



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5920/13

ע"פ 5451/13

לפני: כבוד השופט ס' גיבוראן
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

המערער בע"פ 5920/13: זוסף מרדכי אטלן

המערער בע"פ 5451/13: אברהם (פרדי) אטלן

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דין מיום 25.2.2013, ועל גזר דין מיום 8.7.2013, של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 13454-02-11, שניתנו על-ידי כבוד השופטים ר' יפה-כ"ץ, סג"נ; א' ואגו; י' צלקובניק

תאריך הישיבה: ג' בתמוז התשע"ד (01.07.14)

בשם המערער בע"פ 5920/13: עו"ד נועם אליגון

בשם המערער בע"פ 5451/13: עו"ד קובי סודרי

בשם המשיבה: עו"ד שאול כהן

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. לפנינו שני ערעורים על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 13454-02-11 (השופטת ר' יפה-כ"ץ, סג"נ; השופט א' ואגו; השופט י' צלקובניק) מיום 25.2.2013, ועל גזר דינו שניתן ביום 8.7.2013.

2. המערער בע"פ 5920/13 (להלן: המערער 1) והמערער בע"פ 5451/13 (להלן: המערער 2), שני אחים, הורשעו במסגרת האישום הראשון בעבירת אינוס בנסיבות מחמירות, לפי סעיפים 345(ב)(5) ו- 345(ב)(3) יחד עם סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); ובמעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(5) ו- 345(ב)(3) יחד עם סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין. במסגרת האישום השני הורשעו המערערים בעבירת שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין.

בגין הרשעתם באישום הראשון הושתו על המערער 1 שלוש עשרה שנות מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו ועל המערער 2 נגזרו עשר וחצי שנות מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו. בנוסף, הושתה על כל אחד מהמערערים, שנת מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורם, לבל יעברו ויורשעו בכל עבירה מסוג פשע, והם חוייבו פיצוי "סמלי" של המתלוננת בסך 50,000, על ידי כל אחד מהם. בגין הרשעתם באישום השני הוטלו על כל אחד מהמערערים שמונה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים מיום שחרורם, לבל יעברו ויורשעו בעבירה זזה או בכל עבירה אחרת שעניינה פגיעה בסדרי שלטון ומשפט.

עובדות כתב האישום

3. על פי האישום הראשון, המערער 1, יליד 1962, פגש במתלוננת, ילידת 1990 מחוץ לפאב בעיר דימונה, בלילה שבין יום ה- 16.05.2009 ליום ה- 17.05.2009, כאשר לא היתה בין השניים כל הכרות מוקדמת. המערער 1 החל לשוחח עם המתלוננת והציע לה לשות בירה. המתלוננת הסכימה והמערער הגיש לה בקבוק בירה פתוח. מיד לאחר שהמתלוננת לגמה מן הבקבוק, היא חשה ערפול וטשטוש וביקשה מהמערער 1 לקחתה הביתה. המערער 1 הבטיח לה לעשות כן, אך תחת זאת הוא נסע יחד עם המתלוננת ברכב של חברו לביתו של אחיו, הוא המערער 2, יליד 1964, המתגורר בעיר.

עם הגיעם לבית המערער 2, העלה המערער 1 את המתלוננת לדירתו של המערער 2 בקומה השניה (להלן: הדירה), כשהיא נתמכת בו בזמן ההליכה בשל מצבה. המערער 2 היה בדירה באותה העת.

זמן קצר לאחר הגעתם לדירה, לקח המערער 1 את המתלוננת לחדר השינה והשכיבה על המיטה, כשהיא שרויה במצב של חוסר אונים, טשטוש וערפול הכרה ואינה מסוגלת להתנגד למעשיו. בשלב מסוים נכנס גם המערער 2 לאותו החדר.

המערערים או מי מהם הפשיטו את המתלוננת בחלק גופה התחתון, ולאחר מכן אנסו אותה, בצוותא חדא, וביצעו בה מעשה סדום, תוך ניצול מצבה המונע ממנה לתת הסכמה חופשית, בכך שאחד מהם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, והשני, בו זמנית או סמוך לכך, החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, עד ששניהם הגיעו לסיפוקם המיני. כתוצאה ממעשי המערערים, נגרמה למתלוננת חבלה גופנית בדמות קרע בקרום הבתולין, והיא סבלה בנוסף מדימום מפי הטבעת ומהנרתיק.

לאחר מכן, כך נאמר בכתב האישום, הלבישו המערערים את המתלוננת בבגדיה והמערער 1 הודיע לאחותה של המתלוננת, שכל אותה עת חיפשה אותה טלפונית, כי היא יכולה לקחת את המתלוננת. המערער 1 תפס את המתלוננת בצווארה ודחף אותה אל מחוץ לדירה לתוך חדר המדרגות, שם היא ישבה כשהיא מחוסרת הכרה, עד שהגיעה אחותה.

במסגרת האישום השני נטען, כי ביום 14.8.2009, לאחר שהמערערים מסרו את הודעותיהם בפני חוקרי המשטרה, בעקבות התלונה, מושא האישום הראשון, הם ישבו יחד בתא המעצר. במעמד זה, תיאמו המערערים ביניהם גרסאות במטרה להסיר מהם את החשד בדבר ביצוע עבירות המין המיוחסות להם.

התשובה לאישומים

4. המערערים הכחישו, ככלל, את ביצוע המעשים המיוחסים להם.

המערער 1 אישר כי פגש את המתלוננת, אותה לא הכיר קודם, מחוץ לפאב וטען כי הם שתו יחד בירה. עוד נטען על ידי המערער 1, כי לשניים היה "רקע משותף" שבא לידי ביטוי בשימוש בסמים - המערער 1 כנרקומן לשעבר, והמתלוננת כמשתמשת פעילה בסמים - וככל שהמתלוננת היתה מעורפלת לאחר השתיה, היה זה בעקבות התמכרותה לסמים באותה עת, ולא משום תכולת המשקה ששתתה. לטענת המערער 1, הוא ביקש לסייע למתלוננת להגמל משימוש בסמים, היא הסכימה להצעה, ובעקבות כך נסעו השניים לדירת המערער 2. המתלוננת שהתה בדירה, בה נכח גם המערער 2, רק דקות ספורות והחלה להקיא ולהתנהג באופן בלתי נשלט, ולכן המערער 1 החליט

להוציאה מהדירה, ותיאם עם אחותה שתבוא לקחתה. באשר לאישום השני, אישר המערער 1 כי שוחח עם אחיו במהלך חקירתם, אך לטענתו תוכן השיחה אינו מעיד על כוונה לשיבוש מהלכי המשפט.

המערער 2 כפר בשני האישומים, ואשר לאישום הראשון, הוא הבהיר כי אין לו הכרות מוקדמת עם המתלוננת; הוא אינו יודע מה התרחש בינה לבין אחיו טרם שהגיעו לדירה; ולטענתו, הוא ישן בזמן שהשניים שהו בדירה.

הכרעת דינו של בית משפט קמא

5. במסגרת הכרעת הדין הנוגעת לאישום הראשון, ולאור העדויות שנשמעו בפניו, הבהיר בית משפט קמא כי אין כל מחלוקת, שהמערערים נכחו יחד עם המתלוננת בדירתו של המערער 2, בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום. המערערים אף לא שללו, כי שהו יחד בחדר השינה שבדירה לפרק זמן מסוים, הגם שהמערער 2 נימק זאת ברצונו לזרז את הוצאתה של המתלוננת מן הדירה. עוד קבע בית משפט קמא, כי אין מחלוקת של ממש, כי המתלוננת היתה נתונה במצב של ערפול חושים שלא איפשר לה לגבש הסכמה מרצון למגע מיני, וכי אין לה כל מניע להעליל על המערערים עלילת שווא.

6. בהמשך, התייחס בית משפט קמא לעדותה של המתלוננת בפניו וקבע, כי המתלוננת מסרה עדות מהימנה, ברורה ואותנטית אודות מעשי המערערים בגופה, כפי המתואר בכתב האישום. זה המקום לציין, כי הודעות המתלוננת במשטרה הוגשו, כראיה לתוכן, לבית משפט קמא, וזאת בהסכמת באי כוח המערערים.

על מידת אמינותה של המתלוננת למד בית המשפט, בין היתר, מהעובדה שזו ביקשה לדקדק, ככל שניתן, בפרטי עדותה, תוך שהיא מבחינה בין פרטים הזכורים לה במדויק ומזמן אמת לבין פרטים אשר נותרו מעורפלים בזכרונה או שהיא שיחזרה אותם בדיעבד. עוד הודגש בהכרעת הדין, כי המתלוננת לא חששה לחשוף את חולשותיה, את התמכרותה לסמים, ואת מצבה הקשה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום. בית משפט קמא התרשם מכנות עדותה של המתלוננת, גם משום שהיא לא נמנעה מלשתפו בפרטים שאינם מסייעים לביסוס גרסתה ואף עשויים, בנסיבות מסויימות, לפגום בה - כגון העובדה שהיא השתמשה עם המערערים בסמים במהלך שהותם בדירה; כי הפרה את צו מעצר הבית בו היתה נתונה ערב האירוע; וכי, ככל

הנראה, היא נשענה על המערער 1, כבר במהלך נסיעתם לדירת המערער 2, וזאת בשל מצבה הפיזי אותה עת. בית משפט קמא הדגיש בנוסף, כי המתלוננת לא ניסתה להשחיר את פני המערערים, באופן המחזק את מהימנותה, ולא ביקשה להעצים את מעשיהם ולשוות להם "גוון של אכזריות יתרה או התעללות בה". אדרבא, המתלוננת הביעה התלבטות מסויימת לגבי חלקו של המערער 2 במעשים, משום שלא ראתה את פניו.

אמונו של בית המשפט בגרסת המתלוננת לא עומעם על אף טענות המערערים בדבר כבישת תלונתה במשטרה במשך כשלושה חודשים. זאת, לאחר שהמתלוננת סיפקה הסבר סביר לכבישת התלונה, ולנוכח העובדה כי היא חשפה את המעשים, בסמוך למועד התרחשותם, בפני אחותה. אחות המתלוננת, כך הובהר, העידה בבית המשפט, וגרעין הגרסה שסיפרה לה המתלוננת, "תוך בכי והתרגשות", דומה בעיקרו לפרטי התלונה שהגישה המתלוננת למשטרה מאוחר יותר.

בית משפט קמא הדגיש בנוסף, כי ניתן היה להרשיע את המערערים בביצוע המעשים המתוארים במסגרת האישום הראשון, על יסוד עדותה היחידה של המתלוננת. יחד עם זאת, מצא בית משפט קמא חיזוקים לגרסתה בעדות אחותה ובשקריו המהותיים של המערער 1, להם הוא לא סיפק הסבר סביר, ואשר הוכחו מפי מקור חיצוני ועצמאי, הוא עדות המערער 2. הובהר, לעניין זה, כי המערער 1 שיקר באשר לשעת האירוע ומשך שהותה של המתלוננת בדירה; באשר לעצם שהותו עם המתלוננת בחדר השינה; ובנוגע לעובדה כי בשלב מסויים היתה המתלוננת נטולת בגדים, ולו באופן חלקי.

7. אשר להתרשמותו מעדויות המערערים, ובעיקר מעדותו של המערער 1, הדגיש בית משפט קמא כי מדובר בעדויות רצופות סתירות ובלתי משכנעות, במסגרתן ניסו המערערים להתחמק ממתן מענה לשאלות, שנראו להם בלתי נוחות. המערערים, כך נקבע, ביקשו לצייר בפני בית המשפט תמונה "של מתלוננת לא מושכת, שאינם לטעמם מבחינה מינית, ושכל שרצו היה להיפטר ממנה מהר ככל האפשר". ואולם, המערערים עצמם חטאו לעמדתם זו, שעה שהמערער 1 אישר בעדותו כי פיתח צפייה לקיום יחסי מין עם המתלוננת, ולאור העובדה שהמערער 2 נמנע "מלהיפטר" ממנה מייד עם הגעתה לדירתו, ואיפשר לה לשהות בחדר השינה, לאורך זמן.

בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער 1, המשתמעת מסיכומיו, כי מצבה התודעתי הירוד של המתלוננת, בזמן האירוע, פגם במהימנות עדותה. זאת, לאחר שבית המשפט התרשם כי המתלוננת העידה בפניו רק על חלקי האירוע אותם זכרה

לאשורם, והפרידה בין חלקים אלו בעדותה לבין חלקים אחרים שטושטשו בזכרונה, ושהיא אינה בטוחה ביחס להתרחשותם. עוד הוסיף בית משפט קמא והדגיש, כי המערער 1 לא הניח תשתית ראייתית להשערותו, כי בשל מצבה הפיזי והנפשי במהלך האירוע דמיינה המתלוננת "חזיונות שווא" בנוגע למעשי המערערים, בצינינו כי השערה זו אינה מתיישבת עם גרסתה המהימנה, לפיה בבוקר שלמחרת האירוע היא גילתה כי תחתונה מלאים בדם, וכי בגדיה ושערה ספוגים בנוזל זרע.

בית משפט קמא אף דחה את עמדת המערער 1, לפיה, העובדה שלא נמצאו סימני ד.נ.א על חגורת המכנסיים שלבשה המתלוננת בזמן האירוע, פוגמת במהימנות גרסתה. המתלוננת העידה, כך הובהר בהכרעת הדין, כי לאחר האירוע היא זרקה את תחתוניה המוכתמים בדם לאסלה וכיבסה את בגדיה, משום שלא שיערה כי תגיש תלונה במשטרה. המתלוננת אף קרצפה את חגורת מכנסיה, עליה איתרה, לדבריה, שרידי נוזל זרע, אך משהחליטה לפנות למשטרה היא סברה כי ניתן יהיה למצוא עליה שיירי חומר ביולוגי של המערער 1, משום שהחגורה לא כובסה. המתלוננת מסרה את חגורתה לבדיקה, אך לא אותר עליה "מומצא בר בדיקה", כדברי בית המשפט. הסברי המתלוננת להעדרם של ממצאים ביולוגיים התומכים בגרסתה התקבלו על ידי בית משפט קמא, וזה אף מצא בעובדה שהמתלוננת מסרה את חגורתה לבדיקה, משום אישוש לכך שלא היה לה כל ספק שהאירועים עליהם העידה, אכן התרחשו.

לאחר זאת, ועל יסוד עדותה המהימנה של המתלוננת קבע בית משפט קמא, כי המערער 1 ביצע את המיוחס לו באישום הראשון בכתב האישום.

8. אשר לעניינו של המערער 2, ככל שהדבר נוגע לאישום הראשון, ציין בית משפט קמא, כי גם לפי גרסתו שלו- לפיה הוא העמיד לרשות אחיו והמתלוננת את חדר השינה "כאשר נהיר היה לו, לדבריו, לשם מה מתבקש הדבר, ולו מתוך עצימת עיניים מובהקת", ועם סיום האירוע הוא סייע להלביש את המתלוננת - ניתן היה להרשיעו בסיוע לעבירות המין שביצע המערער 1. ואולם, בהתאם לעדות המתלוננת, בה נתן בית משפט קמא אמון, חרג חלקו של המערער 2 ממעשה סיוע בלבד, שכן בשלב מסויים הוא נכנס לחדר השינה והצטרף למערער 1, כשהוא מבצע במתלוננת מעשה סדום.

על פי המפורט בהכרעת הדין, המתלוננת חזרה והעידה מפורשות כי אדם נוסף, שאינו המערער 1, אותר ראתה מולה, בעל אותה מאחור, באמצעות החדרת איבר מינו, וזאת בו זמנית עם מעשיו של המערער 1. התלבטותה היחידה של המתלוננת, כך צויין,

היתה לגבי זהותו של אותו אדם נוסף. עוד הודגש, כי אין כל התכנות לאפשרות כי המערער 1 החדיר את אצבעו או חפץ אחר לפי הטבעת של המתלוננת בזמן אינוסה, וזאת משום שהמתלוננת הדגישה כי דובר בחדירה של איבר מין; היא סיפרה לאחותה על דבר מעורבותם של שני גברים באקט המיני; והעידה כי האדם שבעל אותה מאחור הגיע לסיפוקו "על חולצתה או גבה". לאור האמור, קבע בית משפט קמא, כי מאחר שהמערער 2 היה היחיד שנכח בדירה, ובפרט בחדר השינה, במועדים הרלוונטיים למעשים המיניים, נוסף על מערער 1, הרי שהוא זה אשר ביצע במתלוננת את מעשה הסדום המתואר באישום הראשון, ובכך היה שותף גם למעשה האינוס שביצע בה במקביל המערער 1.

לבסוף, פסק בית משפט קמא, כי מאחר שמעשה האינוס ומעשה הסדום בוצעו בנסיבות מחמירות - היינו בחבורה ותוך גרימת חבלה גופנית ודימום למתלוננת - יש להרשיע את המערערים בעבירות המיוחסות להם באישום בראשון לכתב האישום.

9. אשר לאישום השני, נקבע, כי הראיה המרכזית לעבירת שיבוש מהלכי המשפט המיוחסת למערערים היא הקלטת שיחה שערכו המערערים ביניהם, לאחר תחילת חקירתם, ואשר הוגשה כראיה בהסכמת הצדדים ביחד עם תמלול השיחה. באותה שיחה (מט 29/09), כך הבהיר בית המשפט, נשמעו המערערים כשהם מתאמים ביניהם גרסאות ביחס להתרחשויות בדירת המערער 2, ובנוגע למשך הזמן בו שהתה בה המתלוננת בדירה. המערערים, בין היתר, מספרים זה לזה במהלך השיחה על הגרסה שמסרו לחוקרים; משוחחים על טביעות אצבע שאולי נמצאו על תחתוני המתלוננת; ומעלים השערות לגבי איכות וכמות הראיות שבידי החוקרים. לאור הממצאים העולים משיחה זו, קבע בית משפט קמא, כי יש להרשיע את המערערים גם בעבירה המיוחסת להם באישום השני. עוד הודגש, כי שיחה זו של המערערים מחזקת את גרסת המתלוננת בכל הנוגע לאישום הראשון, באשר היא מצביעה על תחושת אשם מצידם של המערערים "אשר ראו לנכון וחשו צורך לתאם גרסאות ולהציג חזית אחידה כלפי החוקרים".

גזר דינו של בית משפט קמא

10. בבואו לגזור את דינם של המערערים, שקל בית משפט קמא את הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות - זכותו של האדם על גופו ונפשו; זכותו לכבוד ולאוטונומיה; ותחושת הבטחון האישי. בהמשך, נתן בית משפט קמא את דעתו לחומרה הרבה הגלומה במעשי המערערים, אשר בינם לבין המתלוננת פער של שנים

רבות, והם ראו בה טרף קל וזמין להשתמש בו לשם סיפוק יצריהם, תוך השלכתה מהדירה לאחר מעשה, וללא גילוי רגשות אמפתיה וחמלה. בית משפט קמא פירט את עיקרי האמור בתסקיר נפגעת העבירה, שהוגש לעיונו, ולפיו המתלוננת מנסה לשקם את חייה בצל הפגיעה הקשה שחוותה. הובהר, כי גורלה של המתלוננת, עוד קודם למעשים הנפשעים של המערערים, לא שפר עליה, וכי היא סבלה מבעיית צריכת סמים ואלכוהול, אשר נוצלה על ידי המערערים "בהם פגשה בשלב רגיש וקשה של חייה ממילא, ופגע קשות במעט הכוחות שהצליחה לאזור כדי לעלות על מסלול טוב יותר ואופטימי".

בהתאם לנתונים אלו, ובשים לב לעונש המירבי הקבוע בצד העבירות בהן הורשעו, קבע בית משפט קמא כי מתחם העונש ההולם את מעשי המערער 1 במסגרת האישום הראשון, נע בין 11 ל-15 שנות מאסר לריצוי בפועל. מתחם העונש ההולם את העבירות שביצע המערער 2, במסגרת אותו אישום, הועמד על 9 עד 13 שנות מאסר בפועל, וזאת משום הפער בין חלקו של המערער 1 לחלקו של המערער 2 בביצוע העבירות. בית משפט קמא קבע עוד, כי מתחם העונש ההולם את העבירה המפורטת באישום השני, נע בין עונש מאסר מותנה של מספר חודשים לבין 12 חודשי מאסר בפועל.

לצורך קביעת עונשם של המערערים בתוך מתחם העונש ההולם, נתן בית משפט קמא דעתו לעובדה שהמערערים אינם מקבלים אחריות על מעשיהם עד היום; הם נמנעים מלהביע עליהם חרטה כלשהי; ומתבטאים באורח מזלזל ומלגלג כלפי המתלוננת, כפי שעלה מתסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער 1 ומהערכות המסוכנות המינית שניתנו בעניינם של שני המערערים. יצויין, כי בתסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער 1, שהוכן לבקשתו, נקבע יש מקום להטיל עליו עונש מוחשי משמעותי "אשר יסייע לו לקחת אחריות על התנהגותו ויציב לו גבולות בעתיד". עוד ציין בית משפט קמא, כי על פי הערכות המסוכנות המינית, שפורטו בגזר הדין, מאופיינים המערערים ברמת מסוכנות מינית גבוהה.

לצד הקולא, ועל אף שלשני המערערים עבר פלילי, שקל בית משפט קמא את העובדה שמדובר בהרשעתם הראשונה בעבירות מין, ובקביעת אנשי המקצוע, כי אין מדובר "בעברייני מין המונעים מסטייה פתולוגית בתחום זה". עוד התחשב בית המשפט בנסיבות חייהם של המערערים ש"אין קלות"; בטענתם כי הצליחו להיגמל משימוש בסמים; ובמצבו הרפואי של המערער 1, הגם שהובהר כי אין מדובר בשיקול דומיננטי לעניין הטלת עונש מאסר ממושך.

11. לאחר זאת, הושתו על המערערים העונשים המפורטים בפסקה 2 לעיל.

בקשת המערער 2 לעכב את ביצוע ריצוי עונש המאסר, שהוגשה לבית משפט זה, נדחתה ביום 11.8.2013.

ערעורו של המערער 1

12. המערער 1 ערער על הרשעתו בביצוע עבירות המין המפורטות באישום הראשון. במבוא לטיעונו, טען המערער 1, כי הרשעתו על יסוד עדות יחידה של המתלוננת, המלווה בהנמקה בלבד, דורשת בחינה קפדנית במיוחד של מסקנתו המרשיעה של בית משפט קמא. על יסוד האמור, הדגיש הסנגור, כי בנסיבות דנן על ערכאת הערעור לחרוג ממנהגה ולהתערב בממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו על ידי ערכאה הדיונית, שכן אלו אינם נתמכים בתשתית ראייתית אמינה ומספקת. טעם נוסף להתערבותנו בהכרעת הדין, כך נטען, נעוץ בעובדה כי הממצאים המרשיעים שנקבעו על ידי בית משפט קמא מבוססים על שיקולי סבירות והגיון גרידא.

ביתר פירוט, נטען כי מעדות המתלוננת ומקורביה עולה כי מצבה ההכרתי - קוגנטיבי של המתלוננת, עוד טרם שבוצעו בה עבירות המין; במהלך ביצוע העבירות הנטענות; ואף לאחר מכן, "היה אפסי עד לא קיים", כדברי המערער 1. זאת, כך נטען, באופן שאינו מאפשר לבית המשפט להסתמך על עדות המתלוננת בדבר המעשים שנעשו בגופה. לדעת המערער 1 המתלוננת אינה מתארת בעדותה מעשים אותם "חווה בחושיה מתוך הכרה, וודאי לא צלולה" אלא דברים אותם הבינה בדיעבד, רק לאחר שהתפכחה, ועל כן שגה בית משפט קמא כאשר מצא להרשיע את המערערים על יסוד עדותה. עוד טען המערער 1, כי אין ליתן אמון בגרסת המתלוננת משום שמצבה הנפשי בעת מסירת העדות בבית המשפט, כמו גם במהלך חשיפת המעשים באוזני אחותה, התבטא ב"נינוחות" וב"אדישות", וכן משום שהמתלוננת לא סיפקה הסבר סביר לכבישת תלונתה. עוד נטען, כי גרסת המתלוננת "זוהמה" באמצעות המידע ששמעה מאחותה, וכי בגרסתה ישנן תמיהות ופירוכות בלתי סבירות, המצדיקות את זיכוי של המערער 1 מכל אשמה.

השגות המערער 1 על הרשעתו במסגרת האישום הראשון נסמכו גם על חוות הדעת מטעם המרכז הלאומי לרפואה משפטית (להלן: חוות הדעת הרפואית), אשר לא מצאה סימני חבלה טריים באיבר המין של המתלוננת, וכן ועל המחדל החקירתי

המתבטא, לדידו של המערער 1, בעובדה שבני משפחת המתלוננת, למעט אחותה, לא נחקרו במשטרה.

לבסוף נטען, כי גרסת המערער 1 הינה גרסה עקבית ומהימנה, אף אם נפלו בה אי דיוקים וסתירות, כגון הכחשתו הראשונית את המצאות המתלוננת בחדר השינה. בכל אופן, כך הובהר, אין מדובר בשקרים מהותיים, העשויים להוות חיזוק לגרסת המתלוננת. המערער 1 הדגיש בנוסף כי, הלכה למעשה, אין סתירה משמעותית בין גרסתו לגרסת המתלוננת. המתלוננת ביססה את גרסתה על זכרון מעומעם לפיו היא ראתה את פניו של המערער 1 כשהוא גוהר מעליה. מצב דברים זה אפשרי, כך נטען, גם לפי גרסת המערער 1, שכן לאחר שהמתלוננת החלה להקיא הוא ניסה להוציאה מדירת המערער 2, ואפשר כי במהלך נסיונותיו אלו, היא ראתה את פניו. לכל הפחות, כך הוסיף וטען המערער 1, הספק שקיים לגבי גרסתו מתעורר גם בנוגע לגרסתה של המתלוננת, ובנסיבות מעין אלו, על בית המשפט לזכותו מהעבירות בהן הורשע.

13. במסגרת ערעורו על גזר הדין, טען המערער 1 כי בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי לנסיבותיו האישיות, ושם לנגד עיניו רק את שיקולי ההרתעה, טרם שחרץ את דינו במסגרת האישום הראשון. נטען, בהקשר זה, כי הערכאה הדיונית לא התחשבה דיה בנסיבות חייו המורכבות של המערער 1 ובמצבו הבריאותי הקשה, דבר שיש ליתן לו משקל משמעותי במלאכת גזירת הדין. עוד נטען, כי היה על בית משפט קמא להתחשב, לצורך גזירת הדין, בשיהוי שחל בהגשת כתב האישום נגד המערער 1, היינו בחלוף כשנתיים ימים ממועד התרחשות האירועים הנטענים; בעובדה שלאורך ההליך המשפטי כולו היה המערער 1 משוחרר ממעצר ללא תנאים מגבילים, ומאז חקירתו בתיק זה הוא לא הסתבך בפלילים; ובמדיניות הענישה הנוהגת בעבירות דומות, המחייבת, לדידו של המערער, ענישה מקלה יותר. לבסוף נטען, כי במידה שערעורו של המערער 2 יתקבל באופן חלקי, וזה יורשע רק בסיוע לאונס, יש להקל בעונשו של המערער 1, שכן במצב דברים זה, המערער 1 לא ביצע את האינוס המיוחס לו בחבורה כי אם לבדו, באופן המשמיט את "הנסיבות המחמירות" של ביצוע העבירה, אשר מפורטות בסעיף 345(ב)(5) לחוק העונשין.

ערעורו של המערער 2

14. לטענת המערער 2, מדובר במקרה מובהק שבו על ערכאת הערעור להתערב בהכרעת דינו של בית משפט קמא במסגרת האישום הראשון, שכן הכרעת דין זו מבוססת על הסקת מסקנות מוטעית ממערכת הראיות הנסיבתיות שנפרשה בפניו, בכל

הנוגע למעורבות המערער 2 באירוע. עוד טען המערער 2, כי בית משפט קמא התעלם מראיות ומעובדות משמעותיות, המתיישבות היטב עם גרסתו, וגם מטעם זה יש להתערב בהכרעת הדין ולהורות על זיכוי מעבירות המין בהן הורשע. המערער 2 הבהיר, כי הוא אינו חולק על מהימנותה של המתלוננת, ואולם אין בגרסתה כדי להוכיח, מעבר לכל ספק סביר, את אשמתו.

ביתר פירוט, נטען, כי המתלוננת הביעה לאורך עדותה וחקירותיה במשטרה חוסר בטחון של ממש אשר לשאלה, האם במהלך המעשים המיניים היא חשה בחדירה לפי הטבעת שלה, והאם היה הדבר במקביל להחדרת איבר מין זכרי לאיבר מינה. עוד נטען, כי טענות המתלוננת בעניינים אלו עלו בחקירתה הראשונה במשטרה, בעקבות שאלות מדריכות של החוקר.

הודגש, בנוסף, כי גם אם נצא מתוך הנחה כי המתלוננת הביעה בטחון בנוגע לפרטים אלו, הרי שגרסתה לעניין חלקו של המערורב הנוסף באירוע, מלבד המערער 1, מבוססת על תחושתה בדבר "חדירה מאחור" בשילוב קיומם של שרידי נוזל הזרע, שלטענתה מצאה על החלק האחורי של חולצתה, בנוסף לשרידי הזרע שנמצאו על החלק הקדמי של החולצה. ואולם, כך נטען, אין באמור כדי להצביע על מעורבותו של המערער 2 באירוע, וזאת ממספר טעמים. ראשית ייתכן שהמתלוננת חשה תחושת חדירה בפי הטבעת, למרות שזו לא התרחשה, כאשר תחושה זו באה רק בעקבות החדירה הוגינאלית, שגרמה לה לכאב. הובהר, לעניין זה, כי המתלוננת לא העידה שחוותה כאבים בפי הטבעת במהלך האקט המיני, והודגש כי חוות הדעת הרפואית תומכת בכך. שנית, גם אם היתה חדירה לפי הטבעת, ייתכן כי לא היתה זו חדירה של איבר מין זכרי. המערער 2 הדגיש, כי בניגוד לאמור בהכרעת הדין, המתלוננת לא העידה כי חשה, בזמן אמת, שמי אשר בעל אותה מאחור בא על סיפוקו אלא שהיא הסיקה זאת עקב שרידי נוזל הזרע שראתה. על כן אפשר, כך הוסיף וטען המערער 2, כי תחושת החדירה שחשה המתלוננת בפי הטבעת שלה לא נבעה מהחדרת אבר מין זכרי, דווקא. המערער 2 טען עוד, כי השערת המתלוננת, לפיה הכתמים על בגדיה היו כתמי נוזל זרע לא הוכחה בבדיקה מדעית, ואף לא קיבלה ביטוי בדברי העדים, אשר אספו אותה מזירת האירוע. ככל שהמתלוננת איתרה שרידי נוזל זרע גם על חולצתה מאחור, הרי שאלו היו יכולים להיווצר מנוזל הזרע שהיה על המיטה, עקב מעשיו של המערער 1, ואינם מעידים, בהכרח, על החדרת איבר מין לפי הטבעת של המתלוננת. שלישית, ייתכן שבגלל מצבה התודעתי המעורפל של המתלוננת היא קישרה בין חדירה וגינאלית לחדירה אנאלית שבוצעו, שלא במקביל, על ידי המערער 1 בעצמו (ושבעקבותיהן היא

איתרה כתמי נוזל זרע משני צידי חולצתה). בעקבות כך, סברה המתלוננת, כי מדובר בשתי חדירות שבוצעו במקביל, באופן המחייב השתתפות של שני מעורבים באקט המיני. המערער 2 הדגיש, כי התרחישים שפורטו לעיל הינם סבירים ביותר, וזאת בעיקר לנוכח העובדה שהמתלוננת לא קיימה מעולם יחסי מין עם גברים, עובר לאירועי כתב האישום, וכאשר באותן נסיבות היא אף היתה נתונה להשפעת סמים, אשר שיבשה את תודעתה.

המערער 2 הוסיף וטען, כי לא ניתן לראות בעדות אחות המתלוננת משום חיזוק לגרסת המתלוננת, אם משום שהמתלוננת סיפרה לאחותה על "החדירה הכפולה" רק לאחר שגילתה, לטענתה, את כתמי נוזל הזרע על בגדיה; אם משום שהאחות לא שמעה מהמתלוננת כי המעשים המיניים בוצעו בגופה במקביל; ואם משום שעדות האחות הינה עדות "מזוהמת".

לבסוף, טען המערער 2, כי בית משפט קמא שגה כאשר השתית את הרשעת המערערים על יסוד "שקרי הנאשמים". הלכה למעשה, הערכאה הדיונית לא פירטה שקרים מהותיים כלשהם שנתגלו בגרסת המערער 2, אלא הצביעה על חוסר הגיון קל בגרסתו, לו נמצא הסבר סביר בעדותו של המערער 2.

אשר לאפשרות להרשעה חלופית בעבירה של סיוע לאונס, טען המערער 2 כי המשיבה לא ביקשה להרשיעו בעבירה זו, וממילא לא ניתנת לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני אשמה מסוג זה, כנדרש בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982.

המערער 2 ביקש לזכותו גם מעבירת שיבוש מהלכי המשפט, בטענה כי הרשעתו בעבירה זו התבססה אך ורק על העובדה שהוא שוחח עם אחיו על אירועי כתב האישום, במהלך שהותם בתא המעצר. ואולם, מתוכן השיחה עולה, כך נטען, כי המערער 1 הוא שניסה לשבש את מהלכי המשפט, ואילו המערער 2 דבק בגרסתו, הסותרת את גרסת המערער 1, לעניין משך הזמן בו שהתה המתלוננת בדירה. יתר על כן, המשיבה ובית משפט קמא אימצו את גרסתו של המערער 2 באותה שיחה, ועל כן וודאי שלא ניתן להרשיעו, על יסוד דברים אלו, בעבירת שיבוש מהלכי משפט.

15. לחילופין, ובמידה שערעורו על הכרעת הדין יידחה, ביקש המערער 2 להקל בעונש שהושת עליו במסגרת האישום הראשון, וטען כי בית משפט קמא לא נתן משקל

ראוי לעובדה כי כתב האישום הוגש בשיהוי ניכר; כי הוא מעולם לא הורשע בעבר בעבירות מין; וכי הוא לא היה "הרוח החיה" מאחורי המעשים. עוד נטען, כי העונש שהושת על המערער 2, חורג ממדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מסוג זה.

תמצית תגובת המשיבה בעיקרי הטיעון

16. לגישת המשיבה, יש לדחות את שני הערעורים שלפנינו, על כל חלקיהם. לטענת המשיבה, במהלך התרחשות האקט המיני, ועוד קודם לכן, היתה המתלוננת חסרת כל יכולת פיזית להתנגד למעשי המערערים. עם זאת, והגם שכושרה ההכרחי נפגע אף הוא, הבינה המתלוננת, בזמן אמת, את המתרחש סביבה, והעידה באופן מוחשי וחי על פרטי האירוע המתואר באישום הראשון. לפיכך, כך טענה המשיבה, צדק בית משפט קמא עת השתית את ממצאיו המרשיעים במסגרת האישום הראשון על עדותה המהימנה של המתלוננת.

במענה לטענותיו של המערער 2, הבהירה המשיבה, כי המתלוננת הביעה בטחון מוחלט, כבר בשלב חקירתה במשטרה, ביחס למעורבותם של שני גברים בעבירות המין שבוצעו בה, כאשר הספק היחיד והקל שהיה לה נגע לשאלה אם נעשו הדברים בו זמנית, אם לאו. מאחר שאין מחלוקת, כך הובהר, כי רק המערער 2 נכח בדירה, מלבד המערער 1 והמתלוננת, ולאחר שהוא הודה כי שהה בחדר השינה לפחות בחלק מהזמן בו קיים המערער 1 מגע מיני עם המתלוננת, הרי שהמשיבה עמדה בנטל להוכיח את דבר מעורבותו של המערער 2 במעשים המיניים, מעבר לספק סביר. נטען בנוסף, כי בא כוחו הקודם של המערער 2 נמנע כליל מלחקור את המתלוננת בחקירה נגדית, בנוגע לגרסתה, ואישר את הגשת הודעותיה לבית המשפט, על אף שחלק מתוכן פועל לחובתו. לפיכך, אין לייחס משקל של ממש להשגותיו של המערער 2 והבנתו את משמעות גרסתה של המתלוננת.

בהמשך טיעוניה, פירטה המשיבה את הראיות שהוגשו לבית המשפט ואשר מחזקות את גרסת המתלוננת. המשיבה הפנתה, בין היתר, לעדות אחותה של המתלוננת, אשר תיארה את האירועים באופן דומה לגרסת המתלוננת, ואף העידה על מצבה הנפשי של המתלוננת בסמוך להתרחשותם; לחוות הדעת הרפואית, המעידה על קרע ישן בקרום הבתולין של המתלוננת, כאשר היא העידה כי לא קיימה קודם לכן יחסים אינטימיים עם גברים וכי היתה בתולה בזמן האירוע; ולשקרי המערערים.

לבסוף, הבהירה המשיבה, כי המערער 2 הודה בחקירתו במשטרה, כי הבין, בזמן אמת, שהמתלוננת שתויה לחלוטין, וכי המגע המיני עימה, בנסיבות אלו, פסול, והוא אף סבר כי מדובר בקטינה. מצב דברים זה, כך נטען, מעיד על חומרת מעשיו של המערער 2, ועשוי לשמש יסוד להרשעתו החלופית בעבירת הסיוע לאונס.

טענות הצדדים בדיון

17. במהלך הדיון בערעורים, חזר בא כוח המערער 1, עו"ד נעם אליגון, על טענותיו בהודעת הערעור, והדגיש כי מצבה ההכרתי של המתלוננת בזמן האירוע הקשה עליה לזכור את פרטיו, ועל כן לא ניתן לקבוע ממצאים מרשיעים בהתבסס על גרסתה. אשר לשקרים המיוחסים למרשו, על יסוד גרסתו של המערער 2, הדגיש הסנגור, כי המערער 2 מסר גרסה שקרית ורווית סתירות משום שהוא נלחץ בחקירתו, וכי לא ניתן לסמוך על עדותו בשל עברו הפסיכיאטרי.

בא כוחו החדש של המערער 2, עו"ד קובי סודרי, חזר על העמדה, לפיה הוא אינו מטיל ספק במהימנותה של המתלוננת, אולם לטענתו היא לא העידה כי בוצעה בה חדירה "כפולה" מתוך זכרונה את האירועים, אלא שהיא הסיקה זאת מתוך תחושותיה בלבד. עוד נטען, כי המצב המתואר בעדות המתלוננת, המתאר בעילה כפולה במקביל, אינו אפשרי מבחינה פיזית, וכי בעדותה אין כל זכר לנוכחות אדם נוסף בחדר השינה, מלבד המערער 1. סנגורו של המערער 2 הבהיר, כי המתלוננת לא נחקרה על ידי בא כוחו הקודם של המערער 2 בחקירה נגדית, משום הנחתו כי גרסתה, כמות שהיא, מעוררת ספק סביר בדבר אשמת מרשו. אשר לאפשרות כי המערער 2 יורשע בעבירת סיוע לאונס, טען עו"ד סודרי, כי הראיות אינן מוכיחות שמרשו היה מודע לכך שהמתלוננת, באותן נסיבות, נעדרה יכולת להביע את הסכמתה החופשית לקיום יחסי המין עם המערער 1.

בא כוח המשיבה, עו"ד שאול כהן, חזר והבהיר כי המתלוננת העידה על האירועים המפורטים באישום הראשון מתוך דברים שדלתה מזכרונה, ואף מסרה פרטים רבים ומדויקים אודות המעשים שנעשו בה. אשר לאחריותו של המערער 2, נטען, כי גם אם ייקבע כי הלה לא החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, הרי שניתן להרשיעו בעבירת האינוס כמבצע בצוותא, ולחילופי חילופין, להרשיעו בסיוע לאונס. בתגובה להשגות המערערים על מידת העונש, טען עו"ד כהן, כי אין מקום להתערב בעונשים שהושתו על המערערים לאור טיבן של העבירות, הנזק הרב שנגרם למתלוננת, ונוכח חלקו של כל אחד מהמערערים באירועי כתב האישום.

18. טרם שאבחן את נימוקי הערעור העיקריים, מן הראוי לחזור על מושכלות ראשונים, לפיהם ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות, אשר נקבעו על ידי בית משפט קמא. זאת בעיקר, משום שהערכאה הדיונית היא שנחשפת באופן בלתי אמצעי לעדים ויכולה להתרשם מהאופן שבו הם מסרו את עדותם, מהתנהגותם על דוכן העדים, ומשפת גופם (ע"פ 2921/13 רייטבורג נ' מדינת ישראל (1.1.2015); ע"פ 4428/13 שטרית נ' מדינת ישראל (30.3.2014); ע"פ 5853/12 פלוני נ' מדינת ישראל (14.1.2013)).

הלכה זו שרירה וקיימת גם כאשר בפנינו הרשעה בתחום עבירות המין. עם זאת, על ערכאת הערעור לבחון באופן מדוקדק וקפדני הכרעת דין מרשיעה בעבירות מסוג זה, ובפרט, כאשר הכרעת הדין מבוססת על עדות יחידה של קורבן העבירה, בליווי הנמקה בלבד, בהתאם לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א - 1971 (להלן: פקודת הראיות) (ראו, בהקשר זה, ע"פ 5768/10 פלוני נ' מדינת ישראל (8.6.2015) שניתן לאחרונה על ידי חברי, השופט נ' הנדל, אליו הצטרפו השופט ס' גובראן והחתום מטה; וכן, ע"פ 2911/11 פלוני נ' מדינת ישראל, (5.10.2014); ע"פ 5633/12 נימן נ' מדינת ישראל (10.7.2013); ע"פ 8680/11 פלוני נ' מדינת ישראל (5.6.2013)).

ייתכנו נסיבות חריגות, המקנות לערכאת הערעור שיקול דעת רחב להתערב בממצאי הערכאה המבררת, חרף יתרונה המובנה של האחרונה. כך הוא הדבר כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מושגתים על ראיות שבכתב ולא על התרשמותה מן העדים; כאשר ממצאי המהימנות שנקבעו בבית משפט קמא מבוססים על שיקולים שבהגיון; וכאשר נפלה טעות מהותית באופן הערכת העדויות על ידי הערכאה הדיונית, או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות, מהן עולה כי לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה (ע"פ 433/13 מדינת ישראל נ' פלוני (2.6.2014); ע"פ 6924/12 בעארני נ' מדינת ישראל (29.10.2013); ע"פ 3578/11 סטרוק נ' מדינת ישראל (13.8.2012); ע"פ 175/10 חנוכייב נ' מדינת ישראל (28.7.2011)).

אקדים ואומר, כי בענייננו לא מצאתי כל מקום להתערב בקביעותו של בית משפט קמא לעניין מהימנותה של המתלוננת, ובמצאים העובדתיים שנקבעו על ידו,

על יסוד עדותה. כמו כן, אינני סבור, כי מקרה זה נמנה על אותם מקרים חריגים בהם תטה ערכאת הערעור להתערב בקביעות מהימנות וממצאי עובדה שנעשו על ידי הערכאה הדיונית.

ערעורו של המערער 1

19. המערער 1 טוען, כי שומה עלינו להתערב בהרשעתו במסגרת האישום הראשון, אם משום שלא ניתן להרשיעו בהתבסס על התשתית הראייתית שהוצגה בבית משפט קמא, ואם משום שלטענתו ההכרעה בעניינו מקורה בשיקולים שבהגיון. לדידו של המערער 1, לא ניתן להשתית את הרשעתו על גרסת המתלוננת אודות האירועים, מושא האישום הראשון, נוכח מצבה ההכרתי במהלכם, דבר אשר הקשה עליה למסור פרטים אודות חוויותיה מזמן אמת. לפיכך, כך נטען, עדותה בבית המשפט מבוססת, בעיקרו של דבר, על מסקנות ופרשנות שנתנה בדיעבד לאותם אירועים. אציין כבר עתה, כי אין בידי לקבל עמדה זו.

דומה, כי אין מחלוקת שמצבה הפיזי וההכרתי של המתלוננת בזמן האירועים, המתוארים באישום הראשון לכתב האישום, לא היה במיטבו. המתלוננת צרכה אלכוהול טרם שפגשה את המערער 1 ובהמשך, לאחר שלגמה מהבירה הפתוחה שזה הגיש לה, היא התקשתה לעמוד על רגליה, ולדבריה "איבדתי את עצמי [...]. הייתי צריכה פשוט להיתמך [...]. כאילו ראיתי נקודות שחורות ברמה של ממש, אובדן הכרה לחלוטין כמעט. מה שיכולתי לדבר, זה כבר היה דיבור מאוד מגומגם ולא ברור" (עמ' 20 לפרוטוקול, ש' 28-29). על אף מצבה זה, המתלוננת המשיכה לשתות שתיה חריפה אף כשהגיעה לדירתו של המערער 2, ועישנה חשיש עם המערערים. התנהלותה זו, בפרט לאור משקלה הירוד באותה תקופה, כדבריה, הובילה אותה למצב של ערפול חושים ממשי, "כבר עצמתי עיניים [...]. כבר נגמרתי, שם כבר בקושי יכולתי לדבר" (עמ' 22 לפרוטוקול, ש' 14-15).

יחד עם זאת, ערפול החושים בו היתה נתונה המתלוננת לא פגע ביכולתה לתאר בפרוטרוט, הן במהלך חקירתה במשטרה והן במסגרת עדותה בבית המשפט, את המעשים המיניים שנעשו בגופה, כמו גם את הנסיבות שאפפו אותם. כך, המתלוננת היתה מודעת, בזמן אמת, לעובדה שהמערער 1 סטה מן המסלול המוביל לביתה, למרות הבטחתו; כי לא הוא זה שנהג ברכב; וכי הרכב היה מסוג טרנזיט לבן. היא זכרה, כי המערער 2 פתח את דלת הדירה; וכי היא שתתה אלכוהול ועישנה חשיש בחברת המערערים. המתלוננת אף ידעה, במהלך חקירתה, לשרטט את מבנה דירתו של המערער

2 והצביעה על מיקום הרהיטים בחדר השינה (מסמך המצורף לנ1(א)). זאת, חרף העובדה שהיא ביקרה בדירה, לראשונה, רק בערב האירוע. בשלב בו שהתה בדירה, ולאחר שעישנה סמים, כך העידה המתלוננת, היא שמעה את צלצוליו הבלתי פוסקים של הטלפון הנייד שלה, אך, לדבריה, היא לא הצליחה לאזור כוחות פיזיים לענות לאותו מתקשר (עמ' 22 לפרוטוקול, ש' 15-17). המתלוננת אף היתה מודעת לצלצולי הטלפון הנייד גם לאחר שנכנסה לחדר השינה ביחד עם המערער 1. באותו שלב, כך העידה, נטל המערער 1 את הטלפון הנייד שלה, הניח אותו על השידה, וזאת לאחר שהעביר אותו למצב "שקט". בהקשר זה, סיפרה המתלוננת כי "באותה תקופה היה לי טלפון טלית, כחול עם אורות, כך שכל פעם שהטלפון צלצל, האורות האלה התחילו לצלצל, אני זוכרת את זה כל כך טוב, כי ככה, זה היה ההצלה מבחינתי באותו זמן, ולא היה לי כוח להגיע להצלה הזאתי פשוט" (שם, ש' 22-26).

המתלוננת אף זכרה את פרטי המעשים המיניים שביצע בה המערער 1, ושתיאורם יפורט בהמשך. כך, סיפרה המתלוננת כיצד המערער 1 התיישב לידה על המיטה, נגע בה, והפשיט אותה מבגדיה, ולדבריה "אחרי שהקאתי ככה הרגשתי חדירה מקדימה, משהו כמו שלוש דקות עד שהוא סיבב אותי [...] על הצד [...] והחדירה המשיכה תוך כדי שאני שוכבת על המותן ובמקביל הרגשתי חדירה בגב" (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 6-13). המתלוננת גם שמעה, בזמן אמת, את המערער 1 כשהוא משוחח עם אחותה בטלפון הנייד, ואומר לה לבוא לקחת אותה, ואף היתה ערה לנסיונות המערערים לסגור את חגורת מכנסיה, וכלשונה "את זה אני זוכרת ממש, ממש טוב [...] את החגורה שלי. הוא נלחם איתה באגרסיביות [...] אני זוכרת טוב שהוא קרא לאח שלו בוא תעזור לי" (עמ' 24 לפרוטוקול, ש' 25-29). במקום אחר התבטאה המתלוננת, כי "אני זוכרת את הטלפון שלי בצורה מובהקת כמעט. ואני זוכרת אותו מצוין. את המלחמה על החגורה אני זוכרת בצורה ברורה, כאילו ממש זוכרת את זה" (עמ' 54 לפרוטוקול, ש' 22-24).

לסיכום, וכפי שקבע בית משפט קמא, המתלוננת קלטה בחושיה את עיקר הנעשה סביבה, אף שהייתה נטולת יכולת לפעול, או במילותיה היא היתה "כמו סמרטוט" (עמ' 36 לפרוטוקול, ש' 28).

זאת ועוד, וכפי שהודגש בהכרעת הדין (עמ' 25), בעת שמסרה את גרסתה במשטרה ובבית המשפט היתה המתלוננת מודעת למצבה, במהלך אירועי האישום הראשון, והיתה מודעת לעובדה, כי אינה זוכרת את כל אשר אירע לה, באותו ערב מר ונמהר. ואולם, המתלוננת הקפידה לאבחן בין החלקים שלא היו זכורים לה במדויק בשל מצבה, לבין אלו אשר נצרכו בתודעתה, והתרחשו בפועל. בעיקר, הביעה

המתלוננת התלבטות באשר לזהותו של האדם הנוסף שבעל אותה בפי הטבעת, שכן היא לא ראתה את פניו. כמו כן, המתלוננת אישרה שאת המידע באשר למצבה, לאחר שהוצאה מדירתו של המערער 2, היא שאבה בעיקר מאחותה, אשר הגיעה יחד עם בן זוגה דאז ובלווית שניים נוספים, כדי לאסוף אותה מהמקום. יצויין, כי בית משפט קמא נמנע מלקבוע, ממילא, ממצאים מרשיעים על יסוד חלקים אלו בעדותה.

לאור האמור, סבורני כי לא נפלה שגגה בהחלטת בית משפט קמא להשתית את קביעותיו וממצאיו העובדתיים על גרסת המתלוננת, חרף מצבה הפיזי וההכרתי במהלך אירועי האישום הראשון, וזאת לאחר שנתן אמון מלא בעדותה. יודגש, כי כנותה של המתלוננת; העובדה שהיא שיתפה את הערכאה הדיונית גם בפרטים אינטימיים ואחרים, שלא נדרשו לביסוס גרסתה, ואף היו עשויים לפגוע בה; והתרשמותו של בית משפט קמא כי המתלוננת לא ניסתה להעצים את שארע לה או להשחיר את פני המערערים מעבר לתיאור מעשיהם, כל אלה היוו נדבך נוסף לאמון שנתן בה בית משפט קמא, ואיני מוצא טעם ראוי להתערב בו.

20. זה המקום לדחות טענות נוספות של המערער 1, שמטרתן לקעקע את אמינות גרסתה של המתלוננת אודות אירועי האישום הראשון. כך, אין לקבל את הטענה, לפיה המתלוננת רק הסיקה בדיעבד את אשר בוצע בגופה, וזאת בשל הימצאות שרידי נוזל זרע על חולצתה, למחרת האירוע. אכן, המתלוננת העידה כי שרידי נוזל הזרע שאיתרה על חולצתה, מלפנים ומאחור, חיזקו את הכרתה באשר לחוויה הקשה שהיתה מנת חלקה בלילה הקודם, קרי: כי המערער 1 חדר לאיבר מינה, וכי אדם נוסף החדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלה, במקביל (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 12-22). ואולם, עובדה זו אינה פוגמת בעדותה האותנטית של המתלוננת אודות מעשיהם של המערערים, כפי שנחרטו בזכרונה בזמן אמת.

גם העובדה שהמתלוננת ערכה השוואה בין מצבה ההכרתי לפני התרחשות המעשים המיניים בדירה למצבה לאחר סיומם, עת הוצאה אל מחוץ לדירה, ואישרה לסנגורו של המערער 1 כי היתה אז "בשיא" "חוסר ההכרה" (עמ' 53 לפרוטוקול, ש' 24-28), אינה מסייעת למערער 1. זאת, משום שהוכח כי המתלוננת ידעה למסור, על אף מצבה, פרטים אודות מפגשה עם המערערים, בשלב שקדם לביצוע המעשים המיניים בגופה. ובעיקר, משום שעדותה באשר לשלב בו בוצעו בה המעשים המיניים, הוא מטבע הדברים השלב הרלוונטי לעבירות המנויות באישום הראשון, היתה מפורטת, עקבית וברורה.

אינני מוצא פגם בגרסת המתלוננת, רק משום תיאורה "הלקוני", כטענת המערער 1, את המעשה המיני שבוצע בה, או משום שהמתלוננת לא ציינה בעדותה כי ראתה את איבר מינו של המערער 1, או זכרה פרט "מוכמן" הנוגע למראה גופו. אין לצפות, ממי שעברה אירוע מיני טראומטי ומייסר למסור פרטי פרטים, ובכלל זה פרטים מוכמנים או אחרים בנוגע למבצע העבירה. די בכך שהמתלוננת תיארה בכנות ובאותנטיות את טיב מעשיו של המערער 1, באופן המבסס את יסודות העבירה שיוחסה לו. בית משפט זה נדרש רבות לצביון המיוחד המאפיין את עדותו של קורבן עבירת מין, וחזר ושנה כי עדותו של הקורבן אינה נדרשת להיות מפורטת מאוד, קוהרנטית, או נעדרת סתירות, על מנת לקבוע כי מדובר בגרסה מהימנה. כפי שהדגישה השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 233 (2002):

"הליך שחזור האירועים האלימים על ידי קורבן עבירת מין שחוהה אותם מהווה כשלעצמו טראומה מיוחדת המתבטאת בחיטוט בפרטי הפרטים של חוויה איומה, על אחת כמה וכמה כאשר החקירה היא תוקפנית [...] אין לצפות מאדם כי יזכור פרטי אירוע טראומטי כאילו תיעד אותו בזמן אמת, במיוחד כאשר מדובר בקורבן עבירת מין. לפיכך, השאלה איננה אם קיימים אי דיוקים ואי התאמות בפרטים, אלא אם המקשה כולה היא אמינה ואם הגרעין הקשה של האירועים והתמונה הכוללת המתקבלת מן העדות והחיזוקים לה מאפשרת מסקנה בדבר אשמת הנאשם מעבר לכל ספק [...] ככל שנותרו תמיהות וסתירות בעדות המתלוננת, ייבחנו הן גם לאור החיזוקים שמצא בית משפט קמא לעדותה" (ראו גם, ע"פ 8080/11 פלוני נ' מדינת ישראל (13.12.2013); ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל (8.1.2007); ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010)).

באותה מידה, יש לדחות את טענתו התמוהה של המערער 1, לפיה המתלוננת "שכנעה עצמה בשלב מוקדם, קרי: עוד בטרם הגיעה לביתו של האח כי 'גורלה' נגזר עליה להאנס" ומשום השכנוע העצמי האמור, היא תיארה את המעשים המיניים שנעשו בה, כפי המתואר באישום הראשון, כשלמעשה אלו לא התרחשו במציאות. אכן, המתלוננת שבה וציינה בעדותה כי עקב מצבה הפיזי לא היה בכוחה להתנגד להחלטתו של המערער 1 לסטות מן המסלול המוביל לביתה, ואף אישרה לסנגור כי ברגעים אלו היא הבינה כי היא עתידה להאנס, אך לא היה בכוחה לשנות את המציאות הקשה שחזתה בעיני רוחה, וכדבריה "זה כבר היה לי ברור... ידעתי שמפה יהיה לי קשה לצאת בוא נגיד שויתרתי על זה... אני לא יודעת לתאר את המצב, אתה, כאילו אתה צריך לדאות את זה, כדי להבין, הייתי בטח הכל, לגמרי חסרת כוחות, כוחות פיזיים, בכל אופן, בטח לא

להילחם" (עמ' 49 לפרוטוקול, ש' 28 - עמ' 50 לפרוטוקול, ש' 22). ואולם, מכאן אין להסיק כי המתלוננת תיארה את מעשי האונס והסדום שבוצעו בה, באופן מפורט ומפורש, רק בשל חוסר האונים הפיזי בו היתה שרויה, והנחתה כי היא צפויה להאנס. יצויין עוד, כי ככל שכוונת המערער היא כי המתלוננת העידה שהמעשים נעשו בה בניגוד לרצונה, משום ששכנעה את עצמה כי זהו מצב הדברים הנתון, ולמעשה מדובר ביחסי מין בהסכמה, הרי שממילא טענה כזו עומדת בסתירה לגרסת ההגנה, לפיה המערער 1 לא קיים עם המתלוננת יחסי מין, כלל ועיקר.

21. גם את יתר טענות המערער 1, המבקשות לכרסם במהימנות גרסתה של המתלוננת, אין בידי לקבל. כמו בית משפט קמא, גם אני סבור כי אין להתערב במשקל עדותה של המתלוננת, רק משום שזו כבשה את תלונתה במשך כשלושה חודשים. הלכה פסוקה היא כי משקלה הראייתי של עדות כבושה לא יפגע, ככל שעלה בידי העד לספק הסבר סביר לכבישתה של העדות (ע"פ 4178/10 פרג' נ' מדינת ישראל (19.9.2013); ע"פ 3834/10 והבה נ' מדינת ישראל (6.3.2013)). עוד יודגש, כי עדות כבושה הינה תופעה נפוצה בקרב קורבנות עבירות מין, שכן אלו מתקשים, כפי שניתן ללמוד מהנסיון המצטבר, בחשיפת המעשים הקשים שנעשו בהם וחוששים מההשלכות העשויות לנבוע מהגשת תלונתם במשטרה (ע"פ 9478/11 פלוני נ' מדינת ישראל (4.9.2014); ע"פ 5949/13 שרחה נ' מדינת ישראל (17.3.2014); ע"פ 9399/09 ארלקי נ' מדינת ישראל (10.8.2010)).

בענייננו, הבהירה המתלוננת כי מאחר שבמועד התרחשות האירועים היא הפרה את תנאי מעצר הבית בו היתה נתונה, היא לא חשבה להתלונן על המעשים שנעשו בה, פן תעצר במסגרת התיק הפלילי שהתנהל נגדה. בהמשך, עודדה אותה משפחתה להגיש את תלונתה במשטרה, ואולם המתלוננת עדיין היססה אם לעשות כן, משום שכביעת הערכאה הדיונית "כוחותיה הפיזיים ויותר מכל הנפשיים לא היו באותה תקופה מיטביים בשל ההתמכרות לסמים ותהליך הגמילה הקשה" (עמ' 26 להכרעת הדין). לטעמי, מדובר בהסבר סביר לכבישת התלונה ולהגשתה המאוחרת, כפי שגם קבע בית משפט קמא, ולפיכך אין מקום להפחית במשקלה הראייתי של גרסת המתלוננת. יתר על כן, המתלוננת חשפה את דבר המעשים שבוצעו בה, כבר למחרת היום, בפני אחותה, ועל כן אין לזקוף לחובתה את השתהותה המסויימת בהגשת התלונה הפורמלית לרשויות החקירה.

אף נסיונו של המערער 1 לקעקע את מהימנות המתלוננת בהתבסס על שפת גופה במהלך מסירת העדות, נדון לכשלון. בית משפט קמא קבע, כי עדות המתלוננת לא נמסרה ב"צורה דרמטית ומועצמת" (עמ' 25 להכרעת הדין) והוא ראה בכך משום תמיכה במהימנותה. המערער 1 סבור, לעומת זאת, כי יש לדברים משמעות אחרת. לטענתו, המתלוננת היתה נינוחה ואדישה למדיי במהלך עדותה- היא לא הביעה רגש, לא הזילה דמעה, ומסרה את גרסתה "כאילו לא מדובר בה", ובנסיבות אלה, כך נטען, אין ליתן בה אמון. ואולם, בית משפט קמא פרש לגמרי אחרת את הסממנים הבלתי מילוליים של עדות המתלוננת שנשמעה בפניו, ובכך בדיוק נעוץ היתרון המובנה העיקרי המוקנה לערכאה הדיונית. ערכאת הערעור, בשונה מבית משפט קמא, חסרה את הכלים להתרשם, באורח בלתי אמצעי, מהעדויות שכן אלו לא נשמעו בפניה, ואין כל סיבה, ככלל, שלא לקבל את התרשמותה של הערכאה הדיונית, גם אם המערער 1 חולק על התרשמות זו.

על יתרונה של הערכאה הדיונית בהערכת מהימנותו של עד עמד, לפני למעלה מחמישים שנה, השופט מ' זילברג בע"פ 377/62 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1065, 1073-1074 (1963):

"יסוד מוסד הוא בהלכות ראיות, כי מהימנותו של העד שהעיד מסורה ללבו של השופט הדין בענין, ואינה - בדרך כלל-חוזרת ונבדקת על-ידי בית-המשפט לערעורים. טעמו של דבר כנראה בעליל הוא, שהמניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו כרגיל בדבר שאינו לא 'שקול' ולא 'מדוד', ולא 'מנוי' אלא כמעט 'סמוי מן העין', כמו עקימת שפתיים, שטף דיבור, היסוס פורתא, אזיל סומקא ואתי חיורא (או להיפך)- כל אלה, בגדר דק-מן-הדק-עד-אין-נבדק על-ידי בית-משפט יותר גבוה שלא שמע ולא ראה את העד שהעיד" (ראו גם ע"פ 5382/11 פלוני נ' מדינת ישראל (10.05.2012); ע"פ 5484/11 פלוני נ' מדינת ישראל (19.04.2012)).

עוד יש לציין, לגופם של דברים, כי חזות מאופקת או אדישה לכאורה של עד, אינה מצביעה בהכרח על חוסר אמינותו. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף כשעסקינן בקורבן לעבירות מין, אשר נדרש לגולל מסכת מעשים קשים וטראומטיים שנעשו בגופו. נקבע, לא פעם, כי אין תבנית אחת ויחידה לדרך חשיפת סיפורו הקשה והמייסר של קורבן העבירה. יש קורבנות אשר יפתחו סגור ליבם, יביעו רגש, ויכאבו בפומבי את אשר עבר עליהם, יש כאלו שדווקא יבקשו להרחיק עצמם מהסיטואציה הקשה, כאילו מדובר באדם אחר, ויקרינו מעין אדישות, המשמשת, לעיתים, מנגנון הגנה שאמור

לסייע להם להתמודד עם נסיבות מסירת עדותם (ע"פ 7606/11 פלוני נ' מדינת ישראל (25.2.2013); ע"פ 2326/11 פלוני נ' מדינת ישראל (15.3.2012)). בנסיבות שלפנינו, אינני סבור כי אופן מסירת העדות על ידי המתלוננת, כשלעצמו, פוגם במהימנות גרסתה, וכפי שבית משפט קמא התרשם, ניתן בהחלט לראות בדבר משום מדד נוסף לאמינותה הרבה.

22. המערער 1 הוסיף וטען, כי מצבה הנפשי של המתלוננת, עת חשפה את סיפורה בפני אחותה, מחייב את קבלת הערעור. אינני סבור כך. אחותה של המתלוננת העידה, כי המתלוננת סיפרה לה ששניים אנסו אותה "ביחד" ו"היא היתה ממש על הפנים". האחות נמנעה מלחקור את המתלוננת אודות פרטי המעשים, בציינה כי "אני לא רוצה לשמוע דברים כאלה רק דיברתי איתה על ההרגשה שלה וחיבקתי אותה" (עמ' 105 לפרוטוקול). לשאלת התובעת, מה הכוונה בדבריה של האחות, כי המתלוננת "היתה ממש על הפנים", הבהירה האחות "כי היא בכתה כל הזמן". הגם שהמתלוננת סיפרה לאחותה על מעשי המערערים באופן לאקוני, ואף אם לא הזילה דמעה בשלב זה, אין בכך כדי לערער את גרסתה, כטענת המערער 1. לכל היותר (וגם על כך ניתן לחלוק), אין להסתמך על מצבה הנפשי של המתלוננת בסמוך לאירועים כסיוע לגרסתה, ואף בית משפט קמא לא קבע כאמור (ע"פ 5149/12 פלוני נ' מדינת ישראל, (13.1.2014); ע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל (5.6.2013); ע"פ 5676/10 שונים נ' מדינת ישראל (23.8.2012)).

באותו עניין, יש לדחות את טענת המערער 1, כי העובדה שהמתלוננת ואחותה שוחחו לאחר האירועים המתוארים בכתב האישום, מעידה על "זיהום" גרסת המתלוננת. ראשית, בית משפט קמא, אשר בפניו העידה המתלוננת, התרשם כי היא סיפרה באופן אותנטי ומהימן על מעשי המערערים. מהכרעת הדין לא עולה "חשד" לזיהום עדותה של המתלוננת באמצעות הדברים שהוחלפו עם אחותה, הגם שטענה זו לא נבחנה על ידי בית משפט קמא, באופן מפורש. שנית, למקרא עדות המתלוננת עולה, כי עיקר המידע שקיבלה מאחותה נוגע למצבה לאחר האירוע, עת היא נאספה מהבניין בו מתגורר המערער 2 (עמ' 66 לפרוטוקול, ש' 11-12), וממילא אין ראייה "לזיהום" כלשהו של גרסתה, בכל הנוגע לאירועים שהתרחשו בתוככי הדירה עצמה, שם התבצעו עבירות המין המתוארות בכתב האישום.

זה המקום להבהיר, כי בני משפחת המתלוננת, למעט אחותה, לא פגשו אותה בסמוך לסיום האירוע, וגם הסנגור מסכים, כי הם שהו מחוץ למדינה באותה תקופה.

לפיכך, איני מוצא כי נפל מחדל חקירתי, כטענת המערער 1, בעובדה שבני המשפחה הללו לא התבקשו למסור את גרסתם במשטרה. אכן, המתלוננת סיפרה, כי בני משפחתה הם אלו שעודדו אותה להגיש את תלונתה במשטרה, בשלב מאוחר יותר. ואולם, מאחר שבית משפט קמא קיבל את הטעמים שהובילו לכבישת תלונתה, במשך כשלושה חודשים, הרי שאין חשש כי הגנתו של המערער 1 קופחה, גם אם היה מקום (ואינני סבור כך) לחקור את בני המשפחה (ע"פ 5373/12 אבורמד נ' מדינת ישראל (15.4.2015); ע"פ 1074/14 מישייב נ' מדינת ישראל (8.2.2015); ע"פ 1643/10 פלוני נ' מדינת ישראל (23.1.2015)).

23. לבסוף, אינני רואה מקום להתערב במידת האמון שנתן בית משפט קמא במתלוננת, על יסוד סתירות או תמיהות, עליהן הצביע המערער 1. כך, למשל, טען המערער 1, כי בעוד שבמהלך חקירתה במשטרה טענה המתלוננת כי לא כיבסה את חגורת מכנסיה מליל האירוע, משום שהיו על החגורה כתמי נוזל זרע, הרי שבבית המשפט היא סתרה את עצמה וטענה כי כיבסה גם את החגורה, כיתר בגדיה. לשיטת המערער 1, המתלוננת שינתה את גרסתה בנושא זה רק משום שהסתבר לה, בדיעבד, כי לא נמצאו שרידי ד.נ.א על החגורה.

הדברים אינם מדויקים. אכן המתלוננת סיפרה במשטרה כי כיבסה את פרטי לבושה מערב האירוע מלבד החגורה, עליה היא סברה כי נותרו כתמי נוזל זרע (תמלול חקירתה נ/1, עמ' 2, 4 ו-5; הודעתה נ/1(א), ש' 29, ש' 42, ש' 102-103) ואילו בחקירתה הראשית בבית המשפט מסרה המתלוננת, כי קרצפה גם את חגורתה, טרם שמסרה אותה לבדיקת המשטרה (עמ' 29 לפרוטוקול, ש' 1-6). ואולם, בחקירתה הנגדית, כאשר היא נשאלה לפרש הסתירה האמורה, הבהירה המתלוננת, כי היא לא כיבסה את חגורת המכנסיים, כפי שמסרה לחוקריה, אבל היא מצאה לנכון לנקות אותה, ולדבריה "כאילו לא הייתי משאירה את זה ככה" (עמ' 46 לפרוטוקול, ש' 13). המתלוננת סיפרה, כי גם לאחר שניקתה את החגורה (ולא כבסה אותה) היא הבחינה במספר כתמים, "שלוש טיפול לבנות", על החגורה, וסברה שמדובר בנוזל זרע, וכי עדיין ניתן יהיה לאתר באותה חגורה שרידי ד.נ.א (עמ' 44, ש' 3-6; עמ' 46, ש' 17-12), ועל כן היא ביקשה למסור את החגורה לבדיקה. לאור הסברי המתלוננת אינני סבור, כי מדובר בסתירה מהותית הפוגמת במהימנות גרסתה. מיותר לציין, כי העובדה שלא נמצא חומר "בר בדיקה" על חגורת המכנסיים, אינה תומכת, בהכרח, בגרסת המערער 1, כפי שעולה מטיעונו. סתירות ואי דיוקים נוספים, עליהם הצביע המערער 1

אינם נוגעים לעניינים מהותיים, ולפיכך אין בהם כדי לערער את המסקנה בדבר מהימנותה של המתלוננת.

לאור האמור, מסקנתי היא כי לא נפל פגם באמון שניתן בעדות המתלוננת, ובית משפט קמא היה רשאי להשתית על יסוד גרסתה, בצירוף חיזוקים שונים, שיפורטו להלן, את הרשעת המערער 1 במעשים המיוחסים לו.

חיזוקים להרשעת המערער 1 במסגרת האישום הראשון

24. הגם שבית משפט קמא סבר שדי בעדות המתלוננת כדי לבסס את הרשעת שני המערערים בעבירות המפורטות באישום הראשון, מצאה הערכאה הדיונית חיזוקים שונים לגרסת המתלוננת, בכל הנוגע לחלקו של המערער 1. בין היתר, מדובר בשקריו המהותיים של המערער 1, אשר מסר, הן בחקירתו במשטרה והן בבית המשפט, דברי שקר וכזב בעניינים משמעותיים לשאלת אשמתו, ואין מדובר ב"אי דיוקים" קלים, כטענת סנגורו. כך, מסר המערער 1 גרסאות שונות באשר לכוונותיו עת הסיע את המתלוננת לדירת אחיו; באשר לעצם שהותו עם המתלוננת בחדר השינה שבדירת אחיו; בנוגע למשך שהות זו; ובאשר לכך שבשלב מסויים של שהייתה בדירה היתה המתלוננת נטולת בגדים, ולו באופן חלקי.

הלכה היא כי שקרי נאשם עשויים לשמש תוספת מסייעת לראיות התביעה וזאת בכפוף לעמידתם במספר תנאים, שעיקרם הותווה בע"פ 161/72 סרסור ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2), 203, 220 (1974), ולפיו "התנאי הראשון הוא, כי השקר יהיה מהותי ולא בענין פעוט ערך. התנאי השני הוא כי השקרים נעשו בזדון, ומתוך כוונה להעלים את האמת מפני בית-המשפט, ולא מתוך פחד שיינתן נגד הנאשם פסק-דין שלא כדין. התנאי השלישי הוא, כי השקר יהיה ברור וחד-משמעי. והתנאי הרביעי הוא, כי השקר יוכח מתוך עדות עצמאית ולא מתוך העדות העיקרית הטעונה סיוע". התנאי החמישי הנוסף, עליו עמד בית משפט זה בע"פ 543/79 נגר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1), 113, 142 (1980), קובע "כי השקר גם אם הוכח, קשור אל העבירה עליה נסב המשפט, ואינו נובע מעילה אחרת, שאינה רלבנטית לצורך בחינת האשמה" (ראו גם, ע"פ 458/14 אדרי נ' מדינת ישראל (29.1.2015); ע"פ 8754/13 סעדה נ' מדינת ישראל (15.1.2015); ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (2.4.2012)).

הערכאה קמא קבעה, ובצדק, כי שקרי המערער 1 עומדים בתנאים האמורים, תוך שהיא מדגישה כי לא ניתן לתרצם אך במבוכה ובבלבול של המערער 1; וכי הם

הוכחו, בעיקר, באמצעות גרסתו של המערער 2, כמו גם באמצעות עדותה של המתלוננת ועדותם של אחותה ובן זוגה דאז. עולה מהמכלול, כי שקרי המערער 1 מהווים תוספת ראייתית מסייעת, ולכל הפחות מחזקת, לגרסת המתלוננת.

גם בחוות הדעת של הרופא המשפטי (ת/8) ניתן לראות משום חיזוק לדברי המתלוננת, אף שהערכאה הדיונית לא התייחסה למשקלה הראייתית. בחוות הדעת, המתעדת את בדיקת את המתלוננת כשלושה חודשים לאחר האירוע, נמסר, כי נמצא קרע ישן בקרום הבתולין "שנגרם יותר מכ-3-4 שבועות טרם הבדיקה", וכי ממצאי הבדיקה יכולים להתיישב עם גרסת המתלוננת. מאחר שהמתלוננת העידה כי היא לא קיימה יחסי מין עם גברים טרם אירועי כתב האישום, ולאחר שהמתלוננת "שללה החדרת גופים כלשהם לפות לפני המקרה או אחריו", כאמור בחוות הדעת, הרי שהממצא לפיו נמצא קרע בקרום הבתולין של המתלוננת מהווה תוספת ראייתית מחזקת לגרסתה. המערער 1, אשר ביקש לשכנענו כי חוות הדעת תומכת דווקא בגרסתו, טען כי חוות הדעת אינה מציינת כי באיבר המין של המתלוננת נתגלו חבלות ישנות, אלא היא רק שוללת קיומה של חבלה טרייה במקום. אין בידי לקבל את פרשנותו זו של המערער 1 לחוות הדעת. ראשית, המתלוננת נבעלה כשהיא היתה מחוסרת יכולת להתנגד, כך שלא בהכרח היו אמורים להמצא באיבר מינה סימני חבלה ישנים, על אף תחושת הכאב עליה העידה. שנית, חוות הדעת מציינת את האפשרות כי היו חבלות באיבר המין בעבר, אך אפשר שבשל חלוף הזמן, הן נעלמו. כך או כך, נראה כי הקרע שנתגלה בקרום הבתולין של המתלוננת מתיישב היטב עם גרסתה ומהווה ראיית חיזוק משמעותית לאותה גרסה.

לטעמי, ניתן לראות בגרסת האחות, שנמצאה כמהימנה על ידי בית משפט קמא, והדומה לגרעין גרסתה של המתלוננת, משום ראיית חיזוק ממשית. על מנת לסבר את האוזן, האחות העידה, כי "היא (המתלוננת – א.ש.) באה הביתה [...] היא אמרה שהם אנסו אותה [...] ושזה היה שניהם ביחד [...] אמרה שהיא הגיעה לבית ההוא [...] היה שם אלכוהול, כנראה גם סמים [...] שבאיזה שהוא שלב היא איבדה איכשהו את ההכרה [...] כאילו חצי בהכרה [...] ואז הם הפשיטו אותה ואחד היה מקדימה ואחד היה מאחורה והיא יודעת שג'וזף (המערער 1 – א.ש.) היה מקדימה בגלל שהיא ראתה את הפנים שלו" (עמ' 105 לפרוטוקול, ש' 5-22). תלונה מיידית זו על מעשיהם של המערערים מחזקת את גרסת המתלוננת, גם אם, כאמור, אין לראות במצבה הנפשי של המתלוננת, בשלב זה, משום חיזוק לגרסתה.

אף חלקים מסויימים בגרסת המערער 2 יכולים לשמש חיזוק לעדות המתלוננת, וזאת בנוסף להיותה של גרסה זו ראיה לשקרי המערער 1. המערער 2 חזר ומסר בחקירתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט, כי המערער 1 והמתלוננת נכנסו לחדר השינה שבדירתו, וכאשר הוא עצמו נכנס אל החדר, השניים היו במיטה. זאת, בעוד אחיו, המערער 1, עמד על כך שהוא לא נכנס לחדר השינה בלוויית המתלוננת. אישור פרט מהותי זה, העולה מתוך גרסת המתלוננת עצמה, הגם שאינו נוגע ישירות למעשה העבירה, מהווה חיזוק ראייתי לגרסתה המפלילה (ע"פ 2748/12 אג'בריה נ' מדינת ישראל (13.5.2015); ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו (2.12.2010); ע"פ 238/89 אסקפור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 411 (1989)). יובהר, כי על אף טענות המערער 1 בדבר חוסר אמינותו של המערער 2, בית משפט קמא מצא כי חלקים מסויימים בעדותו משקפים את אשר התרחש, הלכה למעשה, ותומכים בגרסת המתלוננת. הגם שבית משפט קמא לא התייחס מפורשות, במסגרת הכרעת הדין, לכלל שעניינו "פלגינן דיבורא" ולאופן יישומו של הכלל על גרסת המערער 2, ניכר, כי כך בדיוק פעל בית משפט קמא ככל שהדבר נוגע לגרסתו של מערער זה (ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל (30.12.2014); ע"פ 9141/10 סטואר נ' מדינת ישראל (28.4.2014)).

במסגרת החיזוקים לגרסת המתלוננת, באשר לחלקו של המערער 1 באירועי האישום הראשון, יש להפנות גם לאמירתו המפלילה של המערער 1, שעה שאחות המתלוננת וחבריה הגיעו כדי לאסוף אותה מהבניין, בו התגורר המערער 2. באותן נסיבות, כך העיד בן זוגה דאז של אחות המתלוננת, אמר המערער 1, באופן ספונטני ומיוזמתו, "שהוא לא עשה את הדברים האלה" (עמ' 94 לפרוטוקול, ש' 5). המערער 1 אישר אמירה זו במהלך חקירתו במשטרה (ת/ש' 90-91, ש' 107-112-114). כידוע, התבטאות או התנהגות המצביעה על תחושת אשם מצידו של נאשם יכולות לשמש כראיה עצמאית לחובתו (ע"פ 5149/12 פלוני נ' מדינת ישראל (13.1.2014); ע"פ 8279/11 מור נ' מדינת ישראל (1.7.2013)) בנסיבות דנן, קבע בית משפט קמא, כי תגובת "האשם" העצמאית של המערער 1 היתה יכולה לבוא לידי ביטוי גם אם לא בוצעו במתלוננת מעשים מיניים ללא הסכמתה החופשית. לפיכך, סבר בית משפט קמא, כי אין לייחס לאמירה זו "משקל יתר" (עמוד 29 להכרעת הדין). לטעמי, יש לראות באמירה זו, בנסיבות המקום והזמן, משום חיזוק ממשי לגרסת המתלוננת בנוגע למעשיו המיניים של המערער 1 בגופה. מכל מקום, גם אם יינתן להתבטאות זו של המערער 1 משקל מופחת, עדיין מדובר, גם לגישת בית משפט קמא, בראית חיזוק לגרסתה של המתלוננת.

לאור האמור, מסקנתי היא כי הרשעתו של המערער בעבירות המנויות באישום הראשון לכתב האישום מבוססת כדבעי, ואיני מוצא מקום להתערב בה. מאחר שהמערער 1 לא השיג, במסגרת הערעור, על הרשעתו באישום השני, אציע לחברי לדחות את ערעורו על הכרעת דינו של בית משפט קמא.

ערעורו המערער 2

25. בשונה מן המערער 1, המערער 2 אינו מטיל ספק במהימנותה של המתלוננת, ומשום כך, נמנע סנגורו בערכאה הדיונית מלחקור אותה בחקירה נגדית. לדידו של המערער 2, גרסת המתלוננת, כמות שהיא, מעוררת ספק סביר בדבר אשמתו, במסגרת האישום הראשון שבכתב האישום.

טרם שאדרש ביתר פירוט לטיעוניו המערער 2, אבהיר כי מאחר שהרשעתו, בעקבות זיהויו כמי שביצע מעשה סדום במתלוננת, היא פרי הסקת מסקנות של הערכאה הדיונית מעדות המתלוננת ומהראיות הנסיבתיות שהוצגו בפניה, הרי שמתחם שיקול הדעת של ערכאת הערעור להתערב בהכרעת הדין הינו רחב יחסית. הטעם לכך ברור. בנסיבות מעין אלו, ערכאת הערעור אינה מעבירה תחת שבט ביקורתה אך ורק את הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה המבררת, אשר התרשמה ישירות מהעדים שהופיעו בפניה, אלא שהיא בוחנת את המסקנות שהסיקו שופטי בית משפט קמא מאותם ממצאים. הלכה היא כי בסוגיות מעין אלו אין לבית משפט קמא יתרון מובנה על פני ערכאת הערעור (ע"פ 2304/12 מטר נ' מדינת ישראל (13.1.2015); ע"פ 60/12 עמר נ' מדינת ישראל (7.11.2012); ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (22.4.2010)).

כידוע, ראיה נסיבתית היא ראיה שאינה מוכיחה במישרין את העובדה השנויה במחלוקת, אלא את דבר קיומה של נסיבה, ממנה ניתן להסיק כי מתקיימת עובדה רלוונטית, הטעונה הוכחה. משקלן הראייתי של הראיות הנסיבתיות אינו נופל מזה של ראיות ישירות, וניתן להשתית עליהן הרשעה בפלילים, כאשר "כוחן של הראיות הנסיבתיות בא להן לא רק על-ידי מבחן 'איכותי' בו השופט בודק את הראיה לגופה, אלא גם לאור כמותן, צירופן זו לזו ובחינתן כמקשה אחת [...] הסקת מסקנות על יסודה של מערכת ראיות נסיבתיות מושתתת על ההיגיון הבריא, ניסיון החיים והשכל הישר, וכאשר הרכבתן של הראיות הנסיבתיות מובילה ליצירת פאזל שלם, ממנו מצטיירת מסקנה מפלילה, עובר הנטל לכתפי הנאשם, להציע תרחיש חלופי לאותן ראיות ולעודר ספק סביר באשמתו" (ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, פסקה 23 לפסק דינו של השופט א' א')

לוי (28.5.2007); וראו גם, ע"פ 3731/12 טוילם נ' מדינת ישראל (11.11.2014); ע"פ 8823/12 שבתאי נ' מדינת ישראל (1.7.2014); ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל (20.2.2014).

בע"פ 9372/03 ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 754 (2004), עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על שלושה שלבים הדרושים לשם הסקת מסקנה מרשיעה מראיות נסיבתיות:

"הליך הסקת המסקנה המפלילה מהראיות הנסיבתיות הוא תלת-שלבי: בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערכת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחרן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם" (ראו גם ע"פ 8422/14 מוגאהד נ' מדינת ישראל (10.5.2015); ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל (11.12.2014); ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל (18.2.2014).

26. לטענתו של המערער 2, גרסתה של המתלוננת מחייבת את זיכוי, בשים לב לחוסר הבטחון שביטאה, כך לטענתו, באשר לשאלה אם היא אכן חוותה חדירה לפי הטבעת שלה, במהלך האקט המיני, והאם נעשה הדבר במקביל להחדרת איבר מינו של המערער 1 לאיבר מינה. המערער 2 הוסיף וטען, כי חולשתה של גרסה זו נעוצה גם במעורבות היתר, לטענתו, של החוקר אשר חקר את המתלוננת בתחנת המשטרה, ושהובילה למסירת גרסתה. עוד טען המערער 2, כי גם אם נניח שהמתלוננת הפגינה בטחון באשר להתרחשות המעשים המיניים, הרי שהמסקנה בדבר מעורבותו של גבר נוסף בהם, אשר הובילה להרשעתו של המערער 2 באישום הראשון, כלל אינה מתחייבת מהנסיבות המתוארות באותה גרסה.

בית משפט קמא ראה את פני הדברים אחרת. לגישתו של בית משפט קמא, לא עלה מגרסת המתלוננת כל ספק לגבי העובדה, כי אדם נוסף בעל אותה בו זמנית, והיא רק הביעה חוסר וודאות בנוגע לזהותו, משום שבאותו שלב היא לא ראתה את פניו של המערער 2. מאחר שהמערער 2 אישר, כי הוא שהה בחדר השינה עם המתלוננת והמערער 1, הגם שלטענתו הסתכמה שהותו בכך שסייע לאחיו להלביש את המתלוננת, ולאור העובדה כי לא נכח גבר אחר בדירה במועד הרלוונטי, סבר בית משפט קמא כי המסקנה המתחייבת היא כי המערער 2 הוא שביצע במתלוננת את מעשה הסדום, במקביל למעשה האינוס שביצע בה המערער 1.

להלן אתייחס להשגות המערער 2 בנוגע לגרסתה של המתלוננת ולמשתמע מגרסה זו, ואבהיר מדוע, לטעמי, צדק בית משפט קמא עת השתית עליה את הרשעתו של המערער 2, במסגרת האישום הראשון.

27. עיון באמרות החוץ של המתלוננת, שנתקבלו כראיה בבית המשפט, ובפרוטוקול עדותה בבית המשפט מעלה, כי בניגוד לטענת המערער 2, המתלוננת הביעה בטחון מלא לגבי העובדה שהיא נבעלה באיבר מינה ובפי הטבעת על ידי שני גברים, כאשר בטחונה היה "כמעט" מלא בשאלה אם נעשו הדברים במקביל.

אכן, וכפי שטען הסנגור, משהתבקשה המתלוננת בחקירתה הראשונה במשטרה לספר בחופשיות, ללא שאלות מנחות, על הקורות אותה באותו לילה, היא סיפרה על דבר מעורבותו של המערער 1 בלבד. רק בהמשך החקירה, בעקבות שאלות החוקר, הצביעה המתלוננת על המערער 2, כמי שהיה נוכח בשלב מסויים בחדר השינה, ואף העידה על העובדה שהיא חוותה "בעילה כפולה" (היינו כפי הטבעת וגם באיבר מינה), הגם שהיא נמנעה מלהצביע על המערער 2, כמי שהיה מעורב במעשה.

כך, המתלוננת מסרה כי המערער 1 "התחיל להוריד לי את הבגדים [...] לא התנגדתי פשוט לא היה לי כוח עשה את מה שעשה ומה שאני זוכרת מהרגע שהתעוררתי הוא כבר מלביש אותי נילחם עם החגורה שלי" (נ/1(א), ש' 20-22). לאחר מכן, נשאלה המתלוננת אם היא זוכרת "שהוא (המערער 1 - א.ש.) הוריד לה את הבגדים" והיא השיבה, כי היא זוכרת שהוא הלביש אותה וקרא "לבחור ההוא שיבוא לעזור לו" (ש' 69). "הבחור ההוא"-ואין ספק כי הכוונה היא למערער 2- מוזכר קודם לכן בהודעתה, כמי שקיבל את פניה עם הגיעה לדירה ("היה שם בחור גדול כאילו", ש' 14-15). או אז נשאלה המתלוננת, האם "יכול להיות שכאשר היית בחדר הבחור השני נכנס בשלב

מסויים", ועל כך היא השיבה "אני כל כך פוחדת להגיד את זה אני יכולה להגיד שאני זוכרת חדירה גם מקדימה וגם מאחורה גם כן שפיך גם מקדימה וגם מאחורה" (ש' 71-72).

אבהיר כבר עתה, כי אין בעובדה שדבר "בעילתה הכפולה" של המתלוננת נחשף בעקבות שאלותיו של החוקר, כשלעצמה, כדי להעיד על חוסר בטחונה של המתלוננת בנוגע להתרחשויות, או כדי להטיל ספק בגרסתה. מדובר בגרסה ראשונית של קורבן לעבירת מין שהחליטה, לא בלי קשיים והתלבטות, להגיש תלונה במשטרה אודות המעשים המיניים שבוצעו בה, כאשר אין ספק שהמערער 1 נטל בהם תפקיד מרכזי. לפיכך, אין לצפות כי המתלוננת תמסור, באופן מידי, את כל הפרטים הנוגעים לאותה חוויה טראומטית. במהלך מסירת גרסתה, המתלוננת נזכרה, ככל הנראה, שהמערער 1 קרא למערער 2 לסייע לו להלבישה, פרט שעורר, באופן טבעי, את שאלת החוקר בדבר מעשיו וכניסתו של המערער 2 לחדר השינה. יודגש, כי החוקר לא שאל את המתלוננת מפורשות, האם הבחור "השני" היה מעורב בביצוע מעשים מיניים בגופה, וקל וחומר שלא רמז לה על התרחשות אירוע של "בעילה כפולה". המתלוננת היא שמסרה, לראשונה, ובבטחון מלא, המבוסס על זכרונה, על האקט המיני הכפול. נחזור ונזכיר, כי לא נטען בערעור כי המתלוננת מבקשת לטפול עלילת שווא על מי מהמערערים, כאשר המערער 2 אף לא פקפק באמינותה. בכל שלבי החקירה, כמו גם במהלך עדותה בבית המשפט, נזהרה המתלוננת בדבריה פן תייחס למערער 2 מעשים שלא נעשו על ידו, ועל כן אין כל ספק, כי לא היתה חושפת את דבר קיומה של "הבעילה הכפולה", אלמלא התרחשו הדברים בפועל.

יודגש, כי הצורך בהפניית שאלות "מנחות", אך לגיטימיות, על ידי החוקר עלה גם לנוכח מצבה הפיזי והנפשי של המתלוננת בעת החקירה, כפי שהיא העידה עליו. כך, כאשר נשאלה המתלוננת על ידי בא כוח המערער 1 מדוע טענה במהלך חקירתה במשטרה (נ/1(א), ש' 139) כי אינה זוכרת מה ביצע בה כל אחד מהמערערים, ואילו בעדותה בבית המשפט טענה, כי המערער 1 הוא שחדר אל איבר מינה ו"הבחור הנוסף" חדר אליה מאחור, השיבה המתלוננת:

"החקירה הזאת נעשתה לפני שלוש שנים, שנתיים וחצי [...] זה הפעם הראשונה שהעליתי את הסיפור הזה, בצורה המלאה שלו. אני כמובן השמטתי פרטים גם אז, היום אני יכולה להגיד שהרבה יותר, בעיבוד של הדברים, מבחינה נפשית, הרבה יותר קל לי הביא את הסיפור הזה. באותה חקירה היה לי מאוד קשה להגיד את זה אפילו לעצמי [...] היה לי מאוד מאוד קשה לדבר שמה [...] כל מה שאמרתי נאמר בדי שייגמר כבר [...]"

בוא נגמור את החקירה הזאתי" (עמ' 71 לפרוטוקול, ש'
24- עמ' 25 לפרוטוקול, ש' 6).

הנה כי כן, עולה מהמקובץ, כי כבר בשלב הראשוני של החקירה, הביעה המתלוננת בטחון מלא בעובדה שהיא נבעלה גם בפי הטבעת, בנוסף לעובדה שנבעלה באיבר מינה.

הסנגור טען בנוסף על כך, שהחוקר הוא שציין לדאשונה בחקירת המתלוננת את האפשרות כי היא נבעלה על ידי שני גברים, בעוד שיש הסתברות כי באקט המיני היה "מעורב" רק איבר מין זכרי אחד. זאת, כאשר קיים ספק שמא לא חשה המתלוננת באיבר מין החודר לפי הטבעת, כי אם בחפץ או באצבע, באופן שאינו מחייב את "השתתפות" המערער 2 באקט המיני. כך, ובסמוך לאחר שהמתלוננת נשאלה אם המערער 2 נכנס לחדר השינה, והשיבה כי היא זוכרת "חדירה מקדימה וגם מאחורה", שאל אותה החוקר "אם את יכולה לומר לי אם קיימו עימך שני הבחורים במקביל יחסי מין ואם שניהם עשו זאת אחד אחד" (ההדגשות שלי – א.ש.). על כך השיבה המתלוננת "אני כמעט בטוחה שזה במקביל ששניהם חדרו אלי במקביל אני אומרת 87 אחוז" (נ/א), ש' (87).

אכן, החוקר יצא מנקודת הנחה, כי כאשר המתלוננת סיפרה שנבעלה "גם מקדימה וגם מאחורה" והיא זכרה את נוכחותו של המערער 2 בחדר השינה, הרי שבהכרח בוצעה בעילה על ידי שני גברים. אכן, מדובר בהנחה הגיונית, ובכל אופן, המתלוננת, אשר היתה מאוד זהירה בתשובותיה לאורך כל החקירה, אינה מסתייגת ממנה. היא רק הביעה ספק מסוים באשר להתרחשות בעילה "מקבילה", היינו בו זמנית (אליה אדרש בהמשך), ולא באשר לקיומה של בעילה "כפולה", כלומר שהוחדר איבר מין לפי הטבעת שלה, כמו גם לאיבר מינה. יתר על כן, המתלוננת הבהירה, מייד בהמשך החקירה, את העובדה כי היא נבעלה על ידי שני גברים, באופן שאינו מותיר ספק בדבר קיומה של עובדה זה.

"ש: שניהם יחד קיימו עימך יחסי מין בוודאות?"

ת: אני אומרת שניהם בדוק כן

ש: את מבססת את זה על סמך מה

ת: על סמך הזכרון

[...]

ת: אני פשוט שכבתי שם והם עשו מה שהם רוצים והם לא דיברו איתי הם התווכחו ביניהם לבין עצמם משהו על החגורה לא הצליחו להוריד אותה או להחזיר אותה לא יודעת "1/נ(א), ש' 88-100; ההדגשות שלי – א.ש.)

28. יצויין, כי דבר בעילתה "הכפולה" של המתלוננת על ידי שני גברים, הכוללת חדירת שני איברי מין זכריים, אינו עולה רק מחקירתה של המתלוננת במשטרה. המתלוננת חזרה מפורשות ובאופן ברור על גרסה זו, גם במסגרת עדותה בבית המשפט. כך, ולאחר שהיא תיארה בבית המשפט כיצד הפשיט אותה המערער 1 מבגדיה, ובתגובה היא הקיאה, העידה המתלוננת כי:

" הרגשתי חדירה מקדימה, משהו כמו שלוש דקות עד שהוא סיבב אותי, כאילו שכבתי על הגב בהתחלה, אחר כך הוא סיבב אותי על הצד [...] והחדירה המשיכה תוך כדי שאני שוכבת על המותן, ובמקביל, הרגשתי חדירה בגב. אני שוב פעם אומרת לגבי הנאשם השני [...] את הפנים שלו אני לא ראיתי בוודאות, אני לא, לא יכולתי לזהות אותו, אני באמת אין לי מה להגיד בעניין הספציפי הזה כי אני באמת לא זוכרת את הפנים שלו, אני רק זוכרת שהיה חדירה מקדימה וחדירה מאחורה, במקביל, נוסף להרגשה שלי, שכמובן אי אפשר לטעות, הייתי בתולה [...] מעולם לא חוויתי יחסי מין עם גבר [...] זה קריעה של קרום הבתולים זה כאב. הייתה גמירה מקדימה וגמירה על החולצה שלי, כשהתעוררתי בבוקר, ועל הגב שלי, כך שהייתה פה, היה פה משהו כפול" (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 7-22; ההדגשות שלי – א.ש).

לאחר שבאת כוח המשיבה ביקשה מהמתלוננת לפרט במדויק "מה חדר לאן", הבהירה המתלוננת: "אני מדברת על חדירה של איבר המין, איבר המין של גוד'ף מקדימה [...] באיבר המין שלי. את זה אני זוכרת בבירור לאחר מכן הייתה חדירה של איבר מין גברי למאחורה, לישבן שלי [...] קשה לי להעריך זמן, אבל אני יכולה להעריך את זה בגלל הטלפון, אחרי שהוא ענה, איזה משהו כמו רבע שעה" (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 24-24 עמ' 24 לפרוטוקול, ש' 3).

על דבר בטחונה של המתלוננת בנוגע למעורבות שני גברים בכעילתה, ניתן ללמוד גם מתשובתה הכנה באשר לזהותו של הגבר "האחר", היינו המערער 2, באירוע: "לגביו יש לי, שוב פעם, סימן שאלה מאוד גדול, היה שם בן אדם, היה שם בחור, היה שם גבר, שחדר אליי מאחורה. זה, את זה אני אומרת בוודאות אוקיי? היה לי שפיך על הגב, היה לי כאבים איומים מאחורה, אני הרגשתי את החדירה [...] הוא הזיז אותי על הצד, היה שם חדירה במקביל" (עמ' 76 לפרוטוקול, ש' 17-21; ההדגשות שלי – א.ש). לאחר מכן, ולשאלת בא כוח המערער 1, השיבה המתלוננת כי באירוע היו "מעורבים" שני אברי מין זכריים והוסיפה: "כאילו ממה שאני יודעת היו שם רק ג'וזף, אח שלו ואני. כך

שאחד ועוד אחד לי יצא שתיים. יכול להיות שהשתיים שלי הוא קצת מוטל בספק [...]. בגלל שאני לא ראיתי אותו ואני לא יכולה לזהות אותו" (שם, ש' 23-27). ולשאלת בית המשפט "מה שאת אומרת ששניים חדרו אחד את לא מזהה [...]. זה חוסר הודאות? אבל אין לך חוסר ודאות לגבי קיום של שניים איתך בסיטואציה הזאת?" השיבה המתלוננת "לא בכלל לא" (עמוד 77 לפרוטוקול, ש' 9).

29. בא כוח המערער 2 תלה יהבו בדברי המתלוננת במשטרה, כי אינה בטוחה בוודאות כי שתי החדירות בוצעו "במקביל" אלא רק ב"87%". במצב דברים זה, כך נטען, אפשר שהמערער 1 הוא שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, ולאחר מכן החדיר את איבר מינו גם לפי הטבעת שלה. ואולם, כאמור לעיל, המתלוננת שבה והדגישה כי שני גברים היו מעורבים באקט המיני, באופן שאינו מותר ספק בעובדה, כי מלבד המערער 1, השתתף גבר נוסף במעשים המיניים, גם אם לא נעשה הדבר בדיוק באותה דקה.

יצויין, כי גם כתב האישום נוקט לשון מעורפלת לגבי ביצוע המעשים המיניים במקביל, בציינו כי המשתתף השני החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת "בו זמנית או סמוך לכך". לפיכך, אין כל דופי בהרשעתו של המערער 2 בביצוע המעשים המיניים, גם אם אלה לא בוצעו בו זמנית עם מעשיו של המערער 1, אלא בטווח זמנים קצר, כפי עדות המתלוננת.

30. לסיכום, נראה כי מבחינה עובדתית הדברים אינם יכולים להיות ברורים יותר. באותו לילה מסויט, חוותה המתלוננת, מבלי שנתנה לכך הסכמה חופשית, "חדירה כפולה" של שני אברי מין זכריים, האחד לאיבר מינה והשני לפי הטבעת שלה. בניגוד לטענות המערער 2, העידה המתלוננת בבטחון מלא, על אף מצבה הפיזי וההכרתי במהלך האירוע, כי שני גברים היו מעורבים במעשים המיניים, ואין מדובר רק בתחושה ערטילאית, הנובעת מהעובדה כי המתלוננת היתה חסרת נסיון מיני עם גברים. גרסת המתלוננת גם אינה מותרת אפשרות לאמץ את השערת המערער 2, כי היה זה חפץ שהוחדר לפי הטבעת שלה, באופן שעשוי לעורר ספק בדבר מעורבותו במעשים. נזכיר, שוב, כי המערער 2, באמצעות סנגורו, לא פקפק במהימנות גרסת המתלוננת, והסנגור הקודם אף לא ביקש לחקור אותה חקירה נגדית, כך שגרסתה היא זו המשמשת יסוד לקביעת הממצאים העובדתיים, גם לעמדתו. ויודגש, כי עדות המתלוננת בדבר מעורבותם של שני גברים שבעלו אותה במקביל או בסמיכות זמנים, היא ראיה ישירה לעניין ביצוע עבירות המין, בניגוד לנטען על ידי המערער 2.

31. המסקנה, לפיה ניתן להשתית את הרשעת המערער 2 על גרסת המתלוננת עומדת על כנה, למרות שסנגורה הביע ספק לגבי האפשרות, כי זו איתרה כתמי נוזל זרע על בגדיה, ולמרות עמדתו לעניין חוות הדעת הרפואית שהוגשה לבית משפט קמא.

סנגורו של המערער 2 טען, כי מאחר שחולצתה של המתלוננת לא נבדקה במעבדה, בנסיון למצוא עליה שרידי ד.נ.א, הרי שאפשר שהכתמים בהם הבחינה המתלוננת למחרת האירוע, כלל לא היו כתמי נוזל זרע, וייתכן שמדובר בכתמי קיא. עוד נטען, כי אף אם המתלוננת איתרה נוזל זרע על החלק האחורי של חולצתה, אין הדבר מחייב שהיא נבעלה בפי הטבעת. אפשר, כך נטען, כי בשוכבה על המיטה בחדר השינה הוכתם גם החלק האחורי של בגדי המתלוננת מנוזל הזרע שהמערער 1 שפך בעקבות בעילתה, ודבריה בעניין זה אינם מצביעים, בהכרח, על מעורבות גבר נוסף בבעילתה בפי הטבעת, כפי שקבע בית משפט קמא.

לטעמי, השערות המערער 2, באשר להמצאות נוזל זרע על גב חולצת המתלוננת, אינן מעוררות ספק לגבי דבריה, כי היא נבעלה בפי הטבעת. ראשית, המתלוננת העידה מפורשות כי לפי הטבעת שלה הוחדר איבר מין גברי, בנוסף לבעילתה באיבר מינה, וזאת בלא קשר לשאלה, אם הבוועלים הגיעו לפורקן מיני, אם לאו. לטעמי, די בעדות האמורה כדי להצביע על דבר מעורבותו של המערער 2 במעשים. שנית, בית משפט קמא נתן אמון מלא בעדותה של המתלוננת, והמערער 2 לא חלק על כך, כאשר היא חזרה והבהירה כי בעקבות המעשים המיניים שבוצעו בה, היא איתרה על חולצתה, מלפנים ומאחור, שרידי נוזל זרע. כפי שלא נמצא טעם של ממש לפקפק בחלקים אחרים של גרסת המתלוננת, כך ראוי לקבל כמהימנה גם את דברי המתלוננת לעניין כתמי נוזל הזרע, שהיו על בגדיה.

עוד יש להדגיש, כי חוות הדעת הרפואית אינה מכרסמת בתוקף גרסתה המהימנה של המתלוננת, בנוגע לחלקו של המערער הנוסף במעשים המיניים. אכן, בחוות הדעת נאמר כי אין סימני חבלה טריים או ישנים בפי הטבעת של המתלוננת. ואולם, כאמור, צויין בחוות דעת, כי אפשר שבשל חלוף הזמן נעלמו סימני החבלה, ככל שהיו. על כן, והגם שאין לראות בחוות הדעת משום חיזוק לאשמתו של המערער 2, הרי שגם אין בה כדי לערער את גרסת המתלוננת.

32. הנה כי כן, גרסתה המהימנה של המתלוננת מהווה ראייה מוצקה, עליה ניתן היה להשתית ממצאים עובדתיים. לגרסה זו, יש להוסיף את העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, לפיה המערער 2 היה הגבר היחיד הנוסף שנכח בדירתו, פרט למערער 1, בזמן התרחשות האירוע המיני. יתר על כן, המערער 2 אישר, כי הוא אף נכנס לחדר השינה, וראה את המתלוננת והמערער 1, כשהם שוכבים במיטה. זאת, על אף שהוא מסר גרסאות שונות באשר למצב מלבושיה של המתלוננת באותה נקודת זמן, ובנוגע לאופן בו סייע למערער 1 להלבישה.

במצב דברים זה, ולאור עדות המתלוננת ויתר הראיות הנסיבתיות המפורטות לעיל, הגיע בית משפט קמא למסקנה המפלילה, האחת והיחידה האפשרית באותן נסיבות, לפיה המערער 2 הוא זה שבעל את המתלוננת כפי הטבעת, בזמן שהמערער 1 בעל אותה באיבר מינה. אף אני סבור, כי מסקנתו זו של בית משפט קמא היא אכן המסקנה היחידה, המתחייבת ממכלול הראיות שהוצגו בפניו.

33. סיכומם של דברים, אינני רואה מקום לקבל את השגותיו של המערער 2 בנוגע למהימנותה של הראייה המרכזית בעניינו, היא גרסת המתלוננת, וכן באשר למסקנה המפלילה המתחייבת מיתר הראיות הנסיבתיות הרלוונטיות. במצב דברים זה, ולאחר שבחנתי, ודחיתי את ההסברים החילופיים שהעלה המערער 2 להגנתו, אינני מוצא מקום להתערב בהרשעתו, וסבורני כי הרשעה זו עומדת במבחן התלת שלבי, כמפורט לעיל.

34. חברי, השופט נ' הנדל הציע בע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (להלן: עניין קריאף), פסקאות 1-4 לפסק דינו (21.1.2015), חלופה אחרת למבחן התלת שלבי, משום החשש כי הנטל הטקטי שיועבר לכתפי הנאשם במסגרת השלב השלישי, יהיה למעשה, נטל מהותי. כך, ובמידה שהנאשם לא יציג תרחיש חלופי סביר למצבור הראיות הנסיבתיות בעניינו, עשוי הדבר להוביל להרשעתו בדין, הגם שהמאשימה, עליה מוטל הנטל להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר, לא עמדה בו. משום האפשרות, כי המבחן התלת שלבי ייושם באופן שגוי, הציע חברי, מבחן דו שלבי לבחינת ראיות נסיבתיות, ולפיו "השלב הראשון הוא קביעת ממצאים עובדתיים על סמך ראיות ישירות. בשלב השני על בית המשפט לבחון האם בכוחו של מצרף הראיות הישירות, שנבחנו בשלב הראשון, להוכיח עובדות נוספות שלגביהן אין ראיות ישירות. דהיינו, האם ישנן ראיות נסיבתיות מספיקות [...] המבחן הדו-שלבי שואל אפוא תחילה מה ראו עדי התביעה ומה ניתן להוכיח כתוצאה מכך, אף אם אין עדות ישירה" (עניין קריאף, פסקה 3). במסגרת השלב השני, יידרש בית המשפט לבחון את גרסתו של הנאשם, ואולם לא יוטל

עליו הנטל הטקטי להראות כי קיימות אפשרויות מסתברות אחרות לצבר הראיות הנסיבתיות בעניינו, שאינן מצביעות על אשמתו.

בנסיבות דנן, ולאחר שבית משפט קמא קבע כי המתלוננת העידה כי היא נבעלה בפי הטבעת על ידי גבר נוסף, מלבד המערער 1, וכי המערער 2 נכח בחדר השינה בטווח הזמנים הרלוונטי, הרי שיש בכוחן של אותן ראיות כדי להוביל למסקנה המפלילה, בנוגע לחלקו של המערער 2, גם על פי המבחן הדו שלבי האמור. זאת, לאחר שנדרשתי לטענות ההגנה מטעם המערער 2, ומבלי לכרסם בנטל ההוכחה המוטל על כתפי המאשימה, להוכיח את אשמתו של המערער 2 מעבר לספק סביר.

חיזוקים לאשמתו של המערער 2 במסגרת האישום הראשון

35. בית משפט קמא סבר כי ניתן להשתית את הרשעת המערערים על יסוד גרסתה של המתלוננת בלבד, בהתאם לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, תוך שהוא מנמק, באופן מפורט ומשכנע, מדוע בחר ליתן אמון בגרסתה. יחד עם זאת, מצא בית משפט קמא תוספת ראייתית מחזקת לגרסת המתלוננת בדמות שקרי המערערים, אלא שלמעשה כל שפורט בהכרעת הדין היו שקריו המהותיים של המערער 1. בנוגע לאשמתו של המערער 2, וכפי שנטען בערעורו, הפנה בית המשפט לסתירות בגרסתו, אשר אינן מגיעות לכדי שקרים מהותיים, העשויים לשמש סיוע. בכך אין כל רבותא.

אותן סתירות בגרסת המערער 2, ומסקנתו של בית משפט קמא בדבר חוסר מהימנותו, עשויות לשמש תוספת ראייתית מחזקת לגרסת המתלוננת, באשר לחלקו של המערער 2 באירוע (ע"פ 9468/08 פלוני נ' מדינת ישראל (24.6.2009); ע"פ 1503/07 אבו המילה נ' מדינת ישראל (26.4.2007)). כך, הפנה בית משפט קמא לעובדה שהמערער 2, כמו גם המערער 1, ביקש ליצור את הרושם כאילו המתלוננת אינה לטעמו מבחינה מינית, ואולם הוא התקשה להסביר כיצד "חרף הרתיעה הנטענת מהמתלוננת, נמנע מלהיפטר מנוכחותה מיד, ואף איפשר את המשך שהייתה בבית, בתוך חדר השינה, לאורך זמן, כשכביכול כל חפצו היה רק להמשיך ולישון" (עמ' 29 להכרעת הדין).

ניתן גם להצביע על סתירות מהותיות יותר בגרסת המערער 2. למשל, בעובדה שהוא אישר בחקירתו במשטרה כי הוא נכנס לחדר השינה, וראה את המערער 1 והמתלוננת במיטתו, אך הוא הכחיש את הדבר בתשובתו לכתב האישום. יתר על כן, המערער 2 מסר גרסאות שונות בנוגע ללבושה של המתלוננת באותה נקודת זמן ובאשר למידת הסיוע שהעניק לאחיו, שביקש, לאחר מכן, להלבישה. זאת, במטרה להרחיק את

עצמו מהאירוע ולשוות לו גוון חמור פחות. בהודעתו במשטרה, מיום 14.8.2009 (ת/6, ש' 84) טען המערער 2, כי המתלוננת היתה לבושה "עם המכנסיים שלה"; ואילו בהודעתו מיום 17.8.2009 (ת/2, ש' 13-14) מסר המערער 2 כי היא שכבה "בלי נעליים והמכנסיים שלה היה רבע או חצי למטה". כמו כן הוא אישר, אף כי לא במפורש, כי הוא סייע לאחיו להלביש את המתלוננת ולסגור את חגורתה. לעומת זאת, בעדותו בבית המשפט טען, כי המתלוננת לא היתה ערומה אלא נטולת נעליים, והוא נעל לה אותם (עמ' 152 לפרוטוקול, ש' 24-26). בהמשך ציין המערער 2, כי אולי החגורה שלה היתה "קצת רופפת", אך הוא לא הרים את מכנסיה, אלא רק נעל לה את נעליה (עמ' 166 לפרוטוקול, ש' 19 - עמ' 167 לפרוטוקול, ש' 3). לבסוף, אישר המערער 2 בעדותו כי המכנסיים "לא נפלו [...] לא חצי עד למטה [...] וגם לא רבע [...] אולי היה טיפה ככה, קצת ככה, עם החגורה טיפה פתוחה אז הרמתי לה ככה את המכנסיים ושמתי לה את הנעליים" (עמ' 169 לפרוטוקול, ש' 23 - ש' 25).

המערער 2 גם מסר שלל גרסאות, הן בחקירתו במשטרה והן בעדותו בבית המשפט, אשר לשעת הגעתה של המתלוננת לדירתו ולמשך שהותה שם, בפרט בחדר השינה. לטעמי, אין נפקא מינה בשאלה, האם נעשה הדבר כדי להרחיק עצמו מהאירוע או כדי להתאים את גרסתו לזו של המערער 1, וגם בסתירות אלו יש כדי לשמש תוספת ראייתית, המחזקת את גרסת המתלוננת.

36. עוד ראוי לציין, כי הערכאה הדיונית פרטה בהכרעת הדין חיזוקים נוספים לגרסת המתלוננת, בכל הנוגע לחלקו של הגבר הנוסף באקט המיני, הגם שאלו לא הוגדרו מפורשות כחיזוקים. כוונתי לקביעת בית משפט קמא, לפיה גרסת המתלוננת בסוגיה זו נתמכת בדבריה הברורים לעניין כתמי נוזל הזרע שמצאה על גב חולצתה, אף שאלו לא הוכחו בראיה אובייקטיבית, וכן בגרסת אחותה, לה סיפרה המתלוננת על אירועי אותו הלילה, למחרת התרחשותם.

כזכור, המתלוננת העידה כי איתרה כתמי זרע על גב חולצתה, ופרט זה מהווה חיזוק לגרסתה כי היא נבעלה בפי הטבעת. הלכה היא, כי אין מניעה שמקור הראיה המחזקת יהא בעדות המתלוננת הטעונה חיזוק אף היא (ע"פ 7758/04 עבד אלקאדר נ' מדינת ישראל (19.7.2007); ע"פ 2949/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 636 (2001)). אכן, המתלוננת לא העידה כי חשה בזמן אמת כי הגבר הנוסף שהשתתף באקט המיני הגיע לפורקנו, ואולם היא העידה כי "היה לי שפיך על הגב". במילים אחרות, לא עצם תחושת המתלוננת בדבר קיומו של פורקן מיני מצידו של הגבר הנוסף, היא שמחזקת את גרסתה בדבר בעילתה בפי הטבעת, אלא טענתה בדבר נוזל הזרע שגילתה למחרת

היום, על גב חולצתה. בית משפט קמא הבהיר מפורשות, כאמור, כי הוא נותן אמון גם בחלק זה של עדות המתלוננת, כמו גם ביתר חלקי גרסתה. לפיכך, ניתן לראות בפרט זה בעדותה משום חיזוק לגרסתה המפלילה של המתלוננת.

אשר לעדות אחות המתלוננת, קבע בית משפט קמא, כזכור, כי מדובר בעדות מהימנה, ואיני מוצא מקום להתערב בקביעתו זו. גרעין גרסת האחות, בנוגע לטיבם של המעשים המיניים שנעשו במתלוננת, ובפרט באשר לחלקו של המעורב הנוסף באירוע, דומה לזה של המתלוננת. נזכיר, כי האחות שמעה מפי המתלוננת, בסמוך לאחר האירוע, כי שני גברים בעלו אותה "יחד", ולדבריה "אחד היה מקדימה אחד היה מאחורה". לפיכך, ניתן לראות בעדות האחות משום תוספת ראייתית מחזקת לגרסת המתלוננת, המבססת גם את אשמתו של הגבר הנוסף שהיה מעורב באקט המיני. יצויין, כי אין זה נדרש, כטענת המערער 2, כי במסגרת עדות אחות המתלוננת יינתן ביטוי גם לעניין הבעילה "בו זמנית", על מנת שזו תשמש תוספת מחזקת לגרסת המתלוננת. ראשית, ניתן בהחלט לראות בביטוי "שניהם ביחד", המוזכר בעדות האחות, כמכוון לכך שהמתלוננת נבעלה במקביל על ידי שני גברים, ונזכיר, כי המערער 2 לא ביקש, ממילא, לחקור את האחות, לרבות בנקודה זו. שנית, וגם אם הביטוי אינו מעיד על התרחשות בעילה מקבילה, הרי שעדות האחות מחזקת את גרסת המתלוננת בנוגע לחלקו של גבר נוסף באירוע. זאת, שכן אף מדברי האחות עולה, כי בבעילת המתלוננת היו מעורבים שני גברים, אחד שבעל את המתלוננת בפי הטבעת ואחר שבעל אותה באיבר מינה.

לפיכך, ניתן לקבוע כי בפני בית משפט קמא עמדו חיזוקים משמעותיים לראיות שהוצגו בעניינו של המערער 2, אשר תומכים במסקנה המרשיעה אליה הגיע בית משפט קמא.

37. לאור האמור, מסקנתי היא, כי גם הרשעתו של המערער 2 במסגרת האישום הראשון מבוססת כדבעי, ואיני סבור כי יש מקום להתערב בה.

הרשעת המערער 2 במסגרת האישום השני

38. המערער 2 טען, כי יש לזכותו גם מעבירת שיבוש מהלכי המשפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין, בה הורשע במסגרת האישום השני. לאחר שעיינתי בראיה המרכזית, היא תמלול השיחה שניהלו שני המערערים בתא המעצר (מ.ט 27/09) (להלן: השיחה המוקלטת), וביתר הראיות בעניין זה, הגעתי לידי מסקנה, כי לא הוכח,

מעבר לספק סביר, כי המערער 2 ביקש לשבש מהלכי משפט, כפי שקבע בית משפט קמא.

במסגרת הכרעת הדין נקבע, כי בשיחה המוקלטת נשמעים המערערים כשהם מתאמים ביניהם גרסאות בנוגע לאירועי האישום הראשון, ובפרט באשר למשך הזמן בו שהתה המתלוננת בדירה; מעלים השערות בנוגע לאיכות וכמות הראיות שבידי החוקרים; ומשוחחים אודות חששו של המערער 2 כי נמצאו על תחתוני המתלוננת טביעות אצבע שלו, כפי שהטיח בו החוקר. יחד עם זאת, אף מהכרעת הדין עולה כי "השחקן" המרכזי באותה שיחה, ובכל הנוגע לשיבוש מהלכי המשפט, הוא המערער 1, אשר "נשמע מתחקר את אחיו מה אמר לחוקריו בדיוק, והאם חתם על אמרתו, ואף נזף בו ומנחה אותו לבל יחתום על חקירותיו" (עמוד 33 להכרעת הדין). השיבוש המיוחס למערער 2, כפי שעולה מהכרעת הדין, נוגע בעיקר לתיאום בעניין משך הזמן בו שהתה המתלוננת בדירתו. ואולם, לא מצאתי כי באמירותיו בעניין זה, התקיים היסוד העובדתי הדרוש להרשעה בעבירת השיבוש, היינו כי הלה "עשה דבר [...] בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת", במטרה להכשיל את חקירתו או את ההליך השיפוטי.

39. בשיחה המוקלטת משתף המערער 2 את אחיו בדברים שסיפר בחקירתו הראשונה (ת/6), ובין היתר, בכך שמסר כי המתלוננת שהתה בדירה כשעה בערך. המערער 1, בתגובה, מביע את זעמו על כך שהמערער 2 לא מסר גרסה הזזה לגרסתו, לפיה המתלוננת שהתה בדירה רק כעשר דקות. ואולם, במסגרת הכרעת הדין ציטט בית משפט קמא רק את הדברים שאמרו המערערים בחלק הראשון של השיחה המוקלטת, ולא את אלו שנמסרו בחלק השני שלה, הרלוונטי יותר לענייננו.

כך, הפנה בית משפט קמא לחלק מהדברים שנאמרו, החל מדקה 12:30 בשיחה המוקלטת, ומהווים את החלק הראשון של תמלול השיחה המוקלטת. במסגרת חלק זה, לאחר שהמערער 1 שואל את המערער 2 מה סיפר לחוקריו, השיב המערער 2, בין היתר: "ישבה אצלי בבית, לא נגעתי בה [...] מישהו דיבר אתה 5 דקות, 10 דקות". ואילו, המערער 1 מתייחס לדברים בהמשך, ואומר "מי נגע בה [...] אמרתי להם 10 דקות אחותה התקשרה [...] היתה עשר דקות אחותה התקשרה עם הכתובת [...]".

יחד עם זאת, עיון בחלק הנוסף של תמלול השיחה המוקלטת, החל מדקה 18:20, מגלה כי המערער 1 הוא שמנסה לשכנע את המערער 2 למסור גרסה תואמת

לגרסתו, באשר למשך שהות המתלוננת בדירה, ומתרעם עליו על שלא עשה כן. וכך תומללו דברי המערערים בחלק זה:

“המערער 1: אמרת להם עשר דקות הייתה לקחה אותה אחותה?
 המערער 2: משהו כזה
 המערער 1: משהו כזה?
 המערער 2: אמרתי באתם בלילה אחת בלילה שעה, שעה ומשהו וזה [...]”
 המערער 1: מה פתאום עשר דקות! כמה אמרת לו זמן?
 המערער 2: הכי הרבה שעה, פחות, חצי שעה
 המערער 1: אני אומר לה עשרה דקות, אתה אומר להם ככה? [...] עשר דקות מה יש לך אתה פרדי? מה את לא מבין את עצמך או מה? ישן בחקירות או מה?
 המערער 2: אבל מה זה קשור לא נגענו בה?
 המערער 1: בסדר, לא נגענו אבל מה אתה עושה? [...] מה תגיד להם [...] תגיד להם שלא היה דבר כזה
 המערער 2: למה מה אמרתי להם? שהיה? מה אתה מדבר שטויות תגיד לי? למה נגעתי בה?
 המערער 1: לא נגעת בה, אבל תסביר להם את הסיפור [...] היית אומר אני הורדתי אותה מהבית, עשר דקות אחרי זה אני הורדתי אותה מהבית
 המערער 1: אני שואל מה אמת להם?
 המערער 2: אמרתי להם שהבאת אותה [...] לא יודע מאוחר אחת בלילה.
 המערער 1: היית אומר עשר דקות שאחותה התקשרה
 המערער 2: זה מה שאמרתי! אחותה התקשרה ולקחת אותה עשר דקות [...]”

40. לא שוכנעתי, כי הדברים האמורים מצביעים, ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים, על שיבוש מהלכי משפט מצידו של המערער 2. ראשית, המערער 2 מסר, בשיחה המוקלטת, את גרסתו האוטנטית בדבר משך שהותה של המתלוננת בדירה, כפי שנמסרה על ידו בחקירתו הראשונה (ת/6), ולפיה המתלוננת שהתה בדירה בין חצי שעה לשעה. המערער 1 הוא שמבקש מן המערער 2 לשנות את גרסתו. שנית וזה העיקר, לאחר השיחה שניהל עימו המערער 1, המערער 2 הוסיף ודבק בגרסתו שלו, לפיה המתלוננת לא שהתה בדירה עשר דקות בלבד - וזאת במסגרת חקירתו הנוספת (ת/2). באותה חקירה, הבהיר המערער 2 כי הוא שוחח עם המתלוננת בסלון הדירה כעשר דקות, ולאחר מכן, היא נכנסה עם אחיו לחדר השינה “לאיזה חצי שעה” (ש' 11). בהמשך החקירה, עימת החוקר את המערער 2 עם תוכן השיחה המוקלטת. בתגובה, המערער 2 לא הכחיש כי המערער 1 איים עליו לבל יספר כי שהה עם המתלוננת בחדר השינה (וכדבריו “אני יזיין אותך אם אמרת להם”, ש' 48), ואף הורה לו למסור כי המתלוננת שהתה בדירה זמן קצר יותר (ראו תמלול החקירה עמוד 12, ש' 4). ואולם,

המערער 2 חזר על גרסתו, לפיה אחיו, בניגוד לדברי המערער 1, אכן נכנס לחדר השינה עם המתלוננת, וכי "היא הייתה יותר מעשר דקות אולי ארבעים דקות חצי שעה. אולי עשר דקות דיברנו בסלון" (ת/2 ש' 53; תמלול החקירה עמ' 12 – ש' 16-19)). מהאמור לעיל עולה, כי המערער 2 לא שיבש את מהלכי המשפט אלא חזר על גרסתו העקבית בדבר משך שהותה של המתלוננת בדירתו, וזאת, על אף הלחצים שהופעלו עליו מצד אחיו. יתר על כן, בית משפט קמא סבר כי דברים אלו הינם מהימנים, שכן הוא מצא בהם משום ראיה עצמאית להוכחת שקרי המערער 1, באותה סוגיה.

לפיכך, דעתי היא כי יש לזכות את המערער 2 מהעבירה בה הורשע במסגרת האישום השני, שעניינה שיבוש מהלכי המשפט.

הנרעור על גזר הדין

41. כלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב במידת העונש שגזרה הערכאה הדיונית אלא אם מדובר בסטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת במקרים דומים, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר הדין (ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל (13.5.2015); ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל (3.5.2015); ע"פ 8204/14 זלום נ' מדינת ישראל (15.4.2015)).

42. לאחר שבחנתי את כלל הנסיבות שלפנינו, הגעתי למסקנה כי אין מקום להתערב בגזר הדין שהושת על המערערים. נכון, אמנם, כי הוטלו על המערערים, בגין מעשיהם במסגרת האישום הראשון, עונשים לא קלים, אך אין מדובר, לגישתי, בעונשים החורגים ממדיניות הענישה המקובלת בעבירות כגון דא, המבוצעות בנסיבות חמורות, כפי שהיה במקרה שלפנינו.

קשת הענישה בעבירות מין הינה רחבה, והדבר תלוי, בין היתר, בנסיבות ביצוע העבירות; במידת הפגיעה בקורבן העבירה; ובנסיבותיו האישיות של הנאשם. כך, ניתן להפנות לע"פ 3998/13 אביקזר נ' מדינת ישראל (4.2.2015), במסגרתו אישר בית משפט זה עונש מאסר בן עשר שנים שהושת על מערער, אשר הודה בביצוע עבירות מין חמורות, שאינן כוללות מעשה אינוס (מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) וסעיף 345(ב)(3) לחוק העונשין; איומים, לפי סעיף 192 לחוק העונשין; ומעשה מגונה בכוח (ריבוי עבירות), לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין). בע"פ 5851/09 עמידה נ' מדינת ישראל (1.3.2011), הורשע המערער בביצוע מעשה סדום יחיד, שלא בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 347 לחוק העונשין בנסיבות סעיף 345(א)(1). אמנם,

בית משפט זה קבע כי יש להקל בעונש שהושת על המערער בבית משפט קמא, אך עדיין העמיד את העונש על עשר שנות מאסר לריצוי בפועל. בנסיבות חמורות יותר, שכללו מספר רב יותר של משתתפים בעבירות המין, כאשר המערערים ביצעו את זממם בקורבנות העבירות לאורך זמן, באכזריות, ולעיתים תוך שימוש באלימות קשה, הושתו על הנאשמים עונשי מאסר הנעים בין 14 ל- 19 שנות מאסר בפועל (ראו, למשל, ע"פ 1484/10 אבו חאמד נ' מדינת ישראל (22.10.2012); ע"פ 712/09 דאס נ' מדינת ישראל; ע"פ 5673/04 מזרחי נ' מדינת ישראל (30.12.2004)).

ראוי להדגיש את נסיבותיו החמורות של המקרה שלפנינו. כל אחד מהמערערים הורשע בביצוע שתי עבירות קשות - אינוס ומעשה סדום, אשר כל אחת מהן בוצעה בנסיבות מחמירות כפולות, היינו בחבורה ותוך גרימת חבלה גופנית למתלוננת. העונש המירבי בצד כל אחת משתי העבירות, המבוצעת באחת מהנסיבות המחמירות המפורטות בסעיף 345(ב) לחוק העונשין, עומד על עשרים שנות מאסר. עוד יצויין, כי המערערים שלפנינו, ובשונה מן המערער בע"פ 3998/13 הנזכר לעיל, לא הודו בביצוע העבירות ובחרו, על פי זכותם, לנהל את משפטם. גם לאחר שהורשעו בדין, לא ביקשו המערערים להביע חרטה על מעשיהם, וכדברי בית משפט קמא "בכל הזדמנות, הן באמרות בחקירה, הן בעדות המשפט, והן בדברים שנאמרו לעורכי חוות דעת המסוכנות או תסקיר שירות המבחן הם מתבטאים באורח מזלזל ומלגלג כלפי המתלוננת" (עמ' 13 לגזר הדין).

נזכיר, כי בתקופה הרלוונטית לאירועי כתב האישום היתה המתלוננת מכורה לסמים ולאכזהול, ומצבה המנטלי והפיזי היה כבי רע. המערערים ניצלו, באופן ציני ואכזרי, את מצבה זה לשם סיפוק יצרניהם המיניים המעוותים. הם היו מודעים לעובדה שהמתלוננת היתה נתונה בערפול חושים, ועשו בה כרצונם בחדר המיטות, עד שצלצולי הטלפון מצד אחותה המודאגת הניעו אותם להפסיק את מעשיהם הנפשעים, ולשחרר את המתלוננת לחזקתה. המתלוננת היתה כחפץ בידי המערערים, ומעשיהם בגופה, "מחקו אותה כאדם", כדבריה. מעשים אלו פגעו קשות בנסיונה, המאתגר ממילא, של המתלוננת להיטיב את אורח חייה ולשקמם. כאילו לא די בכך, המערערים אף לא גילו כל חמלה או אמפטיה כלפי המתלוננת, גם לאחר תום ההליך המשפטי בעניינם, וניכר כי לא הפנימו את חומרת העבירות שביצעו.

סבורני, כי מעשיהם של המערערים מחייבים ענישה מחמירה, על מנת לשרת את עקרון הגמול שבענישה ולתרום להרתעת המערערים עצמם, כמו גם להרתעת עבריינים אחרים בכוח. לפיכך, והגם שהעונשים שהושתו על המערערים אינם קלים,

הנני סבור, כאמור, כי אין מדובר בחריגה, קל וחומר שלא בחריגה מהותית, מרמת הענישה המקובלת בעבירות מסוג זה, ולכן אינני רואה מקום להתערב בעונשיהם.

43. יצויין, כי אף פסקי הדין הבודדים של בית משפט זה, אליהם הפנו המערערים, אינם תומכים, בהכרח, בגישתם. כך, המערער 1 הפנה לפסק דין יחיד, המלמד לדעתו, על חריגת עונשו של מרשו ממתחם העונש ההולם (ע"פ 30/13 פלוני נ' מדינת ישראל (17.6.2013)). ואולם, בית משפט קמא נדרש לפסק הדין האמור, וקבע בצדק, כי העבירה שבוצעה שם אינה זהה ביסודותיה לעבירות שהוכחו במקרה דנן, וממילא היא לא נעברה בנסיבות מחמירות, כפי העבירות בהן הורשעו המערערים דכאן. המערער 2 הפנה לע"פ 1732/10 פחימה נ' מדינת ישראל (30.3.2011) (להלן: עניין פחימה) אך גם פסק דין זה אינו מוביל למסקנה כי יש להקל בגזר הדין בעניינו. המערער העיקרי בפסק הדין האמור הורשע בעבירות אינוס, מעשה סדום ותקיפה בנסיבות מחמירות, שעניינן ביצוען בחבורה (אינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-4), בנסיבות סעיף 345(ב)(5) לחוק העונשין; תקיפה הגורמת חבלה ממשית לפי סעיף 380, בנסיבות סעיף 382(א) לחוק; מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(5) וסעיפים 345(א)(1) ו-4 לחוק). בית משפט זה אישר את גזר דינו, שעמד על תשע שנות מאסר לריצוי בפועל, בציינו כי אין בעונש זה משום "חומרה יתרה". בנסיבות דנן, המערער 2 אמנם לא הורשע בעבירת תקיפה בנסיבות מחמירות, אך עבירות המין, להן היה אחראי, בוצעו תוך גרימת חבלה למתלוננת, שהיא נסיבה מחמירה המצטברת לביצוען בחבורה. משכך, אין בפסק הדין אליו הפנה המערער 2 כדי להצדיק הקלה בעונשו. ככל שהמערער 2 ביקש ללמוד על רמת הענישה הראויה בעניינו, מן העונש שהושת על המערער השני בעניין פחימה, הרי שהלה לא הורשע בביצוע מעשה סדום בנסיבות מחמירות, ועל כן לא ניתן להקיש מגזר דינו של אותו מערער לנסיבות דכאן.

44. עוד יש להבהיר, כי בניגוד לטענות המערערים, בית משפט קמא נתן דעתו לנסיבות חייהם המורכבות, לרבות למצבו הבריאותי של המערער 1, כמו גם לעובדה שזו הרשעתם הראשונה בעבירות מין. גזרי הדין אף משקפים את מידתם המעורבות השונה של המערערים באירוע.

אכן, בית משפט קמא לא ציין בגזר הדין כשיקול לקולא את השיהוי שחל, לטענת המערערים, בהגשת כתב האישום נגדם, ואף המשיבה לא נתנה לכך את דעתה במסגרת טיעוניה בפנינו. אין ספק, כי בנסיבות המתאימות שיהוי משמעותי בהגשת כתב אישום עשוי להוות שיקול להקלה בגזר הדין (ע"פ 2375/12 מזרחי נ' מדינת ישראל

מדינת ישראל (6.8.2013); ע"פ 4434 יחזקאל נ' מדינת ישראל (8.3.2011); ע"פ 6288/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.2.2010)). אלא שבענייננו, חלוף הזמן ממועד הגשת התלונה למשטרה ועד להגשת כתב האישום נגד המערערים עומד על כשנה ומחצה. בהתחשב בטיבן של העבירות ובכפירת המערערים בביצוען, אין המדובר בשיהוי בלתי סביר, המצדיק הקלה בעונש.

סוף דבר

45. לו תשמע דעתי, ידחה ערעורו של המערער 1 על הכרעת הדין כמו גם על גזר דינו. ערעורו של המערער 2 יתקבל באופן חלקי, כך שהלה יזוכה מביצוע עבירת שיבוש מהלכי המשפט, המנויה באישום השני לכתב האישום, ולפיכך גם יבוטל עונש המאסר המותנה שהושת עליו בעקבות ביצועה. מעבר לכך, לא יחול שינוי בגזר דינו של המערער 2.

שׁוֹפֵט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשע"ה (2.7.2015).

שופט

שופט

שופט