



ע"פ 5297/15 - גודדאו גדי קסה נגד מדינת ישראל, המתלוננת א., המתלוננת ג.

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5297/15

לפני:
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: גודדאו גדי קסה

נגד

המשיבות:
1. מדינת ישראל
2. המתלוננת א.
3. המתלוננת ג.

ערעור על הכרעת הדין מיום 30.12.2014 ועל גזר הדין
מיום 29.3.2015, שניתנו על-ידי בית המשפט המחוזי
תל אביב-יפו בתפ"ח 57090-05-13 (השופטת מ'
דיסקין והשופטים ר' בן-יוסף ו-צ' קאפח)

תאריך הישיבה: א' באב התשע"ז (24.7.2017)

בשם המערער: עו"ד רלי אבישר רוזה; עו"ד אילן אזולאי

בשם המשיבה 1: עו"ד חיים שוייצר; עו"ד שירי רום

פסק-דין

עמוד 1

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על הכרעת הדין מיום 30.12.2014 ועל גזר הדין מיום 29.3.2015, שניתנו על-ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בתפ"ח 57090-05-13 (השופטת מ' דיסקין והשופטים ר' בן-יוסף ו-צ' קאפח) במסגרתם הורשע המערער בביצוע עבירות אינוס, לפי סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בשתי מתלוננות, והושת עליו עונש מאסר בפועל למשך 12 שנים בניכוי ימי מעצרו, ומאסר על-תנאי. כמו כן, חויב המערער בתשלום פיצויים בסך של 80,000 ₪ לכל אחת מהמתלוננות.

עיקרי כתב האישום

2. על-פי המתואר בכתב האישום, בליל 15.5.2013 בילו המתלוננות א' ו-ג' במועדון ריקודים, שם פגשו במערער, בינו לבין א' קיימת היכרות קודמת, וביחד שתו משקאות אלכוהוליים. בתום הבילוי במועדון שבו המתלוננות לדירה בה מתגוררת ג' (להלן: הדירה) במונית: יחד עמן נסע המערער. בהגיעם לדירה עלתה א' על יצועה בחדרה של ג' (להלן: החדר) ונרדמה; ג' נותרה בסלון הדירה (להלן: הסלון) יחד עם המערער. לאחר שהמערער אמר כי הוא מעוניין ללון בדירה, הביאה לו ג' שמיכה מהחדר, התיישבה על הספה לפרק זמן מסוים, נכנסה לחדר ונרדמה לצידה של א'. סמוך לאחר מכן, נכנס המערער לחדר, הפשיל את מכנסיו, נשכב לצידה של ג' והוריד את מכנסיה ותחתוניה. ג' קמה מהמיטה ועברה לישון על הספה שבסלון. לאחר צאתה של ג' מהחדר, התקרב המערער אל א', שישנה במיטה כשגבה מופנה כלפיו, הסיר את תחתוניה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. א' הקיצה משנתה, שאלה את המערער לפשר מעשיו ודחפה אותו באמצעות רגליה. המערער עזב את החדר וניגש לספה שבסלון, התקרב ל-ג', שישנה באותה עת על הספה, והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. ג' התעוררה משנתה והדפה את המערער מעליה באמצעות ידיה. בגין מעשים אלה, אשר ביצע המערער במתלוננות ללא הסכמתן החופשית ותוך ניצול מצבן הגופני שגרם להן לשינה עמוקה ולחוסר יכולת ליתן הסכמה חופשית או להתנגד למעשיו, יוחס למערער ביצוע שתי עבירות אינוס, לפי סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(4) לחוק העונשין.

תשובת המערער לכתב האישום

3. בתשובתו לכתב האישום כפר המערער בביצוע המעשים שיוחסו לו. לטענתו, היה ער לכך שהמתלוננות שתו משקאות משכרים, אך לא היה מודע לכמותם. כמו כן, הודה כי הצטרף לנסיעתן של המתלוננות במונית ועלה עמן לדירה, אולם הוסיף כי עשה זאת בעקבות הזמנתה של ג'. אשר להמשך ההתרחשויות בדירה מרגע הגעתם של המתלוננות והמערער, גרסתו היא כי מיד לאחר כניסתם לדירה נכנסה א' לחדר, נשכבה על המיטה ונרדמה. המערער ו-ג' נותרו יחד בסלון, ואז נעתר להזמנתה לישון בדירה. לאחר מכן, הביאה לו ג' שמיכה והתיישבה לצידו על הספה הנמצאת בסלון. לגרסתו, הוא ו-ג' "התכרבלו" יחד על הספה, ובשלב מסוים ניגשה ג' לחדר, נשכבה על המיטה, אך לא נרדמה. המערער נכנס לחדר בעקבותיה, נשכב לצידה ובהסכמתה החופשית, כשהיא ערה ותוך כדי מגע פיסי הדדי בין השניים, הוריד את מכנסיה ותחתוניה. בשלב מסוים יצאה ג' מהחדר אל הסלון, ואז התקרב המערער אל א', חיבקה ונישקה, אולם לא הסיר את תחתוניה ולא בעל אותה. לטענת המערער, א' לא נדהמה ממעשיו ולא דחפה אותו, וכשאמרה לו לחדול ממעשיו, מיד עשה כן. לאחר מכן, ניגש המערער לסלון שבו שהתה באותה עת ג', וקיים עמה יחסי מין מלאים בהסכמה חופשית בהיותה ערה (פרוטוקול הדיון, עמודים 8-9).

תמצית פסק הדין של בית המשפט המחוזי

4. בהכרעת דין מקיפה ומנומקת, המבוססת על עדויותיהן של שתי המתלוננות ועדת ראייה נוספת, ר', שותפתה לדירה של ג', אשר



שהתה בדירה בעת קרות האירועים, בצירוף ראיות תומכות נוספות, הרשיע בית המשפט המחוזי פה אחד את המערער בביצוע המעשים שיוחסו לו בכתב האישום.

5. בית המשפט המחוזי נתן אמון מלא בעדויותיהן של שתי המתלוננות ומצא אותן "קולחות, קוהרנטיות, ברורות, אמינות ומהימנות. מעדויותיהן ניכר היה באופן מסירתן, בהבעות פניהן, מדרכן בתשובותיהן לשאלות שנשאלו - שהדברים יצאו מליבן [...] ניכר היה בעדויותיהן שהן מבקשות למסור את תיאור האירועים כהווייתם. לא ביקשו להשחיר את פניו של הנאשם ולא העצימו בתיאור המעשים שנעשו בהן. בעדויותיהן שילבו את הרגשתן ורגשותיהן עובר למעשים וגילויים. סערת נפשן של העדות ניכרה על פניהן, הן בעדותן בפני בית המשפט והן בסרטוני העימות בהן עומתו עם הנאשם" (הכרעת הדין, עמודים 14-16). נקבע כי בעיקרם של דברים, לא נמצאו סתירות, לבטח לא מהותיות, בין הודעותיהן שנגבו במשטרה, אמירותיהן במהלך העימותים שנערכו עם המערער ועדויותיהן בבית המשפט (נ/7-2; ת/9; הכרעת הדין, שם).

6. בניגוד להתרשמות החיובית ולאמון המלא שניתן לעדויות המתלוננות, נקבע כי עדות המערער בלתי מהימנה בחלקים המרכזיים הנוטשים במחלוקת - עצם בעילתה של א', ובעילתה של ג' בשעה שישנה מבלי שנתנה הסכמה חופשית; וכי "בחינת גרסאותיו לעומקן תגלה שינויים, התפתחויות, סתירות וגרסאות כבושות בעניינים מהותיים, המטילים צל כבד על אמיתות ואמינות גרסתו" (הכרעת הדין, עמודים 16-19). כך, בין היתר, קבע בית המשפט כי חזרתו-בו של המערער מהודעתו בחקירה כי חיבק את א' כשליטפה ונישקה, יש בה כדי ללמד על רצונו להרחיק את עצמו מאחריות למעשיו (הכרעת הדין, עמודים 16 ו-20).

7. נוסף על עדויות המתלוננות שנמצאו אמינות והנמקת בית המשפט המחוזי המפורטת להעדפתן על פני עדותו של המערער, ביסס בית המשפט את הכרעתו על עדויות וממצאים נוספים, ובהם: עדותה של ר', שבה נתן בית המשפט המחוזי אמון מלא, ועיקרה בכך שראתה בחטף את מכנסיו של המערער מופשלים כאשר זה שהה בחדר (הכרעת הדין, עמודים 14-16); העובדה שתחתונה של המתלוננת א' הוסרו מגופה (הכרעת הדין, עמוד 20); נקבע כי התמהמהותו של המערער מלהתייצב לחקירה במשטרה, קרוב לשבוע-ימים, עת ידע כי הוא חשוד בביצוע מעשי אונס, מהווה התנהגות מפלילה המחזקת את גרסת המתלוננות (הכרעת הדין, עמוד 21); תיאור מצבן הנפשי של המתלוננות בסמוך לאחר קרות האירוע, על-ידי ר' ועל-ידי השוטרת שגבתה מהן עדות בבית החולים כשהן נסערות, מפחדות ובוכות (הכרעת הדין, עמודים 20-21; להלן: השוטרת); תוספת מחזקת נוספת להרשעת המערער בבעילתה של ג', מצא השופט צ' קאפח באמרותיה של ג', שלפיהן בתגובתה הראשונית מיד לאחר המעשה, שאלה את המערער אם ביצע את המעשה עם אמצעי מניעה. המערער אישר שאכן כך אמרה לו ג', ומכאן הסיק השופט קאפח כי המערער בעל את ג' בעודה ישנה, שכן אין סיבה נראית לעין שתדרוש לדעת בדיעבד אם המערער היה עם אמצעי מניעה (הכרעת הדין, עמוד 23).

8. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער על מחדלי חקירה שבגינם יש להטות את הכף לזיכוי. בנוגע להימנעות ביצוע בדיקת DNA באיבר מינה של א', נקבע כי אין משקלו של העדר ממצא של בדיקה פורנזית כמשקל קיומו של ממצא. באשר לאי-חקירתם של חברו של המערער וקרוב משפחתה של ג', אשר ג' ביקשה שלא לערבו בחקירה, ואי-תפיסת מצלמות האבטחה מהמועדון - נקבע כי אין בהם כדי ללבן או לשפוך אור על עיקר המחלוקת בתיק. בית המשפט אף ציין והבהיר את המובן מאליו, כי "אף אם היה נקבע שהתנהגות המתלוננות במועדון הייתה מתירנית ומגרה, לא היה בכך כל הצדקה לאונס בעת שהן ישנות" (הכרעת הדין, עמודים 21-22).

על סמך כל האמור, החליט בית המשפט המחוזי פה אחד להרשיע את המערער בביצוע העבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

9. בגזר הדין קבע בית המשפט המחוזי מתחם ענישה אחד לשני מעשי האונס אותם ביצע המערער, ולאחר שנדרש לטענות באי-כוח הצדדים לעונש ולמכלול השיקולים הנדרשים לעניין, קבע כי מתחם הענישה ההולם נע בין 8 ל-14 שנות מאסר בפועל. מכאן פנה בית המשפט לגזור את עונשו של המערער בתוך המתחם, והחליט להשית עליו 12 שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו, מאסר על-תנאי ותשלום פיצויים לשתי המתלוננות.

מכאן הערעור שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים בערעור

10. לטענת המערער, קיימות סתירות בעדויותיהן של המתלוננות ומכיוון שהן אינן זוכרות בבירור את רצף האירועים, יש להעדיף את גרסתו. כמו כן, טוען המערער כי המתלוננת א' גיבשה זיכרון מוטעה של הדברים בעקבות שברי זיכרונותיה מליל האירוע בצירוף הפרטים ששמעה מפיה של המתלוננת ג'. באשר להרשעתו בגין אינוסה של המתלוננת ג', טוען המערער כי קיים עמה יחסי מין בהסכמה חופשית, ולחלופין כי בשל התנהגותה של המתלוננת ג' במהלך ערב האירוע, סבר לתומו שהיא מעוניינת לקיים עמו יחסי מין, ועל כן מתקיים הסייג לאחריות הפלילית למעשיו – 'טעות במצב דברים', לפי סעיף 34 לחוק העונשין. עוד טוען המערער, כי בית המשפט המחוזי נחשף לפרטים על אודות עברו הפלילי עובר להכרעת הדין, ויש בכך כדי לפגוע באופן ממשי במראית פני הצדק ולהקים חשש כי הדבר השפיע על הכרעת הדין.

11. באשר לגזר הדין, סבור המערער כי מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי מחמיר מדי וחורג ממדיניות הענישה הנהוגת במקרים כגון דא. לטענתו, לא ניתן משקל הולם לנסיבות המקלות בעניינו, כדוגמת ביצוע המעשים ללא שימוש באלימות. כמו כן, טוען המערער כי הפיצוי הכספי שחויב לשלם למתלוננות אינו מידתי ואינו מתחשב במצבו הכלכלי.

12. המדינה מצידה סומכת ידיה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ולטענתה דין הערעור להידחות. באשר לטענת המערער, שלפיה א' גיבשה זיכרון שגוי בו המערער קיים עמה יחסי מין מלאים, טוענת המדינה כי טענה זו הועלתה לראשונה במסגרת הערעור שלפנינו, מבלי לצרף לה חוות דעת מומחה התומכת בה. זאת ועוד, בעדותה ציינה ג', שזיכרונה היחיד הוא רק כשהתעוררה והרגישה שהמערער מחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, ומיד שאלה אותו אם "עשית את זה לפחות עם קונדום". פרטים אלה ונוספים בעדותה המהימנה של ג', מלמדים כי היתה במצב של חוסר הכרה שבעטיו נמנע ממנה ליתן הסכמה חופשית, וסותרים את טענות המערער. בהמשך לכך, טוענת המדינה כי אין לקבל את טענת המערער לסייג לאחריות הפלילית בשל 'טעות בהבנת מצב הדברים'. זאת, משום שהמתלוננת ג' לא הביעה כל הסכמה או נכונות במהלך שהותו של המערער בדירה ועובר לכך, לקיום יחסי מין עמו, ומרגע שנרדמה נכנסה למצב שמנע ממנה לתת את הסכמתה החופשית לקיום יחסי המין. באשר לגזר הדין, סבורה המדינה כי הוא מידתי, אינו סוטה ממדיניות הענישה הנהוגה, ואין כל עילה להתערב בו.

דין והכרעה

13. לאחר שעיינתי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, במוצגים, בעימותים שנערכו ובפרוטוקולי הדיון, ובחנתי את טענות באי-כוח הצדדים בכתב ובעל-פה, מזה ומזה – הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.



14. המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית לדיוננו היא עבירת האינוס המעוגנת בהוראת סעיף 345(א) לחוק העונשין, הקובעת כדלקמן:

"הבועל אשה -

- (1) שלא בהסכמתה החופשית;
- (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, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;
- (5) תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית;

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים".

ברבות השנים נוסחה של עבירת האינוס עבר תמורות שונות, שהאחרון בא בעקבות תיקון מספר 61 לחוק העונשין (חוק העונשין) (תיקון מס' 61 (אינוס), התשס"א-2001), אשר העביר את מרכז הכובד בעבירת האינוס אל יסוד ההסכמה החופשית. אין עוד צורך להוכיח התנגדות ממשית - פיזית או מילולית - מצד האישה, ו"די בכך שניתן יהיה להסיק ממכלול הנסיבות על היעדר ההסכמה" כדי שישודות עבירת האינוס יתגבשו (ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל, פסק הדין של השופטת ע' ארבל; וראו שם, פסקה 22 לחוות דעתי (28.10.2013) (להלן: עניין טרשתי); ע"פ 3217/14 שמיים נ' מדינת ישראל, פסקאות 21-22 לפסק הדין של השופט י' עמית (31.7.2016) (להלן: עניין שמיים); ע"פ 7296/07 תורן נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-12 לפסק הדין של השופט ח' מלצר (12.8.2010) (להלן: עניין תורן)). כאמור בכתב האישום, יוחס למערער ביצוע עבירת אינוס בשתי מתלוננות הן לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, הן לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, מבלי להפריד בין השניים; כך גם בהכרעת הדין. גבי ידי, מוטב להבחין בין החלופות השונות במקרים המתאימים (לדיון בנדון, ראו: עניין שמיים, פסקאות 22 ו-25 לפסק דינו של השופט עמית), אולם משלא הועלו טענות בנושא אציין אך זאת: סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין נועד ליתן מענה למנעד רחב של מקרים, שבהם אדם בעל אישה תוך שניצל את חוסר הכרתה, למשל במצב שינה (ראו למשל, ע"פ 61/79 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לג(3) 688, 684 (1979); ע"פ 6859/13 טרודי נ' מדינת ישראל (3.3.2015) (להלן: עניין טרודי); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 44281-12-11 מדינת ישראל נ' פלוני (29.1.2013)), או כל מצב אחר, נפשי או פיזי, בו היתה שרויה, אשר מנע ממנה את היכולת לתת הסכמה חופשית לקיום המעשה המיני. ודוק: אין צורך להוכיח לשם קיום יסודות העבירה כי יכולתה של האישה נשללה באופן מוחלט, ודי בכך שהיתה החלשה מהותית של יכולת זו (עניין טרשתי, פסקה 22; עניין תורן, פסקה 12; יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק שלישי 1387-1381 (2006)).

15. מהתם להכא. מרבית טענות המערער מופנות נגד ממצאי עובדה ומהימנות שקבע בית המשפט המחוזי בהתבסס על עדויות המתלוננות, אותן ביכר על פני עדותו של המערער. בידוע, כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות כגון דא זולת במקרים חריגים. משנה תוקף יש להלכה פסוקה זו במקרים העוסקים בביצוע עבירות מין אשר מבוססים בעיקר על גרסאותיהם של המעורבים בפרשה; אולם בד בבד נדרשת ערכאת הערעור לבחון היטב את מסקנותיה של הערכאה המבררת במקרים אלו (ראו ע"פ



7063/14 רבאיעה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות (19.11.2015) (להלן: עניין רבאיעה); ע"פ 4453/16 מדינת ישראל נ' פלוני (20.7.2017)). בית המשפט המחוזי בחן בפרטות את מכלול הראיות, דן באמינותן ומהימנותן של עדויות המתלוננות, ונימוקיו משכנעים ונכוחים. על סמך הטעמים המונחים ביסוד ההלכה הפסוקה בעניינים כגון דא, ולאחר שבחנתי את עדויות המתלוננות, לא מצאתי פגם בקביעות בית המשפט המחוזי. על כן, כדרך שהכריע, 'אותות האמת' והחיזוקים השונים הקיימים לעדויותיהן ולמסקנות מהן, מבססות את הרשעתו של המערער מעבר על לספק סביר, והכל כפי שיפורט להלן (ע"פ 288/88 גנדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45 (1988); יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 224-226 (2009)).

16. באשר לעבירת האינוס בה הורשע המערער בבטילתה של המתלוננת א', אין המערער חולק כי היה מודע לכך שזו ישנה, כאשר התקרב אליה ונישקה, וזאת במטרה לקיים עמה יחסי מין (פרוטוקול הדיון, עמוד 131, שורה 31; ת/א, עמוד 3, שורות 55-56). בעדותה ובעימות תיארה המתלוננת א' באופן קוהרנטי ועקבי את זיכרונה היחיד מן הרגע שבו התעוררה לפתע – "אני התעוררתי כשהיית בתוכי" (ת/א, עמוד 18, שורה 7), "הכל מטושטש כזה, מסתכלת ורואה אותו [את המערער – נ' ס']" (פרוטוקול הדיון, עמוד 25, שורה 16; נ/א, עמוד 1, שורות 20-25), הרגישה את איבר מינו בתוך איבר מינה ומיד הסיטה את ידה לעבר איבר מינה וחשה באיבר מינו של המערער כשזה חשוף, ללא קונדום (פרוטוקול הדיון, עמודים 24, 33-34, 38; נ/א, עמוד 3, שורות 16-19). חיזוק לתיאור דברים אלה והמסקנה בדבר מהימנותה, כפי שעמד על כך בהרחבה בית המשפט המחוזי, נמצא כאמור ב'אותות אמת' ובחיזוקים שונים: פעולות המערער כפי שתוארו על-ידו, בחקירותיו במשטרה ובתגובתו לכתב האישום – שחיבק את המתלוננת א' (ת/א, עמוד 3, שורה 59; פרוטוקול הדיון, עמוד 8, שורה 27); זאת בצירוף עדותה של ר', השותפה לדירה שבעת שחלפה על פני החדר הבחינה כי מכנסיו של המערער מופשלים מטה, וכן בהימצאותם של תחתוניה לצד ראשה בבוקר למראשות המיטה, כאשר עלתה על יצועה כשהיא לבושה באופן 'מלא' (פרוטוקול הדיון, עמודים 23, 42). מצבה הנפשי של המתלוננת א' שעות בודדות לאחר האירוע, כפי שהצטייר מעדותה של השוטרת, שבה תיארה כי א' היתה נסערת, מפוחדת ובוכה בעת שגבתה ממנה את ההודעה הראשונה, מהווה חיזוק לגרסתה של המתלוננת א' ומהימנותה (פרוטוקול הדיון, עמודים 52-53; וראו ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ל (22.4.2010)). טענת המערער, שנטענה בעלמא, ללא תימוכין ובלי ביסוס, כי המתלוננת א' בדתה מליבה תיאור זה, משום "שייתכן שנגעה באיבר מינו של המערער אשר היה בזקפה באותה עת והשילוב בין הדברים הוביל אותה לגבש זיכרון מוטעה ושגוי של האירוע" (עיקרי הטיעון מטעם המערער, פסקה 8(ב)) קורסת אפוא אל מול עדותה של א' והתוספות הראייתיות המחזקות ומאמתות אותה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי על יסוד התשתית הראייתית, המערער היה מודע לכך שהמתלוננת א' היתה שרויה במצב שינה עמוק שמנע ממנה לתת הסכמה חופשית, ניצל את מצבה, ובעל אותה. בנסיבות אלה מתקיימים יסודות עבירת האינוס לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, והרשעת המערער בדיון היא.

17. גם באשר להרשעת המערער בביצוע עבירת האינוס במתלוננת ג', מצאתי כי הרשעתו מבוססת וכי יש לדחות את טענותיו. בעדותה שנמצאה מהימנה ציינה המתלוננת ג', כי אינה זוכרת בבירור את אשר התרחש לאחר שהביאה למערער שמיכה לסלון, אולם את הרגע בו הקיצה משנתה זכרה היטב – "בזמן שאני ישנה זה הדבר היחיד שאני בטוחה בו. אתה יכול לשאול אותי עוד עשרים אלף פעם. אני רוצה להבהיר משהו ושיהיה ברור – החלק שבו אני קמה ומתעוררת משינה זה העוגן היחיד שהסכמתי להיות פה או לא לקחת עסקת טיעון או כל דבר אחר. כל שאר הדברים באמת זה מעורפל" (פרוטוקול הדיון, עמוד 87, שורות 15-18; ת/א, עמוד 3, שורות 23-29, עמוד 8; נ/א, עמוד 2, שורות 26-28). עצם העובדה כי זיכרונותיה היחידים של המתלוננת ג' מהאירוע הם כי המערער בועל אותה ומיד לאחר מכן שאלה אותו אם "עשית את זה לפחות עם קונדום" והחלה למרר בבכי, הדפה את המערער ממנה והטיחה בו אמירות קשות (פרוטוקול הדיון, עמוד 62, שורות 14-15, עמוד 113; הכרעת הדין, עמוד 23), מחזקים את גרסתה

ומעידים לטעמי על מצבה ההכרתי, וכן על חוסר יכולתה במהלך האירוע לתת הסכמה חופשית למעשה המיני (ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (12.11.2014)). פרט זה, מצב השינה בו היתה נתונה ג', עולה אף מדברי המערער שנאמרו בלהט הדברים בעימות שנערך בין השניים:

"המערער: ואת זוכרת גם שביקשת נייר טואלט והלכתי להביא נייר טואלט?

המתלוננת ג': מה?

המערער: את זה את לא זוכרת?

המתלוננת ג': לא.

המערער: את רואה? וזה אחרי שהתעוררת. הבאתי לך נייר טואלט" (ת/ד9, עמוד 9, שורות 16-22, הדגשות - נ' ס').

אמרות דומות ציין המערער בהודעתו באשר לתיאור הדברים מרגע שחזר לסלון ומצא את המתלוננת ג' כשעיניה עצומות, "אני חושב שהיא היתה ערה, היא הייתה עם עיניים עצומות אבל היא היתה ערה" (ת/א8, עמוד 3, שורה 71, הדגשות - נ' ס'; פרוטוקול הדיון, עמודים 133-134), וכן כי החל לנשק את המתלוננת ג' "נשיקות. נשיקות ו... נגיעות. אה... היא התעוררה, הסתכלה עליי" (ת/א8, עמוד 4, שורות 21-22; ת/א8, עמוד 2, שורות 16-17). חיזוק נוסף למסקנתי מצאתי בחשד שהביע המערער שפעל לא כשורה, כאשר ציין בעדותו כי לאחר שהגיע לפורקן מיני והמתלוננת ג' דחפה אותו והטיחה בו "למה ניצלת אותי? למה עשית לי את זה?" ודברים כאלה. זה כאילו הדליק לי קצת נורה, אבל אמרתי בסדר, יכול להיות שהיא לא נורמלית" (פרוטוקול הדיון, עמוד 113, שורות 9-11; ע"פ 3005/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (2.3.2009)).

הנה כי כן, כפי שקבעה הערכאה הדיונית, התבטאויות המערער, בצירוף העובדה כי הודה שסבר ששתי המתלוננות שריות במצב שיכרות, הגם שלא הוצגו ראיות המעידות על רמת השכרות (ת/א8, עמוד 3, שורות 49-50, עמוד 4, שורות 89-90; פרוטוקול הדיון, עמוד 124, שורות 16-17), מחזקות לדעתי את עדותה וגרסתה של המתלוננת ג', שלפיה המערער בעל אותה כשהוא מודע, ולמצער חשד, בכך שהיתה במצב של חוסר הכרה - שינה עמוקה (הכרעת הדין, עמוד 18; השוו: עניין רבאיעה, פסקה 16). על כן, המערער לא טעה לגבי מצבה ההכרתי, ולכל הפחות נמנע במכוון מלברר את מצבה חרף חשדו כי אינה ערה. נוכח האמור, מתגבשים היסודות הנדרשים להרשעתו בביצוע עבירת האינוס, לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין.

18. דין טענות המערער לכך שהסיק מהתנהגותה של ג' כי רצונה לקיים עמו יחסי מין, וכי קיימה עמו יחסי מין בהסכמה, אף הן להידחות. תחילה יש לציין כי המערער הודה בעדותו, שלא ניתן היה להסיק מהתנהגותה של המתלוננת ג' עובר להגעתם לדירה, כי היא מעוניינת לקיים עמו יחסי מין, וכך גם לאחר הגעתם, עד לשלב בו הגיע לסלון שבו ישנה המתלוננת ג' (פרוטוקול הדיון, עמוד 119, שורות 9-11; עמוד 126, שורות 1-2). בניגוד לגרסת המערער, על יסוד התשתית הראייתית מתבהרת תמונה שונה וברורה, שלפיה לכל אורך אירועי הלילה בדירה, 'זינב' המערער במתלוננת ג'. תחילה כשהשאירה אותו לישון בסלון, ואז הגיח, ללא כל הזמנה, לחדר והחל לנשקה, אולם "היא [המתלוננת ג' - נ' ס'] לא שיתפה איתי [המערער - נ' ס'] פעולה במיטה בקטע של להמשיך את זה הלאה" (פרוטוקול הדיון, עמוד 128, שורות 29-30), ובתגובה לכך יצאה מהחדר ונרדמה בסלון; ובהמשך, כשלכדה בסלון עמוד 7



כשהיא במצב שינה וביצע בה את זממו. בעדותו, תהה, שאל, הודה המערער בקול: "אם ג' היתה אומרת לי 'לא' הייתי עוזב והולך. למה לברוח כל פעם במקום להגיד 'לא'?" (פרוטוקול הדיון, עמוד 130, שורות 21-22; ת/9, עמוד 3, שורות 17-18). המערער כלל לא שגה אפוא בהבנת הסיטואציה; נהפוך הוא – המערער היה מודע היטב לכך שהמתלוננת ג' אינה מעוניינת לקיים עמו יחסי מין. גם אם אניח לטובת המערער, וכלל איני סבור כך, כי בשלב מוקדם כלשהו נתנה המתלוננת ג' מעין הסכמה במשתמע לקיום יחסי המין, הרי שכפי שעולה מהמארג הראייתי, הסכמה חופשית ומפורשת לא ניתנה לכל אורך קיום יחסי המין, וכפי שקבעתי כאמור היתה במצב הכרתי המונע ממנה ליתן כל הסכמה חופשית (ראו למשל, ע"פ 4443/10 קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (20.12.2012)).

19. באשר לטענת המערער, שלפיה היחשפותו של בית המשפט המחוזי עובר להכרעת הדין לראיה בלתי קבילה פגעה במראית פני הצדק והשליכה על הכרעת הדין – הרי שאין בידי להלום טענה זו. לבית המשפט המחוזי הוגשה על-ידי ב"כ המערער הקודם הודעתה של המתלוננת ג', וזאת מבלי שהושחרה אמירתה השגויה על אודות חלק מסוים מעברו הפלילי של המערער (נ/3, עמוד 2, שורות 22-21; פרוטוקול הדיון, עמוד 168). למעשה, בית המשפט המחוזי כלל לא נחשף לעברו הפלילי של המערער, כי אם אך לאמירת המתלוננת ג' ביחס לרכיב מסוים ממנו. בנוסף, ציין בית המשפט בהכרעת הדין כי הוא מתעלם לחלוטין מאמירתה של המתלוננת ג' (הכרעת הדין, עמוד 10), וגם מטעם זה לא מצאתי כי נוצר חשש, לבטח שלא ממשי, לקיומו של משוא פנים, המצדיק את זיכויו של המערער. הרשעת המערער אכן אינה מבוססת על אמירתה של המתלוננת ג', אלא על אדנים ראייניים מוצקים אחרים (ראו סעיף 56 לפקודת הראיות; ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' סנקר, פסקה 48 והאסמכתאות שם (12.7.2010); ע"פ 1550/11 אבסוב נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.4.2011)).

20. באשר לערעור על גזר הדין: הלכה פסוקה היא כי הערכאה הדיונית היא הממצה את הדין, ואין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בגזר הדין של הערכאה המבררת אלא במקרים חריגים, שבהם ניכרת סטייה של ממש מן הענישה המקובלת והראויה, או כשנפלה שגגה בגזר הדין (ע"פ 8487/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (8.11.2016)); וראו לעניין פסיקת פיצויים לנפגע עבירה, ע"פ 6452/09 עלי נ' מדינת ישראל (22.7.2010)). העונש שהושת על המערער אינו קל, אולם אינו כזה המצדיק את התערבותו. חומרתה של עבירת האינוס רבה היא, והעונש בגין הרשעה על-פיה גם כן. כך המחוקק מורנו, כך היא מדיניות הענישה הנוהגת בערכאות הדיוניות ובבית משפט זה. כל מקרה ונסיבותיו; והדין בהתאם. מעשיו של המערער חמורים המה. שני מעשי אינוס ביצע בשני קורבנות שונים באותו לילה, שבתחילתו היה כידידן ובסופו – כאנס. המתלוננות הכניסו את המערער לביתן וסמכו עליו, אולם זה ניצל את מצב השינה בו היו שריוות כדי לבעול אותן. הנזקים שנגרמו למתלוננות פורטו בתסקירי נפגעות עבירת מין שהוגשו. מטעמי פרטיות אציין באופן כוללני, כי גם כיום הן חוות תופעות פוסט טראומטיות, מתקשות לקיים קשרים זוגיים, וכי עולמן זועזע בשל מעשי המערער. בתסקירים תוארו גם תעצומות הנפש שלהן ורצונן להמשיך הלאה בחייהן. נסיבות ביצוע העבירה לקולא נזקפו לזכותו של המערער בקביעת מתחם הענישה, לרבות היעדר השימוש בכוח ובאלימות מעבר לאלימות הטבועה בעבירת האינוס (ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (2.3.2015)). כן יש להביא בגזירת הדין את האינטרס הציבורי בהגנה מפני עברייני מין ושיקולי הרתעת הרבים, כפי שאכן שקלה הערכאה הדיונית. ניכר אפוא כי בית המשפט המחוזי איזן כהלכה את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, גזר הדין הולם ומידתי, ואינו חורג ממדיניות הענישה הנוהגת בנסיבות הדומות לעניינינו (ראו למשל, עניין טרודי; והשוו: ע"פ 6315/13 יאסר נ' מדינת ישראל (29.2.2016)).

21. על סמך כל האמור, אציע לחבכי לדחות את הערעור, על שני חלקיו.

עמוד 8



ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, ז' בתשרי התשע"ח (27.9.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת