



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אלוף דורון פיילס - הנשיא  
 תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא  
 אל"ם אבי סימון - שופט

בעניין:

**התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט; סרן שחף חיטמן-  
 אפיני)**

**נגד**

**ח/XXX טוראי ג' כ' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ; עו"ד דורית דרמן)**

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 627/16 (סא"ל מאיר ויגיסר – אב"ד; רס"ן ליאור הררי – שופט; סרן אלה ברשד – שופטת) ביום 14.6.2017. הערעור (הכרעת הדין) נדחה.

### פסק - דין

#### מסגרת ההליכים

1. טור' ג' כ', המשיב, זוכה, לאחר שמיעת ראיות, מעבירה שעניינה גרם מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בנסיבות המנויות בסעיפים 345(א)(1) ו-350 לחוק העונשין.

התביעה לא השלימה עם תוצאות פסק הדין וערערה כנגד הכרעת הדין המזכה.

2. כפי שנראה להלן, לאחר בחינת מכלול הראיות ושקילת טיעוני הצדדים, מצאנו לדחות את ערעור התביעה ולהותיר את זיכוי של המשיב על כנו.

ההליכים בבית הדין המחוזי

3. בכתב האיטום שהוגש כנגד המשיב נטען, כי בלילה שבין 6.6.2016 לבין 7.6.2016, בשעה 23:30 לערך, במחנה רבין XXX, נכנס המתלונן, חברו של המשיב ליחידה, אל החדר שבו התגורר בצוותא עם המשיב. המתלונן נשכב במיטתו, לבוש תחתוני "בוקסר" וחולצה קצרה, והתכסה בשמיכה. באותה עת שכב המשיב במיטתו שבחדר, והשניים ניהלו שיחה אשר במהלכה שוחחו אף על עניינים מיניים. בהמשך, כאשר שוחחו על עברם המיני, קם המשיב ממיטתו, השעין את גופו על רגלו השמאלית של המתלונן ואמר לו "בוא ננסה", כשהוא מתכוון לאקט מיני בינו לבין המתלונן. המשיב אמר גם "מה אכפת לך", או מילים בעלות משמעות דומה. בתגובה, ענה לו המתלונן "עזוב, אני לא בקטע, ג' עזוב אותי, אני לא מוכן", או מילים בעלות משמעות דומה.

נטען, כי אז הסיר המשיב במהירות את השמיכה שכיסתה את רוב גופו של המתלונן והפשיל את תחתוניו של האחרון בכוח. במהלך הסרת השמיכה והפשלת תחתוניו של המתלונן, אמר האחרון "בבקשה לא, ג' לא", או מילים בעלות משמעות דומה. המשיב התעלם מאמירתו זו של המתלונן, הצמיד את פיו לאיבר מינו של המתלונן, הכניסו לפיו והחל לבצע בו מין אוראלי וזאת ללא הסכמתו של המתלונן. נטען גם, כי בזמן שהמשיב ביצע במתלונן מין אוראלי, אמר לו המתלונן, מספר פעמים, "לא, תפסיק, ג' בבקשה לא" או מילים בעלות משמעות דומה, וכי המשיב אחז בידיו של המתלונן, אשר היו קפוצות קרוב לחזהו.

לאחר 30-40 שניות, קם המשיב מהמיטה, ניגש לפח וירק לתוכו, תוך שאמר למתלונן "מה יש לך שערות וזה". הוא ניגש לדלת החדר, התבונן כלפי חוץ במשך מספר שניות כדי לבדוק אם חיילים עוברים בסביבת החדר וחזר והשעין את גופו על רגלו השמאלית של המתלונן. אז אמר המתלונן בקול חזק יותר "לא, לא", או מילים בעלות משמעות דומה. המשיב הניח את ידו על פיו של המתלונן, הצמיד את פיו לאיבר מינו ושוב ביצע באחרון מין אוראלי. בזמן שביצע המשיב במתלונן מין אוראלי, הרחיק המשיב לפרקים את פיו מאיבר המין של המתלונן ואמר "א' יש לך עבה", "תשתוק", "אל תצעק", "אל תדאג" ומילים בעלות משמעות דומה. לאחר כ-30 שניות נוספות הרחיק המשיב את פיו מאיבר מינו של המתלונן ואמר לאחרון "מזל שאני עשיתי את זה ובתלתי אותך כי אם היית עם מישהי היא הייתה זורקת אותך" או מילים בעלות משמעות דומה.

במהלך האירוע, המתלונן הגיע לפורקן מיני בפיו של המשיב, אשר ירק את זרעו לפח האשפה שבחדר. בהמשך, כאשר השניים היו במיטתם, אמר המשיב למתלונן "אתה יכול גם להגיד שעשית עם מישהי ולא איתי".

4. ההגנה לא חלקה על המעשים אשר תוארו בכתב האישום, אך טענה כי האקט המיני בוצע בהסכמה מלאה מצידו של המתלונן. המשיב הכחיש, כי המתלונן התנגד באופן אקטיבי או מילולי. למעשה, המחלוקת בין הצדדים התייחסה לשאלת הסכמתו של המתלונן למגע המיני ולשאלת מודעותו של המשיב לעמדת המתלונן בעניין.

5. במהלך פרשת התביעה נשמעו עדויותיהם של המתלונן ועדי התביעה שבפניהם חזר על תלונתו: אמו, אחיו, חבריו ומפקדתו. בפרשת ההגנה העידו המשיב ואורולוג מומחה. כמו כן, הוגשו לעיון בית הדין המחוזי, בהסכמה, ראיות מטעם הצדדים ובהם: אמרותיו של המשיב במצ"ח, התיעוד החזותי לעימות בין המשיב למתלונן והתמליל שנערך לו, עדויות המתלונן במצ"ח והתכתבויות באמצעות יישומון ה"ווטסאפ".

### עיקרי הכרעת הדין

6. בית הדין קמא הנכבד, לאחר שבחן את **גרסתו של המתלונן**, לאור התרשמותו הישירה מעדותו ולנוכח השוואתה אל עדויות עדים אחרים ואל ההודעות שנגבו ממנו במצ"ח – מצא, "כי עולים מגרסתו **תמיהות וסימני שאלה, אשר אינם מאפשרים להרשיע את הנאשם בהסתמך עליה**". בואר גם, כי "החיזוקים שהתביעה הציעה לגרסתו אינם מסייעים ואף מעוררים קשיים נוספים".

7. בית הדין התרשם, כי גרסת המתלונן אינה קוהרנטית ומעוררת קושי. כך, הפנה בית הדין אל דבריו של המתלונן בעדותו, שלפיה, בתום האקט המיני אמר למשיב "איזה גבר אתה" וכן, לכך שלאחר האקט המיני ובטרם פנו לישון, נעתר המתלונן לבקשת המשיב, לפת אותו מאחור והרימו באוויר ולאחור כדי למתוח את חוליות גבו. המתלונן הסביר, כי עשה כן כדי להוכיח למשיב שלא חש פגוע מן האירוע, מכיוון שחשש מפני תגובתו. אלא שבית הדין קמא מצא, כי הסברו אינו מתיישב עם גרסתו, שלפיה במהלך האירוע חזר והביע באופן מפורש, בלתי פוסק ונחרץ את התנגדותו לאירוע. כמו כן, הפנה בית הדין לדבריו של המתלונן בעדותו, כי במהלך האקט המיני שמע להנחייתו של המשיב והקשיח את אבר מינו ("עשה שריר באיבר המין"). המתלונן טען, כי זו הפעם הראשונה שפעל כך. בית הדין המחוזי התרשם, כי שיתוף הפעולה של המתלונן עם הנחיותיו של המשיב במהלך האקט המיני, אינו מתיישב עם טענתו כי קפא במהלך האירוע. נקבע גם, כי קשה להלום את הטענה שהמתלונן קפא עם גרסתו, כי חזר והביע את התנגדותו הבלתי פוסקת באופן מילולי. עוד נקבע, כי "גם לאחר המעשה ולאחר תלונתו נגד הנאשם, לא ניכר כל כעס של המתלונן כלפי הנאשם והוא המשיך והתכתב אתו בתוכנת ה"ווטסאפ" ושאל בשלומו. בשלב הזה, לא ניתן עוד לקבל את הטענה כי

חשש מפני הנאשם, שמא הנאשם יחשוף את הדברים ברבים, כיוון שהמתלונן כבר היה בדרכו החוצה מהיחידה".

8. בית הדין המחוזי אף הפנה לדבריו של המשיב, אשר שב וטען, כי המתלונן גנח במהלך האקט המיני. הודגש, כי בעוד שהמתלונן לא התייחס לכך בשתי הודעותיו הראשונות במצ"ח, בעימות שנערך במהלך החקירה בין המתלונן לבין המשיב, אישר המתלונן כי גנח ("הוא המשיך, באותו רגע הרגשתי אפיסת כוחות ובעצם באותם רגעים כנראה שכן יצא לי, זו פעם ראשונה שגנחתי, אוקיי?... גנחתי באותם שניות בפעם השנייה, באקט השני"). בהודעתו השלישית במצ"ח, שנגבתה לאחר העימות עם המשיב, חזר בו המתלונן מדבריו בעימות וטען כי קול הגניחה נשמע מפיו משום שהמשיב חסם את פיו באמצעות ידו. אף בעדותו בבית הדין, בעת שהתבקש להתייחס לקולות גניחה שבקעו מפיו, טען תחילה, כי "הוא סותם לי את הפה ומה שיוצא לי שהוא סותם לי את הפה והתחיל עם המין שלו יצאו לי קולות של כביכול גניחות כי הוא חסם לי", אך בהמשך, אישר, כי אכן גנח ואף צחקק במהלך האקט המיני ("כל מה שהיה הצחקוק הזה כל מה שהיה באותו זמן כל מה הגניחות האלה כל הדברים הקטנים האלה זה דברים שלא יכולתי לשלוט עליהם"). בית הדין התרשם, כי גרסתו, שלפיה בקעו מפיו קולות של גניחה משום שהמשיב חסם את פיו והוא, למעשה, ניסה לומר לו לחדול ממעשיו – מאולצת ופוגעת "במהימנותו הכללית של המתלונן". נקבע גם, כי דבריו של המתלונן בעימות ובעדות בבית הדין, כי גנח, מחזקים את גרסת המשיב, שלפיה סבר כי המתלונן מסכים לביצוע האקט.

9. בית הדין קמא הצביע על סתירות נוספות בדבריו של המתלונן בחקירה ואף בין דבריו בחקירה לבין עדותו בבית הדין. כך למשל, "בעוד שבאמרתו הראשונה במצ"ח מסר המתלונן כי היחס שקיבל ממפקדיו גרם להתדרדרות במצבו הרפואי והנפשי... הרי שבעדותו בפנינו העיד כי היחס שקיבל ממפקדיו לא השפיע על מצבו הנפשי... בהמשך עדותו, המתלונן ניסה להסביר את תשובתו הסותרת, אך הסברו לא היה משכנע". בהקשר זה, התרשם בית הדין, כי "המתלונן עסק באופן **אובססיבי** בניסיון היחלצות מחובותיו בתפקידו כשוטר במשטרה הצבאית, וטען לאמתלות רפואיות שונות ולפיח בלתי נסבל בשערי כניסת כלי הרכב לקריה. ניתן היה להתרשם, כי עלבונו וכאבו מהתנהלות מפקדיו בטיפול בבקשותיו הרבות לשנות את שיבוצו, חמורים מפגיעתו וכעסו בעקבות האירוע... לא שוכנענו כי האירוע נושא כתב האישום היה הסיבה להתדרדרות במצבו הנפשי של המתלונן" (הדגשה במקור).

10. נקבע גם, כי "לפי גרסתו של המתלונן, הנאשם ביצע את האקט המיני האוראלי, בעודו יושב על ירכו של המתלונן. ואולם, ההגנה הצביעה על כך, שלא ניתן מבחינה

מכאנית לבצע את המין האוראלי, באופן שבו תיאר זאת המתלונן... זאת גם אינה דרך יעילה במיוחד לכפות את המין האוראלי על המתלונן בניגוד להסכמתו".

11. לסיכום חלק זה של הדיון, סיכם בית הדין קמא את קביעותיו באופן הבא:

"מצאנו קשיים משמעותיים מאוד בגרסת המתלונן שהושמעה בפנינו. לא ניתן להימנע מהמסקנה, כי היא לוקה בסתירות ובחוסר הגיון פנימי. לאחר שהתרשמנו מעדותו של המתלונן בפנינו, באופן בלתי אמצעי, הגענו למסקנה כי נתקשה להעניק לה משקל רב".

12. בהמשך, בחן בית הדין את הפרטים שמסר המתלונן לאמו ולשני חבריו בנוגע לאירוע ומצא, כי אלה שונים באופן מהותי מגרסתו בבית הדין, בעיקר "בהיבט של מידת התנגדותו למעשיו של הנאשם". נקבע, כי "מכך שהמתלונן בחר לספר גרסאות מעוותות של האירוע לחבריו ולאמו, עולה החשש שמא גרסתו במצ"ח וגרסתו בפנינו גם הן אינן מדויקות".

13. כמו כן נקבע, כי מעדותה של מפקדתו של המתלונן, אשר הותירה בבית הדין רושם חיובי ומעיון בתיעוד הרפואי בעניינו, עלו סימני שאלה נוספים ו"חשש להתנהגות מניפולטיבית של המתלונן, שמטרתה השגת פטור מן השירות הצבאי", ואף החשש, "שהמתלונן התלונן, כי האקט המיני בוצע בניגוד לרצונו ועל אף התנגדותו למעשה, כדי להוכיח לעצמו ולאחרים כי האקט המיני בוצע שלא על דעתו" (הדגשות במקור).

14. בואר, כי:

"לא התעלמנו מטענתה הנכונה של התביעה בסיכומיה, לפיה התפיסה החברתית הרווחת כיום, אינה מצפה מכל קורבן וקורבן להתנהג לפי סטנדרט אחיד או מודל של סבירות. אין לכפות על העובדות סטנדרט של 'הקרובן הסביר' שממילא אינו בנמצא... יחד עם זאת, במעבר מן הכלל אל הפרט ואל עניינו, התמיהות והסתירות הפנימיות שנמצאו בגרסת המתלונן והגרסה השונה שמסר לאמו וחבריו מעוררות קושי של ממש במתן אמון בעדותו. קיימת אפשרות, שסבירותה אינה מבוטלת, לפיה המתלונן כלל לא הביע התנגדות מילולית או אחרת וכי הוא היה מופתע ממעשיו של הנאשם, אך שיתף עמו פעולה, בכך שצחק בהפתעה, גנח, הקשיח את איבר המין, אמר לנאשם בתום האירוע 'איזה גבר אתה' ומתח את חוליות גבו. על כן, כבר עתה מתבקשת המסקנה, כי קיים קושי לבסס, על סמך התשתית הראייתית שהציגה התביעה, את הרשעתו של הנאשם".

15. לאחר הדיון בשאלת מהימנותו של המתלונן, פנה בית הדין לבחון את שאלת ההסכמה של המתלונן והיסוד הנפשי של המשיב. הודגש, כי "כבר באמרתו הראשונה במצ"ח, מסר המתלונן כי הוא לא יודע אם הנאשם הבין שהוא לא היה מעוניין במין

האוראלי... קשה להלום את תשובתו זו, עם דבריו באותה אמרה ממש, לפיהם התנגד מילולית, באופן נחרץ ובלתי פוסק למעשי הנאשם". בית הדין אף מצא טעם בטענת ההגנה, שלפיה דבריו של המתלונן, בתשובה לשאלה, האם לאחר האירוע הציג לפני המשיב מצג של הסכמה לאקט המיני, כי "באותו לילה מיד אחרי שאמרתי לו שהוא גבר ועשיתי לו קליקים הראיתי ככה הסכמה רק בשביל שהוא יעזוב אותי שמחר אני אוכל לברוח" והסברו, כי רצה שהמשיב יחשוב שהכול בסדר "אחרת הוא היה חושד" – "מלמדים... בבירור, כי גם המתלונן האמין שהנאשם סבר כי הוא נתן את הסכמתו לאקט המיני" (הדגשה במקור). נקבע, כי:

"התרחיש המתיישב טוב יותר עם סברתו זו של המתלונן, הוא שהמתלונן לא הביע במהלך האקט המיני התנגדות מילולית נחרצת כטענתו. והרי ככל שהמתלונן הפגין את התנגדותו הברורה והחד משמעית לקיום האקט, במהלך האקט, כטענתו, מדוע היה עליו להסתיר את התנגדותו מפני הנאשם בתום האקט? הדעת נותנת, כי המתלונן לא הביע את התנגדותו הנחרצת במהלך האקט ולכן נמנע מלהביע אותה גם בסיומו".

16. בהתאם, קבע בית הדין המחוזי, כי "לא הוכח בפנינו, במידה הנדרשת במשפט הפלילי, שהאקט המיני בוצע בהיעדר הסכמה ושהתקיים אצל הנאשם היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעתו בעבירה של מעשה סדום".

17. לאחר כל אלה, המשיך בית הדין המחוזי ובחן את מהימנות עדותו של המשיב. בעניין זה נקבע, כי "עדותו של הנאשם בפנינו היתה קוהרנטית וסבירה והשתלבה עם דבריו באמרותיו במצ"ח ועם גרסתו בעימות. לא מצאנו בה סתירות או פגמים בולטים. היא אף זוכה לחיזוקים בדבריו של המתלונן עצמו, שאישר כי **צחקק** במהלך האירוע ו**גנח**" (הדגשה במקור).

18. בית הדין התרשם, כי הסברו של המשיב, שלפיו, חשש לספר על האירוע בתחילת חקירתו במצ"ח, "כיוון שהיה בו משום הפרה של כללי השילוב הראוי וכיוון שהתבייש בנטייתו המיניות... נראה סביר בעינינו ואין מקום לדחות אותו על הסף או ללמוד מהתנהלותו זו על חוסר מהימנותו, במיוחד בהתחשב בכך שמיד לאחר מכן אישר הנאשם את כל פרטי האירוע".

19. אחת הטענות המרכזיות שהעלתה התביעה בערכאה קמא, עסקה בגרסת המשיב בנוגע לשאלה ששאל את המתלונן, טרם תחילת האקט המיני, האם הוא מעוניין להתנסות. נטען, בהקשר זה, כי גרסת המשיב לא היתה עקבית. לאחר שבית הדין בחן את טענות התביעה אל מול העדויות שנשמעו לפניו, נקבע, כי:

"גרסת הנאשם בנקודה זו לא הייתה עקבית לגמרי, ואולם לא סברנו שיש בכך כדי לשמוט את קיומה של

האפשרות הסבירה, כי המתלונן הסכים לקיום האקט המיני. ניתן להבין את הטענה, כי הנאשם לא זוכר את המילים המדויקות שבהן השתמש במהלך האירוע. ויוזכר, במשפט הפלילי נטל הראיה מוטל על התביעה להוכיח מעבר לכל ספק סביר את אשמתו של הנאשם. לאחר שהתרשמנו באופן ישיר ובלתי אמצעי מגרסת הנאשם, סברנו כי היא, למצער, מעוררת ספקות בשאלת התקיימות היסוד הנפשי אצלו".

20. בהמשך, פנה בית הדין לבחון את משקלה של חוות-דעתו של עד ההגנה, ד"ר גדי נוימן, אורולוג מומחה, אשר לפיה, "במקרה שגבר חווה זקפה ולפתע מתרחשת הפרעה כלשהי (למשל, ילד שנכנס לחדר הוריו בזמן שהם מקיימים יחסי מין), אזי הזקפה תיעלם באופן מיידי (בסדר גודל של שניות בודדות)". נקבע, כי "על אף שאין חולק כי מדובר בעד מומחה מנוסה ובכיר בתחומו, לא מצאנו כי נוכל לבסס את החלטנו על מסקנותיו".

21. בסופו של דיון, שב בית הדין על קביעותיו והבהיר, כי:

"לאחר בחינת מכלול הראיות והעדויות בתיק זה, מצאנו כי לא הוכח במידה הנדרשת במשפט הפלילי כי המעשה בוצע שלא בהסכמתו החופשית של המתלונן ולא הוכח שהתקיים אצל הנאשם היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה המיוחס לו בכתב האישום" (הדגשות אינן במקור).

### ערעור התביעה

22. התביעה הצבאית טענה כי בית הדין קמא שגה עת החליט להורות על זיכוי של המשיב. נטען, כי מעדותו של המתלונן, בצירוף חיזוקים ראייתיים, שהוצגו לפני בית הדין קמא, עולה, כי הוכחה אשמתו של המשיב מעל לכל ספק סביר.

23. לדידה של התביעה, עדותו של המתלוננת קוהרנטית ומפורטת, ולראייה, כללה אף פרטים שאינם "נוחים" עבורו. לפיכך, ראוי היה לקבוע כי היא מהימנה. מנגד, טענה התביעה, כי עדותו של המשיב מתחמקת ולא עקבית, בעיקר בכל הנוגע לתיאור ראשיתו של האקט המיני, השלב שבו היה על המשיב לברר, האם המתלונן מסכים לו. נטען, כי ראוי היה לקבוע שעדות המשיב אינה מהימנה.

24. התביעה סברה גם, כי אשמתו של המשיב הוכחה מדבריו שלו בעדות וכי עדותו כשלעצמה, חייבה את הרשעתו בעבירה שיוחסה לו. נטען, כי לא ניתן ללמוד מגרסתו של המשיב על הסכמתו החופשית של המתלונן למעשה המיני ובהתאם, ראוי היה לקבוע, למצער, כי המשיב עצם את עיניו ביחס לכך ולהרשיעו במיוחס לו.

25. בהקשר זה אף נטען, כי נפלה טעות בפסק הדין של הערכאה קמא, לאחר שבית הדין הנכבד בחן את סוגיית היסוד הנפשי של המשיב "תוך בחינת עדותו של המתלונן בלבד ותוך התעלמות מדבריו של המשיב, המלמדים על מודעותו של המשיב (או לכל הפחות, עצימת עיניו)" (הדגשה במקור).

### תשובת ההגנה

26. הסנגור המלומד סמך ידיו על הכרעת הדין של הערכאה קמא והדגיש, כי יסודה בממצאי מהימנות, שפורטו ובוארו על-ידי בית הדין קמא הנכבד, לאחר שהתרשם באורח בלתי אמצעי מן העדים השונים.

27. הסנגור שב והפנה לדיון ולהנמקה בכל הנוגע לסוגיית מהימנותו של המתלונן ומנגד, להתרשמותו של בית-דין קמא ממהימנות המשיב. בא-כוחו של המשיב, הפנה אף, בהקשר דומה, להלכה הפסוקה בנוגע לטיבו של הספק הסביר במשפט הפלילי בכלל והספק הפלילי בעבירות מין בפרט (ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 26.7.2012)).

28. כתימוכין נוספים לעמדתו, הפנה אף לקביעת בית הדין המחוזי, על הקושי הפיזי לכפות על המתלונן את המעשה המיני, באופן שבו תוארו הדברים על-ידי וכן לראיות החיצוניות שהוצגו ובהן מסרון ששלח המתלונן לאמו, על אודות המוטיבציה שלו לעזוב את הצבא, באותה עת.

29. בהתאם, עתר הסנגור כי נמנע מלהתערב בפסק הדין.

### דיון והכרעה

#### **התערבות בממצאי מהימנות ובקביעות עובדתיות – כללי**

30. נקודת המוצא לדיון שלפנינו עניינה בכלל, שלפיו אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ובמצאים עובדתיים שקבעה הערכאה קמא. שנאמר:

"הלכה ידועה מלפני בית משפט זה היא כי, ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. הרציונאל העומד בבסיס הלכה זו הוא כי לערכאה הדיונית יתרון אינהרנטי על פני ערכאת הערעור בשל התרשמותה הבלתי אמצעית מהעדים והראיות שנשמעו לפניו" (ע"פ 5921/12 סבג נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם, 7.5.2013) וכן ראו: ע"פ 5019/09 חליווה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 20.8.2013); ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 16.4.2012); ע"פ 8680/11 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.6.2013); ע/18,21/17 סמל אזריה נ' התובע



**הצבאי הראשי (2017); ע/29/15 רב"ט בר נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 45 (2015).**

ידועה גם העמדה, שלפיה :

"הגיונו של כלל אי ההתערבות נכון ביתר שאת, כאשר תחת שבטה של ערכאת הערעור נבחנים קביעות מהימנות וממצאי עובדה, הנוגעים בביצוע עבירות מין" (ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פסקה 25 לפסק-דינו של כב' השופט שהם (טרם פורסם, 10.7.2013); וראו גם: ע"פ 1904/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (טרם פורסם, 4.7.2012); ע"פ 3620/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 לפסק-דינה של כב' השופטת ארבל (טרם פורסם, 12.1.2012). לעמדה שונה ראו באותו עניין, פסקה 8 לפסק-דינו של כב' הנשיא גרוניס וכן פסקי הדין של כב' השופט הנדל וכב' השופט דנציגר, בעניין ניימן לעיל).

31. בצד זאת, הכירה הפסיקה בחריגים לכלל האמור. כך, בע"פ 8146/09 **אבשלום נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.9.2011), מנה בית המשפט העליון את רשימת החריגים, ובהם:

"כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהגיון ובשכל ישר או על סבירות של העדות... כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות... כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב, תמליל קלטת... כאשר הערכאה הדיונית התעלמה לחלוטין מראיות או לא שמה לב לפרטים מהותיים בחומר הראיות... כאשר הערכאה הדיונית התעלמה מסתירות מהותיות בעדות עליה נסמכה או מסתירות בין העדות עליה נסמכה לבין עדויות אחרות... כאשר הערכאה הדיונית אימצה גרסה מופרכת וחסרת הגיון... כאשר נפלה טעות מהותית או טעות 'בולטת לעין' בהערכת המהימנות" (ראו גם: ע"פ 3162/17 **זייצב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.10.2017); עיין **אזריה** לעיל, פסקה 80).

32. כך או כך, חובה על בית המשפט של ערעור לבחון באופן מדוקדק וקפדני את ממצאי הערכאה הדיונית (ע"פ 919/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 59 (טרם פורסם, 3.9.2015)).

33. כידוע, מהימנותם של העדים, נבחנת בהתאם להוראת סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971, על-פי "התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת, המתגלים במשך המשפט". כאמור, משקלן של עדויות ומהימנות עדים נתונים לשיקול דעתם של השופטים **הרואים והשומעים** את העדים. ההכרעה בעניין זה משוכה מליבו של כל שופט וממצפוננו שלו, בהתאם להתרשמותו מן העדים, אשר באו לפניו (ע"פ 6251/94 **בן-סימון נ' מדינת ישראל**, פד"י מט (3) 45 (1995)), ואמת המידה

הננקטת היא כזו של סבירות, שכל ישר וניסיון חיים שיפוטי (ע"פ 6289/94 דזנושווילי נ' מדינת ישראל, פד"י נב (2) 175 (1998)).

34. עם זאת, מושכלות יסוד הן, כי "אותות האמת", אשר בהם מדבר הסעיף האמור, כוללים הן את התנהגות העד על דוכן העדים והן את המסקנות שניתן להסיק ממכלול הנתונים העובדתיים ומן ההסברים השונים, הנפרשים לפני בית המשפט והמאמתים או סותרים גרסאותיו של עד (ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל פ"ד מ(2) 564, 573 (1986); ע"פ 993/00 שלמה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.9.2002)). בהתאם, כלל ידוע הוא, כי על בית המשפט להשהות הכרעתו בענייני מהימנות לאחר שמיעת כל העדים, שכן לעדויות עדים שונים עשויה להיות השלכה ביחס למהימנותם של עדים אחרים (ראו והשוו: ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 436 (1980); ע"פ 4701/94 אוחיון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.6.1995)). לאור זאת נקבע, כי אין המדובר בתהליך אוטומטי של מיון עפ"י סיווג כללי של הראיה, אלא בחינה מושכלת של תוכן הדברים (ע"פ 542/89 עבדול חי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.9.1992)).

35. אכן, יש טעם בעמדת התביעה, שלפיה, בכל הנוגע לסדר הצגת הדברים ומהלך הניתוח של העדויות בפסק הדין, ראוי היה להשלים את תהליך הערכת מהימנותם של העדים, לאחר השוואה בין כלל העדויות שנשמעו בבית הדין, לרבות זו של המשיב. ככלל, בחינת ממצאי המהימנות הסופיים, ראוי כי תיעשה לאחר בחינה ספציפית של כל עדות ועדות, על-פי ההתרשמות הישירה ממנה, על-פי הגיונה ועל-פי מידת הקוהרנטיות שבה. לאחר מכן, יש לקיים את הבחינה הכללית של תצרף הראיות, שהוצג בפרשת ההוכחות. במסגרת הבחינה הכללית, על בית המשפט להשוות בין העדויות השונות ובינן לבין כל ראיה אחרת שהוגשה לעיונו. יש לבחון האם הראיות השונות משתלבות זו בזו ובאיזה אופן, ומנגד, יש לתור אחר הסתירות ביניהן ולאמוד את משמעותן.

36. בהמשך, על-פי ממצאי המהימנות שגובשו, יש לבחון איזו תשתית עובדתית הוכחה במידה הנדרשת בפלילים ובהתאם, להוסיף ולבחון את קיומם של יסודות העבירה המנויה בכתב האישום.

#### ממצאי מהימנות וקביעות עובדתיות – מן הכלל אל הפרט

37. על-פני הדברים, אכן נראה כאילו בית הדין קמא הנכבד השלים את הערכת מהימנותו של המתלונן בטרם ניגש להעריך את מהימנות עדותו של המשיב ואף דן בשאלת הוכחתם של יסודות העבירה, לרבות היסוד הנפשי של המשיב, בטרם פירט על ממצאי המהימנות לגביו. ואולם, כפי שנראה להלן, בחינה מעמיקה של קביעותיו של

בית הדין קמא, מלמדת, כי לא נעלמו מעיניו דבריו של המשיב בחקירה ובמשפט וכי **למעשה**, נדרש בית הדין, **הגם שלא על-פי סדר הדברים הראוי והמקובל**, אל כלל הראיות שהוצגו לו, במהלך הערכת מהימנותם של העדים השונים.

38. כמו כן, כאמור, בית הדין הנכבד פנה לבחון את קיומם של יסודות העבירה עוד בטרם דן בהערכת מהימנותו של המשיב ובכך, כאמור, בא לכלל טעות. אף על-פי כן, כפי שנפרט להלן, נוכח התרשמותו של בית הדין מעדותו של המתלונן ואף מזו של המשיב, לאחר שכאמור, ניכר כי העדויות נבחנו בקפידה, תוך השוואה לראיות הנוספות שהוצגו ותוך התייחסות מעמיקה לטיעוני הצדדים, בשים-לב להנמקה המפורטת שבצד קביעות בית הדין בנוגע לממצאי המהימנות – סברנו, כי אין להתערב במסקנתו הסופית של בית הדין וכי אכן, נותר ספק סביר בשאלת אשמתו של המשיב.

39. במה דברים אמורים – במסגרת בחינת מהימנות עדותו של המתלונן, התייחס בית הדין להתרשמותו הישירה ממנה ואף השווה בינה לבין מכלול הראיות שהוצגו לו. כך, כמפורט לעיל, בחן בית הדין המחוזי את הודעותיו של המתלונן במצ"ח, השווה ביניהן, בחן את דבריו בעימות שנערך בינו לבין המשיב, את הדברים שמסר המתלונן למפקדתו וליתר העדים, וכמובן את דבריו של המתלונן אל מול דבריו של המשיב עצמו בחקירה ובבית הדין. ניכר, כי בית הדין, אשר היה ער לכך שעסקינן במקרה של **גרסה מול גרסה**, בחן מלפני ומלפנים את העדויות השונות ואת העולה מהשוואתן זו לזו, תוך התייחסות מעמיקה למלוא התמונה הראייתית.

40. בית הדין קמא התייחס בהרחבה לסתירות שנמצאו בגרסתו של המתלונן. כך למשל, כאמור, ציין את הקושי העולה מגרסתו, שלפיה התנגד המתלונן באופן נחרץ וגלוי לאירוע, לעומת דבריו שלפיהם קפא במהלך האירוע, ויותר מכך – את הקושי בין דבריו, שלפיהם התנגד באופן נחרץ **וגלוי** לאירוע, לעומת תיאור התנהגותו החברית כלפי המשיב, בסמוך לאחר האירוע, לטענתו, לנוכח חששו ממנו ועל-מנת **להסתיר** ממנו את התנגדותו לאקט המיני.

41. ברוח זו, הצביע בית הדין על ההתפתחות בגרסתו של המתלונן ועל חוסר העקביות שבה, בעיקר בכל הנוגע לשאלה האם במהלך האירוע, נקט ביטויים, המעידים על שיתוף פעולה והסכמה (ראו למשל, דבריו של המתלונן בעדותו בבית הדין, שם אישר, כי גנח וצחקק במהלך האירוע, פרוטוקול דיון מיום 15.3.2017, עמוד 15, שורה 12).

42. ודוקו: בית הדין הנכבד היה ער להלכה המושרשת, שלפיה אין לבחון את התנהגותו של מתלונן בעבירות מין, לאורך האירוע ואף לאחריו, במשקפיים של סבירות וכי אין להעריך אותם על-פי אמות מידה של ראציונליות (ראו: ע"פ 132/10 **טוואצאו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.9.2011); ע"פ 3873/08 **אטיאס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.9.2010)). ואמנם, עיון בהכרעת הדין מעלה, כי התנהגותו של

המתלונן באירוע ולאחריו, בהתאם לדבריו בחקירה ובמשפט, לא נבחנה באמות מידה של סבירות ורציונליות, אלא על-מנת לעמוד על משמעות הסתירות שנמצאו בגרסתו וכאבן בוחן למידת הקוהרנטיות שבה.

43. לצד זאת, במצטבר, הדגיש בית הדין קמא את הקושי הטמון בתיאור הפיזי של האירוע על-ידי המתלונן. בית הדין התרשם, כי התיאור שמסר המתלונן בדבר האופן, שבו כפה עצמו המשיב עליו, מעורר קושי רב, ואף הפנה, בהקשר זה, להתרשמותו מגודלם הפיזי של המתלונן ושל המשיב, וכן לאירוע קודם ביחידה, שבמהלכו, כמוסכם, נקט המתלונן אלימות כלפי המשיב. נבהיר כי אף אנו, בדומה לבית הדין, מצאנו כי הנושא מעורר תמיהה.

44. בית הדין קמא אף הדגיש את התרשמותו הבלתי אמצעית מן המוטיבציה של המתלונן לצאת מן המסגרת הצבאית ומן הזיקה שבינה לבין הגשת התלונה. התרשמותו של בית הדין נתמכת בתייעוד הרפואי בעניינו של המתלונן, בתייעוד המצוי במהו"ת, בעדותה של מפקדתו ואף בעדויותיהם של אמו ואחיו. אכן, כלל הראיות שהוצגו בבית הדין, הצביעו על כי המתלונן היה טרוד מאד, לפני ואחרי האירוע, בשאיפתו להשתחרר מהצבא, מוקדם ככל הניתן. למעשה, מדבריו של המתלונן במהו"ת, במצ"ח ובבית הדין, ניתן היה להתרשם, כי נושא זה העסיקו ועמד בראש מעייניו במהלך אותה תקופה. בהתאם, ניתן וראוי היה להסיק כי קיימת אפשרות ממשית, שלפיה המניע להגשת התלונה היה נעוץ ברצונו העז של המתלונן לצאת מן המסגרת הצבאית וכך, במצטבר להתרשמותו של בית הדין קמא מן הסתירות והקשיים אשר בתיאור האירוע על-ידי המתלונן, התעורר החשש, שמא נעשה על-ידי המתלונן שימוש מניפולטיבי בדרך הצגת המקרה לאחרים (ראו והשוו, על משקלו של היעדר מניע, כתימוכין לעדותו של נפגע עבירה, ע"פ 4930/07 טולדו נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (טרם פורסם, 10.12.2009)).

45. בדומה, התרשם בית הדין אף מקשר ברור בין המוטיבציה של המתלונן לסיים את השירות הצבאי בהקדם, לבין המצוקה הנפשית שתוארה על-ידי וצויינה בתייעוד הרפואי, בכל הנוגע לתקופה הסמוכה לאירוע, אחריו וגם לפניו. בהתאם, לא נמצא כי מצבו הנפשי של המתלונן, בסמוך לאחר האירוע, מהווה תימוכין מובהקים למהימנות גרסתו של המתלונן ביחס לאירוע. אכן, נוכח מצבו הנפשי הרעוע של המתלונן, עובר לאירוע, כעולה למשל, מדבריו בחקירה, מתעורר ספק האם ניתן לקשור באופן מובהק בין מצבו הנפשי של המתלונן לאחר האירוע לבין המקרה, מושא הדיון שלפנינו. ניכר, כי המתלונן לא חפץ בתפקידו כשוטר צבאי ולמעשה, כלל לא היה מעוניין לשרת בצבא, בין היתר, על רקע בעיות בריאותיות – מצב זה השפיע עליו ואותותיו ניכרו בו. מצוקתו הנפשית באותה עת, בין היתר, הובילה לשיחה הארוכה והעמוקה בינו לבין המשיב,

בליל האירוע. כאמור, אף בהמשך, **לאחר המקרה**, המתלונן שב ותלה בקשיי ההסתגלות שלו למסגרת הצבאית את העילה המרכזית והמיידיית לרצונו העז להשתחרר מן הצבא. ביטויים לכך ניתן למצוא בדבריו במהו"ת, בחקירה במצ"ח, בבית הדין, ואף בעדות מפקדתו ובעדויות אמו ואחיו. מכאן, שיש לייחס משקל ראייתי דל, אם בכלל, למצבו הנפשי של המתלונן לאחר האירוע, וזה אינו יכול להוות, בנסיבות העניין, ראייה המחזקת את מהימנות גרסתו של המתלונן לאירוע (ראו והשוו: עניין **אטיאס הנ"ל**, בפסקה 107; ע"פ 1947/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.12.2009)).

46. אשר לגרסתו של המשיב, תחילה, פירט האחרון על קשייו הנפשיים, הכוללים, בין היתר, הפרעת קשב וריכוז, וציין כי הותאם לו סימול נמוך, בכל הנוגע לסיכוויי להשתלב בצבא (קה"ס). הוא תיאר את המוטיבציה הרבה שלו לשרת בצבא ואת שביעות רצונו מתפקידו כשוטר צבאי. בהמשך, בחקירה נגדית, פירט על מהלך האירוע אשר בבסיס כתב האישום, על שיתוף הפעולה וההדדיות שבינו לבין המתלונן, ועל תחושתו, כי המתלונן נהנה וחווה חוויה טובה. המשיב מסר, כי אמנם היה דומיננטי יותר במהלך האקט המיני, אך הוסיף וציין, כי המעשה היה תולדה ישירה והמשך של "שיחת נפש" בינו לבין המתלונן, ותיאר את ביטויי ההסכמה וההנאה של המתלונן, במהלך האירוע ובסמוך לאחריו, כפי שנחזו על-ידי (ביטויים שאושרו על-ידי המתלונן בעדותו).

47. בית הדין המחוזי היה ער לקושי של המשיב לדייק במילותיו בכל הנוגע לשאלה שהפנה אל המתלונן, בתחילת האקט המיני – האם הוא מעוניין להתנסות. כך, נמצא, שהמשיב טען בהזדמנות אחת, כי שאל את המתלונן, האם הוא מעוניין להתנסות עם גבר, ובהזדמנות אחרת, מסר, ששאל את המתלונן האם הוא מעוניין להתנסות עם גבר או אישה. המשיב ציין בעדותו בבית הדין, כי אינו זוכר היטב מה היה הנוסח המדויק של אותה שאלה. עם זאת, הבהיר, לאורך כל עדותו בבית הדין ואף בחקירה, כי השיחה בינו לבין המתלונן נסבה על מגע מיני בין גברים, וכי בתגובה לשאלתו, המתלונן "ציחקק". מכל מקום, חשוב לציין, כי הערכאה הדיונית התרשמה באורח בלתי אמצעי מרוח הדברים שנאמרו ואף הניחה, בנסיבות העניין, כי "ניתן להבין את הטענה, כי הנאשם לא זוכר את המילים המדויקות שבהן השתמש במהלך האירוע".

48. למעשה, כפי שנקבע בהכרעת הדין, ניתן להתרשם מבהירות דבריו של המשיב בחקירתו, בעימות בינו לבין המתלונן ובעדותו בבית הדין. ככלל, למעט דבריו בנוגע לשאלה שהציג למתלונן, כמפורט לעיל, תשובותיו של המשיב בחקירה ובבית הדין היו ענייניות, ברורות וקוהרנטיות, ולמעשה, אף סייעו לבית הדין קמא להתרשם מן הסתירות והקשיים בעדותו של המתלונן.

49. עולה מן המקובץ, כי על-פי ממצאי המהימנות שנקבעו בבית הדין קמא ולאחר בחינת מלוא הראיות והתמונה הכוללת, יש לקבוע כי גרסתו של המתלונן לא הוכחה מעל לכל ספק סביר. בהתאם, אין לקבוע כי המתלונן הביע התנגדותו למעשה המיני באופן ברור וגלוי ואין לקבוע, כי המשיב כפה עצמו, פיזית, על המתלונן. יוטעם גם, בזהירות הנדרשת, כי על-פי ממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא, בראי תצרף הראיות המלא, לא הוכח, במידת הוודאות הנדרשת, כי המעשה המיני נעשה "שלא בהסכמתו החופשית" של המתלונן (ראו הגדרת יסודות העבירה בסעיפים 345(א)(1) ו-347(ב) לחוק העונשין).

בד בבד, נקבע, כי שיחה עמוקה, שנסבה אף על ניסיונם המיני של המתלונן והמשיב בכלל ועל יחסי מין בין גברים בפרט, קדמה למעשה המיני, וכי במהלך האירוע, המתלונן צחקק במספר הזדמנויות, גנח לא פעם ואף הגיע לפורקן מיני. 50. כעת, יש להידרש לטענת התביעה, שלפיה, אף בראי עובדות אלו, לפי גרסתו של המשיב, מן הראוי להרשיעו בעבירה שיוחסה לו.

#### **בחינת העובדות שהוכחו וקיומם של יסודות העבירה על-פי גרסת המשיב**

51. בפתח חלק זה של הדיון, נזכיר, כי כמפורט לעיל (פסקה 49), לאחר שמצאנו, כי בנסיבות המקרה דנן, בהתאם להלכה הפסוקה, אין מקום להתערב בממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא – לא הוכח, מעל לכל ספק סביר, כי המעשה המיני נעשה "שלא בהסכמתו החופשית" של המתלונן. משכך, יש לקבוע, כי לא הוכח הרכיב הנסיבתי, כאמור בהגדרת היסוד העובדתי שבעבירה.

52. מכל מקום וזה העיקר, בחינת היסוד הנפשי של המשיב בעת המעשה, אינה יכולה להיעשות במנותק מכלל הנסיבות שהוכחו, כמפורט לעיל, עובר לאקט המיני, במהלכו ובסמוך לאחריו (בבחינת סופו מעיד על ראשיתו). כידוע, היעדר הסכמתו של מתלונן למעשה המיני אינה חייבת להיאמר במילים מפורשות, והיא יכולה להשתמע מנסיבות המקרה ומהתנהגותו (ראו: ע/117/05 **התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם זאהר** (2006)). הפן האחר הוא, שאף הסכמתו של המתלונן לקיום מגע מיני, עשויה להילמד מכלל הנסיבות ומהתנהגותו (ראו והשוו: ע"פ 252/99 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(5) 88 (1999); ע/12/07 **סג"ם פנחס נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)).

53. אשר למקרה שלפנינו, אמנם, מן הצד האחד, אין להתעלם מכך שבין השניים לא שררו בעבר יחסי קרבה, בוודאי לא קרבה אינטימית וכי לא נטען, גם לא על-ידי המשיב, כי המתלונן הביע הסכמה מפורשת למעשה המיני. ברם, מן הצד האחר, כפי שפירטנו לעיל, נקבע, כי בין המתלונן והמשיב נערכה שיחה ארוכה ועמוקה, שנסבה אף על ניסיונם המיני והאפשרות לקיים יחסי מין בין גברים. מייד לאחר מכן, כהמשך

ישיר לאותה שיחה, ולאחר שהמשיב העלה את האפשרות להתנסות בכך והמתלונן הגיב בצחקוק, החל המשיב לבצע במתלונן מין אוראלי, שבמהלכו נשמע המתלונן גונח ואף מצחקק. האקט המיני הסתיים לאחר שהמתלונן הגיע לפורקן מיני ולאחריו, החמיא המתלונן למשיב "איזה גבר אתה".

54. עולה, אפוא, כי בנסיבות הכוללות של המקרה דנן, לנוכח ממצאי המהימנות והקביעות העובדתיות שבעקבותיהם, לא ניתן לקבוע, כי הוכח **מעל לכל ספק סביר** שהמשיב היה ער לאי-הסכמה מצד המתלונן למעשה המיני (אם אכן לא הסכים לו), ואף לא כי חשד בעניין ולא ברר זאת (על טיבו ויישומו של כלל "עצימת העיניים" כרכיב נפשי השקול למודעות, ראו: ע/9,10/17 **סגן ברוכב נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). בהתאם ומשלא נשלל הספק הסביר בעניין, אין להתערב בפסק-דינה של הערכאה קמא.

55. ודוקו: אין בתמיהות ובתהיות דלעיל כדי להעיד כי המתלונן הסכים למעשה המיני, או כי חפותו של המשיב, למקרא הראיות, מובהקת. קביעתנו אינה, אלא, כי קיים ספק סביר בדבר אשמתו של המשיב; וגם אם נניח, שהמתלונן לא הסכים למעשה המיני, ישנו ספק סביר לגבי מודעותו של המשיב לאי ההסכמה (ראו והשוו: (עניין **ידען** לעיל, פסקה 40).

### סוף דבר

56. סוף דבר, משהגענו למסקנה, כי אשמתו של המשיב לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר, באופן הנדרש על-מנת לגבור על החשש מפני הרשעת חף מפשע, אין להתערב בפסק-דינה של הערכאה קמא ויש להותיר את זיכויו של המשיב על כנו.

57. המסקנה הכוללת היא כי אנו דוחים את ערעור התביעה.

ניתן והודע היום, י"ט בחשוון התשע"ח, 8 בנובמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

הנשיא	המשנה לנשיא	שופט
חתימת המגיה: _____	העתק	נאמן
	סגן	מכני
תאריך: _____	קצינת	בית
		הדין