**בתי-המשפט**

**בדלתיים סגורות**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| בית משפט מחוזי תל אביב-יפו | | פח 1122/07 | |
| בפני הרכב: | א' שהם, שופט – אב"ד  י' שבח, שופטת  ש' ברוך, שופט | תאריך: | 28.1.2009 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| המאשימה: | מדינת ישראל  ע"י ב"כ עו"ד אורי רינצקי |  |
|  |  |  |
|  | נ ג ד |  |
| הנאשם: | פלוני  ע"י ב"כ עו"ד לירון פרידלנד |  |

לגזר-דין במחוזי (31-03-2009): תפח 1122/07 מדינת ישראל נ' פלוני שופטים: א' שהם, י' שבח, ש' ברוך, עו"ד: אורי רינצקי, סאמי בשארה, לירון פרידלנד

להחלטה בעליון (09-03-2010): [עפ 4164/09](http://www.nevo.co.il/case/5732353) סאמי בשארה נ' מדינת ישראל שופטים: א' פרוקצ'יה

לפסק-דין בעליון (29-07-2010): [עפ 4164/09](http://www.nevo.co.il/case/5732353) פלוני נ' מדינת ישראל שופטים: א' פרוקצ'יה, א' רובינשטיין, נ' הנדל, עו"ד: יעל שרף, לירן פרידלנד, ד#ר אלקנה לייסט

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20), [20(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345), [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b), [348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), [348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f), [377](http://www.nevo.co.il/law/70301/377)

הכרעת דין

###### כתב האישום ותגובת הנאשם

1. ביום 8.11.2007 הוגש כתב אישום נגד הנאשם, פלוני, בו יוחסו לו עבירות של מעשה סדום, לפי [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: **"חוק העונשין"**); מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301); וכליאת שווא, לפי [סעיף 377](http://www.nevo.co.il/law/70301/377) רישא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

בכתב האישום נטען כי ביום 27.10.2007 סמוך לשעה 05:00, ישב המתלונן ב' ז', יליד 1985, על ספסל בתחנה המרכזית בפתח-תקוה. הנאשם ניגש אל המתלונן ושאל אותו **"אם יש לו אפשרות להגיע לביתו"**. המתלונן השיב בשלילה. או אז הציע לו הנאשם לעלות עימו לביתו המצוי ..... בפתח תקוה, על מנת ללון בדירתו. המתלונן הסכים להצעה זו. בכתב האישום תוארו ההתרחשויות מרגע הגעתם של המתלונן והנאשם לדירה. נטען כי הנאשם נעל את דלת הדירה והסתיר את המפתחות בין חפציו האישיים. כל אותה עת שתה הנאשם משקאות משכרים בכמות רבה. בהמשך, הסיר הנאשם את בגדיו ונותר עירום, ובאותה הזדמנות הציע למתלונן כי יספק לו פיג'מה, אם גם הלה יפשוט את בגדיו. המתלונן פשט את בגדיו אך הנאשם לא עמד בהבטחתו לגבי הפיג'מה, והמתלונן נאלץ לשכב לישון כשרק תחתוניו לגופו. בשלב זה, נשכב הנאשם לצד המתלונן והחל נוגע באיבר מינו, חרף בקשותיו של המתלונן כי יחדל מכך. הנאשם המשיך לגעת באיבר מינו של המתלונן ואף הסיר את תחתוניו. עוד נטען בכתב האישום כי הנאשם החדיר את איבר מינו לפיו של המתלונן, חרף טענותיו של האחרון כי הוא גורם לו לכאב **"ותוך שהוא מנסה להזיז את ראשו של הנאשם הצידה באמצעות ידיו"**.

בהמשך, הורה הנאשם למתלונן למצוץ את איבר מינו אך הלה סירב לכך, והנאשם החדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלונן **"חרף התנגדות המתלונן ולמרות הפצרותיו כי יחדל"**. לאחר מכן, שב הנאשם והחדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלונן, מצץ את איבר מינו והורה למתלונן לעשות כן אף הוא, חרף התנגדותו של המתלונן לכך. עוד נטען כי הנאשם החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן.

לאחר זאת, נרדם הנאשם על המיטה שהיתה בדירה, והמתלונן ניצל את ההזדמנות על מנת לנסות ולפתוח את דלת הדירה ולהסתלק מהמקום, אך הדבר לא עלה בידו משום שהדלת היתה נעולה. בניסיונותיו לפתוח את הדלת, נטל המתלונן סכין מטבח וניסה לפרק באמצעותה את ידית דלת הכניסה לדירה, אך ללא הצלחה.

בשלב כלשהו, התעורר הנאשם והורה למתלונן לבצע בו מין אוראלי, אך המתלונן סירב ובתגובה החדיר הנאשם את אצבעו לפי הטבעת של המתלונן ומצץ את איבר מינו, חרף התנגדותו. לאחר מכן שב הנאשם ונרדם על המיטה.

בסמוך לשעה 17:30, ולאחר שהמתלונן לא הצליח לפתוח את דלת הדירה, מצא המתלונן את מפתחות הדלת בין חפציו האישיים של הנאשם, פתח את דלת הדירה ונמלט מהמקום.

במענה לכתב האישום נטען, כי הנאשם לא הסתיר את מפתחות דירתו וצויין כי הלה היה שתוי, כבר כשהגיע לדירה. אשר לטענה כי הנאשם הציע למתלונן פיג'מה, נאמר כי הנאשם נכנס למקלחת וכשיצא ממנה היה המתלונן עירום. לגבי יחסי המין שהתקיימו בדירה, נטען כי אלה נעשו בהסכמה ולא היתה כל התנגדות מצד המתלונן ואף היה שיתוף פעולה מלא מצידו. המתלונן לא טען בפני הנאשם כי הוא חש כאב במהלך כל שלב שהוא של יחסי המין. גם לגבי המין האוראלי והחדרת איבר מינו של הנאשם לפי הטבעת של המתלונן נאמר כי כל הנגיעות ויחסי המין נעשו בהסכמה. לנאשם לא היתה כל ידיעה על נסיונו של המתלונן לפתוח את דלת הדירה ולפרק את הידית, כיוון שישן אותה עת. גם בשלב השני לאחר שהנאשם נעור משנתו, קיימו השניים יחסי מין בהסכמה וברצון, וללא כל התנגדות מצידו של המתלונן. אין מדובר בכליאת שווא מבחינתו של הנאשם, כיוון שמפתחות הדירה היו מונחים ליד המיטה, מבלי שהוסתרו מהמתלונן והלה יכול היה לעזוב את המקום, בכל עת שרצה בכך. מאחר שהמתלונן לוקה בתסמונת אספרגר, כשחלק מהסימפטומים של תסמונת זו כוללים נטייה לרצות את הסובבים, אפשר שהמתלונן אכן לא רצה בקיום יחסי מין עם הנאשם, אך הוא לא הפגין כל התנגדות לכך ולנאשם לא היתה סיבה לחשוב כי הלה אינו מסכים לקשר המיני עימו.

ההגנה לא חולקת על כי הנאשם הכחיש בחקירתו הראשונה במשטרה כל מגע מיני עם המתלונן, אך לטענתה עשה זאת בשל היותו ערבי במוצאו, כאשר יחסים מעין אלה מהווים "כתם" מבחינתו, וזו הסיבה לגרסתו הכבושה.

נוכח כפירתו של הנאשם באשמות שיוחסו לו, נוהל משפט הוכחות במסגרתו העיד המתלונן כשהנאשם צופה בעדותו באמצעות טלויזיה במעגל סגור.

###### עדות המתלונן

2. המתלונן, כבן 22, ........ ביום שישי ה- 26.10.2007, יצא המתלונן לבילוי עם חבריו בתל אביב ובסמוך לשעה 04:30 נסע עם חבר לאזור מגדלי עזריאלי ומשם נסע במונית שירות לפתח תקוה, כאשר כוונתו היתה להגיע לביתו בתחבורה ציבורית או באמצעות מונית. המתלונן הגיע לאזור התחנה המרכזית בפתח תקוה בסמוך לשעה 05:00, ולדבריו, שכח כי מדובר ביום שבת וסבר כי בשעה זו יוכל לנסוע באוטובוס לכפר סבא. משהבין המתלונן כי אין בעיתוי זה תחבורה ציבורית, הלך לכיוון תחנת מוניות סמוכה, שם נתקל בנאשם. יצויין, כי מוקדם יותר שוחח הנאשם עם אמו אשר מסרה לו כי הגיעה לביתה לפנות בוקר והיא עייפה והציעה לו לנסוע הביתה באמצעות מונית. האם הוסיפה כי אם יתקל המתלונן בקשיים, הרי שהיא תגיע לאוספו מפתח תקוה, .....

כאמור, הבחין הנאשם במתלונן ושאל אותו "מה קרה", ובתגובה אמר המתלונן כי חזר מבילוי והוא נתקל בבעיה להגיע לביתו. הנאשם הציע למתלונן לעלות לדירתו הסמוכה על מנת לישון אצלו, והוסיף כי לאחר מכן יסיע אותו לביתו. המתלונן שהיה מאוד עייף לא היה מעוניין להטריח את אמו, נענה להצעה זו מתוך מחשבה כי הנאשם **"פשוט נחמד אלי והוא רוצה באמת לתת לי לישון"** (עמ' 12, ש' 13-14). השיחה התנהלה בשפה העברית והמתלונן לא ידע, בשלב זה, כי מדובר בערבי, כיוון שלא היה לו מבטא מיוחד. המתלונן והנאשם עלו לדירה בקומה השניה, אשר היתה נעולה בשתי דלתות. מעבר לדלת הראשונה, מסוג רב בריח, קיים פיצול של מספר דירות קטנות, כאשר דלת דירתו של הנאשם נעולה בנפרד. הנאשם נכנס לדירה, לאחר שנעל את שתי הדלתות. המדובר בדירה קטנה הכוללת חדר שינה המשמש גם כסלון ולידה מטבח ושירותים. המתלונן "צנח", לדבריו, על המיטה כיוון שהיה מאוד עייף ואז הציע לו הנאשם להסיר את בגדיו. המתלונן סירב לכך והנאשם הציע כי ילבש פיג'מה. המתלונן הסיר את בגדיו העליונים מתוך מחשבה כי הנאשם מתכוון לספק לו פיג'מה, ונותר עם תחתוניו. בשלב זה, הגיע הנאשם אל המיטה כשהוא עירום לחלוטין וציין כי הוא אוהב לישון בדרך זו. הנאשם נשכב ליד המתלונן, ולאחר זמן קצר החל לגעת בו בחזה ולמצוץ את פטמותיו. לדברי המתלונן, הוא ניסה לדחוף אותו, אך הדבר לא עלה בידו כיוון שהנאשם חזק ממנו. המתלונן העיד כי אמר לנאשם **"שיעזוב אותי וככה אמרתי לו, למה דווקא אני? מה אתה רוצה ממני?"** (עמ' 15, ש' 24). בתגובה אמר הנאשם למתלונן כי הוא לא היה מעולם עם גבר וכי הוא **"נדלק עלי"**. עוד סיפר הנאשם כי שכב, באותו לילה, עם שלוש נשים. לאחר שלב הנשיקות באזור החזה, הסיר הנאשם את תחתוניו של המתלונן ונגע באיבר מינו. בהמשך, החדיר הנאשם את אצבעו לפי הטבעת של המתלונן ומצץ את איבר מינו. המתלונן חש כאב והבהיר לנאשם כי הדבר כואב לו והנאשם אמר בתגובה כי ישתדל שלא להכאיב. בהמשך, קירב הנאשם את ראשו של המתלונן לאיבר מינו והחדירו לפיו. המתלונן טוען כי נאלץ למצוץ את איבר מינו של הנאשם ולאחר מכן הלך לשירותים כדי להקיא. כל אותה עת שתה הנאשם כמות גדולה של בירה ובסופו של דבר נרדם במיטתו. המתלונן ניצל הזדמנות זו על מנת לנסות להמלט מהמקום ולצורך כך חיפש את מפתחות הדירה, אך ללא הועיל. בצר לו, ניסה המתלונן לפרק את הברגים מידית דלת הדירה באמצעות סכין מטבח. הוא הצליח להוציא מספר ברגים מהידית, אך גם כך לא עלה בידו לפתוח את הדלת. המתלונן הבחין בחלון פתוח בדירה ולאחר שלבש את בגדיו, הוא בחן את האפשרות להסתלק מהמקום בקפיצה, אך הבין, עד מהרה, כי הדבר מסוכן שכן מדובר בדירה המצויה בקומה שניה. לאחר שהבין כי אינו יכול לעזוב את המקום, הוא חזר אל המיטה על מנת לנוח אך לא הצליח לישון. המתלונן שהיה מאוד נסער הלך מידי פעם לכיוון הדלת, על מנת לנסות ולפותחה. לאחר מספר שעות, התעורר הנאשם והסיר פעם נוספת את בגדיו של המתלונן, למרות שהלה אמר לו כי **"יעזוב אותו"**. הנאשם הורה לו לשכב על הבטן כשהוא עירום ואו אז החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן. המתלונן טען כי הדבר כואב לו, אך הלה המשיך במעשיו **"ולא עניין אותו שזה כאב לי ואני חושב שהוא גם גמר בסוף"** (עמ' 19, ש' 22). המתלונן ציין כי עד לאותה עת לא קיים יחסי מין כלשהם, והוסיף כי אין לו נטיות הומוסקסואליות.

לשאלה אם השתמש במכשירים סלולריים שהיו ברשותו, השיב המתלונן כי בשלב ראשון ניסה לצאת מהדירה בכוחות עצמו. לאחר מספר שעות התקשרה אמו אל אחד מהמכשירים שהיו ברשותו, אך לרוע המזל עמד הנאשם לידו אותה עת ונגע באיבר מינו, ומאחר שכך הוא חשש לספר לאמו את הקורות אותו כדי שהנאשם **"לא יתעצבן או משהו"** (עמ' 20, ש' 1). במצב דברים זה הוא אמר לאמו כי הוא נמצא אצל חברו, .... תשובתו זו של המתלונן הרגיעה את האם, מאחר שסברה כי בנה החליט לישון אצל חברו.

לשאלה אם לא חשב להתקשר למשטרה, השיב המתלונן כי לא ידע את כתובת הדירה ובהמשך משהזעיק את המשטרה, לא עלה בידי השוטרים לאתר את מקומו.

המתלונן הוסיף וטען כי אמר מספר פעמים לנאשם שהוא מבקש ללכת לביתו וכי **"אני רוצה לאמא"**. בתגובה לכך, אמר הנאשם למתלונן כי תוך זמן קצר הכל יסתיים **"אני אגמור, אתה תגמור ונסיים עם זה**" (עמ' 20, ש' 23) ולאחר מכן יסיעו לביתו. הנאשם לא שאל אותו אם הוא מסכים לקיים עימו מגע מיני ולדברי המתלונן חשב הנאשם כי הדבר מובן מאליו, שהוא מעוניין בו למרות שהוא לא רצה בקיום יחסים אלה. בשלב מסויים אמר המתלונן לנאשם **"אתה יודע שזה בכפייה?**" והלה הגיב באומרו **"מה פתאום בכפיה"**. במהלך השעות בהן שהה המתלונן בדירה, החדיר הנאשם את אצבעו לפי הטבעת של המתלונן כ-3 פעמים, המתלונן מצץ את איבר מינו של הנאשם בשתי הזדמנויות כאשר אחת הפעמים הסתיימה בהקאה. בשלב כלשהו, הציע הנאשם למתלונן סכום של 200 ₪ **"בשביל שאני ארד לו"** (עמ' 21, ש' 13), וכן הציע לצלם את האירוע באמצעות מכשיר סלולרי אך המתלונן סירב לכך. לגבי החדרת איבר מינו של הנאשם לפי הטבעת של המתלונן, ציין האחרון כי לאחר שנאלץ למצוץ את איבר מינו של הנאשם היה איבר המין בזיקפה, שעה שהחדירו לפי הטבעת שלו. לגבי שאלת ההתנגדות אמר המתלונן **"פשוט ראיתי שהוא יותר חזק ואני לא יכול להתגבר עליו, פשוט ניסיתי להתנתק מזה מבחינה רגשית, לא להסתכל עליו וזה לחשוב שזה חלום או משהו כזה**" (עמ' 21" ש' 26-28).

משהגיע המתלונן למסקנה כי לא יוכל למלט עצמו מהדירה הוא החליט, בסמוך לשעה 17:00, להתקשר לחבריו ..... וכן לאמו. בשיחה עם אמו סיפר המתלונן בקצרה את הקורות אותו והוסיף כי הנאשם אנס אותו. האם ביקשה ממנו להתקשר למשטרה ובסופו של דבר היא עצמה התלוננה במשטרה, ובהמשך התקשרו אליו ממוקד 100 וניסו לברר עימו היכן הוא נמצא, אך ללא הצלחה. בשלב זה ישן הנאשם שינה עמוקה במיטתו, והמתלונן ערך חיפוש בערימת הבגדים שהיתה במקום ומצא את צרור המפתחות. באמצעות המפתחות הוא פתח דלתות הדירה, יצא החוצה ורק אז נתקל באנשי המשטרה אשר ניסו לאתרו.

לשאלת הסנגורית בחקירה הנגדית אם נכון הדבר שכבר בשיחה שהתקיימה ברחוב רמז אמר לו הנאשם כי בכוונתו לקיים עימו יחסי מין, השיב המתלונן כי לא נרמז לו דבר על כך ידי הנאשם. הוא עצמו לא חשב כלל על האפשרות כי מאחורי הצעתו הנדיבה של הנאשם מסתתרת כוונה לקיים עימו יחסי מין.

לשאלה מדוע הסכים לישון בדירתו של אדם זר המבוגר ממנו בהרבה ושאותו פגש לראשונה באישון לילה, השיב המתלונן כי היה מאוד עייף **"וגם אני תמים מאוד"**. לדבריו, הוא חושב כי אנשים מבקשים את טובתו ואינם מתכוונים להרע לו. המתלונן התייחס לתסמונת אספרגר שבה הוא לוקה ואישר כי הדבר מתבטא בכך שאינו מפרש כראוי סיטואציות חברתיות ועשוי לטעות בכוונתם של אנשים. הוא אישר כי סבל מהתעללות מצד אביו שנהג לצעוק עליו ולהפעיל לחץ נפשי. במקרה אחד כלא אותו אביו בדירתו והוא נאלץ לקפוץ מהקומה הראשונה, על מנת להמלט מהמקום. המתלונן ציין כי אינו נוהג לגעת באנשים **"אפילו לא טפיחה על השכם, אני גם לא אבוא לאף אחד, לאמא שלי מרצוני לחבק אותה וככה, אני טיפוס בקטע הזה מאוד סגור"** (עמ' 33, ש' 11-13). כחלק מהסימפטומים של התסמונת משתדל המתלונן **"להיות בסדר עם כולם... ופשוט להיות נחמד"** (עמ' 33, ש' 17-21). לשאלת הסנגורית אם הנאשם אמר לו כי הוא מעוניין שגם המתלונן יהנה, השיב הלה **"לא. הוא לא אמר שהוא רוצה שאני יהנה, אבל הוא רצה שפחות יכאב לי והוא רצה שגם אני אגמור, גם אגיע לעוררות מינית מזה, כשהוא ראה שלא הלך"** (עמ' 40, ש' 14-15). המתלונן חזר וטען כי אמר לנאשם כי הוא מבקש לחזור לביתו, והלה הבטיח לו **"שעוד חצי שעה זה יגמר והוא יסיע אותו"** (עמ' 40, ש' 24-25). לשאלה מדוע לא ניסה לרמוז לאמו, בשיחה שהתקיימה ביום שבת בבוקר, כי הוא נמצא בדירתו של הנאשם שלא מרצונו, השיב המתלונן **"כי באותו הזמן הוא נגע לי באיבר מין, אז החלטתי להגיד שאני אצל מישהו"**. בהמשך אמר המתלונן **"חשבתי שאם אני יגיד שאני אצל מישהו ואתחיל לפרט וככה, אז הוא יתעצבן או משהו והוא ינסה להכות אותי או משהו, כי לא ידעתי מה הוא מסוגל לעשות ועוד עם כל הבירה שהוא שתה"** (עמ' 43, ש' 29-31). לשאלת הסנגורית, אם הנאשם עשה שימוש באלימות או איים עליו השיב המתלונן כי באחת הפעמים כשהיה ליד הדלת ולא ליד הנאשם **" ... הוא צעק עלי, לך למיטה ואמרתי לא רוצה ואז יצא לו ככה, נפלט לו, אני יהרוג אותך, משהו כזה, זה אני זוכר שהוא אמר"** (עמ' 44, ש' 5-7). המתלונן אישר כי יתכן שהוא לא סבר, אותה עת, כי מדובר באיום אלא שהדברים נאמרו מתוך כעס, משום שהנאשם חזר פעמים רבות ואמר לו **"בוא למיטה"**.

לשאלה אם האמין לנאשם כי הלה יסיעו לביתו ולכן שיתף פעולה עימו, השיב המתלונן **"לא הסכמתי לזה, אבל חשבתי, אני אוכל להתנגד עוד חצי שעה ואז הוא אולי יפסיק ויסיע אותי, שזה יספיק לו, או משהו כזה, לא חשבתי שכל כך הרבה שעות הוא ירצה לעשות לי דברים כאלה"** (עמ' 46, ש' 4-6). מאחר שהגיע למסקנה כי אינו מצליח להתנגד למעשיו של הנאשם, הוא הסתפק באמירה כי **"כואב לי וככה ... חשבתי שזה יסתיים"** (עמ' 46, ש' 12-13). בהמשך העיד המתלונן **"... הוא היה נוגע בי, והמשיך לגעת בי גם כשאמרתי שזה כואב לי ואני רוצה ללכת וככה"** (עמ' 47, ש' 19-20). לשאלת בית המשפט, אם הנאשם יכול היה להבין כי טוב לו וכי הוא נהנה, השיב המתלונן **"יכל להבין ... אבל הרבה פעמים, גם כשהוא ניסה ואמרתי כן, אז זה קצת משהו כזה. אני חושב שיכול להיות שהוא הבין שאני נהניתי מזה. לא שנהניתי, אלא זה שהוא מצליח לפעמים לעשות שזה פחות כואב, יכול להיות סימן שאני נהניתי מזה... "** (עמ' 48, ש' 7-10). המתלונן חזר ותיאר כיצד החדיר הנאשם את איבר מינו לפי הטבעת שלו, כאשר הוא שכב על בטנו כאשר הוא התלונן על כאבים הביא הנאשם חומר סיכה ו**"כשהוא המשיך, בכל זאת זה כאב לי מאוד והוא אמר, לא אתה תאהב את זה והוא גמר בסוף"** (עמ' 48, ש' 25-27). לשאלת הסנגורית מדוע הגיע המתלונן למסקנה כי הנאשם כלא אותו, השיב המתלונן **"כי הוא נעל את כל הדלתות עם שלושה מנעולים כשביקשתי לצאת הוא אמר שהוא יסיע אותי והוא לא עשה את זה בסוף ואמרתי שאני רוצה ללכת, אז הוא לא התחשב בזה"** (עמ' 51, ש' 11-13). לשאלת בית המשפט באיזה אופן הבהיר המתלונן לנאשם כי אינו מעוניין בקיום יחסי מין עימו, השיב המתלונן **"גם בזה שאני אמרתי שזה כואב לי ושאני רוצה ללכת הבית ושאני לא נמשך אליו, בגלל זה גם לא עומד לי, לא עמד לי בכלל, בכל הזמן הזה. אמרתי לו זה לא מגרה אותי"** (עמ' 55, ש' 6-8). לשאלה מדוע ביקש להעיד באמצעות טלויזיה במעגל סגור מבלי שהנאשם יהיה נוכח באולם בית המשפט, השיב המתלונן **"לא רציתי, גם זה היה יותר קשה גם לראות אותו פנים מול פנים, יותר טראומתי בשבילי ... לעלות את הפרטים וגם להסתכל עליו כשזה קורה, קשה לראות את הרגע בעיניים ושהוא יעשה פרצופים וככה ..."** (עמ' 59, ש' 27-30).

למתלונן נערכה בדיקה רפואית בבית החולים "וולפסון" ונתגלו מספר ממצאים כדלקמן: דימומים תת-עוריים בחזה משני הצדדים, פצע שפשוף באמה השמאלית, אדמומיות במעבר בפתח פי-הטבעת כולל פצע קרע שטחי בפי-הטבעת ללא דימום פעיל. כמו כן נתגלתה אדמומיות בפתח השופכה. מחוות דעתו של ד"ר ריקרדו נחמן (**ת/5**) עולה כי הדימומים התת-עוריים בחזה יכולים להתיישב עם נשיכה או מציצה, הגם שלא ניתן לשלול אפשרות של חבלה קהה. לגבי האדמומיות ופצע הקרע בפי-הטבעת נאמר כי הדבר **"יכול להתיישב עם החדרת גוף נוקשה כגון פין בזיקפה"**. האדמומיות בפתח השופכה יכולה להתיישב עם תהליך דלקתי כלשהו.

תסמונת אספרגר

3. אין מחלוקת כי המתלונן סובל מהפרעה התפתחותית הקרויה תסמונת אספרגר. תסמונת זו מאופיינת בשונות ניכרת בתפקוד החברתי, בתקשורת ובמגוון של התנהגויות חזרתיות. לסובלים מתסמונת זו יכולות אינטלקטואליות נורמליות אך קיים קושי בתקשורת בלתי מילולית, ובכלל זה במחוות גופניות ובנימת הקול בשיחה. את הסימפטומים ניתן לחלק לשלושה חלקים: קשיים בתפקוד חברתי, קשיים בתקשורת חברתית ובינאישית וכן בתחומי עניין בפעילות ובשגרה. הלוקים בתסמונת אספרגר, אשר מנסים ליצור קשר עם הזולת, נתקלים בקשיים עקב חוסר יכולתם להבין מסרים לא מילוליים, כגון הבעות פנים ואינטונציה. הם עשויים להגיב בצורה בלתי מתאימה לנסיבות חברתיות מסויימות, מה שיכול לגרום לאחרים לסבור כי הם חסרי רגישות, חסרי אכפתיות או מנוכרים. אשר לתקשורת החברתית והבינאישית, הרי שמדובר בתבנית תקשורת מסויימת כמו נימת דיבור, או דיבור העלולה ליצור תחושה של חוסר עקביות וחוסר בהירות, ובמקרים רבים אנשי תסמונת אספרגר מאופיינים בנטייה להרבות להג, כאשר הם מסוגלים לדבר ללא הפסק על נושא מועדף מבחינתם. אשר לתחומי עניין, הרי שהם עשויים לצבור כמות גדולה של מידע בנוגע לנושא צר וייחודי ולעסוק בו לאורך זמן, מבלי לנסות ולהשיג נקודת מבט רחבה יותר של הנושא.

העיד בפנינו ד"ר ירון גלעד, מתמחה בפסיכיאטריה מבי"ח "גהה", אשר בדק את המתלונן והכין חוות דעת אשר התקבלה וסומנה **ת/11**. ד"ר גלעד ציין כי בעבר אובחן המתלונן כלוקה ב-ADHD (בעיות ריכוז) וב-OCD (הפרעה טורדנית כפייתית) **"אשר התבטאה באובססיות ניקיון וקומפלסיות רחיצת ידיים"**. כמו כן התגלו אצלו קשיי שינה שטופלו ב"מלטונין". תחומי העניין אשר צויינו על ידי המתלונן הם קריאת אינציקלופדיות וכן ספרי הארי פוטר, כן גילה המתלונן עניין בהיסטוריה של ימי הביניים, כיוון שמדובר באבירים בעלי **"כוח להתמודד"**. גם לגבי הארי פוטר ציין המתלונן כי מדובר באדם אמיץ אשר **"מתמודד עם איום חזק"**. המתלונן תיאר קושי גדול להשתלב בחברת אנשים בבית הספר או בצבא. לדבריו, הוא מאוד מעוניין להשתלב, אך אינו מצליח בכך. להערכתו של ד"ר גלעד, מצויים אצל המתלונן ממצאים העשויים להתאים לתסמונת אספרגר **"הקושי בהבנת סיטואציות חברתיות, עיסוק מרובה בתחום עניין מצומצם, קושי ביצירת קשרים בינאישיים, ילדותיות ותמימות, כל אלו בנוכחות אינטליגנציה גבוהה"**.

בעדותו בבית המשפט, נשאל ד"ר גלעד אם מי שלוקה בתסמונת אספרגר יכול להביע התנגדות והוא השיב **"אני לא מכיר בעיה בהבעת התנגדות בתסמונת הזאת"** (עמ' 35, ש' 1). עוד ציין ד"ר גלעד כי להערכתו כל שנאמר על ידי המתלונן הוא אמין ו**"לא היה שם סילוף של העובדות, או איזשהו ניסיון למניפולציה**" (עמ' 66, ש' 8-9).

לשאלת הסנגורית אם אחד מהסימפטומים של התסמונת הוא הנטייה לרצות את הסביבה, השיב העד **"זה לא מופיע בהגדרה של התסמונת"** (עמ' 67, ש' 15). לאנשי התסמונת יש נטייה להמנע מעימותים, הגם שאלה יכולים להתפתח **"כשיש דברים שמפריעים להם"**. אחד הדברים האופייניים לתסמונת אספרגר הוא הרצון לדבוק בשגרה מסויימת, וקיים קושי גדול מאוד לצאת מאותה שגרה, ו**"כשמפריעים להם ברוטינה שלהם, שמשנים להם משהו בסדר היום, או בסדר של החפצים בחדר או משהו כזה, זה יכול לעורר למשל כעס או איזה התקף זעם, אף על פי שאני לא יודע אם זה המקרה הספציפי הזה**" (עמ' 68, ש' 13-16).

קיים קושי לאנשי תסמונת אספרגר לבטא את תחושותיהם האמיתיות בסיטואציות מסויימות משום ש**"לבטא את התחושות צריך להיות מדויק באופן, במילים, בהבנה, בקישור שבין התחושה לתמלול שלה לשפה. זה יכול להיות בעייתי אצלם, כן"** (עמ' 69 ש' 10-11). העד הוסיף כי במגע ראשוני עם מי שלוקה בתסמונת אספרגר **"הם נראים מאוד מוזר"** (עמ' 69 ש' 18). לשאלת בית המשפט, אם אדם הפוגש לראשונה מי שסובל מהתסמונת ירגיש דבר מה מיוחד, השיב ד"ר גלעד **"את תראי שמשהו שם לא בסדר"** (עמ' 69, ש' 23) גם מבלי לדעת, בהכרח, כי מדובר באדם חולה.

אמו של המתלונן, התייחסה אף היא לתסמונת אספרגר בה לוקה בנה וציינה כי בניגוד למי שסובל מאוטיזם **"הוא מאוד רוצה קשר עם הסובבים אותו, אבל אין לו בכלל את הכלים. הוא תם. הוא לא יודע לנתח אנשים, מתי הם צוחקים ממנו, מתי הם לועגים לו, הוא מאמין מה שאנשים אומרים. אני לא יכולה להגיד לכם כמה פעמים אנשים אמרו: תביא לי את הטלפון אני רק רוצה שיחה והלכו. כן"** (עמ' 81, ש' 19-22)**.**

לשאלה אם המתלונן מסוגל להביע התנגדות השיבה האם בחיוב וציינה כי הוא מסוגל **"לצרוח. לברוח. לצערי, יש לו ניסיון בזה הרבה, בגלל אבא שלו"** (עמ' 82, ש' 12). לשאלת בית המשפט מתי מחליט הבן להתנגד לדברים מסויימים, השיבה האם כ**"שהוא מבין שהבן אדם עושה ממנו צחוק או שהוא רואה שהוא, הוא קורבן"** (עמ' 89, ש' 24). האם ציינה עוד כי כאשר בנה נתקל באלימות הדרך בה הוא בוחר לעיתים היא ניתוק רגשי **"הוא סוגר את הרגשות לחלוטין ... אז הוא עובר מאספרגר לאוטיזם"** (עמ' 91 ש',  
19-21).

...., חברו של המתלונן מזה כ-12 שנה, סיפר כי ידוע לו שהמתלונן סובל מתסמונת אספרגר והדבר בא לידי ביטוי בכך שהוא נוטה להתפתות בקלות להצעות, אשר מופנות אליו על ידי אנשים זרים והוא נמנע מעימותים. העד הוסיף כי אם מבקשים ממנו לעשות דבר מה **"אז הוא עושה הכל בשביל לרצות את הסביבה ולא איכפת לו"** (עמ' 75, ש' 3-4). עם זאת, ציין העד כי **"כשהוא לא רוצה, הוא מביע התנגדות"** (עמ' 75, ש'  
22).

חבר נוסף של המתלונן, ...., סיפר כי תסמונת אספרגר באה לידי ביטוי אצל המתלונן **"בעיקר בתקשורת עם אנשים"** (עמ' 78, ש' 24). העד אישר כי המתלונן **"יכול להביע התנגדות, בהחלט"** (עמ' 80, ש' 13).

חקירת הנאשם במשטרה

4. הנאשם נעצר בביתו והובא לתחנת המשטרה בפתח תקוה, שם נחקר לראשונה ביום 27.10.2007 שעה 22:16 (**ת/1**).

הנאשם הוזהר כי הוא מואשם בכך שביצע במתלונן מעשה סדום תוך ניצול מצבו הנפשי וכן מעשים מגונים ללא הסכמתו, בנוסף לכליאת שווא. הנאשם סירב לחתום על האזהרה ובחקירתו טען כי פגש במתלונן בכניסה לבניין, והלה נכנס אליו לדירתו והחל לחטט בבגדיו. הוא סילק אותו מהדירה ולאחר מכן נרדם במיטתו. הנאשם הכחיש כי קיים יחסי מין מסוג כלשהו עם המתלונן, ומשנאמר לו כי המתלונן טוען בתוקף כי הדברים אכן נעשו, אמר הנאשם **"הוא משוגע, אני לא יודע אני חושב הילד הזה משוגע"**. הנאשם גם הכחיש את הטענה כי כלא את המתלונן בביתו ומנע ממנו לצאת את הדירה. הנאשם הוסיף כי אינו נמשך כלל לגברים וכי בלילה הקודם קיים יחסי מין עם שתי בחורות.

ביום שלמחרת, 28.10.2007, שעה 15:22, נגבתה מהנאשם הודעה נוספת (**ת/2**), והוא סיפר כי פגש במתלונן כשהוא שוכב בחדר המדרגות והלה אמר לו כי אין לו לאן ללכת ולפיכך הזמינו לדירתו, כדי לישון. לאחר זמן מה נכנס הנאשם לשירותים וכשיצא הבחין במתלונן כשהוא מחטט במכנסיו ומחזיק בתעודת הזהות שלו בה היה סכום כסף. הנאשם סיפר כי הוא נוהג לישון עירום והציע למתלונן לישון במיטה הזוגית המצויה בדירה. גם הפעם הכחיש הנאשם בתוקף כי קיים יחסי מין עם המתלונן וטען כי הלה שהה בדירתו כמחצית השעה, לכל היותר. הנאשם הוסיף כי לפני שפגש את המתלונן הוא שתה **"ארבעים בירות"** והיה שיכור.

**עדות הנאשם בבית המשפט**

5. בעדותו בבית המשפט לא חזר הנאשם על גרסתו המכחישה בחקירה במשטרה ומסר כי נאלץ לשקר בחקירה משום שהתבייש להודות כי קיים יחסי מין עם גבר, דבר אשר עלול לגרום למבוכה קשה, לו ולבני משפחתו. לדבריו **"אמרתי אני יכחיש, אפילו אני ימות בבית סוהר לא אדבר ..."** (עמ' 104, ש' 26-27).

הנאשם סיפר כי הוא ניתק כל קשר עם בני משפחתו המתגוררים ..., ליד נצרת. הוא מתגורר בגפו, מאז שנת 2000, בפתח תקוה ועובד בחנות בשר בעיר. לדבריו, הוא סיים את עבודתו ביום שישי בסמוך לשעה 17:00, ועוד במקום עבודתו שתה וודקה ולאחר מכן המשיך לשתות בירה בכמויות גדולות. מאחר שהיה שתוי, הוא נסע לבילוי בתל אביב במונית וחזר למחרת בסמוך לשעה 05:00 בעודו שיכור. הנאשם טען כי הבחין במתלונן, אשר חייך לעברו, ולשאלתו מה הוא עושה במקום בשעת בוקר כה מוקדמת, אמר המתלונן כי הוא ממתין לאוטובוס. הנאשם אמר למתלונן כי ביום שבת אין שירות אוטובוסים, והציע לו לישון בדירתו. לדבריו, הוא אמר למתלונן **"תישן איתי בכיף, נעשה חיים"** (עמ' 99, ש' 8), והמתלונן השיב בחיוב להצעה. לטענת הנאשם, המתלונן רץ לפניו לעבר הדירה ומשנכנסו השניים פנימה הוא נעל את הדלת הראשית (שממנה מתפצלות שלוש דירות קטנות) ואת דלת הדירה עצמה, כפי שהוא נוהג לעשות באופן שיגרתי. את המפתחות הוא הניח על קרטון המשמש אותו לריכוז בגדיו. הנאשם העיד כי מעולם לא התנסה בקיום יחסי מין עם גברים, אך סבר כי המתלונן מעוניין לקיים יחסי מין עימו, והלה אף חיבק אותו משהגיעו לדירה. הנאשם הוסיף וטען כי כל המעשים נעשו בהסכמתו של המתלונן, אשר אף השיב לשאלתו אם כואב לו **"לא, טוב לי טוב לי. הוא אמר טוב לי כל הזמן..."**. הנאשם הכחיש כי החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן וטען כי לא היתה לו זיקפה, כיוון שקיים באותו לילה יחסי מין עם שתי בחורות וגם כי היה בגילופין. עם זאת, אישר הנאשם כי החדיר את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן. הנאשם הכחיש את טענת המתלונן, לפיה עמד לידו כאשר הלה שוחח באמצעות הטלפון הסלולרי עם אמו, וחזר וטען כי לא עשה כל שימוש באלימות או באמצעי כפייה כלשהם. הנאשם אישר כי הציע למתלונן סכום של 200 ₪, אך זאת לא בתמורה לקיום יחסי המין עימו אלא על מנת לאפשר לו לחזור לביתו באמצעות אוטובוס או מונית.

בתשובה לשאלותיו של התובע טען הנאשם כי הוא עצמו לא החדיר את איבר מינו לפיו של המתלונן, אלא שהמתלונן עצמו עשה זאת. הנאשם אישר כי היוזמה להחדרת אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן היתה שלו. כמו כן אישר כי בשום שלב הוא לא שאל את המתלונן אם הוא מעוניין או מסכים לקיים עימו יחסי מין. הנאשם אישר לתובע כי המתלונן לא יזם כל מעשה מיני עימו, אך חזר וטען **"הוא לא התנגד בכלל לא היתה התנגדות"**. לשאלה אם התכוון להסיע את המתלונן לביתו כפי שהבטיח, טען הנאשם כי אכן היה מוכן לעשות זאת לאחר מספר שעות שינה, אך אישר כי לא ידע היכן מתגורר המתלונן, אם כי היה מוכן להסיעו גם לאילת. המתלונן נראה לו הומוסקסואל והוא אף חיבק אותו כאשר עמדו מחוץ לדירה ליד התחנה המרכזית. הנאשם ידע, עוד לפני שהגיעו לדירה, כי הוא מעוניין לקיים יחסי מין עם המתלונן, ולדבריו **"כן חיבקתי אותו הסכים, חיבק אותי נישקתי אותו אפילו גם"** (עמ' 118 ש' 10). הנאשם הכחיש כי המתלונן אמר לו כי אינו רוצה לקיים עימו יחסי מין וכי המתלונן טען בפניו כי הוא מכאיב לו ואף הזיז את ראשו על מנת למנוע את החדרת איבר מינו של הנאשם, לפיו. הנאשם מסר בעדותו **"זה לא נכון, הכל היה מרוצה, הכל היה מאה אחוז, אם היה אומר לי לא רוצה, הנה עובדה, לא רצה בפטמות, הפסקתי. מה שהוא לא רצה אני מפסיק"** (עמ' 120, ש' 25-26). הנאשם טען כי אינו זוכר שאלות שהופנו אליו על ידי המתלונן לגבי הנסיעה לביתו, ולדבריו **"אני לא הייתי בהכרה"** (עמ' 121, ש' 16). בהמשך עדותו טען הנאשם כי התקיימה, אמנם, שיחה בעניין זה אך זאת במקרה אחד בלבד והוא אמר למתלונן כי יסיע אותו לביתו כאשר יתעורר משנתו.

לשאלה אם יש לו הסבר מדוע הזמין המתלונן משטרה וביקש כי יחלצו אותו מהדירה, אם הכל נעשה מרצונו ובהסכמה מלאה והוא אף נהנה מיחסי המין, השיב הנאשם **"אני לא יודע, אני לא יודע, אולי הוא נכנס בחרדה, אולי משהו בגלל אומר, אומרים כלאתי אותו, אני לא כלאתי אף בן אדם, אני נעלתי הדלת, שמתי את המפתח, לא היה לי בכיס, לא החבאתי, לא, הוא יכול היה לבוא לפתוח דלת ולצאת לחופשי"** (עמ' 128, ש' 28-31). לשאלת התובע מדוע הציע לו 200 ₪, אם התכוון, באמת ובתמים, להסיעו לביתו ולפיכך לא היה צורך במונית או באוטובוס, השיב הנאשם **"רציתי שיהיה חבר, שנהיה חברים, שיבוא אליי כל הזמן, נדבר, אני לא התכוונתי לפגוע בו בכלל"** (עמ' 129, ש' 8-9). בהמשך, טען הנאשם כי התכוון לספק למתלונן דמי כיס.

טיעוני הצדדים

התביעה

6. התובע, עו"ד אורי רינצקי, טען בסיכומיו כי מדובר במקרה קל יחסית להכרעה, כיוון שבפנינו אירוע מוגבל בזמן שלגביו מעידים שני אנשים, המתלונן והנאשם, אשר הציגו בפני בית המשפט את גרסתם. המתלונן הוא אדם תמים, חף מכל אינטרס להפליל את הנאשם או להעליל עליו עלילת שווא, והוא זה אשר הציג את הדברים כהווייתם. הוא לא הגזים בתיאור הדברים ולא ניסה להשחיר את פניו של הנאשם. לעומתו, ניצב הנאשם אשר מסר גירסה שקרית בחקירתו במשטרה, לאחר מכן מסר גרסה שונה בתגובתו לכתב האישום ובעדותו בבית המשפט שינה פעם נוספת את טיעונו. כך, למשל, טען הנאשם, בניגוד לנאמר בתגובה לכתב האישום, כי לא החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן ולמעשה הוצגו בפני בית המשפט ארבע גרסאות שונות של הנאשם. אין חולק כי המתלונן חש עצמו כלוא בדירתו של הנאשם והוא נקלע למצב נפשי קשה ביותר, כפי שניתן להתרשם משיחותיו עם אמו, חבריו ועם המוקד המשטרתי. הוא אף ניסה למלט עצמו מהדירה בכך שפירק מספר ברגים מהידית, אך הדבר לא עלה בידו. מבחינתו של המתלונן לא היתה כל הסכמה למעשיו של הנאשם, והנאשם לא התעניין כלל בשאלה אם המתלונן מסכים לקיים עימו יחסי מין מכל סוג שהוא.

התובע הוסיף וטען כי במספר הזדמנויות הביע המתלונן את התנגדותו למעשיו של הנאשם, והלה הבין או חייב היה להבין כי אין הסכמה למעשיו. כך, למשל, טען המתלונן כי הנאשם הסיר בכוח את תחתוניו ובמספר מקרים אף הביע תחושת כאב עקב מעשיו של הנאשם. פעם אחת נאלץ המתלונן להקיא, כאשר הנאשם הכניס את איבר מינו לפיו, ופעם אחר פעם אמר לנאשם כי הוא רוצה לחזור לביתו. הנאשם התעלם לחלוטין מגילויי התנגדות אלה וביצע במתלונן את זממו. לטענת התובע, גם מי שלוקה בתסמונת אספרגר יכול להביע התנגדות למעשים מסויימים וכך היה גם בעניינו של המתלונן. התובע הוסיף וטען כי הצעת הנאשם לשלם למתלונן סכום של 200 ₪ מלמדת כי הוא ביקש לקנות את הסכמתו לקיום יחסי מין עימו, ואין שחר לגרסת הנאשם כי ביקש לצייד אותו בסכום כסף לצורך נסיעה לביתו. התובע התייחס בסיכומיו גם להכחשתו של הנאשם במשטרה וטען כי אין לקבל את "גרסת הבושה", כיוון שהנאשם ידע כי מיוחסות לו עבירות חמורות מאוד והדעת נותנת כי היה מספר את אשר אירע, לו סבר כי לא ביצע כל עבירה או שהיחסים כולם היו בהסכמה. התובע סבור כי אין ליתן אמון בגרסתו של הנאשם, לפיה נעשו בינו לבין המתלונן חיבוקים הדדיים, תוך הסכמה מלאה ואף הבעת הנאה מצד המתלונן עקב מערכת היחסים המיניים שהתפתחה ביניהם. הנאשם לא בירר מעולם את השאלה אם המתלונן מסכים ליחסים ביניהם ובכך עמדה התביעה בנטל המוטל עליה להוכיח כי מדובר ביחסי מין שנעשו ללא הסכמה. מאחר שהיה ברור לנאשם כי כל המעשים נעשים שלא בהסכמתו של המתלונן, גם אם לא היתה הבעת התנגדות נחרצת מצידו, הרי שיש לראות בנעילת הדירה ובהסתרת המפתחות משום ביצוע עבירה של כליאת שווא.

לאור האמור, ביקש התובע להרשיע את הנאשם בכל העבירות המיוחסות לו.

**ההגנה**

7. ב"כ הנאשם, עו"ד לירן פרידלנד, טענה כי השאלה המרכזית בתיק היא האם הנאשם הבין או צריך היה להבין מתגובותיו של המתלונן כי הלה אינו מסכים או מתנגד ליחסי המין שהתקיימו ביניהם.

הנאשם לא ידע כי מדובר במתלונן הלוקה בתסמונת אספרגר, וברור כי אם היה בפנינו אדם שאינו סובל מליקוי זה ושאינו מעוניין במגע מיני עם הנאשם, חזקה עליו כי היה מבהיר זאת מלכתחילה והאירוע לא היה מתפתח כפי שקרה בפועל. בענייננו ניתן להתבסס, אמנם, על גרסתו של המתלונן, אך יש לעשות הבחנה בין תחושותיו ורצונותיו, לבין הדברים אשר שידר לנאשם, מהם היה יכול הנאשם להבין כי המתלונן מסכים לקיים עימו יחסי מין. הגם שהמתלונן מסוגל להביע התנגדות במקרים מסויימים ואף להרים את קולו, אין ספק כי במקרה זה לא היו תגובות מסוג זה מצידו של המתלונן. גם על פי גרסתו של המתלונן, הוא לא התנגד למעשיו של הנאשם ואף שיתף פעולה עימו, מבלי לגלות את תחושותיו האמיתיות, ואפשר שהתנתק רגשית מהאירועים ופעל כרובוט. הנאשם מצידו יכול היה לראות בהתנהגותו של המתלונן משום מסר של שיתוף פעולה מצידו. הסנגורית סקרה את תגובותיו של המתלונן, מהן ניתן ללמוד על חוסר התנגדות מצידו ועל גילויי ההתחשבות מצידו של הנאשם כל אימת שהמתלונן טען כי כואב לו או כי הדברים אינם לרוחו. לגישתה של הסנגורית, כל אדם סביר, שהיה נתקל בתגובות מעין אלה, רשאי להניח כי קיימת הסכמה מצידו של המתלונן ואף שיתוף פעולה בביצוע מעשים המיניים. דברים אלה משליכים, לגרסת הסנגורית, גם על עבירת כליאת השווא, שכן לנאשם לא היתה כל סיבה לכלוא את המתלונן ולמנוע ממנו לצאת את דירתו. לדעת הסנגורית, ניתן להבין את עמדתו של הנאשם, אשר הכחיש בחקירתו במשטרה כי קיים יחסי מין הומוסקסואלים עם המתלונן, שכן משכב זכר משמעו עבורו **"פדיחה"**, **הן** מבחינתו והן מבחינת בני משפחתו. הסנגורית סבורה כי במקרה דנן, עם כל האמפתיה שניתן לחוש כלפי המתלונן, קיים לפחות ספק בשאלה אם הנאשם ידע או צריך היה לדעת כי אין הסכמה לקיום יחסי מין עם המתלונן. לפיכך, התבקשנו לזכות את הנאשם מהעבירות המיוחסות לו, ולו מחמת הספק.

###### דיון והכרעה

**העבירה של מעשה סדום, ויסודותיה**

8. [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע לאמור **"העושה מעשה סדום באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, בשינויים המחוייבים, דינו כדין אונס"**.

**"מעשה סדום"** מוגדר כ**"החדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם או החדרת איבר מין לפיו של אדם"**.

[סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מפנה, איפוא, ל[סעיף 345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345) הדן בעבירת האינוס. כפי שמציין י' קדמי בספרו **על הדין בפלילים**, חלק שלישי, מהדורה מעודכנת, תשס"ו-2006 בעמ' 1414 **"לעניינו של ס"ק זה** (הכוונה ל[סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) – בית המשפט) **יש, אפוא, לקרוא את סעיף 345 ל**[**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301) **כאילו כתוב בו: במקום 'בועל' – 'עושה מעשה סדום', ובמקום 'אשה' – 'אדם'; כאשר משמעותם של רכיבי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי נותרת על כנה, בכפוף לשינויים המתחייבים מן ההסבה מ'אינוס' ל'מעשה סדום'"**.

לאור האמור, יש להידרש ליסודות עבירת האינוס, כאשר רלבנטית לענייננו החלופה המנויה ב[סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), היינו, בעילת אשה שלא בהסכמתה החופשית. ממילא יובן כי כאשר במעשה סדום עסקינן, מדובר בביצוע המעשה שלא בהסכמתו החופשית של האדם, הוא קורבן העבירה.

עבירת האינוס עברה שינויים רבים עד שהתקבל, בשנת תשס"א, הנוסח המופיע ב[סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). בהחלטה אשר ניתנה ב[רע"פ 8731/06](http://www.nevo.co.il/case/6136503) **עאטף זאהר נ' התובע הצבאי הראשי** (לא פורסם, ניתן ביום 30.4.2007), ניתן למצוא סקירה היסטורית של השינויים אשר חלו בהגדרת עבירת האינוס. עד לשנת 1988 הוגדרה עבירה זו כבעילה אסורה של אשה הנעשית **"תוך שימוש בכוח"**. בתיקון מס' 22 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) משנת 1988 מופיעה עבירת האינוס כבעילת אשה המתבצעת **"שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה"**. על פי הגדרה זו, היה על התביעה להוכיח כי נעשה שימוש בכוח פיזי על ידי התוקף והתביעה **"נדרשה באותה עת להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין הסכמתה של האשה לבין הפעלתו של הכוח שהביא לכך שנשלל כוח רצונה"**. משהסתבר כי הגדרה זו אינה עונה על אותם מצבים בהם בוצע מעשה האינוס בכפייה, הגם שהתוקף לא נדרש להפעיל כוח כדי לכפות עצמו על הנאנסת, תוקן החוק פעם נוספת בשנת תשס"א ונזנחה דרישת הכפייה בעבירת האינוס. כפי לשון החוק כיום, די להוכיח כי יחסי האישות התבצעו **"שלא בהסכמתה החופשית"** של האשה ו**"אין כל דרישה להוכיח כי הסכמתה של האשה – או אי הסכמתה – קשורים להפעלתו של כוח פיזי כלפיה ... אמור מעתה, שימוש בכוח פיזי במטרה להתגבר על התנגדותה של האשה, עשוי לשמש כראיה לכך שיחסי האישות נכפו עליה בניגוד לרצונה, אולם האשה רשאית להביע את אי הסכמתה גם בדרכים אחרות, ובמידה והנאשם – שהיה מודע לאי הסכמה זו – ממשיך במעשיו, הוא מפר בכך את האיסור שבחוק"**.

ב[ע"פ 7951/05](http://www.nevo.co.il/case/6238635) **מ"י נ' פלוני** (לא פורסם, ניתן ביום 7.2.2007), התייחס בית המשפט העליון ליסוד אי-ההסכמה באומרו **"כיום, הוצב גבול ברור, לפיו קיום יחסי מין מותנה ברצונה החופשי של האשה ביחסים אלו. אי ההסכמה יכולה אמנם ללבוש צורות התנהגות שונות ומגוונות, אך המשותף לכולם הינו המסר הברור, כי אינה מעוניינת בכך. עם העברת מסר זה יהיה בהמשך קיום יחסי המין משום עבירה פלילית חמורה"**. כך הם פני הדברים, גם כאשר מדובר במה שקרוי **"שינוי הלבבות"** שכן לאשה נתונה הזכות, בכל שלב שלפני קיום יחסי המין, לסגת מהסכמתה ולסרב לקיימם **"כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן הזוג באופן ברור"**.

ב[ע"פ 2606/04](http://www.nevo.co.il/case/5709733) **בנבידה נ' מ"י** (לא פורסם, ניתן ביום 26.4.2006), ציין בית המשפט העליון כי עבירת האינוס הינה עבירה התנהגותית, כאשר ביסוד העובדתי של העבירה נדרשת בעילה ובצידה שני רכיבים נסיבתיים: הבעילה צריכה להיות של אשה ושתעשה **"שלא בהסכמתה החופשית"**. בפסק הדין עמד בית המשפט על ההתפתחויות שחלו בהגדרת עבירת האינוס ועל הרקע לתיקון 61 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) שבו הוסר יסוד הכפייה מהגדרת העבירה. הרקע לזניחת הדרישה לביטוי אקטיבי של אי הסכמה **"הוא המודעות וההבנה להתנהגויות המאפיינות לעיתים תכופות קורבנות אונס, התנהגויות שאינן עולות בקנה אחד עם הגישה הסטטוטורית הישנה להתנגדות פעילה"**. ועוד קובע בית המשפט כי **"בקשת שלמה של מקרים ונסיבות לא נדרש כלל מהאשה להביא לידי ביטוי חיצוני פעיל את אי הסכמתה לקיומם של יחסי מין. התנהגותה של אשה במצבים אלו זכתה בפסיקה לכינויים מכינויים שונים – 'פסיביות', 'שיתוק של הלם', 'נאלם קולה', התנגדות, 'שבליבן פנימה', 'הסכמה שבשתיקה' או 'כניעה' ו-'השלמה'... 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 אשה בסיטואציה של אינוס... אין לשפוט בכלים של סבירות ורציונליות 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"** (ראו גם [ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מ"י, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/6041035)(3) 873, להלן: **"פס"ד אזולאי"**)

אשר ליסוד הנפשי שבעבירה, הרי שבהיותה עבירה התנהגותית של מחשבה פלילית נדרשת "מודעות" הנאשם כלפי רכיבי היסוד העובדתי (בעילת האשה) וכלפי קיום הנסיבות, דהיינו כי הבעילה נעשית שלא בהסכמתה החופשית של האשה הנבעלת (ראו לעניין זה הסקירה המופיעה בספרו של י' קדמי **על הדין בפלילים**, חלק ראשון, בעמ' 165, ככל שהדבר נוגע להגדרת המחשבה הפלילית ב[סעיף 20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)).

ב[סעיף 20(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) נקבע כי **"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם"**. סעיף זה מתייחס למה שקרוי **"עצימת עיניים"**, שמשמעה **"התעלמות מודעת מאפשרות קיומה של נסיבה על אף החשד שמא היא מתקיימת והימנעות עובר למעשה מבדיקת המצב לאשורו"** (פס"ד אזולאי, בעמ' 896). ועוד נאמר, תוך הסתמכות על פרופ' פלר, כי **"התפיסה המעוגנת בסעיף הינה, כי האנטי-חברתיות הגלומה בהתנהגות של נאשם, שחשד באפשרות שמא מתקיימת נסיבה שיש בה כדי להפליל את מעשהו אך הוא בחר לפעול מבלי לבדוק אם היא אכן מתקיימת אם לאו, שקולה כנגד פעולה מתוך מודעות בפועל לקיום אותה נסיבה"**.

ככל שהדבר נוגע לעבירת האינוס, קובע בית המשפט העליון בפס"ד אזולאי כי **"הוכחת קיומו של חשד ממשי מצד הנאשם בדבר התקיימות הנסיבה 'שלא בהסכמתה החופשית', בלא שהנאשם בירר חשד זה עובר למעשה-האישות, מהווה תחליף הולם למודעות בפועל; כך המצב בהתאם לדין המצוי הקבוע בסעיף 20(ג)(1) ל**[**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301)**, ובעיני כך גם המצב הראוי. הדרישה כי נאשם, שבליבו התעורר חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי מין עימו, יברר את הסכמת האישה עובר למגע המיני, אינה מהווה דרישה מוגזמת. הגבר והאישה נמצאים יחדיו, ומה יותר קל מלברר את רצונה של האישה, אלא אם כן הגבר מעדיף שלא לדעת ... יתרה מזאת, עקב קיומו של הצורך בהגנה על אוטונומית הרצון החופשי של האישה, כבודה ושליטתה על גופה, מוצדק לדרוש כי כאשר מתעורר חשד ממשי בליבו של גבר בדבר העדר הסכמתה של האישה למגע המיני, תוטל עליו חובה לברר את חשדו. ממכלול טעמים אלה, קיימת הצדקה לראות בחשד ממשי בדבר העדר הסכמתה של האישה, תחליף הולם לידיעה של ממש במסגרת עבירת האינוס"** (שם, בעמ' 898).

ב[ע"פ 115/00 טייב נ' מ"י, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/case/5678391)(3) 290 (להלן: **"פס"ד טייב"**) נקבע כי לצורך **"עצימת עיניים"** אין דרישה לחשד ברמה גבוהה ודי בחשד ממשי **" 'עצימת עיניים' בנוגע לעבירת האינוס מתפרשת גם על חוסר אכפתיות לשאלה אם המתלוננת מסכימה לבעילה אם לאו"** (שם בעמ' 306, וראו גם [ע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/6024185)(1) 302).

אשר ליחס בין טענת ההגנה שעניינה "טעות במצב דברים" לבין שאלת **"עצימת העיניים"** נאמר בפס"ד טייב כי **"יש להבהיר בהקשר זה את יחסי הגומלין בין 'עצימת עיניים' לבין הגנה של טעות. הגנת הטעות דורשת לשם קיומה אמונה סובייקטיבית במצב דברים שאינו קיים. מקובל להגדיר את היסוד הזה של ההגנה כדרישה לקיום טעות כנה. והנה, 'עצימת עיניים' לגבי מצב דברים ... אינה מתיישבת עם טעות כנה ..."** (שם, בעמ' 309). עוד נאמר בפס"ד טייב כי **" 'עצימת עיניים' פירושה כי הנאשם חשד בקיום נסיבה רלוונטית. חשד זה מחייב אותו לברר את הנסיבה הנדונה. והיה ולא טרח לברר את חשדו, אין עוד אפשרות כי תתקיים אצלו טעות כנה. כי מי שטועה טעות כנה אינו נוטל במודע סיכון שהנסיבות קיימות"** (שם, בעמ' 309)

**העבירה של מעשה מגונה, ויסודותיה**

9. בפתח דברינו נציין כי התביעה מייחסת לנאשם עבירה של מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). סעיף זה אינו מגדיר עבירה אלא נסיבות מחמירות, שיש בהן כדי להביא להחמרה בעונשו של הנאשם. לאמיתו של דבר, העבירה של מעשה מגונה אליו מכוונת התביעה מוגדרת ב[סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) הקובע לאמור **"העושה מעשה מגונה באדם ללא הסכמתו אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א),(ב) או (ג1), דינו – מאסר שלוש שנים".**

**"מעשה מגונה"** מוגדר ב[סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) כך **"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".** אף כאן מדובר בעבירה של מחשבה פלילית התנהגותית מתוך מטרה להשיג אחת מהתכליות המנויות ב[סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים).

על המעשה המגונה להעשות בלא הסכמתו של האחר, להבדיל מ"נגד רצונו" והדברים אשר נאמרו לעניין עבירת האינוס יפים גם בהקשר זה. אשר ליסוד המחשבה הפלילית, הרי שעל התביעה להוכיח את מודעותו של הנאשם ליסוד העדר ההסכמה, ואף כאן ניתן ליישם את הכלל בדבר **"עצימת עיניים",** השקולה כנגד ידיעה.

כאמור, יש לפרש את הביטוי **"לשם"** בהגדרת המעשה המגונה, כמבטא שאיפה להשגת אחת התכליות הנקובות בהגדרה, ומכאן שמדובר בעבירה התנהגותית שאליה מצטרפת מטרה.

אשר לנסיבות המחמירות המופיעות ב[סעיף 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1) הרי שמדובר במספר חלופות: שימוש בכוח, הפעלת אמצעי לחץ או תוך איום על קורבן העבירה.

**עבירת כליאת שווא, ויסודותיה**

10. [סעיף 377](http://www.nevo.co.il/law/70301/377) רישא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע לאמור **"העוצר או כולא אדם שלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים..."**.

אף כאן מדובר בעבירת מחשבה פלילית-התנהגותית, כאשר היסוד העובדתי שבעבירה משמעו שלילת חופש התנועה של אדם שלא כדין. כפי שמציין י' קדמי בספרו **על הדין** בפלילים, חלק שלישי, בעמ' 1509 **" 'כליאה' – לאו דווקא במבנה 'נעול' או במקום 'מגודר ונעול', דהיינו מאחורי סורג ובריח; אלא – גם ב'הפחדה' המרתקת אדם למקום ושוללת ממנו את חופש התנועה"**. הכליאה אינה חייבת להתבצע לפרק זמן ממושך או "ממשי". אשר ליסוד הנפשי, הרי שנדרשת מודעות כלפי טיב המעשה וכלפי התקיימותן של הנסיבות הקבועות בהגדרת העבירה. כפי שהבהרנו בדברינו הקודמים, **"עצימת עיניים"** עשויה לשמש תחליף להוכחת מודעותו של הנאשם לגבי טיב המעשה, בהתאם ל[סעיף 20(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**מן הכלל אל הפרט**

11. במקרה שלפנינו אין כל מחלוקת כי המתלונן לא רצה ולא הסכים לכל קשר מיני עם הנאשם. אין חולק כי למתלונן לא היתה כל התנסות מינית קודמת, ובוודאי שאין מדובר במי שהיה מעוניין לקיים קשר אינטימי עם גברים.

השאלה העיקרית בה יש להכריע היא האם היה הנאשם מודע להעדר ההסכמה לקיומם של יחסי מין מכל סוג שהוא, מצידו של המתלונן, או לפחות האם חשד כי המתלונן אינו מסכים לקשר מיני עימו אך נמנע מלברר את הדברים, ובכך עצם את עיניו מפני האפשרות להעדרה של הסכמה מצידו של המתלונן.

ב"כ הנאשם מבססת את עיקר טיעוניה על העובדה כי מדובר במתלונן הלוקה בתסמונת אספרגר, אשר אחד מסממניה הוא הרצון לרצות את הזולת ולהימנע מכל עימות עימו. כמו כן, מסתמכת ההגנה על העובדה כי המתלונן לא הביע כל התנגדות למעשיו של הנאשם ואף ניתן למצוא בעדותו סממנים של שיתוף פעולה. עוד נטען, כי כל אימת שהמתלונן ציין כי דבר מה אינו לרוחו או שהוא מכאיב לו, נמנע הנאשם מלכפות את רצונו על המתלונן. בנוסף, לא היה הנאשם במיטבו בשל העובדה כי שתה לשוכרה מאז צהרי יום שישי ועד למפגש עם המתלונן, ואפשר כי בשל כך לא עלה בידו לתרגם כראוי את התנהגותו ומעשיו של המתלונן. הנאשם לא היה מודע לנסיונותיו של המתלונן לפתוח את דלתות הדירה ולעזוב את המקום, ואף לא ידע כי המתלונן ניסה לפרק את מנעול הדלת. אין חולק כי הנאשם לא שמע את שיחותיו הנסערות של המתלונן עם אמו ועם חבריו בשעות אחה"צ של יום שבת, אך היה עד לשיחה של המתלונן עם אמו, בה מסר לה כי הוא ישן אצל אחד מחבריו. בנסיבות אלה, כך נטען ע"י ההגנה, אין ניתן לקבוע כי לנאשם היתה מודעות ליסוד חוסר ההסכמה מצידו של המתלונן ואין לומר כי גילה בהתנהגותו משום "עצימת עיניים".

הננו סבורים כי יש בחומר הראיות כדי לבסס את טענת התביעה, לפיה היה הנאשם מודע לעובדה כי אין הסכמה מצידו של המתלונן לקיים עימו יחסי מין מכל סוג שהוא. אפשר שבמפגש הראשון, ליד התחנה המרכזית, סבר הנאשם כי המתלונן מעוניין להגיע לדירתו ולקיים עימו יחסי קירבה, לנוכח הענותו של המתלונן להצעה לעלות לדירה ולישון שם. ואולם, בהמשך הדברים לאחר שהמתלונן עלה לדירה, נשמעו מפיו מספר ביטויים מהם יכול היה הנאשם ללמוד כי אין מדובר במי שמעוניין לקיים קשר מיני עימו. בין היתר, חזר המתלונן פעם אחר פעם על בקשתו לחזור לביתו וחזר ושאל את הנאשם אימתי יסיעו לשם. כמו כן, אמר המתלונן לנאשם, לפחות בהזדמנות אחת, כי המעשים נעשים בכפייה. נחזור ונציין, בהקשר זה, כי ב"כ הנאשם אינה מעוררת כל טענה בנוגע לחוסר מהימנותו של המתלונן או כי דבריו אינם משקפים את המציאות כהווייתה. המתלונן טען כי ניסה לדחוף או להזיז את הנאשם, כאשר הלה נגע בחזהו ומצץ את פטמותיו, אך הנאשם המשיך במעשיו. המתלונן אמר לנאשם, יותר מפעם אחת, כי יעזוב אותו אך הלה המשיך במעשיו. במקרה אחד נאלץ המתלונן להקיא בשירותים, וזאת לאחר שהנאשם החדיר את איבר מינו לפיו. המתלונן טען במספר הזדמנויות כי הנאשם מכאיב לו, וניתן להבין מכלל הנסיבות כי אין מדובר ביחסי מין המתקיימים בהסכמה, בין שני נאהבים.

גם אם נניח לטובת הנאשם, כי לא היתה לו מודעות לגבי יסוד העדר ההסכמה לקיום יחסי מין, אין ספק בליבנו כי מדובר **"בעצימת עיניים"**, כמשמעה ב[סעיף 20(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), השקולה כנגד ידיעה. אכן, הנאשם לא פעל בדרך של אלימות והמתלונן לא גילה התנגדות אקטיבית למעשיו של הנאשם, אך אין ספק כי בנסיבות ההתרחשות בדירה חשד הנאשם כי המתלונן אינו מסכים לקיום יחסי מין עימו אך עצם את עיניו מפני אפשרות זו ונמנע מלבררה. אין חולק, כי באף שלב משלבי האירוע בדירתו של הנאשם, לא שאל הנאשם את המתלונן אם הוא מסכים לקיים עימו יחסי מין ולא ברר עימו את הסיבה האמיתית שלשמה הגיע המתלונן לדירתו. הוא שמע, במספר הזדמנויות, כי המתלונן מבקש לחזור לביתו ולשאלותיו של המתלונן מתי יסיעו כפי שהבטיח, השיב כי יעשה כן תוך זמן קצר, אך כידוע לא עמד בהבטחתו זו. התנהגותו של המתלונן לא שידרה ולא יכולה היתה לשדר הסכמה לקיום יחסי המין, והנאשם הוא שיזם את כל המהלכים, לרבות את יחסי המין האוראליים, ואת החדרת אצבעותיו ואיבר מינו לפי הטבעת של המתלונן. בניגוד לטענתו של הנאשם, לא אמר המתלונן ולו פעם אחת כי הוא נהנה מיחסי המין עם הנאשם וכי הגיע לסיפוקו. מחומר הראיות יש להסיק כי המתלונן היה נתון במצוקה קשה ביותר והוא חשש עד מאוד מהנאשם, ונראה לנו כי ניתן היה להתוודע לתחושותיו אלה של המתלונן, לו ביקש הנאשם, באמת ובתמים, לברר את רצונותיו. מצוקתו זו של המתלונן באה לידי ביטוי בשיחה בבוקר יום שבת עם אמו כאשר הנאשם עומד לידו והוא נאלץ לומר לה, מחשש כי יבולע לו, כי הוא שוהה בבית חברו. בהמשך, עשה המתלונן כל מאמץ על מנת לחלץ את עצמו מהדירה, ניסה לפרק את המנעול ולבסוף אזר אומץ והתקשר לאמו ולחבריו וכן שוחח עם המוקד המשטרתי. שמענו כי בשיחות אלה היה המתלונן נרגש מאוד ודבריו לוו בבכי ובסערת רגשות. גם אם נמנע המתלונן מעימות גלוי עם הנאשם, אין כל ספק בעינינו כי ניתן היה להבין שהימצאותו בדירת הנאשם אינה נוחה לו, ועל אחת כמה וכמה אמורים הדברים לגבי קיום יחסי המין ההומוסקסואליים.

כאמור, עבירת האינוס וכן העבירה המקבילה של מעשה סדום, אינה מחייבת הוכחת התנגדות אקטיבית מצידו של קורבן העבירה אלא שדי באי הסכמה לקיום יחסי המין, וכפי שכבר ציינו, המתלונן היה רחוק מלהסכים לקיום יחסי המין עם הנאשם. על דבר מודעותו של הנאשם ליסוד העדר ההסכמה או לפחות על חשדו כי אין מדובר בהסכמה, תעיד העובדה כי הנאשם התכחש בחקירותיו במשטרה לעובדה כי קיים יחסים עם המתלונן ואף טפל עליו אשמת שווא לפיה הלה חדר לביתו וחיטט בחפציו. הטענה לפיה נמנע מלספר את הדברים בשל תחושת הבושה מבני משפחתו אינה יכולה להתקבל על הדעת, בשים לב לעובדה כי יוחסו לנאשם עבירות חמורות ביותר והדעת נותנת כי היה מעלה כל טענת הגנה אפשרית אשר היה בה כדי לחלצו מן המיצר. הכחשתו של הנאשם כי החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן והעובדה כי סתר בעדותו את הפרטים אשר נמסרו על ידי באת כוחו בתגובה לכתב האישום, מלמדים על חוסר מהימנותו ואין בידינו לקבל את טענתו כי לא ידע שהמתלונן אינו מסכים לקיים יחסי מין עימו או למצער כי עצם את עיניו מפני האפשרות כי מדובר בחוסר הסכמה מצידו של המתלונן.

לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי הנאשם הציע למתלונן תשלום כספי בסך 200 ₪, ונראה בעליל כי סכום זה הוצע על מנת שהמתלונן יסכים להמשיך בקשר מיני עם הנאשם, דבר שאינו מתיישב עם הטענה כי המעשים המיניים נעשו כולם בהסכמה.

על יסוד האמור לעיל, הננו סבורים כי יש להרשיע את הנאשם בעבירות של מעשה סדום, לפי [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ושל 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). עם זאת, הגענו למסקנה כי לא הוכחו בפנינו הנסיבות המחמירות המתוארות ב[סעיף 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) כיוון שלא נעשה על ידי הנאשם שימוש בכוח, לא הושמעו איומים כלפי המתלונן ומחמת הספק הננו קובעים כי לא הופעלו על ידו אמצעי לחץ אחרים.

אשר לעבירה שעניינה כליאת שווא, שוכנענו כי הנאשם נעל דלת המקשרת בין המסדרון לבין מספר דירות ולאחר מכן אף נעל את דלת דירתו, תוך שהוא מצניע את המפתחות בין בגדיו. גם אם נניח לטובת הנאשם כי לא היה מודע לעובדה כי המתלונן אינו חפץ להמצא בדירה וכי כל רצונו להגיע לביתו, אין ספק בעינינו על יסוד ההתרחשויות במקום, כי הנאשם חשד שהמתלונן מבקש לעזוב את המקום, משלא קויימה הבטחתו להסיעו לביתו לאחר מנוחה בדירת הנאשם. כבר הבענו את דעתנו כי המתלונן לא היה מעוניין בקיום יחסי מין עם הנאשם ואלה התבצעו בלא הסכמתו. אותה **"עצימת עיניים"** שניתן לייחסה לנאשם, ככל שהדבר נוגע לשאלת ההסכמה משליכה גם על רמת מודעותו לגבי השאלה אם מדובר בכליאת שווא או שמא שהייתו של המתלונן בדירה מרצונו החופשי. בנסיבות שהוכחו בפנינו, ניתן לקבוע כי אכן מדובר ב**"עצימת עיניים"** השקולה כנגד מודעות לטיב המעשה, ולפיכך הננו מרשיעים את הנאשם גם בעבירה של כליאת שווא, לפי [סעיף 377](http://www.nevo.co.il/law/70301/377) רישא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

###### סיכומם של דברים

12. לאור האמור, לעיל הננו מחליטים, פה אחד, להרשיע את הנאשם בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום:

א. מעשה סדום, לפי [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

1. 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).

ג. כליאת שווא, לפי [סעיף 377](http://www.nevo.co.il/law/70301/377) רישא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**ניתנה היום ג' בשבט, תשס"ט (28 בינואר 2009) במעמד הצדדים**

5129371

54678313\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

5129371

א' שהם 54678313-1122/07

א' שהם, שופט י' שבח, שופטת ש' ברוך, שופט

אב"ד

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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