

בית הדין הצבאי לערעורים

אלוף בן-ציון	פרחי - אב"ד
תא"ל אורי	שהם - שופט
אל"ם יורם	צלקובניק - שופט

בענין: מ/3451708 טור' יעקובוב אליעזר - המערער (ע"י ב"כ, עו"ד ניסים בלאס)

נגד

התובע הצבאי הראשי - המשיב (ע"י ב"כ, סרן דוד שבי)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המהוזי במחוז שיפוטי דרום שניתן בתיק דר/62/94 (סא"ל אלישע כספי - אב"ד; רס"ן חמד חיים - שופט; רס"ן סעדון מישל - שופט). ניתן 22/2/95. הערעור (הכרעת דין) נדחה.

פסק דין

פתח דבר

1. ארוע קצר, אשר החל והסתיים תוך כדקה אחת, הביא את המערער, טור' יעקובוב אליעזר, אל ספסל הנאשמים בגין ביצוע עבירות של מעשים מגונים ומעשה סדום. לאחר משפט ממושך הורשע המערער, חרף כפירתו באשמה, בשלוש עבירות של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. יצויין כי רק לגבי אחת העבירות (זו המופיעה בפרט האישום הראשון) היתה תמימות דעים בין כל השופטים, כאשר ההרשעה בשתי העבירות הנוספות ניתנה ברוב דעות.

בעקבות הרשעתו בדין, גזר בית הדין דלמטה על המערער 24 חודשי מאסר מהם שישה חודשים לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו, והיתרה על תנאי שלוש שנים.

כמו כן, הפעיל בית הדין קמא עונש מאסר מותנה בן 18 חודשים, שהיה תלוי ועומד נגד המערער (ת"פ 7162/90 של בית משפט השלום בתל אביב). בית הדין החליט "כענין של חסד ובשל תקופת המאסר הממושכת שהנאשם צפוי לה ממילא", כי עונש המאסר בפועל שהטיל ירוצה בחפיפה מלאה לעונש המופעל. התוצאה היא, איפוא, כי על המערער לרצות - על פי קביעת הערכאה הראשונה - שנה ומחצה בכליאה ממשית בניכוי ימי מעצרו. ביצוע עונש זה נדחה עד להכרעה בערעור.

הערעור שבפנינו מתמקד בשאלת ההרשעה בלבד, מאחר שכאמור, בית הדין לא החמיר עם המערער מעבר להטלת תקופת מאסר הנובעת מהפעלת העונש המותנה. ב"כ המערער, עו"ד בלאס, טוען כי לא היה כל בסיס להרשעתו של מרשו. בעשיית מעשים מגונים, במתלונן, בין משום שהלה הסכים למעשים ובין משום שהמערער טבע בטעות כי קיימת הסלמה מצידו. טעונו המפורטים של הסניגור בהקשר זה יובאו וידונו על ידינו בהמשך.

נתקבל  
1998  
יום

התשתית העובדתית

2. המסגרת העובדתית נלמדת כל כולה מפיו של המתלונן, טור' יניב. זאת מאחר שהמערער הכחיש קשר מיני כלשהוא עם המתלונן - כך בחקירתו במצ"ח וכך בעדותו בבית הדין. אין חולק כי גירסתו המכחישה של המערער בשקר יסודה, והדבר מוסבר ברקעו התברתי והמשפחתי ובמבנה אישיותו, המונעים ממנו להודות בנטייתו ההומוסקסואליות. (ראה תוות דעתו של הפסיכיאטר ד"ר משה איזק - 7/ס).

ב"כ המערער מסכים כי "צדק בית הדין קמא כאשר, כמסקנה עובדתית, אימץ את גירסתו של המתלונן בכללותה" (ע"מ 2 להודעת הערעור). עם זאת, סבור הסניגור כי בכל מקום בו נמסרו תיאורים שונים מפיו של המתלונן, יש להעדיף את הגירסה הנוחה יותר למערער.

נציין כבר עתה כי איננו רואים כל בסיס של ממש לסטות מקביעותיו של ביה"ד במישור העובדתי. אותן קביעות מבוססות בעיקרן על עדותו המהימנה של המתלונן בביה"ד, וגם אם ניתן למצוא הבדלים כלשהם בין העדות לבין דבריו במצ"ח, הרי שמדובר בעניינים שוליים שאינם יורדים לשורשו של ענין. עוד נוסף, כי אף אנו התרשמנו, כמו ביה"ד קמא, כי המתלונן לא ניסה להפריז בתאור הארוע ולהחמיר את מימדיו, חרף העובדה כי גירסתו היתה הגירסה הממשית היחידה, עקב הכחשתו הגורפת והכוזבת של המערער.

3. בחודש אוק' 1993 שרת המתלונן, חייל בשרות חובה כבן 19 שנה, באחד מבסיסי צה"ל בדרום הארץ. עקב רגישות כלשהי בעורו נמנע המתלונן מלחשוף עצמו לקרני השמש, ולפיכך שימש כמאבטח שתפקידו לערוך סיורים בבסיס ובסביבותיו בשעות הלילה.

בתאריך 5 אוק' 1993, בסמוך לשעה 00:45, שהה המתלונן בחדר קצין תורן בבסיס, בהמתינו לחיילים נוספים אשר אמורים היו לצאת עימו לסיור. תוך כדי המתנה, הבחין המתלונן באדם בלתי מוכר אשר נשא עימו ארגז מזון. אותו אדם, שבדיעבד הסתבר כי הינו המערער, הציע למתלונן להצטרף אליו לתדר הנהגים לשתיית קפה, והמתלונן נענה להצעה.

זה המקום לציין כי המערער שימש כנהג בבסיס במסגרת שירות מילואים. המערער נשוי ואב לחמישה ילדים וגילו בעת הארוע היה 32 שנה.

תוך כדי לגימה מהקפה שהכין המערער, התפתחה בין השניים "שיחה נעימה", כהגדרת ביה"ד קמא. באותה שיחה סיפר המערער למתלונן על משפחתו ועל עיסוקיו, ואילו המתלונן תאר את תחביביו וגלש לנושאים אחרים.

אותה שיחה נמשכה כשעה עד שעה ומחצה, מאחר שהקצין אשר היה אמור להצטרף לסיור בושש לבוא.

במהלך השיחה הרבה המערער להחמיא למתלונן באומרו "אתה תמוד" או "הלוואי שהיה לי בן כמוד" ואף צבט בלחיו וטפת על ירכו - כמעשה של חיבה. בהמשך, הטה המערער את השיחה לענייני מין - וכך מתוארים הדברים בעדותו של המתלונן:

"הוא שאל אותי מתי פעם אחרונה 'גמרתי' אמרתי - שמע יש לי חברה שנתיים וביום ראשון שכבתי איתה. התחלנו לדבר על מין, התחיל לדבר איתי שיש לו בחורות מבאר שבע והציע לי לצאת מהבסיס למחרת בשעה 17:30 והוא יסדר לי בחורה יפה מאופקים ואמר לי שהיא אנהבת גברים עם איבר מין גדול... אז הוא אמר לי 'כמה ס"מ יש לך' אמרתי לו 'בערך 20' ואמר 'בוא נראה' והושיט ידיים למכנסיים. אמרתי לו, אני אראה לך רק בלי ידיים. הוא שאל למה אני מתרגש אמרתי שאני לא מתרגש רק בלי ידיים. הוא שאל אם אני מתבייש, אמרתי שלא רק בלי ידיים". (עמ' 15 לפרוטוקול).

לאחר שהמערער הטית במתלונן כי "אינו גבר" (או דברים בדומה לכך), החליט המתלונן לעמוד באתגר וחשף את אבר מינו לאחר ששלל את מכנסיו ותחתוניו. על מנת להגיע למימדים האופטימליים, החל המערער לחכך בידו את אבר מינו ובשלב זה תפס המערער באבר המין וכעבור שניות אחדות הכניסו לפיו וביצע מספר תנועות של מציצה. את אשר התרחש עובר לאירוע זה, מתאר המתלונן כך, בעמ' 15-16 לפרוטוקול:

40/95/ע

מוגבל

"הוצאתי אותו והתחלתי להעמיד אותו והוא שלח ידיים והתחיל לגוע, העפתי לו את הידיים והוא שוב תפס לי אותו ביד ואמרתי לו די, הזזתי ידיים אך המוח שלי התבלבל לי בפנים נכנסתי לפריז והקפאה, נכנסתי לחדרה עמוקה לא יכול לזוז. מזיז ידיים בלי כוח. אחרי שניה שתיים הרגשתי שהוא יורד לי" (פעולת מציצת אבר המין בעגת המתלונן - הערת ביה"ד).

ביה"ד דלמטה בחר שלא לקבוע ממצא באשר לפעולותיו של המתלונן מרגע חשיפת אבר המין ועד לשלב בו הוכנס על ידי המערער לפיו. ביה"ד קבע, אומנם, כי המתלונן "הדף בכח" את ידי המערער שעה שזה ניסה לפתוח את כפתורי מכנסיו, אולם לגבי המשך הדברים אומר ביה"ד דלמטה כהאי לי שנא:

"יתכן - אם כי בעניין זה אין אנו רואים חובה לקבוע ממצא - כי יניב הסתייג מן המעשה (הכוונה לפיפת אבר מינו בידי המערער - הערת ביה"ד) והשמיע דברים של מתאה, או אף ניסה להרחיק את הנאשם ללא הועיל" (עמ' 2 לפסה"ד, ההדגשה שלנו).

נאמנים לשיטתנו כי קביעותיו העובדתיות של ביה"ד דלמטה הם אשר ישמשו בסיס לדיון בערעור זה, נצא מתוך הנחה כי המתלונן חדל מהתנגדות פרוזיטיבית לאחר שהמערער אחז באבר מינו, ומשלב זה ואילך היה פסיבי עקב מצב "קיפאון" אליין נכנס, בשל "הצפה" בתחושות פחד, חרדה או זעם כתוצאה מהסיטואציה אליה נקלע (ראה חוות דעתו של ד"ר רס"ן הרמן, רמ"ד פסיכיאטריה במרכז בריאות הנפש - ת/8).

עם זאת, ראה ביה"ד דלמטה לקבוע כי בשלב בו היה אבר מינו בפי המערער "יניב הזיז את ראשו של הנאשם, אם כי לא בכוח ניכר ואף לא אמר דבר" (עמ' 2 לפסה"ד).

4. בשלב הבא, ניסה המערער, אשר הפשיל בינתיים את מכנסיו, להכניס את אבר מינו שלו לפיו של המתלונן, אך זה חשק את שיניו כך שהמערער הצליח להתדיר את אבר המין בין שפתי המתלונן ולכיוון לחיו. מיד לאחר מכן, הדף המערער את המתלונן אל מיטה שהיתה בחדר, שכב עליו, וחיכך את איבר מינו בזה של המתלונן. ביה"ד מצייין כי "במהלך התכחות זו פיסק המתלונן את רגליו וכופף את ברכיו מעט. עיניו היו עצומות" (עמ' 3 לפסה"ד). את המשך ההשתלשלות מתאר המתלונן במילים אלה:

"לאחר מכן ניסה להתדיר את אבר מינו לפי הטבעת. הרגשתי כאב, לא יודע אם היתה או לא החדרה אך הרגשתי כאב החדרה - זה העיר אותי מהפריז. העפתי אותו מעלי. יצאתי החוצה". (עמ' 16 לפרוטוקול).

עם צאתו של המתלונן אל מחוץ לחדר, יצא אתריו המערער ושאלו "למה שינית פרצוף?" והוסיף "בוא נלך למקלחת עם סבון, לא יכאב לך". משהבהיר המתלונן למערער כי אינו מעוניין בכל קשר מיני עימו, הציע המערער תשלום במידה שיתרצה לו, ולאחר מכן עבר לשלב של איזמים בפגיעה פיזית במתלונן.

המתלונן, אשר תחושתו היתה קשה עקב ההתרחשויות בחדר הנהגים, העיר אחד מחבריו וסיפר לו כי נאנס ובהמשך בכה, הקיא והתקשה להרדס עקב סערת רוחו. למחרת היום סיפר המתלונן את הקורות אותו למפקדו ולמש"קית הת"ש, ובעקבות כך נפתחה חקירת מצ"ח נגד המערער. עד כאן תאור החלק העובדתי, שהובא על ידינו באריכות מה, בשל קשיבות הדברים להכרעה בעניינו של המערער.

קביעותיה של הערכאה הראשונה

5. בביה"ד קמא התגונן המערער בשלוש טענות חלופיות. הטענה האחת נסמכת על גירסתו של המערער ועיקרה הוא כי הלה לא ביצע במתלונן מעשים מגונים כלשהם. הטענה השניה מבוססת על ההנחה כי העדר כל התנגדות מצידו של המתלונן למעשים המיניים אשר נעשו בגופו, מבטאת הסכמה מצידו. אותה הסכמה יכול שנבעה מתוך "שימץ של סדרנות הומוסקסואלית גם אצל יניב" (ראה חוות דעת מומחה ההגנה, היסיכיאטר ד"ר זינק - עמ' 10/11).

40/95/ע

מוגבל

הטענה השלישית והעיקרית הינה כי המערער טעה לחשוב והאמין בכנות כי המתלונן מסכים ומשתף עימו פעולה בעשיית המעשים, וטעות זו מחייבת את זיכוי של המערער מכל האשמות.

ביה"ד דלמטה דחה מכל וכל את שתי הטענות הראשונות בקובעו כי "לאו טענות הן", ולפיכך התמקד בדיון בטענה השלישית. לעניין זה גרס ביה"ד כי על פי הדין החל "די לצורך הוכחת ההגנה של טעות בעובדה כי הנאשם האמין בתום לב (בכנות) כי הצד שני לארוע מסכים למעשים". עוד הוסיף ביה"ד כי: "הסבירות משמשת כאחד הכלים לבחינת כנות האמונה אך אין משמשת כנדבך נוסף במבנה הכנות שבבסיסו". (עמ' 8 לפסה"ד, - ההדגשה במקור).

על רקע זה, פנה ביה"ד לבחון את טענת הסניגור לפיה טעה מרשו לחשוב כי המתלונן מסכים לקיום קשר מיני הומוסקסואלי עימו. טענה זו מתבססת בעיקר על שני יסודות והם מעשה האוננות של המתלונן לנגד עיני המערער והעדר כל התנגדות מצידו להמשך המשחק המיני. כראיה להלך מחשבתו ולמצב תודעתו של המערער, הצביע הסניגור על אמירתו למתלונן "מדוע שינה פרצוף", דבר המלמד כי המערער סבר באמת ובתמים, כי המתלונן שינה את דעתו לאחר נסיון החדירה הכושל.

ביה"ד דלמטה היה מאוחד בדעה כי "הנאשם לא הרים את הנטל המוטל עליו לשכנע כי כאשר אחז בידו את אבר מינו של יניב והכניסו לפיו, האמין כי המתלונן מסכים לקיום יחסי מין עימו" (עמ' 8). ביה"ד גרס כי, בשלב זה, לא היה כל בסיס לאמונה מצידו של המערער כי המתלונן מסכים לקשר מיני, ואת עמדתו הנפשית ניתן לאפיין "(כ) אדישות להסכמתו של יניב, או נטילת סיכון כי אותו נסיון פיתוי יתקבל לבסוף בנפש חפצה" (עמ' 9 - ההדגשה במקור). לפיכך נקבע, פה אחד, כי הוכחה אשמתו של המערער בכל הנוגע לפרט האישום הראשון.

6. אשר לפרטי האישום הנוספים נתפלגו דעות השופטים. שניים מהשופטים גרסו כי אין לפצל את הארוע המיני הקצר לפרקי משנה, תוך שחרורו של המערער מאחריות מחמת הספק. לדעת שופטי הרוב, כאשר ראשיתו של הארוע המיני בחטא "ראוי לראות גם את יתרת המעשים המיניים כמעשים שנעשו ללא הסכמת הקורבן". (עמ' 9). שופטי הרוב מוסיפים כי המערער פעל במהירות רבה מבלי שנתן דעתו למצבו של המתלונן, שאתרת היה מסתבר לו עד מהרה כי הלה מצוי בהכרה מעורפלת ומגלה פסיביות בולטת. לפיכך, אין כל מקום - לגישת שופטי הרוב - להניח כי המערער האמין "כי בקטעים האחרונים של הארוע הסכים לו יניב". כפועל יוצא מעמדתם זו של שני שופטי הרוב, הורשע המערער בשני אישומים נוספים של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין.

שופט המיעוט סבר כי התנהגותו של המתלונן עשויה היתה "להוביל אף אדם סביר - וודאי אדם בנתוניו של הנאשם - להניח כי יניב התרצה לו". (עמ' 10). בין היתר, מונה שופט המיעוט את עצימת העיניים, פיסוק הרגליים וכיפופם על ידי המתלונן, "כך שנתאפשרה לנאשם גישה אל פי הטבעת של יניב". לדעת שופט המיעוט, לא היה המערער יכול לדעת את מצבו הפסיכולוגי של המתלונן ו"יתכן כי דימה בתום לב כי מיומנותו המינית אכן שיחקה לו והוא הצליח למצוא נתיבות אל ליבו של יניב". לאור האמור, הציע שופט המיעוט לעמיתיו לזכות את המערער מחמת הספק משתי העבירות הנוספות "תוך פיצול הארוע לשני פרקים עובדתיים במעמד משפטי שונה". (עמ' 10).

הערער

7. בערעורו בפנינו שב ב"כ המלומד של המערער וחזר על הטענות אשר העלה בפני הערכאה הראשונה, לבד מזו המכתישה את עצם עשיית המעשים המגוונים. לדעת הסניגור, מדובר באירוע הומוסקסואלי אשר התרחש בין שני בוגרים, שחמילתו שיהות בנושאי מין, המשכו בצביטות וליטופים. וסופו בנסיון החזרת אבר מיני של המערער לפי הטבעת של המתלונן.

הסניגור מוסיף וטוען כי במהלך האירוע כולו שידר המתלונן הסכמה וכך נקלטו הדברים בתודעתו של המערער. כך היה כאשר המתלונן הוריד את מכנסיו ותחתונתו לנגד עיני המערער; אותו הכיר זמן קצר ביותר לפני כן, ואף אונן לנגד עיניו; ובעיקר בהמשך, כאשר לא הביע כל התנגדות למעשיו של המערער ואף עצם את עיניו.

לגישת הסניגור, ניתן לקבוע, בהתאם לאמור בחוות הדעת ס/7, כי המתלונן אכן הסכים לעשיית המעשים מתוך סקרנות ולאחר מכן ניחם על מעשיו, דתף את המערער הגוהר מעליו ויצא אל מחוץ לתדר. לחילופין, נטען כי המערער פרש בטעות ומתוך אמונה כנה את התנהגותו של המתלונן כהסכמה. לדעת הסניגור, לא היה מקום לפצל את האירוע למרכיבי משנה אלא שיש לראותו כמקשה אחת, ולעניין זה מוסיף הסניגור כי אותו אירוע נקטע ברגע בו הביע המתלונן את התנגדותו להמשך הקשר המיני, בהודפו את המערער.

הסניגור ביקשנו לראות את פעולותיו של המערער כמעשים לגיטימיים לשם השגת קשר מיני, כאשר מנסה הוא למצוא מסילות לליבו של המתלונן בשלבים איטיים וזהירים. המתלונן בהתנהגותו שכנע את המערער כי הינו מעוניין בקשר זה, ועל כך אין לו למתלונן אלא להלין על עצמו. לשיטת הסניגור, אין לראות את הארוע במשקפיים הטרוסקסואליות אלא להניח עצמנו בנעליו של המערער המבקש ליצור קשר הומוסקסואלי מזדמן, ובנסיבות שהתהוו היתה התנהגותו סבירה והגיונית. כתנא דמסייע לגישתו, שב הסניגור ומדגיש את טרונייתו של המערער בדבר "שינוי הפרצוף" - דבר המוכיח, לגישתו, את כנות אמונתו.

על יסוד טענותיו אלה, ביקש הסניגור כי נורה על זיכוי של מרשו מכל העבירות בהן הורשע.

עשיית מעשים מגונים (סעיף 348(ג) לחוק העונשין) - הרובד המשפטי

8. סעיף 348(ג) לחוק העונשין קובע לאמור:

"העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו אך שלא בנסיבות המנויות בסעיף 345, דינו מאסר שלוש שנים". (ההדגשה של ביה"ד).

על התביעה להוכיח את יסודותיה הפיזיים של העבירה, דהיינו: עצם עשיית המעשה המגונה והעדר הסכמתו של קורבן העבירה, אשר יכול שיהיה גבר או אשה.

המדובר, כמובן, בעבירה של מחשבה פלילית וזו אוצרת בחובה מודעות בפועל לטיב הפיזי של ההתנהגות ולקיום הנסיבות הרלבנטיות (ראה פרופ' ש"ז פלר, אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת אגב, משפטים י' עמ' 373 בעמ' 386). באופן קונקרטי יותר, על התביעה להוכיח את מודעותו של הנאשם להעדר הסכמתו של קורבן העבירה לעשיית מעשים מגונים בגופו.

אשר ליסוד "העדר ההסכמה", הרי שזה ניתן להוכחה בדרכים שונות ואין עוד צורך.

"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 העדר הסכמה שאינו כולל התנגדות פיסית סבירה, אלא הבעת שלילה מילולית גרידא" (כב' הנשיא שמגר בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נגד בארי, פ"ד מ"ח(1), 302, 346; להלן - פרשת שמרת).

כפי שמוסיף ומבהיר כב' הנשיא שמגר, ודבריו אמורים גם בקורבן עבירה שהוא גבר, יכול שעובדת העדר ההסכמה החופשית

"תעלה מן הדברים הנאמרים על ידי קורבן העבירה מהתנהלותה אצל מערכת הנסיבות הכללית הנפרשת לפני בית המשפט ההסכמה הרפשית עלולה מתוך מת בלו להסכמה ואין די בהעדר התנגדות אם זה כולל להיות בנסיבות העניין תולדה של פחד, הלם או חוסר אונים שהאשה נקלעה אליו" (שם, בעמ' 346 - ההדגשה של ביה"ד; וראה סיכום ההלכה בסוגייה זו בספרו של כב' השופט קדמי, על הדין בפלילים, חלק ב', הוצאת דיונון, עמ' 625-630 והפסיקה המאוזכרת שם).

הזכרנו כבר את חובתה של התביעה להוכיח את מודעותו של הנאשם לאי הסכמת הקרוב לקיום מגע מיני עימו. אין צריך לומר כי השאלה העיקרית המשמשת מקור למרבית ההתדיינויות בעבירות מין הינה שאלת העדר ההסכמה החופשית ומודעותו של הנאשם לקיומה. טענת הנאשם כי האמין בתום לב שקיום המגע המיני נעשה בהסכמתו של קורבן העבירה הינה טענת טעות "בדבר מצב דברים", כלשון סעיף 17 לחוק העונשין (אף כי ניתן לראות בטענה זו משום שלילת יסוד המחשבה הפלילית, המחייבת קיומה של ידיעה ממשית; ראה עמדתו של פרופ' פלר במאמרו "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת אנב" וכן גישת השופט קדמי בספרו, על הדין בפלילים, חלק א' בעמ' 161).

כידוע, מחייבת הגנת הטעות בעובדה, המעוגנת בסעיף 17 לחוק העונשין, כי אמונתו המוטעית של הנאשם תהא "כנה וסבירה". דרישה כפולה זו, עליה נמתחה ביקורתו של פרופ' פלר במאמרו הנ"ל, מוצאת את ביטוייה באימרת אנב בפסק דינו של בית המשפט העליון, ע"פ 256/78 הן נגד מדינת ישראל, פ"ד ל"ד (3), 589 ולאחריו פסה"ד בע"פ 287/79 זוהר נגד מדינת ישראל, פ"ד ל"ד (3), 593.

גישה שונה ניתן למצוא בפסיקתו של בית המשפט העליון בע"פ 862/80 מדינת ישראל נגד שבירו, פ"ד ל"ה (2), 775, שם אומצה ההלכה אשר נקבעה על ידי בית הלורדים בפרשת MORGAN [1972] 2 W.L.R. 913. REG. V. MORGAN. על פי הלכה זו, די בטעות כנה ולו גם בלתי סבירה לענין העדר ההסכמה, כאשר שאלת הסבירות משמשת אמת מידה ראיתית להערכת הכנות.

בפרשת שמרת הוקדש פרק נרחב לדיון בסוגיה זו, בעיקר בפסק דינו של כב' הנשיא שמגר. יודגש, עם זאת, כי ההכרעה בשאלה לא היתה דרושה לגופו של ענין, ועל כן הדברים המופיעים שם אינם יותר מאשר אימרת אנב. מפסק דינו של כב' הנשיא שמגר ניתן להבין כי דעתו אינה נוחה מהשמטת יסוד הסבירות שתוצאתו עשויה להיות שתרור מאחריות של "פסיכופט - שאינו תולה נפש ואינו מפגר - המאמין בכנות שהנאנסת מסכימה למגע מיני" בשעה "שלאור נסיבות הענין נעדרת כל סבירות מאמונתו הכנה; קרי אדם סביר, בנסיבות אלה, היה מבחין בכך שאין הסכמה" (שם, בעמ' 349).

הנשיא שמגר מסכם את הדיון בשאלה זו, באלה המילים:

"כפי שציינתי מראש, ההכרעה בשאלה זו איננה דרושה כאן וניתן להשאיר הנושא - על השאלות הכרוכות בו - בצריך עיון לעת מצוא. עם זאת אוסיף למען הבהירות, כי בהותרת הנושא להזדמנות אחרת, אין כדי לגרוע מן הכלל המוסכם שלפיו משמשת הסבירות אבן בוחן ראיתית לשם הסקת מסקנה על קיומה או אי קיומה של הכנות השוללת, לפי טענת הנאשם, את המחשבה הפלילית" (שם, בעמ' 360).

גם כב' השופט חשין אינו מכריע בשאלה, ורק כב' השופט גולדברג מביע דעה נחרצת, בקובעו:

"אם עבירת אינוס (וכך גם העבירה לפי סעיף 348(ג) - הערת ביה"ד) היא עבירה של מחשבה פלילית, מבחינת היסוד הנפשי, ואם היא עבירה של התנהגות, מבחינת היסוד העובדתי, דהיינו, כי על הנאשם להיות מודע להיעדר ההסכמה, הכיצד 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 מינוי?" (שם, בעמ' 386).

הנה כי כן, אין הכרעה ברורה בשאלה האם עלי הטעות להיות כנה וגם סניגור, הגם שהנטייה המסתמנת הינה להסתפק במבחן הכנות, כאשר הסבירות משמשת אבן בוחן ראיתית על כל פנים, ובהעדר הלכה מחייבת, ננחה את עצמנו על פי הגישה הנוחה יותר לנאשם - אותה גישה המסתפקת באמונתו הכנה לגבי מצב הדברים, גם אם לוקה אותה אמונה בחוסר סבירות.

### ההכרעה

9. כנקודת מוצא לדיוננו מקבלים אנו את גישת שופטי הרוב, המשותפת גם לסניגור המלומד, לפיה יש לראות את הארוע כולו כמקשה אחת. הפרדתו של האירוע המיני לגורמים, נראית בעינינו כהפרדה מלאכותית שאינה מתוייבת המציאות. כזכור, טען גם ב"כ המערער כי אין להפריד את השלב המתואר בפרט האישום הראשון מיתר חלקי האירוע - הגם שעתירתו הינה, כמובן, לזכות את מרשו מכל אשמה.

לאחר שהצגנו את נקודת המוצא, נפנה לדון בטענותיו של הסניגור. השאלה הראשונה הניצבת בפנינו הינה האם אכן נתן המתלונן את הסכמתו לקיום הקשר המיני, גם אם מדובר בהסכמה מהוססת הניתנת כמי שקפאו שד. התאוריה העומדת בבסיס הטענה היא כי המתלונן גילה סקרנות, התבויה אצל בני מינו, והיה מוכן להתנסות הומוסקסואלית מסויימת, אשר אינה כרוכה במעשה מיני שלם.

אין כל ממש בטענה זו. הראיות אשר הוצגו בביה"ד קמא מלמדות כי המתלונן מקיים מערכת יחסים הטרסקסואלית ואין כל אינדיקציה לנטיות או להעדפות הומוסקסואליות. חשיפת איבר מינו מוסברת, כל כולה, ברצונו לעמוד באתגר אותו הציב בפניו המערער ואין להסיק מכך כי ביקש או היה מוכן להתנסות בתוויה הומוסקסואלית. על גישתו לענין זה ניתן ללמוד מתגובתו הנסערת לאחר צאתו מן החדר ומן הקורות אותו בהמשכו של אותו לילה. לא למותר הוא להביא מדברי המתלונן עצמו, בתשובה לשאלת הסניגור באשר להתעניינות אפשרית בגברים:

"תודה - אין לי סקרנות לגברים, לא היתה לי ולא תהיה לי. היתה לי חברה שנתיים, לא חסר לי כלום - איך אפשר, רק לחשוב על זה, זה מעורר צמרמורת וחלחלה". (עמ' 37 לפרוטוקול).

נראה לנו כי דבריו אלה של המתלונן משקפים אכן את עמדתו ועל כן דוחים אנו מכל וכל את טענת הסניגור.

ומכאן נעבור לטענה העיקרית שעניינה תום ליבו ואמונתו הכנה של המערער בדבר הסכמתו של המתלונן לקיים עימו קשר מיני הומוסקסואלי. על פי הטענה, סבר המערער בטעות כי חשיפת איבר המין ומעשה האוננות מצד המתלונן והעדר כל התנגדות מצידו לעשיית מעשים מיניים בגופו, מצביעים על הסכמתו לקיום האקט המיני.

בחינת הטענה, על יסוד הנתונים העובדתיים אשר נקבעו על ידי הערכאה הראשונה, מוליקה למסקנה ברורה כי דינה להדחות. זאת, לאחר שהגענו לכלל דעה כי המערער לא פעל בתום לב ולא סבר באמת ובתמים, כי המתלונן נעתר לו מרצונו ומתוך בחירתו החופשית. למסקנה זו, המאשרת את עמדת שופטי הרוב בביה"ד קמא, הגענו על יסוד הטעמים הבאים:

א. בשיחה המוקדמת אשר התנהלה בין המערער למתלונן לא ניתן כל רמז ולא היתה עדות מסוג כלשהו לגבי העדפה מינית הומוסקסואלית של המתלונן. נהפוך הוא - השיחה נסבה, בחלקה האחרון, סביב נושאים מיניים הטרסקסואליים כאשר המתלונן מתאר את יחסיו המיניים עם חברתו ואילו המערער מתרברב בכיבושיו ובהצלחותיו עם בנות המין האחר.

מוגבל

40/95/ע

ב. למתלונן עצמו לא היתה כל סיבה לחשוב כי המערער מבקש להגיע לקיום יחסי מין הומוסקסואלים עימו, שכן הלה הציג עצמו כנשוי ואב לילדים וכאמור לא חשף בשלב השיחה את כוונותיו ואת נטיותיו המיניות.

על רקע זה ניתן להבין את נכונותו של המתלונן לחשוף את איבר מינו ואף לנסות לזקפו, על מנת לעמוד באתגר אשר הוצב בפניו. המתלונן עצמו מסביר בעדותו כי לא ראה בחשיפת איבר המין בפני המערער דבר יוצא דופן כיוון "שבצבא מתקלחים כולם ביתד וזה טבעי" (עמ' 15 לפרוטוקול), ובכך יש כדי להצביע על הלך מחשבתו.

אין כל שחר לטענת הסניגור כי התנהגותו של המתלונן, בקטע זה של הארוע, מלמדת על נכונות לקיום קשר מיני הומוסקסואלי. טענה זו מנותקת כליל מהמסגרת העובדתית ויש בה כדי להוציא את המעשה מהקשרו האמיתי.

ג. בתנאי המקום והזמן לא היה כל הגיון להניח כי המתלונן יסכים לקיום מגע הומוסקסואלי. כל הנחה אחרת, הינה בלתי סבירה ולדעתנו אף חסרת כל כנות.

נבהיר את דברינו. המתלונן היה אמור לצאת לסיור בלוויית קצין וחיל נוסף ושהותו בחדר הנהגים נוצלה להמתנה לאותם חיילים. כלום יעלה על הדעת כי המתלונן יסכים לקשר מיני הומוסקסואלי בחדר בלתי נעול שאליו עשויים להכנס בכל רגע חבריו ולקוראו להצטרף לסיור?!

נראה לנו כי אף המערער לא העריך באמת ובתמים כי בנסיבות אלה נתונה לו הסכמתו של המתלונן לקיום קשר מיני עימו.

ד. מקובלת עלינו גישתה של הערכאה הראשונה לפיה "בדיקת הנכונות לפעילות הומוסקסואלית צריך שתעשה בזהירות רבה יותר, וביתוד שאין בין השותפים למגע כל הכרות מוקדמת" (עמ' 9 לפסה"ד).

גישה זו סומכת את יתדותיה על העובדה כי ציבור ההומוסקסואלים באוכלוסיה משקף מיעוט קטן והדברים אינם שונים בתוככי המסגרת הצבאית. לפיכך, הסיכוי כי ימצא באופן אקראי שותף למגע מיני הומוסקסואלי אינו רב; על כן מתחייבת בחינה זהירה אשר תוביל למסקנה חד משמעית כי הצד האחר הינו בעל נטיות הומוסקסואליות ובנוסף מעוניין הוא בקשר מיני.

לשון אחר, בעוד שבמערכת יחסים הטרנסקסואלית יש לברר האם בת הזוג מסכימה לקיום יחסים מיניים ברמה זו או אחרת - הרי שבמקרה בו עסקינן מתחייבת אף בדיקה מקדמית לגבי נטיותיו והעדפותיו המיניות של האחר.

הדרישה אותה הצבנו מקבלת תוקף משנה כאשר מדובר בפגישה אקראית, במקום שאינו משמש מפגש מוכר להומוסקסואלים ובעיקר כאשר בין השניים לא היתה כל הכרות מוקדמת. על רקע דברינו אלה, ברור כי אין למצוא ממש בטענת הסניגור (ודוק: אין מדובר בטענת המערער עצמו, אלא בהערכת הלך מחשבתו על ידי הסניגור), כי מרשו האמין שהמתלונן מסכים למגע הומוסקסואלי בעת שאחז באבר מינו והכניסו לפיו.

זה המקום להזכיר, כי בשלב שקדם לכך, הדף המתלונן את ידי המערער שעה שזה ניסה לפתוח את כפתורי מכנסיו ואף התרה בו לבל יגע בו בידי. התנהגות זו של המתלונן הינה היפוכה של הסכמה, ויש בה כדי להבהיר כי הלה אינו מעוניין במגע ידיו של המערער.

10. הפסזביות אותה נקט המתלונן בהמשך האירוע, אין בה כדי להועיל למערער. זאת מאחר שמדובר באירוע קצר ביותר בו ניסה המערער להשיג את יעדיו במהירות הבזק, מבלי ששאלת הסכמתו או אי הסכמתו של המתלונן היתה חשובה בעלניין.

הכיצד ניתן להניח כי באותן שניות שחלפו מאז הביע המתלונן את התנגדותו, חל בליבו שינוי כה קיצוני עד כי היה נכון לקיום מגע הומוסקסואלי? נראה לנו כי תשובה שלילית לכך מתבקשת מאליה, וגם המערער לא פרש ולא יכול היה לפרש אחרת את פני הדבריה. המסקנה עשויה היתה להיות שונה אילו הקיש החייה ימן לשכנו של המתלונן



40/95/ע

מוגבל

או ניסה לחזר אחריו בדרך "מעודנת", ובכך יכול היה להסתמך על "שינוי הלבבות" (בכיוון הפוך מזה המתואר בפסיקה). נסיון הכיבוש המהיר מצידו של המערער, אינו מתיישב עם הנחה סובייקטיבית אותה מבקש בא כוחו ליחס לו, לפיה סבר בטעות כי המתלונן מסכים לקשר מיני עימו.

יתרה מזו. אין חולק, כי לא היה כל שיתוף פעולה מצידו של המתלונן, וגם אם נתעלם מביטויי ההתנגדות הקלושים כמו הזזת הראש או סגירת הלסתות, נראה כי גישה פסיבית זו מעידה על חוסר הסכמה. המתלונן עצמו מתייחס לעניין זה בעמ' 44 לפרוטוקול באומרו:

"היה שקוף יותר מדי שלא שיתפתי פעולה, לא רק שלא הייתי פעיל אלא קפוא - לוקה גופה משכיב וזהו".

ובמקום אחר אומר המתלונן:

"אני יודע שהוא ידע שלא שיתפתי פעולה לפי התגובות שלי - הזזת היד ניסיתי להתנגד - ניסיתי לזוז" (עמ' 32).

חוסר שיתוף פעולה מוחלט מצידו של השותף לאקט המיני, גם אם אינו מצביע תמיד על העדר הסכמה, מחייב בירור דווקני של השאלה והתעלמות ממצב דברים זה פועלת לחובתו של הנאשם. (ראה ע"פ 1331/91 פלוני נגד מדינת ישראל, פ"ד מ"ו(1), 788; ע"פ 862/80 מדינת ישראל נגד שבירו, פ"ד ל"ה(2), 775, 778, וכן ע/55/94).

הסניגור המלומד מבקש ללמוד מהעדר ההתנגדות לעניין הסכמתו של המתלונן אך כפי שהבהרנו לעיל אין הכרח בגילויי התנגדות מפורשים להוכחת העדר ההסכמה. על כך ניתן ללמוד מכלל נסיבות הארוע, ובמקרה דנן לא יכול היה המערער שלא להבין כי אין הסכמתו של המתלונן נתונה לו.

תגובת המערער בדבר "שינוי הפרצוף", אינה מלמדת כלל ועיקר כי הלה האמין בכנות כי הקשר המיני נעשה מרצונו ובהסכמתו החופשית של המתלונן. ראשית, אין להוציא מכלל אפשרות את סברתו של המתלונן כי מדובר באמירה שיש בה משום הכנת הקרקע לקראת הבאות, וכך רואה המתלונן את פני הדברים:

"אדם שעושה דברים כאלה יכול לשחק אותה, להגיד 'מה קרה?' כאילו הכל בסדר. להעמיד פנים, לשחק אותה... הוא העמיד פנים בזה שהוא אמר את זה, ידעתי מההתחלה שהוא ידע מה הוא עושה. אדם שמתנגד לך אתה יודע מה הוא עושה". (עמ' 33).

שנית, ניתן להבין אמירה זו על רקע ההתנגדות האקטיבית שגילה המתלונן לנסיון החזרה של המערער, לעומת מצב הפסיביות הקודם. במילים אחרות, "שינוי הפרצוף" מבחינתו של המערער יש להבינו על רקע שינוי הגישה - מחוסר תגובה ופסיביות כמעט מוחלטת להתנגדות חריפה. מכאן, אין להסיק כי המערער הניח או סבר, בכל שלב משלבי הארוע, כי המתלונן מסכים לעשיית מעשים מיניים בגופו.

העובדה כי הציע תמורה כספית ואף עבר לשימוש באימים אינה תומכת בטענת הסניגור כי המתלונן נענה למרשו בלב חפץ.

גם אם נצא מתוך הנחה כי המערער לא היה מודע באופן פוזיטיבי להעדר ההסכמה, הרי שאין ספק בליבנו כי עצם את עיניו מפני האפשרות כי המתלונן אינו מסכים לכל מגע מיני עימו. עצימת עיניים זו כמוה כמודעות בפועל להעדר הסכמה, אם התקיימו נסיבות בהן נוצר חשד בלבו של הנאשם שמא המתלונן אינו מסכים לקיים עימו קשר מיני (ראה פרשת שמרת, עמ' 360 ואילך מפי הנשיא שמגר). נראה, כי בענייננו חשד כזה אכן נוצר, ולפיכך קיימת תשתית מספקת לראות את עצימת עיניו של המערער כמודעות בפועל. יצויין, כי על פי גישתו של כב' הנשיא שמגר אין להסתפק בבחינת גישתו הסובייקטיבית של הנאשם, ולא ראוי כי:

40/95/ע

מוגבל

"יבחנו הנסיבות העובדתיות האובייקטיביות, לרבות אלה שעניינן התנהגותו של הבוועל והתנהגות הנבעלת, וזאת כדי לעמוד על השאלה האם לאור מערכת הנסיבות לא צריך היה להעלות בלבו של עושה המעשה חשד שאין הסכמה חופשית. אם היה חשד או צריך היה לעלות חשד, והנאשם לא נתן דעתו על כך, צריכה להשלל טענת תוסר המודעות להעדר קיומה של הסכמה" (שס, בעמ' 363 - ההדגשה של ביה"ד).

כב' השופט גולדברג, בהדרשו לסוגייה זו, מביע את הדעה 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... 'חלל תודעתו' כזה, מקום בו העדר הסכמה עומד ביסוד העבירה, כמוהו כמצב נפשי של הימנעות מכוונות מבדיקת המצב לאשורו ומבירורו וכהתעלמות מודעת מן האפשרות בדבר היעדר הסכמה. מכאו שניתן לראות גם 'חלל תודעתו' כנמנה עם 'עצימת עיניים'. הוא הדין במצב בו קיומה הנאשט כי ההסכמה נתונה, אולם נמנע ביודעין מבדיקת עובדה זו, אף על פי שידע, כידוע לכל, כי בלעדיו ההסכמה נעברת עבירת אינוס. בכך הכניס עצמו לסיכון מחושב להעדר הסכמה שגם אותו ניתן לסווג 'כעצימת עיניים' ". (שס, בעמ' 386).

כשם שדברים אלה, המצוטטים מפסה"ד בפרשת שמרת, לא היו צריכים להכרעה בערעור, כך אף בענייננו. זאת לאחר שקבענו כי המערער היה מודע לחוסר הסכמתו של המתלונן לקשר מיני עימו או, למצער, חשד כי המתלונן אינו מסכים לכך. התעלמות מאותו חשד הינה, לכל הדעות, בגדר "עצימת עיניים" שהיא הרחנה של מושג הידיעה הממשית.

התוצאה הינה כי הערעור נדחה והכרעת דינה של הערכאה הראשונה תעמוד בעינה. בהעדר ערעור בשאלת העונש, יהא על המערער לרצות חקופת מאסר ממשית בת שנה ומחצה.

ניתן היום, י' בסיון תשנ"ה, (8/6/95) והודע בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

\_\_\_\_\_  
שופט

\_\_\_\_\_  
שופט

\_\_\_\_\_  
אב"ד

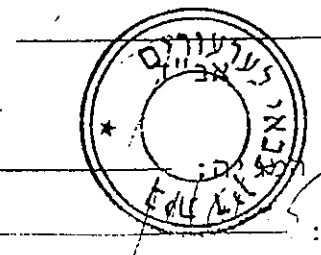
**ה ח ל ט ה**

ביצוע העונש יעוכב עד לתום המועד הקבוע בחוק להגשת בקשת רשות ערעור קרי עד ליום 9 יולי '95 שעה 11:00, מועד בו יתייצב המערער לריצוי עונשו בבס"ר חמ"צ 396, אלא אם תהיה החלטה אחרת בענייין.

ניתנה היום, י' בסיון תשנ"ה, (8/6/95) בפומבי.

\_\_\_\_\_  
שופט

\_\_\_\_\_  
שופט



העתק נכון מהמקור  
גלית הוד רס"ן  
ק. בית הדין

חתימת  
תאריך: