה אובייקטיבית שמכירה את הנאשם כלקוח בחנותה. לטענת הנאשם, הוא קיבל את הכרטיס מאיציק והציג אותו לבעלת החנות מבלי שבדק אותו תוך הנחה, כי הכרטיס שייך לחברה של איציק. גירסה זו אפשרית, ואם היא נכונה, נעדר המרכיב של הכוונה הפלילית לביסוס האשמה. המסקנה, שהנאשם עבר את שתי העבירות הנדונות, נשענת מעדותה של בעלת החנות בתוספת הסקת מסקנה נסיבתית בדבר כוונתה.

לאחר שיקול החלטתי כי הנאשם זכאי להנות מהספק בעבירות אלה. הטעם לדבר, נעוץ בכך, שנאשם במהלך הודאותיו השונות במשטרה בעבירות חמורות של רצח ואינוס כמתואר לעיל, הכחיש באופן עקבי אחריותו לגניבת כרטיס האשראי מהמנוחה ולניסיון לקבל רכוש במרמה. השאלה המתבקשת, היא מדוע יודה הנאשם בעבירות כה חמורות אך יתעקש שלא עבר עבירות רכוש שכשלעצמן אינן מן החמורות. ייתכן והדבר ניתן להסבר. למשל, יכול להיות והנאשם התבייש שניצל את מותה של המנוחה לקנות בגדים. עם זאת, הנאשם בהודאותיו התרגש מאוד והכחשתו את עבירות הרכוש הנדונות משתרעת לאורכה של כל החקירה. ההסבר שמסר הנאשם אינו משולל הגיון ואין בו לעמוד בסתירה עם גירסת העדה שראתה את הנאשם מוסר לה את הכרטיס אך אינה יכולה להעיד ישירות על הדרך בה הגיע הכרטיס אליו ועל כוונותיו הפליליות. במצב האמור, החלטתי שהנאשם יזוכה מעבירות אלה מחמת הספק. גם אם מאזן ההסתברות נוטה לכיוון אחר, לדעתי ספק סביר קיים לגבי עבירות אלה.

10. סוף דבר, הייתי מציע לחבריי את התוצאה הבאה:

באישום הראשון, להרשיע את הנאשם בעבירות של אינוס לפי [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), רצח לפי [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2) ו- [300(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.3) ושיבוש מהלכי משפט לפי [סעיף 244](http://www.nevo.co.il/law/70301/244) ולזכותו מחמת הספק מעבירות של גניבה לפי [סעיף 384](http://www.nevo.co.il/law/70301/384) וניסיון לקבלת דבר במירמה לפי [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) בצירוף [סעיף 415.](http://www.nevo.co.il/law/70301/415)

באישום השני, לזכות את הנאשם מחמת הספק מעבירה של מעשה מגונה לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) וניסיון לרצח לפי [סעיף 305(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/305.1) ולהרשיעו בעבירה של תקיפה לפי [סעיף 379](http://www.nevo.co.il/law/70301/379) לחוק העונשין.

כל הסעיפים הינם לפי [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977.

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

נ. הנדל – ס. נשיא

הנשיא י. פלפל:

אני מסכים.

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

י. פלפל – נשיא

אב"ד

השופטת ר. יפה-כ"ץ:

אני מסכימה.

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

ר. יפה-כ"ץ – שופטת

**לכן הוחלט כאמור בחוות דעתו של ס. הנשיא נ. הנדל.**

**5129371**

י. פלפל – 54678313-992/02

**54678313ניתן היום יח' בתמוז, תשס"ז (4 ביולי 2007) במעמד הצדדים.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **ר. יפה-כ"ץ - שופטת** |  | **נ. הנדל – ס. נשיא** |  | **י. פלפל – נשיא**  **אב"ד** |

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה