

ערעור פלילי מס' 5612/92

א

מדינת ישראל

נגד

1. אופיר בארי

2. נדב ביטון

ב

3. צפריר צביסון

4. אריק חזון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ג

[9.12.93]

לפני הנשיא מ' שמגר והשופטים א' גולדברג, מ' חשין

ד

חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיפים 17, 26, 26(2), 26(4), 32, 345, 345(א), 347(א), 347(ב), 348(ב), 353, 428 - פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421, סעיף 57 - חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957, ס"ח 16, סעיף 2א - חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62 - חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, סעיפים 2, 167, 184, 186, 216 - חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120, סעיף 3 - חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול, תשל"א-1971, ס"ח 134, סעיפים 14, 21, 22, 24, 25(ב) 44 - תקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (סדרי הגשת בקשות), תשל"ו-1975, ק"ת 548, תקנה 1 - תקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (סדרי הדין בועדות שחרורים), תשל"ב-1971, ק"ת 262 - תקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974, ק"ת 1200 - הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), תשמ"ו-1986, ה"ח 303 - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 2, 4 - חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991, ס"ח 58 - חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969, ס"ח 132 - פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, (ע) 263, (א) 285, סעיפים 152(1)(א), 153.

ה

ו

ז

ארבעת המשיבים, שהיו בעת אירוע המעשים כבני שבע-עשרה, הואשמו בבית המשפט המחוזי באינוס, בניסיון אינוס, בתקיפה מינית ובסחיטה באיומים, עבירות לפי סעיפים 345(ב)(1) ו-(5) (בעבירות הניסיון יחד עם סעיף 32), 348(ב) ו-428 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

רקע הדברים הוא תלונתה של קטינה, בת קיבוץ, שהייתה בעת התרחשות המעשים כבת ארבע-עשרה וחצי, כנגד המשיבים בני אותו קיבוץ וחבריהם, כולם בוגרים ממנה בשנתיים לפחות וחלקם אף ביותר. התלונה מתייחסת לאירועים שהתרחשו במשך המישה ימים רצופים שבמהלכם

קוימו עמה שרשרת מגעים מיניים קבוצתיים. חלק מהאירועים התרחשו ברצף אחד תוך מספר שעות. לטענת המתלוננת, נעשו הדברים שלא מרצונה ואגב השמעת איומים כנגדה, תוך שהיא ניצבת מול חבורה מאורגנת המנצלת אותה מינית. לגירסת המשיבים, נעשו המגעים בהסכמתה המלאה של המתלוננת, ללא כל הבעת התנגדות מצדה וללא איומים מצדם.

בית המשפט המחוזי זיכה את המשיבים מחמת הספק לאור קביעתו בעניין מהימנות דברי המתלוננת, דברי המשיבים ודברי שאר העדים. מכאן הערעור, המעורר, בין היתר, שאלות מהותיות בדבר יסודותיה של עבירת האינוס, טיב היעדר הסכמתה של האישה המצויה ביסוד העבירה ומהות טענת הטעות מפי הנאשם בהקשר להסכמת האישה. זאת בצד נושאים ראייתיים כמו נפקות כבישת התלונה על מעשה האינוס, אופן קביעת המימצאים בדבר אמינות דברי עדים ועוד.

בית המשפט העליון פסק:

- א. (1) אין לשלול אפשרות שאדם יזכור בהקירתו בבית המשפט, ואפילו שלוש שנים לאחר האירוע, דברים בפירוט רב יותר מאשר בהודעתו במשטרה לאחר המקרה (327 ד-ה).
- (2) הניסיון להוכיח חפותו של אנס על-ידי העלאת פרשיות על קיום יחסי מין מרצון עם גבר אחר נועד להטות את ההכרעה מן הנושא העומד לדיון, על-ידי הניסיון לשכנע כי אישה השוכבת עם פלוגי מרצונה יוצרת בכך תשתית ראייתית שלפיה היא מסכימה לשכב גם עם פלמוני ואלמוני. זהו ניסיון שלא יצלח, וראוי הוא שיידחה מכול וכול (329 ו-1).
- ב. (1) עניין כבישת התלונה הוא לעולם נושא שהגיונו ואמינותו צריכים להיבדק לאור הטעמים המוצגים לצורך הסברת כבישתה של התלונה, ויתר הנסיבות הטובבות את האירוע. עדות כבושה ערכה מועט, כשאין הסבר מתקבל על הדעת על שום מה נכבשה העדות עת רבה. ואולם אם ניתן הסבר לגילוי הדברים באיחור זמן והסבר זה מתקבל על הדעת, שוב אין לייחס חשיבות יתר לאיחור כשהוא לעצמו (365 ו-1).
- (2) משך הזמן העושה עדות לכבושה יכול שיהא קצר ויכול שיהא ארוך יותר, הכול לפי נסיבות העניין (366 א).
- (3) ההסבר לכבישת העדות שעל בית המשפט להשתכנע בו עניינו סיבת השתיקה והשינוי בנסיבות שחל עובר להעלאת התלונה. ניתן להאמין בתלונות כבושות שהוגשו חודשים ואף שנים לאחר המעשים, כאשר יש הסבר אמין לכך (366 א-ב).
- (4) היעדר תלונה לבני המשפחה או למשטרה, תוך זמן סביר, בנסיבות של לחץ - משפחתי או חברתי, למשל בעקבות מעשים של גילוי עריות, או בשל פחד - הוא תופעה שאינה בלתי מצויה או נדירה. שאלה דומה עלתה, לא אחת, במשפטים מן הסוג דנן. בתי המשפט זנחו את הגישה שלפיה אי-הגשה מיידית של תלונה פוגעת, מניה וביה, באמינותה של התלונה המאוחרת יותר (322 א-ב).
- (5) בושה מפני היחשפות ציבורית, תחושת עלבון וקלון, חוסר רצון להתנסות במסה החקירתית והמשפטית וטעמים כיוצא באלה, מעכבים תלונה ולעתים אף גורמים להימנעות ממנה. איום בהשמצה או בהוצאת לעז על קטינה בת ארבע-עשרה וחצי, המושמע מטעם חבורת צעירים, יכול להיות אפקטיבי מאוד. המשפט שהם חורצים על הקטינה יכול לקבוע את מעמדה ואף את קיומה החברתי, במסגרת שאליה היא משתייכת,

לתקופה ארוכה, האיום יכול להיראות אפקטיבי, גם אם התבונה שלאחר מעשה מלמדת כי תלונה מהירה עשויה להפסיק התנכלות מתמשכת (366 ז-367 א).

- א (6) בדרך כלל צריך לבחון את הנסיבות לא לפי הגיונו ותבונתו של אדם בגיר, המחליט לאחר מעשה מה הדרך הנכונה אשר צריך היה לנקוט, אלא לפי תחושת קורבן העבירה בזמן אמת. לא צריך להעמיד את המבחן על תבונה לאחר מעשה, אלא על מה שחש והרגיש הקורבן בעת ביצוע המעשה והשמעת האיום (367 א).
- ב ג. (1) בבחינת מסקנותיו של בית המשפט המחוזי בעניין מהימנות העדים מן הראוי להעניק, במקרה דנן, משקל נאות גם לנסיבות האובייקטיביות. לצד עדויות שקולות ומנוגדות זו לזו באופן קוטבי, יש משמעות גם לתיאור הנסיבות העובדתיות שנתקיימו אליבא דכולי עלמא, וביניהן: (א) שרשרת המגעים, בלילה אחד, של ילדה בת ארבע-עשרה וחצי, הכול ברצף אחד, תוך מספר שעות; (ב) מדובר בילדה יחידה המסובבת כל העת בקבוצת נערים בני שש-עשרה וחצי, שבע-עשרה ושמונה-עשרה, פעם ארבעה, פעם שלושה ופעם אף שבעה במספר, כאשר הנערה מסכימה, לפי הטענה, מרצונה החופשי למגעים בסדרה, והנערים הם הקובעים את תור הגישה אליה (316 א-ג).
- ד (2) דברים בלתי אמינים העולים מדברי המתלוננת אינם הופכים לאמינים, רק בשל כך שמישהו אחר, נאשם או עד, נתפס בשקר. אולם אם נדחים דברי המתלוננת בשל חוסר הגיון או גילוי בלבול בלחץ החקירה הנגדית, יש משמעות לכך כי מדבריהם של מי מן המשיבים או של עדים אחרים עולים חיוזק או תמיכה לגירסה (316 ה-ו).
- ה (3) בית המשפט רשאי להסתמך על קטעי עדותו של עד גם אם אינו מקבל את דבריו כאמינים בשלמותם וכמיקשה אחת. ניסיון החיים מלמד שנדירים המקרים שבהם אין בתום עדות, בייחוד עדות ארוכה, קטע זה או אחר של אידיוק, שכחה או אף הינתקות מתיאור האירועים לאשורם, בדרך כלל שלא מדעת, ולעתים אף מדעת - במיוחד מקום שהמדובר בעדות שנמסרה זמן רב לאחר האירוע עצמו. עדות שיש בה סתירות, רשאי בית המשפט לנסות ולבור בה את הבר מן התבן, היינו לחלק את העדות באופן שבית המשפט ייתן אמונו בחלק מן הדברים וידחה יתרתם. סתירה כשלעצמה איננה חייבת להוליך לשלילת דברי העדות, אם יש הסבר סביר לסתירה. בחירה זו בין קטעי דברים איננה יכולה להיעשות באופן שרירותי, אלא מתבקש יסוד סביר להבחנה שמבתיך בית המשפט בין חלקי העדות (317 א-ב).
- ו. (1) הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להבאתם לדין של המשיבים מהווה תנאי מוקדם להגשת כתב אישום, לאור הוראותיו של סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, הקובע כי אין להעמיד לדין קטין (קרי, לרבות מי שביום הגשת כתב האישום טרם מלאו לו שמונה-עשרה) בשל עבירה אם עברה שנה מיום ביצועה, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה (340 א-ב).
- ז (2) משניתנת ההסכמה, מוגש כתב האישום, והמשך הדיון בו הוא לפי הכללים הקובעים בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, אלא אם כן נקבע בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) מפורשות אחרת (340 ג).
- ח (3) הסכמת היועץ המשפטי לממשלה מתייחסת להגשת האישום, היינו להליך של פתיחת

- הדיון בפני בית המשפט. מעת שבית המשפט קנה סמכות כדין, אין הוא תלוי עוד בהסכמות נוספות, והוא ומנהל את הדיון לפי סדרי הדין שנקבעו בחוק (341 ג-ד).
- ה. (1) לצורך עבירות האינוס בסעיף 345 לחוק העונשין מוגדרת "בעילה" כהגדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה. איבר המין של האישה הוא אפוא האובייקט הבלעדי של מעשה האינוס. לעניין זה מספיקה התחלת חרייה ואין צורך בהדירה ממש אל תוך איבר המין. כמו כן אין ביצועה של העבירה נשלל רק עקב העובדה שקורבן העבירה נשארה בבתוליה (345 ו-346 ב).
- ב. (2) לא ניתן לעבור את עבירת האינוס, לפי הגדרתה, כלפי גבר (346 ג).
- ו. (1) יסוד נוסף לעבירת האינוס שבסעיף 345א לחוק העונשין הוא המרכיב של "עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ או איום באחד מאלה" (367 ב).
- ג. (2) השימוש בכוח אינו מתפרש רק כפשוטו אלא יכול להתבטא גם בעצם ההתגברות בכוח על ההתנגדות הגופנית לבעילה, כגון דחיפת הקורבן למצב שכיבה, אמצעי לחץ כוללים גם צעקות ואיומים מילוליים וגם לחץ פסיכולוגי, למשל איום בנידוי חברתי (367 ב-ג).
- (3) המילה "עקב" בסעיף 345א לחוק העונשין מצביעה על קשר סיבתי, אך אין ללמוד מנוסח הכתוב כי חייב להתקיים קשר מידי ובו-זמני, כעולה, למשל, מן הביטוי "תוך שימוש בכוח" שנהג בעבר. השימוש בכוח או גרם הסכל אינם חייבים להימשך אל תוך מהלך ההדירה והבעילה (367 ג-ד).
- ד. (4) הצגת שאלה לקורבן אם נהנה מן המגע או מי הטוב יותר באינוס קבוצתי אינה עומדת בסתירה לקיומו של השימוש בכוח או האיום בו, במסגרת עבירת האינוס (367 ו-ז).
- ה. (1) גופם של איש או של אישה הוא לעולם שלהם, ואין אישה הופכת חופשית לכול בשל כך שהיא מקיימת יחסים עם זה או עם אחר. הרצון לחזר אחרי אישה כדי לזכות בחסדיה, בין אם כבר זיכתה בהם מאן דהוא אחר ובין אם לאו, הוא לגיטימי, אך כך גם הזכות שלה לברור לעצמה בן-זוג ולהחליט בעצמה למה היא מסכימה ולמה לא (324 ג-ד).
- ו. (2) היעדר הסכמה החופשית של קורבן עבירת האינוס צריך להיות מוכח על-ידי התביעה. יכול, כמובן, שהעובדה האמורה תעלה מן הדברים הנאמרים על-ידי קורבן העבירה, מהתנהגותה או ממערכת הנסיבות הכללית הנפרשת לפני בית המשפט. הסכמה חופשית עולה מתוך מתן ביטוי להסכמה, ולא די בהיעדר התנגדות, אם זה יכול להיות בנסיבות העניין תולדה של פחד, הלם או חוסר אונים שהאישה נקלעה אליו (346 ג-ד).
- ז. (3) כתוצאה מזניחת היסוד של "נגד רצונה" בהגדרת עבירת האינוס נעלמה הדרישה הראייתית, נחלת העבר, שלפיה יש להוכיח התנגדות פיסית אופטימלית של קורבן העבירה שנמשכת עד לרגע האחרון. התנגדות כביטוי לאי-הסכמה היא פועל יוצא של הנסיבות הסובבות את העבירה. יכול גם להיות היעדר הסכמה שאינה כוללת התנגדות פיסית סבירה, אלא הבעת שלילה מילולית גרידא (346 ה-ו).
- ח. (4) הסכמה לבעילה על-ידי פלוני אינה הסכמה לבעילה על-ידי פלמוני, והסכמה לבעילה בעבר אינה כשלעצמה הסכמה לצורכי בעילה בהווה. בהיעדר סימן להסכמה במועד הרלוואנטי, אין זכות מוקנית להסכמה, אם כי ייתכנו כמובן נסיבות שבהן תשליך הסכמת העבר על המסקנה הסבירה והכנה שניתן להסיקה מנסיבות ההווה (347 א).

- (5) הסכמה להתעלסות (נשיקות וחיבוקים) אינה *ipso facto* גם הסכמה לבעילה ואינה מונעת הבעת אי-הסכמה לבעילה (347 א-ב).
- א (6) אין הצדקה והיגיון בכך, שלצורכי מניעת חדירה לאיבר מינה של אישה תהיה חרושה יותר מאי-הסכמה מילולית. כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם, וזכות זו עוגנה עתה ביתר שאת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (347 ב-ג).
- ב (7) אין הכרח בכך שהאי-הסכמה תובע בצעקות, בהיאבקות וכדומה. אין מקום לתמיהה מדוע פלונית לא צעקה, כאשר הנסיבות היו כאלה שהיא ראתה עצמה בסכנה לו הייתה מביעה התנגדות קולנית, או אם הצעקה היא, בנסיבות העניין, חסרת תוחלת או תועלת. יש אף שאישה נוקטת שיטה של ניסיון שכנוע, ומבקשת להניא את האנס ממעשיו בדברי רוגע. אין בכך כהוא זה ממידת ההסכמה החופשית (347 ו-ז).
- ג (8) גבר המתעלס עם אישה בהסכמתה אינו חייב לקרוא מחשבותיה ולחוש מיידית כאשר תל שינוי בגישה והיא פוסקת להסכים למעשה, אולם אם האי-הסכמה מובעת בדבריה או נובעת מהתנהגותה, די בה כדי להפוך בעילה - הנעשית בניגוד להבעת האי-הסכמה - לעבירה (347 ד).
- (9) ההסכמה יכולה לבוא לידי ביטוי בהתנהגותה של האישה בנסיבות העניין, ואם התנהגותה מצביעה על הסכמה, להבדיל מחוסר אונים או מהיעדר התנגדות בשל פחד או חשש - ניתן להסיק על קיום הסכמה חופשית (347 ה).
- ד (10) מי שמודה בקיום מגע מיני עם נערה בת ארבע-עשרה וחצי בנסיבות של מין קבוצתי, בסדרה, של ארבעה צעירים בני שש-עשרה וחצי עד שמונה-עשרה, הנכנסים למכונית או להדר לפי תור, כאשר היתר נוכחים בהדר או מציצים מדי פעם דרך החלון, אינו יכול ליהנות מן ההנחה כי שתיקה בהסכמה דמיה. קטינה - אשר בפחד או בשל הלם או מבוכה אינה צועקת ואינה מכריזה על סירובה - אין לראותה כמסכימה לאקט כמתואר, שבו נוהגים כלפיה כמו עם פרוצה מן השורה, ואף מבטאים זאת מילולית בפניות אליה (326 ג).
- ה. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) תחת מעשה הנעשה "בניגוד לרצונה" של אישה, מדבר עתה חוק העונשין במעשה הנעשה "שלא בהסכמתה החופשית" של אישה: לא אך "שלא בהסכמתה", אלא שלא בהסכמתה "החופשית" (375 א).
- (2) כבוד האדם - כבוד האישה כאדם וככבוד הגבר כאדם - מחייב לומר כי מעשה אישות מחייב הסכמה בין שניים השווים זה לזה (375 ז).
- ז (3) ההבחנה בין "בניגוד לרצונה" לבין "שלא בהסכמתה החופשית", היא הבחנה בין דברים הנראים לעין או הנשמעים לאוזן לבין דברים שאינם נראים לעין ואינם נשמעים לאוזן. צמד המילים "נגד רצונה" משמיע - כמו מעצמו - התנגדות מצדה של האישה, קרי: גילויים חיצוניים לאי-רצונה ולהתנגדותה למעשה אישות. מן הצד האחר, הסכמה - או אי-הסכמה - ההדגש בהן הוא על רצון פנימי - להבדילו מגילוי חיצוני - גם אם לא ניתן לעמוד על רצון פנימי ועל כוונה שבלב אלא על דרך גילויים חיצוניים כלשהם. ניתן לומר, כי המושג "בניגוד לרצונה", ובצדו המושג "שלא בהסכמתה החופשית", הינם שני צדדים של אותה מטבע, כאשר "בניגוד לרצונה" (או "התנגדות") הינו הביטוי החיצוני לאי-הסכמה (376 א-ג).
- ט. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) גבר היוזם מגע אישות עם אישה, עליו הנטל לבקש הסכמתה של

האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה. ורק במקום בו הסכימה האישה - באחת מדרכי ההסכמה המקובלות: בין מקובלות על בני-אדם בכלל ובין מקובלות על הגבר והאישה המיוחדים - ניתן לומר כי מעשה האישות נעשה בהסכמתה של האישה. ואם לא נתנה האישה הסכמתה - הסכמה מפורשת או הסכמה במשתמע - יהיה מעשה האישות שלא בהסכמה. במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה אישות - או אם לא הסכימה - המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה, וממילא נעשה "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה (377 ד-ה).

(2) ניתן לדמות הזמנה למעשה אישות - הזמנה והסכמה בצדה - להסכם רגיל שמשפט החוזים חל עליו. בעניין דנן מדובר על "הסכמה" מצדה של האישה, ובמשפט החוזים מדוברים על "קיבול" או על "הסכם" - אך כזה כן זה, בכל אחד מן השניים חייבת שתהיה "הצעה"; חייבת שתהיה "הסכמה" ("קיבול") ל"הצעה" שהועלתה; ורק כך ייכרת "הסכם" במקרה האחד ומעשה האישות יהיה "בהסכמה" במקרה האחר. השוואה למשפט החוזים אינה על דרך הגזירה השווה אלא על דרך של קל-וחומר: שאם ביהסי ממון כך, לא כל שכן - וקל-וחומר - בגופו של אדם, בכבודו של אדם, בחירותו של אדם, ברצונו החופשי של האדם (377 ו-1).

(3) הנחת היסוד היא כי מעיקרו של דין אין מעשה אישות כדון, אלא אם הסכימה האישה למעשה. מסקנה נדרשת מאליה היא, לפיכך, שהאישה אינה נדרשת כלל להתנגד - או להביע אי-רצון - למעשה האישות כדי שהמעשה יהיה שלא בהסכמה. די לה שלא נתנה הסכמתה למעשה, והמעשה יהיה שלא בהסכמה (378 א).

(4) הנטל הוא על הגבר לבקש רשות והסכמה, והאישה אין מוטל עליה כל נטל להתנגד: די לה שלא הסכימה - וגבר חייב להיטוג אחר (378 ד).

(5) די לה לאישה שתביע את אי-ההסכמתה באורח קל, ולו מכללא, ואין היא נדרשת למעשה או לדיבור שלמעלה מכך (379 א).

(6) כשאישה אומרת "לא" היא מתכוונת ל"לא" כמשמעותו בחיי יום-יום וכהוראתו במילון. כך אישה, כך גבר, כך ילד, כך ילדה, כך זקן, כך זקנה, כך כל אדם. "לא" הוא לעולם "לא", ואין "לא" שהוא "כן". אישה האומרת "לא" והגבר מתייחד עמה על-אף אותו "לא", הייחוד הוא שלא בהסכמתה, והמעשה הוא מעשה אינוס (381 א).

(7) (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) כשמדובר בתחום כה עדין, רגיש ואינטימי, של דרך גבר באישה, היקש מתחום דיני החוזים ממסגר יחסים אינטימיים שבינו לבינה במשבת משפטית שאינה יאה לו (384 ז).

(2) הכלל כי "לא" פירושו "לא", ו"כן" פירושו "כן", יפה לדיני חוזים, שבהם הוודאות המשפטית מחייבת כי בהצעה ובקיבול "ישלטו" שני צבעים בלבד, שחור ולבן. לא כן ביחסי אישות ובהקדמות להם, שבהם תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי-הסכמה, שגוניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם (385 א).

(3) המדובר בפלילים, ואין לומר כי באלה פועל הספק לרעת הנאשם. כן אין לומר כי עליו הנטל להוכיח את חפותו וכי מקום שהגבר הוא היוזם - מוטל עליו נטל להראות כי האישה הסכימה למעשה (385 ג).

יא. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) עבירת האינוס היא עבירה אשר לביצועה דרושה מחשבה פלילית. אם אין הוכחה בדבר מחשבה פלילית המצטרפת להוכחתם של כל יתר היסודות של העבירה,

כפי שפורטו בסעיף 345 לחוק העונשין, יזוכה הנאשם. יש שהיסוד הנפשי מוסק מן הנסיבות העובדתיות שנפרשו לפני בית המשפט, אשר מעידות על המחשבה והלך הרוח שקיננו בלבו של העבריין (348 ז-349 א).

(2) נאשם יכול שיטען כי לא נתקיימו יסודות העבירה, כולם או מקצתם; הוא יכול גם להעלות את טענת ההגנה, שהוגדרה בסעיף 17 לחוק העונשין, כטעות בעובדה (349 א-ב).

(3) מנוסתו של סעיף 17 עולה שהוא מדבר על טעות כנה וסבירה (349 ב).

(4) בהיעדר מחשבה פלילית, בין לצורך הוכחת יסודות עבירת האינוס ובין במסגרת טענת ההגנה של טעות, אין רואים במונח "סבירה" יסוד מהותי הראוי להתייחסות (349 ד-ה).

(5) קיומה של מחשבה פלילית בעבירת אינוס הוא מושכל ראשון. אם המציאות המדומה, כפי שהיא משתקפת בעיני הבוועל כתוצאה מטעות סובייקטיבית וכנה, שונה מן המציאות הממשית, קרי מן המצב לאמיתו, חסר אחד מיסודותיה של העבירה, קרי המחשבה הפלילית (359 ז-360 א).

(6) המשפט - ככלי להגנת האדם - כאמצעי לשמירת כבוד האדם וחירותו, חייב להגן לא רק על הנאשם אלא במידה לא פחותה גם על מי שעלולה להיאנס. בכל מקרה, אם החקיקה הקיימת בסוגיה זו חסרה הוראות ברורות והופכות לעבירה גם את קיום המגע המיני תוך אי-אכפתיות והתעלמות בלתי סבירה מרצון האישה, הרי יכולה מלאכת החקיקה להשלים את החסר (360 ג-ד).

(7) ההכרעה בשאלה זו איננה דרושה במקרה דנן, וניתן להשאיר את הנושא - על השאלות הכרוכות בו - בצריך עיון לעת מצוא. בהותרת הנושא להודמנות אחרת אין כדי לגרוע מן הכלל המוסכם שלפיו משמשת הסבירות אכן כוחן ראייתית לשם הסקת מסקנה על קיומה או אי-קיומה של הכנות השוללת, לפי טענת הנאשם, את המחשבה הפלילית (360 ד-ה).

יב. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) סעיף 17 לחוק העונשין, שעניינו טעות בעובדה, דורש את קיומן המצטבר של כנות וסבירות, אולם בסייג שבסיפא "כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". הוראה אשר כזאת טבועה ביסודות עבירת האינוס, כשהחלת הרישא של סעיף 17 גם עליה משמעה שלילת היסוד של מחשבה פלילית מעבירה זו (מעבירות אחרות של מחשבה פלילית) והצבתה בשורה אחת עם עבירות של רשלנות. ואם הפעלתו כלשונו של סעיף 17 מוליכה לידי אבסורד, מן הנמנע שלא להתחזיר לחוק את ההיגיון הפנימי, אם רוצים בתחלתו ולא בעקיפתו (386 ה-ו).

(2) בעבירת אינוס תשמש הסבירות אמת מידה ראייתית לבהינת כנותה של הטעות שלה טוען הנאשם, ולא כיסוד עצמאי המצטבר לטעות הסובייקטיבית (386 ו-ז).

(3) לא הערכתו הסובייקטיבית של נאשם זה או אחר תקבע את הנורמה המוסרית, ולא "הפסיכופט" ה"מאצ'ו" או "המוגבל הפרימיטיבי" הם שישמשו דוגמה להתנהגות הראויה. אולם אין להגיע למסקנה הקיצונית, כי כדי להגן על קורבן העבירה יש להטיל גם על אלה את הסנקציה הפלילית הקבועה בעבירה שהיסוד הנפשי שלה הוא מחשבה פלילית, אף שיסוד זה נעדר מהם כליל (386 ז-387 א).

(4) הדרישה לסבירות הטעות, כיסוד מהותי, במצטבר לטעותו הכנה של הנאשם, כמוה

- כפגיעה בעיקרון כי באין אשמה אין המעשה הופך את העושה לעבריין. הוא הדין אם יוחל העיקרון של "עצימת עיניים", כל אימת שהחשד כי האישה אינה מסכימה לבעילה צריך היה לעלות במוחו של אדם סביר. דהיינו, כי אף אם הנאשם עצמו לא חשד שהסכמת האישה אינה נתונה, יורשע בדין, כיוון שהנסיבות היו מעלות חשד כזה בעיניו של אדם סביר. על-פי גישה זו מעמידים את היסוד האובייקטיבי, כיסוד מהותי יחיד, לעבירה שכל כולה מבוססת על הלך מחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם. גישה זו משמיטה את הקרקע ממהותה של העבירה כעבירה של מחשבה פלילית (387 א-ב).
- (5) אין להקל ראש בצורך של החברה להגן על ערכיה הנתונים בסכנה, אולם ההגנה על האינטרס הנפגע אין משמעה הסרת ההגנה מן הנאשם שטעה טעות כנה לגבי העובדות, או כשאלה לא העלו בלבו, ולו קצה חשד, בדבר ההסכמה, עד להפללתו, בשל מחשבתם של אחרים, בעבירה שמתכונתה הקיימת יסודה במחשבה פלילית (387 ד-ה).
- (6) את האיוון בין הצורך להגן על החברה לבין השמירה על זכויותיו של הנאשם ניתן למצוא בשניים: שהסבירות תיראה כאמת מידה, שלפיה יש בידי בית המשפט לבחון את אמיתות טענתו של הנאשם כי טעה טעות כנה או כי לא חשד באי-הסכמה, וכן בכך שיורחב העיקרון של "עצימת עיניים", כתחליף לכוונה, והוא יוחל גם על "מעין-חשד". דהיינו, בעת שהייתה אדישות מצד הנאשם לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, או שהוא רק קיווה כי ההסכמה נתונה ולקח על עצמו סיכון. בשני המקרים נשקלת מחשבתו של הנאשם, ולא של זולתו (387 ה-ו).
- יג. (1) כאשר מדובר בטעות כנה של הנאשם, הרי שדיבור זה בא להוציא "עצימת עיניים" מצדו. אין "עצימת עיניים" יכולה לדור בכפיפה אחת עם טעות כנה, שהרי "עצימת עיניים" פירושה כי הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ולא רצה לדעת, פן תתאשר העובדה ואזי לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, שידע עליה. יש ש"עצימת עיניים" מתבטאת ב"היתממות" או בחוסר נכונות לדאות נכוחה דברים המזדקרים לעין כול (385 ד-ו).
- (2) "עצימת עיניים" מפני ההכרה באפשרות קיומה של נסיבה הנמנית עם היסוד העובדתי שבעבירה, כמוה כמודעות בפועל לקיומה של הנסיבה. "עצימת עיניים" מהווה תחליף למודעות בפועל על כל הכרוך בה. במקרים כאלה אין ראייה על קיומה של מחשבה פלילית כפשוטה. המשפט יוצר מכוח הדוקטרינה בדבר "עצימת עיניים" מעין פיקציה, המשווה את מעמדה של התעלמות מן הנסיבות לכדי מחשבה פלילית כפשוטה (361 ג, ד-ה).
- (3) יש נסיבות שבהן נוצר חשד בלבו של הנועל את האישה, שמא מתקיימת נסיבה שעלולה להפוך את מעשהו למעשה עבירה, היינו, עולה במחשבתו החשד שמא האישה אינה מעניקה לו הסכמה חופשית. אם הוא בוחר לבצע מעשהו על-אף החשד האמור, בלי לבדוק את הנסיבות, ובלי שהוא מראה אכפתיות לדבר התקיימותן - יש בכך משום עצימת עיניים. זו האחרונה דינה ומהותה כדין המודעות לקיום הנסיבה ההופכת את המעשה לעבירה (361 ג-ד).
- יד. אליבא דשופט א' גולדברג: (1) טעות כנה מצד הנאשם אינה יכולה להתיישב עם "חלל



- תודעתו" אצלו בדבר קיומה של ההסכמה, שעה שהיה אדיש לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, לא הקדיש לה מחשבה, ונטל סיכון מודע כי ההסכמה לא נתונה (385 ו-386 א).
- א (2) "הלל תודעתו", מקום בו היעדר הסכמה עומד ביסוד העבירה, כמוהו כמצב נפשי של הימנעות מכוונת מבדיקת המצב לאשורו ומבירורו, וכהתעלמות מודעת מן האפשרות בדבר היעדר הסכמה. מכאן שניתן לראות גם "הלל תודעתו" כנמנה עם "עצימת עיניים". הוא הדין במצב שבו קיווה הנאשם כי ההסכמה נתונה, אולם נמנע ביודעין מבדיקת עובדה זו, אף על פי שידע, כידוע לכול, כי בלעדי ההסכמה נעברת עבירת אינוס. בכך הכניס עצמו לסיכון מחושב להיעדר הסכמה, שגם אותו ניתן לסווג כ"עצימת עיניים" (386 א).
- ב (3) בכל אחד משני המקרים, ולא רק במקרה של "הלל תודעתו" של אי-אכפתיות, נעדר הטעם האתי-מוסרי לעקרון הטעות, הטמון בהנחה, שאילו היה יודע הנאשם, בשעת מעשה, את פני הדברים לאשורם, היה נמנע מלבצע את המעשה הנדון. בכל אחד מהמקרים הייתה החלטתו של הנאשם נחושה לבצע את מעשהו בכל מחיר, תוך התעלמות מכוונת מהעובדות לאמיתן ותוך הליכה לקראת הסכנה מדעת (386 א-ב).
- ג טו. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) לענין "עצימת עיניים", מן הנכון שההתייחסות תהיה לנסיבות העובדתיות שהוכחו, ולשאלה אם נסיבות אלה צריכות היו לעורר חשד במוחו של מי שעצם עיניו מראות ואטם אוזניו משמוע. אין אפשרות לבנות רק על הודאת הבוועל בקיומו של חשד למעשה, אלא מתחייבת גם הסתכלות אובייקטיבית אל הנסיבות, כדי להסיק מהן מה אדם סביר היה לומד מן הנתונים העובדתיים, שמולם ניצב עושה העבירה, למשל, מכך שהאישה צעקה, התנגדה או אמרה "לא" (363 ב-ג).
- ד (2) אי-הסקת המסקנה בדבר קיום עצימת עיניים בשל אטימותו או התלהמותו של עושה המעשה, היינו הסתפקות במבחן סובייקטיבי בלבד לצורכי קבלת הטענה בדבר עצימת עיניים, יוצרת סיכון רב. יש בה, בין היתר, הטלת "הרשעה" חברתית וכתם מוסרי על האישה הנאנסת, שעליה ייטען כי ה"לא" שלה היה כה חלש ובלתי משכנע עד שהבוועל ראה אותה כמסכימה (363 ג-ד).
- ה (3) המבנה דגן הוא בגדר הרחבת הפיקציה המגדילה חשד לממדים של מחשבה פלילית כפשוטה. ייבחנו הנסיבות העובדתיות האובייקטיביות, לרבות אלה שעניינן התנהגותו של הבוועל והתנהגות הנבעלת, וזאת כדי לעמוד על השאלה אם לאור מערכת הנסיבות לא צריך היה לעלות בלבו של עושה המעשה חשד שאין הסכמה חופשית. אם היה חשד או צריך היה לעלות חשד, והנאשם לא נתן דעתו על כך, צריכה להישלל טענת חוסר המודעות להיעדר קיומה של הסכמה (363 ו-ז).
- ו (4) פיתוחה של הדוקטרינה בדבר "עצימת עיניים" אינו דרוש במקרה דגן, שבו גדחו אמינות דברי המשיבים ושלילת אמינותה של המתלוננת. במקרה דגן התקיימה אצל כל אחד מן המשיבים "עצימת עיניים" לפי אמות המידה המקובלות אליבא דכולי עלמא, היינו גם לפי התזה שחייב להתקיים חשד מעיקרו (363 ו-364 א).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

[1] פ"פ 71/76 מרילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (2) 813.

- [2] ע"פ 228/54 אפשטיין נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 718.
- [3] ע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק ואח' וערעור שכנגד, פ"ד כז (1) 768.
- [4] ע"פ 950/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 561. א
- [5] ע"פ 556/85 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 731.
- [6] ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (4) 45.
- [7] ע"פ 396/84 פיאהק נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (1) 533.
- [8] ב"ש 323/78 מדינת ישראל נ' חושש ואח', פ"ד לב (3) 801.
- [9] ע"פ 147/79 קובו נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 721. ב
- [10] ע"פ 196/58 עבדוש נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 1871.
- [11] ע"פ 202/56 פרקש ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 677.
- [12] ע"פ 499/80 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 486.
- [13] ע"פ 390, 291/62 אברדביעה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד יז 2913. ג
- [14] ע"פ 5424/91 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (4) 497.
- [15] ד"נ 5/65 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד כ (1) 561.
- [16] ע"פ 31/60 אלג'זאלי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יד 758.
- [17] ע"פ 809/76 בלילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (2) 598.
- [18] ע"פ 137/59 עמאש נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1775. ד
- [19] ע"פ 1339/91, 1709 פלוני נ' מדינת ישראל; מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו (1) 788.
- [20] ע"פ 46/73, 601/72 מלחן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 553.
- [21] בג"צ 391, 373, 370, 355/79 קטלן ואח' נ' שרות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294.
- [22] ע"פ 256/78 הן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 589. ה
- [23] ע"פ 156/58 היועץ המשפטי נ' חכם, פ"ד יג 651.
- [24] ע"פ 186, 45/79 מדינת ישראל נ' מיטרני וערעור שכנגד, פ"ד לג (3) 225.
- [25] ע"פ 46/53 שורקה ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 545.
- [26] ע"פ 287/79 זוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 593.
- [27] ע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבירו ואח' וערעור שכנגד, פ"ד לה (2) 775. ו
- [28] ע"פ 479/79 אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 524.
- [29] ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 514.
- [30] ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (3) 265.
- [31] ע"פ 135/73 כריסטיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 614. ז
- [32] ע"פ 235/59 אל'נג'מי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יד 225.
- [33] ע"פ 621/76 באשי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 60.
- [34] ע"פ 87/53 אל'נבארי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 964.

- [35] ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד לו (1) 225.
- [36] ע"פ 185/88 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (1) 541.
- א [37] ע"פ 2805/90 - לא פורסם.
- [38] ע"פ 1590/91 - לא פורסם.
- [39] ע"פ 770/78 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (2) 407.
- [40] ע"פ 793/78 , 840 רצאבי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (2) 757.
- ב [41] ע"פ 581/79 - לא פורסם.
- [42] ע"פ 14/80 - לא פורסם.
- [43] ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 564.
- [44] ע"פ 523, 235/90 חדד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (1) 209.
- [45] ע"פ 3179/91 שיאחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (2) 52.
- ג [46] ע"פ 585/84 - לא פורסם.
- [47] ע"פ 65/55 רבצ'יק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 1713.
- [48] ד"נ 8/68 המטפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב (2) 536.

## פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- ד [49] *Sate In Interest of M.T.S.* 609 A. 2d 1266 (1992).
- [50] *Com. v. Williams* 439 A. 2d 765 (1982).
- [51] *State v. Reed* 479 A. 2d 1291 (1984).
- ה [52] *Com. v. Sherry* 437 N.E. 2d 224 (1982).
- [53] *Com. v. Grant* 464 N.E. 2d 33 (1984).

## פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- ו [54] *R. v. Olugboja* [1981] 3 All E.R. 443 (C.A.)
- [55] *Regina v. Day* (1841) 173 E.R. 1026.
- [56] *Russen* (1777) 1 East P.C. 438.
- [57] *The Queen v. Camplin* (1845) 1 Cox C.C. 220.
- [58] *Reg. v. Fletcher* (1859) 8 Cox C.C. 131.
- ז [59] *D.P.P. v. Morgan* [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.).
- [60] *The Queen v. Tolson* (1889) 23 Q.B.D. 168.
- [61] *R. v. Cogan* [1975] 2 All E.R. 1059 (C.A.).
- [62] *Reg. v. Caldwell* [1982] A.C. 341.

- [63] *Reg. v. Lawrence* [1982] A.C. 510.
- [64] *Elliot v. C. (a minor)* [1983] 2 All E.R. 1005 (Q.B.)
- [65] *Pigg* (1982) 74 Cr. App. R. 352 (C.A.) א
- [66] *Thomas* (1983) 77 Cr. App. R. 63 (C.A.).
- [67] *Bashir* (1983) 77 Cr. App. R. 59 (C.A.).
- [68] *Satnam, Kewal* (1984) 78 Cr. App. R. 149 (C.A.).
- [69] *R. v. Kimber* [1983] 3 All E.R. 316 (C.A.) ב
- [70] *Taylor* (1984) 80 Cr. App. R. 327 (C.A.).
- [71] *Haughian, Pearson* (1985) 80 Cr. App. R. 334 (C.A.).
- [72] *Kaitamaki v. R.* [1984] 2 All E.R. 435 (P.C.).
- [73] *Wellard* (1978) 67 Cr. App. R. 364. ג
- [74] *Reg. v. Dee* (1884) 15 Cox C. C. 579.

## פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

- [75] *Bresse, Vallières and Théberge v. R.* (1979) 7 C. R. (3d) 50. ד

## מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] בראשית, יט, ד"ה.  
[ב] שופטים, יט, כב. ה

ערעור על פסקי-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט מ' לינדנשטראוס) מיום 2.11.92 בת"פ 290/90. הערעור נתקבל. התיק הוחזר לבית המשפט המחוזי לטיעונים לעניין העונש. ו

- ר' סוכר, משנה לפרקליט המדינה (בפועל), נ' ישראלי, סגן בכיר לפרקליט המדינה - בשם המערערת; ז
- ש' קינן - בשם המשיבים 1, 3;  
מ' גלעד - בשם המשיב 2;  
א' לוצקי - בשם המשיב 4.

## פסק-דין

- א הנשיא מ' שמגר: המסגרת הדיונית
1. (א) ערעור המדינה על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה, אשר זיכה את המשיבים הראשון, השני, השלישי והרביעי מן האישומים הבאים:
- ב אישום ראשון המייחס למשיבים אופיר בארי (להלן - אופיר) ונדב ביטון (להלן - נדב) עבירה של ניסיון לאינוס לפי סעיפים 345(ב)(1) ו-5), יחד עם סעיפים 32 ו-26 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.
- ג אישום שני המייחס למשיבים אופיר ונדב סחיטה באיומים, עבירה על סעיף 428 סיפא, יחד עם סעיף 26 לחוק העונשין.
- ד אישום שלישי המייחס למשיבים נדב וצפריר צביסון (להלן - צפריר) עבירה של אינוס לפי סעיפים 345(ב)(1) ו-5), יחד עם סעיף 26 לחוק העונשין, תקיפה מינית - עבירה על סעיפים 348(ב) ו-26 לחוק העונשין וסחיטה באיומים - עבירה על סעיף 428 סיפא, יחד עם סעיף 26 לחוק העונשין.
- ה אישום רביעי המייחס לארבעת המשיבים עבירת אינוס, עבירה על סעיפים 345(ב)(1) ו-5), יחד עם סעיף 26 לחוק העונשין, וסחיטה באיומים עבירה על סעיף 428 סיפא, יחד עם סעיף 26 לחוק.
- ו אישום חמישי המייחס למשיבים נדב, צפריר ואריק חזון (להלן - אריק) עבירת אינוס לפי סעיפים 345(ב)(1) ו-5), יחד עם סעיף 26 לחוק העונשין, ולצפריר בלבד עבירה של סחיטה באיומים לפי סעיף 428 סיפא לחוק העונשין.
- ז אישום שישי המייחס לאופיר עבירה של ניסיון לאינוס, לפי סעיפים 345(ב)(1) ו-5), יחד עם סעיף 26 לחוק העונשין.
- ח בבית המשפט קמא הואשמו שבעה נאשמים וכולם זוכו בדינם. הערעור מופנה כאמור נגד זיכויים של ארבעה מהם.
- ט (ב) אופיר בארי הוא יליד 20.8.71, והיה אפוא באוגוסט 1988 בן שבע-עשרה. נדב ביטון הוא יליד 6.11.71, והיה אפוא במועד הנ"ל בן שש-עשרה ותשעה חודשים, היינו כבן שבע-עשרה.
- י צפריר צביסון הוא יליד 5.10.71, והיה אפוא במועד הנ"ל בן שש-עשרה ועשרה חודשים, היינו כבן שבע-עשרה.
- יא אריק חזון הוא יליד 13.10.71, והיה אפוא במועד הנ"ל בן שש-עשרה ועשרה חודשים, היינו כבן שבע-עשרה.

גילם של יתר המעורבים העיקריים הוא כדלהלן: תומר הוא יליד 6.10.71, היינו הוא היה בעת האירועים שיתוארו בהמשך קרוב לגיל שבע-עשרה; רן לנדאו, שהיה הנאשם החמישי בבית המשפט קמא, זוכה בדינו ולא הוגש ערעור בעניינו, הוא יליד 20.1.71, היינו הוא היה בעת האירועים כבן שבע-עשרה וחצי; שלום גרנר, שהיה הנאשם השביעי בבית המשפט קמא, זוכה בדינו ולא הוגש ערעור בעניינו, הוא יליד 21.2.70 (היינו הוא היה כבן שמונה-עשרה וחצי); ואלי ביטון, אחיו של נדב, שמשפטו הופרד כי הוא אינו נמצא בארץ, הוא יליד 16.4.70, היינו הוא היה בעת האירועים למעלה מבן שמונה-עשרה (שמונה-עשרה וארבעה חודשים).

י.ג., המתלוננת בתיק זה, היא ילידת 18.1.74, ובתודש אוגוסט 1988 הייתה אפוא כבת ארבע-עשרה וחצי.

2. בראשית דברינו נביא את עיקר הראיות, על הגישות הסותרות שבהן; זאת מאחר שלצורך הסקת מסקנות מתחייבת הצגה מלאה של העובדות. לאחר מכן נדון במסקנותיה של הערכאה הראשונה בעניין מהימנות העדים ונגקוט עמדה כלפי מסקנות אלה, בעקבות זאת נבחן את המסקנות המשפטיות לאור סעיפי האישום שיוחסו למשיבים.

3. המסכת העובדתית שעמדה ביסודו של ההליך נושא ערעור זה התרחשה, על-פי גירסתה של י.ג. (להלן – המתלוננת), בקיבוץ שמרת, במשך חמשת הימים מיום 10.8.88 וכלה ביום 14.8.88, והיא השתרעה על פני מספר זירות התרחשות. תלונתה של המתלוננת במסרה למשטרה ביום 19.8.88, היינו כחמישה ימים לאחר התרחשותו של האירוע האחרון הגפורט באישום השישי, וזאת אחרי שסיפרה עוד לפני כן את שאירע לה למספר אנשים, וביניהם לאמה. כתב האישום הוגש על-ידי הפרקליטות ביום 25.9.90, היינו כשנתיים לאחר המעשים נושא התלונה.

על-כן עבר זמן רב – כמעט שנתיים ועשרה חודשים לאחר המקרה – בין האירועים נושא הדיון עד לעדותה של המתלוננת בבית המשפט. מכיוון שהמסכת העובדתית הוצגה בצורה שונה, במידה זו או אחרת, על-ידי המתלוננת, מחד גיסא, ועל-ידי רוב המעורבים, מאידך גיסא, ולכך חשיבות רבה בענייננו, יובאו גירסאות העדים לכל אחד מן האירועים נושא הדיון. על-מנת להקל את פירוט הגירסאות, אימצנו את השמות שניתנו לפרשיות השונות בבית המשפט קמא, ולכן האישום הראשון ייקרא "פרשת השדות"; האישום השני ייקרא "פרשת הפגישה במפעל הרהיטים"; האישום השלישי ייקרא "פרשת בוסתן הגליל"; האישום הרביעי – "הפרשה בחדרו של אופיר"; האישום החמישי – "הפרשה בחדרה של המתלוננת" והשישי – "פרשת חוף הים".

\* הערת המערכת: בהתחשב באורכו של פסק הדין הוחלט, על דעתו של הנשיא, להשמיט את פסקאות 4-82 לפסק הדין. פסקאות אלה מביאות את הגירסאות העובדתיות של הצדדים המעורבים בפרשה. הנוסח המלא של פסק הדין יופיע בפדאור במאגר פסקי הדין של בית המשפט העליון שלא פורסמו.

## מסקנות בית המשפט בעניין מהימנות העדים

- א 83. בית המשפט קמא ציין שההכרעה בתיק זה תיפול על יסוד מסקנותיו בעניין מהימנותם של דברי המתלוננת, הנאשמים ויתר העדים; לפיהם ייקבע אם מה שאירע היה, כטענת המתלוננת, בניגוד לרצונה או, כגירסת המשיבים, בהסכמתה המלאה של המתלוננת וללא כל הבעת התנגדות מצדה וכן ללא כל איומים מצדם.
- ב מסקנתו האמורה של בית המשפט קמא תיבחן לאור ראשיה ופרטי מרכיביה. עם זאת, אקדים ואביא בפתח הדברים את ההערות הבאות:
- ג (א) מן הראוי להעניק משקל נאות גם לנסיבות האובייקטיביות: לצד עדויות שקולות ומנוגדות זו לזו באופן קוטבי, יש משמעות גם לתיאור הנסיבות העובדתיות שנתקיימו אליבא דכולי עלמא; כגון שרשרת המגעים, בלילה אחד, של ילדה בת ארבע-עשרה וחצי, בבוסתן הגליל, לאחר מכן בחדרו של אופיר ואחר כך בחדרה, הכול ברצף אחד, תוך מספר שעות, כאשר המדובר בילדה יחידה המסובבת כל העת, בקבוצת נערים בני שש-עשרה וחצי, שבע-עשרה ושמונה-עשרה, פעם ארבעה, פעם שלושה ופעם אף שבעה במספר, ומסכימה, לפי הטענה, מרצונה החופשי למגעים בסדרה, כאשר הנערים הם הקובעים את תור הגישה אליה. יש להוסיף כאן כי לאור הויהוי המקובל של גיל הנערים והנערות לפי מחזורי הלימודים, היו בני הקיבוץ שבין המעורבים בפרשה מודעים לגילה של המתלוננת; אשר ליתר ניתן לפחות להסיק מסקנות לאור הפרשה עם אילן שתוארה לעיל, שאין לכאורה סיבה לדחותה.
- ד (ב) בית המשפט המחוזי הקדיש לניתוח אמינות דברי המתלוננת שלושים עמודי הניתוח של אמינות דברי ששת הנאשמים בבית המשפט קמא ודברי יתר המעורבים שהיו עדים חלקיים לפרשה משתרע על פני שני עמודים. לטעמי, ראוי היה לבחון בפירוט רב יותר גם את מידת ההיגיון ואת הגירסאות הנוגדות המונחים ביסוד התיזה של הנערים - או מי מהם - באשר לאירועים, כולם או חלקם, ולא להתמקד רק בסתירות העולות לדעת בית המשפט מדברי המתלוננת. דברים בלתי אמינים העולים מדברי המתלוננת אינם הופכים, כמובן, לאמינים רק בשל כך שמישהו אחר, נאשם או עד, נתפס בשקר. אולם אם נדחים דברי המתלוננת בשל חוסר היגיון או גילוי בלבול בלתי חלקי החקירה הנגדית, יש משמעות לכך כי מדבריהם של מי מן המשיבים או של עדים אחרים עולים חיזוק או תמיכה לגירסתה.
- ה בהקשר זה יש, כאמור, מקום לפנות לסתירות בין הגירסאות של המעורבים השונים. כפי שמסתבר וכפי שעוד נפרט, יש בחלק מדברי המעורבים קטעים הסותרים את דברי עמיתיהם, אך תואמים את דברי המתלוננת. יש בכך, כמובן, השלכה עקיפה על מידת אמינותם של קטעים אחרים בעדויותיהם של המעורבים; יחד עם זאת, יכול להיות בכך כאמור גם חיזוק לדברי המתלוננת.

(ג) בית המשפט רשאי להסתמך על קטעי עדותו של עד גם אם אינו מקבל את דבריו כאמינים בשלמותם וכמיקשה אחת. ניסיון החיים מלמד שנדירים המקרים שבהם אין בתום עדות, בייחוד עדות ארוכה, קטע זה או אחר של אי-דיוק, שכחה או אף הינתקות מתיאור האירועים לאשורם, בדרך כלל שלא מדעת, ולעתים אף מדעת – במיוחד מקום שהמדובר בעדות שנמסרה זמן רב לאחר האירוע עצמו. על-כן אמרנו בע"פ 71/76 מרילי ואח' נ' מדינת ישראל [1], בעמ' 819 מול אות השוליים א, כי עדות שיש בה סתירות, רשאי בית המשפט לנסות ולבודר בה את הכר מן התבן, היינו לחלק את העדות באופן שבית המשפט ייתן אמונו בחלק מן הדברים וידחה יתרתם. סתירה כשלעצמה איננה חייבת להוליך לשלילת דברי העדות, אם יש הסבר סביר לסתירה (ראה גם ע"פ 228/54 אפשטיין נ' היועץ המשפטי [2], בעמ' 70-72), אך מובן שבחירה זו בין קטעי דברים איננה יכולה להיעשות באופן שרירותי, אלא מתבקש יסוד סביר להבחנה שמבחין בית המשפט בין חלקי העדות (ראה גם סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971).

84. נעבור עתה למסקנותיו של בית המשפט; בית המשפט קמא מציין כי:

(א) עדות המתלוננת היא העדות המרשיעה היחידה, ויש לשוקלה בזהירות, המתחייבת לאור דיני הראיות המעוגנים בהיגיון ובניסיון החיים, לעניין ההישענות על עדות יחידה (ראה, למשל, ע"א 79/72 האפרטופוס לנכסי נפקדים נ' פולק ואח' וערעור שכנגד [3], בעמ' 4771).

(ב) חלף פרק זמן ארוך מעת האירועים ועד למועד מתן העדויות בבית המשפט.

(ג) המתלוננת העידה, כדברי אחד הסניגורים, "מבלי להניד עפעף", "באופן שקול וללא התרגשות". אולם בית המשפט מצא בדבריה סתירות מהותיות ורציניות, אשר לדעתו אין להן הסבר. הוא מציין:

"העדה עשתה עלי רושם של צעירה אינטליגנטית, בעלת כושר הבעה טוב, המוכנה נפשית היטב ל'מערכה' עם הסניגורים הנכבדים. מאידך, צר לי לציין, כבר בשלב זה, כי היו סתירות מהותיות ורציניות בעדותה של המתלוננת, סתירות אשר לא מצאתי להן הסברים מניחים את הדעת, כפי שאפרט בהמשך".

(ד) בהערכת עדותה של המתלוננת נתן בית המשפט משקל לראיות על "התנהגותה של המתלוננת במהלך תקופת התבגרותה, נסיונה עם צעירים, מערכת היחסים הקרירה שבינה לבין אחותה מחד גיסא, וחוסר הפתיחות כלפי אימה ואביה החורג, מאידך גיסא". משקל רב היה, ככל הנראה, לדברי המטפלת בקיבוץ, אשר מעדותה לא עלתה אהדה יתרה למתלוננת. כך הגדירה את המראה החיצוני שלה כ"מגרה" ו"פרובוקטיבי"; היא הזכירה כי יעצה לה, למשל, לא לנפח את שערה, אך עצתה לא נתקבלה. היא סיפרה שכשנתיים לפני האירועים שלפנינו כתבה המתלוננת בעבור עלון קבוצת הנוער שלה סיפור ובו התייחסות למקרה אונס, אך הוא נפסל לפירסום.



בית המשפט הוסיף, לאור עדות חברתה, דינה פלף, שהמתלוננת "חיפשה קירבת צעירים". הוא מסכם ואומר:

א "אין להתעלם ממורכבות אישיותה של המתלוננת, כפי ששמעתי מעדותה של זהבה דותן - המטפלת, ומדינה, חברתה הטובה, מורכבות המחייבת גם היא, כמוכן, זהירות בהערכת עדותה, משום שכאן אנו עוסקים ב'דיני נפשות', כאשר עדות של המתלוננת יכולה לחרוץ לשבט או לחסד את גורלם של הנאשמים בפרשה זו."

ב אמה של המתלוננת הגדירה אותה כנערה רגילה. היא תיארה את תלונתה הטרייה, בעת שסיפרה לה, תוך בכי, את מה שאירע. לדעת בית המשפט, תיאור שלב התלונה עליידי האם אינו יכול להאיר לפניו את שורת ההתרחשויות, שהרי מדובר על מה שאירע אחרי שהפרשה נסתיימה.

ג לטעמי, גישה זו של בית המשפט אינה מתחייבת מן המקובל - מבחינת ההתייחסות לנסיבות מסירתה של התלונה הטרייה (Fresh Complaint) ותיאור מצבו של קורבן העבירה בשלב האמור. דברי האם על פנייתה של המתלוננת אליה בספרה מה שאירע עמה, המביאים תיאור מצבה הנפשי כביטוי בהתנהגותה (למשל בכי), הם ראיות קבילות, היכולות לסייע בהסקת מסקנה על תום הלב של המתלוננת ועל אמינות התלונה (ע"פ 950/80 כחן נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 569 מול אות השוליים ז; ע"פ 556/85 ביטון נ' מדינת ישראל [5]; ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 50 מול אות השוליים ג).

אשר למסקלה הכללית של עדות האם, אומרת הערכאה הראשונה:

ה "אינני סבור כי עדות האם, גם אם היא כנה בעיקרה, יכולה בתיק זה להטות את הכף לחובת הנאשמים במידה כזו שתפיג את הסתירות, הספקות והתמיהות העולות מעדות המתלוננת בנושאים שונים. האם... אומנם הדגישה כי נתנה לבת את אהבת האם הדרושה לה, בהיותה בגיל ההתבגרות, אך דבריה אינם עולים, בעניין זה, בקנה אחד עם עדות חברתה הטובה של המתלוננת, עדת התביעה דינה פלף, אשר סיפרה לנו, כזכור, כי למתלוננת לא היתה אהבה בבית 'והיא חיפשה אהבה מחוץ לבית'."

ז קשה להסיק כי העמדתם אלו מול אלו של דברי האם ודברי העדה דינה (שבית המשפט דחה את דבריה בכל יתר התחומים כבלתי אמינים) יוצרים תמונה מאוזנת. אינני שולל את ההנחה שנתקיימו שיתות נפש בין המתלוננת לדינה או אף עם תומר, שביקש כזכור ליצור בעיניה תדמית של מי שמגן עליה. אולם מכאן רחוקה המסקנה העולה מבין השיטין של דבריה הנ"ל של הערכאה הראשונה, כאילו ביקשה המתלוננת "אהבה מחוץ לבית", ובכך כאילו הונחה התשתית להסכמה כביכול לבעילה על-ידי אלי, נדב, אריק, שלום, צפריד, אילן ועוד אחרים, אשר יחסם אליה, אף לפי תיאוריהם, היה רחוק מיחס של אהבה ורוך. סיכומה של נקודה זו, משבר ביחסים בין הורים לילדים בגיל העשרה ובעיות גיל ההתבגרות אינם תופעה נדירה, אולם צריך לראותם בפרופורציה הנכונה.

(ה) משקל רב נתן בית המשפט לכך שהמתלוננת לא פנתה לאם במהלך האירועים, ולא עזבה מיד את חדרה כדי לשוב לבית הוריה.

לנושא זה עוד נשוב, כאשר נדון בהלכות בעניין כבישתה של תלונה בעקבות מעשה אינוס.

סוף דבר, סיכום דעתו של בית המשפט הוא, כי עדותה של המתלוננת לא שכנעה אותו מעל לספק סביר:

"גם אם היו סימני אמת שנתגלו במהלך עדותה של המתלוננת, לא אוכל לומר שעדותה שיכנעה אותי במידה הררושה במשפט הפלילי, היינו מעל ומעבר לכל ספק סביר. מאחר שעדותה של המתלוננת היא העדות המרכזית בתיק, לא אוכל לקבוע, בצורה חד משמעית, כנדרש, כי הנאשמים עברו את העבירות המיוחסות להם בכתב האישום, כפי שנוסח על ידי התביעה".

85. תוך כניסה לפרטים מוסיף ומונה בית המשפט את התהיות והסתירות בדברי המתלוננת, אשר מעוררות, לפי דעתו, ספק סביר שמשקלו רב. כולן נוגעות, כאמור, לשאלה, אם הבעילות וניסיונות הבעילה בוצעו בהסכמה ואם היו מלווים בסחיטה באיומים. אין בית המשפט רואה לקבוע חוסר מהימנות מוחלט של המתלוננת. נהפוך הוא, הוא מוכן לקבל שתיאור המעשים הפיסיים שעניינם החדירה או ניסיון החדירה שבוצעו בה היה מדויק, אולם הספק שקיים הוא בנוגע לשאלה אם הרברים בוצעו בהסכמה אילמת או בהסכמה בפה מלא כטענת המשיבים. דא עקא, שקבלת תיאור דבריה של המתלוננת באשר למעשים הפיסיים שבוצעו בה סותרת את דברי בני החבורה, ומוסיפה משקל לתזה שיש להעדיף את דברי המתלוננת על הכחשת המשיבים.

אלו עיקרי הנושאים שעוררו את ספקותיו של בית המשפט:

(א) תהייתו הראשונה של בית המשפט היא מדוע לא הוזמנו כעדים אביה החורג ואחותה של המתלוננת, וכן מידד ואילן והאחות של הקיבוץ אשר לפניו הושמעה התלונה לראשונה. תומר הוזמן מטעם התביעה, אך זו ויתרה על העדתו, והוא הושמע כעד מטעם הסניגוריה.

לא ירדתי לפשר התהייה: אליבא דכולי עלמא לא התלוננה המתלוננת אלא ביום שלמחרת פרשת חוף הים, וסיפורה סופר לאם ולאחות הקיבוץ; אין זה ברור מה יכלו האב ואחות המתלוננת להוסיף.

אשר לתומר, הרי לאור התנהגותו הכללית של תומר בפרשה זו והצגתה של המתלוננת - לדברי המעורבים בפרשה - כמותרת לכול, אין להניח שהיה נכון לומר מעיקרו דברים נגד חבריו. הוא גם לא נוכח בפרשת השדות, בבוסתן הגליל או בחדרו של אופיר, כך

ששמע דברים ממילא מכלי שני. פרשת הבריכה לא הוכחשה על-ידי המתלוננת, דבר שהוא, אגב, בעל משקל בעניין אמינותה.

א

מידד ותומר אכן תמכו בגירסת הבריהם, אך לצורך התייחסות לאמינותם יש לזכור כי התנהגותם בפרשה זו ירדה מעיקרה לשפל המדרגה. מידד ידע שהמתלוננת רוחשת לו חיבה. הוא ידע כי משתמשים בשמו כדי להסיעה ל"שדות". הוא יצא מן הרכב כדי להשאירה עם אלי ונדב, כאשר כוונת חבריו הייתה צריכה להיות מובנת לו, וכאשר מגמת פניו בהתרחקותו מן הרכב מסתברת מן הנסיבות. הרי לו הייתה אמת בתזה שאלי ונדב אכן רצו רק לשוחח עם המתלוננת (כדברי אופיר), מדוע צריך היה להשאירם לבדי? יש גם כל היסוד להניח שהנסיעה לשדות הייתה, במידת מה לפחות, תולדה של מה שמידד סיפר על מה שאירע בערב לפני כן על המרפסת, כמתואר לעיל.

ב

ג

תומר קיים עם המתלוננת מגע מרצונה, כאשר הוא מרגיעה כי להבדיל מחבריו הוא יגן עליה ולא ייתן לאחרים לגעת בה; לא נקפו רגעים אחדים אחרי התנסויותיהם של מידד או תומר, וכל אחד מן השניים סיפר לכל מי שאווה לשמוע כל מה שהיה בינו לבין המתלוננת. כאמור לעיל, הם, ככל הנראה, אלה אשר טיפחו הראשונים את התחושה כי היא טרף קל לכל מעוניין. כך בישר תומר לשלום, כעדותו של זה האחרון, "שיש אחת שמזדיינת", וקבע בכך, לדברי שלום, את אופן התייחסותו אליה. מכאן יחסו המבוזה של שלום, כפי שהוא עולה מדבריו שהוזכרו לעיל. התנהגותו של תומר לא הייתה רק מעילה ביחסי חברות, אלא מעשה נבלה כפשוטו. לאור יחסו של תומר למתלוננת – שנשק לה ובגד בה – יש לבחון את אמינות דבריו בבית המשפט, שלפיהם לא גילה בהתנהגותה באותו שבוע, כביכול, שום דבר יוצא דופן, וכי היא לא השמיעה כל תלונה באוזניו. על רקע זה לא ניתן היה לצפות כי המדינה תנסה לתמוך טיעוניה וראיותיה על הקנה הרצון של שניים שגילו מעיקרו יחס בלתי הוגן כלפי המתלוננת, ועיקרו של דבר, שחברו יחד עם המשיבים לכל אורך הדרך כדי להפוך את המתלוננת לכלי חסר דמות ואישיות, המשמש למילוי הדחף שהתעורר אצל בני החבורה (ראה ש' בן-דוד, "יחסי אנס-קרבת בעת האונס" עבריינות וסטייה חברתית ח (תשמ"מ) 45, המתייחסת לדה-פרסונליזציה שהיא תופעת לוואי של יחסי אנס-נאנסת).

ד

ה

ו

לבסוף, מן הנכון להוסיף בעניין הזמנת תומר ומידד, כי השיטה שלפיה מעביר הסניגור, כאילו בסרט נע, את ההיסטוריה של חייה המיניים של מתלוננת כלשהי כבר איננה מקובלת ואיננה מותרת: סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957 (כפי שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988), קובע:

ז

2א. בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין.

"חקירת נפגע בעבירת מין

ראה גם ההוראות הדומות של מה שמכונה בארצות-הברית Rape Shield Laws, וכן: V. Berger, "Man's Trial, Woman's Tribulations: Rape Cases in the Courtroom" 77 *Columb L. Rev.* (1977) 1; J.A. Tanford & A. J. Bocchino, "Rape Victim Shield Laws and the Six Amendment" 128 *U. Pa L. Rev.* (1979-1980) 544 האונס - מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פיליפס ג (תשנ"ג) 46, 80.

אגב, אם תומר הוזמן על-ידי התביעה וזו ויתרה עליו והוא הועד מטעם הסניגוריה, הרי רשאי היה הסניגור, לפי הוראות החוק, לחוקרו בחקירה נגדית, גם אם הוזמן אותו מטעמו. הוא הדין בעניין אחות הקיבוץ. זכויות הסניגוריה לא נפגעו אפוא.

אין צריך להוסיף, כי אם המדובר בעדים שהתביעה ויתרה עליהם מראש או במהלך הדיון, והסניגוריה לא הזמינה אותם מטעמה, ובית המשפט רצה לקבל מידיהם מידע בפרשה שלפנינו, שבה רבו הסתירות הקוטביות בין הגירסאות, יכול היה להסתייע בסמכותו לפי סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ולהזמין העדים מטעם בית המשפט.

(ב) התהייה המרכזית עניינה אי-הגשת תלונה כלשהי לאיש תוך מהלך האירועים. לדעת בית המשפט, שתיקה זו אומרת דרשני.

בית המשפט שולל את ההסבר שלפיו הבושה מנעה מן המתלוננת את הגשת התלונה. לא ייתכן, כסברת בית המשפט, שצעירה תעבור טראומה כמתואר, הנמשכת מספר ימים, ותירתע מן התלונה רק בשל חשש לשמה הטוב. באופן מיוחד מתייחס בית המשפט לפרשת השדות שבה נקרתה למתלוננת הזדמנות להתלונן, על אחר, לפני ישי השומר.

זאת ועוד, כך בית המשפט, אין להניח ממילא שהאירועים באזור המגורים של הצעירים - שהיו מלווים לא אחת בצעקות ואשר במסגרתם היו מספר נסיעות במכונית עם אנשים שאינם בני הקיבוץ - יכלו להיעלם מעיני הסביבה הקיבוצית. אומר בית המשפט:

"מכל מקום, ספק בעיני אם בנתונים אלו יש הגיון בטענת המתלוננת כי 'מילאה פיה מים' וגכנעה לנאשמים מחשש ה'פירסום ברבים' ופגיעה בשמה הטוב.

מכל מקום, האמור לעיל מטיל סימן שאלה בשאלה הקרדינלית כאן, אם אכן האיומים שאיימו עליה הנאשמים, על פי גירסתה, אכן היו בפועל, או שמא לא היו איומים כלל, כפי שטוענים הנאשמים בפרשה זו."

עניין אי-הגשת התלונה הוא חלק מהותי ומרכזי מן הנושא שלפנינו, ונקיטת עמדה בעניינינו דרושה גם לצורך גיבוש המסקנה אם היו איום או לחץ ישיר או סביבתי, אשר הכניסו את המתלוננת למצב שבו ראתה עצמה תלויה ברצונותיהם או בציווייהם של אחרים, כפי שטענה. עליכן כרוך ומשולב עניין היעדר התלונה בשאלת האיום והסתימה,

ונתייחס לכך בשלב מאוחר יותר כאשר נדון במסקנתנו בנקודה זו, ונסתייע בחומר שלפנינו וכן בניסיון החיים כפי שגם מצא ביטוי בפסיקה.

א עם זאת, אקדים ואומר כבר עתה, כי היעדר תלונה לבני המשפחה או למשטרה, תוך זמן סביר, בנסיבות של לחץ – משפחתי או חברתי (למשל בעקבות מעשים של גילוי עריות; ראה, למשל, ע"פ 396/84 פיאקה נ' מדינת ישראל [7], בעמ' 538, שבו הוגשה התלונה שנים אחרי תחילת המעשים), או בשל פחד (ב"ש 323/78 מדינת ישראל נ' חשש ואח' (8)) – הוא תופעה שאינה בלתי מצויה או נדירה. שאלה דומה עלתה, לא אחת, במשפטים מן הסוג שלפנינו. בתי המשפט זנחו את הגישה, שלפיה אי-הגשה מיידית של תלונה פוגעת, מניה וביה, באמינותה של התלונה המאוחרת יותר. חקר מצבה הנפשי של נאנסת מסביר נסיבות כגון אלה; כאמור, עוד נשוב לכך.

ב (ג) קיימת סתירה בדברי המתלוננת בקשר לטיב המגעים עם תומר. אין חולק שמגעים אלה היו מרצון, כמו מגעה באותו שבוע עם חברו של תומר, גל כסלו, אשר עמו שכבה לבקשת תומר. יש גירסאות שונות אם ובאיזה מקרה הייתה הדירה.

ג כך מצא בית המשפט סתירה בדבריה של המתלוננת, בכך שהזכירה תחילה שתומר ביקש ממנה לשכב עם גל, אולם בשלב הקירה אחר אמרה שתומר רק אמר לה שגל רוצה לדבר אתה וגל הוא שביקש לשכב עמה. אינני רואה מה החשיבות בהתייחסות לשתי הנוסחאות בקטע זה, שהרי משמעותן זהה, והיה מובן בכל מקרה שתומר כיוון את גל לשיחה עם המתלוננת והבין את המטרה. עיקרו של דבר, הרי בית המשפט עצמו, בהביאו את דברי תומר בפרשה זו, ציין (עמ' 1461 לפרוטוקול), כי "לגירסת תומר הוא (ההדגשה שלי – מ' ש') שאל את (המתלוננת) אם היא מוכנה לשכב עם גל והיא הסכימה". זאת ועוד, תיאור זה תואם את דבריו של גל. אין אפוא מקום לכך שבית המשפט יגלה סתירה בדברי המתלוננת בנקודה זו.

ד לעצם נכונותה של המתלוננת לשכב עם גל אומר בית המשפט:

"נערה צעירה בגילה של המתלוננת, העוברת חוויה כה טראומטית של אונס קבוצתי ואישי ונסיונות לאונס, רצופים, כאשר היא נמצאת תחת איום מתמיד וממושך, לגירסתה, והיחסים המיניים התכופים מתקיימים עימה בסתימה, מסוגלת באותם ימים סוערים ממש, נוראים מבחינתה, לקיים מערכת יחסי מין שלווה ורגועה עם תומר רון וגל כסלו, כאשר האחרון כלל אינו מוכר לה, אינו מושך אותה, ומערכת קשריה האינטימיים עימו נובעת רק מרצונה לשמור על קשריה עם תומר, איש אמונה?"

ה האם נטעה אם נאמר, כי ניסיון החיים מצביע על כך שהתגובה הטבעית, האנושית והמובנת של קטינה במצב כזה, תהיה דחיית מגעים אלו?

...

השאלה היא רק אחת ובתחום אחר: נערה צעירה מאוד בגילה (בת ארבע-עשרה וחצי) הנאנסת תוך סחיטה כאימים בדרך הקשה והברוטאלית

המתוארת על ידה בתיק זה, האם תוכל באותו פרק זמן ממש לעבור לפלנטה אחרת, לנתק את עצמה מן המציאות הקשה ולקיים יחסי מין עם תומר רון ועם גל כסלו?

א

לשאלה זו יש השלכה בנושא המהימנות: שמא תיאוריה הקודרים של המתלוננת על ההתרחשויות אינם כה חד משמעיים, חדים וברורים, שמא קיימים גם 'גוונים' אחרים בפרשה זו?

שאלות אלו, בין השאר, הן המובילות לשאלת הספק הסביר שאליה התייחסתי קודם בנושא הבעילה ונסיונות הבעילה מצד הנאשמים בעקבות הסתייגות באיומים של המתלוננת.

ב

שאלות אלו מוסיפות למשקל המצטבר של עובדות אחרות ומתמיהות בפרשה זו, סתירות מסויימות ופירויות שהולידו את הספק בליבי לגבי תיאוריה של המתלוננת בשאלת 'ההסכמה' או 'אי ההסכמה' למעשי הנאשמים".

ג

הערה דומה מתייחסת לסתירות בשאלה אם בפרשת השדות, כשהייתה עם מידד, הורידה חולצתה. המתלוננת השיבה לשאלה בעניין הסתירות -

"אני כנראה התבלבלתי... כן בחקירה הראשית, מתי שבאתי לחקירה הראשית זה היה ביום הראשון, אני הייתי קצת נרגשת, אולי התבלבלתי בפרט הזה".

ד

יש לעולם חשיבות לעקביות תיאוריו של עד. לצורך כך ניתן לפנות גם לנושאים שהם שוליים לסוגיה שבמחלוקת (היינו, קיומה של הסכמה למה שנעשה עליידי אלי, נדב, אופיר, צפירי, אריק ושלום). יחד עם זאת, יש לראות את הדברים בפרופורציה הנכונה מבחינת חשיבותם היחסית במסכת אירועים שלמה, ואם העדה, שעברה בימים המעטים הללו הרבה מעמדים של הורדת חולצה או הורדת חזייה, מתבלבלת בתיאורו של אירוע אחד שאינו מבין הנושאים שבמחלוקת האמיתית, אין לראות בכך נקודה בעלת חשיבות (ע"פ 147/79 קובו נ' מדינת ישראל [9]). בהקשר זה אוסיף, כי אין גם להפריז בהסקת מסקנות מכך שמתגלות סתירות קלות בתיאור של האונס, כפי שהושמע באוזני אנשים שונים. כך הזכיר בית המשפט כי אמה של המתלוננת הזכירה את שמו של תומר בין האנשים, כאילו מפי המתלוננת. האם אין אפשרות שבסיפור הראשוני הוזכרו כל בני החבורה שהתגודדו סביב המתלוננת, או כי כל השמות נמנו כמי שהיו נוכחים בעת האירועים? האם ניתן ללמוד על סתירה מתוך אופן המניין החטוף של השמות, בעת התלונה הראשונית, המושמעת תוך כפי באוזני האם אחרי שלושה ימים כמתואר?

ה

ו

בהקשר לאירועים עם מידד, תומר וגל, שתוארו בפרק העובדתי, מדגיש בית המשפט כי המדובר על דברים שקרו באותו שבוע, והם נעשו בהסכמת המתלוננת. אכן כך הדבר, אבל כאשר נדון בנושאים הללו מבחינת המשפטיות נזכיר, כי בית המשפט זה הבהיר כבר פעמים לרוב כי העובדה שאישה מסכימה לשכב עם גבר פלוני איננה מצביעה על כך שהיא מסכימה לשכב גם עם גבר אלמוני, אף אם אלמוני יודע על מה שאירע בינה לבין פלוני הנ"ל; בב"ש 323/78 [8] הנ"ל, נאמר לעניין זה, בעמ' 803:

ז

א "אשר לכך הרי ציין בית-משפט זה, לא אחת, כי נכונותה של נערה לקיים יחסים עם פלוני אינה הופכת אותה בשל כך למטרה לבעילה לכל בר-בירב, ואפילו לפרוצה הזכות לסרב לקיים יחסים עם אדם שאינה רוצה בו. מי שכופה רצונו אפילו על מופקרת אינו יכול לטעון לאחר מכן להגנתו כי הוא פטור מאחריות פלילית בשל כך שהנערה נתנה הסכמתה לבעילה בהזדמנות אחרת לאדם אחר או אף לאנשים רבים. דברים אלה מובנים גם בתברה השולית".

ב ראה גם ע"פ 196/58 עבדוש נ' היועץ המשפטי [10].

גם רעיה רשאית לסרב לשכב עם בעלה, ואם יכפה זאת עליה ללא הסכמתה ההופשית ייאשם באינוס, ואפילו מי שמוכרת גופה תמורת אתנן רשאית לסרב למי שאינה רוצה לשכב עמו.

ג גופם של איש או של אישה הוא לעולם שלהם, ואין אישה הופכת חופשית לכול בשל כך שהיא מקיימת יחסים עם זה או אחר. הרצון לחזר אחרי אישה כדי לזכות בחסדיה, בין אם כבר זיכתה בהם מאן דהוא אחר ובין אם לאו, הוא לגיטימי, אך כך גם הזכות שלה לברור לעצמה בן-זוג ולהחליט בעצמה מהו שהיא מסכימה לו ומה לא.

ד כפי שנאמר:

ה "Viewing women as autonomous human beings would mean treating them as persons who know what they want and mean what they say. A woman who wanted sex would say yes; a woman who did not would say no and those verbal signals would be respected" (Prof. S. Estrich, "Rape" 95 *Yale L. J.* (1985-1986) 1087).

אלו מושכלות ראשונים, אך אין רע בחזרה ובשינון של הדברים הידועים הללו.

ו לעצם היכולת הנפשית לשכב מרצון עם פלוני אחרי שאדם אחר כפה על האישה יחסי מין ללא הסכמתה: אינני סבור כי כאן המקום להרחיק בניתוח פסיכולוגי כוללני בעניין קיום מגע בתקופה שבה עוברת האישה אירועים כמתואר. אינני יודע מה נחקר בסוגיה זו ואם, למשל, יש מקרים של קיום יחסים עם הבעל או עם החבר, בתקופה שבה כופה מעביד על עובדת יחסי מין בניגוד לרצונה, והיא מנסה להסתירם. הרי במקרה שלפנינו המדובר בנערה בת ארבע-עשרה וחצי, שהייתה מבווה ומושפלת גם לפי תיאורי המעורבים בעניין (ראה דברי שלום או אריק), וחיפשה נקודת אחיזה אצל דמות, שהיא משום מה האמינה בה. האם יש לזקוף לחובתה את העובדה שבחרה להיענות על אתר לבקשתו של תומר כדי לרצותו? ההיגיון של נערה בגיל ארבע-עשרה וחצי אינו בהכרח זה של אדם בגיר ושקול, וכך יש לבחון זאת. אוסיף רק, כהערת אגב, כי הניסיון השיפוטי מצביע על כך שדווקא זו דרך ההידרדרות של נערות לא מעטות בגיל העשרה, המתאהבות בנבל,

אשר לו כוונות סרסרות או טפילות, שאחר כך מבקש אותן לשכב עם אחר "רק זו הפעם", ומוליכן לבסוף לזנות.

א (ד) סתירה נוספת מוצא בית המשפט בהתייחסותה של המתלוננת לפרשת בוסתן הגליל: לדבריה בבית המשפט, בחקירה הנגדית, לא היו דיבורים במכונית בזמן הנסיעה. בהתייחסותה להיעדר דיבורים ביקשה המתלוננת לתאר אווירה כללית, כעין נסיעה מגמתית ומביכה.

ב אין כאן סתירה, כי גם בעדותם של נדב ורן מצאנו אישור לאווירה המתוארת:

נדב העיד כי הנסיעה הייתה קצרה, ובמהלכה התכורה לא דיברה (סעיף 36).

ג רן העיד כי בעת הנסיעה שררה דממה ברכב, וכמו כן הייתה אווירה של מבוכה (סעיף 43); "אני הרגשתי מבוכה כזאת".

ד לטעמי אין אפוא לגלות סתירה מהותית; נראה שהייתה שתיקה כללית, ובוודאי היעדר אווירה קלילה והתבדחות עליוזה כמקובל בנסיעת בילוי של צעירים.

ה בית המשפט מעיר, כי בהודעותיה במשטרה אמרה המתלוננת כי בעת הנסיעה ביקשה שיעזבו אותה, והתגובה הייתה "תסתמי את הפה". יש לציין, כי אותם דברים נאמרו גם בחקירתה הראשית בבית המשפט. בקשתה של המתלוננת כי יעזבו אותה אינה עומדת בסתירה לתיאור אווירה של היעדר שיחה רגילה ורגועה או אף מבוכה, כפי שתואר לעיל.

ו עניין התגובה הבוטה "תסתמי את הפה" מתיישב עם גישת המעורבים בפרשה. למשל, כביטוייה בעדותו של שלום שצוטטה לעיל בסעיף 66. הרי גם לפי דברי המשיבים היו נסיבות שבהן ארבעה או שבעה איש, לפי העניין, היו נוכחים בעת משגל או ניסיונות לקיים משגל עם המתלוננת. איש מהם לא העיד שביקשו הסכמתה למערכת נסיבות כמתואר. התגובה תואמת גם את הסטירות שלהן זכתה המתלוננת מאופיר או את נוסח דבריו של אופיר ליד מפעל הרהיטים. נדב, כדוגמת אחיו אלי, שב וחופש, גם לפי תיאוריו, את השימוש החוזר במתלוננת למטרות מיניות, בלי לחוש כלפיה דבר ובלי לתת את הדעת, ולו במידה כלשהי, לנסיבות המבישות שאליהן הכניסו אותה.

ז רק רן הוא שביקש שיעזובה. למה התכוון, אם הכול היה שפיר ועל דעתה של המתלוננת?

ח הגישה המבוזה כלפי המתלוננת עולה גם מהתנהגותו של נדב, שניסה לשים את ידו של רן על החזה של המתלוננת בזמן שאלי שכב עליה, בפרשת בוסתן הגליל. נדב מכחיש זאת, אולם רן מאשר זאת. אולי מוכיחים דברי רן שנדב משקר, וכי יש לכך השלכה על אמינות יתר הכחשותיו?



(ה) נקודה הטעונה תשומת לב היא הנוסח שנקט בית המשפט בגבשו ספקותיו, כהאי לישנא: "האם העמידה המתלוננת את הנאשמים על אי רצונה ועל אי הסכמתה לקיים יחסים עימם" (שם, בעמ' 1520);

א

מניסוח זה כאילו נובע כי ההנחה הא'פריוורית היא שאישה כלשהי, ומה גם ילדה בת ארבע-עשרה וחצי, מסכימה למגע מיני, בסדרה, שאליו מסיעים אותה ארבעה אנשים או שבעבורו חברו שבעה אנשים בחדרו של אופיר, כל עוד לא הוכיחה המתלוננת שהיא העמידה את אלו שמסיעים אותה או מזמינים אותה על אי-רצונה או על אי-הסכמתה; סברה זו בטעות יסודה. הרי יש גם משמעות לנסיבות העניין, ויש הבדל בין זוג המתייחד תוך התעלסות הדדית לבין אירוע קבוצתי כמתו אר לעיל. מי שמודה בקיום מגע מיני עם נערה בת ארבע-עשרה וחצי בנסיבות כמתואר, היינו מין קבוצתי, בסדרה, של ארבעה צעירים בני שש-עשרה וחצי עד שמונה-עשרה, הנכנסים למכונית או לחדר לפי תור, כאשר היתר נוכחים בחדר או מציצים מדי פעם דרך החלון, אינו יכול ליהנות מן ההנחה כי שתיקה כהסכמה דמיה. האם קטינה - אשר בפחד או בשל הלם או מבוכה אינה צועקת ואינה מכריזה על סירובה - נחשבת כמסכימה לאקט כמתואר, שבו נוהגים כלפיה כמו עם פרוצה מן השורה, ואף מבטאים זאת מילולית בפניות אליה?

ב

ג

(ו) בית המשפט גם נפנה למסקנות בדבר קיום סתירות נוספות; אולם אלו נראות בעלות חשיבות משנית, לאור משקלן השולי בפרשה כולה והיעדר משמעותן לצורך ההכרעה. למשל, בתארה את ראשיתה של הנסיעה לבוסתן הגליל אמרה המתלוננת כי נדב לקח ידה והכניס אותה למכונית. במשטרה אמרה כי נכנסה לרכב בשל כך שפחדה מן האיומים שלהם ולא היה יסוד של שימוש בכוח; אין כאן כל סתירה. המתלוננת לא טענה שנחטפה או כי דהפוח בכוח לתוך הרכב. היא תיארה נסיבות עובדתיות של אופן הכניסה לרכב, שבו שליטתם במצב של ארבעת הצעירים באה לידי ביטוי באופן שנהגו כלפיה מרגע שקראו לה ובעת כניסתה למכונית. זאת ועוד, אלמנט מכריע שאותו הזכרנו כבר מספר פעמים היא המערכת האובייקטיבית, היינו קטינה בת ארבע-עשרה וחצי עם ארבעה, חמישה או אף שבעה צעירים, שכולם פרט לאחד מבוגרים ממנה בשנתיים לפחות, ושניים מהם בני שמונה-עשרה, דבר שיש לו משמעות רבה בגיל העשרה. נקודה זו לא זכתה להתייחסות מספקת מצד בית המשפט.

ד

ה

ו

(ז) סתירה נוספת המוזכרת על-ידי הערכאה הראשונה מתייחסת לעניין זהות האנשים שקראו למתלוננת לחדרו של אופיר. במשטרה לא זכרה מי היה השני פרט לאריק, אולם בבית המשפט נזכרה בכך שהיה זה שלום. בית המשפט מביע תמיהה איך ייתכן שנזכרה אחרי שלוש שנים בדבר שלא זכרה בעת שמסרה את עדותה הראשונה למשטרה; ניסיונו מלמד, כי לא אחת ההודעה הראשונה למשטרה דלה יותר מאשר עדות קוהרנטית - בחקירה ראשית ובחקירה נגדית בבית המשפט, וכבר היו דברים מעולם: ראשית, העובדה שהודעה במשטרה אינה מכילה פרט זה או אחר היא לפעמים בעלת משמעות מועטת מול התמונה הכוללת. שנית, כמוזכר כבר, מדובר כאן על עדות תוך חקירה על-ידי שלושה פרקליטים מטעם המשיבים - אשר משתרעת על פני 400 עמודי פרוטוקול ואשר נמשכה

ז

במהלך שמונה ישיבות של בית-משפט. אין צריך לומר, שההודעה במשטרה לא התקרבה לממדים כאלה. על-כן אפשרי, מבהינה תאורטית, שתואור שלב-שלב על יסוד הקירת הפרקליטים יהיה מלא יותר מאשר ההודעה במשטרה.

א

מ"מ הנשיא חשין העיר בע"פ 202/569 פרקש ואח' נ' היועץ המשפטי [11], בעמ' 680, בקשר להשוואה של היקף החקירה המשטרתית עם זו בבית המשפט:

"... האמנם סתר צברי בעדותו בבית-המשפט את הודעתו במשטרה? אין להתעלם מאופן גבייתה של עדות או קבלתה של הודעה במשטרה. תחילה מספר העד - או מוסר ההודעה - מה שמספר, ולאחר מכן הוא נשאל שאלות על-ידי השוטר-החוקר. בסיפורו הוא מספר מה שנראה לו, לעד, חשוב ביותר ובתשובותיו הוא משיב על שאלות שנראות לו, לחוקר, חשובות ביותר. לפיכך, יש דברים שנודעת להם חשיבות מרובה ושמגלים אחר כך רק במשפט, מתוך החקירה של הפרקליטים, באיכות הצדדים, ושלא הובררו כלל או די צרכם, בעת מסירת ההודעה במשטרה... משום כך אין לראות סתירה בעובדה שבמשפט מתגלים מפי העד דברים שלא סיפר עליהם קודם לכן בהודעתו במשטרה, כשיש רגליים להסברו שהוא לא נשאל על כך על-ידי השוטר-החוקר, וכשהמדובר הוא בענין שלכאורה אינו דרוש לגוף המעשה, ואין בו משום הסתר דבר."

ב

ג

יכול גם שסתירה בין הודעה לעדות תושפע מחשש מפני תוצאה כלשהי בשלב התלונה במשטרה, אך ההסבר המאוחר יותר יניח את דעת בית המשפט (ע"פ 950/80 [4], בעמ' 568).

ד

זאת ועוד, הערת בית המשפט שלפיה הוא מתקשה לקבל שזיכרון, שלוש שנים אחרי המקרה, טוב יותר מאשר מיד אחרי המקרה, אינה ניסוח נכון של הבעיה; השאלה היא כאמור, אם ייתכן שאדם בחקירתו בבית המשפט - אף שלוש שנים אחרי המקרה - ייזכר במה שלא זכר בעת החקירה וייתן פירוט רב יותר מאשר בהודעתו למשטרה. תשובתי לכך היא שאין לשלול אפשרות כזאת. בהקשר זה יש להזכיר כי בעדותה בבית המשפט לא הפלילה המתלוננת אף איש שלא ייחסה לו מעשה עבירה בעת שמסרה הודעתה למשטרה.

ה

עיקרו של דבר, הרי השניים הנוגעים בדבר, אריק ושלום, אישרו שהם הלכו לקרוא לה, אם נזכרה בשמו של שלום לא הייתה בכך אפוא האשמה חדשה, אלא אמירה - שקדמה לעדותו של שלום בבית המשפט, ואשר הוא אישר אותה לאחר מכן במפורש בעדותו (ראה סעיף 66).

ו

(ח) נקודה נוספת בפסק הדין של בית משפט קמא מתוארת כדלהלן:

"בהודעתה נ/2, עמ' 10, אומרת לנו העדה בהתייחס לביקורם של אריק ושלום בחדרה:

ז

'ואז אמרו לי שאם לא אבוא לאופיר לחדר הוא הולך להודיע לאחותי מה שקרה לי עם הבחורים ואז קמתי'.

לעומת זאת, בעמ' 27, בעדותה הראשית, אומרת המתלוננת:

א 'הסכמתי ללכת לחדר של אופיר בגלל שהם התחילו לצעוק שם: זונה תצאי החוצה. לא רציתי שהילדות מהחדר מולי ישמעו, פשוט פחדתי. הלכתי לחדר של אופיר...'

ואילו בעמ' 387, בחקירה הנגדית של הסניגור, אומרת העדה:

ב 'אחרי שאמרתי להם שלא, ואז אמרו לי שאופיר הולך לקרוא לאחותי אז הלכתי. אריק אמר את זה.'

ושוב בעמ' 389, בתשובה לסניגור: 'תראה, אולי עכשיו אני שכוחתי את זה... אני... תראה...'

ג היה הרבה פעמים שקרא לי זונה והרבה פעמים שהם איימו עליי. אולי שכחתי את זה, או שלא הוספתי את זה.'

מה אם כן גרם לכך שהמתלוננת תעזוב את חדרה ותיגש לחדר של אופיר במקרה זה?

ד האם היה זה האיום של הנאשמים שלום ואריק, או אחד מהם, שבואם לחדרה, שהם 'יודיעו לאחותה מה שקרה לה עם הבחורים', או שמא היו אלה הצעקות: 'זונה תצאי החוצה' והפקד שמא שכנותיה ישמעו זאת? שמא הלכה לאופיר כתוצאה מכך שהבאים, שלום ואריק, אמרו לה שאופיר הולך לקרוא לאחותה? - איזה גירסה היא הנכונה והמדויקת כאן?"

ה שתי הגירסאות שנכללו בתיאור קריאתה להתייצב בחדרו של אופיר אינן מצביעות על רצון חופשי. שתיהן גם אינן סותרות זו את זו, אלא יכולות להתקיים בצוותא זו לצד זו ולהשלים זו את זו.

ו מהי אפשרות שלישית? נערה בת ארבע-עשרה וחצי נקראת, בשלוש לפנות בוקר ואחרי האירוע בבוסתן הגליל, מחדרה לחדרו של אופיר, בנוסח המצווה כפי שתואר לעיל בסיכום עדויותיהם של שלום ואריק (סעיף 66). היא מציינת ומתייצבת כפי שנקראה. מה אפוא הנימוק החלופי השלישי האפשרי: רצון לבלות בחברה? התיאור שעולה מדברי בני החבורה עצמם אינו תומך בתזה זו.

ז (ט) המתלוננת טענה בעדותה, כי לא קראה הודעתה למשטרה מאז שנמסרה והוקראה לה על-ידי החוקרת. בשלב אחר של החקירה בבית המשפט אמרה כי "זה נכון שביום ששי, יומיים לפני פתיחת המשפט, ישבתי עם עורכת הדין גברת גוטמן בפרקליטות, אנחנו עברנו יחד על עדותי".

לכאורה יש כאן אכן סתירה. אין לפנינו הסבר בנקודה זו כי הוא לא נתבקש מן

המתלוננת, למרות שהמצוטט לעיל נמסר בבית המשפט. הווי אומר, אין כאן סתירה בין הודעה במשטרה לבין עדות בבית המשפט, אלא בין קטעי אותה עדות בבית המשפט. לנושא זה ניתן היה להתייחס בחקירה - כדי לנסות ולהבין פשר הדבר.

א

(י) בית המשפט התייחס בהרחבה לקשרים כביכול עם חייל ששירת במחנה סמוך לקיבוץ. לא הוכחו יותר מאשר חיבוק או נשיקה על-ידי החייל בהזדמנות אחת, אשר עליה העידו בבית המשפט. ייתכן שייחסו לכך בקיבוץ משמעות רבה; לדברי אחת העדות, קשר עם חייל מן המחנה השכן נחשב ל"בלתי מכובד". אולם אם משווים זאת למעשיהם של בני הקיבוץ כמתואר בתיק זה, אף לפי גירסתם, הרי קשה להבין על מה יצא הקצף על המתלוננת.

ב

יש להוסיף כי לא היה מקום להתייחס לסיפור בעניין החייל, כי לא הייתה לכך כל נגיעה לעניין שנדון לפני בית המשפט קמא (ראה סעיף 2א הנ"ל לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים)). העובדה שהמתלוננת הייתה - אם בכלל - מוכנה להתגפף פעם עם חייל, אינה אומרת ולא כלום על רצונה לשכב עם נרב, אלי, אריק, שלום או צפרייר או מישהו אחר מן החבורה, ומה גם בנוכחות כולם, חוץ מניסיון להכפיש שמה של המתלוננת. יצירת זיקה בין מעשיהם של בני החבורה לעניין ההתגפפות עם החייל מזכירה דברים שהובאו בספרה של D. E. H. Russell, *The Politics of Rape - The Victim's Perspective* (New York, 1974), המצטטת כרוז שאותו פירסמה בעקבות פרשת פלוטקין (משפט אינוס שבו זוכה גבר, שחטף בחורה ואנסה יחד עם אחרים, אחרי שהובאו ראיות בדבר התנהגותה המתירנית בעבר עם אחרים) (San Francisco Chronicle, April 1971) כנאמר שם:

ג

ד

"When a person is robbed, the robber is put on trial. When someone is murdered, the murderer is tried. But when a woman is raped, it is the woman and not the rapist who is put on trial... If she can be shown to have any sexual history, the rapist must be acquitted, for by their definition it is then no rape at all. For a woman to allow herself to be a sexual person, to enjoy her sexuality in her own way in her own time, is for her to lose all protection from being forced to commit sexual acts with any man at any time".

ה

ו

הניסיון להוכיח חפותו של אנס על-ידי העלאת פרשיות על קיום יחסי מין מרצון עם גבר אחר, שב ועולה בכתבי המשפט. הוא נועד להטות את ההכרעה מן הנושא העומד לדין, על-ידי הניסיון לשכנע כי אישה השוכבת עם פלוני מרצונה יוצרת בכך תשתית ראייתית שלפיה היא מסכימה לשכב גם עם פלמוני ואלמוני. זהו ניסיון שלא יצלח וראוי הוא שידחה מכול וכול.

ז

(יא) בית המשפט מצדיק כי תומר עשה עליו רושם מהימן.

א לעניין אמינותו הכללית של תומר, כבר הערתי כיצד משתקפת דמותו מחומר הראיות האובייקטיבי. הרי ברור בעליל שהוא היה דמות בוגדנית. הקטינה התקרבה אליו אך באשר סברה לתומה כי מעניק הוא לה חום וחיבה, ואילו הוא הלך והפך את סיפורו על הקשר האינטימי עמה לנחלת הכלל, וכך שימש גורם מניע מרכזי בהפיכתה בעיני חבריו למותרת לכול. הא ראייה, שיום אחרי פרשת השדות פנה אליה בנוכחות אופיר וביקש ממנה לשכב עמו.

ב יש להוסיף לכך את האווירה העוינת כלפי המתלוננת שהתפתחה, לפי כל הסימנים, מאז דיווחה על האירועים ועד למשפט. כפי שראינו, נוצרה במקרה דנן התסמונת המקובלת שלפיה קורבן האונס הוא כביכול האשם ולא האנס: R. M. Holmes, *Sex Crime*, (Newbury Park, 1991) 75, 98; F. Hagan, *Introduction to Criminology* (Chicago, 2nd ed., 1990) 236.

ג מכל מקום, סביר הוא שתומר רצה לחפות על חבריו, כי בכך גם חיפה על עצמו לפחות מבחינת דימויו: אם אכן בוצעו מעשי אינוס על-ידי קבוצת נערים אשר הוא היה בקשר אתם - הרי הדבר עלול להשליך עליו, בנסיבות מסוימות שהדיוט אינו יודע להעריך מראש, לעניין שותפותו או סיועו.

סיכומו של דבר, קשה לראות בתומר עד אובייקטיבי.

ד (יב) מוסיף ושואל בית המשפט כיצד יכלה המתלוננת להגיב בדרך שהגיבה, וכיצד יכלה להמשיך בשגרת עבודתה לאחר לילות כה קשים שעברו עליה, לטענתה, בפרשה זו.

ה הניסיון מלמד אחרת. המשכת קורבן אונס בשגרת חיה אינה תופעה יוצאת דופן (ראה ע"פ 147/79 [9], בעמ' 724). הרי חלק נכבד ממעשי האונס אינו מתגלה כלל, וקורבן העבירה אינו מגלה תחושותיו וזיכרונותיו מן המעשה עד סוף ימיו.

ו זאת ועוד, בידוע הוא כי ערכאת הערעור נמנעת בדרך כלל מהתערבות בקביעות בדבר מהימנות עדים, שהרי לא ראתה את העד ולא יכלה להתרשם ממנו במישרין. אולם במקרה דנן עולה מענה מסוים לתהיית בית המשפט מן העדות של תומר עצמו, וניתן לסייג קמעה את מסקנתה של הערכאה הראשונה. כך, היו תיאורים בדבר מצב רוחה "הרגיל" של המתלוננת. תומר תיאר את שובה של המתלוננת מפרשת השדות, כדברי בית המשפט, "בצורה ברורה וחד משמעית", כ"צוחקת ועליוזה" (עמ' 531). אולם בדברי תומר בחקירה הנגדית נעלם עניין העליוות והצחוק. אגב, המילה "צוחקת" לא הופיעה כלל גם בחקירה הראשית, כי אם המילה "מחייכת". תומר הסביר בחקירה הנגדית שהסיק שהמתלוננת הייתה עליוזה מכיוון שבדרך כלל היא הולכת עם הראש למטה והפעם הלכה עם הראש למעלה. תיאור זה אינו הולם דווקא "צוחקת ועליוזה". הוא גם ראה אותה, לדבריו, "מקפצת על רגל אחת". לו היה זה תיאור נכון, היה משליך הדבר על בגרותה ובשלותה האישית של מי שהודבקה לה התווית של "שוכבת עם כולם", אך נראה שנוהגת כילדונה.

פרשנות נוספת לגבי מצב רוחה של המתלוננת, שהתבררה במהלך העדויות, דמתה להצגה המילולית הנ"ל שביקשה להפריז, ככל הנראה, כדי ליצור תשתית לטענת ההסכמה: העד שלום אומר, כי המתלוננת הייתה "מבסוטה" כאשר קרא לה לחדרו של אופיר. גם בזמן ששלום ביקש לשכב עמה הוא ראה, לדבריו, שהיא מבסוטה. בחקירה הנגדית התברר כי באומרו "מבסוטה" כוונתו הייתה לכך שהמתלוננת לא בכתה. לא זכור לו אם היא חייכה.

א

ניתן ללמוד מן הדברים הללו כי העדים ביקשו ליצור תמונה כללית, הנוחה לתזה שלהם, אך לא יכלו לעמוד בתיאורם כאשר נחקרו על פרטים.

ב

(יג) בית המשפט תוהה ושואל מדוע המתלוננת לא נעלה את דלת חדרה אחרי קרות הפרשה בחדרו של אופיר.

ייתכן מאוד שאמצעי מיגון יעיל יותר היה מונע את האירוע בחדרה, אלא אם כן היו מושמעות שוב צעקות מחוץ לחדר, כטענת המתלוננת, שהיו מניעות אותה לפתוח את הדלת כדי לא לשתף את שכנותיה באירועים. אולם מה המשמעות שיש לשאלה זו בהקשר שלפנינו? האם מבקשים לרמוז שהמתלוננת רצתה שיבואו לחדרה? הרי בשלב האמור, גם לפי דברי המשיבים ויתר המשתתפים בפרשיות, היא הייתה עייפה ותשושה וביקשה שלא יטרדוה (ראה דבריהם החד-משמעיים של אריק ושל צפריר בעניין זה). זאת ועוד, נעילת הדלת לא הייתה מועילה למתלוננת (כמו גם הפנייה לשומר בפרשת השדות), שהרי המתלוננת הייתה שרויה באותה עת במצב של איום בהכפשת שמה ובחשיפת מעשיה, וכל גילוי של התנגדות מצדה - לרבות נעילת הדלת - היה מביא לדעתה למימוש האיום.

ג

ד

(יד) בית המשפט נפנה בקצרה לשאלה אם יש חיוקיים לדברי המתלוננת, ובעניין זה הוא מתמקד בכך שבליל השדות שמע אופיר מפיה קריאת "די". בית המשפט הזכיר גם קטע אחר מן ההודעה של אופיר במשטרה אשר מצוטט על-ידיו:

ה

"בינתיים הבחין הנאשם אופיר כי אלי ונדב נכנסו לחדרה של המתלוננת, ובשובם בא אלי ביטון לחדרו ושאל מדוע אמר אופיר למתלוננת להסתתר, שעה שהיא מעוניינת לפגוש אותם? לאחר שאלי ונדב עזבו אותו ערב את המקום, הלך הנאשם אופיר למתלוננת ושאל אותה מדוע סיפרה לשניים על האזהרה שקיבלה ממנו והמתלוננת השיבה שפתחה מהם. אומר כאן, הנאשם אופיר, ב"ת/3, עמ' 3, שורה 11 ואילך:

ו

"ואז הסברתי לה אם את לא רוצה לעשות את זה, הכוונה לשכב איתם, אז למה היא עושה את זה, וכמו כן הסברתי לה שהיא ילדת המשק ואני אלך לספר לאחותה מה שהיא עושה כי בשבילה שהיא קטנה זה לא טוב".

ז

מדברים אלה עולה העיקר לצורך ענייננו, והוא שאופיר מאשר שהמתלוננת פחדה מאלי ונדב, וכי הוא ידע זאת. איך מתיישב דבר זה עם גירסתם בעניין פרשת השדות, שלפיה היא שביקשה מהם, מיוזמתה, כי ישכבו עמה?

א בעדותו בבית המשפט לא זכר אופיר מה השיבה לו המתלוננת, היינו עניין פתוח מאלי ומנדב נעלם מזיכרונו. כאשר נשאל על כך בחקירה הנגדית, נתן תשובות בלתי מספקות (ראה סעיף 47). יש להזכיר כאן כי זה אינו הקטע היחיד בעדויות שבו טענו אופיר וחבריו ש"אינם זוכרים"; הם הרבו שלא לזכור ולהסתמך על טענה זו.

ב בהמשך הדברים מביא בית המשפט את תיאור כעסו של אופיר, כדבריו, עת ראה את תומר בהדרה של המתלוננת כאשר שניהם לבושים חלקית בלבד. לפי דבריו צעק עליה ("התחלתי להשתולל... ואמרתי לה שתתבייש לה... כמו כן מיד הלכתי לאחותה...").

ג ככל הנראה - ובניגוד לנאמר - לא הגיע אופיר באותו ערב לאחותה של המתלוננת, שחדרה היה בקרבת מקום, אולם ניתן להוסיף ולהקשות: מדוע לא קצף אופיר על תומר, שהיה נוכח באותו מעמד ושהיה מבוגר יותר ובעל מעמד בין חבריו? הרי תומר הוא שהציג עצמו בבית המשפט כבעל הניסיון המיני הרב ביותר ובעל אמצעי מניעה זמינים בכיסיו. אופיר גם לא אמר דבר לאלי ולנדב כאשר בנוכחותו בפרשת השדות נכנסו לרכב יחד ולחוד. הוא ראה את נדב מעל למתלוננת, אך לא העיר לו כי, כדבריו: "לא היה נעים לי מאלי ונדב". הוא הרי הזמין אותה לנסיעה זו, לפי דבריו כדי שתכיר את מידד, ולא שמע את גירסת נדב לפיה היא כאילו הזמינה אותו לשכב עמה. מה סבר אפוא כאשר ראה את מה שראה? הייתה לו ה"סמכות" לסטור למתלוננת על לחיה, אך לא היה לו הכוח לומר דבר והצי דבר לאלי ונדב? האם לא ידע שאלי הוא למעלה מבן שמונה עשרה וכי הוא ואחיו יחד עמה במכונית? תמונה זו תומכת בגירסת המתלוננת כי, ככל הנראה, חברו נוסעי המכונית יחד, ועל-כן לא שעו לבקשתה להחזירה לקיבוץ.

ד בית המשפט מזכיר גם שאופיר יחד עם צפיר פנו לאחר גילוי המקרה לאביה של המתלוננת כדי לשכנעו שלא היה שימוש בכוח ובאיומים. עניין אחרון זה אינו מוכיח מאומה, כפי שבית המשפט המחוזי ציין נכונה, אולם חסר, מאידך גיסא, הסבר אמין לכך מדוע העמיד אופיר את חדרו לרשות חבריו כדי שיעלו על המתלוננת זה אחר זה, בעת שכולם נוכחים, רואים ושומעים. מה צריך היה להסיק מתמונה מסלידה זו אשר ביצירתה נטל אופיר חלק ברור ומרכזי, וכיצד מתיישב הדבר עם נוסח שיחתו של אופיר למחרת "השדות" בנוכחות תומר, כאשר אמר תומר למתלוננת בנוכחותו שהוא רוצה לשכב עמה, ואופיר הטיח בה כי לא "תספר סיפורים", כאשר המתלוננת ניסתה להתחמק. נוסח הדברים החלקי של אופיר לגבי פרשה זו יש בו בעיקרו משום אימות לגירסת המתלוננת בקשר להתרחשות הדברים, וסותר את יומרתו לפיה היה, כביכול, השומר הנאמן על מוסריותה של המתלוננת.

ה לעומת אמונו בתומר ובאופיר - שולל בית המשפט לחלוטין את דברי חברתה של המתלוננת דינה פלף, וזאת בקשר לכך שסיפרה על בכייה של המתלוננת בעת שזו סיפרה לה את אשר אירע, ומאחר שאישרה סיפוריה של המתלוננת בדבר איומו של אופיר כאשר בא לקרוא למתלוננת לפני פרשת חוף הים: מובן שעניין זה קשור לאמון הכללי לטענת המתלוננת, שלפיה חזר ונשנה האיום, אשר לפיו אם לא תבוא - כפי שנקראה מדי פעם

א - יגלו את "קלונה" ברבים. אם מקבלים את גירסת המשיבים, שלפיה מדובר במי שמזמינה נערים לשכב עמה בסדרה, לפי יוזמתה וללא בושח (הרי גם בעת האירוע בחדרו של אופיר מסרו זה לזה, לפי התור, כי "היא קוראת לך"), אין מקום לסיפור על האיום. אולם אם התיאור הזה אינו אמין, יש משמעות אחרת לטענה החוזרת וגשנית בדבר האיום בנוסח האמור לפרסם ברבים על מעשים מיניים של הקורבן המיועד, המוכר כאיום אפקטיבי בפרשיות אונס, בייחוד קבוצתיות (ראה Russell, בספרה הנ"ל, בעמ' 27-28).

ב (טו) בסכמו את גישת המשיבים וחבריהם אומר בית המשפט:

ב "גירסתם של כל הנאשמים, כולם, למעט שלום, קטינים, למעט הנאשם שלום, מיד מעת מעצרים וחקירתם, כל אחד בנפרד, היתה אחידה: המתלוננת לא התנגדה למעשים שנעשו, לא אמרה שום דבר או עשתה כל דבר שיראה על התנגדות ואי הסכמה.

ג אופיר ב-ת/3 (יומיים אחר תלונת המתלוננת במשטרה): 'המתלוננת' לא הראתה שום סימני סירוב ולא התנגדה והיא ביוזמתה היתה הולכת ושוכבת עם כל הנערים".

ד נדב גרס גם בפרשת השדות וגם בקשר לפרשות בחדרו של אופיר ולאחר מכן בחדרה של המתלוננת, כי המתלוננת היא שביקשה לשכב אתו; כך גם צפריה.

ה הן סוטה במקצת מן הקו ואומר כי לא שמע אמנם איומים, אך שמע "שכנועים". ואולם אם המתלוננת רצתה לשכב עם כל הנערים, מדוע היה צריך לשכנעה?

ו אריק טוען אף הוא שהמתלוננת רצתה בו, וכי היא משקרת. מסכם בית המשפט:

ז "מאחר שהגירסות הן קוטביות בנושא המרכזי של משפט זה, הוא נושא 'ההסכמה'. בדקתי את העדויות כולן שוב ושוב, בקפידה רבה. נתתי דעתי גם לרצונם של הנאשמים, בחקירתם הארוכה, ל'גמד את קומתם' ואולי 'לייפות' את פני הדברים בעת אירועם בפועל. גם עליהם פעל את פעולתו הזמן שחלף מעת האירועים ועד מועד עדותם בבית המשפט. היו בהם שניסו 'לגלות טפח' ואולי לכסות טפחיים'. היו ביניהם שניסו להיאחז בהחלשות הזכרון וגם במקום שיתכן והאירוע היה צריך להחקק במוחם ובזכרונם היטב, גם אם חלפו שנים מאז.

ח יש סתירות מסויימות, או אי דיוקים, בתיאור הנאשמים למתרחש באישום הרביעי, 'הפרשה בחדרו של אופיר'. מכל מקום, לא התרשמתי כי היה תיאום עמדות מוקדם ביניהם, לפני מתן עדותם במשטרה, סמוך למקרה".

בית המשפט לא פירט ולא ניתח את "הסתירות המסויימות" הנ"ל;

אולם -



- א "במקרה שבפנינו, גם קיומו של גרעין אמת בעדותה של המתלוננת אינו מספיק דיו ואין בכווחו למחוק או לבטל את הסתירות, התהיות והתמיהות שציינתי בהרחבה בהכרעת דין זו ואשר כרסמו בגירסת המתלוננת. בהתחשב במשקל המצטבר של 'נקודות הכרסום' באמינות הגירסה המפלילה ובהיעדר תמיכה של ממש בעדות המתלוננת, נראה לי, כי מחובתי לפסוק, כי על סמך חומר הראיות המונח בפני, לא ניתן לקבוע כמידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי, כי הנאשמים אשמים בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום."
- ב עליכן זוכו המשיבים מהמת הספק.  
בחינה של קיום אימונים לטענות המתלוננת
86. סיכמנו את עיקרי מסקנותיו של בית המשפט קמא בעניין מהימנות העדים כפי שהדברים מובאים בפסק הדין.
- ג מתבקשת, בשלב זה, בחינה נוספת של עדויות המעורבים כדי לבדוק את עקביותם ואחידותם ולהשוותם עם דברי המתלוננת.
- ד (א) בעניין פרשת השדות - אופיר מאשר כי תחילתה בכך שמידד ביקש ממנו לפגוש את המתלוננת, וכך מסר אופיר למתלוננת בבואו אליה. המתלוננת הסכימה אחרי היסוס לפגישה עם מידד. אליבא דכולי עלמא, איש לא אמר לה מראש כי בבואה למוכירות תחכה מכונית ובה גם אלי, נדב ואופיר. הצטרפותם של אלי ונדב הייתה יוזמת אלי, אך על דעת אופיר.
- ה חסר כאן - באופן ברור - קטע עובדתי מקשר, שהרי אם מדובר על פגישה לפי בקשת מידד עם המתלוננת, מה עניינם של אלי ונדב לכך, אלא אם כן דובר משהו בעניין המתלוננת שעורר גם את עניינם של אלי ונדב. לו היה מדובר רק על פגישה בין מידד למתלוננת - כיוזמתו של מידד ובתיווכו של אופיר - היה ההיגיון שולל את נוכחות אלי ונדב, אלא אם כן הם ראו לעצמם חלק בפגישה זו. אין לפנינו פרטים בנקודה זו, כי העדויות אינן מלמדות באופן משכנע מה קרה בשלב הביניים, אך, כאמור, ברור שהייתה הידברות או שהיה תכנון בין מידד, אופיר, אלי ונדב אך בלא המתלוננת, אשר בלעדיהם אין להבין את נוכחותם של אלי ונדב והנסיעה של כולם במכונית.
- ו מכל מקום, תיאור הזמנתה של המתלוננת תואם את דבריה באופן מלא.
- ז ליד בור התחמין - יצאו אלי, נדב ואופיר לדקות ספורות, כי כדברי אופיר הוא סבר שמידד והמתלוננת רצו רק לשוחח, וכדבריהם, בשום אופן מצאו אותם משוחחים. אולם, יציאת אופיר ומידד מן הרכב, כאשר אלי ונדב רצו, כביכול, לשוחח עמה, אינה מובנת.
- ח אם רק בשיתה מדובר, מה הסודות שאסור היה לאחרים לשמוע, שהרי המתלוננת לא גילתה עניין בנדב ואלי, כפי שגילתה לגבי מידד. מדוע התרחקו אופיר ומידד, כדבריהם,

כ-150 עד 200 מטר, בו בזמן שבעת שהמתלוננת ומידד היו ברכב נשארו שאר בני החבורה במרחק של כ-10 עד 15 מטרים מן הרכב בלבד. לדברי אופיר, מטרת הליכתם הייתה רק כדי לשתות מים. התמונה שנגלתה להם עם שובם צריכה הייתה להפתיעם: נדב עידום על המתלוננת בעוד אלי יושב בספסל הרכב הקדמי. אחר כך התחלף נדב באלי שבא על המתלוננת בעוד אופיר ומידד יושבים לצד הרכב. אולם, אופיר כנראה לא היה מופתע אף-על-פי שהזמין את המתלוננת לפגישה עם מידד, הא ותו לא. האם לא ראה שבשלב מסוים אלי ונדב מטפלים במתלוננת כעת ובעונה אחת וכל ששמע היה "דיי", ביטוי שאינו מתיישב עם האווירה השלווה המתוארת?

אכן נכון שהטענות בדבר בכייה של המתלוננת, התנגדותה ובקשתה שתוחזר לקיבוץ עולות רק מפיה. אופיר לא שמע לדבריו דבר פרט למילה "דיי". לדבריו, גם לא שוחח על העניין עם אלי ונדב, כי "לא היה נעים" לו. הוא, לדבריו, היה חלש אופי. תיאור זה אינו נראה כאמין. מי שצועק וסוטר ומדבר באופן בוטה - בנימה תוקפנית - כאשר ילדה בת ארבע-עשרה וחצי רוצה לחמוק מדרישה למגע מיני, קשה להניח בעניינו שלא שוחח עם חבריו - אשר הצטרפו לפגישה בין המתלוננת למידד, פגישה שהוא עצמו ארגן - על מה שעשו עם המתלוננת. הרי הוא לא שמע את התזה של נדב כי היא שביקשה את המגע המיני גם עם נדב וגם עם אלי. לו היה שומע הסבר כזה מפיהם, בוודאי היה מזכיר זאת בהודעתו במשטרה או בעדותו. עיקרו של דבר, אין להאמין שאחרי אירוע כזה, וכאשר ברור מן העדויות שכולם סיפרו לכולם את הכול, לא דובר על הלילה במכונית. תום-לבו של אופיר בעניין גם נמוג כאשר קוראים את חלקו בפרשת מפעל הרהיטים, עת ביקשה המתלוננת לחמוק מהצעת תומר למגע מיני. "אל תספרי סיפורים" משתלב עם "תסתמי את הפה" או עם סטירות למתלוננת. אופיר טען, כי אמר למתלוננת לא להיפגש עם אלי ונדב, וכי במהלך הדברים - כך הודעתו במשטרה - אמרה לו שהיא פוחדת מהם. תזה זו אינה מתיישבת עם הטענה שהיא ביקשה מנדב לשכב עמה. אולם בעניין אופיר השאלה היא, אם ידע שהיא פוחדת, איך יכול היה לגבש את הרעה שהמתלוננת מסכימה למעשים שנעשו בה מרצונה החופשי?

(ב) התזה של נדב כי המתלוננת ביקשה שיישאר עמה במכונית אינה תואמת את דברי אופיר שלפיהם אמרו לו נדב ואלי כי הם שרוצים לשוחח עם המתלוננת. התיאור שלפיו החלה המתלוננת מיד להתפשט והזמינה את נדב לשכב עמה, משמעו שהיא לא רק יזמה את המגע עם נדב אלא גם רצתה שאלי יצפה בכך, שהרי אלי נשאר אף הוא בתוך המכונית.

סיפורו של נדב - בדבר רצון הפתע של המתלוננת לשכב עמו, כאשר יצאה לפגישה עם מידד, הוא בלתי אמין לחלוטין; הוא משתלב ביתר הטענות הבלתי סבירות והבלתי אמינות שלו, כגון הזמנתה של המתלוננת, כביכול, שיתקלה עמה (כאשר עדים אחרים שראו אותה אמרו שהייתה תשושה ועייפה וביקשה שיעזבוה לנפשה - ראה דברי אריק וצפריר). בעניין בוסתן הגליל הייתה כביכול, לדברי נדב, "נסיעה סתם" - למטרת טיול ולא היה תכנון לשכב עם המתלוננת; אולם מיד בהגיעם למקום החל תור של נכנסים

אליה, אליבא דכולי עלמא, בעקבות שיחה עם אלי. נדב מבקש, כאמור, לשכנע שהדבר נעשה מעצמו ללא הידברות כלשהי.

א

(ג) התיאור של פרשת בוסתן הגליל – כאשר המתלוננת לכל הדעות במחזור, וכאשר דברי צפירי אכן מאשרים את התנגדותה לעצם הנגיעה בה – תומך בתזה שהמתלוננת לא קיימה מגע מרצונה, אלא בשל לחצם של אלי ונדב שעשו בה כרצונם. ההיענות המיידית שלה לכל קריאה – למפעל הרהיטים, לבוסתן הגליל או לחדרו של אופיר, מטה את כפות המאזניים לכיוון האמון בדבריה, שלפיהם היה דבר מה שהיווה איום וכפייה עליה, והוא שהביא לכניעתה לדרישות בני החבורה; הוא הדין בעצם ההסכמה להיות זמינה בחדרו של אופיר לכל דורש. בהקשר לכניעתה לדרישת החבורה נכון להזכיר את דבריו של בית המשפט האנגלי בפרשת *R. v. Olugboja* (1981) [54], at 448, בעקבות אמרה של השופט *Coleridge* במשפט *Regina v. Day* (1841) [55], at 1027:

ב

ג

"every consent involves a submission, but it by no means follows that a mere submission involves consent".

אגב, נתתי דעתי על ביקורת על אמרה זו, שהובאה בספרם של J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (London, 7th ed., 1992) 455.

ד

הנכונות להיחשף ללא הגבלה לכל אחד מן החבורה בנוכחות הרבים או בקרבתם, הוא דבר כה מעוות שרק קיומו של גורם כופה או מאיים יכול להסבירו. קרי, דבריה, שלפיהם ריחף מעליה כל העת האיום שיספרו בקיבוץ את אירוע "השדות" ואחר כך את האירועים שבאו אחריו, נשמעים אמינים לאור הבחינה האובייקטיבית של אופן התנהגותה. מובן שגם גילה ומצבה הנפשי והחברתי – קטינה בת ארבע-עשרה וחצי חסרת ניסיון וכנראה גם חסרת תמיכה נפשית בסביבתה, אשר בנוכחות החברתיות הכלליות שבהן היא חיה תלויה מאוד בדעת הסביבה עליה וחוששת מפניה – יכולים היו להוות גורם נוסף לכניעתה שלה ללחץ ולדרישות השונות.

ה

ו

(ד) הפרשה בחדרו של אופיר אינה יכולה להיראות בעיני מסתכל אובייקטיבי כמעשה רצוני כפשוטו. הרי נקראה להתייצב כאשר סגנון הזימון הרס"רי של אריק ושלוש ביטא את ההנחה שהיא אינה יכולה לסרב להצעה. השניים הללו אפילו לא ניסו לייפות בעדותם את סגנון הפנייה שלהם למתלוננת.

ז

בחינתם של כל מרכיבי קטע עובדתי זה, היינו שעת לילה מאוחרת אחרי נסיעה לבוסתן הגליל, זימון בטון מצווה, כניסתה של קטינה יחידה בת ארבע-עשרה וחצי לחדר ובו התגודדות של שבעה נערים שיוצאים ונכנסים אליו, כאשר עם הפעילים ביניהם, אריק ושלוש, לא היה לה קשר קודם (גם לדברי אריק מדובר היה במקרה קודם שבו היא נשקה לו על הלחי והוא שם ידו על גבה – אירוע תמים וחברי לכל הדעות), היתה צריכה למנוע מכל אדם סביר מסקנה של מגע מיני רגיל ומרצון בין נער ונערה. האירוע האמור

היה פרוורטי, מסליד ומשפיל בכל מובן, גם לפי תיאוריהם של הנערים, והדבר צריך היה להיות ברור להם על אתר. לא בכדי ביקש רן שיעזובה לנפשה. חוששני שבית המשפט הפעיל כלפי המתלוננת קנה מידה של אישה בוגרת, וכלפי החבורה קנה מידה של נערים בלתי מנוסים, הטועים על נקלה בכל הנוגע להתנהגות הקטינה שבפניהם, בו בזמן שבין הנערים הללו היו שניים בני 18 וגם היתר היו בוגרים בהרבה (שנתיים לפחות) מקורבנם.

כאן יש לשוב ולצטט את דברי אופיר:

"זוכר שהיה איזה קטע שנכנסתי לחדר באותו ערב ומישהו אמר למתלוננת תעשי את זה עם שלום והיא אמרה שהיא לא רוצה. כי היא עייפה ושיהיה ביום אחר. החווכחו איתה שם ואני לא יודע מה היה... ובאתי אליה ונתתי לה סטירה ואמרתי לה אם את רוצה לעשות את זה אז תעשי, ואם לא אז תצאי...".

זה אינו סגנון של הסכמה. הדבר גם אינו מבטא עזרה למתלוננת. יש בכך ביטוי ליצירת לחץ פיסי ונפשי נוסף, שהצטרף לעובדה שהמתלוננת הייתה מוקפת בשבעה אנשים הדוחקים בה, לפי תורם, להסכים למגע מיני.

סגנון השיחה ליד מפעל הרהיטים ותוכנה משליכים על האירוע בפרשת השדות. אופיר פעל גם ליד מפעל הרהיטים כמי שתומך בבקשת תומר לשכב עם המתלוננת. השיחה משליכה אחרת; היא מלמדת שאופיר שימש כמתווך וכמסייע להספקת השימוש המיני במתלוננת - פעם לאלי ונדב, פעם שנייה לתומר, ופעם שלישית בחדרו.

יש להצטער על כך שבית המשפט קמא לא הסיק אף לא מסקנה אחת מן המערכות הנסיבתיות הללו. הוא גם לא דן לגבי הפרשיות הנ"ל בשאלה, אם סביר הוא שהמתלוננת תעלה גירסה שקרית, כביכול, בדבר בעילתה ללא הסכמתה, אך תבחין בין תומר, גל ומירד לבין היתר. הרי באשר למקרים אלו היא מאשרת קשר בעל תוכן מיני - בצורה זו או אחרת - מרצון. מדוע תראה להבחין בינם לבין הפרשיות בשדות, בכוסתן הגליל או בחדרו של אופיר, אם אין שוני לעניין קיום ההסכמה או היעדרה?

מצטרפים לכך כחוליה אחרונה האירועים בחדרה של המתלוננת, אחרי בוסתן הגליל וחדרו של אופיר וברצף אחד אחריהם, הכול באותו לילה. נדב מופיע בחדרה, אליבא דכולי עלמא, כאורח בלתי קרוא יחד עם צפריר, והיא - התשושה והעייפה לפי כל הראיות - מבקשת כביכול ממנו, כדבריו, "שאנחנו נתקלח עימה"; היא שביקשה ממנו לכבות את האור ולהגיד לצפריר שיצא "כי היא רוצה להישאר עימו לבד". הבוחן דברים אלה לאור מכלול האירועים אינו יכול אלא להסיק שדברי נדב הם שקר גם כפשוטו. הוא נכנס לחדרה בלי שהיה חשוב לו כלל ועיקר מה מצבה והרגשתה אחרי מה שעבר עליה בכוסתן הגליל ובחדרו של אופיר, כי הוא ראה בה כלי לסיפוק מיני, בלי כל התייחסות לרצונותיה ולהסכמתה. חובתה - לפי תפיסתו - הייתה להיות זמינה לו בכל שעה ובכל מצב, ורצונה לא היה רלוואנטי כלל. במילים אחרות, מה שאירע בפרשת המקלחת - משליך על מה שקדם לכך ומדגים באופן בולט את חוסר ההתחשבות המינימלית

במתלוננת וברצונה ואת ההתעמרות בה, כאילו הייתה בובה הנמשכת בחוט, שעליה לקפוץ לכאן או לשם, להתקלח, לשכב או לקום עד שישבעו כל השבעה (ובין היתר – וכפי שצפיר דאג – שגם אריק לא ייצא חסר).

א

87. סיכומם של דברים: הבאנו לעיל תיאור מפורט של הגירסאות של בני החבורה. המסקנה העולה מהם, לטעמי, היא, כי אין סיבה לדחות את גירסת המתלוננת בדבר מעשיהם של אלי ונדב במכונית בפרשת השדות ובדבר מודעותו של אופיר, שצירף אותם לפגישה עם מידר, למה שנעשה אותה שעה עליידי השניים. וכן גם בהמשך: אין גם להבין זימוניה החוזרים ונשנים של המתלוננת והיענותה להם אלא על רקע של לחץ בגילוי הסיפור, בפחדה מפני בני החבורה, ובראשם אלי, נדב ואופיר, ובברידותה מול חבורה שארגנה ושבחה וארגנה את ניצולה המיני, כאשר היא קטינה בת ארבע-עשרה וחצי הניצבת מול קבוצה שכולם בוגרים ממנה לפחות בשנתיים, ושניים מהם אף בני שמונה-עשרה.

ב

ג

העבירה של בעילת קטינה

88. (א) בית המשפט המחוזי בחן את השאלה אם אין להרשיע את המשיבים בעבירה החלופית של בעילה אסורה בהסכמה, לפי סעיף 346(א) לחוק העונשין, או בניסיון לעבור עבירה כאמור. סעיף 346(א) האמור קובע:

ד

”בעילה אסורה בהסכמה 346. (א) הבוועל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים, והיא אינה נשואה לו, או הבוועל קטינה שמלאו לה שש עשרה שנים וטרם מלאו לה שמונה עשרה שנים, תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין, דינו – מאסר חמש שנים.”

ה

. התביעה לא כללה אישום כזה בכתב האישום.

ו

תשובתו של בית המשפט קמא בסוגיה זו הייתה שלילית: לדעתו, היועץ המשפטי לממשלה נתן אישור להעמדת המשיבים לדין באשמת אינוס ולא פרש את הסכמתו על העמדה לדין לפי סעיף 346(א) הנ"ל. ממילא אין אפשרות משפטית להמיר את סעיף האישום ואין מקום לקבוע כי המשיבים ביצעו עבירה זו. מסקנה זו אינה מקובלת עליי. כפי שיוסבר בהמשך הדברים, לא ראינו להרשיע את המשיבים בעבירה זו, מאחר שמצאנו כי ביצעו עבירה חמורה יותר, אולם הסוגיה המשפטית בעניין החלפת האישום במקרה כגון זה ראויה להבהרה.

ז

(ב) אדם שלא מלאו לו שמונה-עשרה שנה הוא קטין (סעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, מרחיב הגדרה זו וכולל בה לצורכי החוק האמור גם בגיר שביום הגשת

כתב האישום נגדו טרם מלאו לו שמונה-עשרה שנה. הווי אומר, המועד הקובע לצורך הקביעה אם פלוני הוא בגדר קטין הוא יום הגשת כתב האישום (ע"פ 499/80 ויצמן נ' מדינת ישראל (להלן - פרשת ויצמן [12]), בעמ' 489). משמע, אם הוגש כתב-אישום אחרי שמלאו לפלוני 18 שנה, אין חוק הגוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) חל עליו, גם אם עבר את העבירה בהיותו קטין, אלא אם כן נאמר במפורש אחרת (ראה, למשל, סעיף 25(ב) לחוק הנ"ל).

סעיף 14 לחוק הנ"ל קובע כי אין להעמיד קטין לדין בשל עבירה אם עברה שנה מיום ביצועה, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. אולם, כאמור בפרשת ויצמן [12] - אם נסתיימה השנה שסעיף 14 לחוק הנ"ל מדבר בה, בהיות האדם עדיין קטין וטרם הוגש כתב-אישום, הרי זכה בכך שאין להגיש נגדו כתב-אישום בלי הסכמת היועץ המשפטי לממשלה אחרי חלוף תקופת השנה, גם אם בגר בינתיים. כפי שנאמר בפרשת ויצמן [12], בעמ' 490-491:

"... קטין בן שש עשרה, אשר עבר עבירה ביום הולדתו האמור, ולא הוגש נגדו כתב-אישום עד הגיעו לגיל שבע עשרה, לא יוגש נגדו כתב-אישום אחרי חלוף השנה ולפני חלוף התקופות הקבועות בסעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, היינו אם חלפה שנה, חל לגבי העמדתו לדין הסייג העולה מסעיף 14, ואין להעמידו לדין גם אחרי הגיעו לגיל שמונה עשרה בלי הסכמת היועץ המשפטי לממשלה, שהרי חלוף השנה הקנה לו את הזכות העולה מסעיף 14 עוד בהיותו קטין. אולם, אם פלוני הקטין עבר עבירה והוא הופך לבגיר בטרם חלפה השנה הקבועה בסעיף 14, הרי דינו - כדין כל עבריין אחר. סעיף 14 מפסיק לחול עליו, וחל עליו הדין הכללי כביטוי בסעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי: The King v Chandra (1905) Dharma וראה גם: ע"פ 290/63."

אופיר נולד ביום 20.8.71, והגיע אפוא לגיל שמונה-עשרה ביום 20.8.89;

נרב נולד ביום 6.11.71, והגיע אפוא לגיל שמונה-עשרה ביום 6.11.89;

צפריר נולד ביום 5.10.71, והגיע אפוא לגיל שמונה-עשרה ביום 5.10.89;

אריק נולד ביום 13.10.71, והגיע אפוא לגיל שמונה-עשרה ביום 13.10.89.

מאחר שהעבירות כנטען בכתב האישום בוצעו בין הימים 10.8.88 ו-14.8.88 - נסתיימה השנה לצורכי סעיף 14 בין הימים 10.8.89 ו-14.8.89, לפי העניין. במועד האמור היו ארבעת המשיבים קטינים עדיין ועל-כן חל עליהם סעיף 14, ולא ניתן היה להגיש נגדם כתב-אישום ביום 25.9.90 - הוא היום שבו הוגש כתב האישום לבית המשפט - אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, אם כי בגרו בינתיים. במקרה דנן ניתנה הסכמה

כאמור, ויש לבחון מה משמעות הדבר לצורכי תחולת הוראותיהם של סדרי הדין הפליליים בדבר שינוי סעיף האישום.

א

(ג) כמוכר, דעתי שונה מדעת בית המשפט קמא בכל הנוגע להרשעה בעבירה על-פי סעיף 346(א). הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להבאתם לדין של המשיבים הוכרה כאמור כתנאי מוקדם להגשת כתב-אישום לאור הוראותיו של סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), הקובע כאמור כי אין להעמיד לדין קטין (קרי, לרבות מי שביום הגשת כתב האישום טרם מלאו לו שמונה-עשרה) בשל עבירה אם עברה שנה מיום ביצועה, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.

ב

משניתנת ההסכמה, מוגש כתב האישום, והמשך הדיון בו הוא לפי הכללים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], אלא אם כן נקבע בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) הנ"ל מפורשות אחרת: סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] הנ"ל קובע מפורשות כי סדר הדין יהיה לפי החוק האמור, "וזולת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר די שונה לענין הנדון". משמע, בתחומים שבהם אין בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) הוראה הקובעת סדר דין אחר, חלות ההוראות הכלליות של סדר הדין הפלילי (ראה גם י' קדמי, על סדר הדין בפלילים (דיונון, תשנ"ג) 886).

ג

ד

הד להשקפה זו ניתן למצוא גם בחקיקת המשנה המעוגנת בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ובה ביטוי לפרשנות הנ"ל. לפי סעיף 44 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), רשאי שר המשפטים להתקין תקנות סדר דין לבתי-משפט לנוער, והוא אכן עשה כן בתשל"ו (ראה תקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (סדרי הגשת בקשות), תשל"ו-1975) ובתשל"ב (תקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (סדרי הדין בועדות שחרורים), תשל"ב-1971). תקנה 1 לתקנות הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (סדרי הגשת בקשות) - הנושאת את כותרת השוליים "תחילת תקנות סדר הדין הפלילי" - קובעת כי "תקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974, יחולו בשינויים המחויבים בהליכים לפי החוק, זולת אם נקבע בחוק או בתקנות סדר דין שונה לענין זה" (ההדגשה שלי - מ' ש'). היינו, אף התקנות מאמצות את ההשקפה שלפיה בהיעדר הוראה השוללת תחולת סדרי הדין הכלליים או הוראה הקובעת הסדר דיוני שונה, חלות הוראות החוק והתקנות הכלליות המסדירות סדרי הדין הפליליים, שהם, כיום, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] על תיקונו ותקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974.

ה

ו

ז

(ד) מאחר שאין הוראה דיונית מיוחדת בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) ובתקנות שהותקנו מכוחו, חלים על שפיטת קטין, בין היתר, גם סעיפים 184 ו-186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], הקובעים לאמור:

א "הרשעה בעבירה" על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום 184. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם, לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום.

ב "הרשעה בעבירות אחרות" 186. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה.

ג בערכאת הערעור חל סעיף 216 לחוק האמור, המכיל הוראות הדומות לסעיפים הנ"ל.

ד האמור לעיל נובע לא רק מן המבנה הפורמאלי של מערכת הסמכויות הדיוניות, אלא גם מן הסמכות של בית המשפט: הסכמת היועץ המשפטי לממשלה מתייחסת להגשת האישום, היינו להליך של פתיחת הדיון בפני בית המשפט. מעת שביט המשפט קנה סמכות כדון, אין הוא תלוי עוד בהסכמות נוספות, והוא מנהל את הדיון לפי סדרי הדין שנקבעו בחוק.

ה ההיגיון שבמסקנה זו בא לידי ביטוי מעשי בכל עת: פלוגי הקטין הואשם בשוד מזוין; כמשפט מתברר כי ניתן להרשיעו רק בגניבה או בהתפרצות. האם יזכה הקטין הנאשם בדינו בשל כך שהיועץ המשפטי לממשלה הסכים מעיקרו רק להעמדתו לדין בעבירה חמורה יותר? התשובה לכך שלילית. ההסכמה הראשונית פותחת, כאמור, את הדלת בפני דיון לפי הכללים של סדר הדין הפלילי הכללי, בשינויים הנובעים מחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול) ותקנותיו. בעניין שנדון בסעיפים 184, 186 ו-216 אין הסדר דיוני ייחודי, המשנה את ההסדרים במשפטי קטינים, ומכאן שניתן לנהוג לפיהם.

ו (ה) מן הכלל אל המקרה שלפנינו: סעיף 184 הנ"ל קובע, בין היתר, שאין להרשיע בעבירה אחרת שהאשמה בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו, אלא אם כן ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. בטרם נשיב על השאלה אם במקרה דנן הייתה הזדמנות להתגונן נגד אישום חלופי לפי סעיף 346(א) הנ"ל, יש לבחון אם נתגלתה כאן עבירה לפי הוראת החוק האמורה.

ז 89. נוסחה המלא של הוראת החוק הובא בסעיף 88 לעיל. יסודותיה של העבירה על-פי סעיף 346(א), רישא, לחוק העונשין, הם אלה:

(א) "הבועל" - מונח המוגדר בסעיף 345(ג) לחוק הנ"ל כמי שמחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה.



א (ב) "קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנה וטרם מלאו לה שש עשרה שנים". לצורך הגדרת המונח "קטין" מפנה סעיף 345(ג) הנ"ל לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע - בסעיף 3 הנ"ל שבו - כי קטין הוא אדם שלא מלאו לו 18 שנה. בסעיף 346(א) צומצמו מירווחי הגיל והסעיף הופך ברישא שבו את עצם הבעילה, של מי שמלאו לה ארבע-עשרה אך טרם מלאו לה שש-עשרה ואינה נשואה לו, למעשה עבירה.

ב לעניין המודעות של הנאשם לכך שקורבן העבירה היא בתוך מירווח הגילים הרלוואנטי, כאמור לעיל, הרי אם עולה מן הנסיבות שהנאשם חייב היה להיות מודע לפחות לאפשרות שקורבן העבירה היא בתוך קבוצת הגיל שסעיף 346 חל עליה, הרי עצימת העיניים שלו בפני היסוד העובדתי האמור עולה כדי מודעות לקיומו של המרכיב האמור של העבירה (ע"פ 291/62, 390 אב"רביעה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה להלן - פרשת אב"רביעה [13]); ע"פ 5424/91 פלוני נ' מדינת ישראל [14]).

ג (ג) כאמור, עצם הבעילה היא עבירה, ובכפיפות להוראות סעיף 353 שיידון בהמשך, אין נפקא מינה אם ניתנה לכך הסכמה אם לאו. הסכמתה של קטינה אינה שוללת אחריות פלילית לצורך סעיף זה (ראה גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), תשמ"ו-1986, בעמ' 304, וד"נ 5/65 אבוטבול נ' קליגר [15]).

ד (ד) לסעיף 346(א) נוספה, כאמור, הגנה מיוחדת. סעיף 353 קובע כי באישום בשל עבירה לפי סעיף 346(א) תהיה זו הגנה לנאשם שהבדל הגילים בינו לבין הקטינה אינו עולה על שנתיים, אם הקטינה הסכימה למעשה ואם המעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם. הוראה זו באה לתחום את גבולותיו של מה שכונה "אינוס סטטוטורי" בכך שמוציאים מכלל העבירה מערכת יחסים בהסכמה שבין צעירים בני אותה קבוצת גיל במהלך יחסי ידידות רגילים, בתנאי שהפרש הגילים אינו יותר משנתיים.

ה 90. ככל שהדבר נוגע למשיבים שלפנינו, אין רלוואנטיות לסעיף 353 בשל הטעמים הבאים:

ו (א) כל שאירע במקרה שלפנינו אינו יכול להיות מתואר בשום פנים כ"מהלך יחסי רעות רגילים", וזאת גם אם מקבלים באופן מלא את תיאוריהם של המשיבים. המחוקק ביקש לפרוס הגנתו על זוג צעירים המקיימים יחסי חברות ומתעלסים זה עם זה. אין ללמוד בצורה כלשהי מנוסח החוק שהמחוקק ביקש להגן על קבוצת צעירים החוברת יחד לשם בעילה, לפי תור, של צעירה בת ארבע-עשרה וחצי. אלא אינם "יחסי רעות רגילים" כלשון החוק, אלא בכל מקרה ניצול לרעה של נסיבות שבהן קטינה יחידה, מסובבת בארבעה עד שבעה צעירים, רובם אך לא כולם קטינים, המורים לה להתייבב מדי פעם במקומות הנבחרים על-ידיהם, והבועלים אותה או מנסים לבעול אותה לפי סדר שאותו הם קובעים; זאת אחרי שהם החליטו, אף לפי דבריהם, לנצל את העובדה שהקטינה מסכימה, כביכול, למעשים כאלה ומוכנה לכואם עליה כרצונם. כדי להצביע על העיוות

א וחוסר תום הלב בהתנהגותם, די להיזכר לדוגמה במקרה האחרון של הפרשה, הוא עניין חוף הים, שבו צורף כבועל פוטנציאלי אחד בשם אילן, שאי-אפשר כלל לראותו בצורה כלשהי כחלק מן החבורה שבילתה בקיץ האמור, מדי פעם, יחד בקיבוץ, היינו לא היה כלל מקום לדבר על "יחסי רעות רגילים".

ב) הבדל הגילים בין המתלוננת לבין כל אחד מן המשיבים היה יותר משנתיים. מעבר לכך, בין אלה שהיו חלק מן החבורה היו גם בני 18 ומעלה, וביניהם אלי - שמשפטו, שהופרד, טרם קיים מאחר שהוא יצא מישראל. לא שמענו מה נעשה על-ידי רשויות התביעה כדי להחזירו לכאן על-מנת שיעמוד למשפט.

ג הנה כי כן מחזירה אותנו המסקנה בדבר אי-תחולתו של סעיף 353 להוראות הרישא של סעיף 346. משקבענו כי אין מניעה להפעלת סעיף 184, ובמקרה של ערכאת ערעור סעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], יש לפנות לראיות ולבחון מה עלה מהן.

ג 91. מן הראיות עולה, לפי גירסתם של המשיבים עצמם, במפורש או במשתמע, היינו לאור מערכת הראיות הנסיבתיות:

א) כי נדב ביצע ניסיון בעילה של המתלוננת בפרשת השדות (תוך הסתייעות באלי אחיו).

ד) אופיר ארגן את הנסיעה וזימן אליה את המתלוננת בטענה שמידר רוצה להכיר את המתלוננת, אך צירף אליה גם את נדב ואלי, ויצא את הרכב כדי לאפשר לנדב ואלי לבצע זממם, שטיבו ומהותו היו צריכים להיות ברורים לו מראש. לאחר מכן ניצב בקרבת הרכב בעת המעשה, ככל הנראה גם כדי להזעיק אם יתקרב מאן דהוא, כפי שאכן עשה בעת שהתקרב השומר ישי. הוא נושא, לאור התנהגותו, באחריות משפטית לפי סעיפים 26(2) ו-4 לחוק העונשין.

ה) נדב ביצע בעילה (לפי דברי המתלוננת) או ניסיון בעילה (לפי דבריו הוא) בפרשת בוסתן הגליל.

ו) אשר לצפרי, התנהגותו בכל הפרשה - החל מן הנסיעה המגמתית למקום שעל החוף וכלה בהתנהגותו בעת שנדב ואלי שכבו על המתלוננת וכניסתו לרכב לפי תורו - עולה כדי עבירה כנ"ל לפי סעיפים 26(2) ו-4 לחוק העונשין.

ז) אריק זימן את המתלוננת לחדרו של אופיר (בפרשה שאירעה בחדרו של הלה), למטרה העולה בבירור מן הנסיבות לפי תיאוריהם של כל המשתתפים. יש לזכור בהקשר זה את נוסח הוידואן שעלה מדברי אריק עצמו; הוא אמר לה "שתגיע לחדר של אופיר, שרוצים אותה". הסגנון מדבר בעד עצמו מבחינת היחס למתלוננת ומבחינת מטרת הוידואן ושלילת ההגנה לפי המרכיב השני של סעיף 353 הדין בסייג לאחריות פלילית. אריק עבר באירוע האמור עבירה של ניסיון בעילה יחד עם סעיפים 26(2) ו-4 לחוק הנ"ל.

גוסף למעשיו עם המתלוננת בחדרו של אופיר, פרט לזימונה לחדר, עבר אריק - אף לפי גירסתו - עבירה של ניסיון בעילה, במעשיו בחדרה של המתלוננת באותו לילה, אחרי תום האירועים בחדרו של אופיר.

א

אוסף כאן, כי אינני מתייחס לשלום בן השמונה-עשרה וחצי, כי לא הוגש עליידי המדינה ערעור בענייניו.

ב

(ו) אופיר, אשר העמיד את חדרו לרשות התכורה למטרה הברורה להביא לחדר את המתלוננת לשם ניצולה המיני על-ידי מי מן החבורה שירצה בכך, ואשר נטל חלק בארגון כל ה"אירוע" שתואר לעיל, נושא באחריות משפטית למעשיהם של אריק ושלו, לפי סעיפים 26(2) ו-4(4) לחוק הנ"ל.

ג

(ז) התנהגותו של צפריד בפרשת החדר של אופיר ובארגון בעילתה על-ידי אריק בחדרה, אחרי ששמע, לדבריו, שאריק "לא גמר", עולה כדי עבירה של ניסיון בעילה יחד עם סעיפים 26(2) ו-4(4) הנ"ל.

ד

אינני מתייחס לפרשת המקלחת, כי, כמבואר לעיל, כל שסוכם כאן מתייחס למסקנות העולות מדברי המשיבים. עם זאת אין לשכות, מבחינת התמונה הכוללת, כי בהיותם בחדרה של המתלוננת ביקש צפריד, לדבריו, כי תשכב עמו וכי היא השיבה שהיא עייפה מאוד. עניין זה משליך על המטרה של הכניסה לחדר, לפי גירסתו השקרתית על פניה של נדב שלפיה המתלוננת (שגם לדברי אריק הייתה עייפה מאוד ונראתה כך) ביקשה מנדב כי יתקלח עמה.

ה

עליכן הנני סבור כי אף לפני שאנו מסכמים את האישומים בדבר אינוס - עולה מן העובדות שהוכחו לפי גירסת המשיבים, כי אופיר, נדב, צפריד ואריק ביצעו עבירה לפי סעיף 346(א) רישא הנ"ל, בין כעבריינים עיקריים ובין כמסייעים, הכול כפי שפורט לעיל.

ו

אשמה זו אכן שונה מזו שבה הואשמו בערכאה הקודמת, וגם לא נטען בערכאה הקודמת על-ידי המדינה שיש להרשיעם בה, אולם הייתה למשיבים הזדמנות סבירה ומלאה ביותר להתגונן והם אף מימשו אותה, שהרי כל הגנתם הייתה שהם בעלו או ניסו לבעול את המתלוננת, אך עשו זאת לטענתם בהסכמתה. דא עקא, שהסכמה לעניין סעיף 346(א) רישא הנ"ל נטולת משמעות משפטית היא לחלוטין.

ז

כפי שהסברנו בראשית דברינו, לאור תוצאות המשפט איננו רואים מקום להוסיף ולפנות לסעיף 346(א) הנ"ל.

## עבירת האינוס

92. סעיף 345 לחוק העונשין קובע לאמור:

"אינוס (א) הוועל אשה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האשה או כלפי זולתה;

(2) בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

(3) כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה; או

(4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, מצב אחר המונע ממנה התנגדות או היותה חולת נפש או לקויה בשכלה;

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), דין האונס - מאסר עשרים שנים אם האינוס נעשה באחת מנסיבות אלה:

(1) בקטינה שטרם מלאו לה שש עשרה שנים ובנסיבות האמורות בסעיף קטן (א)(1), (2) או (4);

(2) באיום בנשק חם או קר;

(3) תוך גרימת חבלה גופנית או נפשית או הריון;

(4) תוך התעללות באשה לפני המעשה, בזמן המעשה או אחריו;

(5) בנוכחות אחר או אחרים שחברו יחד עימו לביצוע האינוס בידי אחר או אחרים מהם.

(ג) בסימן זה -

'בוועל' - המחזיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האשה;

'קטין' - כהגדרתו בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

נפנה עתה ביתר פירוט ליסודותיה של העבירה:

(א) "בעילה" - זו מוגדרת כהחדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה (סעיף 345(ג) לחוק הנ"ל). איבר המין של האישה הוא אפוא האובייקט הבלעדי של

מעשה האינוס (לעניין חדירה לגופה של אישה בדרך אחרת, ראה סעיף 347 לחוק הנ"ל; ראה גם: לסלי סבה, במאמרו הנ"ל, בעמ' 66).

א

תיקון חוק העונשין בחוק העונשין (תיקון מס' 22) כלל את החדירה בהגדרת העבירה, אם כי יסוד עובדתי זה היה משולב בפרשנותו של סעיף 345 בעקבות המשפט המקובל מאז ומתמיד. כפי שנפסק לא אחת, מספיקה התחלת חדירה, ואין צורך בחדירה ממש אל תוך איבר המין (ראה: ע"פ 31/60 אל-ג'זאלי נ' היועץ המשפטי [16], בעמ' 759 מול אות השוליים ב; ע"פ 809/76 בלילי נ' מדינת ישראל [17], בעמ' 601 (דברי השופט ח' כהן), בעמ' 604 (דברי מ"מ הנשיא לנדוי)). אין ביצועה של העבירה נשלל רק עקב העובדה שקורבן העבירה נשארה בבתוליה (כפי שאירע במקרה שלפנינו) (ראה ע"פ 137/59 עמאש נ' היועץ המשפטי [18], בעמ' 1778, וזאת כפי שנקבע עוד ב' Russen (1777) [56] שהוזכר על-ידי (Smith and Hogan, *supra*, at 453).

ב

ג

(ב) "של אשה" – קרי לא ניתן לעבור עבירה זו, לפי הגדרתה, כלפי גבר (אולם ראה סעיף 347(ב) לחוק הנ"ל) (ד"ר 5/65 [15]).

ד

(ג) "שלא בהסכמתה החופשית" – היעדר ההסכמה החופשית של קורבן העבירה צריך להיות מוכח על-ידי התביעה. יכול, כמובן, שהעובדה האמורה תעלה מן הדברים הנאמרים על-ידי קורבן העבירה, מהתנהגותה או ממערכת הנסיבות הכללית הנפרשת לפני בית המשפט. הסכמה חופשית עולה מתוך מתן ביטוי להסכמה ואין די בהיעדר התנגדות, אם זה יכול להיות בנסיבות העניין תולדה של פחד, הלם או חוסר אונים שהאישה נקלעה אליו (בעניין חוסר אונים כתוצאה מהלם וזעזוע גפשי, תוך דיון בעבירה לפי סעיף 345(א)(4) באשר לאינוסה של קטינה בת 14 וארבעה חודשים שסבלה מאנורקסיה נברוזה (שאינה מחלת נפש), ראה ע"פ 1339/91, 1709 פלזני נ' מדינת ישראל; מדינת ישראל נ' פלזני [19], בעמ' 792). יש לשים לב לכך אל נכון כי משנזנח הביטוי "נגד רצונה", שהיה מיסודותיו של סעיף 345 לפני תיקונו של בחוק העונשין (תיקון מס' 22), אומצה בחקיקתנו אבחנה שעלתה במידה מסוימת עוד במאה הקודמת באנגליה (*The Queen v. Camplin* (1845) [58]; *Reg. v. Fletcher* (1859) [57]; שהוזכרו על-ידי (Smith and Hogan, *supra*, at 454); במה דברים אמורים: כתוצאה מזניחת היסוד של "נגד רצונה" נעלמה הדרישה הראייתית, נחלת העבר, ולפיה יש להוכיח התנגדות פיזית אופטימלית של קורבן העבירה שנמשכת עד לרגע האחרון. התנגדות כביטוי לאי-הסכמה היא פועל יוצא של הנסיבות הסובבות את העבירה. יכול גם להיות היעדר הסכמה שאינו כולל התנגדות פיזית סבירה, אלא הבעת שלילה מילולית גרידא. על-כן סוכם, לעניין הדין באנגליה, על-ידי (Smith and Hogan, *supra*, at 454).

ה

ו

ז

"...it is not necessary for the crown to prove a positive dissent by the woman; it is enough that she did not assent".

הסכמה לבעילה על-ידי פלוני אינה הסכמה לבעילה על-ידי פלמוני (ב"ש 323/78[8]), בעמ' 803, והסכמה לבעילה בעבר אינה כשלעצמה הסכמה לצורכי בעילה בהווה. הווי אומר, בהיעדר סימן להסכמה במועד הרלוואנטי, אין זכות מוקנית להסכמה, אם כי ייתכנו כמובן נסיבות שבהן תשליך הסכמת העבר על המסקנה הסבירה והכנה שניתן להסיקה מנסיבות ההווה.

הסכמה להתעלסות (נשיקות וחיבוקים) אינה *ipso facto* גם הסכמה לבעילה ואינה מונעת הבעת אי-הסכמה לבעילה (ע"פ 601/72 מלחון ואח' נ' מדינת ישראל [20], בעמ' 555).

אישה האומרת "לא" – מבטאת אי-הסכמה, ויש לפרש את התיקון הנ"ל לחוק כרצון להשתחרר, לעניין העבירה התדירה והחמורה שלפנינו, מדפויסי מחשבה שנושנו. מי שמבקש להזריק לאחר זריקה החודרת דרך עורו זקוק להסכמה, ודי באמירת "לא" כדי שהחודרה האמורה תהיה בלתי חוקית. אין הצדקה והיגיון בכך שלצורכי מניעת חדירה לאיבר מינה של אישה תהיה דרושה יותר מאי-הסכמה מילולית. כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם (בג"צ 355/79, 370, 373, 391, קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח' [21], בעמ' 298), וזכות זו עוגנה עתה ביתר שאת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

גבר המתעלס עם אישה בהסכמתה אינו חייב לקרוא מחשבותיה ולחוש מיד כאשר חל שינוי בגישה והיא פוסקת להסכים למעשה, אולם אם האי-הסכמה מובעת בדבריה או נובעת מהתנהגותה, די בה כדי להפוך בעילה – הנעשית בניגוד להבעת האי-הסכמה – לעבירה (השווה לגישה הקיצונית עוד יותר, מבחינת נטל הראייה במשפטי אינוס, כביטוייה בפסק הדין של בית המשפט העליון של New Jersey בפרשת *State In Interest of M. T. S.* (1992) [49] וההערה הביקורתית לעניינה ב" 969 (1993) *Harv. L. Rev.* (106)).

מאידך גיסא, יכולה ההסכמה לבוא לידי ביטוי בהתנהגותה של האישה בנסיבות העניין, ואם התנהגותה מצביעה על הסכמה, להבדיל מחוסר אינים או היעדר התנגדות בשל פחד או חשש – ניתן להסיק על קיום הסכמה חופשית.

כמוזכר, אין הכרח בכך שהאי-הסכמה תובע בצעקות, בהיאבקות וכדומה. בוודאי, אין מקום לתמיהה מדוע פלונית לא צעקה כאשר הנסיבות היו כאלה שהיא ראתה עצמה בסכנה לו הייתה מביעה התנגדות קולנית, או אם הצעקה היא בנסיבות העניין חסרת תוחלת או תועלת. יש אף שאישה נוקטת שיטה של ניסיון שכנוע, ומבקשת להניא את האנס ממעשיו בדברים רוגעים. אין בכך, כמובן, כהוא זה ממידת ההסכמה החופשית.

93. לפי עובדותיו של ע"פ 256/78 ה' נ' מדינת ישראל [22], המתלוננת ביקשה לשכנע את המערער בדרכי נועם שירפה ממנה וסברה, לאור הכשרתה כפסיכולוגית ועל-פי הדרכה אשר אותה קיבלה בבית הספר בחוץ-לארץ, כי במקרים של ניסיון אינוס יש לשאוף ליצירת אווירת הידברות רגועה עם התוקף, וכי כל התנגדות פיסית עלולה

להגביר את המתח ולהוליך לנזק גופני מעשי לקורבן. בית-משפט זה למד מן הנסיבות על היעדר הסכמה והרשיע את הנאשם. ערעורו נדחה.

א

## טעות בעובדה

94. בע"פ 256/78 [22] הנ"ל עלתה טענת הטעות בעובדה לאור התנהגותה הנ"ל של הנאנסת. הסניגור של הנאשם טען כי מרשו סבר בטעות כי קיימת הסכמה למעשה. בית המשפט דחה טענה זו לאור הנתונים העובדתיים והוסיף כהערת אגב, בעמ' 590:

ב

"אגב, לו היתה ניצבת לפנינו השאלה מה הדין אם המערער אכן סבר בטעות שנתונה לו הסכמתה של המתלוננת, וכי אינו פועל נגד רצונה, הרי גם אז לא היינו מסתפקים במסקנה אשר נסבה רק על כנות התרשמותו של המערער, אלא היינו בוחנים את מערכת הנסיבות על-פי אמת המידה הנוספת והמצטברת של סבירות ההנחה. התנאי שהותנה על-ידי המחוקק לצורך היווצרותה של טעות בעובדה, לפיה על הטעות להיות גם כנה וגם סבירה, אין משמעותו, כגרסתו של הסניגור המלומד, שהסבירות משמשת אך כאמת מידה ראיתית כדי לבחון את כנותה של הטעות; הכנות והסבירות הן לדעתנו שני יסודות נפרדים, אשר חייבים להתקיים בצוותא זה לצד זה, כדי שיונח היסוד להגנת הטעות בעובדה, והסבירות נבחנת על-פי אמת מידה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית, כפי שנטען לפנינו".

ג

ד

כלפי הערה זו הובעה ביקורת על-ידי פרופ' ש"ז פלר, "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת-אגב" משפטים י (תשמ"מ) 373, בטענה כי הדרישה לקיום יסוד הסבירות למרות קיומה של טעות סובייקטיבית כנה ובנוסף לה, עולה כדי שלילת הצורך בקיומה של מחשבה פלילית (ע"פ 156/58 היועץ המשפטי נ' חכם [23], בעמ' 659). כדברי המחבר המלומד, יש בכך מעין הכרה בקיומה של עבירה חדשה של "אינוס ברשלנות", שהמחוקק לא יצר אותה (ראה גם מאמרו של הנשיא ש' אגרנט, "התפתחויות במשפט הפלילי" עיוני משפט יא (תשמ"ו-מ"ז) 33, 46).

ה

ו

כפי שנפרט בסיכום דעתנו, ההכרעה בסוגיית "טעות בעובדה" (שגם לא הועלתה על-ידי המשיבים) אינה דרושה במקרה שלפנינו, שכן, כפי שיפורט, מסקנתנו היא שהמשיבים נהגו במקרה דנן בעצימת עיניים מול אי-הסכמתה של המתלוננת למעשיהם, וזו עולה כדי מחשבה פלילית. אולם לאור חשיבותה התיאורטית של בעיית התחולה של סעיף 17 לחוק העונשין, במשפטי אינוס, אקדיש לנושא זה מספר הערות מטעמי.

ז

תחומיה של הבעיה המשפטית העולה בהקשר זה פשוטים וברורים: עבירת האינוס היא עבירה אשר לביצועה דרושה מחשבה פלילית. אם אין הוכחה בדבר מחשבה פלילית המצטרפת להוכחתם של כל יתר היסודות של העבירה, כפי שפורטו בסעיף 345 הנ"ל, יזוכה הנאשם. יש, כמובן, שהיסוד הנפשי מוסק מן הנסיבות העובדתיות שנפרשו לפני בית המשפט, אשר מעידות על המחשבה והלך הרוח שקיננו בלבו של העבריין. נאשם יכול

שיטען כי לא נתקיימו יסודות העבירה, כולם או מקצתם; הוא יכול גם להעלות את טענת ההגנה, שהוגדרה בסעיף 17 לחוק העונשין, הקובע לאמור:

א "טעות בעובדה 17. העושה מעשה או מתדל בהנחה כנה וסבירה, אך מוטעית, בדבר מצב דברים - אינו נושא עליהם באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח, והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת."

ב הנה כי כן עולה מנוסחו של סעיף 17, שהוא מדבר על טעות כנה וסבירה. בהקשר לכך עולות שאלות מספר: האם יכול שתישלל קיומה של מחשבה פלילית בשל טעות כנה, אף כי איננה סבירה? וביתר פירוט לצורך ענייננו: האם תצלה טענת טעות בדבר קיומה של הסכמה מצד האישה הנאנסת שהיא כנה, אף אם הטעות אינה ב"זמנית גם סבירה?

ג יש הגורסים, כי בסוגיה זו יש להתעלם כליל מן המונח "סבירה" המובא בסעיף 17 הנ"ל, מאחר שאין הוא מתיישב - מבחינת עקרונות המשפט הפלילי - עם נסיבות ביצועה של עבירה הדורשת מחשבה פלילית; ועליכן יש ליישם את הסיפא לסעיף 17 ("כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת") ולראות מונח זה כבלתי רלוואנטי.

ד עם זאת, יש שרואים את המונח "סבירה" כיסוד ראייתי, שבעזרתו ניתן לעמוד על השאלה אם טעות היא כנה.

ה בדבריי לעיל לא מיציתי את הקושיות הסובבות סביב הסבירות בהקשר לטעות בעובדה, אך די באלה כדי להציג את העיקר, והוא כי בהיעדר מחשבה פלילית, בין לצורך הוכחת יסודות עבירת האינוס ובין במסגרת טענת ההגנה של טעות, אין רואים במונח "סבירה" יסוד מהותי הראוי להתייחסות.

ו הבעיה - בלבושה המומחש והמחודד - מתייחסת, למשל, לנסיבות שבהן גברתן פסיכופט - שאינו חולה נפש ואינו מפגר - מאמין בכנות שהנאנסת מסכימה למגע המיני (ייתכן על יסוד אמונתו שגשים לעולם אינן מסרבות לו או שאינן רשאיות לטרב לו (ע"פ 186, 45/79 מדינת ישראל נ' מיטראני (24)). דא עקא, שלאור נסיבות העניין נעדרת כל סבירות מאמונתו הכנה; קרי אדם סביר, בנסיבות אלה, היה מבחין בכך שאין הסכמה.

ז לפי התזה, שלאורה די בכנותה של הטעות, יזכה בנסיבות כאלה מי שקיים מגע מיני עם אישה בלא הסכמתה. קרי, בו בזמן שחולה נפש שיעשה זאת יאושפו לפי חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991, ובמפגר יטפלו לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969, הרי הפסיכופט ה"מאצ'ו", או המוגבל הפרימיטיבי, ייצא חופשי בלא כלום, כי לא הייתה לו מחשבה פלילית מאחר שהאמין בכנות בקיומה של הסכמה.

ת תוצאה כמתואר היא קשה מבחינת ההגנה על קורבנות עבירה אפשריים; הרי מי



שיזוכה בנסיבות כמודגם לעיל מהווה סכנה מהלכת לנשים. גובע מכך שאיסורי החוק הפליליים אינם עונים כדבעי על צורכי הגנת האישה.

א

להצגת הבעיה בפירוט רב יותר אקדים התייחסות השוואתית תמציתית להתפתחויות שחלו בנושא האמור במשפט האנגלי. לאחר מכן נבחן את פסיקתנו, ולבסוף אעיר מספר הערות לעניין תחולת סעיף 17 הנ"ל על עבירת האינוס.

ב

95. סוגיית הטעות בעובדה זכתה לבחינה ממצה בפסק-דינו של בית הלורדים בפרשת *D.P.P. v. Morgan* (1975) (להלן - פרשת מורגן [59]). ההשקפה ששלטה במשפט האנגלי עד לפסק הדין הנ"ל גרסה, כי כדי שטענת טעות בעובדה תצליח, עליה להיות מבוססת על טעמים סבירים מן הבחינה האובייקטיבית (פרשת *The Queen v. Tolson* (1889) [60] at 181); קרי, לצורך הצלחתה של טענת טעות בעובדה נדרשו הן כנות והן סבירות של הטעות (ראה בפסיקתנו ע"פ 46/53 שורקה ואח' נ' היועץ המשפטי [25], בעמ' 550).

ג

בפרשת מורגן [59] נפסק, כי אם הנאשם האמין בטעות כי הנאנסת מסכימה למעשהו, אין להרשיעו בדין, אף אם אמונתו האמורה הייתה נטולת יסוד סביר. מורגן הורשע לבסוף בדינו מאחר שבית הלורדים סבר, כי אף חבר מושבעים סביר לא היה מאמין בנסיבות העניין בטענת הכנות.

ד

אלו עיקרי הנתונים העובדתיים: מורגן היה נגד בחיל האוויר הבריטי, ששתה לשוכרה עם שלושה מעמיתיו והזמינם בשלב מסוים לביתו כדי לקיים מגע עם אשתו. הוא הזהירם מראש שיייתכן כי תתנגד, אך אמר להם כי זו תהיה רק הצגה, כי היא מעוררת רצונה בהעמדת פנים של התנגדות. הארבעה הורשעו בערכאה הראשונה באינוס, והרשעתם אושרה בבית המשפט לערעורים. בערעור הנוסף בבית הלורדים הוצגה הקושיה המחייבת הכרעה במילים אלה (שם) בעמ' 354):

ה

" 'Whether, in rape, the defendant can properly be convicted notwithstanding that he in fact believed that the woman consented if such belief was not based on reasonable grounds' "

ו

הרוב בבית הלורדים (לורד קרוס (*Cross*), לורד היילשמ (*Hailsham*) ולורד פרייזר (*Fraser*)) סברו, כי ההנחיה שניתנה למושבעים, ולפיה מתחייבים לצורך הצלחת טענת טעות בעובדה, הן קיום כנות והן קיום סבירות, הייתה מוטעית. מקום בו קיים הנאשם מגע עם אישה ללא הסכמתה, אין להרשיעו באינוס, אם הוא האמין שהיא מסכימה, אף אם לא היה יסוד סביר לאמונה זו. עם זאת, הושארה ההרשעה כאמור על כנה, כי בית הלורדים הפעיל הוראת חוק הדומה לסעיף 215 בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (דחיית ערעור על-אף טענה שנתקבלה אם אין עיוות-דין), בציינו שלאור העובדות לא היו מושבעים סבירים מגיעים למסקנה שונה, גם לו הודרכו כנאות לפי אמות המידה הנ"ל. מעניין הניסוח של מסקנה זו:

ז

"In my judgment, in the light of all the evidence in this extraordinary case, no reasonable jury could have failed to convict all four appellants even had they been directed as counsel for the appellants urges they should".

(דברי Lord Edmund-Davies, שם, בעמ' 380; ההדגשה שלי - מ' ש').

משתמע מכאן, לטעמי, כי אירעה כאן מעין העברת שתל של אמת המידה של ה"סבירות", אשר יושמה כאן כלפי המושבעים, במקום כלפי הנאשמים; ואולם ההיזקקות לסבירות לא נעלמה. הסבירות כוונה אל הראיות, ובעזרתה נדרש היה חבר המושבעים, לו הודרך כראוי, לבחון את סבירות הטענה העובדתית כי הנאשמים דשם האמינו בכנות בקיום הסכמה מצד האישה.

לגוף העניין, הסביר לורד היילשם את הכללים שיש ליישם, כהאי ליסנא, בעמ' 361:

"Once one has accepted, what seems to me abundantly clear, that the prohibited act in rape is non-consensual sexual intercourse, and that the guilty state of mind is an intention to commit it, it seems to me to follow as a matter of inexorable logic that there is no room either for a 'defence' of honest belief or mistake, or of a defence of honest and reasonable belief or mistake. Either the prosecution proves that the accused had the requisite intent, or it does not. In the former case it succeeds, and in the latter it fails. Since honest belief clearly negatives intent, the reasonableness or otherwise of that belief can only be evidence for or against the view that the belief and therefore the intent was actually held, and it matters not whether, to quote Bridge J. in the passage cited above, 'the definition of a crime includes no specific element beyond the prohibited act'" (ההדגשה שלי - מ' ש').

לורד פרייזר הוסיף והשלים ההסבר באומרו, בעמ' 382:

"If the effect of the evidence as a whole is that the defendant believed, or may have believed, that the woman was consenting, then the Crown has not discharged the onus of proving commission of the offence as fully defined and, as it seems to me, no question can arise as to whether the belief was reasonable or not. Of course, the reasonableness or otherwise of the belief will be important as evidence tending to show whether it was truly held by the defendant, but that is all" (ההדגשה שלי - מ' ש').

משמע, נושא הסבירות משמש רק כאבן בוחן ראייתית לקיום כנותה של האמונה.

Lord Simon, שהסתייג ממסקנת חבריו ודבק בדרישת קיומם של שני תנאים מהותיים נפרדים ומצטברים, קרי הן כנות והן סבירות, הביע דעתו בדברים אלה, בעמ' 362:

א "It remains to consider, why the law requires, in such circumstances, that the belief in a state of affairs whereby the actus would not be reus must be held on reasonable grounds. One reason was given by Bridge J in the Court of Appeal:

ב 'The rationale of requiring reasonable grounds for the mistaken belief must lie in the law's consideration that a bald assertion of belief for which the accused can indicate no reasonable ground is evidence of insufficient substance to raise any issue requiring the jury's consideration'.

ג I agree; but I think there is also another reason. The policy of the law in this regard could well derive from its concern to hold a fair balance between victim and accused. It would hardly seem just to fob off a victim of a savage assault with such comfort as he could derive from knowing that his injury was caused by a belief, however absurd, that he was about to attack the accused. A respectable woman who has been ravished would hardly feel that she was vindicated by being told that *her assailant must go unpunished because he believed, quite unreasonably, that she was consenting to sexual intercourse with him*" (ההדגשה שלי - מ' ש').

ד משמע, לטעמו של לורד סיימון, הטעם לדרישת קיומו של יסוד הסבירות - כיסוד מהותי - טמון גם במדיניות שמצאה ביטויה בחוק, לפיה יש לאזן בין שיקולי ההגנה על הקורבן מזה ושיקולי גיהול משפט הוגן לנאשם מזה. אישה שנאנסה לא תחוש כי זכתה להגנה הראויה, אם כל שייאמר לה הוא כי מי שתקף אותה יצא פטור בלא כלום מאחר שהאמין, ללא יסוד סביר כלשהו, שהיא הסכימה לקיום מגע מיני עמו.

ה בעקבות ויכוח ציבורי שהתעורר לאחר מתן פסק הדין הנ"ל (אשר במסגרתו צידדו Prof. G. Williams ו־ Prof. J. C. Smith בעמדת הרוב בבית הלורדים), מונתה ועדה בראשות השופט Heilbron, אשר המלצותיה מצאו ביטוי בחקיקתו של סעיף 1(2) ל-1976 Sexual Offences (Amendment) Act, הקובע לאמור:

ז "It is hereby declared that if at a trial for a rape offence the jury has to consider whether a man believed that a woman was consenting to sexual intercourse, the presence or absence of *reasonable grounds* for such a belief is a matter to which the jury is to have regard, *in conjunction with any other relevant matters*, in considering whether he so believed".  
(ההדגשות שלי - מ' ש').

א הנה כי כן, עולה מנוסחו של החוק החרות החדש כי קיומם או היעדרם של טעמים סבירים לאמונתו (הכנה) של האנס הם נושא הראוי לבחינה על-ידי חבר המושבעים, יחד עם כל יתר הנתונים הרלוואנטיים, כדי להסיק על דבר כנות הטעות. משמע, נושא הסבירות לא נדחה כליל, אלא הוחזר אחר כבוד, כאילו נדלת האחזרית, ככלי עזר ראייתי לבחינת הכנות (כאמור, יחד עם כל נתון רלוואנטי נוסף). ספרם הנ"ל של סמית והוגן, הנאמן לביקורתו של פרופ' סמית שהוזכרה לעיל, רואה בדבר החקיקה הנ"ל "תרגיל ביחסי ציבור" ותו לא (שם, בעמ' 452).

ב זמן קצר אחרי פרשת מורגן [59] (ולפני החקיקה של סעיף 1(2) הנ"ל) זוכה נאשם שסבר, בכנות אך בחוסר סבירות, שאשתו הבוכייה של חברו, ש"הועמדה לרשותו", מסכימה למגע [61] (*R. v. Cogan* (1975)).

ג כפי שמסתבר, המצב המשפטי באנגליה שנוצר אחרי דבר החקיקה משנת 1976 לא נהיה בהיר לעילא: רבות הסתירות בפסיקה והערות הביקורת על כך בספרות המשפטית.

כפי שעולה מדבר החקיקה משנת 1976, הרי יסוד הסבירות הפך לאמת מידה ראייתית, שלאורה בוחנים אמינותו של נאשם הטוען כי טעה טעות כנה בעניין קיומה של הסכמה למגע מיני.

ד פסיקה מאותרת יותר יצרה זיקה בין עבירת האינוס ליסוד הפזיזות או האי-איכפתיות, כאשר יישמה לצורך זה את מבחן ה-*recklessness* [62] (*Reg. v. Caldwell* (1982)); בעניין יישום הפזיזות לעבירת האינוס, ראה: *Reg. v. Lawrence* (1982) [63]; *Elliot v. C. (a minor)* (1983) [64]; *Pigg* (1982) [65].

ה בפרשת *Pigg* [65] הנ"ל כתב זקן השופטים, הלורד לין (*Lane*), בעמ' 362, בהסתמך על פסק-דינו של לורד דיפלוק בפרשת *Caldwell* [62] הנ"ל, תוך יישום יסוד ה-*recklessness* לאישום של אינוס:

"... so far as rape is concerned, a man is reckless if either he was indifferent and gave no thought to the possibility that the woman might not be consenting in circumstances where if any thought had been given to the matter it would have been obvious there was a risk she was not, or, that he was aware of the possibility that she might not be consenting but nevertheless persisted regardless of whether she consented or not".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

ובתרגום חופשי:

"בכל הנוגע לאינוס, רואים אדם כפזיז, אם היה שווה גפש (*indifferent*) ולא הקדיש מחשבה לאפשרות שייתכן כי האישה אינה מסכימה בנסיבות אשר בהן

- א היה ברור (obvious) שיש סיכון שאינה מסכימה, לו הוקדשה מחשבה כלשהי לנושא; או כאשר הוא היה ער לאפשרות שייתכן שאינה מסכימה למרות זאת המשיך בשלו, ללא תשומת לב אם היא מסכימה או לאו."
- גישה זו, החופפת בחלקה את תורת "עצימת העיניים", יושמה גם בפרשת *Thomas* [66] (1983).
- ב יש קושיות חדשות שנוצרו בעקבות דברי לורד לין: כך תהו מה פירושו של "obvious" (ברור). האם הדבר צריך להיות ברור לנאשם או לאדם הסביר? בפרשת *Elliot* [64] הנ"ל, למשל, קבע בית-משפט של ערכאה ראשונה (מקרה של עבירת הבער - Arson) כי המבחן לקיומה של פזיזות הוא, אם הסיכון היה ברור (obvious) לאדם נבון וסביר (a reasonably prudent man).
- ג אולם בפרשת *Bashir* (1983) [67], at 62 ציין בית המשפט לערעורים, כי בית המשפט של ערכאה ראשונה שגה בהפנתו למבחן של "האדם הסביר" כאשר בחן את שאלת הפזיזות. בית המשפט ניסח את ההנחיה בציינו שיש לבחון אם הנאשם המסוים פעל בפזיזות, ולא אם אדם סביר היו פועל כדוגמתו.
- ד בפרשת *Satnam, Kewal* (1984) [68] ביקש בית המשפט להבחין בין מבחן הפזיזות (recklessness) בקשר לעבירות גרם נזק בודון (פרשת [62] *Caldwell*). לבין יישומו של מבחן זה לעבירת האינוס: באישום בגין נזק, הפזיזות מכוונת לחוצאות המעשה, בו בזמן שבאינוס היא מכוונת לשאלת קיום ההסכמה מצד הקורבן. המבחן שיש לאמץ הוא, לדעת בית המשפט, אם הייתה כוונה לקיים מגע מיני, בכל מקרה, ללא אכפתיות לשאלה אם קורבן העבירה מסכים או לאו (willy - nilly not caring whether the victim consents or not). או במילותיו של השופט *Lawton* כאשר העבירין - "couldn't care less". *R. v. Kimber* (1983) [69] או בניסוח אחר:
- ה "...in rape the defendant is reckless if he does not believe that the woman is a consenting and could not care less whether she is consenting or not but presses on regardless" (*Taylor* (1984) [70], at 332).
- ו ראה גם פרשת *Haughian, Pearson* (1985) [71].
- ז אציין, כי *Smith and Hogan*, בספרם הנ"ל, מתמידים בביקורתם השלילית על הוספת יסוד הפזיזות בנוסח הלכת [62] *Caldwell* (ראה גם *P.F.G. Rook and R. Ward, On Sexual Offences* (London, 1990) 56).
- ח על היישום של הכללים שגובשו בפסיקה באנגליה העירה Prof. Estric, במאמרה הנ"ל, בעמ' 1101:

"In situations where a reasonable man would have known that the woman

was not consenting, most defendants will face grave difficulty in arguing that they were honestly mistaken or inadvertent as to consent".

ראה גם: J.R. & H. Schwendinger, *Rape and Inequality* (1983) 69

96. נוסף מבט חטוף על הגישה בארצות אחרות של המשפט המקובל: בפרשה ניו-זילנדית הרחיקה מועצת המלך באנגליה בהקשר זה בקובעה (*Kaitamaki v. R.* (1984) [72]) (כמוכן על יסוד החקיקה דשם), שיכולה להתכצע גם עבירת אינוס כמחדל (Rape by Omission), וזאת כאשר הבוועל מסרב לסגת אחרי החזירה בעת שההסכמה מתבטלת או כאשר מתברר לו שסברתו שלפיה הייתה הסכמה, מעיקרה, הייתה בלתי נכונה.

בארצות-הברית מוסדר הנושא בחוקיהן של המדינות השונות, וממילא הגישות אינן אחידות (*Com. v. Williams* (1982) [50], at 769; *State v. Reed* (1984) [51]).

בית המשפט העליון של מסצ'וסטס פסק, כי הוא משאיר בצריך עיון את השאלה אם היה מקבל טענת הגנה של טעות סבירה בעובדה בקשר לקיומה של הסכמה, אך הוא דחה את טענת הנאשם כי כל טעות, סבירה או בלתי סבירה, די בה כדי לשלול קיומה של המחשבה הפלילית הדרושה. בית המשפט ציין כי טענה זו גובלת במגוון (Bordering on the ridiculous) (ראה *Com. v. Sherry* (1982) [52] וראה גם *Com. v. Grant* (1984) [53]).

סברתו של פרופסור G. Fletcher על רקע מחלוקת זו (*Rethinking Criminal Law* (Boston, 1978) 698-707) היא, כי טעות בלתי סבירה אינה צריכה לשמש הגנה מזכה.

97. ביקורת על הלכת מורגן [59], תוך ציון הדרישה לקיום שני היסודות של כנות וסבירות גם יחד לצורכי העלאת טענת טעות בעובדה, עולה מדברי פרופ' פיקרד (T. Pickard, "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime" 30 *U. Toronto L. J.* (1980) 75, 95).

מסכמת ואומרת פרופסור אסטריך, במאמרה הנ"ל, שם, עמ' 1103:

"Certainly, if the 'reasonable' attitude to which a male defendant is held is defined according to a 'no means yes' philosophy that celebrates male aggressiveness and female passivity, there is little potential for unfairness in holding men who fall below that standard criminally liable. Under such a low standard of reasonableness, only a very drunk man could honestly be mistaken as to a woman's consent, and a man who voluntarily sheds his capacity to act and perceive reasonably should not be heard to complain here - any more than with respect to other crimes - that he is being punished in the absence of choice.

But even if reasonableness is defined - as I argue it should be - according to a rule that 'no means no', it is not unfair to hold those men who violate

א the rule criminally responsible, provided that there is fair warning of the rule. I understand that some men in our society have honestly believed in a different reality of sexual relations, and that many may honestly view such situations differently than women. But, it is precisely because men and women may perceive these situations differently, and because the injury to women stemming from the different male perception may be grave, that it is necessary and appropriate for the law to impose a duty upon men *to act with reason*, and to punish them when they violate that duty" (ההרגשה שלי - מ' ש').

ב מדבריה של פרופ' אסטריך נובע, כי ראוי לקיים מערכת ענישה הבנויה על מבחני סבירות בהתנהגות הגבר מול אי-הסכמת האישה לקיומו של מגע מיני.

ג 98. (א) מכאן לפסיקתנו: בע"פ 256/78 [22] הנ"ל הוערה הערת אגב שצוטטה לעיל; בעקבות זאת ניתן גם פסק הדין בע"פ 287/79 וזהו נ' מדינת ישראל [26], ובו נאמר בין היתר, בעמ' 594:

ד "המערער חשב כפי הנראה שלמרות זאת מותר לו בתור גבר להכניע את רצון המתלוננת אפילו בכוח. אך, כפי שציין השופט לוין, אם אכן חשב כך גישתו זו בטעות יסודה, ואפילו היתה זו טעות כנה, אין היא טעות סבירה בהיותה נובעת מדעות מעוותות שהחוק אינו מכיר בהן (וראה ע"פ 256/78) (ההרגשה שלי - מ' ש')."

ה יש לקרוא דברים אלה בכפיפות לכללים המנחים שבפרשת אבורביעה [13], שם אמר הנשיא אגרנט, בעמ' 2929:

ו "מסקנתי היא איפוא שהמחוקק לא ויתר, בנוגע לעבירה הנדונה (הערה: עבירת חטיפת נערה בגיל פחות משש-עשרה שנה ממשמורת אפטרופסה - סעיף 153 לפקודת החוק הפלילי, 1936 - מ' ש'), על התמלאות הדרישה של *mens rea*. אולם, יש להטעים כי דרישה זו אין פירושה כאן, שמחובת הקטיגוריה להוכיח, שלנאשם היתה ידיעה ממשית בדבר היות הצעירה למטה מגיל 16 שנה, כי אם היא תצא ידי חובתה גם אם ייקבע כי בשעה שהנאשם לקח את הצעירה מרשות אפטרופסה, הוא קיבל על עצמו בידועין את הסיכון, שהיא טרם הגיעה לגיל זה, וזאת, אם מפני שאותה שעה לא היה איכפת לו הדבר, ואם משום שקיווה או שהיא כבר עברה על אותו גיל. במלים אחרות, דעתי היא, שהמחוקק הסתפק - בקשר לאלמנטים העובדתיים, הסובבים את מעשה החטיפה (גיל הצעירה; הימצאותה ברשות אפטרופוס חוקי; אי-הסכמתו של זה למעשה-הלקיחה) - בדרגת *mens rea* מסוג 'פזיוות'.

... (אשר להגנה של טעות בעובדה - מ' ש') יש מקום להגנה זו רק כאשר מדובר בטעות שהיתה, לא רק כנה, אלא גם סבירה (ההדגשות במקור - מ' ש'). והנה התנאי של 'סבירות' אין לו כל חשיבות - מלבד בתורת מבחן 'ראייתי' המשמש לקבוע אם הטעות היתה כנה - כאשר בעבירה המיוחסת לנאשם טמון היסוד של ידיעה פלילית.... מכאן נובע כי, מקום ש'ידיעה' נמנית עם יסודות העבירה, אין להחיל לגביה את ההגנה של טעות בעובדה, כפי שהגנה זו נקבעה בסעיף 12, סעיף-קטן (1) לפקודה ולרכות התנאי של 'הגיוניות' (ראה ההוראה בסעיף-קטן (2)). מאידך גיסא, אם נכונה הנחת, כי לגבי העבירה הנדונה כאן, מתיר החוק לערער את יסוד ה-*mens rea*, ביחס לגיל הצעירה (או ביחס לאלמנטים העובדתיים האחרים, שהוזכרו לעיל), אך רק באמצעות ההגנה הנזכרת, על שני תנאיה, כי או המסקנה הבלתי נמנעת היא, שאותו יסוד אינו חייב להגיע לדרגה של 'ידיעה' דוקא, אלא מספקת גם 'פזיונות' כאמור" (ההדגשה שלי - מ' ש').

(ב) בית-משפט זה התייחס לנושא הטעות בעובדה גם בע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבידו ואח' וערעור שכנגד [27]. שבו נדונה השאלה מה הדין כאשר האישה מסתירה את התנגדותה לבעילה ומתנהגת כלפי חוץ באופן העשוי להתפרש כהסכמה. בית המשפט הפנה לפסק הדין הקנדי בפרשת [75] (1979) *Bresse, Vallières and Théberge v. R.* שנבחר במאמרו הנ"ל של פרופ' פיקרד, ואשר בו נאמר כי אין לבוא בטרוניה לנאשם אשר לא נוכח בקיום היעדר הסכמה בצורה כלשהי (in any manner), כאשר אין מאומה שיכול לשמש יסוד למסקנה שאין הסכמה מצד הנבעלת. זהו הדין מול התנגדות מופנמת שאין לה ביטוי חיצוני או סימן היכר אחר.

במסגרת ניתוח הפסיקה הפנה בית המשפט, בין היתר, גם לע"פ 479/79 אדרי נ' מדינת ישראל [28]. אע"פ, כי מה שנפסק בע"פ 479/79 [28] הנ"ל מעורר לדידי ספקות: אליבא דכולי עלמא הייתה הראיה האמינה היחידה זו של התיירת הנאנסת, שחשה במעשהו של המערער דשם כאשר התעוררה משנתה, רק כאשר היה כבר מעליה וסתם פיה בידו. התנהגותה אחר מעשה גילתה משבר חמור (בכי וכולי). לטעמי, לא צריך היה להסיק בנסיבות שתוארו שם שהמגע התבצע מרצון, אלא אם כן דוחים לחלוטין את גירסת הנאנסת. אולם לא כך נאמר, אלא נהפוך הוא: בית המשפט ציין כי המערער עשה עליו רושם שלילי ביותר. מכאן כי הסקת מסקנה של מגע מרצון בנסיבות שתוארו בפסק הדין האמור נראית לי בעייתית.

בע"פ 862/80 [27] הנ"ל, היה מדובר בשתי תיירות בנות 17-18 שהובאו עליידי ארבעה גברים בטענות שווא לדירה פלוגית ואשר אכן החליטו - משהועמדו מול דרישה להתפשט ולשכב - לנקוט טאקטיקה של אי-התנגדות. אף כאן לא היה כל שחר לגירסת הנאשמים, שבנסיבות אלה היה מקום להסיק על מגע מרצון: הנסיבות דיברו בעד עצמן - היינו, שתי תיירות צעירות בארץ זרה בדירה שדלתותיה ננעלו ושאליה הובאו בטענות שקריות, שהופרדו זו מזו ונכנעו למגע מיני, שנכפה עליהן בטענה כי עליהן להיות מוכנות להברחה של יהלומים שיהיו חבויים בטמפונים.



א בית המשפט התייחס לשאלה אם היה מקום לפרש את כניעת הצעירות כהסכמה, והוא צעד - כדוגמת השופט ויתקון בע"פ 479/79 הנ"ל [28] - בעקבות פסקי דין [59] Morgan, ולפיו די בטעות כנה ולו גם בלתי סבירה. בית המשפט הסתייג בהקשר זה מדברי הנשיא אגרוט בפרשת אבררביעה [13], שלפיהם נדרשת טעות כנה וגם סבירה, כאשר מועלית טעות טעות בעובדה בהליך שבו מדובר בעבירה אשר בה מתגבש ה-*mens rea* גם בנסיבות שבהן הייתה פוזיות. לעומת זאת, בעבירה שנדרשת בה אך "ידיעה", די, לדבריו, בכנות הטעות, והסבירות אך משמשת ראיה לכנות.

ב בע"פ 862/80 [27] סיכם בית המשפט דעתו, כי לעניין היעדר הסכמה בעבירת אינוס יש להסתפק גם בפוזיות של הנאשם, שכן על הנאשם באינוס לתת דעתו על שאלת ההסכמה שהיא הקרדינלית בפשע המור זה.

ג לעניין גירסת הטעות שהועלתה בע"פ 862/80 [27] ציין בית המשפט, כי משדחה בית המשפט את טענת המערערים בדבר האקטיביות ושיתוף הפעולה של המתלוננות וקיבל את גירסת המתלוננות בעניין גילוי סימני הסתייגות ואדישות, וצירף לכך את מצבן הנפשי והתנהגותן לאחר מעשה ואת מעשי המערערים, הרי גם נופלת טענת הטעות של המערערים. בעניין זה הפנה בית המשפט לפרשת מורגן [59].

ד בית המשפט החליט אפוא בעניין שלפניו, בעיקרו, תוך דחיית הטענות העובדתיות של המערערים בדבר טעות כביכול בעובדה, אך בלי להכריע סופית בשאלה אם דרושות, לצורך הגנת הטעות, הן כנות והן סבירות. בעניין התזה שהועלתה במאמרו הנ"ל של פרופ' פלר (על אינוס ברשלנות) נאמר בפסק הדין שיש להשאיר את העניין לשיקולו של המחוקק (להערות על פסקי דין זה, ראה פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, כרך א, תשמ"ד) 528).

ה (ג) בסכמו ברטרופקטיבה את עמדתו בסוגיה שלפניו, מציין הנשיא אגרוט, במאמרו הנ"ל, בעמ' 48, כי כאשר מדובר בעבירה הטומנת בחובה יסוד של מחשבה פלילית לצורותיה, הרי ה"סבירות" הנדרשת אינה אלא תנאי ראייתי לקביעת אמיתותה של הטעות, ואין לתנאי נפקות כתנאי מהותי. הוא אף מעלה את הסברה, שתנאי הסבירות נדרש אך בעת בחינת חלותה של הגנה מן ההגנות שכללי האחריות לעבירה דנים בהן (צורך, צידוק, כורח בהשפעת איומים).

99. המסכת המשפטית ראויה עתה, מבחינתי, למספר הערות סיכום.

א) העבירה של אינוס כהגדרתה שהובאה לעיל עניינה בכל אלו: בעילת אשה, "שלא בהסכמתה החופשית", "עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה", "ואחת היא אם נעשו אלה (קרי - השימוש בכוח או איום אחר - מ' ש' כלפי האשה או כלפי זולתה".

המרכיבים הללו הם כל כולם עובדתיים, והעבירה בכללה היא, מבחינת סיווגה, עבירה של התנהגות.

(ב) העבירה דורשת קיומו של יסוד נפשי של מחשבה פלילית (ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי [29], בעמ' 545).

(ג) כמפורט בע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל [30], בעמ' 277, היסוד הנפשי בעבירה כלשהי עניינו ההתייחסות הסובייקטיבית של מבצע העבירה, במישור ההכרתי ובמישור הרצוני, אל היסודות העובדתיים של העבירה, לפי הגדרתה החקוקה. המחשבה הפלילית מוצאת ביטוייה, כנאמר שם, במודעות של העבריין לכל רכיביו של היסוד העובדתי של המעשה הפלילי. המודעות משתרעת על מהות התנהגותו של העבריין, על הידיעה בדבר קיומן של הנסיבות אשר אותן מתאר סעיף העבירה (ראה לעיל), ועל החזות מראש כי תיגרם התוצאה שהמחוקק הגדיר בהוראת החוק הרלוואנטית. הרכיב השלישי (חזות מראש) צמוד לעבירות שהשלמתן מותנית בהתהוותה של תוצאה מסוימת; סעיף 345 הנ"ל אינו בין אלה האחרונים, כי הוא, כאמור כבר, בגדר עבירה של התנהגות גרידא. משמע, כי אותנו מעניינות - במקרה דנן - המודעות לעצם ההתנהגות הפלילית ולדבר קיומן של הנסיבות, אשר אותן מתאר הסעיף. כמובן, התדיר ביותר הוא שמתעוררת טענת טעות כלפי יסוד היעדר ההסכמה.

(ד) הטוען להיעדר מחשבה פלילית עשוי להסתמך על טענת טעות בעובדה לפי סעיף 17 לחוק העונשין. לעניין העלאתה של טענה זו הבחין בית-משפט זה בפרשת אבודביעה [13] בין עבירות הכוללות בין יסודותיהן את מרכיב ה"ידיעה" לבין אלו שאינן כוללות מרכיב כאמור. כאשר טמון בעבירה יסוד של "ידיעה פלילית", הסבירות משמשת מבחן ראייתי, אשר בעזרתו ניתן להסיק דבר קיומה של טעות כנה.

אוסף כאן לשם שלמות התמונה, כי "נסיון" יסודו לעולם בכוונה המצריכה "ידיעה".

בע"פ 862/80 [27] שכבר הוזכר לעיל, נבחנה הלכת אבודביעה [13], ובית המשפט ציין כי הוא מעדיף על פניה את גישת לורד ויילשם בפרשת מורגן [59]. כמובא לעיל, שלפיה אין לדרוש כי האמונה תהיה הן כנה והן סבירה, אלא די בכך שהאמונה היא כנה; אולם לבסוף ציין בית המשפט כי אינו רואה להכריע בשאלת היסוד הנפשי והטעות בעובדה, כי הוא מצא את המענה לשאלותיו במערכת העובדתית הספציפית שלפניו, בדהותו את טענות המשיבים דשם בשל אי-אמינותן.

(ה) פרשת מורגן [59] מיקדה את המבחן בכנות הסובייקטיבית; אולם עקב ההפניה לשאלת הסבירות של החלטת המושבעים, הושארה ההרשעה על כנה. מבחן הסבירות לא ננטש, אלא שינה לבוש והפך למבחן לצורך בחינת הכנות.

תיקונו של החוק האנגלי משנת 1976 ורוב הפסיקה המאוחרת יותר שנבנתה על טענת ה-recklessness הבליטו את מבחן האי-אכפתיות והשתמשו במבחן הסבירות כמעין מיקרוסקופ שדרכו משקיפים על ה"כנות", כדי לבחון את חלקיקיה.

100. (א) קיומה של מחשבה פלילית בעבירת אינוס הוא מושכל ראשון בהתאם לתפיסותינו. אם המציאות המדומה, כפי שהיא משתקפת בעיני הבוועל, כתוצאה מטעות

סובייקטיבית וכנה, שונה מן המציאות הממשית, קרי מן המצב לאמיתו, חסר אחד מיסודותיה של העבירה, קרי המחשבה הפלילית.

א בנסיבות אלה טמון טעמו של הזיכוי בדין, כדברי הנשיא אגרנט, בטעם מוסרי: ההנחה היא שלו ידע הנאשם את מצב הדברים לאשורו, היה נמנע מביצוע המעשה (פרשת אבורבינה [13], בעמ' 2934). אין דנים אדם לכף חובה אם מעשיו אינם תולדה של בחירה חופשית. עד כאן הכול מקובל. עם זאת, עולה בהקשר זה שורה של שאלות: מהו ההיבט המוסרי מנקודת ההתייחסות לקורבן העבירה; ביתר דיוק, מה מצבה של נערה הנאנסת על-ידי דמות בורה, גסה ואטומה שסבורה בכנות סובייקטיבית כי נתונה לה הסכמת הנערה, למרות שכל אדם סביר היה מבין כי אין כל הסכמה; מה הדין כאשר סברת ההסכמה עולה מתוך תפיסות חיים וגישה ליחסי גבר ואישה שאינם מקובלים בין בני תרבות; האם ההערכה הסובייקטיבית קובעת את הנורמה המוסרית?

ג (ב) לטעמי, נשאלו הערותיו והשגותיו של לורד סיימון בפרשת *Morgan* [59], שצוטטו בסעיף 95 לעיל, ללא מענה נאות.

המשפט - ככלי להגנת האדם - כאמצעי לשמירת כבוד האדם וחירותו, חייב להגן לא רק על הנאשם, אלא במידה לא פחותה גם על מי שעלולה להיאנס. בכל מקרה, אם החקיקה הקיימת בסוגיה זו חסרה הוראות ברורות והופכות לעבירה גם את קיום המגע המיני תוך אי-אכפתיות והתעלמות בלתי סבירה מרצון האישה, הרי יכולה מלאכת החקיקה להשלים את החסר.

ה כפי שצינתי מראש, ההכרעה בשאלה זו איננה דרושה כאן, וניתן להשאיר הנושא - על השאלות הכרוכות בו - בצורך עיון לעת מצוא. עם זאת אוסיף למען הבהירות, כי בהותרת הנושא להודמנות אחרת, אין כדי לגרוע מן הכלל המוסכם שלפיו משמשת הסבירות אבן בוחן ראייתית לשם הסקת מסקנה על קיומה או אי-קיומה של הכנות, השוללת, לפי טענת הנאשם, את המחשבה הפלילית.

עצימת עיניים

ך 101. (א) הסברנו לעיל מהו היסוד הנפשי המרכזי הדרוש לצורך הסקת מסקנה בדבר ביצוע עבירת אינוס, היינו מודעות להיעדרה של הסכמה. ייתכנו אפוא שלוש מערכות של נסיבות כאשר אין הסכמה חופשית של האישה הנבעלת:

ז (1) העבריין היה מודע להיעדר ההסכמה, ואולם לא היה מוכן לוותר בשל כך על הבעילה;

(2) התקיים מצב של טעות בעובדה, שנדון לעיל;

(3) הבוועל עצם את עיניו מפני אפשרות התקיימותן של הנסיבות העובדתיות הרלוואנטיות להתהוות העבירה. בכך נדון עתה.

(ב) הנסיבות העובדתיות שהן נושא דיוננו, כאשר אנו מתייחסים לעבירה לפי סעיף 345, הן, בראש ובראשונה, היעדר הסכמה חופשית, וכן האמצעים שהעבריין נוקט ואשר עקב הפעלתם מתבצעת הבעילה. במקרה של עצימת עיניים הבוועל עוצם את עיניו מפני אפשרות קיומו של היעדר הסכמה חופשית, כלשון השופט Lawton בפרשת Kimber [69] הנ"ל - *He couldn't care less*.

מערכת נסיבות זו דומה גם למה שכונה בפסיקה האנגלית הנ"ל "willy - nilly not caring whether the victim consents or not".

הפסיקה האנגלית מייחסת למצב זה את המונח בעל המשמעות המשפטית recklessness.

(ג) מקובל עלינו, כי "עצימת עיניים" מפני ההכרה באפשרות קיומה של נסיבה הנמנית עם היסוד העובדתי שבעבירה, כמוה כמודעות בפועל לקיומה של הנסיבה. "עצימת עיניים" מהווה תחליף למודעות בפועל על כל הכרוך בה" (פרופ' פלר, בספרו הנ"ל, בעמ' 519, 639, וראה, למשל, ע"פ 135/73 כריסטיאן נ' מדינת ישראל [31], בעמ' 616).

במה דברים אמורים: יש נסיבות שבהן נוצר חשד בלבן של עושה המעשה (הבוועל את האישה), שמא מתקיימת נסיבה שעלולה להפוך את מעשהו למעשה עבירה, היינו, עולה במחשבתו החשד שמא האישה אינה מעניקה לו הסכמה חופשית.

אם הוא בוחר לבצע מעשהו על-אף החשד האמור, בלי לבדוק את הנסיבות ובלי שהוא מראה אכפתיות לדבר התקיימותן - יש בכך משום עצימת עיניים. זו האחרונה דינה ומהותה כרין המודעות לקיום הנסיבה ההופכת את המעשה לעבירה. עצימת עיניים הינה שוות משמעות לידעה. למען הבהירות יש להדגיש כי במקרים כאלה אין ראייה על קיומה של מחשבה פלילית כפשוטה. המשפט יוצר מכוח הדוקטרינה בדבר "עצימת עיניים" מעין פיקציה המשווה מעמדה של ההתעלמות מן הנסיבות לכדי מחשבה פלילית כפשוטה (פרופ' י' לוי ופרופ' א' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (רמות מערכות חינוך, תשמ"א) 460-462).

(ד) שאלה תיאורטית נפרדת, שאינה מתעוררת במקרה שלפנינו, היא מה הדין כאשר אין חשד בלבן של העושה; וזאת, למשל, בשל כך שהוא מעיקרו אינו נותן דעתו על עמדת האישה בנוגע לבעילה, אף שהיה צריך לתת דעתו על כך.

שאלה אחרת היא, כיצד בוחנים - הלכה למעשה - אם נתקיים חשד כאמור בלבן של פלוני, עובר לביצוע המעשה.

דעתו של פרופ' פלר היא, כי עצימת עיניים יכולה להיזקף לחובת העבריין רק אם מעיקרו התקיים אצלו חשד רציונאלי (ראה ספרו הנ"ל, בעמ' 522), והוא לא בדק אותו. קיום חשד המחייב בירור המצב הוא תנאי הכרחי. אם לא עלה בלב המבצע חשד בדבר קיום הנסיבות שעלולות להפוך המעשה לפלילי, אין מקום להצמיד לתגובת הנאשם את התואר של "עצימת עיניים", וזאת אף אם בנסיבות העניין היה סביר שחשד כזה יתעורר

בלב אדם מן היישוב, לו היה ניצב במקום מבצע המעשה. פרופ' פלד מוסיף ודוחה את השימוש באמת המידה של האדם הסביר כדי לבחון אם היה מקום לחשד. רק תחושתו הסובייקטיבית של עושה המעשה היא הקובעת.

א

גישה זו מעוררת קשיים. הרי יכול שמערכת הנסיבות תהא כזאת, שמשמעותה תזדקק לעיני כל בר־דעת. האם אין לבדוק, במצב דברים זה, אם אדם סביר היה עומד על כך, ולא רק אם הנאשם המסוים שעניינו נדון אותה שעה חש את מערכת הנסיבות לאשורה? לפי התזה האמורה, אישה הוועקת נגד המעשים שמנסים לבצע בה, או בועטת ברגליה, יכול שלא תעורר בכך את חשדו של הנאשם בדבר אי־הסכמתה לבעילה; והרי, לפי התזה הקיימת, יש לבחון אם עלה, הלכה למעשה, חשד כאמור במוחו ובמחשבתו של העבריין המסוים. אולם ייתכן שהלה מפרש את המציאות באופן מעוות. דווקא: אין חולק כי מבחינה דאיייתית ניתן ללמוד מן הנסיבות על אמינות וכנות הטענה בדבר היעדרו של חשד ועל כנותה. טענת הנאשם בדבר היעדר קיומו של חשד נבחנת – ככל טענה – מול מערכת הנתונים העולה בפני בית המשפט, ואם היא נראית לבית המשפט כשקרית, יהיה זה בשל אופן הצגתה או בשל אי־השתלבותה עם נתונים נוספים, רשאי בית המשפט לדחותה כבלתי אמינה. אולם, כמוזכר, מתעורר קושי מבחינת הדין המהותי. הנובע מן הנכונות לשוות לחשד הסובייקטיבי מעמד של מחשבה פלילית, בד בבד עם דחיית האפשרות להעניק מעמד זהה לחשד שהיה מתעורר בעיני כל בר־דעת.

ב

ג

ד

(ה) בפסיקתנו אומצה לא אחת הגישה שלפיה יש לבחון לא רק אם נוצר חשד, אלא אם בעיני אדם סביר צריך היה להיווצר חשד לאור מכלול הנסיבות שלפניו. למשל, בע"פ 135/73 [31] הנ"ל, בעמ' 615 מול אות השוליים 1, אומר בית המשפט:

ה

"אמת נכון הדבר, הלכה פסוקה היא שאין אדם רשאי להיתמם לעצום את עיניו, כאשר לפי כל נסיבות העניין סביר היה להניח שהרכוש שקיבל לחזקתו היה רכוש גנוב..."

השווה לעומת זאת ע"פ 235/59 אל־נג'מי נ' הן המשפטי [32], בעמ' 226 מול אות השוליים

ז.

ח

בע"פ 621/76 באשי נ' מדינת ישראל [33], בעמ' 70, מובאים דברים דומים בנוסח הבא:

ט

"אומר השופט המלומד שאת הידיעה כי כסף מקורו בפריצת הכספת של המטה הארצי קיבל המערער מפי אבי, ואם כי לא נאמרו לו דברים מפורשים, הרי דברים במרומו נאמרו, וניתן היה להסיק מהדברים את טעמם האמיתי; ואם לא הסיק המערער את מה שצריך היה להסיק, נהג כך משום שעצם עיניו מלראות נכוחה דברים המזדקרים לעין כל. עצימת עיניים מעין זו דינה כדין ידיעה ממש..." (ההדגשות שלי – מ' ש.).

יש כאן אפוא התייחסות אל מה שניתן היה להסיק ואל מה שצריך היה להסיק. אין צריך

לומר, שגם בע"פ 256/78 [22] הנ"ל, בפרשת אבודרביעה [13] ובע"פ 5424/91 [14] הנ"ל, אומצו למעשה אמות מידה דומות של מבחן אובייקטיבי.

א (ו) לטעמי, מתחייבת בסוגיה זו בניית נדבך נוסף על זה המשווה מעמדו של חשד למעמדה של מחשבה פלילית. החשד הסובייקטיבי הוא תחליף דל למחשבה הפלילית הרגילה, אך אימוצו כתחליף כאמור הוא הכרח בל יגונה. האם אין החשד שהיה צריך להתעורר, לאור מכלול הנסיבות, יכול להוות גם כן תחליף הולם למחשבה הפלילית במלוא היקפה?

ב ההתייחסות מן הנכון שתהיה לנסיבות העובדתיות שהוכחו, ולשאלה אם נסיבות אלה צריכות היו לעורר חשד במוחו של מי שעצם עיניו מראות ואטם אוזניו משמוע. אין אפשרות לבנות רק על הודאת הבוועל בקיומו של חשד למעשה, אלא מתחייבת גם הסתכלות אובייקטיבית אל הנסיבות, כדי להסיק מהן מה אדם סביר היה לומד מן הנתונים העובדתיים, שמונם ניצב עושה העבירה, למשל, מכך שהאישה צעקה, התנגדה או אמרה "לא".

ג אי-הסקת המסקנה בדבר קיום עצימת עיניים בשל אטימותו או התלהמותו של עושה המעשה, היינו הסתפקות במבחן סובייקטיבי בלבד לצורכי קבלת הטענה בדבר עצימת עיניים, יוצרת סיכון רב. יש בה, בין היתר, הטלת "הרשעה" חברתית וכתם מוסרי על האישה הנאנסת שעליה ייטען כי ה"לא" שלה היה כה חלש ובלתי משכנע עד שהבוועל ראה אותה כמסכימה. בית המשפט אישר זאת בכך שזיכה אותו מאחריות פלילית, ולכן זה ככל הנראה מה שאירע לאמיתו של דבר. אגב, לצורכי השוואה נזכיר, כי אם די יהיה בטענה "לא ידעתי, לא שמעתי, לא ראיתי ולא השדתי" – כדי לפטור מאחריות, הרי נמצא מרחיקים לכת הרבה יותר מן החקיקה והפסיקה באנגליה – אשר לפיהן הטעמים הסבירים (Reasonable Grounds) לאמונת הבוועל בדבר התקיימותה של מערכת נסיבות עובדתיות, הם בגדר עניין רלוואנטי אשר נבחן יחד עם יתר הנסיבות.

ד כך התייחסה גם הפסיקה האנגלית, כזכור, ל-"Circumstances where if any thought had been given to the matter it would have been obvious..." (Pigg [65], at 362) (ההדגשות שלי – מ' ש').

ה (ז) סיכומה של נקודה זו, המבנה המוצע על-ידיי הוא בגדר הרחבת הפיקציה המגדילה חשד לממדים של מחשבה פלילית כפשוטה. ייבחנו הנסיבות העובדתיות האובייקטיביות, לרבות אלה שעניינן התנהגותו של הבוועל והתנהגות הנבעלת, וזאת כדי לעמוד על השאלה אם לאור מערכת הנסיבות לא צריך היה לעלות בלבו של עושה המעשה חשד, שאין הסכמה חופשית. אם היה חשד או צריך היה לעלות חשד, והנאשם לא נתן דעתו על כך, צריכה להישלל טענת חוסר המודעות להיעדר קיומה של הסכמה.

ו (ח) כאמור, פיתוחה המוצע של הדוקטרינה בדבר "עצימת עיניים" אינו דרוש במקרה שלנו, שבו דחינו את אמינות דברי המשיבים ואת שלילת אמינותה של המתלוננת. אנו

בדעה, כי במקרה שלפנינו התקיימה אצל כל אחד מן המשיבים "עצימת עיניים" לפי אמות המידה המקובלות אליבא דכולי עלמא, היינו גם לפי התזה שחייב להתקיים חשד מעיקרו. כאמור כבר, "עצימת עיניים" היא שוות משמעות משפטית למודעותו של עושה המעשה לכך שלא הייתה הסכמה חופשית.

## תלונה מיידית

102. בית המשפט המחוזי הביע תנויה על כך שהמתלוננת לא התלוננה מיד אחרי שבוצע בה, לפי טענתה, המעשה הראשון (פרשת השדות) או במשך הימים שלאחר מכן. עניין זה טעון בדיקה, ראשית לכול, לפי הלכותינו.

בימי הביניים אכן הייתה התלונה המיידית (Hue and Cry) בגדר תנאי מוקדם שאין בלעדיו כדי להעלות טענה בדבר אינוס. על המתלוננת היה גם להראות פצציה ובגדיה. Rook and Ward, בפרט ה"ל, בעמ' 353 מפנים אל Bracton, De Corona lib. iii. fol. 147; 1 Hale 633. מאז המאה השמונה-עשרה הפך התנאי הנוקשה האמור להנחה נגד הקורבן, אשר לא הגישה תלונתה תוך זמן סביר מעת ביצוע העבירה.

בימינו השכלנו ללמוד, כי רק חלק מקורבנות האינוס נוטות להתלונן בכלל, וכי אצל אחרות חולף לעתים זמן של היסוס, התלבטות או צורך בהתייעצות (ע"פ 950/80 [4], בעמ' 564), עד שמספרים למקורבים על אשר אירע או עד שמגישים תלונה למשטרה. כך אומר בית-משפט זה בע"פ 147/79 [9], בעמ' 725-726, מפי השופט בייסקי:

"ואולם מן הראוי להוסיף כי משחזרה המתלוננת לביתה בשעות הקטנות לא הצליחה להירגע ולהירדם ובקוצר רוח המתינה לשעה מקובלת שתוכל להזעיק את ידידתה הקרובה עמליה האם.

זו מצאה אותה בוכה והיסטרית ולאחר שישבה עמה עד הצהריים יעצה לה שלא לפנות בתלונה למשטרה משום ש'זה יגיע לעיתונות. זה יגיע להורייך, יחטטו בחייך'. היא גם ניסתה להזעיק מיד את ידידה הקרוב ישראל שיינברג, אך מפאת היעדרו, הקשר עימו נוצר רק ביום ב' אחר הצהריים בחיפה והוא הגיע מיד. עד זה הוא ששכנע המתלוננת, בניגוד לדעת חברותיה, כי למרות אי הנעימות שבה כרוך הדבר, תפנה למשטרה - והוא גלווה עם המתלוננת אל אחיו שהוא קצין משטרה.

אין כמובן להצדיק אי הבאת ענין כזה למשטרה באורח מידי, משום שרק חקירה מהירה והעמדה לדין עשויים להקטין סיכוני מעשי אונס. ואולם אין להתעלם מהחשש של צעירות שהיו קרבנות למעשה אונס מפני הפרסום, כשנוסף על ההשפלה והעלבון שבמעשה עצמו, אשר לעיתים קרובות גורם תוצאות מרחיקות וקשות לשנים רבות, חוששות הן מהפרסום והן מחזרה על החוויה לצורכי חקירה ועדות. לא אחת נזדמן לי לשמוע טרונות קשות של קורבנות אונס על שנאלצות הן לעמוד בחקירה נגדית, אשר גם אם היא נעשית תוך התחשבות מקסימלית בנפגעת - היא עדיין טראומה מחודשת של

חיטוט בפרטים ובפרטי פרטים של חוויה איומה. על אחת כמה וכמה כשהחקירה היא תוקפנית. אכן זכאי הנאשם למלוא ההגנה וזה כולל גם חקירה נגדית של המתלוננת - כדי להוציא האמת לאור; אך מבחינת הקרבן זו כמעט תמיד חוויה קשה ומשום כך, למרבה הצער, יש ויש שהנפגעת אינה מתלוננת או שוקלת בטרם תעשה זאת."

כותב Holme ב1900 הנ"ל, בעמ' 75:

"Rape is one of the most underreported crimes committed. The crime is one of degradation as well as violence, and fear of reprisal and embarrassment contributes to the victim's hesitation to report it. Those who do report it must confront the trauma of the encounter with the police, the investigation of the crime, and the ordeal of the trial.

It is probably true that only 10% of all rapes are reported (Nelton, 1987); we know little about the circumstances of the other 90%. hagan (1990, P. 236) reports that women are reluctant to report rape for the following reasons:

- (1) the stigma attached to rape victims.
- (2) the sexist treatment given to many 179 women, who are in effect mentally raped a second time by the criminal justice system.
- (3) legal procedures that in the past have permitted courtroom prosecutors to probe the victim's sexual past, which can be both humiliating and embarrassing.
- (4) the fact that the burden of proof often has been shifted to the victim, who must prove that the attack was forced and against her will and that she resisted the attack.

The U. S. Department of Justice (1987, P. 8) has stated that women do not report rapes because they feel the incidents are too personal or that the police will be insensitive".

ראה גם: C. W. Dean and M. D. Kops, *The Crime and the Consequences of Rape* (Springfield, 1982) 65; D.E.H. Russell, *Sexual Exploitation* (Beverly Hills, 1984) 96.

עניין כבישת התלונה הוא לעולם נושא שהגיונו ואמינותו צריכים להיבחן לאור הטעמים המוצגים לצורך הסברת כבישתה של התלונה, ויתר הנסיבות הסובבות את האירוע. מ"ח הנשיא חשין ציין, כי עדות כבושה ערכה מועט, אך במה דברים אמורים? כשאין הסבר מתקבל על הדעת על שום מה נכבשה העדות עת רבה. ואולם אם ניתן הסבר לגילוי הדברים באיחור זמן והסבר זה מתקבל על הדעת, שוב אין לייחס חשיבות יתר לאיחור כשהוא לעצמו (ע"פ 9/202/56[11]).



משך הזמן העושה עדות לכבושה יכול שיהא קצר ויכול שיהא ארוך יותר, הכול לפי נסיבות העניין (ע"פ 87/53 אל-נבארי נ' היועץ המשפטי [34]; ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד [35], בעמ' 284).

א

ההסבר לכבישת העדות שעל בית המשפט להשתכנע בו עניינו סיבת השתיקה והשינוי בנסיבות שחל עובר להעלאת התלונה (ע"פ 190/82 [35] הנ"ל). בית המשפט האמין בתלונות כבושות שהוגשו חודשים ואף שנים לאחר המעשים, כאשר היה לפניו הסבר אמין לכך (ע"פ 185/88 יהלום נ' מדינת ישראל [36], בעמ' 549). בע"פ 2805/90 [37] נדון מקרה שבו כבשה הנאנסת תלונתה מאחר שהעברייני היה שוטר. היא התלוננה רק אחרי שהמעשה נשנה - היא נאנסה שנית - ואז סיפרה מה שאירע עמה בשתי הפעמים. בית המשפט האמין להסברה של המתלוננת, ודבריה נתקבלו כאמינים בשתי הערכאות.

ב

בע"פ 1590/91 [38] איחר קטיין בהגשת תלונתו במשך שנתיים ימים. מתאר בית-משפט

זה בפסק-דינו:

ג

"פ. שגם הוא היה קטיין בשעת מעשה, ושהינו גם כן דודו של המתלונן, נשוא האישום הראשון. המעשה המגונה המיוחס למערער על ידי אותו פ. דומה ביותר לתוכן תלונתו של המתלונן, אלא שהוא אירע כשנתיים לפני מקרהו של המתלונן. אין ספק, כי צודק בא-כוח המערער כאשר מתאר הוא את תלונתו של פ. כ'עדות כבושה'. אלא שיש לתופעה זו הסבר סביר. פ. מוסר בעדותו, וזו נמצאה כנה ומהימנה, שחשש והתבייש להתלונן על מעשיו של המערער, וזאת בין היתר בשל היותו תלמיד בבית ספר דתי. לכן העדיף לשתוק. אך כאשר בא אליו המתלונן, בן אחותו, ומסר לו בהתרגשות רבה מה נעשה לו על ידי המערער, וכאשר נוכח לדעת כי המערער מהווה סכנה עבור נערים צעירים, אזי הודעו וסיפר למתלונן את האמת על מה שאירע עימו. אומנם יצויין, כי לא מיד לאחר שמיעת סיפורו של המתלונן ניגש פ. אל המשטרה כדי למסור שם את תלונתו שלו, ועשה כן רק כעבור מספר חודשים, כאשר חוקר המשטרה, שגמסר לו מידע על הדבר, פנה אליו וביקש ממנו למסור הודעה. אך אין גם בהשהייה נוספת זו כדי לשנות את התמונה. אם האמין בית המשפט לגירסתו של פ. בדבר הסיבות שהניעו אותו לשתוק ולא להתלונן מיד לאחר האירוע שקרה לו, ומסקנה זו נראית סבירה בעיני, אזי ניתן גם להבין מדוע לא מיהר נער זה למסור את תלונתו למשטרה לאחר שמיעת סיפורו של המתלונן, כאשר מודע הוא לכך, כי עלולים החוקרים להתייחס בספקנות לסיפורו לאור כבישת העדות במשך תקופה כה ניכרת".

ד

ה

ו

ז

סוף דבר, ידוע לנו כי בושה מפני היהשפות ציבורית, תחושת עלבון וקלון, חוסר רצון להתנסות במסה החקירתית והמשפטית וטעמים כיוצא באלה, מעכבים תלונה ולעתים אף גורמים להימנעות ממנה. איום בהשמצה או בהוצאת לעז על קטינה בת ארבע-עשרה וחצי, המושמע מטעם חבורת צעירים, יכול להיות אפקטיבי מאוד. הרי המשפט שהם הורצים על הקטינה יכול לקבוע את מעמדה ואף את קיומה החברתי במסגרת שאליה היא משתייכת,

הנשיא מ' שמגר

לתקופה ארוכה. האיום יכול להיראות אפקטיבי, גם אם התבונה שלאחר מעשה מלמדת (גם בוגרים וחכמים מקטינה בת ארבע-עשרה וחצי) כי תלונה מהירה עשויה להפסיק התנכלות מתמשכת. בדרך כלל צריך לבחון את הנסיבות לא לפי הגיונו ותבונתו של אדם בגיר, המחליט לאחר מעשה מה הדרך הנכונה אשר צריך היה לנקוט, אלא לפי תחושת קורבן העבירה בזמן אמת. לא צריך להעמיד את המבחן על תבונה לאחר מעשה, אלא על מה שחש והרגיש הקורבן בעת ביצוע המעשה והשמעת האיום.

שימוש בכוח

103. (א) יסוד נוסף לעבירה על סעיף 345(א) הוא המרכיב של "עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ או איום באחד מאלה...".

השימוש בכוח אינו מתפרש רק כפשוטו, אלא יכול, כמובן, להתבטא גם בעצם ההתגברות בכוח על ההתנגדות הגופנית לבעילה, כגון דחיפת הקורבן למצב שכיבה (ע"פ 770/78 חדד נ' מדינת ישראל [39], בעמ' 409). אולם, אמצעי לחץ כוללים גם צעקות ואיומים מילוליים וגם לחץ פסיכולוגי, למשל איום בנידוי חברתי.

(ב) המילה "עקב" בהוראת החוק שלפנינו מצביעה על קשר סיבתי, אך אין ללמוד מנוסה הכתוב כי חייב להתקיים קשר מידי ובורמני, כעולה, למשל, מן הביטוי "תוך שימוש בכוח" שנהג בעבר. השימוש בכוח או גרם הסבל אינם חייבים להימשך אל תוך מהלך ההדירה והבעילה (ע"פ 770/78 [39] ה"ל 2).

(ג) האיום יכול, כאמור, ללוש צורת סתנות, היינו הצגת האפשרות של הטלת קלון או חרפה ציבוריים, או העמדת הקורבן מול סיכון של משבר משפחתי. למשל, בפרשת Wellard (1978) [73], at 368 הורשע אדם באינוס, כאשר הניע בחזרה להסכים למגע המיני על-ידי איום לדווח להוריה ולמשטרה שראוה מקיימת מגע מיני עם אחר, במקום ציבורי.

כאמור בסעיף 345(א) גופא, הטלת אימה על-ידי איום בשימוש בכוח דינה כדין שימוש בכוח (ע"פ 793/78, 840 רצאבי ואח' נ' היועץ המשפטי למחשלה [40]; ע"פ 581/79 [41]; ע"פ 14/80 [42]).

מן הכלל אל הפרט: מאחר שהעניין עלה בעדויותיהם של אהדים מאנשי החבורה, שביקשו להסתייע בכך בטענתם כי הכול אירע ללא איום ולחץ, יש מקום להעיר כי הספרות המקצועית העוסקת באינוס מציינת, שהצגת שאלה לקורבן אם נהנה מן המגע או מי הטוב יותר באינוס קבוצתי (כפי ששאל אלי את המתלוננת, לגירסתה, בחזרם מבוסתן הגליל), אינה עומדת בסתירה לקיומו של השימוש בכוח או האיום בו, במסגרת עבירת האינוס (A. N. Groth, *Men Who Rape, The Psychology of The Offender* (New York and London, 1979) 115, 116).

## מסקנות

104. הגיעה העת לסכם את המסקנות העולות מן המכלול העובדתי והמשפטי שהוצג לעיל.
- א מן הבחינה העובדתית עולה השאלה, אם היה יסוד לספק, ששלל את אמינות סיפורה של המתלוננת בדבר בעילתה ללא הסכמתה החופשית ותוך שימוש בכוח, בפרשת השדות ולאחר מכן על יסוד האיום החוזר ונשנה שהמקרה הראשון הנ"ל והמקרים הנוספים שבאו בעקבותיו יפורסמו בקיבוץ ויצגו את המתלוננת כמופקרת לכול.
- ב ניתחנו לעיל את הטעמים שנתן בית המשפט לספקותיו. בין מכלול השיקולים מזדקרים שניים, והם: היעדר התלונה המיידית וקיום יחסי מין עם תומר וגל בתוך תקופת האירועים הנ"ל.
- ג השאלות המרכזיות אשר אותן עלינו להציג לעצמנו הן, אם אירע המקרה הראשון בפרשת השדות כפי שתואר על-ידי המתלוננת; אם היה לאחר מכן איום כפי שהיא טוענת; ואם התנהגותה לאחר מכן, בכניעתה לאיום ובאיי-הכאת התלונה לפני איש, הייתה התנהגות המקנה אמינות לדבריה.
- ד 105. נערה בת ארבע-עשרה והצי מוזמנת לפגישה כדי להכיר נער שמצא הן בעיניה (מידד). השניים נוסעים במכונית, ולנסיעה מצטרפים שלושה - נוסף למידד - והם אלי, נדב ואופיר. אופיר הוא השליח היוזם המקשר בין מידד לבין המתלוננת, אולם הצטרפותם של אלי ונדב במעמד זה מעוררת סימן שאלה מעיקרו. בשלב כלשהו מבקשים אלי ונדב להישאר במכונית לבר עם המתלוננת, ואופיר ומידד מתרחקים. בכך ביטאו הסכמתם להשאיר את הקטינה עם השניים, אחד בן שמונה-עשרה והשני בן שש-עשרה ועשרה חודשים, הווי אומר, מבוגרים ממנה בהרבה. הפרש גילים כאמור בגיל העשרה הוא בעל משמעות ניכרת. בית המשפט המחוזי סבר, שנותר ספק סביר בסיפורה של המתלוננת. מהו אותו ספק? האם יש היגיון כלשהו בסיפורו של נדב שהמתלוננת ביקשה מיוזמתה כי ישכב עמה, בנוכחות אחיו; או שמא סביר יותר שלאחר שהמתלוננת נותרה תחילה לבדה עם מידד, ולאור סיפורו של מידד על מה שאירע ערב קודם, התעורר תאבונם של אלי ונדב, ויש אמת בסיפורה ששני האחים ביחד הפשיטו אותה בכוח ובמאמץ משותף למרות התנגדותה, וכי בקשותיה לעזובה לנפשה ולהחזירה לקיבוץ לא נענו? מה הספק הסביר היכול לכרסם בקטע זה של הסיפור? אליבא דכולי עלמא לא היה מידע כלשהו על כך שהמתלוננת שכבה לפני כן עם מישהו מרצונה. אשר לאירוע עם תומר, הרי זה היה מאוחר יותר.
- ה מדוע תצא הנערה מגדרה נוכח מני נדב, ומדוע תפנה אליו בהצעה, שגם בוגרים ממנה אינם משמיעים תדירות בהחלטיות ובבהירות כזאת? המסקנה הסבירה המתבקשת מן העובדות שנבחנו לעיל היא, כי אין כל סיבה סבירה להטיל ספק בתיאור פרשת השדות כפי שהושמע על-ידי המתלוננת, וכי דברי נדב הם שקר. משליכים על עניין זה סיפורו

על שלבים מאוחרים יותר של הפרשיה שלפנינו, אשר בכולם דיבר נדב על יוזמת המתלוננת – דבר שיתר המעורבים לא העלו אף פעם – תוך תיאור, כביכול, של פגיות המתלוננת אליו. תומר אשר ביקש לשכב עמה, אריק, צפרייר, הן ושלום – לא סיפרו מעולם שהמתלוננת ביקשה מהם לבוא אליה. רק נדב היה זה, שלפי טענתו, ובאופן חוזר ונשנה, נתבקש על-ידיה כביכול לשכב עמה, להיות עמה או להתקלח עמה. כל זאת בזמן שאופיר מאשר בדבריו, שהמתלוננת אמרה לו שהיא פוחדת מאלי ומנדב. אלו דברי שקר שנועדו לנסות ולמלט את נדב מן האחריות למעשיו.

כאמור, לדידי, פרשת השדות אירעה כפי שתואר על-ידי המתלוננת, וראשית זו – אשר בה חברו יחד האחים אלי ונדב ואופיר – היא הפתח לכל שאירע לאחר מכן בשרשרת אופיינית ל-Adolescent Group Rapes, כאשר כל האחרים יוצאים מתוך הנחה שניזונה מסיפור השדות, כי המתלוננת מופקרת לכול, כי אין צורך בהסכמתה, וכי הייבת היא להישמע לכל דרישה. בסגנון כזה דיברו אליה, כך נהגו כלפיה, וכך התעמרו בה בצוותם עליה להתייצב בלילה לפי רצונם, הסיעוה לבוסתן הגליל, נכנסו אליה לפי תור, ולא שבעו עד שנדב, צפרייר ואריק עלו לחדרה כדי לנסות ולהשלים את אשר החסירו לפני כן. החבורה נהגה בה לא כמו באדם, אישה או נערה, שהיא חברה – ולו חברה לשעה – אלא כבכובת-מין החייבת לשמש אותם לפי צויהם, ללא כבוד, ללא יחס אנושי, ללא כל התחשבות; פרט לאחד, הוא רן לנדאו שביקש להשאירה לנפשה. תיאורה של שרשרת האירועים המתוארת כ"הסכמה חופשית" של בת ארבע-עשרה וחצי היא נטולת היגיון ונטולת יסוד במערכת הנסיבות שתיאורה הובא לפני בית המשפט. אגב, הקריאה "זונה תצאי החוצה" הוא ביטוי שמשלב היטב עם היחס אליה כפי שנגלה מן העדויות של שלום, אריק וצפרייר.

לפנינו מקרה, שבו הצביעו הנסיבות לפני מי שלא עצם עיניו מראות, לא אטם אוזניו משמוע ולא חתם עצמו מכל תחושה ורגש, כי נעדרת הסכמה חופשית. כך נובע, למשל, מן ה"שכנועים" בחרו של אופיר, כאשר נערה בת ארבע-עשרה וחצי צריכה להתמודד הן עם איום שיפרסמו קלונה ברבים והן עם העובדה שהיא ניצבה לבדה מול שבעה צעירים. אותה עת, האיש המוביל, מי ששימש מפעיל שלה וזימן אותה לפי רצון החבורה, גער בה כשניסתה להתחמק וסטר לה כדי להשליט מרותו, אחרי שהעמיד את חדרו לרשות ההתנהגות המחפירה המתוארת.

אופיר הציג עצמו כחלש אופי. ייתכן שכך חש כלפי אלי ונדב ולאחר מכן כלפי תומר, אריק, צפרייר, שלום ורן. אולם אין כל ראיה כי חש חלש כלפי המתלוננת, או שלא היה שותף להשמעת הדרישות כי תשכב עם פלוני או עם אלמוני. חלקו לא היה רק זה של עד אולם, אלא הוא גם שזימן את המתלוננת, לפי דרישה, ודרש ממנה לשכב; למשל, פעם עם תומר ופעם עם שלום. מה הייתה משמעות נוכחותו ליד מפעל הרהיטים וההתרסה כלפי המתלוננת שלא "תספר סיפורים". הסטריות שספגה המתלוננת מאופיר המגודל מתיישבות עם גירסתה הרבה יותר מאשר עם גירסתו המיתממת, שבה הוא מבקש ללבוש איצטלה של אפטרופוס של המתלוננת, שהיה רחוק מהפעלת לחץ כלשהו עליה.

מקובל עלינו כל שבית המשפט המחוזי העיר בשולי פסק-דינו על הכישלון המוסרי המביש של החבורה, אולם לא בכך העיקר. השאלה שלפנינו היא מה המשמעות המשפטית של מסקנתנו, שלפיה לא היה יסוד לדחות את עיקרי דבריה של המתלוננת בשל כך שהותירו בלב בית המשפט, כדבריו, ספק סביר.

א

106. האיום על כך שאירועי פרשת השדות יסופרו ברבים הושמע בחברה קיבוצית, והוא אפקטיבי ביותר בייחוד לגבי קטינה בגיל ארבע-עשרה וחצי. לא צריך להיות מי שמחפש כביכול "אהבה מחוץ לבית" כדי לפחוד מפני איום בסיפור מעוות כזה, ובעיקר כדי לראות את האיום כסיכון מוחשי, שקל מאוד לממשו.

ב

האירועים המאוחרים יותר אינם יכולים להיות מובנים אלא כתולדה של כפיית רצון החבורה על המתלוננת. פעל כאן המשקל המצטבר של גיל המתלוננת, העימות המתמיד עם קבוצת מתבגרים שחיפשו פורקן למאווייהם המיניים, חלקם כנראה לראשונה, ולא העריכו את המתלוננת אלא ככלי חסר חשיבות (ראה דבריהם של שלום ואריק כפי שהובאו לעיל, או אופן התייחסותם של אופיר, ולאחר מכן של אלי, לטענתה, האמיתית, שהיא במחזור, והלחץ של אופיר אשר חזר והדגיש כי אי-קיום הוראת התייצבות יגרור אחריו גילוי קלונה ברבים). ככל העולה מן החומר, מצטרפת לכך אי-אמונתה של המתלוננת ביכולתה להתמודד עם הסיכון שנבע מן האיום והלחץ. כל אלה חברו יחד כדי להביא להכנעת רצונה באופן חוזר ונשנה.

ד

ייתכן, כמוכן, שאדם בוגר יותר וחזק יותר היה ערוך נפשית להתמודד עם האיום והיה מתלונן על אתר. אולם, מאידך גיסא, אין כמהלכו של הטיפול בתיק זה כדי להוכיח עד כמה קשה ומשפיל הניסיון לשכנע כי לא המתלוננת היא שביקשה מנדב שישכב עמה, אלא שהוא יחד עם אחיו אלי השתלטו עליה בכוח פיסי.

ה

107. העובדה שהמתלוננת ניאותה לשכב עם תומר וגל, עובדה שבית המשפט קמא ראה בה עילה לתמיהה, פועלת לדעתי בכיוון הפוך. המתלוננת לא נטתה לראות בעצם המגע המיני דבר שיש להזדעזע ממנו או לברוח מגילוי (כפי שהדבר ייתכן אצל נערות אחרות בגילה). כאשר עשתה את שעשתה מרצונה לא ראתה סיבה להסתיר את הדבר או להתלונן על כך. היא הייתה אף מוכנה לרצות את מי שהיה למעשה בוגדני כלפיה אך נראה בעיניה - בטעות - כדורש טובתה (תומר), ולהסכים ולשכב עם גל. עליכן צריכה להיות סיבה אחרת לתלונתה על אופיר, נדב, אלי, שלום, אריק וצפריר, שהיא מעבר ומחוץ לעצם המגע המיני. במילים אחרות, לו היה מדובר על מגע מרצון, לא היה גם כל היגיון בתלונתה, ואין להבין מדוע תרצה בכלל להתלונן. הרי אין המדובר בצעירה המאוכזבת מאי-קיום הבטחת נישואין, או בנערה בעלת כוונה גקמנית אחרת. רק הכפייה, בלויית ביזוי והשפלה, יכולים להסביר את תלונתה. לכן, הגיוני כי כאשר הסכימה למגע, כפי שהייתה רשאית לעשות, וראתה בכך ביטוי ליחסי רעות רגילים - לא הלינה ולא ראתה בכך קלון; והיפוכו של דבר, כאשר ראתה סיבה להתלונן, הרי יש להסיק שהיה לכך טעם שלא נבע מיחסי מין רגילים בין חברים, אלא מכפייה ומאיום שלא רצתה בהם.

ז

מכאן, שלו פעלו נדב ואלו בליל השדות מתוך הסכמתה החופשית של המתלוננת, מה הייתה רואה מקום להתלונן? לו הייתה זו היא שהציעה להם לשכב עמה (כפי שאמר נדב), מדוע תלונן על נדב אם לא התלוננה על תומר, ואיך מתיישב הדבר עם אמירתה כי היא פוחדת מנדב? עצם השוני בתגובה מאשש, בנסיבות אלה, את סיפורה בדבר השוני שהיה בנסיבות קיום המגע המיני בין פרשת תומר וגל מזה, לבין פרשת נדב, אלי, שלום, אריק והאחרים מזה.

א

108. האיחור של יומיים-שלושה בהגשת התלונה אינו אומר במקרה דנן הרבה, לאור ניסיון החיים כפי שאימצוהו בנסיבות דומות שנדונו בפסיקתנו לרוב, ושחלק קטן מהן הוזכר לעיל.

ב

ההתגברות על הבושה והפחד מפני כעסם של המבצעים, החרדה מפני התגובה החברתית, כל אלה מסבירים היטב מדוע נדרשו אותם יומיים-שלושה כדי לאזור עוז וללכת לאם ולאחות הקיבוץ ולספר להן מה שאירע. כאן יש לשוב ולהזכיר את אשר ציין בית המשפט - במידת מה לרעת המתלוננת, ואשר צריך לשקול כאן לזכות אמינותה - שהיא העידה במשפט באופן שוטף וקוהרנטי ותוך פירוט רב, ופרט לסתירות שוליות (הורדת החולצה, מועד השמעתם של ביטויים עולבים וכדומה), נשארה גירסתה העקרונית ללא שינוי, מאז התלונה הראשונה ועד לתום עדותה בבית המשפט.

ג

נתקשינו להבין מה ההשלכה של "מורכבותה", כביכול, של אישיות המתלוננת, שעלתה ונגלתה כביכול מן הראיות, לעניין הראיות שלפנינו. משבר כלשהו בין נערה מתבגרת לבין הוריה אינו מלמד דבר על תלונתה על אלי או על נדב. תופעת משבר בין ילדים להוריהם אינה נדירה, ואם אין מוציאים אותה מן הפרופורציה הראויה (ואין כל סיבה לכך) - אין לה גם משקל ראוי מול מערכת אירועים כפי שתוארה כאן, אפילו על-ידי המשיבים וחבריהם.

ד

ה

109. האם נפלה בשל הנסיבות העובדתיות טעות בהבנת המצב על ידי הנוגעים בדבר?

כמוסבר, אין כל מקום לטענת טעות ככל שהדבר נוגע לנדב; בדיקת תוכן דבריו בעניין פרשת השדות, פרשת בוסתן הגליל, חדרו של אופיר וחדרה של המתלוננת, מעלים כי אלה בעליל שקריים. מן הנסיבות עולה שהוא היה מודע היטב למה שהוא עושה ולכך ששותפתו לקיום היחסים איננה מסכימה להיבעל על-ידיו.

ו

אין גם מקום לטענת טעות מצד אופיר שהיה המוציא והמביא, המסייע והמארגן בכל הפרשה הזו: החל בארגון הנסיעה לשדות, למחרת בפרשת מפעל הרהיטים ("אל תספרי סיפורים"), האיומים שיספר לכולם, לרבות לאחותה, על מה שעשתה כביכול, הפנייה אליה שתשכב עם שלום ואם לאו ילך ויספר לאחותה, ההזמנות התובעניות בלוויית איום כי תתייצב בחדרו כרצונו (וכשעזבה, ההוראה כי תשוב בעוד שתי דקות), והכול בלוויית גערות וסטירות, כמתואר לעיל בפרוטרוט, כל אלה הופכים אותו למסייע מובהק למעשי האינסוס, כמשמעות הדבר בסעיפים 26(2) ו-4 לחוק העונשין.

ז

מי שרואים אותו כמסייע, נושא באחריות פלילית לפי סעיף 26(2) או (4), והוא מתחייב במעשה עבירה כאמור, אפילו האנס עצמו סבר בטעות כי יש הסכמה מצד הגאנסת (Cogan [61]).

א

מהתנהגותו ומדבריו של אריק ניתן להעריך, שעניין הסכמתה החופשית של המתלוננת לא הטריד אותו במיוחד, למרות שהנסיבות בחדרו של אופיר יצרו תשתית ראייתית שאינה מתיישבת עם ההסכמה; הרי הייתה התגודדות של שבעה נערים סביב קטינה בת ארבע-עשרה וחצי השוכבת עירומה בחדרו של אופיר ואשר אליה ניגשים לפי תור, מי שטוען כי האמין שאלו נסיבות של הסכמה חופשית, גילה "עצימת עיניים" כפשוטה, לפי כל פרשנות אפשרית של כלל זה. אריק עצם עיניו מראות את האמת לאשורה, ודינו כמי שהיה מודע להיעדר ההסכמה.

ב

מעשיו המיניים של צפריר היו יחסית בעלי המשמעות הפעילה המועטה ביותר; אולם, הוא היה חלק מן החבורה המאורגנת שיצאה לבוסתן הגליל, כאשר מובן היה לכול לשם מה מתבצעת הנסיעה. לכן גם נכנס לרכב אל המתלוננת לפי תורו, ולא שעה לבקשת המתלוננת להחזירה לקיבוץ. בחדרו של אופיר היה בין המארגנים, וכאשר שמע שאריק "לא גמר", דאג לכך שתאורגן ההשלמה החסרה. במעשיו סייע לביצוע עבירה לפי סעיף 345 בגדר אחריות לפי סעיפים 26(2) ו-4 הנ"ל.

ג

ד

110. סיכומם של דברים: לאור כל האמור לעיל הייתי מקבל את הערעור, מבטל את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי ומרשיע את אופיר, נדב, אריק וצפריר בעבירה על סעיף 345(א) לחוק הנ"ל, כאשר לעניין אופיר וצפריר יחול הסעיף האמור יחד עם סעיפים 26(2) ו-4 לחוק העונשין. אינני סבור שתחולת סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול) (הסכמת היועץ המשפטי לממשלה) על יסוד פסק הדין בפרשת ויצמן [12], גוררת אחריה גם תחולת סעיפים 21, 22 ו-24 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול). הרי המדובר בבגירים שכתב האישום הוגש נגדם על-פי אישור כדין למעלה משנה אחרי ביצוע העבירה, כאשר בעת הגשת כתב האישום היו כבר מעל גיל שמונה-עשרה.

ה

111. לאור הרשעתם של ארבעת המשיבים, הייתי מחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לשם קבלת תסקיר ולשמיעת טיעונים בעניין מידת העונש.

ו

השופט מ' חשין: אני מסכים להכרעתו של חברי הנשיא, כי דין המשיבים חיוב בעבירת אינוס, ואמרתי להוסיף דברים אחדים בשאלות שעלו לפנינו לעיון ולהכרעה.

לעניין איהסכמה והתנגדות בעבירת אינוס

ז

2. בפסק-דינו של בית המשפט קמא משמשים בערבוביה המושגים "איהסכמה", "התנגדות" ופעולה נגד רצונה של אישה כיסודות יוצרים בעבירת האינוס. פעם אומר בית המשפט כי "... השאלה הניצבת בפני בית המשפט היא לעולם, אם הוכח כי הנאשם בעל אשה שלא-כדין ונגד רצונה תוך שימוש בכוח" (ההרגשה שלי - מ' ח'; לעניין זה מסתמך בית המשפט על דברים שנאמרו בע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל [43], בעמ' 577, וזה

היה ניסוחו של החוק לפני ששונה; ראה עוד להלן); פעם שואל הוא "האם גילתה (המתלוננת - מ' ח') אפילו במלים ספורות, התנגדות קלה ביותר, כדי שניתן יהיה להכריע ולומר כי הנאשמים פעלו בניגוד לרצונה? ..." (ההדגשות שלי - מ' ח'); פעם שואל הוא: "האם הוכח בתיק שבענייננו, כי המתלוננת הקטינה גילתה התנגדות ממשית ורצינית למעשי הנאשמים? האם היו בתיק זה ראיות חזקות בשאלה זו?" (ההדגשות שלי - מ' ח'); פעם אומר הוא כי "השאלה המרכזית היא לכן, השאלה של 'ההסכמה החופשית' של המתלוננת בתיק זה למעשיהם של הנאשמים - האם היתה הסכמה כזו אם לא..."; ועוד ועוד. לכאורה, אין ענייננו אלא בנומנקלטורה וזה של הפכים (אנטונימית) - הסכמה ובצדה אי-הסכמה, התנגדות ובצדה אי-התנגדות, רצון ובצדו אי-רצון - ואולם קשה להשתחרר מרושם שנומנקלטורה זו, באשר היא, יש בה כדי להשפיע גם על תכנים, וכי אכן משפיעה היא על תכנים. ואמנם, לא אחת שבויים אנו, ולו מבלי משים, בידי הלשון, ומחשבותינו הולכות ובאות על-פי דפוסים של מילה או של צירוף מילים על פירושיהם והאסוציאציות שאלה גוררים בעקבותיהם (ראה בשאלה זו מאמריו של G. Williams, "Language and the Law" 61 L. Q. Rev. (1945) 71, 179, 293, 384 הפרשנות הכללית (נבו, 1992) 225 ואילך). בשאלת מצב דעתה של המתלוננת בעבירת אינוס ביקשנו לומר דברים אחרים, ונפתח במשפט האנגלי.

3. עד אמצע המאה התשע-עשרה הגדיר המשפט האנגלי מעשה אינוס כמעשה שנעשה בניגוד לרצונה של המתלוננת, אך מאז פסקי הדין בפרשות *Fletcher* [58]; *Camplin* [57] החלו מדברים במשפט האנגלי על מעשה אינוס כמעשה שנעשה בלא הסכמת המתלוננת; ראה: Smith and Hogan, *supra*, at 454; C.S. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (Cambridge, 19th ed., By J. W. Cecil Turner, 1966) sec. 143 הועמד הנאשם לדין באשמת אינוסה של ילדה מפגרת בת שלוש-עשרה - על-פי קביעת בית המשפט לא יכולה הייתה אותה מפגרת ליתן הסכמתה למעשה אישות - ואמר זקן השופטים הלורד קמפבל (*Lord Campbell*), בעמ' 134:

"The definition of rape may now be considered *res adjudicata*. The question is, what is the proper definition of the crime of rape? Is it carnal knowledge of a woman against her will, or is it sufficient, if it be without the consent of the prosecutrix? If it must be against her will, then the crime was not proved in this case; but if the offence is complete where it was by force and without her consent, then the offence proved that was charged in the indictment, and the prisoner was properly convicted. *Camplin's case* settles the definition of the offence, and all the ten judges concurred in that".

ובהמשך הדברים קובע בית המשפט כי אי-הסכמה היא היסוד בעבירה.

הלכה זו שלטה במשפט האנגלי מאז, וכיום מוצאים אנו אותה ב-"Sexual Offences (Amendment) Act", הקובע בסעיף 1 בו כך:



"1. (1) For the purposes of section 1 of the Sexual Offences Act 1956 (which relates to rape) a man commits rape if -

- א (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse *does not consent* to it; and
- (b) at the time he knows that *she does not consent* to the intercourse or he is reckless as to whether she consents to it;

ב and references to rape in other enactments (including the following provisions of this act) shall be construed accordingly".

במשפטי אינוס במשפט האנגלי שולט אפוא צמד המושגים הסכמה ואי-הסכמה למעשה אישית.

ג 4. גם במשפט הארץ הייתה התפתחות דומה בדין האינוס. פקודת החוק הפלילי קבעה בסעיף 152(א) את עבירת האינוס, וזו הייתה לשונה:

ד "Rape, sexual and unnatural offences  
152. (1) Any person who: -  
(a) has unlawful sexual intercourse with a female *against her will* by the use of force or threats of death or severe bodily harm, or when she is in a state of unconsciousness or otherwise incapable of resisting; or.....".  
(ההדגשה שלי - מ' ח').

ה הגדרה זו נתגלגלה בהוראת סעיף 345 בנוסחו המקורי לחוק העונשין, ולפיה:  
"אינוס 345. הבעל אשה, שאינה אשתו, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה, דינו - מאסר ארבע עשרה שנים" (ההדגשה שלי - מ' ח').

ו צמד המלים "שאינה אשתו" הוחלף בשנת תשל"ח (ס"ח תשל"ח בעמ' 113), במושג "שלא כדין". הגדרת האינוס שינתה פניה בחוק העונשין (תיקון מס' 22):  
"אינוס 345. (א) הבעל אשה -

ז (1) שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האשה או כלפי זולתה;

.....

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים" (ההדגשה שלי - מ' ח').

נמצא לנו אפוא, שגם בדין הארץ - כמוהו כמשפט האנגלי - חלה תווה בהגדרת מעשה האינוס; ותחת מעשה הנעשה "בניגוד לרצונה" של אישה, מדבר עתה החוק במעשה הנעשה "שלא בהסכמתה החופשית" של אישה. ודוק: לא אך "שלא בהסכמתה", אלא שלא בהסכמתה "החופשית". ומה בין זה לבין זה - בין "בניגוד לרצונה" של המתלוננת לבין "שלא בהסכמתה"?

5. סמית והוגן, בספרם הנ"ל, בעמ' 454, רואים בשוני זה שבין "בניגוד לרצונה" לבין "שלא בהסכמתה" - "שינוי דק", ובלשונם:

"A subtle change of emphasis occurred in the middle of the nineteenth century in the cases of *Camplin* and *Fletcher*. The test is not 'was the act against her will?' but 'was it without her consent?' This may seem, as it has to at least one judge, a distinction without a difference; ..."

היה זה השופט לוסון (*Lawson*) אשר בפסק הדין *Reg. v. Dee* (1884) [74], at 595. השתמש בביטוי "a distinction without a difference"; אך הקורא מקרוב את דברי אותו שופט (לא כל שכן את דבריהם של חמשת השופטים האחרים) יידע כי גם הוא רואה עיקר בהיעדר הסכמה חופשית של המתלוננת, ועל הסכמה - או היעדר הסכמה - מייסד הוא את הכרעת הדין. כך, למשל, אומר הוא דברים אלה, בעמ' 595:

"The question is, what must be the nature of the consent? In my opinion, it must be consent to the prisoner having connection with her, and, if either of these elements be wanting, it is no consent".

ובהמשך דבריו שם:

"The general principles of the law as to consent apply to this case. To constitute consent there must be the free exercise of the will of a conscious agent; ...".

וחזרה שאלה למקומה: היש להבחין - האם ראוי להבחין - בין המושג "נגד רצונה" לבין המושג "שלא בהסכמתה החופשית"? דעתי היא, שיש להבחין וראוי להבחין בין השניים, וכי לא הרי זה כהרי זה.

6. ראשית לכול נאמר - וכבר עמד על כך חברי הנשיא - שגם לו אמרנו שאין כל נפקא מינה לדינא בין הצמד האחד לבין הצמד האחר - בין "בניגוד לרצונה" לבין "שלא בהסכמתה החופשית" - הנה כבוד האדם - כבוד האישה כאדם וכבוד הגבר כאדם - יחייבנו לומר כי מעשה אישות מחייב הסכמה בין שניים השווים זה לזה. סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע לאמור:

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

א מוסיף ומורנו סעיף 4, כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". ואנו נאמר, כי מימות עולם ידענו את חובתנו לשמור על כבוד האישה - כבוד האדם - ולא נדרשנו לחוק יסוד כדי לייסד חובתנו זו.

ב 7. שנית, ההבחנה בין "בניגוד לרצונה" לבין "שלא בהסכמתה החופשית", היא הבחנה בין דברים הנראים לעין או הנשמעים לאוזן לבין דברים שאינם נראים לעין ושאינם נשמעים לאוזן. צמד המילים "נגד רצונה" משמיע - כמו מעצמו - התנגדות מצדה של האישה, אם תרצה: גילויים חיצוניים לאי־רצונה ולהתנגדותה למעשה אישות. בעבר הרחוק עמדה ההלכה על התנגדות עיקשת ונמשכת - כך סברו כי ראוי לה לאישה שתגן על כבודה - משל אותו קברניט האמור לרדת מצולות עם ספינתו; ואולם גם אם לא נרחיק לכת כדי כך, הגה המושג "נגד רצונה" - בוודאי כך נגזרת ה"התנגדות" - מורה אותנו לנסות ולחפש מניפסטציה לאי־רצונה של האישה. כל כך באשר לצמד "בניגוד לרצונה". מן הצד האחר, הסכמה - או אי־הסכמה - ההרגש בהן הוא על רצון פנימי - להבדילו מגילוי חיצוני - גם אם לא נוכל לעמוד על רצון פנימי ועל כוונה שבלב אלא על דרך גילויים חיצוניים כלשהם. לענייננו כאן ניתן לומר, כי המושג "בניגוד לרצונה", ובצדו המושג "שלא בהסכמתה החופשית", הינם שני צדדים של אותה מטבע, כאשר "בניגוד לרצונה" (או "התנגדות") הינו הביטוי החיצוני לאי־הסכמה. המטבע היא אחת, אמנם, אך התחריט על צדה האחד אינו זהה לתחריט שעל צדה האחר.

ג שלישית, ההבחנה בין "בניגוד לרצונה" לבין "שלא בהסכמתה החופשית" - כדברי סמית והוגן - מדגישה יסוד בנטל ההוכחה (סמית והוגן, בספרם הנ"ל, בעמ' 454):

"... it emphasises that it is not necessary for the Crown to prove a positive dissent by the woman; it is enough that she did not assent."

ד אכן, זו אחת הנגזרות הנלמדות מאליהן מההבחנה בין המסגרת האחת לבין המסגרת האחרת, וידענו מכאן כי אי־שם במעבה הנטל המישני בראיות (הנטל להוסיף ולהביא ראיות) עשוי הנאשם אף הוא לשאת בנטל כלשהו.

ה על פועל נוסף להבחנה בין הצמד האחד לבין הצמד האחר נוסף ונדבר עתה. על יסוד האי־הסכמה

ו 8. יסוד האי־הסכמה בהגדרתה של עבירת האינוס הוא יסוד הנושא תכונות אופי מיוחדות וייחודיות. אכן, שאלת הסכמה או אי־הסכמה עשויה שתעלה גם בעבירות אחרות, כגון בעבירת התקיפה (ראה מאמרה הנ"ל של פרופ' אסטריך, בעמ' 1121 ואילך), וחברי הנשיא אף מביא כדוגמה נעיצת מחט זריקה בגופו של אדם. יחד עם זאת, דומה שהכול יסכימו כי שאלה זו עולה לדיון בעבירות אחרות אך באורח נדיר בלבד, ואילו בעבירת האינוס שאלת האי־הסכמה הינה חזון נפרץ (ואין צורך שנרחיב את הדיבור על השאלה מדוע בעבירות אחרות כך ובעבירת האינוס כך). מהיותו של יסוד האי־הסכמה מיוחד, צורך הוא אף טיפול ודיון מיוחדים וייחודיים לו.

עיקר הדברים הוא, כמוכז, בכך שברגיל מעסיקות עצמן הגדרותיהן של עבירות פליליות במצב דעתו של הנאשם, ואילו בהגדרתה של עבירת האינוס מחובתנו לתת דעתנו גם על מצב דעתה של המתלוננת. ואם באשר לנאשם מעשיו עשויים שילמדו על מצב דעתו, הנה לעניין בירור מצב דעתה של המתלוננת קשתה עלינו המלאכה, ובייחוד כך שמעשי אישות – בין בהסכמה ובין שלא בהסכמה – נעשים בצנעה. ועל הכול: מעשי אישות הם צורך אנוש – גם של זכר גם של נקבה – על הרוב נעשים הם בהסכמה, ואילו עלינו הוטלה המשימה להבחין בין יום ללילה ובין אור לחושך. הוסף על כל אלה טעות כנה וסבירה שאפשר תעלה בין גבר לבין אישה, וידעת כי ראוי ורצוי עד מאוד שנקבע מראש כללים מיוחדים לטיפול בנושא יחיד ומיוחד זה. ולעניין זה אין לנו אלא להתחיל מאל"ף ב"ת.

9. בבדיקת יסוד ההסכמה או האי-הסכמה נבקש, בראש ובראשונה, להבחין בין שתי דרכים לביור: הדרך האחת לביור היא בבדיקת יחסי התביעה והנאשם לפני בית המשפט, והדרך האחרת היא בבדיקת יחסי הנאשם והמתלוננת בעת מעשה. ואנו אמרנו לפתוח בדרך האחרונה דווקא, שבה לדעתנו עיקר.

10. ראשית דבר היא, שבמקום בו מבקש גבר להתייחד עם אישה, אמור הגבר לבקש את הסכמתה של האישה, ולקבל את הסכמתה של האישה לדבר. הבקשה יכולה שתבוא באורח מפורש, ויכולה היא שתבוא במשתמע; אפשר שתבוא בדיבור מישיר, אפשר שתבוא בדיבור מרומז, ואפשר שתהיה במעשה. כך היא הבקשה – ההצעה – וכך דין ההסכמה, שגם היא יכולה שתבוא בכל אחת מדרכי ההצעה. ואולם בין בדרך אחת ובין בכל דרך אחרת, חייבת שתהיה הסכמה בין שני בני הווג. גבר היוזם מגע אישות עם אישה, עליו הנטל לבקש הסכמתה של האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה. ורק במקום בו הסכימה האישה – באחת מדרכי ההסכמה המקובלות: בין מקובלות על בני-אדם בכלל ובין מקובלות על הגבר והאישה המיוחדים – ניתן לומר כי מעשה האישות נעשה בהסכמתה של האישה. ואם לא נתנה האישה הסכמתה – הסכמה מפורשת או הסכמה במשתמע – יהיה מעשה האישות שלא בהסכמה. במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה אישות – או אם לא הסכימה – המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה, שהרי עד שלא הייתה הסכמה לא הייתה הסכמה, ומעשה אישות שהיה לאחר אותה "לא הייתה הסכמה" נעשה ממילא "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה.

11. ניתן לדמות הזמנה למעשה אישות – הזמנה והסכמה בצדה – להסכם רגיל שמשפט חוזים חל עליו. בענייננו מדברים אנו על "הסכמה" מצדה של האישה, ובמשפט החוזים מדברים אנו על "קיבול" או על "הסכם" – אך כזה כן זה, בכל אחד מן השניים חייבת שתהיה "הצעה"; חייבת שתהיה "הסכמה" ("קיבול") ל"הצעה" שהועלתה; ורק כך ייכרת "הסכם" במקרה האחד ומעשה אישות יהיה "בהסכמה" במקרה האחר. ההשוואה למשפט החוזים אינה על דרך הגזירה השווה אלא על דרך של קל-זחומר: שאם ביחסי ממון כך, לא כל שכן – וקל-זחומר – בגופו של אדם, בכבודו של אדם, בחירותו של אדם, ברצונו החופשי של האדם. איננו בטוחים שכך תמיד ראו או רואים מעשי אישות, והנה אמרנו דברים מפורשים.

12. נשובינא אל שני הצמדים שדיברנו בהם למעלה: הצמד של הסכמה ואי-הסכמה, ובצדו הצמד של התנגדות ואי-התנגדות. זו הפעם, דומה, הצטרף ממד נוסף להבנת ההבדל בין שני הצמדים. אם הנחת היסוד היא - וזו היא, אמנם, הנחת היסוד - כי מעיקרו של דין אין מעשה אישות כדין אלא אם הסכימה האישה למעשה - מעשה אישות הוא בין שני שווים - מסקנה נדרשת מאליה היא, שאישה אינה נדרשת כלל להתנגד - או להביע אי-רצון - למעשה האישות כדי שהמעשה יהיה שלא בהסכמה. די לה שלא נתנה הסכמתה למעשה, והמעשה יהיה שלא בהסכמה. מתוך שהסכמתה אינה מובנת מאליה ואין היא כמו נתונה מראש - לא הסכמה כללית, בבחינת הזמנה להצעת הצעות, ולא הסכמה מיוחדת - התנגדות למעשה האישות אינו יסוד יוצר בעבירה. אכן, גילויה של אי-הסכמה יכולים שיבואו בהתנגדות - לעתים קרובות כך הוא - אך אין הכרח שכך יהיה, ואנו לא נעמוד על דרישת ההתנגדות.

באמרנו כי אינוס הוא מעשה אישות הנעשה בניגוד לרצונה של אישה, כמו הוספנו ואמרנו - וכך היה אמנם, בעבר, כפי שמציין חברי הנשיא - שאישה אמורה להתנגד למעשה אישות התנגדות פעילה עד כלות כוחות ונפש (אלא אם נכנעת היא לאיום בנזק לגופה שאין היא מעזה להתנגד לו). ואולם גם אם לא אמרנו כך, הנה האמירה כי יסוד יוצר הוא בעבירת האינוס שמעשה האישות נעשה בניגוד לרצונה של האישה, כמו מצרפת היא לעבירה יסוד נוסף על יסוד האי-הסכמה. היסוד הנוסף הוא, כפי שכבר הערנו במקום אחר, שאין די באי-הסכמה גרידא, וכי יש צורך בהתנגדות: המושג "בניגוד לרצון" מחייב כמו מעצמו גילויה של התנגדות למעשה האישות, והנטל כמו מוטל הוא על שכמה של האישה (ובמשפט - על שכמה של התביעה) להוכיח התנגדות מצד האישה. ואילו אנו סוברים, כפי שראינו לעיל, כי הנטל הוא על הגבר לבקש רשות והסכמה, והאישה אין מוטל עליה כל נטל להתנגד: די לה שלא הסכימה - והגבר חייב להיסוג אחור. ואמנם: מה הצדק ימצא לנו כי נטיל על אישה ליתן ביטוי חיצוני לאי-הסכמתה למעשה אישות - בהתנגדות, בהבעת אי-רצון, בדיבור או במעשה - וכי חייבת היא דבר לגבר שלידה? ניצע במשפט החוזים אינו חייב כלל להגיב על הצעה המופנית אליו - ובאין תגובה מצדו ממילא אין לא קיבול ולא הסכם - ומדוע נטיל על אישה נטל שניצע אינו נושא בו? אכן, המושג "בניגוד לרצונה" כמו כומס הוא הנחה סמויה שכל דיכפין ייתי ויכול, אלא אם הביעה האישה אי-רצון מן המעשה, וכאילו נושאת היא בנטל להתנגד למעשה. לא מיניה ולא מקצתיה. אדם נכנס לחנות ספרים ומבקש לרכוש ספר. לא יעלה על הדעת כי ייטול ספר מן המדף וייקח את הספר עמו לביתו בלא לבקש רשות ובלא לקבל הסכמה מפורשת. ודומני שאין זה אלא קל בעוד שאנו ענייננו בחומר.

אדם כי יאמר לבוא אל בית הזולת, יקיש על הדלת תחילה ויבקש היתר ליכנס; ואם יהרוס אל הבית בלא רשות בעלים, לפולש ייחשב ודין פולש ינהגו בו. כך היא הגנת הקניין מאז ומקדם, וכיום משכנה קבע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואם זה דין הקניין - הגזור מן האדם, טפל לאדם ואחרי אדם ילך - פגיעה בגוף האדם ובכבודו לא כך?

13. מתוך שגבר נדרש להסכמתה של האישה למעשה אישות - ובלא הסכמה יראו במעשה האישות מעשה אונס - די לה לאישה שתביע את אי-הסכמתה באורח קל, ולו מכללא, ואין היא נדרשת למעשה או לדיבור שלמעלה מכך. ואמר על כך השופט ד' לוי בע"פ 235/90, 523 חדד ואח' נ' מדינת ישראל [44], בעמ' 215:

"טרם שאפנה לבחון, אם העמידה המתלוננת את גאסם על חוסר רצונה במגע עמו, אציין, כי פסיקתנו מקלה מאוד בנקודה זו, ולפעמים די אפילו בהתנגדות קלה ביותר, כדי שנכריע ונאמר, כי הנאשם ידע שהוא פועל בניגוד לרצון הנבעלת. כל מקרה ייבחן לגופו, וייתכן שבנסיבות מסוימות די יהיה אף במלים ספורות הנאמרות בלחש כדי להעמיד את הבוועל על טעותו."

ראה עוד והשווה: ע"פ 3179/91 שיאחי נ' מדינת ישראל [45], בעמ' 56 (מפי השופט מצא), וכן דברי הנשיא שמגר בע"פ 585/84 [46] (פסק הדין לא פורסם, ודברי הנשיא מובאים בידי השופט מצא, שם).

נאמן להשקפתי כי עיקר הוא באי-הסכמה - באי-הסכמה ולא בהתנגדות - אוסיף מצדי שאין כל צורך שהאישה תתנגד - אלא אם אי-התנגדותה תתפרש בנסיבותיו של עניין ספציפי כהסכמה מכללא - ודי שלא תסכים ל"הצעה". וכבר אמרנו במקום אחר: ההבחנה בין "בניגוד לרצונה" לבין "שלא בהסכמתה החופשית" תמצא מקומה אי שם במעבה הנטל המשני (הנטל הטאקטי) המוטל על מי מן הצדדים להוסיף ולהביא ראיות. הנטל הראשוני מוטל, כמובן, על שכס התביעה: להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי מעשה האישות היה שלא בהסכמתה של המתלוננת; "ואין היא (התביעה - מ' ח') יכולה להיבנות רק מאי-אפשרותו של הגבר להוכיח על דרך פוזיטיבית הסכמה והעדר כפייה...": ע"פ 65/55 רבצ'יק נ' היועץ המשפטי [47], בעמ' 1377, מפי מ"ח הנשיא השופט חשין. ואולם לעת התייחד שופט עם עצמו, בשוקלו את הראיות כולן ובהטילו על כפות המאזניים, מכאן ומכאן, ראיות אלו ואחרות - פעם על כף זו פעם על כף זו - והכפות נעות מעלה-מטה, יידע השופט כי מעיקרו של דין, בבחינת בינו לבינה, אין מעשה אישות כדין אלא בהסכמת שני בני הזוג, ובמקום שהגבר הוא היוזם - מוטל עליו נטל להראות כי האישה הסכימה למעשה. וכך גם לימדנו Prof. G. Williams, *Textbook of Criminal Law*: (London, 2nd ed., 1983) 131

"The theory of recklessness is that a person is entitled to ignore a slight risk if it is reasonable for him to do so; but it would never be reasonable for a man to ignore even the smallest risk that a woman is not consenting to sexual intercourse. He ought to satisfy himself beyond a doubt that she does consent".

14. נאשמים באיננו מעלים טענת "הסכמה" מצדה של המתלוננת בווריאציות מווריאציות שונות. וריאציה אחת ניתן לאפיינה בטיעון של "תחילתו באונס וסופו בהסכמה". טענה זו מזינה עצמה בהשקפת חיים גברית-מציאוסיטית הגורסת כי אישה -

השופט מ' חשין

א

על-פי טבע בריאתה - יש והייבים להכניע, ובסופם של דברים אישה - כל אישה - נענית מרצונה ומסכימה למעשה אישות (ואף רוצה בו). וריאציה על אותו נושא מזכיר בית המשפט בע"פ 9/45/79, 106 [24]. באותו עניין טענה הסניגורית כי "בתקופתנו המתירנית... יכול היה מיטרני (הנאשם - מ' ח') להבין מהתנהגותה של המתלוננת כי יש בהיענותה להומנתו ובהמשך שהותה עימו בדירה משום הסכמה במקצת" (שס, בעמ' 225). השופט שמגר הגיב בחריפות על טענה זו, וכה אמר, בעמ' 226-227:

ב

"מה שבא לידי ביטוי במקרה זה אינו תולדה של מתירנות כלשהי, אלא של המנטליות של רבים מאלה שהורשעו באשמת אינוס, שלפיה נערה המזדמנת לחברתו של פלוני הגברתן, עושה כן, למעשה, על סיכונה היא, כי לפי תפיסתו היא חייבת לנהוג בכל עת בהסכמה, וזאת לא מתוך שיקולי מתירנות אלא מתוך כניעה לרצונו. זוהי התפיסה שבה אנו נתקלים מעת לעת בבית-משפט זה והיא אינה אלא אחד מביטויי האלימות המצויה, שבה משופעת חברתנו יתר על המידה."

ג

ד

סוג מקרים נוסף יסודו אף הוא בנרקסיזם גברי, ותמציתו בהשקפה הגורסת כי "טרם נולדה האישה שתעמוד בפניי". בסוג זה גוונים מגוונים שונים, ובו האירועים המסוכנים ביותר. טעם הדבר הוא, שבחבורת אירועים זו יש שהאינוס אינו נעשה בברוטאליות, ובשל כך קשה - לעתים קשה מאוד - לסווג את מעשה האישות כאינוס. ובכל זאת המעשה הוא אינוס. כך, למשל, במקום בו מקרב גבר - או נער - את גופו אל גופה של אישה - או נערה - וזו מסרבת לו בדרך שבני תרבות מסרבים לזולתם, והיא באמירת "לא"; זו אומרת "לא", והוא בשלו עד גמירא.

## פזמן הפזמונאי:

ה

"כשאת אומרת 'לא' למה את מתכוונת?  
למה את מתכוונת, כשאת אומרת 'לא'?  
האם ה'לא' הוא 'לא' - ובאמת  
אולי הוא רק 'אולי', אך לא כעת,  
או שה'לא', הוא רק 'עוד לא'  
אולי הוא 'או', אולי הוא 'בוא'.  
כי את אומרת 'לא' כליכך בחן,  
שהוא נשמע לי עוד יותר מזמין מ'כן'."

ו

וכך הלאה (הפזמון "כשאת אומרת 'לא'" מאת ד' אלמגור, 1000 זמר ועוד זמר (כנרת, חלק ב, בעריכת ת' אליגון ור' פסחזון, 1983).

ז

האומנם כך הוא? האומנם "לא" הוא "אולי"? האומנם "לא" הוא "בוא"? האומנם "לא" הוא "כן", ואף "עוד יותר מזמין מ'כן'"? אין ספק בלבנו שהפזמונאי כתב דברים שכתב בחיוך, בקלילות ובבדיחות דעת - בוודאי בכישרון - ואולם מתגנב חשש אל לב כי יש שידאו בדבריו מורה דרך להליכות ולמנהגות, וכאומרים: ממנו נשמע וכן ננהג.

ועל כך נאמר אנו, בלשון צלולה ובלא פקפוק וגמגום: כשאשה אומרת "לא" היא מתכוונת ל"לא" כמשמעותו בחיי יום-יום וכהוראתו במילון. כך אישה, כך גבר, כך ילד, כך ילדה, כך זקן, כך זקנה, כך כל אדם. "לא" הוא לעולם "לא", ואין "לא" שהוא "כן". אין עיוור פיקח ואין שיכור פיכת, אין חכם טיפש ואין ותרן עיקש, אין שחור שהוא לבן ואין לילה שהוא יום – והכול אם מדברים אנו בלשון בני-אדם. "לא" הוא "לא". אישה האומרת "לא" והגבר מתייחד עמה על-אף אותו "לא", הייחוד הוא שלא בהסכמתה והמעשה הוא מעשה אינוס (אלא אם כן סיכמו השניים מראש כי "לא" פירושו בשפתם הפרטית הוא: "כן", כדבר עליסה בארץ הפלאות). פרופ' אסטריך מוקיעה, במאמרה הנ"ל, את מה שהיא מכנה "a 'no means yes' philosophy" (שם, בעמ' 1103), וכך נעשה אף אנו. מתירנות אינה הפקרות, חופש אין פירושו כל דאלים גבר, וזאת נדע כולנו.

לנושא סבירותה של טעות והמחשבה הפלילית בעבירת אינוס

15. חברי הנשיא הטביל עצמו עמוק בסוגיית הטעות בעבירת האינוס, וחלק ניכר מפסק-דינו מקדיש הוא לשאלה אם ניתן ואם לאו לשלב את מבחן הסבירות שבסעיף 17 לחוק העונשין, בעבירת האינוס. חברי נדרש כבר לשאלה זו בע"פ 256/78 [22], בעמ' 590 – ובעשותו כן באותו מקום אסר מלחמה על ההלכה שקבע בית הלורדים, ברוב דעות, בפרשת *Morgan* [59]. פרופ' פלר, שלנו ומשלנו, סובר – כמוהו כהלכת הרוב בפרשת חורגן [59] – כי יסוד הסבירות שבטעות אינו תופש בעבירת האינוס, ועל קשיים הכרוכים בהשקפה זו עומד חברי הנשיא בפסק-דינו.

16. ההכרעה בין שתי השקפות אלו הנוצת ביניהן, אינה פשוטה כל עיקר. מבהינת הדוקטרינה בניקיונה התיאורטי, מיוסדים דבריו של פרופ' פלר והלכת הרוב בפרשת חורגן [59] על תשתית מוצקה. אכן, החלת עקרון המחשבה הפלילית – כהגדרתה, כניסוחה וכהחלתה בדיני העונשין – יורה אותנו כי יש ונכון להתעלם משאלת סבירותה של טעות בעבירת האינוס. "סבירות" – על-פי עצם הגדרתה – משייכת עצמה למשפחה אחרת ממשפחת המחשבה הפלילית שבאינוס; והגדרתה של המחשבה הפלילית בעבירת האינוס – והיא סובייקטיבית לכל אורכה – דוחה כמו מעצמה מבחן אובייקטיבי של האדם הסביר (ראה עוד: ע"פ 862/80 [27], בעמ' 780-783, מפי השופטת בן-פורת). כל כך באשר לצד המשפטי-התיאורטי. מן הצד האחר, טמונה עוצמה רבה בהשקפה האחרת, השקפה הנוטעת עצמה עמוק בצורך אנושי וחברתי דוחק להגן על נשים מפני שוחרי רעה (ואולי גם מפני בתי משפט המאוכלסים גברים שובניסטיים, כהשקפתה של פרופ' אסטריך).

כך, למשל, בהקשות על פרופ' פלר – נושא דגל התורה ה"פוריסטית" של המחשבה הפלילית – מתריס חברי ושואל (בפיסקה 94 לפסק-דינו): מה יהיה דינו של "גברתן פטיכופט – שאינו חולה נפש ואינו מפגר – [ה]מאמין בכנות שהנאנסת מסכימה למגע המיני... [שעה] [ש]נעדרת כל סבירות מאמונתו הכנה קרי אדם סביר, בנסיבות אלה, היה מבחין בכך שאין הסכמה... [ה]תוספות בסוגריים שלי – מ' ח'; ואומר חברי, שאם נשלול את יסוד הסבירות כאמת מידה לבחינתה של הטעות, כי אז יימצא לנו ו"הפטיכופט ה'מאצ'ו' או המוגבל הפרימיטיבי ייצא חופשי בלא כלום, כי לא הייתה לו מחשבה פלילית



א מאחר שהאמין בכנות בקיומה של הסכמה". על כך אומר חברי הנשיא, כי "תוצאה כמתואר היא קשה מבהינת ההגנה על קורבנות עבירה אפשריים...". ראה עוד דברי הנשיא בפסקאות 100 ו-101 לפסקדינו, וכן דברי הלורד טיימון במשפט מורגן [59], שאותם מביא חברי הנשיא בפסקה 95 לפסקדינו.

ב היכן הוא המשפטן - או האדם - שידחה בנקל טיעון זה, והאם אין תוקף להשקפה הגורסת כי מצווים אנו ועומדים - כשופטים - לעשות להגנתן של נשים שאחרת תהינה חסרות הגנה? אכן, למאמרו הנ"ל של פרופ' פלר ישיב המשיב כי יש מדינות תרבות המכירות, אמנם, בעבירה של אינוס "ברשלנות" (אם תרצה: אינוס בלא צורך להוכיח מחשבה פלילית), וכך מצאו אותן מדינות את דרכן להגן על נשים בתחומיהן. ראה, למשל, מאמרו הנ"ל של פרופ' אסטריך, בעמ' 1097-1098, 1133 ואילך.

ג 17. ככל שיכבד עליו הדבר, מחובתו של שופט לפסוק ולהכריע, גם אם לבו חצוי וגם אם יתקשה לבחור אם הימין ואם השמאל. ואולם אני, לא הוטלה עליי כל חובה להכריע ולו מן הטעם שאליבא דכולי עלמא - גם אליבא ד"פוריסטים" וגם אליבא דטוענים לשלום הציבור ולהגנת האישה - יש וראוי ונכון להרשיע את הנאשמים שלפנינו בדינם. בכל הנאשמים כולם - בכל אחד מהם לעצמו - נתקיימו כל דרישות המחשבה הפלילית לפרטיהן ולדקדוקיהן, והרי כל אחד ואחד מהם חייב עצמו בעבירת אינוסה של הנערה. הנאשמים לא טעו בכל עובדה, ונתקיים בהם (במלואו) מבחן המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת אינוס; כך דבר, בין שנכנה אותה מחשבה פלילית כ"עצימת עיניים" שלאחר "חשד" ובין שנכנה אותה בכל כינוי אחר, כדרכם של אחדים, כגון "פזיזות" (recklessness). נתקיים בהם בנאשמים מבחנו של הלורד היילשאם (Lord Hailsham) בפרשת מורגן [59], בעמ' 362, ובלשונו (ההדגשות שלהלן הן שלי - מ' ח):

ד "I am content to rest my view of the instant case on the crime of rape by saying that it is my opinion that the prohibited act is and always has been intercourse without consent of the victim and the mental element is and always has been the intention to commit that act, or the equivalent intention of having intercourse willy-nilly not caring whether the victim consents or not".

כך אף דבריו של אותו שופט במקום אחר בפסק הדין, בעמ' 357:

ז "... if the intention of the accused is to have intercourse nolens volens, that is recklessly and not caring whether the victim be a consenting party or not, that is equivalent on ordinary principles to an intent to do the prohibited act without the consent of the victim".

באותה רוח מדבר בית המשפט לערעורים באנגליה בפרשת Taylor [70], at 332:

"...was the defendant's attitude one of 'I could not care less whether she is consenting or not, I am going to have intercourse with her regardless'? Finally, it can be put even more briefly than that, in rape the defendant is reckless if he does not believe that the woman is consenting and *could not care less whether she is consenting or not but presses on regardless*".

(ההדגשות שלי - מ' ח').

ניתן לאפיין את התנהגות הנאשמים גם בדבריה של הגב' בן-דוד, במאמרה הנ"ל, בעמ' 45-46 (המאמר נזכר על-ידי חברי הנשיא, ובאותו הקשר עצמו, בפסקה 85 לפסק-דינו):

"... מתברר שבסיטואציה האונס מתרחש תהליך דהפרסונליזציה של הקרבן על ידי האנס. האנס מתייחס אל קרבנו לא כאל אדם אלא כאל חפץ - מכשיר לסיפוק תאוותיו, או כאל סימבול המספק עבורו צרכים ומאווים עמוקים וכמוסים".

ובעמ' 47 (בתיאור מקור אחר):

"... האונס הוא ביטוי להפיכת האשה לאובייקט, לרכוש או לבשר".

ובעמ' 48 (בתיאור סוג אנסים על-פי קלסיפיקציה מסוימת):

"עבורם הקרבן מהווה מכשיר לסיפוק מיני או אובייקט מיני גרידא".

הנה כי כן, גם לפי הדגם האחד גם לפי הדגם האחר חייבים הנאשמים בדיון. נוסף עוד זאת ונאמר - על יסוד השערה גרידא - שניתן להניח כי חילוקי הדעות שנתגלעו באשר ליסוד המחשבה הפלילית בעבירת האיננס, הם יותר בתחום התיאוריה מאשר בתחום המעשה, והרשעת הנאשמים בפרשת מודגן [59] עצמה תוכיח; וראה דברי חברי הנשיא (בפסקה 95 ובפסקה 99) לפסק-דינו, באשר להעתקת יסוד הסבירות מן הנאשמים אל חבר המושבעים.

18. אני מסכים לדברי חברי הנשיא על אודות המתלוננת ועל מה שאירע לה. ועוד אני סובר - כמוני כנשיא - כי הנערה לא הסכימה לאשר עשו לה - מוטב נאמר: לאשר עוללו לה - הנאשמים. הנאשמים קלעו את הנערה לסחרור של איומים, והפכו אותה לבובת סמרטוטים שכל המחזיק בה מטלטל אותה כרצונו אנה ואנה, ימין ושמאל, מעלה מטה. הסכמתה או אי-הסכמתה לא נחשבו בעיניהם - לא אי-הסכמתה, לא התנגדותה, לא קיפאונה, לא אדישות הרובוט שלה - ומאימתי שואלים את הקנקן מה ייצקו לתוכו? אכן, נתקיימו בהם בנאשמים כל יסודות המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת איננס, והרי הם חייבים בדינם.

אפילו

וכך צעק אופיר מעבר לדלתו של תומר, בעת שתומר התייחד עם המתלוננת:

"תומר, תוציא את הזונה הוה מהחדר שלך ותביא אותה לחדר שלי" (עמ' 23 לפרוטוקול).

א

"זונה תצאי".

כך זוכרת המתלוננת את הקריאה אליה לבוא לחדרו של אופיר. כל כך באשר לאישום השני. כך אף באשר לאישום הרביעי, והוא בפרשה שהייתה בחדרו של אופיר. אריק ושלום עלו לחדרה של המתלוננת, ואריק צעק אליה מאחורי הדלת (בעמ' 26-27 לפרוטוקול):

ב

"בואי לחדר של אופיר, אופיר רוצה לדבר איתך".

ובהמשך (בעמ' 27):

"אז הם התחילו לדפוק בדלת ולצעוק: יללה יה זונה תצאי החוצה".

ג

ומוסיפה המתלוננת (שם):

"הסכמתי ללכת לחדרו של אופיר בגלל שהם התחילו לצעוק שם: זונה תצאי החוצה. לא רציתי שהילדות מהחדר מולי ישמעו. פשוט פחדתי".

ד

לא גדרשתי לזמן רב כדי להיזכר היכן שמעתי באוזני רוחי דברים אלה, ואני ילד-נער. וכך אירע לו ללוט שאירח בביתו את שני המלאכים והוא בסדום (בראשית, יט, ד-ה[א]):

"... ואנשי העיר אנשי סדם נסבו על-הבית מנער ועד-זקן כל-העם מקצה. ויקראו אל-לוט ויאמרו לו איה האנשים אשר-באו אליך הלילה הוציאם אלינו ונדעה אתם".

ה

וכך היה אף באירוע הנורא של פילגש בגבעה (שופטים, יט, כב[ב]):

"... והנה אנשי העיר אנשי בני-בליעל נסבו את-הבית מתדפקים על-הדלת ויאמרו אל-האיש בעל-הבית הזקן לאמור הוצא את-האיש אשר-בא אל-ביתך ונדענו".

ו

הכסדום היינו, לבני בנימין בגבעה דמינו?

ז

השופט א' גולדברג: 1. כמשפטנים נוטים אנו לתפוס יחסים בין בני-אדם במושגים שמעולם המשפט, שבו אנו אמונים, ותוך קיטלוג משפטי של יחסים אלה אנו מבקשים לקבוע את נורמת ההתנהגות הראויה להם. אולם ישנם יחסי אנוש שמיונם בקטיגוריות משפטיות אינו יאה להם, כיוון שהנורמות השולטות בהם מצויות במסגרות ערכיות אחרות (כגון אלה שבמוסר ובנימוסים). סיווג משפטי של אלה משבש את ההבחנה בין נורמה משפטית ולבר-משפטית, וגורם ערפול בין הסנקציות החברתיות והמשפטיות.

2. דברים אלה יפים שבעתיים כשמדובר בתחום כה עדין, רגיש ואינטימי, של דרך גבר בעלמה. היקש מתחום דיני התווים לתחום האמור, כפי שעושה חברי הנכבד, השופט חשין, ממסגר יחסים אינטימיים שבינו לבינה במשבצת משפטית שאינה יאה לו.

הכלל כי "לא" פירושו "לא", ו"כן" פירושו "כן", יפה לדיני חושים, בהם הוודאות המשפטית מחייבת כי בהצעה ובקיבול "שלטו" שני צבעים בלבד, שחור ולבן. לא כן ביחסי אישות ובהקדמות להם, בהם תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי-הסכמה, שגוניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם. ובל נשכח כי ענייננו לא באנס אשר כופה בבירור את רצונו על אישה. שם הבעיה אינה מתעוררת כלל, והנסיבות מדברות בעד עצמן, גם אם תאמר האישה "כן" שהוא כפוי מעיקרו. עיקר הבעיה באותם מקרים שבתחום האפור. האם במקרה כזה ראוי לדבר על "נטלים"? האם אכן על הגבר "הנטל לבקש הסכמתה של האישה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה", כדברי השופט חשין, כאילו עסקנו בכריתת חוזה? (ומדוע לא נדרוש כי החוזה יהא בכתב?). ומרחיק חברי ואומר כי "במקום בו עולה ספק אם הסכימה האישה למעשה אישות - או אם לא הסכימה - המסקנה חייבת להיות כי מעשה האישות היה שלא בהסכמה". אפשר, אף-על-פי שאיננו אפטרופסים על העריות, כי עצה טובה היא לגבר כי ינקוט כלל שעל השמא לגבור על היצר. ואם תרצה, אמור לו: לברי הבט ואל תפן ליצר. או אז גם יהא גיבור, שהרי כבש את יצרו. אולם לא באתיקה אנו עוסקים אלא בפילוסופיה, ולא ידענו כי באלה פועל הספק לרעת הנאשם, ולא שמענו כי עליו הנטל להוכיח את חפותו, וכי "במקום שהגבר הוא היוזם - מוטל עליו נטל להראות כי האשה הסכימה למעשה".

3. שתי נקודות מוצא לדיון (שהוא עיוני בלבד בענייננו, ואינו משליך על תוצאות הערעור), בכל הנוגע לטענה שמעלה נאשם כי טעותו לגבי הסכמת האישה הייתה טעות כנה. האחת, כי האישה אכן נבעלה שלא בהסכמתה החופשית, והשנייה, כי בית המשפט אכן קיבל את טענת הנאשם.

לא למותר לומר כי בדברנו על טעות כנה של הנאשם, הרי שדיבור זה בא להוציא "עצימת עיניים" מצדו. שאין "עצימת עיניים" (או: "עוורון מכוון") יכולה לדור בכפיפה אחת עם טעות כנה. שהרי "עצימת עיניים" פירושה כי "הנאשם חסד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל וילא רצה לדעת", פן תתאשר העובדה ואזי לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, שידע עליה" (ד"נ 8/68 המספרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה [48] בעמ' 546). ולא זו בלבד, אלא שיש ש"עצימת עיניים" מתבטאת ב"התממות" (ע"פ 135/73 [31], בעמ' 615), או בחוסר נכונות "מלראות נכוחה דברים המודקרים לעין כל" (ע"פ 621/76 [33], בעמ' 70).

בענייננו, "עצימת עיניים" הינה הרחבה של מושג הידיעה הממשית של הנאשם, כי בעילתו נעשית שלא בהסכמתה החופשית של האישה. כשהיסוד הנפשי הנדרש בעבירת אינוס היא מודעותו של הנאשם על היעדר ההסכמה.

4. אוסיף ואומר כי טעות כנה מצד הנאשם גם אינה יכולה להתיישב עם "חלל תודעתו" אצלו בדבר קיומה של ההסכמה, שעה שהיה אדיש לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, לא הקדיש לה מחשבה ונטל סיכון מודע כי ההסכמה לא נתונה. שכן "אינו דומה

א האדם שהיה שרוי במצב נפשי שכזה לאדם שחלה אצלו טעות בעובדה רלבנטית" (פרשת אבורביעה [13], בעמ' 2931). "חלל תודעתי" כזה, מקום בו היעדר הסכמה עומד ביסוד העבירה, כמוהו כמצב נפשי של הימנעות מכוונת מבדיקת המצב לאשורו ומבירורו, וכהתעלמות מודעת מן האפשרות בדבר היעדר הסכמה. מכאן שניתן לראות גם "חלל תודעתי" כנמנה עם "עצימת עיניים". הוא הדין במצב שבו קיווה הנאשם כי ההסכמה נתונה, אולם נמנע ביודעין מבדיקת עובדה זו, אף-על-פי שידע, כידוע לכול, כי בלעדי ההסכמה נעברת עבירת אינוס. בכך הכניס עצמו לסיכון מחושב להיעדר הסכמה, שגם אותו ניתן לסווג כ"עצימת עיניים". בכל אחד משני המקרים, ולא רק במקרה של "חלל תודעתי" של אי-אכפתיות, נעדר הטעם האתי-מוסרי לעקרון הטעות, ה"טמון בהנחה, שאילו היה יודע הנאשם, בשעת מעשה, את פני הדברים לאשורם, היה נמנע מלבצע את המעשה הנדון" (פרשת אבורביעה [13], בעמ' 2934). בכל אחד מהמקרים הייתה החלטתו של הנאשם נחושה לבצע את מעשהו בכל מחיר, תוך התעלמות מכוונת מהעובדות לאמיתן, ותוך הליכה לקראת הסכנה מדעת.

ג "... כך שאין לומר עליו שהיה נמנע מלעשות כן, אילו ידע מראש את פני הדברים לאשורם. במלים אחרות, לא קיימת כל סיבה מוסרית או הגיונית להבדיל בינו לבין האדם, אשר בזמן שגמר בלבו להגשים את המטרה הפלילית, ידע את העובדות הרלבנטיות כהווייתן..." (שם, בעמ' 2935).

ד 5. אם עבירת אינוס היא עבירה של מחשבה פלילית, מבחינת היסוד הנפשי, ואם היא עבירה של התנהגות, מבחינת היסוד העובדתי, דהיינו, כי על הנאשם להיות מודע להיעדר ההסכמה, הכיזד ניתן לומר כי בנוסף לטעותו הכנה צריכה הטעות להיות כזאת גם בעיניו של אחר, הוא האדם הסביר? האם אין בחיבורו של יסוד אובייקטיבי ליסוד הסובייקטיבי משום חיבור מין (תרתי משמע) בשאינו מינו? על הקשיים שבגישה זו עמד פרופ' פלר, בספרו הנ"ל, כרך ב (תשמ"ז) 529 ואילך, והמעין יעיין שם, ולא אוסיף.

ה אכן, סעיף 17 לחוק העונשין, שעניינו טעות בעובדה, דורש את קיומן המצטבר של כנות וסבירות, אולם בסייג שבסיפא "כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". הוראה אשר כזאת טבועה ביסודות עבירת האינוס, כמבואר לעיל, כשהחלת הרישא של סעיף 17 גם עליה משמעה שלילת היסוד של מחשבה פלילית מעבירה זו (ומעבירות אחרות של מחשבה פלילית) והצבתה בשורה אחת עם עבירות של רשלנות. ואם הפעלתו כלשונו של סעיף 17 "מוליכה לידי אבסורד, מן הנמנע שלא להחזיר לחוק את ההיגיון הפנימי, אם רוצים בתחולתו ולא בעקיפתו" (פלר, שם, בעמ' 531).

ו עליכן, בעבירת אינוס תשמש הסבירות אמת מידה ראייתית לבחינת כנותה של הטעות שלה טוען הנאשם, ולא כיסוד עצמאי המצטבר לטעות הסובייקטיבית (וראה מאמרו של הנשיא אגרנט, בעמ' 47-48).

6. אכן, לא הערכתו הסובייקטיבית של נאשם זה או אחר תקבע את הנורמה המוסרית, ולא "הפסיכופט המאצ'ו" או המוגבל הפרימיטיבי" (שעליהם דיבר חברי הנשיא), הם

שימשו דוגמה להתנהגות הראויה. אולם איני סבור כי מכאן עלינו להגיע למסקנה הקיצונית, כי כדי להגן על קורבן העבירה יש להטיל גם על אלה את הסנקציה הפלילית הקבועה בעבירה שהיטוד הנפשי שלה הוא מחשבה פלילית, אף שיטוד זה נעדר מהם כליל.

א

הדרישה לסבירות הטעות, כיסוד מהותי, במצטבר לטעותו הכנה של הנאשם, כמוה כפגיעה בעיקרון כי באין אשמה, אין המעשה הופך את העושה לעבריין. הוא הדין אם נחיל את העיקרון של "עצימת עיניים", כל אימת שהחשד כי האישה אינה מסכימה לבעילה צריך היה לעלות במוחו של אדם סביר, כגישתו של חברי הנשיא, דהיינו, כי אף אם הנאשם עצמו לא חשד שהסכמת האישה אינה נתונה, נרשעו בדין, כיוון שהנסיבות היו מעלות חשד כזה בעיניו של אדם סביר. עליפי גישה זו מעמידים אנו את היסוד האובייקטיבי, כיסוד מהותי יחיד, לעבירה שכל כולה מבוססת על הלך מחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם. לגישה זו אין בידי להסכים, שכן היא משמיטה את הקרקע ממהותה של העבירה כעבירה של מחשבה פלילית.

ב

בהקשר זה מן הראוי להביא את דבריו של פרופ' פלר, בספרו הנ"ל, כרך א, בעמ' 488:

ג

"המשמעות האנטי-חברתית של העבירה נובעת רק מכך שהיא נעברה מתוך יחס סובייקטיבי שיש בו סוג האשמה הדרושה להתהוות אותה העבירה. באשמה זו מתבטא... הקונפליקט האידיאולוגי בין החברה שאסרה על ביצוע העבירה לבין העושה שהפר את האיסור. באין אשמה... נעדר המעשה אנטי-חברתיות, אפילו גרם לנוק מטריאלי" (ההדגשה שלי - א' ג').

ד

איני מקל ראש בצורך של החברה להגן על ערכיה הנתונים בסכנה. אולם ההגנה על האינטרס הנפגע אין משמעו הסרת ההגנה מן הנאשם שטעה טעות כנה לגבי העובדות, או כשאלה לא העלו בלבו, ולו קצה חשד, לגבי ההסכמה, עד להפללתו בשל מחשבתם של אחרים, בעבירה שבמתכונתה הקיימת יסודה במחשבה פלילית.

ה

סבורני, כי את האיזון בין הצורך להגן על החברה לבין השמירה על זכויותיו של הנאשם ניתן למצוא בשניים: בכך שנראה בסבירות אמת מידה, שלפיה יש בידי בית המשפט לבחון את אמיתות טענתו של הנאשם כי טעה טעות כנה או כי לא חשד באי-הסכמה, וכן בכך שנרחיב את העיקרון של "עצימת עיניים", כתחליף לכוונה, ונחיל אותו גם על "מעין-חשד"; דהיינו, בעת שהייתה אדישות מצד הנאשם לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, או שהוא רק קיווה כי ההסכמה נתונה, ולקח על עצמו סיכון, כשבשני המקרים נשקלת מחשבתו של הנאשם, ולא של זולתו. דומני כי עד כאן קצה גבולנו, כפרשני החוק המצוי, ומכאן ואילך על המחוקק לומר את דברו, אם רצונו בכך.

ו

7. לגופם של דברים, אני מצרף דעתי לדעת חברי הנשיא כי דין הערעור להתקבל כאמור בחוות-דעתו. שכן לא יכול להיות ספק כי המשיבים בוודאי "עצמו את עיניהם", בחוסר נכונותם לברר אם המתלוננת, הקטינה, מסכימה לקיום מגע מיני בנסיבות שעיוותו כל נורמה חברתית מקובלת, ולא ניתן להניח כי נסיבות אלה אפילו לא הדליקו

ז

אצלם "נורה אדומה" כי אפשר שהסכמתה אינה נתונה. הם העדיפו להתעלם מאפשרות כזאת שהודקרה לעין כול, ובוודאי גם אצלם, כבני דעת, ובחרו שלא לעמוד נכוחה מול פני המציאות.

א

הוחלט כאמור בפסקי-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ה בכסלו תשנ"ד (9.12.93).

ב

ג

ד

ה

ו

ז