



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 842/14

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון

המערער: גבריאל שרעבי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין ועל גזר הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב ב-תפ"ח 31601-05-10 (כבוד השופטים נ' אחיטוב, מ' דיסקין ור' בן-יוסף) מיום 23.6.2013 ומיום 16.12.2013.

תאריך הישיבה: כ"ז בחשון התשע"ו (9.11.2015)

בשם המערער: עו"ד רן אלון

בשם המשיבה: עו"ד ארז בן-ארויה

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. האם בדין נתן בית המשפט המחוזי אמון בעדותה של המתלוננת ולפיה המערער תקף אותה מינית, וזאת בין היתר בשים לב לאופן התנהגותה – לפני, במהלך ולאחר מעשה – למצבה הנפשי ולעברה המיני, שנדונו לעומקם בהכרעת הדין נושא הערעור? זו השאלה הניצבת לפתחנו בערעור דנן, על הכרעת הדין ולחלופין על גזר הדין שניתנו ב-תפ"ח (מחוזי ת"א) 31601-05-10. ביום 23.6.2013 המערער הורשע (בדעת רוב של כבוד השופטות נ' אחיטוב ומ' דיסקין וכנגד דעתו החולקת של כבוד השופט ר' בן-יוסף) בביצוע מעשה סדום (לפי סעיפים 347(ב) ו-345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק)); וביום 16.12.2013 נגזרו עליו 7 שנות מאסר בפועל, לצד הפעלת עונש מאסר על-תנאי של 4 חודשים במצטבר, ובצירוף עונשים נלווים.

2. על פי המתואר בכתב האישום המתוקן שהוגש לבית המשפט המחוזי, ביום 3.5.2010 בסמוך לשעה 20:30, ישב המערער, יליד שנת 1951, בפינת הרחובות המלך ג'ורג' ובוגרשוב בתל אביב, כשעל ברכיו גור כלבים. באותה עת עברה במקום המתלוננת, ילידת שנת 1993, וניגשה אל המערער. השניים דיברו במשך דקות ארוכות, בין היתר על האפשרות שהמתלוננת תרכוש את הכלב מאת המערער תמורת תשלום של 1000-1500 ש"ח. במהלך שיחתם המערער סיפר למתלוננת כי בעבר מכר כלב לאחרת בתמורה לקיום יחסי מין, והמתלוננת הבהירה כי היא אינה מעוניינת בכך, וכן סיפרה לו כי היא בת 16 וחצי וכי היא סובלת מבעיות נפשיות ומטופלת בתרופות.

המערער שכנע את המתלוננת להתלוות אליו כדי לראות גורי כלבים נוספים השייכים לו, והם הלכו יחד, דרך הרחובות המלך ג'ורג' ואלנבי, לסמטה חשוכה ברחוב הס (להלן: הסמטה). בתחילה סירבה המתלוננת להיכנס עם המערער לסמטה, אך התרצתה לאחר שזה אמר לה "לא רוצה לראות את הגורים, לא צריך" או מילים בעלות משמעות דומה, ומתוך מחשבה שתראה בסמטה גורי כלבים.

3. בהיותם בסמטה, המערער אחז ביד שמאל בשערה של המתלוננת, וביד ימין אחז בחזה, תוך שהוא מוריד את חולצתה. המערער איים על המתלוננת שתהיה "ילדה טובה" ושם לא "תסתום" היא לעולם לא תראה את הכלב, או מילים בעלות משמעות דומה; והמתלוננת בתגובה דחפה אותו, ירקה לעברו וקיללה אותו באומרה "תעזוב יא בן זונה". המערער לא הרפה מהמתלוננת וליקק את חזה, פתח את מכנסיו, הוציא את איבר מינו, הוריד בכוח את ראשה לכיוון איבר מינו ואמר לה "תמצצי". המערער החדיר בכוח את איבר מינו לפיה של המתלוננת, ולאחר מכן הוציאו, הרים את ראשה של המתלוננת וליקק את החזה שלה שוב, תוך שהוא מאונן עד שהגיע לפורקן מיני.

תוך כדי ביצוע המעשה ניסה המערער לנשק את המתלוננת, וכן אחז בישבנה מתחת למכנסיה. בהמשך, המערער אמר למתלוננת "הנה זה לא היה כזה נורא זה רק נשאר בין שנינו ויש לך כלב" או מילים בעלות משמעות דומה.

4. בהמשך, המערער ביקש מהמתלוננת שתתלווה אליו לקנות גבינה לכלב, ולאחר מכן ימסור לה אותו. סמוך לשעה 21:53 נכנסו השניים לסופרמרקט בפינת הרחובות פינסקר ובוגרשוב, המערער קנה לכלב גבינה והם יצאו להאכיל אותו; ובשלב זה הבהיר המערער למתלוננת כי אין בכוונתו למסור לה את הכלב.

סמוך לשעה 22:08, ברחוב אהרונוביץ', התקשרה המתלוננת למשטרה ובתגובה תקף אותה המערער בכך שאחז בשתי ידיה וניסה לחטוף מהן את הטלפון, כדי למנוע ממנה להתקשר למשטרה. בעודה מטלפנת, הציע המערער למתלוננת את הכלב וכן כסף מזומן, על מנת שתנתק את השיחה ותלך לדרכה.

בהתאם לאמור הואשם המערער בביצוע מעשה סדום במתלוננת שלא בהסכמתה החופשית, לפי סעיפי החוק הנזכרים בפסקה 1 לעיל.

5. המערער כפר באשמה. בתשובתו לכתב האישום טען המערער כי הוא מוכר גורי כלבים לפרנסתו, והודה כי ישב בפינת הרחובות המלך ג'ורג'-בוגרשוב וכי פגש את המתלוננת, שהתעניינה ברכישת הכלב, סיפרה לו בת כמה היא וציינה שהיא מטופלת בתרופות פסיכיאטריות. לטענתו עזב המערער את המקום והלך לדרכו, תוך שהמתלוננת הולכת אחריו ביוזמתה, בניסיון לשכנעו לתת לה את הכלב; והוא נכנס לסמטה לבדו על מנת לעשות את צרכיו, כשבהמשך המתלוננת נכנסה לשם אף היא, ביוזמתה, מאחר שסברה כי הוא מנסה להתחמק ממנה. המערער הכחיש כי תקף מינית את המתלוננת כמתואר בכתב האישום.

המערער הודה כי לאחר מכן נכנס לסופרמרקט וקנה גבינה לכלב, וטען כי גם בשלב זה המשיכה המתלוננת ללכת אחריו, נכנסה אחריו לסופרמרקט ביוזמתה ובניגוד לרצונו, תוך שהוא הדגיש לפניה כי תקבל את הכלב רק בתמורה לתשלום. המערער הכחיש כי תקף אותה בכך שניסה לחטוף מידיה את הטלפון וכי הציע לה את הכלב וסכום כסף כדי שתנתק את השיחה ותלך.

הכרעת הדין

6. בדיון ההוכחות שהתנהל בבית המשפט המחוזי העידו מטעם התביעה המתלוננת, אמה, עובר אורח שהיה מעורב במעצר המערער, מספר שוטרים שהיו מעורבים בחקירת האירוע, ופסיכיאטר שטיפל במתלוננת (להלן: ד"ר גובזנסקי). מטעם ההגנה העידו המערער ושני עדים מומחים.

המותב שישב בדיון בבית המשפט המחוזי נחלק בשאלת אשמתו של המערער בביצוע העבירות שיוחסו לו. בדעת הרוב, מפי השופטת נ' אחיטוב ובהסכמת השופטת נ' דיסקין, נקבע שאשמת המערער הוכחה מעבר לספק סביר; בעוד שהשופט ר' בן-יוסף סבר בדעת מיעוט כי נותר ספק שבגיננו יש לזכות את המערער מהמיוחס לו.

בגדרי חוות דעתה של השופטת אחיטוב, עמד בית המשפט על העדויות והראיות שהוצגו לו, ובפרט עדותה של המתלוננת, שהיא הראיה המרכזית שהובאה על ידי התביעה להוכחת השתלשלות האירועים המתוארת בכתב האישום, אל מול זו של המערער שהציג תמונה שונה.

7. גרסת המתלוננת: המתלוננת תיארה כיצד בעת ששהתה עם חברים באזור קניון "דיזנגוף סנטר", ראתה את המערער ולצידו בחורה אחרת (שעזבה את המקום בסמוך לאחר מכן) יושבים על ספסל עם הכלב. המתלוננת נפרדה מחבריה והתקרבה לספסל, בהביעה התעניינות בכלב, ואותה בחורה אמרה לה שהוא מיועד לאימוץ, אך המערער – שהציג את עצמו בשם גידי – אמר שהכלב מיועד למכירה וכי מחירו 1,500 ש"ח. המתלוננת הלכה הצידה, צלצלה לאביה ולאמה וביקשה אישור להביא את הכלב הביתה, תוך שציינה כי מדובר באימוץ ללא תמורה, וכן צלצלה למכר שלה שממנו רצתה ללוות את הסכום הדרוש לקניית הכלב, אך זה לא ענה לטלפון. המתלוננת אמרה למערער ש"זה בסדר" והיא יכולה לקחת את הכלב; ואולם היות שבמהלך השיחה ציינה המתלוננת שהיא רק בת 16, אמר לה המערער כי עליו להנחות אותה בדבר אופן הטיפול בכלב. השניים שוחחו, ובמהלך השיחה הציע המערער לקנות למתלוננת בירה, וזו סירבה באומרה כי היא נוטלת תרופות פסיכיאטריות, ובאותו יום נטלה מינון גבוה יחסית; וכן ציין המערער לפניה כי בעבר מישהי הציעה לשכב איתו על מנת לקבל כלב, והמתלוננת הגיבה כי "אין מצב" שדבר כזה יקרה איתה, וכי היא תשיג את הכסף. לאחר שקיבל המערער שיחת טלפון הציע למתלוננת לבוא איתו לראות גורים חדשים ש"מישהו" הגיע להביא לו; והשניים הלכו לסמטה, שהיא למעשה כניסה לבניין מגורים. לדברי המתלוננת, היא חשבה ש"משהו לא בסדר" עם המערער, אך לא חששה ממנו עצמו כי אם מאנשים אחרים שהוא עלול להוביל אותה אליהם. היא הלכה אחריו למרות מודעותה לסיכון, משום שהתרופות שנטלה עמעמו את תחושת הפחד שלה.

בסמטה, המערער זרק סיגריה על הרצפה והטיל את מימיו, כשהמתלוננת עומדת בגבה אליו והיא אוחזת בכלב; ולאחר מכן המערער לקח מידיה את הכלב והניחו בעגלת שוק שנשא עימו, ונכנס עמוק יותר אל תוך הסמטה, כשהוא אומר: "לא רוצה לראות את הגורים, לא צריך". המתלוננת עקבה אחריו פנימה, שאז תקף אותה: הוא תפס את המתלוננת בשערה בידו השמאלית, והיא ניסתה לדחפו באופן "חלש ועלוב", הפצירה בו שיניח לה וירקה עליו, עד שלבסוף קפאה ולא התנגדה עוד. המערער אמר לה שהיא לא תראה יותר את הכלב, שתהיה "ילדה טובה" והאירוע ייגמר; ובידו הימנית משך את שדיה מתוך חולצתה והכניסם לפיו, ואז הפילה על ברכיה באמצעות משיכת שערה כלפי מטה. הוא פתח את מכנסיו, הוציא את איבר מינו

והכניסו לפיה של המתלוננת תוך שאמר "תמצצי, כלבה, בסוף תקבלי את הכלב" ו"זונה". המערער פלט מעט נוזל זרע בתוך פיה של המתלוננת הגם שלא הגיע לפורקן מלא, משך אותה בחזרה למעלה ומצץ את שדיה פעם נוספת, ואז אונן בידו הימנית עד שפלט את זרעו על הרצפה תוך שהיא מרחיקה את גופה. לאחר מכן ניגב את עצמו במגבונים שהיו עימו ואמר למתלוננת "הנה, זה לא היה כזה נורא" ו"הכל נגמר ועכשיו יש לך כלב". עם זאת הוסיף המערער כי לנוכח גילה, מכיוון שהיא קטינה, הוא לא יכול לתת לה את הכלב כי "אי אפשר לתת אותו בלי אחריות", והמשיך ללכת כשהמתלוננת בעקבותיו.

בכניסה לסופרמרקט הציע המערער למתלוננת שתיכנס לקנות לכלב גבינה ובירה לעצמה, והיא סירבה מחשש שהוא ייעלם בזמן שתהיה בפנים, והתווכחה עימו. לפי עדותה, קבלת הכלב הפכה בשלב זה ל"פרינציפ" עבורה: "אחרי כל מה שעשה לי, לפחות שיעמוד מאחורי המילה שלו". הם נכנסו אפוא לחנות יחד וקנו גבינה, והיא שמרה את הקבלה מתוך מחשבה שייתכן ותתלונן על המערער, והקבלה עשויה לשמש כראיה. ביציאה מהחנות נתן המערער לכלב לאכול מהגבינה, ואמר למתלוננת שהוא לא יכול לתת לה לגדל את הכלב בגלל ה"קריזות" שלה; המתלוננת הסבירה בעדותה כי היתה נחושה לקבל לידיה את הכלב, כדי להצדיק עבור עצמה את קיפאונה במהלך התקיפה המינית וכן משום שהתרשמה כי יחסו של המערער אל הכלב איננו ראוי. בעקבות דברי המערער היא התקשרה לאמה, וזו שוחחה עם המערער בטלפון, שגם לפניו הציג את עצמו בשם "גידי" או "גידי יצחקי", והסביר כי הכלב עומד למכירה ומחירו 1,500 ש"ח. עם ניתוק השיחה גמלה בליבה ההחלטה להתלונן והמתלוננת צלצלה למשטרה, ובתגובה המערער הציע לה 50 ש"ח ואת הכלב על מנת שתנתק את השיחה, ומשסירבה אחז בידיה וניתק את שיחת הטלפון. היא חייגה שוב והוא החל להתרחק בצעד מהיר, והיא רדפה אחריו, כשהיא בוכה ומוסרת למשטרה הודעה ב"היסטוריה"; וכשראתה עובר אורח שהיה במקום עם קטנוע, שלומי שמו (להלן: שלומי), ביקשה ממנו להחזיק במערער ולמנוע ממנו לברוח; ושלומי עשה כן. אישה שמתגוררת בסמוך והבחינה במתרחש הביאה למתלוננת כוס מים. שוטרים שהגיעו למקום ביקשו לבצע למתלוננת "בדיקת חיים", המאפשרת לאסוף ראיות מגופה כגון הימצאות תאי זרע בפיה, ואולם המתלוננת סירבה משום שסברה כי מדובר בבדיקה רפואית גרידא, ולא נגרמה לה פגיעה פיזית.

8. המתלוננת העידה במסגרת החקירה הנגדית, לאחר שבית המשפט התיר זאת, על אודות חיי המין שלה, ההיסטוריה הפרטית שלה ומצבה הפסיכיאטרי. כך פירטה המתלוננת כי הופנתה כלפיה אלימות מצד הוריה בגילאים 5-14; וכי עברה תקיפות

מיניות בילדותה, הן לאורך תקופה של שנה כשהייתה בכיתה א' או ב' מצד בנה של המטפלת שלה, והן כשהייתה בכיתה ד' על ידי גבר זר ברחוב. עוד סיפרה המתלוננת כי היא הסבה לעצמה בעבר פגיעות פיזיות, וכן שבמשך תקופה בגיל 14 נהגה לקיים יחסי מין לא מוגנים. היא הוסיפה כי נהגה לחפש שותפים מיניים משני המינים באינטרנט, ובעברה 5-10 מערכות יחסים בעלות אופי סאדו-מזוכיסטי, עם גברים בשנות ה-20 וה-30 לחייהם. לעיתים קיבלה מהם המתלוננת תמורה, וזו כללה אוכל ובגדים ולעיתים גם כסף. המתלוננת העידה שהיא סבורה כי "מלהיות קורבן אז אני סידרתי לעצמי בראש שזה בהסכמה עכשיו וזה בסדר, אי-אפשר לנצל מישהי אם היא מסכימה [...] אני רואה עכשיו שזה לא באמת ככה". בנוגע לטיפולים שעברה, המתלוננת סיפרה כי היא מצויה בטיפול ומעקב של פסיכולוגים ופסיכיאטרים, ומספר חודשים קודם לאירוע המתואר בכתב האישום אושפזה לבקשתה למספר ימים בבית חולים פסיכיאטרי, על מנת להתרחק מביתה עקב קשיים ביחסים עם הוריה.

בנוסף סיפרה המתלוננת בעדותה כי יש לה חיבה מיוחדת לבעלי חיים והיא צמחונית, וכן שהיא משתמשת בסם מסוג קנאביס, ולדבריה הפסיכיאטר המטפל בה ביקש עבודה אישור לשימוש בקנאביס רפואי ובקשתו נדחתה על ידי משרד הבריאות.

9. גרסת המערער: לפי גרסתו של המערער לאירועים כפי שהוצגה בעדותו, הוא מתפרנס ממכירת גורי כלבים; וביום האירוע אכן פגש במתלוננת כעולה מתיאורה, ובתחילה נקב במחיר של 1,500 ש"ח עבור הכלב. לאחר שאמרה לו כי היא מטופלת בתרופות פסיכיאטריות, ואף אמה ציינה זאת כששוחחה עימו בטלפון עוד בתחילת המפגש – הוריד את המחיר ל-1,000 ש"ח. המערער הכחיש כי הציג את עצמו בשם גידי וכן הכחיש שסיפר למתלוננת כי בעבר מישהי שכבה איתו בתמורה לכלב.

לדברי המערער, בשלב זה ביקש להתרחק מהמתלוננת והלך לתחנת האוטובוס על מנת לנסוע לביתו, אך היא עקבה אחריו והוא לא היה יכול לעלות על כלי רכב ציבורי כל עוד המתלוננת אינה מרפה ממנו. המערער נדרש להטיל שתן ולצורך כך נכנס לסמטה, תוך שהוא מורה למתלוננת להישאר בחוץ; לדבריו, הוא ניגב את איבר מינו במגבונים לאחר שהטיל את מימיו מטעמי היגיינה ומחשש לדלקות.

המערער העיד כי המשיך בדרכו מהסמטה לסופרמרקט כשהמתלוננת עוקבת אחריו, ולאחר שקנה לכלב גבינה והתיישב להאכיל אותו, נטלה המתלוננת לידיה את הכלב בכח, ואף שרטה בתוך כך את המערער ואיימה עליו שאם לא יתן לה את הכלב היא תעליל עליו. המערער בתגובה הציע לה 50 ש"ח כדי שתעזוב אותו, וזאת לאחר

שקנה לה כריך ומנת שווארמה עוד בדיזנגוף סנטר. משהחלה המתלוננת להתקשר למשטרה הבהיר לה המערער כי הוא יחכה במקום, והוא אף העיד כי הוא זה שראה במקום את שלומי, וביקש ממנו להתקשר למשטרה.

10. יתר העדויות והראיות: אמה של המתלוננת אישרה בעדותה את דבר שיחות הטלפון מערב האירועים נושא הערעור, לרבות חילופי הדברים עם המערער בשיחה המאוחרת יותר, שבסיומם אמרה לבתה כי דומה ש"נפלה על נוכל" והבת הסכימה איתה. עוד העידה האם כי בסוף השיחה המתלוננת "לא נשמעה טוב"; וכשפגשה בה בתחנת המשטרה מאוחר יותר, היתה המתלוננת "מאוד נסערת". בהתייחס לכך שבתה שיקרה לה, כשאמרה שהכלב מיועד לאימוץ ולא למכירה, השיבה האם כי "אני אמא שלה והיא בגיל ההתבגרות. זה מובן מאליו. הורה שחושב שילד בגיל ההתבגרות אף פעם לא משקר לו, חי באיזשהו עולם דמיוני"; וכן השיבה בחיוב לשאלה אם בתה "נוהגת לעשות מניפולציות כדי להשיג דברים".

שלומי העיד כי ביום האירוע בשעה 22:00, כשעמד לעלות על הקטנוע שלו, ראה את המערער גורר עגלת שוק ואחריו המתלוננת מדברת בטלפון, נסערת ובוכה. הוא שאל אותה אם הכל בסדר והיא אמרה לו שהמערער פגע בה, והיא רודפת אחריו מזה כעשרים דקות תוך כדי שיחה עם המשטרה. שלומי הורה למערער לשבת, וזה ציית, תוך שאמר "היא משוגעת, היא רוצה את הכלב, דיברתי עם אמא שלה", בעוד שהמתלוננת אמרה לשלומי כי המערער "גרם לי למצוץ לו". כשהגיעו ניידות משטרה, העיד שלומי, המתלוננת "התפרקה על המדרכה".

11. בבית המשפט המחוזי העידו כאמור מספר שוטרים שטיפלו בתיק, ובהם רס"ל טל מחוי, שוטר סיור שהגיע לזירה וסיפר כי כשניגש למתלוננת היא הצביעה על המערער והחלה לבכות, וכי הוא שמע משלומי ולאחר מכן מהמתלוננת כי המערער "הכריח אותה למצוץ לו". העד הוסיף כי המתלוננת ציינה בפניו שהמערער ניגב את זרעו, וכשהגיע העד לסמטה מצא בה מגבונים זרוקים ובדל סיגריה, וכן מצא בתיקו של המערער חבילת מגבונים. לב ווסקובניק, קצין במעבדה הביולוגית (להלן: המומחה המשטרתי), ערך דגימות ד.נ.א ובדיקות לחיפוש אחר זרע במגבונים ובבדל הסיגריה שנמצאו בזירת האירוע, וכן בבגדים שלבשו המערער והמתלוננת ובפריטים שנשא המערער בעגלתו. הוא העיד כי הבדיקה העלתה שנמצאה תשובה חיובית באשר לקיום נוזל זרע על חולצת המתלוננת בבדיקה ביוכימית; אך תשובה שלילית בבדיקה אימונולוגית ובבדיקה מיקרוסקופית. המומחה המשטרתי הסביר בעדותו כי ייתכן שהחומר שנמצא הוא חומר אחר שאיננו נוזל זרע, או שנוזל הזרע דליל משום שהאדם

שממנו הגיע סובל מבעיות פוריות, וכן יכול להיות שההבדלים בין תוצאות הבדיקות נובעים מכך שהועמדה לבדיקה כמות קטנה של נוזל זרע. לחומר שהופק מהחולצה נערכו גם בדיקות ד.נ.א, שהעלו תערובת של יותר משני בני אדם, כשנמצאה התאמה לפרופיל הגנטי של המתלוננת ושל המערער, ובהתייחס לזה האחרון ברמת מובהקות סטטיסטית גבוהה. בבדיקה שנערכה למגבונים נמצאו תאי זרע "בוודאות".

המדינה הגישה כראיות גם את סרטון מצלמת האבטחה בסופרמרקט; את תיעוד שיחות הטלפון שערכה המתלוננת בטלפון הנייד שלה ואת תיעוד שיחתה עם מוקד 100; את הודעותיו של המערער במשטרה ותיעוד של חקירותיו; ואת תיעוד העימות שנערך במשטרה בין המתלוננת למערער.

12. מטעם ההגנה העידו כאמור שני עדים מומחים. ד"ר נועה דיוואן היא מומחית בתחום הגנטיקה, שבדקה אף היא את הממצאים שבדקה המשטרה ומצאה כי על חולצת המתלוננת היו דגימות ד.נ.א של לפחות שני בני אדם, כשהפרופיל הבולט ביותר הוא של המערער; וחומר גנטי ששייך לאדם שלישי, שאיננו המתלוננת או המערער. ד"ר דיוואן הסבירה כי לדעתה יש לבדוק גם חומרים בכמויות קטנות, אף שהמשטרה נוטה להתעלם מחומר גנטי הנמצא בכמויות שוליות. לדבריה, די במגע אקראי כדי שיימצא ד.נ.א של המערער על חולצת המתלוננת, ולעומת זאת לו היה מתרחש האירוע לפי גרסת המתלוננת, סביר להניח שהיה נמצא על המגבונים גם ד.נ.א שמקורו ברוק שלה.

מאיר מלול, ביולוג שערך חוות דעת במסגרת עבודתו במכון למדע פורנזי, העיד כי הבדיקה המיקרוסקופית לגילוי נוזל זרע היא המדויקת ביותר; וכי מכך שרק הבדיקה הביוכימית העלתה תשובה חיובית ביחס לחולצתה של המתלוננת, עולה שהנוזל שהיה עליה לא היה נוזל זרע, או שהיה נוזל זרע של אדם הסובל מבעיות פוריות. לדעתו, האפשרות הסבירה ביותר היא שמדובר בנוזל רוק.

13. ד"ר גובזנסקי, מומחה בפסיכיאטריה של ילדים ומתבגרים ששימש סגן מנהל מרפאת ילדים ונוער במרכז לבריאות הנפש "שלוותה", העיד כי הוא פגש במתלוננת לראשונה בשנת 2008, והיה עימה בקשר ובמעקב לאורך כשלוש שנים. ד"ר גובזנסקי העיד כי המתלוננת טופלה בתקופה הרלוונטית בתרופות נגד חרדה ודיכאון, לעיתים במינון נמוך, "מתחת לטווח הקליני", כיוון שהתלוננה על תופעת לוואי של "קהות רגשית". בהתייחס לאבחנה של רופא אחר במחלקה, כי המתלוננת לוקה ב"הפרעה אישיותית בלתי-יציבה" הידועה גם כהפרעת אישיות גבולית, העיד ד"ר גובזנסקי כי הוא אינו מופתע ממנה, אך בעיניו אבחנה מתאימה יותר למתלוננת היא "Complex

Trauma", הגם שקיימת חפיפה בין רבים מהתסמינים של שני המצבים. אדם המאובחן כבעל אישיות גבולית מאופייין, בין היתר, בהתנהגות בלתי-יציבה ובנטייה להכניס את עצמו באופן אימפולסיבי למצבי סכנה, כשלדעתו של ד"ר גובזנסקי ניתן לזהות אצל המתלוננת אלמנטים של פוסט-טראומה, שבגינה נפגעת היכולת לנתח סיטואציות באופן מושכל ומופעל מנגנון הכחשה ביחס למצבי סיכון. לעיתים הפרעת אישיות גבולית מלווה בהפרעה בבוהן המציאות ובנטייה להתנהגות מניפולטיבית, אך לד"ר גובזנסקי לא ידוע על התנהגויות נקמניות או מניפולטיביות מיוחדות מצד המתלוננת. ביחס לפעילות המינית של המתלוננת אמר ד"ר גובזנסקי כי הדפוס של יצירת קשרים מיניים עם מבוגרים ממנה אינו מאפיין בעלי אישיות גבולית, אך מתאים לאנשים שנפגעו מינית, ומנסים באופן לא מודע להחזיר לעצמם את השליטה בסיטואציות מיניות באמצעות שחזורן. ביחס לפגיעות הפיזיות שהסבה המתלוננת לעצמה הוסיף ד"ר גובזנסקי כי לא מוכרים מקרים של פגיעה עצמית באמצעות פגיעה מינית. עוד הוסיף כי המתלוננת סיפרה לו בטיפול כי נפגעה מינית באירוע נושא הערעור, והוא רשם זאת בזמן אמת. ד"ר גובזנסקי הבהיר בעדותו כי מעולם לא ביקש עבור המתלוננת אישור לשימוש בקנאביס רפואי.

14. הכרעת דעת הרוב: בית המשפט ניתח את שתי העדויות, זו של המתלוננת וזו של המערער, "בשני שלבים: הראשון – עקביות והתאמה לראיות החיצוניות; השני – סבירות ומהימנות העדויות, ובכלל זה ההתרשמות מהן". על יסוד שני נדבכים אלה התקבלה גרסתה של המתלוננת ונדחתה גרסתו של המערער, באופן שלא הותיר ספק כלשהו באשמתו.

בית המשפט המחוזי עמד על כך שהפרטים המהותיים בדבר השתלשלות העניינים חזרו ונשנו בכל אחד מתיאוריה של המתלוננת את האירוע, ובכלל זה האופן שבו נפגשה עם המערער, חילופי הדברים ביניהם, פרטי התקיפה המינית והתנהגותם לאחר מכן. עם זאת צוין כי היו הבדלים מסוימים בין התיאורים שמסרה המתלוננת, כגון שבתחילה טענה שהמערער ניסה לנשק אותה ולאחר מכן נשמט פרט זה מהודעותיה, אך נקבע כי אלה הבדלים מינוריים שאין לייחס להם חשיבות. עוד צוין כי לחלק ניכר מהפרטים שמסרה נמצא עיגון בראיות חיצוניות. כך, תיאור המפגש הראשוני תואם את ההודעה שמסר חבר של המתלוננת שהיה עימה עד שפגשה במערער; פלטי שיחות הטלפון תואמים את דברי המתלוננת בהתייחס לשתי השיחות לאמה ובנוגע לשתי השיחות למשטרה בזו אחר זו; עדות אמה של המתלוננת תואמת את תוכן השיחות שנערכו עימה לפי עדות המתלוננת, לרבות דברי המערער בשנייה מהן; בבדיקות המעבדה נמצא ד.נ.א של המערער על חולצת המתלוננת וכן נמצא נוזל

זרע שלו על המגבונים, באופן שתואם את תיאורה של המתלוננת הן על אודות התקיפה המינית והן בדבר התנהגות המערער מיד בסיומה; סרט מצלמות האבטחה של הסופרמרקט מראה את השניים במקום; תוכן הקלטת השיחה עם מוקד 100 ועדותו של שלומי תואמים את התיאור בדבר אופן מעצרו של המערער.

בהתייחס למהימנות המתלוננת, נקבע בהכרעת הדין כי "מדובר בנערה בעלת פרופיל פסיכולוגי ועבר מיני יוצאי דופן"; ועם זאת נקבע כי אין בכך כדי להשליך על מהימנות עדותה. זאת בהינתן שלא נמסרה חוות דעת מקצועית מסודרת המצביעה על אבחנה פסיכיאטרית מוגדרת ועל ההשלכות הנובעות מכך על התנהגותה ומהימנותה של המתלוננת; בהינתן שאבחנת המתלוננת כבעלת "אישיות גבולית" נסמכה על עובדות שתיארה היא עצמה, תוך שהפסיכיאטר הגדיר את בוחן המציאות שלה כתקין; ומאחר שאף אם ניתן לאבחן את המתלוננת כבעלת הפרעת אישיות גבולית, עניין שלא הוכח, מעדותו של ד"ר גובזנסקי לא עלה שאנשים במצב זה נוטים ליצור תיאורים כוזבים מורכבים ולדבוק בהם תקופה ארוכה, כפי שנעשה בענייננו, להבדיל מהתנהגות אימפולסיבית.

עוד נקבע כי הגם שמקצת מדבריה של המתלוננת לא תאמו את המציאות באופן מלא – הן בעת האירוע, כשאמרה לאמה כי הכלב מיועד לאימוץ ולא למכירה, והן בעדותה, כשאמרה שהתבקש עבורה היתר לשימוש בקנאביס – יש להבין אותם בתוך ההקשרים שבהם נאמרו, שאינם קשורים להתקיימות אירוע התקיפה המינית, ואין בהם כדי לקעקע את מהימנות עדותה בכל מה שנוגע ישירות לאירועי כתב האישום. כך גם באשר לתמיהות שעוררה התנהגותה של המתלוננת בעת האירוע, כאשר נכנסה לסמטה עם המערער וכאשר המשיכה לשהות במחיצתו לאחר מכן; ונקבע כי היא היתה נחושה לקבל לידיה את הכלב, ושמה זאת לעצמה כמטרה שהשגתה תפצה על הפגיעה שחוותה ותצדיק אותה, לצד הדחקת קול ההגיון שהצביע על הסיכון הכרוך במעשיה. עדותה של המתלוננת נמצאה כ"עשירה בפרטים רבים, הן חזותיים והן סנסוריים, שרק מי שחוה את האירועים יכול לשחזרם בדיוק רב כל-כך, שוב ושוב".

15. מנגד, תיאור המערער את האירוע עבר מספר גלגולים ושינויים בהודעותיו במשטרה ובעדותו בבית המשפט, על מנת להתאימו לממצאים הראייתיים. כך, המערער סיפר בתחילה שישב בכיכר דיזנגוף ולא בסמוך לדיזנגוף סנטר, והכחיש שהלך עם המתלוננת למקום כלשהו; לאחר מכן אמר שהם נפגשו ברחוב המלך ג'ורג' והלכו ישירות לסופרמרקט ללא שנכנסו לסמטה; בגרסה שלישית שנמסרה במהלך העימות, הודה שנכנס לסמטה כדי להטיל את מימיו וניגב את איבר מינו במגבונים; ובגרסה

רביעית מסר כי מוקדם יותר באותו יום קיים יחסי מין עם "נערת ליווי", מה שעשוי להסביר את הימצאות נוזל הזרע על המגבונים. עדותו של המערער אף עמדה בסתירה לעדויות מפי אחרים שנשמעו בבית המשפט, למשל כשטען שאמה של המתלוננת ביקשה ממנו שלא ימכור לבתה את הכלב לנוכח מצבה הפסיכיאטרי, בניגוד לעדות האם; כשטען שחיכה בשלווה לאחר שהמתלוננת צלצלה למשטרה וביקש משלומי שיתקשר הוא למשטרה, בניגוד לעדותו של שלומי; וכשטען שקנה למתלוננת שווארמה כי היתה רעבה, בעוד שהיא צמחונית.

בית המשפט אפיין "חלקים ניכרים" מעדותו של המערער כ"בלתי סבירים בעליל". כך למשל, לא נמצאו לו הסברים מדוע לא עלה על מונית השירות לביתו כפי שתכנן, ומדוע ניגב את איבר מינו רק בסמטה, כשהמפגש המיני הנטען עם נערת הליווי התרחש כמה שעות קודם לכן. בית המשפט התרשם כי "עדותו כולה התאפיינה בצמצום הפרטים בהסברים דחוקים או בתירוצים".

16. בהתייחס לראיות הפורנזיות, בית המשפט ציין כי הבדיקות שנערכו וחוות הדעת המדעיות שהוגשו על בסיסן, לא היו מקיפות דיין כדי לקבוע מסמרות בדבר קיום המגע המיני כפי שתיארה אותו המתלוננת, כאשר מחד גיסא לא נמצא ד.נ.א של המתלוננת על המגבונים, ומאידך גיסא לא נבדק לעניין זה איבר מינו של המערער. לגבי "בדיקת החיים" שהוצעה למתלוננת הוטעם כי דומה שזו לא נדרשה כדי לבדוק הימצאות תאים של המערער בפיה, ואין לראות בסירובה לבדיקה משום אינדיקציה לחוסר מהימנות, באשר ניתן היה להסתפק בנטילת חומר מחלל פיה ללא בדיקה פולשנית – אך הדבר לא נעשה.

בית המשפט התייחס גם לתיזה החלופית שהציג בא-כוח המערער, ולפיה המגע המיני שהמתלוננת תיארה אמנם התרחש – אך בהסכמה; ובעניין זה נקבע כי לצד הקושי הכללי בהעלאת קו הגנה חלופי הסותר את עדות המערער, אין לכך כל עיגון בחומר הראיות. באשר להיסטוריה המינית של המתלוננת, לא נמצא כל קשר בינה לבין האירוע, היות שפער הגילים בין המערער למתלוננת הוא 42 שנים, בשונה מהקשרים הרומנטיים שניהלה עם גברים בשנות ה-20 וה-30 לחייהם; אותם קשרים נסמכו על משיכה מינית מצד המתלוננת, והיא פגשה בשותפיה לקשר במסגרות ייעודיות באינטרנט; וככל שקיבלה במהלכם תמורות גשמיות, הדבר היה נלווה לעניין המיני ולא תחליף לו. לא נמצאה כל אינדיקציה לעריכת מפגשים מיניים אקראיים ברחוב או לשימוש במין כאמצעי לחץ.

17. דעת המיעוט: השופט בן-יוסף סבר כאמור כי אשמתו של המערער במיוחד לו לא הוכחה מעל לספק סביר, ויש אפוא לזכותו מטעם זה. לדידו של שופט המיעוט, עדותה של המתלוננת לא היתה אמינה דיה על מנת לבסס עליה את הרשעתו של המערער, וזאת בשל "התנהגותה, התבטאותה, דרכי התנהלותה", שהיו שונים "מאלו של אדם רגיל". בין היתר צוינו המקרים בעברה של המתלוננת שבהם קיבלה תמורה עבור קיום יחסי מין, וכן התרופות שנטלה במינון גבוה ביום האירוע, שבעטיין היתה "בסוג של 'היי'", כדבריה. עוד הודגש בדעת המיעוט כי "אמירת האמת אינה נר לרגליה" של המתלוננת, לרבות שקרים שסיפרה למערער, לאמה ולד"ר גובזנסקי; וכי יש קושי להסתמך על עדותה בהינתן שנכנסה עם המערער לסמטה לאחר שסיפר לה כי בעבר נתן כלב בתמורה לשירותי מין, ובהינתן שהמשיכה להתלוות אליו אף לאחר מכן, ללא שהראתה כל סימני מצוקה – עד לבוא המשטרה. לנוכח האמור ולנוכח סתירות בתיאורי המתלוננת את האירועים, וכן היעדר ממצאים פורנזיים חד-משמעיים – מצא שופט המיעוט כי נוצר ספק שמא הזעזוע שהביעה המתלוננת לא היה אמיתי, או שהוא לא נבע מתקיפתה המינית כי אם מאי-קבלת הכלב לידיה.

אליבא דשופט המיעוט, קו ההגנה החלופי, שלפיו המגע המיני בין המערער למתלוננת התקיים בהסכמה, הוא אפשרי ואף סביר ומעוגן בראיות. בדעת המיעוט הודגש כי שימוש המתלוננת במילים "מרמה" ו"הבטחה" לתיאור יחסיה עם המערער, וכינויו "נוכל", אינם מתיישבים עם הטענה בדבר כפיית המגע המיני; וכי התנהגותה לאחר מעשה "מתיישבת באופן ברור וחד-משמעי עם יחסים בהסכמה", מה גם שהמתלוננת העידה כי היא חזקה מן המערער, פיזית ואינטלקטואלית. עוד הוטעם בדעת המיעוט כי עברה המיני של המתלוננת מלמד כי שימוש במין על מנת לקבל את הכלב לא היה מעשה חריג עבודה, וכי ייתכן שהמערער הכחיש בעצמו את קיום המגעים משום הפרש הגילאים בין השניים ומתוך דבקות בעמדה הראשונה שהציג. בעקבות האמור עולה צורך לבחון אם המערער אשם בקבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק, משלא עמד בהתחייבותו לספק למתלוננת את הכלב בעבור השירות המיני שקיבל, וכן בעבירת קבלת שירות של מעשה זנות של קטין לפי סעיף 203 לחוק; אך בדעת המיעוט לא הורחב לגבי אפשרויות אלה הואיל ולמערער לא ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפניהן.

18. סופו של דבר, בהכרעת דין מיום 23.6.2013 הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער, בדעת רוב, בביצוע מעשה סדום במתלוננת שלא בהסכמתה החופשית.

19. בגזר הדין שניתן ביום 16.12.2013 עמד בית המשפט המחוזי על הפגיעה הקשה בערכים חברתיים מוגנים כתוצאה מביצוע העבירה, הואיל והמערער פגע לא רק בגופה של המתלוננת אלא בעיקר בנפשה, תוך רמיסת האוטונומיה שלה על גופה. בית המשפט ציין כי מפסקי הדין שהגישו הצדדים לא עלתה מדיניות ענישה אחידה בנוגע לעבירה שבה עסקינן, משום ההבדלים שבנסיבותיהם של המקרים השונים שנדונו בפסיקה; כאשר בענייננו הודגשו מחד גיסא המידה המתונה של שימוש באלימות מצד המערער והעובדה שלא הגיע לפורקן מיני בתוך פיה של המתלוננת, ומאידך גיסא גילה הצעיר של המתלוננת וניצול קשייה הנפשיים על ידי המערער. הוטעם כי עניין זה מהווה מעין דפוס חוזר אצל המערער, שהורשע בעבר בביצוע מעשה סדום באדם שסובל מבעיות נפשיות, וכבר באותו עניין הדגיש בית המשפט את חומרתו היתרה של המעשה, בהיותו של המתלונן שם "טרף קל" (תפ"ח (מחוזי ת"א) 486/95). לבית המשפט בענייננו הוגש תסקיר נפגעת עבירה, שממנו עלה כי המתלוננת סבלה מפגיעה קשה בתחושת הערך העצמי וחשה רגשות אשם על כך שלא התנגדה למעשים באופן נמרץ יותר, והנזק שנגרם לה החמיר את קשייה הנפשיים. לנוכח האמור קבע בית המשפט כי מתחם הענישה ההולם הוא בין 4 ל-10 שנות מאסר.

בגזירת העונש בתוך המתחם התחשב בית המשפט בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ובתוך כך במצבו הרפואי הירוד של המערער, שאף הוסיף להתדרדר במהלך ניהול המשפט. בין היתר סובל המערער מאי-ספיקת כליות וטופל בדיאליזה, למצער בעת מתן גזר הדין, 3 פעמים בשבוע. מנגד צוין כי המערער נושא עימו עבר פלילי מכביד "שלא נתקלנו בדומה לו" – הוא הורשע בעברו בכ-150 עבירות, לרבות עבירות רכוש, סמים ואלימות, וכן עבירות מין כאמור. בית המשפט התרשם כי המערער בחר "בעבריינות כדרך חיים", וכי "העובדה שבתקופות מאסר קודמות לא היה כדי לשקם או להרתיע את הנאשם מביצוע עבירות נוספות, משליך בהכרח על מידת הסיכון לציבור הכרוכה במועד שחרורו".

לפיכך הושת על המערער עונש מאסר של 7 שנים בניכוי ימי מעצרו (מיום 3.5.2010 עד ליום 6.12.2010, ומיום 5.9.2012 עד מועד מתן גזר הדין), ובנוסף הופעל עונש מאסר על-תנאי בן 4 חודשים שהוטל עליו בהליך קודם, ונקבע שהעונשים ירוצו במצטבר. כן הוטל על המערער עונש מאסר על-תנאי, לבל יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו עבירות לפי פרק ה' לסימן י' לחוק – שנתיים מאסר בגין עבירת פשע ושנה בגין עבירת עוון. לבסוף חויב המערער בפיצוי המתלוננת בסך של 30,000 ש"ח.

20. בטיעונו לפנינו בכתב ובעל פה, המערער טוען כי בית המשפט המחוזי שגה כשמצא את עדות המתלוננת אמינה. המערער טוען כי עדות המתלוננת לוקה בחוסר הגיון פנימי; אינה אמינה על רקע הפרופיל הפסיכיאטרי שלה; וסותרת את הראיות החיצוניות.

בהתייחס להגיונה הפנימי של עדות המתלוננת, המערער מדגיש כי עולות תמיהות מהשקרים שסיפרה – לאמה כשאמרה שהכלב מיועד לאימוץ ולא למכירה, ולד"ר גובזנסקי ולבית המשפט בעניין השימוש שלה בקנאביס; מכך שקפאה בעת התקיפה המינית חרף עליונותה הפיזית והאינטלקטואלית על המערער, ולאחר מכן אף המשיכה במפגש עימו תוך התנהגות נורמלית; משלא סיפרה לאמה דבר על התקיפה המינית בשיחתן לאחר מעשה; ומההסבר שסיפקה להתנהגותה, ולפיו היא נשאה את סבלה כל עוד סברה כי יהיה בכך כדי לסייע ל"הצלת" הכלב מידי המערער. נטען כי התשובה לתמיהות טמונה בכך שהמתלוננת פנתה למשטרה רק לאחר שהבינה כי לא תזכה לקבל את הכלב, ומכאן שנפגמת האותנטיות של סערת הנפש שהציגה, והמצג הנסער דווקא מכרסם באמינות המתלוננת. לטענת המערער, יש בפרופיל הפסיכיאטרי-פסיכולוגי של המתלוננת כדי לבאר את תגובתה הקיצונית לסירוב המערער לתת לה את הכלב, באשר הפרעת האישיות הגבולית עשויה ללמד על פער בין האירועים שהתרחשו במציאות לבין ה"דרמטיזציה" שעשתה להם המתלוננת בראשה. כן מודגש כי מהעדויות עולה שהמתלוננת "משתמשת בפתינות מינית כציר מרכזי ליצירת קשר עם גברים".

בנוגע להתיישבות עדות המתלוננת עם הראיות החיצוניות, נטען כי ישנם הבדלים מהותיים בין תיאוריה השונים של המתלוננת את האירוע: בדוח שהגישה שוטרת הסירור שנכחה במקום האירוע, בהודעות המתלוננת במשטרה ובעדותה בבית המשפט. כך, המתלוננת אמרה בהודעות במשטרה שהמערער נישק אותה והכניס את ידו למכנסיה, אך פרטים אלה לא נשנו בעדותה; ובדוח נכתב שהמערער אמר לה כי לא ייתן לה את הכלב בחינם, לאחר שסירבה לבצע בו מין אוראלי, בעוד שלפי עדותה הוא אמר כי היא לא תראה את הכלב בחיים, ללא שקדמו למעשה המיני חילופי דברים בנושא. כן נטען כי לא ניתן הסבר לסירוב המתלוננת לעבור "בדיקת חיים", כשחוקר המשטרה העיד כי הסביר לה את חשיבות הבדיקה והיא אף הפגינה בקיאות יחסית בדיני הראיות כשהביעה מודעות לצורך למנוע "זיהום" ראיות. בנוסף נטען כי המתלוננת לא התנהגה באופן טיפוסי לנפגעי טראומה לאחר האירוע, לפי עדותו של ד"ר גובזנסקי, ובנוסף ברישומו בעת הטיפול עימה נכתב שהתוקף "ניסה לבצע מעשים מגונים" – ניסיון להבדיל מביצוע, ומעשים מגונים להבדיל ממעשה סדום.

עוד טוען המערער כי הממצאים הפורנזיים אינם תואמים את גרסת המתלוננת, היות שלא נמצאו בסמטה זרע או שערות, למרות טענותיה של המתלוננת כי המערער פלט את זרעו על הרצפה, וכי תלש משערותיה וניער את ידו; לא נמצא ד.נ.א של המתלוננת על המגבונים או על איבר מינו של המערער, כפי שהיה מצופה אילו החדיר המערער את איבר מינו לפיה ולאחר מכן ניגב אותו; ולא נמצא זרע של המערער על חולצת המתלוננת, הגם שנמצא שם ד.נ.א שלו. כן נטען שהסמטה היא למעשה כניסה לבנייני דירות שחלונותיהם משקיפים עליה, ומקום חשוף כזה "קשה להניח שאדם יבחר לבצע בו תקיפה מינית".

21. המערער מוסיף וטוען כי הסתירות שנפלו בעדותו שלו הן שוליות וכך גם ה"גלגולים" שעברה גרסתו, אך בית המשפט ייחס להם משקל רב בניגוד ל"סלחנות" שבה נהג בסתירות שבעדות המתלוננת; ו"עולה התחושה" שבית המשפט הכריע בין הגרסאות במאזן הסתברויות, ללא שהתקיימו אמות המידה הראייתיות להרשעה בדין פלילי.

באופן חלופי לגרסה שהציג המערער בעדותו ושעליה הוא חוזר בערעור, נטען גם כי ההסבר שלפיו המגע המיני אמנם התקיים, אך בהסכמה – "עולה במישרין מן הראיות", ולכל הפחות מקים ספק סביר ביחס לגרסת המתלוננת. כך לנוכח התנהגותה "היומיומית" של המתלוננת והיעדר תחושת פחד לאחר האירוע; היעדרן של ראיות פורנזיות המעידות על אלימות מצד המערער; שימוש המתלוננת במושגים מהעולם החוזי כמו "הבטחה" ו"מרמה"; עברה המיני, שכולל קשרים מיניים סאדו-מזוכיסטיים, עם גברים המבוגרים ממנה ובעבור תמורה; ונטייתם של בעלי הפרעת אישיות גבולית או נפגעי טראומה לשחזר סיטואציות מיניות קיצוניות ולתת להן בדיעבד משמעות שונה מאשר בזמן אמת.

22. ככל שיידחה ערעורו על הכרעת הדין, המערער משיג על גזר הדין ומבקש הקלה בעונש המאסר שהושת עליו. זאת, כנטען, משום שהוא "צל-אדם" החי "בשולי-שוליה של החברה", ומצבו הבריאותי בכי רע היות שהוא סובל בין היתר מבעיות בכלי הדם ובכליות. המערער מוסיף כי לאחר מתן גזר הדין חלה התדרדרות נוספת במצב בריאותו, וכן נטען כי הוא סובל מסכיזופרניה ולאחר אשפוז כפוי במחלקה לבריאות הנפש הוכרז כ"מסוכן באופן פיזי מיידי לעצמו ולסביבה".

23. המשיבה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי על שני חלקיו. ביחס להכרעת הדין נטען כי בדעת הרוב מצוי מענה משכנע לכל אחת מהטענות

המועלות בערעור, באופן מנומק ומבוסס על חומר הראיות, ובפרט משהמסקנה המרשיעה נסמכת על הערכת מהימנות העדויות, שבה ככלל אין ערכאת הערעור מתערבת. המשיבה טוענת כי גרסת המתלוננת לאירועים עקבית וקוהרנטית, ונתמכת בראיות החיצוניות שנמצאו בזירה כגון המגבונים שעליהם נמצאו תאי זרע של המערער; וכי אין בשקרים שסיפרה באשר לכלב או לשימוש בקנאביס כדי לערער את מהימנותה ביחס לתקיפה המינית, בהתחשב בהקשר הדברים ובניסיון החיים. בהתייחס לעברה המיני של המתלוננת, המשיבה טוענת כי אין כל מאפיין משותף בין דפוסיה ההתנהגות של המתלוננת בקשריה המיניים לבין המעשים שעשה בה המערער, ואין מקום למסקנה שהיא העלילה עליו עלילת-שווא. כך גם באשר למצבה הנפשי, משלא הוצגה בעניין זה אבחנה פסיכיאטרית "ממצה ומוגדרת", וממילא אין אינדיקציה לדבקות מתמשכת בתיאור כוזב של המציאות או להתנהגות נקמנית.

עוד מדגישה המשיבה כי המערער תיקן את גרסתו מספר פעמים וניסה להתאימה לראיות החפציות, ואולם עדותו "לוקה במספר בלתי-מבוטל של סתירות, שקרים, אי-דיוקים והסברים דחוקים". בנוגע לקו ההגנה החלופי, המשיבה מדגישה כי המערער המשיך להכחיש באופן גורף כל מגע מיני בינו לבין המתלוננת, ואין בחומר הראיות כדי להצביע על קיומו של מגע כאמור בהסכמה. המשיבה מוסיפה כי בניגוד לעולה מדעת המיעוט, אין ענייננו במצב של "גרסה מול גרסה", באשר גרסתה של המתלוננת מצויה בלב "מעריך תומך של ראיות"; ולא כן גרסת המערער, שאינה עולה בקנה אחד עם יתר הראיות.

ביחס לגזר הדין המשיבה טוענת כי אין מקום להתערבות בעונש לנוכח חומרת המעשים ומדיניות הענישה הנוהגת, בשים לב לעברו הפלילי "המכביד מאוד" של המערער, ומשהטענה בדבר התדרדרות במצבו הרפואי נטענה ללא תימוכין.

24. יצוין כי המרכז להערכת מסוכנות התבקש לערוך חוות דעת בעניינו של המערער לקראת הדיון בערעור, לפי סעיף 6 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006. המסוכנות המינית הנשקפת מהמערער הוערכה ברמה בינונית עד גבוהה. כן פורט בחוות הדעת שהוגשה על אודות ההיסטוריה הרפואית של המערער, הכוללת אשפוזים במחלקות לבריאות הנפש, וכן התמכרויות לסמים ולאכזריות.

25. אקדים תוצאה להנמקה ואומר כבר עתה כי לאחר עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בכתבי הטענות ובחומר הראיות, ולאחר שמיעת הצדדים בדיון שנערך לפנינו – אציע לחבריי לדחות את הערעור על שני ראשיו. וכעת אפרט.

הערעור על הכרעת הדין

26. ביסודו של דבר, הכרעת הדין נושא הערעור מבוססת על הערכת מהימנותם של העדים שהופיעו לפני הערכאה הדיונית ועל הממצאים העובדתיים שקבעה בעקבות התרשמותה הישירה מהעדויות והראיות. אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בכגון דא ובפרט בעבירות מין, משום יתרונה המובנה של הערכאה הדיונית באיתור "אותות האמת" בעקבות התרשמות בלתי-אמצעית מהראיות (סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות); ע"פ 1081/14 צעלוק נ' מדינת ישראל, בפסקאות 47-48 (18.12.2016) (להלן: עניין צעלוק); ע"פ 7532/12 איטל נ' מדינת ישראל, בפסקאות 132-138 (11.12.2016); יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1825-1832 (2009) (להלן: קדמי)). כך למעט בנסיבות חריגות המצדיקות התערבות – למשל כאשר נפלה בהחלטת הערכאה הדיונית שגיאה הניכרת לעין, או מקום שהמסקנות אינן מתיישבות עם הגיונם של דברים; ובענייננו המערער לא הראה כי מתקיים טעם מעין אלה שיצדיק את התערבותנו.

לדבריו, המערער אף אינו טוען נגד הערכת המהימנות של המתלוננת על ידי בית המשפט המחוזי, אלא נגד אמינות עדותה. ייתכן שהכוונה לכך שהמתלוננת אמנם סיפרה אמת מבחינת חווייתה האישית, אלא שקיים פער בין אותה חוויה לבין המציאות כהווייתה (ראו ע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 162 (8.5.2014) (להלן: ע"פ 3435/13)). כפי שיבואר, לא שוכנעתי בדבר קיומו של פער כאמור, ודאי לא כזה שמקים ספק סביר באשמתו של המערער; ובפועל טענותיו של המערער אינן מתמצות בהיבט זה, ולמעשה נטען גם שהמתלוננת משקרת ביודעין. בין כך ובין כך הערעור נסוב בעיקרו על עניינים שבעובדה. עם זאת יצוין שבפסיקה נקבע כי שומה על בית המשפט שלערעור לבחון ביתר הקפדה את הכרעת הדין כאשר מדובר בעבירות מין ובמיוחד כאשר ההרשעה נשענת בעיקרה על עדות קורבן העבירה (ראו ע"פ 919/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 59 (3.9.2015) (להלן: ע"פ 919/14); ע"פ 3435/13, בפסקה 142).

27. אכן, ניתן לסבור כי המקרה שלפנינו איננו "שגרתי" – באשר המציאות האנושית מזמנת מצבים מורכבים ובלתי-צפויים – ולמקרא הדברים עולות תמיהות

שונות; אך על כולן נתן בית המשפט את דעתו. בית המשפט לא התעלם מהקשיים כי אם דן בהם בכובד ראש, ולא דילג מעל המשוכות אלא התמודד איתן חזיתית; ומכאן ניתן יתר תוקף למסקנות שאליהן הגיע ולהערכתו את העדויות ששמע, וגובר הנטל המוטל על כתפי המערער. יפים לעניין זה דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור: "על מנת שבית המשפט יתערב בקביעת מהימנות של הערכאה הדיונית אין להסתפק בהצבעה על שורה של 'תמיהות', אפילו אם הן רבות, אלא יש להראות כי העובדות מלמדות שהשופט לא יכול היה להתרשם כפי שהתרשם" (ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, בפסקה 124 (10.11.2011) (להלן: עניין קצב), וראו גם ע"פ 4087/14 סקורדוק נ' מדינת ישראל, בפסקאות 60-61 (5.1.2017)). למותר לציין כי קבלת גרסתו של המערער או קו ההגנה החלופי, לא תשקיט את ה"תמיהות" באשר לסיטואציה שנגלית בערעור. המערער מטיל יהבו על דעת המיעוט, אך יוזכר בעניין זה "המובן מאליו, כי קיומה של דעת מיעוט בפסק דינו של בית משפט קמא, אינו מעיד, מנייה וביה, על איתנותם של הערעורים" (ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל, בפסקה 16 (13.5.2015), וראו גם ע"פ 2289/10 חנוכוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 23 (21.5.2013) (להלן: עניין חנוכוב); והשוו יורם דנציגר ורונה תימנה "עיון מחדש בכלל ההכרעה ברוב דעות והצעה לשינוי" הסניגור 11 234 (2016)).

על רקע זה אתיחס להלן לטענות המרכזיות המתעוררות בערעור. הטעמים שמונה המערער לקעקוע אמינותה של עדות המתלוננת נחלקים לחמישה מישורים: הגיונה הפנימי של העדות; השפעת הפרופיל הפסיכיאטרי של המתלוננת; התאמת גרסתה לראיות החיצוניות; השוואתה לזו של המערער; וביסוס קו ההגנה החלופי. אבחן להלן טענות אלה לפי סדרן.

28. הגיונה הפנימי של עדות המתלוננת: טענותיו של המערער בהקשר זה נוגעות לאופן התנהגותה של המתלוננת במהלך האירועים המתוארים בכתב האישום, כמפורט בעדותה, ונטען כי עולה ממנה ספק שמא העלילה המתלוננת על המערער עלילת-שווא. ראשית ולעניין התנהגותה של המתלוננת קודם לתקיפה מינית, יודגש כי אין כל רלוונטיות למניעים לכניסתה לסמטה או לסיבות שבגינן "קפאה" במהלך התקיפה – שהמערער מבקש לחדש בהם את הדיון – לשם מענה על השאלה אם ביצע בה המערער מעשה סדום בניגוד לרצונה, אם לאו (השוו לעניין זה, ליאורה בילסקי "לפני זה לא עברנו על גדרות": העיר, האישה והמשוטט במשפט יעקובוביץ" המשפט טז 131, 162-158 (2011)).

בהקשר זה יש לדחות את טענת המערער כי היות שחלונת רבים משקיפים על הסמטה, זהו מקום ש"קשה להניח שאדם יבחר לבצע בו תקיפה מינית כאשר כל

התנגדות קולנית מאת הקורבן תוביל לתפיסתו". ניסיון החיים מלמד כי תקיפות מיניות ואחרות מתרחשות למרבה הצער גם במקומות חשופים שכאלה ואף לאור יום, כשבענייננו היתה השעה שעת ערב; ובמקרים רבים לא מביעים נפגעי העבירה "התנגדות קולנית", ותחת זאת אוזז אותם "קיפאון", כזה שאחז במתלוננת – גם כשהתוקף חלש יותר, פיזית או אינטלקטואלית. ובלשונה של המתלוננת: "ויתרתי, פשוט נכנעתי, אני פשוט קפאתי כמו הכבשים באוסטרליה שחותכים להן את העור מסביב לזנב לפני שגוזזים להן את הצמר והן קופאות" (נ/ש' 42-44).

29. המערער מבקש להיתלות בדברי המתלוננת בעדותה כי כניסתה לסמטה אחריו היתה מעשה "קצת לא הגיוני" (עמ' 60 לפרוטוקול הדיון מיום 14.3.2011, ש' 23-26); ואולם ברי כי כוונתה של המתלוננת בכך איננה לאי-הגיון בהתיישבות העובדות המתוארות בעדותה זו עם זו, כי אם לכך שבדיעבד היא מבינה שהחלטתה היתה שגויה ובלתי-מושכלת. וענייננו איננו בביקורת על אופן קבלת ההחלטות של המתלוננת.

אכן, בני אדם נוהגים לעיתים באופן "לא הגיוני" – מה גם שהמתלוננת נטלה באותו יום כדורים שמעמעמים את תחושת הפחד (עמ' 13 לפרוטוקול 9.3.2011 ש' 11-1; עמ' 58 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 29-31); אך ניתן להבין את המתלוננת בנסיבות המקרה, שכן פעולותיה הוכתבו על ידי רצונה לקבל את הכלב. כך הן משום אהבתה לבעלי חיים ומותה של כלבה אחרת שהמתלוננת טיפלה בה בסמוך לפני האירועים הנדונים (ראו עמ' 56 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 25-32; עמ' 83 לפרוטוקול 16.3.2011, ש' 20-22), והן משום שסברה כי יחסו של המערער אל הכלב אינו ראוי (למשל, עמ' 76 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 19-20). בלשונה: "נכנסתי למלכודת שלו, ידעתי שמהו רע יכול לקרות ובכל זאת הלכתי, הקרבתי את החיים שלי בשביל איזה כלבלב, זה אצילי אבל קצת מטומטם" (עמ' 22 לפרוטוקול 9.3.2011, ש' 6-7), ואילו בהודעתה במשטרה מיום 4.5.2010 – למחרת האירוע – תיארה את פעולותיה בהקשר זה במילים "צאן לטבח" (נ/ש' 113).

30. לדברים אלה נודעת חשיבות על מנת ליתן פשר להתנהגות המתלוננת לאחר שהיא והמערער יצאו מן הסמטה, בגדרי הערכת אמינות גרסתה. שכן, המתלוננת העידה כי השגת המטרה של קבלת הכלב אף היתה עשויה "להכשיר" מבחינתה את הפגיעה שחוותה, ומשום כך המשיכה במפגש עם המערער ולא סיפרה לאמה בטלפון על התקיפה; היא נשאה את סבלה כל עוד סברה כי יהיה בכך כדי לסייע ל"הצלת" הכלב מידי המערער – שיחסו לכלב היה בלתי-ראוי בעיני המתלוננת – ולקבלו לידיה שלה. עניין זה הפך עבורה ל"פרינציפ", שיצדיק בדיעבד את קפיאתה במהלך התקיפה (עמ' 113).

19 לפרוטוקול 9.3.2011 ש' 18; עמ' 78 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 14-16). לצד זאת עולה מדברי המתלוננת מאבק פנימי עם עצמה כדי שלא להודות שהתקפה מינית, לנוכח התקיפות שחוותה בעברה ורצונה להיות בשליטה על חייה וגופה ולמנוע ממקרים אלה להישנות (ראו פסקה 31 להכרעת הדין; עמ' 70 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 20-22). יפים בהקשר זה דברי השופט ח' מלצר:

”מעבר לקושי האינהרנטי להעריך את צפונותיו של אדם בסיטואציות שונות – הניסיון מלמד כי יתכנו תגובות אנושיות שונות למצבי טראומה, לרבות אדישות ופסיביות, ואלה אינן מתיישבות בהכרח ובכל מקרה עם המצופה” (עניין צעלוק, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט מלצר).

הדברים נאמרו ביחס למבצעי עבירה, וכוחם יפה גם ביחס לנפגעי עבירה ובמיוחד נפגעי עבירות מין. וניתן להוסיף בהקשר זה, כי ייתכן שעצם הציפייה להתנהגות מסוימת מצד נפגעת העבירה היא שמסיטה את הדיון מהמוקד שלו – קיומה או אי-קיומה של תקיפה מינית – אל בחינה של התנהגות הנפגעת, כשלעיתים קרובות אין בשנייה כדי להשליך על הראשונה, לא לאחר מעשה ובוודאי שלא לפני מעשה (ראו אורית קמיר ”יש סקס אחר – הביאווה לכאן”: עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של אדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם” משפט וממשל ז 669 (2004) (להלן: קמיר); דפנה ברק-ארז ”האשה הסבירה” פלילים ו 115 (1997); יובל לבנת ”אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האונס)” פלילים ו 187 (1997) (להלן: לבנת). והשוו אריאל סלטו ”כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננת בתיקי 'אינוס היכרות' – אמרה שאינה ניתנת להפרכה” הפרקליט נג 141 (2014)). בין אם לקח זמן לעצם ההכרה במה שחוותה ”לשקוע”, או רק להחלטתה להתלונן, מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי כי עדותה של המתלוננת היתה מהימנה ואמינה, בעלת הגיון פנימי ומאופיינת בעקביות ובפירוט, ודבריה ”נאמרו תוך כאב גדול על מצבה הנפשי שהביא אותה להסתבכות בניגוד לרצונה ולא בפעם הראשונה” (בפסקה 32 להכרעת הדין).

בהמשך לאמור יוער בנקודה זו כי לא מצאתי ליתן משקל מכריע לרישומו של ד”ר גובזנסקי מהמפגש עם המתלוננת שבו סיפרה לו על האירועים, ולפיו היא לא הדגימה דפוס של תגובה פוסט-טראומטית (נ/1, וראו גם עמ' 163-164 לפרוטוקול 9.5.2012). בנוסף מדגיש המערער את דבריו של עובר האורח שלומי, כי התנהגותה של המתלוננת היתה מוזרה; ואולם דברי שלומי בעדותו מדברים בעד עצמם:

"היה נראה לי מוזר שבחורה, אני לא יודע בת כמה, בחורה צעירה בטלפון עם המשטרה ורודפת אחרי מישוהו שתקף אותה. על פניו זה נראה לי מוזר. אחרי זה כשחשבתי על זה בראש, אני מצדיע לה על זה" (עמ' 98 לפרוטוקול 16.3.2011 ש' 10-12).

31. עוד יוער בעניין אמינותה של המתלוננת, כי לא ראיתי לייחס לשקרים שסיפרה, בעניין השימוש בקנאביס ובעניין היות הכלב מיועד למכירה ולא לאימוץ, משקל שונה מזה שייחס להם בית המשפט המחוזי (וראו גם, למשל, ע"פ 919/14, בפסקה 65). כפי שמבואר בהכרעת הדין, האמירות הללו אינן משליכות על מהימנותה של המתלוננת במידה משמעותית, משהן נאמרו בהקשרים שאינם נוגעים להתקיימות העבירה הנדונה. השקר שסיפרה המתלוננת לאמה, ולפיו הכלב מיועד לאימוץ בחינם, תחום למערכת היחסים שבין אם ובתה המתבגרת הרוצה לגדל גור כלבים, ואין בו משום חריגות בתוך הקשר זה – וכך גם ביחס למענה החיובי של האם על השאלה אם בתה "נוהגת לעשות מניפולציות כדי להשיג דברים" (עמ' 87-88 לפרוטוקול 16.3.2011), ללא שהוברר במה דברים אמורים. ואילו בעניין דברי המתלוננת כי ד"ר גובזנסקי ביקש עבודה אישור לשימוש בקנאביס רפואי, בית המשפט הדגיש כי רק בעדותו של ד"ר גובזנסקי שניתנה לאחר זו של המתלוננת הוברר כי אלה אינם פני הדברים, והמתלוננת לא נחקרה אפוא על כך; ועוד הודגש כי לא מן הנמנע שהיא חששה מהשלכות במישור הפלילי להודאה בשימוש בסמים.

32. מצבה הנפשי של המתלוננת: לצד הטענה שהמתלוננת מעלילה על המערער, הוא טוען גם שייתכן כי היא מאמינה בסיפור שסיפרה לעצמה על אודות התקיפה המינית, אלא שקיים ספק אם סיפור זה אכן התרחש במציאות; וזאת משום מצבה הפסיכיאטרי של המתלוננת, שבגינו ייתכנו ליקויים בתפיסת המציאות שלה.

אין כל בסיס לטענה זו בחומר הראיות. בתיקה הרפואי של המתלוננת מצויה אבחנה של רופא שטיפל בה, ד"ר גדעון רצוני, שלפיה המתלוננת סובלת מ"הפרעה אישיותית בלתי-יציבה", שהוא מונח חלופי להפרעת אישיות גבולית, ללא פירוט. ד"ר גובזנסקי התייחס לאבחנה זו ולא שלל אותה, אך הוסיף שבעניו המתלוננת מפגינה דפוסי התנהגות שאינם עולים בקנה אחד עם אלה של אנשים המצויים במצב של אישיות גבולית, והתנהגותה אופיינית לאנשים שחוו טראומות מיניות בעברם. וכך העיד ד"ר גובזנסקי באשר להפרעת אישיות גבולית:

"יש איזושהי סטיגמטיזציה באבחנה זו, אפילו בקרב מטפלים. כשאתה מדבר עם מישהו על בורדר-ליין [אישיות גבולית] אתה מדבר על 'מופרע', על 'עושה

צרות'. אני לא מתפלא שהמתלוננת שמעה כותרת כזו, יש משהו ברגישות שיכול להגיד 'בעצם אומרים עליי שאני מופרעת', בעוד שאני מתייחס אליה כאל מישהי שאני מכבד מאוד, שאני מאמין למה שהיא אומרת לי, שאני מתייעץ איתה" (עמ' 126 לפרוטוקול 13.9.2011 ש' 14-18; ההדגשה הוספה-ע'ב').

ד"ר רצוני עצמו לא העיד בבית המשפט ולא נחקר על היכרותו עם המתלוננת (שהיא לדבריה שטחית, עמ' 81 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 26-27) או על משמעותה של אבחנתו וההקשר שבו נערכה, וברי שאין די בעצם הימצאות המילים "הפרעה אישיותית" בתיק הרפואי כדי להקים ספק שמא המתלוננת אינה אלא הוזה. ממילא גם ברישומיו של ד"ר רצוני הוגדר בוחן המציאות של המתלוננת כתקין. כלומר, כך או אחרת וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, אין כל תשתית בתיק הרפואי של המתלוננת לביסוס הטענה בדבר ליקוי בתפיסת המציאות של המתלוננת. בכך בין היתר נבדל מקרה זה מהמקרה שנדון ב-ע"פ 3435/13, שאליו מפנה המערער. באותו מקרה עלה ספק ביחס לאמינות עדות מתלוננת שאובחנה כבעלת הפרעת אישיות גבולית קשה וכן הפרעה דו-קוטבית; על ידי מספר רופאים שונים; לאחר אשפוז כפוי במרכז לבריאות הנפש, בעקבות משבר נפשי שעליו העידה כי "יש פער בין מה שאני חוויתי למה שאני זוכרת"; גם בהתייחס לאירוע שנדון באותו מקרה לא זכרה המתלוננת חלקים ממנו; מעדות המומחים בבית המשפט עלו קשיים ביחס לבוחן המציאות של המתלוננת באותו עניין, וכן התרשמות שלפיה ייתכן "כי ביום האירוע היתה נתונה בהתקף מאני-פסיכוטי" (ע"פ 3435/13, בפסקאות 145-151). כל אלה אינם מתקיימים בענייננו, לצד הבדלים מהותיים נוספים בין המקרים. ועוד הודגש ב-ע"פ 3435/13 (מפי השופט י' עמית):

"לא כל בעיה נפשית משפיעה על אמינות גרסתה של נפגעת עבירת מין. כפי שנראה להלן, יש בסיס לדעה כי המתלוננת בענייננו סובלת מהפרעת אישיות גבולית ומהפרעה דו-קוטבית. לכן, אדגיש מראש כי הפרעה מעין זו אינה שוללת כשלעצמה מהימנות ואמינות של נפגעת עבירת מין. הסובלות מהפרעת אישיות עלולות למצוא עצמן קרובן לעבירות מין לא פחות, ושמא אף יותר, מכל אחד אחר ומכל אחת אחרת, במיוחד אם חוו פגיעה מינית קודם לכן, ובמיוחד אם הפגיעה המינית הייתה בצעירותן או בילדותן. דווקא קבוצה זו באוכלוסיה אף מועדת להיות קרובן חוזר לפגיעה מינית, והדברים מוכרים וידועים לעוסקים בתחום הטיפול בנפגעי עבירות מין" (שם, בפסקה 143.א.).

33. כך גם אין יסוד לטענה שמצבה הפסיכיאטרי של המתלוננת מקים חשד כי היא בדתה את סיפור התקיפה המינית מתוך רצון להתנקם במתלונן על שלא מסר לה את הכלב. ד"ר גובזנסקי אמנם ציין בעדותו כי בין המאפיינים של אנשים בעלי אישיות

גבולית מצויה גם התנהגות מניפולטיבית, ואולם הוא שלל את הטענה שבעלי הפרעת אישיות גבולית נוטים לשקר כשזה משרת את צרכיהם הרגשיים (עמ' 162 לפרוטוקול 9.5.2012 ש' 23-25) וכן את הטענה שהם נוטים להיות נקמניים (עמ' 163 לפרוטוקול 9.5.2012 ש' 1-12), והוסיף "אני לא מכיר את [המתלוננת] כנוקמת" (עמ' 172 לפרוטוקול 9.5.2012 ש' 19-28). עוד העיד ד"ר גובזנסקי כי לא ידוע לו על נטייה של המתלוננת להמציא דברים (עמ' 166 לפרוטוקול 9.5.2012 ש' 21-23), ולא על נטייה שלה לשקר או לעשות מניפולציות כדי להשיג את מבוקשה (עמ' 171 לפרוטוקול 9.5.2012 ש' 4-8). אין אפוא כל אינדיקציה בחומר שלפנינו לכך שהמתלוננת נוהגת לבדות עלילות, לא כל שכן עלילות מפורטות ומהימנות, שכפי שיבואר נתמכות בראיות חיצוניות, לדבוק בהן לאורך זמן וללוות אותן בתגובות רגשיות סוערות.

לעומת זאת, ישנן אינדיקציות בחומר שלפנינו לכך שהמתלוננת כלל לא היתה מעוניינת להתלונן על המערער, ועשתה זאת רק כאשר "כלו כל הקיצין" מבחינתה; כך משנמנעה מלהתקשר למשטרה כל עוד סברה שהיא עתידה לקבל את הכלב, וכך גם משהעידה, בחקירתה הנגדית, כי רצתה להימנע מהשתתפות בהליך המשפטי:

"ש: אמרת שרצית לברוח לפני שהשוטרים יבואו כי לא רצית שידברו איתך.
 ת: נכון. גם לא רציתי להעיד ולתת את כל חוות הדעת הפסיכיאטריות, אבל הבנתי שאפשר לבקש את זה בצו.
 ש: לאחר שהתקשרת למשטרה וביקשת שיבואו ויתפסו את הנאשם, למה רצית לברוח?
 ת: כי לא רציתי לדבר על זה. אם היה אפשר הייתי הולכת ונותנת להם לחקור, אבל הבנתי שאני העדה המרכזית ובלעדי אי אפשר יהיה לעשות צדק" (עמ' 80 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 5-10).

34. יצוין בהקשר זה כי המתלוננת העידה שמתן העדות מסב לה סבל, הן מחמת הצורך לשחזר את מהלך האירועים והן מחמת הדיון האינטנסיבי בהיסטוריה הפרטית שלה (וראו דיון בסוגיית עברה המיני בהמשך); והיא ניסחה את הדברים בחריפות: "אם הוא [המערער] היה הורג אותי זה היה חוסך ממני יותר סבל, זה היה חוסך ממני את מר רן אלון [בא-כוח המערער]" (עמ' 71 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 18-19).

אכן, המעמד של מתן עדות עלול להיות חוויה קשה עבור נפגע עבירה, במיוחד בעבירות מין, ויש שאף מכנים זאת "אונס שני" (ראו רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 117-118 (2005); רוני קרני "מבוקש מקום שקט: על אונס שני בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בת"א 4057-05-10 המשפט ברשת: זכויות אדם –

מבזקי הארות פסיקה 5 44 (2015)). ואולם אין לשכוח כי אל מול החובה לשמור על כבודה של נפגעת עבירה ועל זכותה לפרטיות – חובה שחבים בה כל המעורים בדבר, החל מחוקרי המשטרה ואנשי הפרקליטות דרך סנגורים וכלה בבתי המשפט – ניצבת זכותו של הנאשם להליך הוגן ולהגנה משפטית אפקטיבית, על רקע חזקת החפות העומדת לו; כדברי השופט נ' הנדל: "מטריית כבוד האדם רחבה דייה כדי להגן על שניהם" (ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט הנדל (16.4.2012) (להלן: ע"פ 9468/10)). הערך המנחה את האיזון ביניהם הוא גילוי האמת – האמת על עובדות אירוע התקיפה המינית, ולא על אישיותה, התנהגותה או ההיסטוריה של נפגעת העבירה (ראו גם ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 48 (3.7.2007); דנה פוגץ' "חשופה לעין כול: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" ספר אליהו מצא 489 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015); קמיר).

35. התאמת גרסת המתלוננת לראיות החיצוניות: בית המשפט לא ביסס את הכרעתו על האמון שנתן בעדות המתלוננת לבדו – הגם שאין מניעה לכך (סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות; ע"פ 919/14, בפסקה 61) – שכן נמצאו לגרסתה תימוכין משמעותיים בראיות החיצוניות. המערער טוען לפנינו כי בית המשפט שגה בעניין זה, ולמעשה הראיות האובייקטיביות מכרסמות באמינות העדות; לא מצאתי בטענות אלה כל ממש.

כך, יש לדחות את הטענה שרישומי של ד"ר גובזנסקי ממפגשו עם המתלוננת לאחר האירוע, ולפיו היא סיפרה לו כי "האיש ניסה לבצע מעשים מגונים" (נ/1), מלמד על כך שהמעשה לא הושלם ושאינ מדובר במעשה סדום. ראשית, אין לייחס חשיבות למילה "ניסה" כאשר מדובר בפראפראזה של ד"ר גובזנסקי על דברי המתלוננת ללא שידועים לנו פרטי חילופי הדברים ביניהם, וייתכן שהתרשמות זו נובעת בין היתר מכך שהמתלוננת לא נפגעה פיזית, האירוע לא כלל מגע באיבר מינה, והמערער הגיע לפורקן שלא בתוך פיה. שנית, ברי שאין לצפות כי המתלוננת או ד"ר גובזנסקי ידעו כי המעשים שנעשו בה מהווים עבירה של מעשה סדום ולא של מעשים מגונים.

עוד אין לצפות כי המתלוננת תדע מהי "בדיקת חיים" למרות ידיעתה על הצורך למנוע "זיהום" ראיות, משהכרת מונח זה אינה מלמדת על היות המתלוננת בקיאה בהליכי חקירה משטרתיים או מומחית לדיני ראיות. המתלוננת העידה בעניין זה כי "שאלו אותי אם אני צריכה עזרה רפואית ואם אני פצועה, ועניתי שלא. לא אמרו לי בדיקת חיים ולא שמעתי את המושג הזה לפני כן" (עמ' 80 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 20-21). ההסבר אינו סותר את שנכתב במזכר מאת שוטר שחקר את האירוע, רס"ר גל וקס, מיום המחרת לאירוע, 4.5.2010, ולפיו היא "סירבה לבדיקת חיים משום שטענה

כי אין טעם לכך. למרות שהסברתי לה כי זה יכול לעזור לחקירה הנל השיבה כי אינה מעוניינת" (ת/5), ויוזכר כי המתלוננת היתה נתונה אותה שעה בסערת רגשות. מקובלים עליי בעניין זה דבריו של בית המשפט המחוזי, כי דומה שניתן היה להסתפק בנטילת חומר מחלל פיה אך הדבר לא נעשה, וכי ספק אם היתה צומחת תועלת כלשהי מעריכת בדיקת החיים בהינתן שהמתלוננת שתתה כוס מים, ו"ודאי שאין מקום לראות בסירובה של המתלוננת לעבור בדיקה פולשנית, שלא נדרשה, משום אינדיקציה לאי מהימנותה" (בפסקה 26 להכרעת הדין).

36. דעתי כדעת בית המשפט המחוזי גם ביחס לקביעה כי ההבדלים בגרסאות השונות שמסרה המתלוננת להשתלשלות האירועים הם שוליים. כך, בדוח פעולה שכתבה השוטרת לימור רוסטימיאן (להלן: לימור), שהגיעה לזירה וגבתה מהמתלוננת את הודעתה הראשונית מיום האירוע, נכתב כי המתלוננת סיפרה שהמערער הכריח אותה לבצע בו מין אוראלי, לאחר שסירבה לעשות כן מרצונה, תוך שציין כי "אם היא תעשה את זה הוא יתן לה את הכלב בחינם" (ת/12); ולעומת זאת בהודעתה במשטרה מיום למחרת אמרה המתלוננת כי קודם שביצע מעשה מיני כלשהו אמר לה המערער "משהו כמו את לא תראי את הכלב הזה בחיים ותהיי ילדה טובה ותשתקי והכל יעבור ואת תקבלי אותו" (נ/2 ש' 105-106). בנוסף, באותה הודעה אמרה המתלוננת כי המערער נישק אותה, וכי הכניס את ידו למכנסיה (נ/2 ש' 111-112); ופרטים אלה לא נשנו בהודעותיה המאוחרות או בעדותה.

כפי שנקבע בהכרעת הדין, הגם שישנם הבדלים מסוימים בין הגרסאות, הם אינם מהותיים – ובעניין דברי המערער על קבלת הכלב הם אף זניחים לחלוטין, מה גם ש-ת/12 נרשמה מפי לימור ובדיעבד (לפי עדותה, עמ' 101 לפרוטוקול 16.3.2011 ש' 7-5) – ואינם פוגמים במהימנותה של המתלוננת ובאמינות גרסתה. כך שעה שהפרטים המהותיים להתגבשות העבירה, כמו גם השתלשלות העניינים כמקשה כוללת, חוזרים בכל אחת מההודעות, בעימות שנערך עם המערער וכן בעדות בבית המשפט (ראו נ/2, נ/3, ת/4, ת/12, פרוטוקול 9.3.2011, פרוטוקול 14.3.2011). וכבר נפסק לא אחת שאין לצפות מנפגעות עבירות מין כי גרסתן "תהא שלמה, עקבית, קוהרנטית וחסרת אי-דיוקים [...] בבוא בית המשפט לבחון את מהימנות גרסת קורבן עבירת המין, הוא יכול להסתפק 'בגרעין האמת' שבה, ולעיתים אך 'בגרעין הקשה' של הדברים" (ע"פ 919/14 בפסקה 65, ההדגשות במקור; וראו גם עניין חנוכוב בפסקה 21; ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 14 (3.7.2007)).

37. בהתייחס לממצאים הפורנזיים מזירת האירוע מדגיש המערער כי לא נמצאו בסמטה זרע או שערות, הגם שלפי עדות המתלוננת המערער תלש שערות מראשה ופלט את זרעו בסמטה; לא נמצא ד.נ.א של המתלוננת על המגבונים או על איבר מינו של המערער, כפי שהיה מצופה אם זה נתחב לפיה כפי שהיא טוענת; ולא זרע של המערער על חולצת המתלוננת, הגם שנמצא שם ד.נ.א שלו.

הלכה היא כי אין בהיעדרו של ממצא פורנזי חיובי כדי להשליך בהכרח על שאלת הרשעתו של הנאשם, שכן המשקל הראייתי מושם על קיומם של ממצאים חיוביים, ולא על היעדרם (ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל, בפסקה 58 (3.5.2015); עניין חנוכוב בפסקה 23; וראו גם ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 292 לחוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר (בדעת מיעוט) (23.12.2015). על ראיות ד.נ.א באופן כללי ראו למשל, ע"פ 8479/13 אבו לשין נ' מדינת ישראל, בפסקאות 52-50 (3.8.2015)). המערער מדגיש כאמור מה לא נמצא בסמטה, אך הדגש הוא על מה שכן נמצא שם. הממצא המשמעותי ביותר הוא המגבונים שמצאה המשטרה בסמטה, בהתאם לדברי המתלוננת, ושאינ מחלוקת כי נמצא עליהם זרעו של המערער (ת/11, נ/14, נ/16). המתלוננת לא יכלה לדעת על אודות המגבונים אלא אם כן שהתה בסמטה יחד עם המערער, כפי שהיא טוענת; והימצאות הזרע על המגבונים מצביעה על פעילות מינית שערך המערער בסמוך לפני שימושו בהם, כאמור בגרסתה של המתלוננת. יצוין כי בית המשפט קבע שלא הוכח לפניו כי תיאור המתלוננת מחייב שיימצא ד.נ.א שמקורו ברוק שלה על המגבונים, משהדבר לא זכה לביורור מעמיק וגם דברי המומחית מטעמו של המערער, ד"ר דיוואן, היו בעניין זה מסויגים (בפסקה 26 להכרעת הדין); ולא ראיתי לשנות מקביעה עובדתית זו, מה גם שבבדיקת המומחה המשטרתי נמצא על המגבונים גם חומר שזוהה כרוק (ת/11).

בנוגע לחולצת המתלוננת, המומחים כולם מצאו עליה חומר ד.נ.א של המערער. בהתייחס למהותו של החומר הגנטי, הן המומחה המשטרתי והן המומחה מטעם המערער, מר מלול, לא שללו את האפשרות כי מקורו בנוזל זרע; אמנם, מר מלול סבר כי הסבירות של אפשרות זו נמוכה, אך הוא הסביר כי הדבר ייתכן, לדוגמה, במקרה שהמערער סובל מבעיות פוריות, שאז עשויים להימצא תאי זרע בבדיקה ביוכימית אך לא בבדיקה מיקרוסקופית, כפי שאירע בענייננו (כמוסבר בפסקאות 11-12 לעיל). היות שהימצאות זרעו של המערער על חולצת המתלוננת ממילא איננו מרכיב מהותי בגרסתה – שלפיה היא אף הרחיקה את גופה ממנו; והיות שהצדדים לא הביאו ראיות באשר לפוריותו של המערער – שסובל מבעיות רפואיות רבות; לא ראיתי ליתן

משקל לסוגיית החולצה לפה או לשם, לבד מחיזוק המסקנה שהיה מגע פיזי בין המתלוננת למערער.

38. בית המשפט מצא כאמור, ובדין, כי הראיות החיצוניות תומכות בגרסת המתלוננת ומחזקות את אמינותה. כך למשל, עדות אמה של המתלוננת תואמת את תיאורה בדבר השיחות שניהלה עמה לאורך הערב, וכך גם פלטי השיחות בטלפון הנייד שלה (ת/28); ראייה אחרונה זו תואמת גם את דברי המתלוננת על שתי השיחות הרצופות למשטרה, וכן את הטענה כי השיחה הראשונה נותקה בכוח על ידי המערער, שאחרת לא ברור מדוע תחייג המתלוננת מיד בשנית; תוכנה של השיחה השנייה, שהוקלטה על ידי המשטרה, תואם את תיאורה של המתלוננת – הן שהמערער ברח ממנה, שכן במהלך השיחה היא מספרת למוקדנית על התקדמותם מרחוב גליקסון לרחוב אהרונוביץ', הן באשר המערער נשמע בשיחה אומר "קחי את הכלב ולכי הבנת אותי" ו"את רוצה את הכסף וללכת?", והן לגבי המפגש עם שלומי, שהמתלוננת אומרת לו "תשמור עליו תשמור עליו הוא בורח בבקשה תשמור עליו" (ת/8); שלומי אישר בעדותו כי הוא זה שפנה אל המערער ודאג שהוא יישאר במקום, משהמערער "ניסה להתחמק ממנה" (עמ' 95 לפרוטוקול 16.3.2011 ש' 21); וסרט מצלמות האבטחה מהסופרמרקט מאשר את דברי המתלוננת בדבר שהותה שם עם המערער (ת/7).

39. גרסת המערער: המערער טוען כי הלכה למעשה הכריע בית המשפט בגדרי "מאזן הסתברויות", משמצא את עדות המתלוננת מהימנה יותר מאשר זו שלו, תוך שהמעיט במשקל הקשיים שעוררה גרסת המתלוננת והדגיש את אלה שעלו מגרסת המערער. אלה אינם פני הדברים. בית המשפט קיבל את גרסתה של המתלוננת לאירועים, משום הגיונה הפנימי, התרשמותו הכללית מהעדה, ההתיישבות עם הראיות החיצוניות ויתר הכלים העומדים לרשות בית המשפט בהערכת עדויות (ראו בנימין הלוי תורת דיני הראיות כרך ד' 722-727 (2013) (להלן: הלוי)), ומשמע שנתן בעדות המתלוננת אמון ומצא כי "אמת בפיה" (בפסקה 30 להכרעת הדין); לעומת זאת, מאותם טעמים לא נתן בית המשפט אמון בעדות המערער ואין זאת אלא שנמצא כי הוא אינו דובר אמת. קביעות אלה נקבעו בדין.

אמינות גרסת המתלוננת וחיזוקה בראיות החיצוניות מתבלטים שבעתיים בהשוואה עם זו שהציג המערער. בניגוד למתלוננת ששבה וחזרה על אותם הפרטים המהותיים באופן קוהרנטי, עקבי ומפורט, החל מאופן פגישתה את המערער, דרך שהותם בסמטה ועד הגעת המשטרה, גרסתו של המערער לאירועים עברה תהפוכות ושינויים רבים, ואינה עולה בקנה אחד עם יתר הראיות. כפי שפורט בהכרעת הדין

(בפסקה 25), בהודעתו הראשונה במשטרה מיום 4.5.2010 טען המערער כי ישב בכיכר דיזנגוף (ת/ש' 2), ובהודעה מיום למחרת שינה את המקום ל"מחוז' לדיזנגוף סנטר" (ת/ש' 10), וגם מסלול ההליכה והתחנות שעצר בהן בדרכו השתנו מגרסה לגרסה (השוו ת/ש' 17; ת/ש' 25, 61-59; עמ' 198-200 לפרוטוקול 30.5.2012); בשתי ההודעות הללו הכחיש כי נכנס לסמטה, אך הודה בכך בעת העימות עם המתלוננת מיום 10.5.2011 (ת/ש' 74-72); בהודעתו מיום 16.5.2010 העלה לראשונה את הטענה שקיים יחסי מין מוקדם יותר באותו יום, בתשובה לשאלה "איך הגיע זרע שלך לבגדים שלה?", תוך שציין "אני יכול להביא בחורה עדה שאני קיימתי איתה יחסים [...] נערת ליווי שאני יכול להצביע עם מי קיימתי" (ת/ש' 67-58). לא הובאו כל ראיות לביסוס טענה זו, ויוער כי הסברו של המערער ולפיו ניגב את איבר מינו במגבונים לאחר שהטיל את מימיו מטעמים היגייניים ומחשש לדלקות, מצוי במתח עם טענתו שקיים יחסי מין עם אישה בזנות ללא אמצעי הגנה וללא שמצא לנקות את עצמו בשעות שחלפו מאז (עמ' 213-212 לפרוטוקול 30.5.2012). ממילא, הסבר חלופי זה להימצאות הזרע על המגבונים אינו סותר את גרסת המתלוננת.

עוד יצוין, בין יתר הקשיים העולים מגרסת המערער, כי לא היה בפיו הסבר לשאלה מדוע שהמתלוננת תבצע שתי שיחות למשטרה בזו אחר זו אם לא הוא שניתק לה את הטלפון בפעם הראשונה (עמ' 221 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 10-16), וזאת לאחר שבהודעותיו במשטרה סתר את עצמו בנקודה זו כשאמר מחד גיסא "לא נגעתי לה בטלפון" (ת/ש' 97) ומאידך גיסא "המגע היחיד זה היה עם הפלאפון" (ת/ש' 4ב עמ' 17 ש' 33); כי עדותו ולפיה הוא זה שפנה לשלומי וביקש ממנו שיזמין משטרה (עמ' 220 לפרוטוקול 30.5.2012), נסתרה בעדותו של שלומי (עמ' 96 לפרוטוקול 16.3.2011) ובתמלול השיחה עם מוקד 100 (ת/ש' 8א); וכי עדותו שרכש למתלוננת שווארמה כי היא היתה רעבה (עמ' 185 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 30) אינה מתיישבת עם היותה צמחונית.

40. מאפיין נוסף של דברי המערער שפוגם במידה משמעותית במהימנותו ובאמינות גרסתו, הן בהודעות שמסר במשטרה והן בעדותו בבית המשפט, הוא נסיונו לכל אורך הדרך לצייר את המתלוננת כבלתי-אמינה באמצעות זלזול בה, הטחת מילות גנאי (כגון "טיפשה", עמ' 185 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 26), והדגשת העובדה שהיא סובלת מבעיות פסיכיאטריות (ראו פירוט בפסקה 31 להכרעת הדין). המערער בעדותו "יורה לכל הכיוונים", תוך שילוב בין ניסיון לסמן את כל מה שיוצא מפיה של המתלוננת כהזיה או כשקר, הטבעת סטיגמות על אנשים כמותה שנוטלים כדורים פסיכיאטרים, ו"האשמת הקורבן" (ראו למשל, עמ' 194 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 25-

24). כמו כן, המערער שב ומדגיש כי המתלוננת "נשארה עם אותם בגדים לא ירד ממנה שום בגד. ואני ביקשתי לשלוח אותה לבדיקות רפואיות אם כן נגעו בה" (ת/3 ש' 6-7), וכן: "מה, היא פצועה, משהו? היא לא פצועה, לא שום דבר. הכל בסדר" (עמ' 216 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 6-7) – כאילו שמגע מיני כפוי הוא לגיטימי כל עוד נותרים הבגדים על גופה של המתלוננת ולא נגרמות פגיעות שניתן לאתר בבדיקה רפואית (וראו גם עמ' 213 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 23-31); ולא היא. פגיעה מינית עלולה להותיר צלקות לא רק בגוף הנפגעת, אלא גם בנפשה.

41. קו ההגנה החלופי: המערער עצמו טען לכל אורך עדותו כי המגע המיני בינו לבין המתלוננת לא היה ולא נברא (למשל, עמ' 197, 224 לפרוטוקול 30.5.2012). רק בא-כוחו הוא שהעלה את קו ההגנה החלופי, ולפיו מתעורר ספק סביר לנוכח האפשרות שהתקיים מגע מיני בין המתלוננת למערער בהסכמה, בתמורה לקבלת הכלב. עניין זה מעורר קושי. ראשית, כבר עמדתי לעיל על כך שבדין מצא בית המשפט המחוזי את עדות המתלוננת מהימנה ואמינה, ואין בקו ההגנה החלופי כדי לשנות ממסקנה זו; שנית, מפני שהגרסה החלופית סותרת חזיתית את גרסת המערער, ויש לזקוף את הדבר לחובת אמינותו, כמו גם החלשת משקל הראיות שהציג על מנת לערער על קיומו של המגע המיני מעיקרו. מעבר לכך, נקבע בפסיקה כי קווי הגנה חלופיים "צריכים להיות מעוגנים בראיות וסבירים" (עניין קצב, בפסקה 170), ובפרט כאשר אין מדובר במקרה הנסמך על ראיות נסיבתיות, שבו שומה על בית המשפט לבחון את כל התרחישים האפשריים כדי לבסס הרשעה (שם, בפסקאות 150, 164-170); ועוד נקבע בעניין קצב, כי "העובדה שנאשם נקט קו הגנה קיצוני ולא תמך בגרסה היכולה לתמוך בקו קיצוני פחות עלולה לעמוד לו לרועץ. להכחשה טוטאלית יש לעיתים תוצאות לוואי ראייתיות השוללות אפשרות של העלאת טענה חלופית הסותרת את ההתכחשות הכוללנית" (שם, בפסקה 171. ראו עוד, ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, בפסקאות 26-27 (10.4.2013); ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 (27.8.2012), כשבמקרה זה נדון שינוי חזית בערעור, ועל כך נאמר בעניין קצב כי "אין חשיבות רבה לשאלה אם קו ההגנה החלופי הוצג רק בערעור או שהוצג עוד בערכאה הדיונית. ה'חלופיות' נגזרת מכך שהקו הנטען הוא קו חלופי לעדות של הנאשם" (בפסקה 164; ההדגשה במקור); קדמי חלק רביעי, בעמוד 1857).

לא מצאתי לקו ההגנה החלופי כל אחיזה בחומר הראיות. בראש ובראשונה יוזכר שהתזה המוצעת נדחתה מכל וכל הן בעדות המתלוננת והן בעדות המערער – הם שני האנשים היחידים שהיו בסמטה בעת האירוע הנדון. בכל הכבוד, אין עיגון

למסקנתו של השופט בן-יוסף בדעת המיעוט, כי "הכחשת קיומו [של אירוע מיני בהסכמה] על ידי הנאשם ניתנת להסבר על רקע הפרש הגילים בין השניים וחששו מהרשעת-שווא ועל רקע הכחשתו המיידית בחקירה כל מעשה מיני עם המתלוננת" (בפסקה 14 לדעת המיעוט), באשר היא נסמכת על הלך רוח תיאורטי של המערער, שאין לו יסוד בתשתית העובדתית. המערער עומת עם מכלול הראיות, וחרף מגוון האפשרויות וההזדמנויות שהתעוררו בדיון – מפי המתלוננת מחד גיסא, ומפי בא-כוחו מאידך גיסא (ראו עמ' 64 לפרוטוקול 14.3.2011 ש' 7-8) – בחר שלא לשנות מעמדתו, ולא ניתן בערעור כל הסבר להצגת שתי הגרסאות הסותרות.

לשם ביסוס הקו החלופי לפנינו, שב המערער ומזכיר טענות שנדונו ונדחו כפי שפורט לעיל, כגון מצבה הנפשי של המתלוננת, השקרים שסיפרה והראיות הפורנזיות, ולא ראיתי לשוב ולהידרש להן. אף לא מצאתי כל ממש בטענה הנוספת המועלית בהקשר זה, ולפיה שימוש המתלוננת במושגים מהעולם החזוי, כמו "מרמה" ו"נוכל" (ובמושג אחרון זה השתמשה אמה של המתלוננת, והמתלוננת אך חזרה אחריה), מלמדים על "עסקה" מוסכמת שהשתבשה; ומקובלת עליי בעניין זה מסקנתו של בית המשפט, כי הדבר כרוך בנחישותה של המתלוננת לקבל את הכלב: "הן האמירה לפיה 'רומתה' והן התנהגותה לאחר מעשה, נובעים ממצבה הנפשי, על הפער שבין תפיסתה העצמית והתדמית אותה היא מבקשת להציג, לבין יכולתה המוגבלת בהערכת מצבי סכנה" (בפסקה 29 להכרעת הדין).

42. לבסוף, טענה נוספת שבפי המערער בהקשר לקו ההגנה החלופי היא ההיסטוריה המינית של המתלוננת, המלמדת כי היא "משתמשת בפתיחות מינית כציר מרכזי ליצירת קשר עם גברים"; וזאת בהמשך לחקירה מקיפה שנערכה בבית המשפט בנוגע לעברה המיני.

כידוע, סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 קובע כי בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עבר מיני של נפגע עבירת מין, "אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין" (וראו גם סעיף 13 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001). הרציונלים לכך מופיעים בדברי ההסבר להוראה:

"בדרך כלל אין לחקירה כזו כל שייכות לענינו של הנאשם, אך יש בה כדי להביך את הנפגע ולטעת בו תחושה שהפך ממאשים לנאשם. האפשרות שתיערך חקירה כזו עלולה להניא את הנפגע בעבירת מין מלהתלונן על העבירה שנעברה בו" (ה"ח התשמ"ו

1797, בעמוד 308. ראו גם הלוי כרך ב', בעמודים 242-240; ליאת לבנון "הצגת ראיות בדבר עברה המיני של מתלוננת בעברות מין לצורך הוכחת הסכמה" עלי משפט יא 323 (2014).

בענייננו בית המשפט התיר את החקירה (בהחלטה מיום 9.3.2011), ואולם זאת יש להבהיר: לבד משאלת קו ההגנה החלופי, ספק רב אם יש לעבר המיני של המתלוננת רלוונטיות כלשהי ביחס להערכת הגרסאות שהציגו המתלוננת מזה והמערער מזה; ואף בהתייחס לקו ההגנה החלופי ולפיו המגע המיני נערך בהסכמה, לא ברור שמקרה זה שייך לאותם "מקרים חריגים" שבהם יש מקום להתיר חקירה כאמור (ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 901 (2001)), לא כל שכן בהיקף שבו נערכה. שכן אף אם נכונים דבריו של המערער כי המתלוננת היא ככלל "פתיינית" – לא מצאתי כיצד הדבר משליך על התקיימות יסודות העבירה הנדונה; יפים לעניין זה דברי השופט י' עמית:

"במסגרת הליך משפטי, נורמה של מתירנות מינית איננה רלוונטית כלל ועיקר להוכחת יסודותיהן של עבירות מין, ובראשן עבירת האינוס. השאלה אם נעברה עבירה של אינוס איננה מושפעת מדפוס ההתנהגות המינית הכלליים של הצדדים, מתירנים או שמרנים ככל שיהיו, אלא תלויה אך ורק בשאלת ההסכמה לקיום יחסי מין" (ע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל, בפסקה 45 לחוות דעתו של השופט עמית (14.3.2016); וראו גם ע"פ 9468/10 בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט הנדל).

מכל מקום ולנוכח ההבדלים המהותיים בין האירוע הנדון לבין מערכות יחסים קודמות של המתלוננת (כמבואר בפסקה 29 להכרעת הדין, וראו גם עמ' 64, 81 לפרוטוקול 14.3.2011, עמ' 90 לפרוטוקול 16.3.2011 ש' 26), ברי שאין בהיסטוריה המינית שלה כדי להצביע על הסכמה למעשה שבוצע בה, וספק בעיניי אם ככלל ניתן ללמוד על הסכמה לקיום יחסי מין במקרה מסוים, מקיומה של הסכמה במקרים קודמים (ראו גם יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה'אמת' הממוגדרת והשתקת הקול השונה" המשפט טז 97, 114-120 (2011) (להלן: מרין); לבנת).

43. בהערת אגב יוער בהקשר זה, כי הגם שחלק נכבד מהדיון בבית המשפט המחוזי עסק בהיסטוריה הפרטית של המתלוננת, זו של המערער נעדרה ממנו כליל, בהתאם להוראת סעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. הוראה זו קובעת כי נאשם שמעיד לא יחקר על אודות הרשעותיו הקודמות, אלא אם כן

הביא ראיות הנוגעות לאופיו הטוב; אך אין חריג המאפשר חקירה כאמור במקרה שבו הנאשם בוחר להביא ראיות בדבר אופיה "הרע" – במירכאות כפולות ומכופלות – של המתלוננת (ראו מדין, בעמ' 115-116). בענייננו העיד המערער כי הוא מכיר את החוק ופועל לפיו (ראו עמ' 201 לפרוטוקול 30.5.2012 ש' 7-8; ת' 30-31), אך מגליון הרשעותיו הקודמות שהוגש לקראת מתן גזר הדין עולה כי אין הצהרה הרחוקה יותר מן האמת. אין בכך כדי לרמוז לסימטריה במעמדם של המתלוננת והמערער בגדרי ההליך הפלילי, או כדי לטעון שראוי לשקול הוספת חריג נוסף לכלל האוסר על הצגת ראיות בדבר עברו הפלילי של נאשם בשלב בירור אשמתו (וראו ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל (6.4.2009)); אך למקרא הכרעת הדין עולה אי-נוחות מסוימת מהפער שבין העיסוק האינטנסיבי בעברה המיני כמו גם הפסיכיאטרי של המתלוננת, לבין היעדרו של עיסוק מקביל בעבר הפלילי והפסיכיאטרי של המערער, לרבות לעניין הערכת מהימנותם. נדרשת אפוא זהירות, לנוכח הטיות שכל אדם עלול לשגות בהן, בבואו להסיק מסקנות על אירוע קונקרטי מהתבוננות על מקרים נפרדים שהתרחשו בעבר; ואף עלינו השופטים להישמר מכך. יש להיזהר לא רק פן תמצא עצמה המתלוננת במעמד של נאשמת, אלא על אחת כמה וכמה כזו שהמצאים בנוגע אליה מוכרעים על ידי עברה, ומשום כך "הנחת המוצא של סעיף 2א היא כי החקירה בדבר עברו המיני של נפגע העבירה אסורה" (ע"פ 9468/10, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט הנדל); ויודגש כי הדברים אינם מכוונים רק לחובה לשמור על כבודה של המתלוננת, אלא גם לסיוע בחקר האמת ולמניעת הרתעה של נפגעים עתידיים מלהתלונן.

הערעור על גזר הדין

44. בגדרי השגותיו המופנות נגד גזר הדין, המערער אינו טוען כנגד מתחם הענישה שנקבע בענייניו; וטענותיו מתרכזות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, בעיקר מצבו הבריאותי הירוד, שבגינן מבוקש להפחית מעונש המאסר.

לא מצאתי שיש במצבו הרפואי של המערער כדי לשנות מן האיזון שערך בית המשפט המחוזי בין השיקולים הצריכים לעניין. בית המשפט התחשב במצבו הבריאותי של המערער, ואיזן אותו אל מול הזלזול המוחלט שהוא מפגין כלפי שלטון החוק והסכנה הנשקפת ממנו לחברה, לנוכח עברו הפלילי החריג הכולל כ-150 עבירות. התוצאה היא העמדת העונש על 7 שנות מאסר, באמצעו של מתחם הענישה שנקבע, ואין מקום להתערב בתוצאה זו. יצוין כי בא-כוח המערער טען לפנינו שמצב בריאותו התדרדר לאחר מתן גזר הדין, ואולם הוסיף וטען כי בהמשך מצבו הבריאותי של המערער שב והשתפר (ראו לעניין זה, ע"פ 5065/16 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (22.12.2016)); נתנאל דגן "התחשבות בחוויה הסובייקטיבית של העונש" קרימינולוגיה

ישראלית ה' 69-75 (2016)). עוד יוזכר כי מסוכנותו המינית של המערער הוערכה ברמה בינונית עד גבוהה, וכי אף הוא בעצמו מאשר כי הוא "הוכרוז 'מסוכן באופן פיזי מיידי לעצמו ולסביבה'" (בפסקה 86 להודעת הערעור).

45. סוף דבר, אם תישמע דעתי נדחה את הערעור, הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברוך.

ניתן היום, י"א בשבט התשע"ז (7.2.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט