



תפ"ח (ירושלים) 1349-01-13 - מדינת ישראל נ' ברוך בן גול סיגר

תפ"ח (ירושלים) 1349-01-13 - מדינת ישראל נ' ברוך בן גול סיגר מחוזי ירושלים

תפ"ח (ירושלים) 1349-01-13

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

נגד

ברוך בן גול סיגר

ע"י ב"כ עו"ד אריאל הרמן

בית המשפט המחוזי בירושלים

[07.11.2013]

כבוד השופט יעקב צבן, סגן הנשיא

כבוד השופט רפי כרמל

כבוד השופטת רבקה פרידמן-פלדמן

הכרעת דין

השופט ר' כרמל:

1. כתב האישום מייחס לנאשם, יליד 1962, עבירת אינוס לפי סעיפים 345 (א) (1) ו- (4) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: "החוק"), עבירת התחזות לאדם אחר לפי סעיף 441 רישא לחוק וכן עבירת הפרעה לשוטר לפי סעיף 275 לחוק. נוכח תשובתו של הנאשם לכתב האישום ונוכח עדותו בבית המשפט, להלן פירוט האמור בכתב האישום, ששלד האירועים העובדתי בו, אינו שנוי, בעיקרו, במחלוקת. המתלוננת הנה ילידת 1987, אזרחית ארצות הברית, ושהתה בישראל בחופשה ביום 23/12/12. במועד זה, סמוך לשעה 19:30, בלעה המתלוננת עשרה כדורי זנקס וכן כדורי אלדורול, זאת בהתאם למרשם רפואי שהחזיקה. כשעה לאחר מכן, רכשה המתלוננת בחנות מכולת ברחוב יפו בירושלים, בקבוק וודקה וששתה את מחציתו. מאוחר יותר, סמוך לחצות, סמוך לקפה הלל, ברחוב הלני המלכה בירושלים, פגש הנאשם במתלוננת. בכתב האישום נטען כי באותה עת הייתה המתלוננת שיכורה, הכרתה הייתה חלקית והיא לא הייתה מסוגלת לעמוד על רגליה. הנאשם, כך נטען, תמך במתלוננת, נתן לה כוס מים לשתות, הושיב אותה על כיסא מחוץ לבית הקפה ואף הבחין כי בתיקה של המתלוננת נמצאים כדורים ותרופות. חרף זאת, הוביל הנאשם את המתלוננת לדירתו ברחוב שבזי 15 בירושלים, על מנת לקיים עמה יחסי מין. ההליכה לדירתו של הנאשם ארכה, כנטען בכתב האישום, כמחצית השעה. הנאשם תמך במתלוננת במהלך ההליכה, עד שהגיעו לדירתו. משהגיעו לדירה, הוביל הנאשם את המתלוננת לחדר השינה, שם החדיר איבר מינו לאיבר מינה, בהיותה במצב המונע יכולת ליתן הסכמה חופשית. עוד נטען כי במהלך המעשים, הוציא הנאשם את הטמפון שהיה בגופה של המתלוננת. במהלך האירוע, התעוררה המתלוננת משנתה, הבחינה בנאשם כשהוא מעליה, ניסתה להדוף אותו, אך הוא המשיך במעשיו. לאחר מכן, התקלחה המתלוננת ועזבה את הדירה. בהיותה מחוץ לדירה, פנתה המתלוננת לעוברי ושבים, ועל פי עצתם, היא התקשרה אל הנאשם על פי פתק בו רשם את מספר הטלפון שלו ופרטיו. בנוסף, הוזעקה המשטרה למקום. משהגיעו השוטרים, בבוקר יום 24/12/12, בסמוך לשעה 05:30, הזדהה הנאשם לפני השוטרים בשם אחר.



בתשובתו לכתב האישום, שבאה לאחר שנגבתה עדות מוקדמת מטעם המתלוננת, שכן היא הייתה אמורה לשוב לארצה, השיב הנאשם כלהלן: לדבריו הוא פגש במתלוננת בקפה הלל, הוא סבר שהיא שיכורה: "מפני שהיא התנדדה, אך היא יכלה לעמוד על רגליה". הוא הובילה, בלא להחזיק בידה, לכיסא סמוך לקפה הלל, הושיב אותה, הביא לה מים וראה שיש לה כדורים בתוך התיק. הנאשם הוסיף כי הוא והמתלוננת שוחחו זמן מה מחוץ לקפה הלל. במהלך השיחה סיפרה המתלוננת לנאשם שאין לה היכן לישון והוא הציע לה לישון בביתו. על כן, השניים הלכו יד ביד לביתו בנחלאת. הנאשם טען כי לא הביא את המתלוננת לביתו במטרה לקיים איתה יחסי מין: "אף שעלתה בדעתי האפשרות שאם תתקיימנה הנסיבות המתאימות, יקיימו יחסי מין". הנאשם אישר כי מהלך ההליכה לביתו, חלק מהזמן השניים הלכו יד ביד, והמתלוננת התנדדה מדי פעם, ובמקרים אלה, הנאשם תמך בה. יחד עם זאת, משהגיעו סמוך לדירתו, מצבה של המתלוננת השתפר מאוד, וכאשר היא נכנסה לדירת הנאשם, היא ניגשה למיטה, התפשטה מכל בגדיה, עמדה: "וגילתה התנהגות מינית ברורה". בעקבות זאת הנאשם אף הוא התפשט, והשניים קיימו יחסי מין: "במהלכם, נאנחה ונעה המתלוננת, באופן שממנו הסיק הנאשם כי היא נהנית". באשר לטמפון, אמר הנאשם בתשובתו כי לפני קיום יחסי המין, אמרה לו המתלוננת כי יש לה טמפון והוא הוציא אותו. עוד נטען כי בשלב מסוים המתלוננת אמרה כי היא חשה בכאב, והנאשם הוציא את איבר מינו בלא שהגיע אל סיפוקו. לאחר מכן המתלוננת ישנה מעט בביתו של הנאשם, ביקשה להתקלח והתקלחה. לאחר מכן הנאשם נתן לה פתק ע שמו, כתובתו ועם מספר הטלפון שלו (1/ת). לאחר שהמתלוננת יצאה את דירת המתלונן, לאחר שחלף זמן מה, התקשרה אליו המתלוננת וביקשה ממנו שיצא לפגוש אותה. הנאשם אכן נפגש עמה, אך הוכה על ידי אנשים שהיו במקום. כשהגיעו שוטרים, נעצר. הנאשם מודה כי הציג עצמו לפני השוטר כאדם אחר. בראשית סיכומיו, ממקד הנאשם את טענתו לפיה נעדרה אצלו מודעות למצבה של המתלוננת לאשורו, ועל-כן לא ניצל מצב המונע מתן הסכמה חופשית.

2. מהאמור לעיל עולה כי קיימת הסכמה לעובדה, לפיה הנאשם קיים יחסי מין ע המתלוננת, שעה שזו הגיעה לדירתו, לאחר שהשניים נפגשו באקראי במרכז העיר ירושלים. קיימת הסכמה לכך שהמתלוננת נלוותה אל הנאשם לביתו. קיימת הסכמה לכך שהנאשם הבחין כי בתיקה של המתלוננת היו כדורים וכן לעצם העובדה שהמתלוננת הייתה שיכורה. יחד עם זאת, לטענת הנאשם, מצבה של המתלוננת השתפר שעה שהגיעו לדירתו. היא חפצה ולמעשה יזמה קיום יחסי המין, ואלה נעשו בהסכמתה. הנאשם רואה בפתק 1/ת, עליו רשם את פרטיו ומספר הטלפון שלו ומסרו לידי המתלוננת בטרם זו עזבה את דירתו, כתימוכין לגרסתו.

3. המחלוקת העיקרית, אם כן, הנה בשאלה: מה היה מצבה ההכרחי של המתלוננת שעה שהגיעה עם הנאשם לדירתו, דהיינו מה הייתה מידת השפעת הכדורים אותם נטלה והאלכוהול אותו שתתה, ומנגד, וכפי העולה מסיכומים הנאשם (סעיף 3), מה היה היסוד הנפשי של הנאשם "באשר לכך שהמתלוננת הייתה, עובדתית, במצב שאינו מאפשר לה ליתן הסכמה". דומה שהתשובה לחלקה הראשון של השאלה מונח בטיעונו הנ"ל של הנאשם, כאשר, בהמשך דבריו (בסעיף 3 לסיכומיו), נאמר כי: "המתלוננת עודה הייתה במצב בו יכלה לתת הסכמה, אף אם לא חופשית, נקודה שהיא קריטית להבנת המצב הנפשי של הנאשם. מילים אחרות, עובדתית המתלוננת לא יכלה לתת הסכמה חופשית, אך יכלה לתת הסכמה או להציג מופע התנהגותי, שעל רקע הנסיבות יכול היה יצור אצל הנאשם סברה בדבר הסכמה חופשית, בטעות כנה ואף סבירה (כאשר כיום לא קיים יסוד הסבירות כיסוד קונסטרוקטיבי נדרש)". בהמשך, מבסס הנאשם טענתו, בין היתר, על כך "שיש לתת הדעת על ההשפעה האפשרית והסבירה של אותו שילוב יוצא דופן ונדיר של תרופות ואלכוהול במינון הגבוה יחסית אשר נטלה המתלוננת... השפעה זו היא של דיס-אינהיביציה, חוסר שיקול דעת מוחלט...". טענת הנאשם הנה כי לא היה מודע לכך שהמתלוננת, במצבה, אינה מסוגלת לתת הסכמה חופשית (סעיף 5 לטיעונו).

עדות המתלוננת

4. המתלוננת כבת 25, תושבת ניו-יורק, תלמידה בבית ספר לאחיות בארה"ב, הגיעה לביקור משפחתי כחודש לפני מתן עדותה. בתקופת שהותה בישראל, התגוררה אצל חברים הגרים בשכונת __, ושם אף היה בכוונתה לישון בערב האירוע. עובר לאירוע, היא שהתה אצל חברים בשכונת __.



מלכתחילה, היא רצתה לעזוב את חבריה, אך היא לא הייתה יכולה: " אז לקחתי כמה כדורים, ולקחתי קסנזקס וקודאין, וכשהייתי מסוגלת לעזוב בשעה שמונה, הלכתי העירה לרחוב בן יהודה, הלכתי לאזור של הברים וקניתי בקבוק וודקה, שתיתי חלק ממנו כבר בחנות ואינני זוכרת יותר דבר, עד לבוקר שלמחרת". המתלוננת הסבירה כי כדורי הקסנזקס והקודאין, הנם תרופות אותן היא נוטלת. כדורי הקסנזקס נלקחים עקב חרדה, וכדורי הקודאין - בעקבות ניתוח אותו עברה. לדבריה, היא נטלה לפחות כעשרה כדורי קסנזקס " וכמות טובה של הכדורים האחרים". לשאלה מדוע היא נטלה אותם כדורים, השיבה: " מכיוון שהייתי במצב רוח ורציתי לשכוח דברים לתקופת זמן. יש לי בעיה עם כדורים ואלכוהול " (עמי 8 לפרו'). המתלוננת הסבירה כי היא שותה אלכוהול " יותר מידי", קשה לה להפסיק לשתות, וזו הייתה הפעם הראשונה ששתתה אלכוהול ביחד עם כדורים. המתלוננת לוקחת חלק במפגשי אלכוהוליסטים אנונימיים בארצות הברית ובישראל. בקבוק הוודקה אותו קנתה בחנות במרכז העיר בירושלים, הנו בקבוק רגיל בגודל בינוני, ולדבריה: " מכיוון שאני שותה הרבה אלכוהול, אני פשוט שותה את זה כפי שאתם שותים מים" (עמי 8 - 9 לפרו'). המתלוננת העידה כי את הכדורי נטלה בסביבות השעה שבע וחצי בערב ואת האלכוהול שתתה כשעה לאחר מכן. באשר לכמות הוודקה אותה שתתה, העידה המתלוננת כי למחרת האירוע, לאחר שעזבה את בית החולים, ובהיותה בפגישה של אלכוהוליסטים אנונימיים, היא נשאלה מה עשתה ע הבקבוק, ואז נוכחה לדעת כי הבקבוק בתיקה ונותרה בו כרבע הכמות. המתלוננת העידה עוד על המשך האירועים: " לאחר ששתיתי מעט, אני זוכרת שהתעוררתי בדירה כלשהי, עם האדם הזה שאינני מכירה, מעולם לא הייתה שמה, וגם אינני הולכת למקומות שלא הייתי בהם לפני כן. היינו במיטה ולא היינו לבושים, והוא היה מעלי, רציתי ללכת, הרגשתי שמשהו אינו תקין, שניסיתי לעזוב, הוא ביקש ממני להמתין מספר דקות נוספות עד שהוא יגמור, כשניסיתי להדוף אותו ממני, הוא לא נתן לי לעזוב עד שהוא יסיים " (עמי 10 לפרו'). המתלוננת הוסיפה כי איננה זוכרת את פרטי הסיטואציה בה הייתה נתונה שעה שהתעוררה: " יש לי רק את הפלשבקים האלה שאני זוכרת, שאני שם והוא שוכב מעליי ושהייתי מפוחדת והרגשתי שאינני יכולה לעזוב" (ש). להערכתה, השעה בה התעוררה הייתה ארבע או חמש בבוקר. היא שאלה את הנאשם מי הוא וכיצד הגיעה לדירתו, היא שאלה את הנאשם מה אירע לטמפון שהיה בגופה, שכן הייתה במחזור, והוא השיב לה כי הוא הוציא את הטמפון. המתלוננת הוסיפה כי היא זוכרת שהתלבשה ועזבה את הדירה בריצה, לפני כן הנאשם נתן לה פתק עם שמו, כתובתו ומספר הטלפון שלו, הוא שאל אותה להיכן פניה מועדות, אמר לה שאינה יכולה ללכת בשעה כזו לשום מקום, אולם לה היה ברור כי איננה רוצה להישאר שם. בהיותה ברחוב בכתה, פגשה עוברי אורח, סיפרה להם את אשר אירע וביקשה להזמין את המשטרה. המתלוננת לא ידעה לומר הא התקלחה בביתו של הנאשם, אך ציינה כי השעון אותו ענדה, אינו עמיד למים ואמור היה להתקלקל אילו התקלחה כשהיא עונדת אותו. לאחר שהמתלוננת התקשרה לנאשם, לאחר שהגיע, ולאחר שנלכד על ידי עוברי אורח, המתלוננת זוכרת כי התעוררה בבית החולי הדסה ואינה זוכרת כל שיחה עם שוטרי ברחוב, בדיקות בבית החולים, כולל בדיקות דם. היא גם איננה זוכרת כיצד פגשה את הנאשם ואת דרכה מבית הקפה לביתו. המתלוננת העידה כי עובר לאירוע היא לא קיימה יחסי מין עם אדם כלשהו. היא שללה את טענתו של הנאשם לפיה אמרה כי אין לה מקום ללון בו, וצינה כי היא מכירה אנשי רבים, בביתם הייתה יכולה להתארח, כמו גם הדירה בה התגוררה בימי שלפני האירוע, לאחר האירוע ולאחר הבדיקות בבית החולים הדסה, המתלוננת חזרה לבית החולים הדסה על מנת לוודא " שהכל בסדר איתה ", ומאחר שחששו בבית החולים כי היא מתכוונת להזיק לעצמה, לאור מה שקרה, היא נשלחה לכפר שאול למספר ימים. בחקירתה הנגדית הבהירה המתלוננת כי היא שוחחה עם הנאשם בעיקר באנגלית, אם כי השיחה היחידה שהיא זוכרת שהיא קיימה איתו, הייתה לאחר שעזבה את הדירה ובשיחה הטלפונית. היא הסבירה זאת בכך שבדרך כלל היא מתחילה לשוחח באנגלית עם בני שיחה, ובמידה שבני השיח אינם מבינים אותה, היא עוברת לדבר בשפה העברית. היא גם לא זכרה באיזו שפה שוחח עמה הנאשם. מחקירתה הנגדית גם עלה כי גם בעבר היא שתתה אלכוהול ביחד ע תרופות. באופן כללי, המתלוננת הכחישה כי הייתה נותנת הסכמתה לקיום יחסי מין עם הנאשם, זאת הן מאחר שהייתה במחזור והן לאור העובדה שמעולם לא קיימה יחסי מין והיא לא הייתה מקיימת יחסי מין עם אדם שהיא לא מכירה, ובגילו של הנאשם (שהנו יליד 1962), אך יש לציין כבר עתה, לפי דבריה, היא אינה זוכרת כלל את תוכן השיחה שבינה לבין הנאשם. כן הבהירה לגבי מספר הכדורים אותם נטלה, כי מדובר בכדורים מלוא החופן, ובלעה כשלושה עד ארבעה כדורי במספר פעמים. המתלוננת אישרה כי בעבר הייתה שיכורה פעמים רבות ואף עשתה " דברים מטונפים " אך מעולם לא קיימה יחסי מין מלאים. עדי תביעה נוספים



5. השוטר ליאור אלמליח העיד כי בהיותו בסיוור, התקבלה הודעה אודות אירוע שהתבצע סמוך לנחלאות, הוא הגיע למקום אליו הופנה, הבחין במתלוננת כשהיא יושבת על הרצפה עם תיק ובוכה, בסמוך לשעה חמש לפנות בוקר. הנאשם היה בסמוך. השוטר אליעזר ממן, שהיה ממונה עליו, ביקש ממנו להשגיח על הנאשם, והנאשם טען לפניו כי המתלוננת הייתה שיכורה, הוא ראה אותה באזור הפאבים והיא רדפה אחריו עד לביתו. המתלוננת פונתה מהמקום על ידי מד"א. לאחר מכן הוא והשוטר ממן נכנסו לביתו של הנאשם בהסכמתו. מפיו של הנאשם הוא שמע: "רק התחרמנו, לא קיימנו יחסי מין מלאים, התנשקנו" (עמי 10 לפרו'), והוסיף כי הנאשם אף אמר כי המתלוננת רדפה אחריו והוא לא היה נוגע בה, כי היא הייתה מסריחה מאוד. בהמשך, בדרכם לתחנת המשטרה, אמר לו הנאשם: "טעיתי איזה טעות". השוטר אלי לוי גבה את הודעתו השנייה (ת/18) של הנאשם. לדבריו, חל שיבוש במערכת שהייתה אמורה לתעד חזותית וקולית את החקירה ועל כן לא קיים תיעוד כזה (המזכר הקשור לתקלה הנו ת/19). השוטר לוי התבקש לחקור את הנאשם פעם נוספת לגבי מספר פרטים, חקירה שתועדה (ת/20, דיסק החקירה ת/20א והתמליל ת/20ב). העד גם ערך את ת/21. החוקרת הילה שמואל, גבתה את הודעתה הראשונה של המתלוננת, יום למחרת האירוע בשעה 11:30 (מזכרים בקשר לגביית ההודעה הוגשו בהסכמה). לדבריה, המתלוננת הייתה מאוד ישנונית ורדומה, דיברה בצורה לא ברורה עם הפסקות רבות, לא זכרה פרטי רבים, הייתה מאוד עייפה וביקשה להמשיך לישון. החוקרת שהתה עם המתלוננת כחצי שעה בערך. המתלוננת הציגה לפניו בקבוק וודקה, בקבוק שלפי הערכתה היה בגובה 25 - 30 ס"מ, ובבקבוק נותר משקה בכמות של כרבע. החוקרת נגשה עם המתלוננת לאתר את החנות בה נרכש הבקבוק. לאחר שאותרה החנות, נראתה המתלוננת במצלמות האבטחה. מהצילומים עולה כי המתלוננת נכנסה לחנות בשעה 20:29 בערך, רוכשת בקבוק וודקה ובקבוק שתייה, פריט שנראה כחבילת מסטיקים, ולאחר כעשר דקות בשעה 20:38 היא יצאה מהחנות. הבקבוק שנרכש, הוא אותו בקבוק שראתה החוקרת אצל המתלוננת שעה שגבתה הודעתה (ראה המזכרים ת/24). עוד נטלה החוקרת חלק בעימות בין המתלוננת לבין החשוד, אולם מאחר שבמהלך העימות חלה תקלה במחשבים, לא נותר תיעוד לעימות, למעט רישום שעשתה העדה (תיעוד הצילומי שעשתה העדה על דיסק און קי, אבד). השוטר ממן אליעזר עצר את הנאשם בערב האירוע, לאחר שהגיע למקום בניידת סיוור, בעקבות הודעה שהתקבלה בשעה 05:40 על אירוע תקיפה ברחוב בצלאל, בין המתקהלים זוהה גם הנאשם שהזדהה בשם יעקב. העד לא זכר לומר את ש המשפחה והנאשם אף מסר לו מספר של תעודת זהות. לאחר שהגיעו כול לתחנת המשטרה, התברר כי הנאשם הזדהה בפרטים אחרים. הנאשם הסביר את מסירת הפרטי המטעה, בנימוק שפחד. בסופו של דבר, בתחנת המשטרה הזדהה בפרטיו הנכונים. הנאשם טען לפניו כי הוא ראה את המתלוננת במרכז העיר בהיותה תחת השפעת אלכוהול, הוא רצה לעזור לה ולקח אותה לביתו, ואמר שהוא לא עשה לה שום דבר, ומה שהיה, היה בהסכמתה, לרבות יחסי מין. המתלוננת הסבירה לו באותו מעמד כי היא התעוררה לפתע בדירת הנאשם, זאת לאחר ששתתה אלכוהול במרכז העיר, ומאז היא לא זוכרת מה היה, אם כי זכרה שהנאשם הוביל אותה לדירתו. שעה ששוחח עם המתלוננת באותו מעמד, היא הייתה מבולבלת מאוד, נדף מפיה ריח של אלכוהול. העד ציין כי הנאשם אמר לו: "הם החלו להתנשק ולהתמזמז לטענתו. בתחילה מסר כי לא שכב עם הבחורה אלא רק התנשקו". לאחר מספר דקות שינה גרסה, מסר כי הזדיין עם הבחורה אך לא גמר כי היא הייתה מכוערת ושיכורה. בהמשך, נכנס החוקר ממן בהסכמה לדירת הנאשם, על מנת להתרשם מזירת האירוע. לאחר מכן נעצר הנאשם והובל לתחנת המשטרה. על שיחתו עם הנאשם, ערך העד דוח פעולה (ת/26) ודו"ח מעצר (ת/25). השוטרת צליל קבלו מפרטת בהודעתה ת/1, כי פגשה במתלוננת סמוך לשעה 05:00, לאחר שהוזעקה עם צוותה למקום בו היו המתלוננת והנאשם באותה עת (פינת הרחובות אוסישקין - בצלאל), וכי המתלוננת אמרה לה כי היא זוכרת שהתעוררה בבית, נכנסה להתקלח ויצאה מהבית, כאשר שני בחורים שהיו במקום, ושהם בעצם הזעיקו את המשטרה, אמרו לה כי ראו את המתלוננת הולכת ובוכה, לא מתקשרת כל כך עם הסביבה ומנותקת מהמציאות, ומשנשאלה אם הכל בסדר, המציאה את הפתק ת/1, ואמרה להם כי בבית הזה אנסו אותה. יצוין כי שני הבחורי (דוד דדון ואחיו), לא אותרו. עוד מציינת השוטרת צליל קבלו, כי באותה עת נדף מהמתלוננת ריח של אלכוהול. איתי בן גל, סטודנט לרפואה, מוסר בהודעתו ת/2 כי התעורר למשמע צעקות שעלו מהרחוב. כשהסתכל מהמרפסת הפונה לרחוב בצלאל, הבחין במריבה ומספר אנשים סביב בחורה, הוא יצא ואמר כי הוא מזמין משטרה ותיאר את התנהלות הנאשם והאחרים באותה סיטואציה.



6. הרופא, ד"ר רונן לבשטיין ערך את חוות הדעת ת/22. ד"ר לבשטיין, מומחה לרפואה פנימית, לפרמקולוגיה וטוקסיקולוגיה קלינית, מנהל המכון לפרמקולוגיה וטוקסיקולוגיה קלינית של המרכז הרפואי שיבא, משנת 2010. הנחת המוצא של ד"ר לבשטיין, בחוות דעתו, הנה שהמתלוננת נטלה עשר טבליות קסנקס (Xanax) ומספר לא ידוע של טבליות קודאין, בשילוב שתיה של כ- 200 סמ"ק אלכוהול מסוג וודקה. החומרים נצרכו בערב האירוע, בין השעות 19:30 ועד 23:30, כאשר השוטרים בהם פגשה בסמוך לשעה 05:00, דיווחו על ריח חריף של אלכוהול שעלה ממנה. בדיקת שתן שנלקחה ממנה בשעה 11:00, בבוקר שלמחרת, נמצאה חיובית לבנזודיאזפינים, מורפין, ושליטת לאלכוהול. הממצא החיובי לבנזודיאזפינים תואם, לדעת המומחה, שימוש באלפרזולם (קסנקס), והממצא החיובי למורפין תואם לשימוש בקודאין. המומחה התייחס בחוות דעתו לשאלה אם התרופות שלקחה המתלוננת בצירוף אלכוהול, יכולים לגרום לתופעות מהן סבלה וכן לחוסר זיכרון בן מספר שעות. מחוות הדעת עולה כי קסנקס הנו בעל טווח פעולה בינוני (אפקט של שמונה שעות בממוצע), והביטוי הגופני לתרופה זו כולל סחרחורת, ישנוניות, נמנום, אאופוריה, בלבול, חולשה, איטיות, כבדות, נרפות, דיבור מגומגם, פגיעה בזיכרון לטווח קצר, שיבוש הליך החשיבה ופגיעה בקואורדינציה התנועה. קודאין, משמש בעיקר כתכשיר תרופתי לטיפול בשיעול, עובר פירוק בכבד, ואחד ממסלולי פירוקו, כולל הפיכתו בגוף למורפין. בין התופעות הפרמקולוגיות השכיחות של מורפין ניתן למנות, בין היתר, סחרחורת, ישנוניות, בלבול, איטיות מוטורית מחשבתית. בחוות הדעת מצוין: "נטילה בו זמנית של בנזודיאזפינים, קודאין ואלכוהול תוביל לאפקט משולב של שלושתם על מערכת העצבים המרכזית. לפיכך יתכן מאוד כי המתלוננת סבלה מישנוניות יתר עד חוסר הכרה, חוסר יכולת לקלוט גירויים סביבתיים ולעבדם. בנוסף בהחלט יתכן כי היא אינה זוכרת את פרק הזמן שחלף מנטילת התכשירים עד חזרתה להכרה בשל אפקטים של בנזודיאזפינים הגורמים לשיכחה". כן התייחס המומחה בחוות דעתו לשאלה, לאחר כמה זמן אמורה לפוג השפעת הכדורים והאלכוהול והאם סמוך לנטילתם היה האפקט שלהם גדול יותר. המומחה מתייחס בחוות הדעת לתהליך הספיגה ושלביו, בנוגע לתרופות האמורות ובנוגע לאלכוהול ולקצב ההתפנות של אלכוהול מהדם, ומסקנתו: "בהחלט יתכן כי בזמן האירוע הייתה המתלוננת תחת השפעת אלכוהול בעוד ש- 6-7 שעות לאחר מכן, בעת שנדגמה לרמת אלכוהול, פונה 100-90 מיליגרם % ולכן ירדה רמת האלכוהול לרמה בלתי מדידה. "באשר לשתי התרופות", מצוין המומחה כי זמן מחצית הזמן שלהם (הזמן בו ריכוזו בדם יורד ל- 50% מהריכוז ההתחלתי), הוא כשמונה שעות בממוצע, ולכן היו מדידים בעת הדיגום. עוד הוא מוסיף: "יחד עם זאת, לאור העובדה כי לא ידועות הכמויות שניטלו... לא ניתן לדעת מהו הריכוז המקסימלי המשוער, ולכן לא ניתן להסיק לגבי האפקט המקסימלי שהושרה על ידי תרופות אלו... ועל כן בלתי אפשרי לשער את משך הזמן בו הייתה נתונה המתלוננת תחת השפעת התרופות". מנגד, הנאשם המציא חוות דעת של מומחה מטעמו, פרופי יונה אמיתי, מומחה לרפואת ילדים ובטוקסיקולוגיה רפואית ובפרמקולוגיה קלינית. חוות דעתו נסמכת על נתוני דומי לאלה עליה נסמך ד"ר לבשטיין בחוות דעתו. מסקנתו הנה כי המתלוננת הייתה נתונה להשפעה משולבת של כמות גדולה של אלכוהול בצירוף כמות גדולה מאוד של קסנקס וכמות קטנה יותר של קודאין, אך לא ברמה של תרדמת, ולאחר שג הוא מנתח את השפעת התרופות הנדונות והאלכוהול בגוף האדם, ביחד עם שילובם של השניים, מסקנתו הנה כי שעה שהגיעה המתלוננת לביתו של הנאשם, בין היתר לאור העובדה שהייתה מסוגלת ללכת כחצי שעה, אף כי נזקקה לתמיכה, הייתה המתלוננת בהכרה ולא סבלה מישנוניות יתר או חוסר הכרה, כפי שצוין ד"ר לבשטיין. המוטיב העיקרי בהתנהגותה של המתלוננת בהשפעת האלכוהול, כך לפי הערכת פרופ' אמיתי, הנה ירידה בעכבות, לרבות התנהגות מינית חסרת עכבות, התנהגות קלת ראש. באשר לאלכוהול ישנה השפעה אפשרית של בלק-אאוט, שמשמעה, בנוגע עם שתיית אלכוהול, הנה אבדן זיכרון של אירוע השתייה ולא אובדן הכרה. לכך מצטרפת ההשפעה של התרופות אותן נטלה. עוד קובע המומחה כי: "ברור שהשפעה של אלכוהול עד כדי השתכרות בשילוב עם מנת יתר חד פעמית של קסנקס, יוצר השפעה של איבוד שיקול דעת ויכולת שיפוט וירידה קשה בעכבות, ואפשרות של בלק-אאוט, אם כי לא אבדן הכרה, היוצר התנהגות בלתי נשלטת וחסרת בקרה, השונה מהותית מההתנהגות היומיומית". עוד הוא קובע כי אמנם תיתכן תגובה פרדוקסלית לשתיית אלכוהול ולנטילת קסנקס (במקום ישנוניות - התנהגות אגרסיבית), אך במצבה של המתלוננת, ככל העולה מהעדויות, הוא לא ראה ביטוי למצב זה אצלה.



7. כפי שעולה מחוות דעתם של שני המומחים, הם ניסו להעריך מה היה מצבה ההכרתי של המתלוננת שעה שהגיעה לביתו של הנאשם. שני המומחים יצאו מנתוני עובדתי דומי, לפיה המתלוננת שתתה זמן קצר לפני הגיעה לבית הנאשם אלכוהול בכמות משמעותית, ובמקביל, נטלה כמות גדולה של כדורי קסנקס וכמות לא ידועה של כדורי קודאין. ד"ר לבשטיין, אינו יכול לומר מה היה האפקט המקסימלי שהושרה על המתלוננת, לאור נטילת שתי התרופות, זאת לאור העובדה שלא ידועה כמות התרופות, ועל כן לא ידוע משך הזמן בו הייתה נתונה תחת השפעת התרופות, אם כי הוא מציין כי נטילה בו זמנית של התרופות האמורות בשילוב אלכוהול, תוביל לאפקט משולב של שלושתם על מערכת העצבים המרכזית: "ולפיכך יתכן מאוד כי המתלוננת סבלה מישנוניות יתר עד חוסר הכרה...". ג הערכותיו של המומחה, פרופ' אמיתי, אינן חד משמעיות וחד ערכיות באשר להשפעת האלכוהול והתרופות על המתלוננת, אלא מדובר בהערכה כיצד עלול היה להשפיע שילוב של תרופות ואלכוהול על המתלוננת. התשובה באשר למצבה ההכרתי של המתלוננת עולה מדברי הנאש עצמו, זאת לצד עדות המתלוננת לפיה אינה זוכרת מאומה מפרטי האירוע ומאשר התרחש עובר לו. וכן, גם אם מצבה של המתלוננת השתפר עת הגיעה לבית הנאשם, וכטענת הסניגור בסיכומיו (עמ' 18), זו המסקנה העולה משתי חוות הדעת של המומחים, השאלה היא באיזה מצב הייתה המתלוננת עת פסעה לתוך דירת הנאשם, ומה היה מצבה כאשר התקיימו יחסי המין.

8. בהודעתו הראשונה, ת/23מיום 24/12/12, שעה 10:08, אומר הנאשם כי ביום אתמול משעה 23:30, הוא נכנס לקפה הלל ברחוב יפו: " ואיך שנכנסתי נפל עלי בחורה מרוב שיכרות. אם לא הייתי תומך בה היא הייתה נופלת על הרצפה. אני שמתי אותה בכיסא מחוץ לקפה... היא סיפרה לי שאין לה איפה לישון... ואז אני הלכתי איתה לבית שלי... היא נכנסה לבית שלי, התפשטה ועשינו אהבה...". הנאשם אישר כי הבחין בכך שהמתלוננת הייתה שיכורה, ולשאלה א הייתה שיכורה כיצד הוביל אותה לביתו, הוא השיב כי ה הלכו יד ביד, כי בדרך היא כמעט נפלה אבל הוא תמך בה. הוא אישר כי במהלך קיום יחסי המין בדירתו, לאחר שהמתלוננת התפשטה, הוא הכניס את איבר מינו לאיבר מינה. הוא ציין כי, הנאשמת הייתה שיכורה מאוד, ולאחר ההליכה לביתו: " היא נרגעה ", אם כי הוא אישר כי גם כאשר הם הגיעו לביתו היא הייתה "קצת שיכורה" (עמ' 2 ש' 39). בהודעה זו אומר הנאשם כי ההליכה מקפה הלל לביתו, ארכה כחצי שעה עד 40 דקות, כאשר בהיותם בקפה הלל, המתלוננת ממש לא יכלה לעמוד. לשאלה: " מחומר החקירה עולה כי אתה ניצלת את מצב השכרות שבו היא הייתה שרויה ושכבת איתה במצב זה. מה אתה אומר על כך? " השיב הנאשם: " זה אסור. אני שואל זה אסור? " בהודעה זו אישר הנאש כי אכן הזדהה בשם אחר לפני השוטרי (דיסק חקירה זו הנו ת/23א', ותמליל החקירה ת/23ב').



9. בהודעתו השנייה, ת/18 (מיום 27/12/12 שעה 16:09), אומר הנאשם, בין היתר, כי פגש במתלוננת בכניסה לקפה הלל, ראה שהיא מועדת, הוא הביא לה כיסא והשקה אותה מים: " הושבתי אותה והוצאתי אותה מהשכרות ". לדבריו, המתלוננת אמרה שאין לה מקו לישון בו וה הלכו לביתו. המתלוננת התפשטה, השניים קיימו יחסי מין, לאחר מכן המתלוננת ביקשה להתקלח, וכך היה. לבסוף הוא נתן לה את פרטיו על הפתק ת/1, והוא שואל: " זה נראה לך אנס? שנותן מספר טלפון... ". לדבריו, לאחר כשעתיים, צלצלה אליו המתלוננת. כשהגיע אליה, הוא נתפס על ידי ילדים שהיו במקום והמשטרה שהגיעה לאחר מכן. לדבריו הוא פגש במתלוננת בקפה הלל בסמוך לשעה 23:40. הוא הבחין כי בתיקה יש סמים, היא אמרה לו שהיא שתתה וודקה, ולשאלה מדוע היא נפלה, השיב: " אני מתאר לעצמי מרוב מסטוליות ", זאת כאשר היא עמדה לצאת מקפה הלל. לדבריו, המילים שהוחלפו ביניהם היו ספורות והוא אומר: " בקושי דיברנו, קשה לשמוע אותה מרוב שהיא שיכורה עם כדורים... דיברנו מילה פה מילה שם, רוב השיחה, תיזהרי מהכיסא, תיזהרי מהעץ אל תפלי " (עמוד 3 להודעה). ולשאלה מדוע היה עליו להזהיר אותה והא המתלוננת לא הייתה יכולה לראות את המכשולים בעצמה, הוא השיב בשלילה: " אם לא הייתי מזהיר אותה, תזהרי מהעץ היא הייתה נכנסת בעץ ". וכן, " בטוח, אם לא היינו יד ביד ". הנאשם אישור כי בשום שלב המתלוננת לא הלכה לבד והוא אחז בידה לאורך כל הדרך. הוא אישר כי הוא לקח אותה לביתו: " לעזור לה, אולי לזיין אותה " (עמ' 3). באותה הודעה הוסיף כי כאשר הגיעו לביתו המתלוננת התפשטה: " עשינו אהבה, היא אמרה כואב, הוצאתי, לא גמרתי, התקלחה, הלכה ". לביתו הגיעו, לפי דבריו, בשעה 01:00, וההליכה ארכה כרבע שעה, אולי יותר. כאשר נשאל הא הוא מבין שהמתלוננת הייתה שיכורה לגמרי כשהגיעה לביתו, הוא הנהן בראשו. לשאלה: " אתה מבין שהיא שיכורה? היא כמו סמרטוט? ", עונה הנאשם: " כן, ואתה קורא לזה אונס? " לאמירה האם הוא מבין שהמתלוננת לא הייתה מסוגלת לומר לו לא, השיב הנאשם בשאלה: " זו עבירה? " לדבריו, המתלוננת הייתה בביתו כשעתיים. הנאשם אישר כי הוציא את הטמפון מגופה של המתלוננת. לשאלה מדוע המתלוננת לא עשתה כן, אמר כי הוא הקדים את המעשה. בעמוד 7 באותה הודעה, נשאל הנאשם: " הבחורה שיכורה, סמרטוט, לא יכולה להגיד לא, ואתה מנצל את המצב ושוכב איתה כשהיא לא יכולה להגיד לא, מה יש לך להגיד על זה? ", תשובתו של הנאשם: " אני עשיתי טעות, אני מודה. הטעות שלי הייתה שהבאתי לה את הטלפון, אם לא זה, אז לא הייתי פה היא הייתה הולכת ולא הייתה זוכרת ". דומה שבתשובה זו מיצה הנאשם בעצמו את כל התרחשות האירוע ובכך אגע בהמשך. לשאלה שלאחר מכן בה נשאל א המתלוננת הייתה עוזבת ללא מספר טלפון, הא הייתה יודעת לחזור אליו, הוא השיב: " לא, ואני לא הייתי פה עכשיו ".
10. הנאשם מסר הודעה נוספת ביום 27/12/12 בשעה 19:00, (ההודעה ת/20, דיסק החקירה ת/20 א', והתמליל ת/20 ב'). באותה הודעה שלל הנאשם את הטענה לפיה המתלוננת התנגדה לקיום יחסי המין, אמר כי היא נעה " בצורה נורמלית ". הוא לא זכר לומר הא שאל את המתלוננת הא היא רוצה לשכב איתו. הוא אישר שהמתלוננת הייתה שיכורה (עמ' 2 ש' 35-36 ת/20 ב'), ועל כן הוא לא יכול היה להשיב לאחר מכן כיצד הוא שאל אותה א היא רוצה לשכב איתו, כשהוא יודע שהיא שיכורה. הנאשם לא שלל את האפשרות כי תכנן לשכב איתה עוד בהיותם בקפה הלל עת הביא את המתלוננת לדירתו (עמ' 3 ש' 30 - 34). באותה הודעה, משהועמד על כך שלוחות הזמנים אותם תיאר אינם אפשריים, אמר הנאשם כי המתלוננת ישנה בביתו פרק זמן שאינו יכול להעריכו, אולי חצי שעה אולי רבע שעה, וציין כי שכח לומר זאת בחקירתו הקודמת. בחקירה זו אומר הנאשם כי בשעה 01:30 הגיעה המתלוננת לביתו, היא הייתה בביתו שעה, שעה וחצי אולי שעתיים (בדגש על שעה וחצי, ראה עמ' 7 ש' 2 ו - 3). בין היתר אמר באותה חקירה: " ברגע שהתפשטה ידעתי שהיא רוצה ", ואז הוא נשאל: " אבל לא ביררת איתה לא שאלת אותה? " והוא משיב: " בחורה שמתפשטת, לא צריך לשאול אותה " (עמ' 9). בהמשך הוא מאשר: " לא שאלתי, לא צריך לשאול. לא היה צריך לשאול ".



11. בעדותו בבית המשפט טען הנאשם: "פגשתי בחורה בקפה הלל ושכבתי איתה מרצונה, הגעתי הביתה והיא דווקא התפשטה. התפשטה ושכבתי איתה. זהו, לא, וגם מסרתי לה את הטלפון שלי ואת המספר טלפון בבית שלי והשם שלי וזה" (עמ' 88 ש' 16 - 18 לפרו'). בהמשך הוא הוסיף כי לאחר כמה שעות, התקשרה אליו המתלוננת, ביקשה ממנו לבוא ולהראות לה היכן ביתו. הוא פגש אותה ברחוב בצלאל, ואז שני בחורים החזיקו אותו ואף המשטרה הגיעה למקום. בעדותו אישר הנאשם כי שעה שפגש את המתלוננת בקפה הלל, היא הייתה שיכורה, הוא שוחח איתה מספר דקות והיא אמרה שאין לה היכן לישון. לדבריו הוא ישב עמה בקפה הלל כשעה. כשהגיעו לביתו מצבה השתפר. בעת קיום יחסי המין, לאחר שהמתלוננת אמרה כי כואב לה, הוציא את איבר מינו ולא הגיע לסיפוקו והם ישנו זמן מה. המתלוננת התעוררה וביקשה להתקלח. היא התקלחה ועזבה את דירתו. לדבריו בעדותו, מהעובדה שהמתלוננת התפשטה, הוא הבין כי היא מעוניינת לקיים עמו יחסים מרצונה, ולדבריו, התנהגות כזו מספיקה (עמ' 91 ש' 6 לפרו'). הוא אישר גם בעדותו בבית המשפט כי הוא זה שהוציא את הטלפון מגופה של המתלוננת. הוא הדגיש כי כשהגיעו לביתו, לאחר כשעה של הליכה, המתלוננת כבר לא הייתה שיכורה. הם הגיעו לביתו בסביבות השעה 01:00 - 01:30. הנאשם הסביר בעדותו כי הטעות שעשה בכך שנתן למתלוננת את מספר הטלפון שלו ואת פרטיו, הנה בכך שהמתלוננת מברוקלין, היא לא מכירה את ירושלים ולכן היא לא תוכל לחזור לביתו. את ביתו היא עזבה, לדבריו בעדותו, בסמוך לשעה 03:00 לפנות בוקר. היא התקשרה אליו לאחר כשעתיים. הנאשם הסביר כי הזדהה לפני השוטרים בפרטים אחרים, מאחר שפחד, כי צעקו לעברו אנס, כי איימו עליו באבנים (עמ' 94 ש' 14 לפרו'). בחקירתו הנגדית ביקש הנאשם לטעון כי ידיעתו כי המתלוננת הייתה שיכורה עת פגש בה, נבעה מכך שאמרה לו שהיא שתתה, ולא מכך שהבחין בהיותה שיכורה. הוא התחמק ממתן הסבר לדבריו בחקירתו במשטרה לפיהם מיד כשפגש במתלוננת בכניסה לקפה הלל, היא נפלה "מרב שהייתה שיכורה" (ר' עמ' 99 - 100 לפרו'). בהמשך, הסכים הנאשם לאשר כי אכן הנאשמת הייתה שיכורה, אך הוא לא ידע ממה היא השתכרה (עמ' 101 ש' 2 - 3 לפרו'). עת פגש במתלוננת, היא הייתה לדבריו "די שיכורה". הוא טען כי בעדותו במשטרה (ת/23 א' עמ' 6), שם אמר כי המתלוננת התנדנדה ולא הייתה יכולה לעמוד - הוא הגזי, אך לא זכר לומר מדוע הגזי. הנאשם אישר כי המתלוננת שאלה אותו איזה יום היה באותו יום, אך הוא לא ראה בכך דבר בעל חשיבות (ר' ת/23 ב', תיאורו את המתלוננת כשיכורה מאוד - עמ' 6), אישר כי המתלוננת מעדה בדרכם לביתו והוא אחז בידה, הוא חשד כי מצבה קשור בכדורים שראה בתיקה, הוא התיז מים על פניה בהיותם בקפה הלל, על מנת שתהא ערנית (עמ' 111 ש' 21 - 23 לפרו'), (הסרט בית קפה הלל - ת/3). ההליכה מבית הקפה לביתו ארכה כ- 45 דקות מאחר שהלכו לאט, הוא חשב על האפשרות לקיים עמה יחסי מין עוד בהיותם בקפה הלל, אף שהייתה שיכורה. הוא חזר בו מדבריו במשטרה, לפיה הוא אחז בידה של המתלוננת על מנת שלא תמעד, והוא לא זכר לומר מדוע הוא אמר כך במשטרה. לדבריו הוא הוציא את הטלפון מגופה של המתלוננת כיוון שהמתלוננת ביקשה ממנו לעשות כן. בחקירתו הנגדית הנאשם לא נתן תשובה ברורה לדבריו בחקירתו במשטרה לפיהם אילו לא היה מוסר את פרטיו למתלוננת, לא היו מאתרים אותו ולא לשאלה מדוע המתלוננת תבקש למסור אותו למשטרה, אם הכל היה בהסכמה. הנאשם סירב להסביר מדוע מסר פרטים של אדם אחר שעה שנעצר, אך הסכים לומר כי חשב שהוא מבוקש (ראה עמ' 163 לפרו').

12. כתב האישום מייחס לנאשם עבירה לפי סעיפים 345 (א) ו- (4) לחוק העונשין, 345 (א) הבועל אישה (1) שלא בהסכמתה החופשית; (4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה, בו שרויה האישה, או במצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית".

הוראת ס"ק (4) מתייחסת לניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האישה או למצב אחר המונע ממנה מתן הסכמה חופשית לקיום יחסי המין. המושג "מצב אחר" הינו חלופת סל למקרים שלא נזכרו בסעיף, בהם ניצל הבועל מצב פיזי או נפשי המונע מהאישה התנגדות. דהיינו, מצב בו נשללת מן הקרבן יכולת אפקטיבית להביע את אי הסכמתה (התנגדותה) למעשה. הכלל הוא כי די בכך שיכולת ההתנגדות נשללה באופן מהותי, ואין הכרח כי תישלל לחלוטין. לפיכך, די בפגיעה מהותית בחופש הרצון והבחירה של האישה (ר': דנ"פ 6008/93 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 845, 860 (1995); ע"פ 5773/1 1 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל, (2010) (פורסם בנבו)); ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2010) (פורסם בנבו)). ובלבד, שאין המדובר אך ורק במי שנתונה במצב שאך החליש את כוח התנגדותה, אבל ספק א הגיע לדרגה של חוסר יכולת ממשית להתנגד (ר': י' קדמי על הדין בפלילים (חלק שלישי, תשס"ו-2006), 1382). עוד נקבע כי גם אם האישה לא הביעה באופן מפורש או ממשי חוסר הסכמה, קמה, בהתקיים נסיבותיו של הסעיף הקטן האמור, מעין 'חזקת אי-הסכמה', שהינה תולדה של מצב הקורבן בעת האירוע (ר': ע"פ 7296/07 איתן תורן נ' מדינת ישראל, (2009) (פורסם בנבו)).



13. היסוד הנפשי הנדרש הוא מודעות מלאה ובפועל הן לטיב המעשה: בעילה תוך ניצול מצב מיוחד שבו נתונה האישה, והן לקיום הנסיבות: המצב המיוחד שבו נתונה האישה, המתאפיין בשלילת יכולתה לתת הסכמה חופשית - כאן צריכה להתקיים מודעות לעצם קיומה של הנסיבה (למשל שכרות) ולכוחה למנוע מתן הסכמה חופשית. כלומר, נדרשת מודעות לכך שהמעשה נעשה על רקע התקיימותן של ה"נסיבות" השוללות מתן הסכמה חופשית. (ר': י' קדמי שם, בעמ' 1386 ; דנ"פ 6008/93 פלוני, שם). לפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין "רואים אדם שחשד... בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". בעבירת האינוס, קיומו של חשד ממשי אצל המבצע (למשל מקרה בו המבצע לא היה מודע בפועל למצב הכרתה של הקרבן, אך הבחין בתפקודה הלקוי), מספיק כדי למלא את דרישת המודעות ואין צורך להוכיח מודעות בפועל של המבצע לנסיבות האירוע (ר': ע"פ 7275/08 פלוני, שם). יתרה מזו, החשד צריך להיות אישי-סובייקטיבי (ר': ע"פ 10898/08 פלוני, שם). עוד נקבע כי הכלל הוא כי קיומו של חשד מטיל על האדם חובה לברר ולבחון האם ניתנה הסכמתה החופשית של האישה לביצוע המעשה, עובר לביצוע מעשהו. בפסקי הדין אליהם הפנתה המאשימה (בענין ע"פ 7275/08 פלוני ובע"פ 10898/08 פלוני) נדונו מקרים בהם הקרבן היתה נתונה במצב שכרות וסימני השכרות ניכרו בהתנהגותה. בית המשפט העליון הדגיש בשניה כי :

"המסר חייב להיות חד וברור, מי שקיים יחסי מין עם אישה אשר נמצאת תחת השפעה של משקאות משכרים או כל סם מערפל חושים אחר, לוקח על עצמו אחריות כבדת משקל, עליו לוודא באופן ברור שאינו משתמע לשני פנים, כי אותה אישה נותנת הסכמה חופשית לקיום יחסי המין. כך מתחייב מזכותה של אותה אישה לשלמות גופנית ומשמירה על כבודה כאדם" (ע"פ 10898/08 פלוני, שם). (ר' גם: ע"פ 4443/10 שבתאי קוקוזאשווילי נ' מדינת ישראל, (2011) (פורסם בנבו)).

14. ניתן לסכם ולומר, באשר לצד העובדתי, שגם לפי גרסת הנאשם, שעה שפגש במתלוננת בקפה הלל, המתלוננת הייתה שיכורה עד כדי חוסר תפקוד כמעט. לטענתו, השכרות התפוגגה במהלך ההליכה לביתו. בעדותו בבית המשפט טען הנאשם שההליכה ארכה פרק זמן ארוך, עד כשעה. הוא הבין כי המתלוננת חפצה לקיים עמו יחסי מין לאור העובדה כי מיד כאשר הגיעו לביתו, היא התפשטה, אך גם לדבריו היא לא אמרה דבר מה פוזיטיבי באשר לרצונה לעשות כן. עוד יש לציין כי לפי גרסת הנאשם, קיים פרק זמן של כשעתיים עד שלוש, בין העת בו עזבה המתלוננת את ביתו ועד אשר התקשרה אליו. בעדותו בבית המשפט הרבה הנאשם לטעון כי אינו זוכר פרטי אלה ואחרים, מאחר שחלפו מספר חודשים מאז האירוע, והוא חזר כל העת על כך שלא יתכן כי אנס את המתלוננת מאחר שנתן לה את פרטיו. בסיכומי הנאשם עלתה הטענה כי "הנאשם מסר עובדות מסבכות לצד עובדות מזכות", ועל-כן יש לייחס משקל ואמינות גם לאמירות המזכות. אלא, וכפי שיובהר להלן, אין בכך לסייע לנאשם. יצוין עוד, באשר לראשית האירוע, כי אף אם טענת הנאשם בסיכומיו (סעיף 7) הנה מדויקת ולפיה ניתן להבחין במצלמות האבטחה כי הנאשם אינו מסתכל על המתלוננת היוצאת מבית הקפה, אין בכך לשמוט הבסיס מתחת לאמירותיו לפיהן המחשבה לקיים עמה יחסי מין עלתה בראשו בשלב המפגש הראשוני. הדגש הוא במצבה של המתלוננת עם הגיעה לבית הנאשם. ועוד, מתן הפתק, בו פרטי הנאשם, למתלוננת, אף איש בו "תחושת חפות סובייקטיבית" (כנטען בסעיף 9 לסיכומי הנאשם), אין בו לטשטש המציאות העובדתית כהווייתה.



הודעותיו של הנאשם במשטרה מציירות תמונה שונה מהתמונה אותה ביקש להציג בבית המשפט, זאת בכל הנוגע למצבה של המתלוננת ולמודעותו של הנאשם למצב זה. כבר בהודעה הראשונה, ת/23, אומר הנאשם כי מיד במפגש הראשוני עם המתלוננת, המתלוננת נפלה עליו " מרוב שיכרות", ואם הוא לא היה תומך בה, היא הייתה נופלת. הוא אישר באותה הודעה כי לביתו ה הלכו יד ביד, כי היא עמדה ליפול מכל מכשול שנקרה בדרכ , אך הוא תמך בה, כי בתחילת המפגש היא הייתה שיכורה מאוד, וכאשר הגיעו לביתו, היא הייתה "קצת שיכורה". ההליכה מקפה הלל לביתו ארכה, על פי דבריו, באותה הודעה, כחצי שעה עד 40 דקות. באותה הודעה, תגובתו לדברי שהוטחו בו לפיה הוא ניצל את מצב שכרותה של המתלוננת על מנת לשכב עמה, הייתה בשאלה " האם זה אסור?". גם בהודעתו השנייה, שנמסרה שלושה ימים לאחר האירוע, מאשר הנאשם כי במפגש הראשוני המתלוננת הייתה שיכורה מאוד. הוא הסביר כי המילי שהוחלפו ביניה היו ספורות, מאחר שהיה: " קשה לשמוע אותה מרוב שהיא שיכורה עם כדורים... דיברנו מילה פה מילה שם, רוב השיחה תזהרי מהכיסא, תזהרי מהעץ, אל תפלי ". הנאשם אישר באותה הודעה כי א לא היה מזהיר את המתלוננת מפני אות מכשולי וא לא היו הולכי יד ביד היא הייתה נתקלת באות מכשולי . הוא אישר בהודעה זו כי המחשבה על קיום יחסי מין, עלתה בדעתו גם בעת המפגש, בהיותם בקפה הלל, פרט אותו אישר ג בעדותו בבית המשפט. בהודעה זו אמר כי ההליכה לביתו ארכה כרבע שעה או אולי יותר ולביתו הגיעו בשעה 01:00. באותה הודעה שאל הנאשם האם זו עבירה לקיי יחסי מין עם מתלוננת שלא הייתה מסוגלת לומר לו לא. גם בהודעה זו אישר הנאשם כי הוא הוציא את הטמפון מגופה של המתלוננת. דומה שהשיא בהודעה זו הנו התשובה לשאלה: " הבחורה שיכורה, סמרטוט, לא יכולה להגיד לא, ואתה מנצל את המצב ושוכב איתה שהיא לא יכולה להגיד לא, מה יש לך להגיד על זה?" והנאשם בתגובה: " אני עשיתי טעות, אני מודה. הטעות שלי הייתה שהבאתי לה את הטלפון, אם לא, זה אז לא הייתי פה, היא הייתה הולכת ולא הייתה זוכרת". גם לשאלה שבאה לאחר מכן, אם המתלוננת הייתה עוזבת ללא מספר הטלפון האם הייתה יודעת לחזור אליו? השיב הנאשם: "לא, ואני לא הייתי פה עכשיו". כפי שצוין לעיל, בתשובות אלה זו מיצה הנאשם מפיו עצמו את טיב האירוע והתרחשותו, כאשר אישר למעשה, שמצבה של המתלוננת היה כזה שהיא לא הייתה זוכרת את האירוע ואת מבצעו לולא היה נותן לה בעצמו את פרטיו, מעשה שהיווה טעות מצדו. הנאשם ניסה לתרץ דברים אלה במהלך חקירתו הנגדית בכך שכוונתו הייתה כי המתלוננת הנה תושבת ברוקלין ומכוח זאת היא לא הייתה יודעת לאתר אותו ללא פרטיו, תשובה שאין בה טע ואין בה היגיון, לאור התרחשות האירועי , כפי שאלה פורטו לעיל. בהודעה השלישית אותה מסר הנאשם , לא יכול היה הנאשם להשיב כיצד שאל את המתלוננת האם היא רוצה לשכב אתו, אם הוא אכן שואל זאת, כשהוא יודע שהיא שיכורה. באותה הודעה הבהיר הנאשם כי בחורה שמתפשטת, אין צורך לשאול אותה הא היא רוצה לקיים יחסי מין, הוא לא שאל אותה, ולא היה צריך לשאול.



15. שילוב של הכללי המשפטי החלי בענייננו כפי המפורט לעיל, ע דבריו של הנאשם באשר למצבה של המתלוננת, מודעותו למצבה ולטיב התקשורת ביניהם, או ליתר דיוק, חוסר התקשורת ביניהם, מוליך למסקנה לפיה המתלוננת לא נתנה הסכמה חופשית לקיום יחסי מין עמו והייתה במצב המונע ממנה לתת הסכמה חופשית, זאת לאור האלכוהול אותו שתתה, בשילוב עם התרופות קסנקס וקודאין. הנאשם אישר כי בפעם הראשונה בה פגש במתלוננת, הייתה שיכורה מאוד ובמידה שהצריכה את סיועו על מנת שתעמוד על רגליה. במפגש בבית הקפה הוא התיז מים על פניה, ראה את התרופות בתיקה וללא ספק הריח את האלכוהול שנדף מפיה, שכן ריח זה נשאר שעות רבות לאחר מכן, כפי המפורט לעיל. לאחר פרק זמן קצר יחסית, עזבו השניים את בית הקפה וצעדו לביתו של הנאשם. הנאשם אישר כי הליכתה של המתלוננת לאורך כל המסלול, בין אם הדרך ארכה 15 דקות או יותר (עד 40 דקות לדבריו), הייתה חסרת יציבות, ולולא תמך בה וסייע בידה (תרתי משמע), הייתה המתלוננת נתקלת בכל מכשול שעמד בדרכם. התקשורת המילולית ביניהם, על פי דברי הנאשם עצמו, הייתה מינימלית, זאת נוכח מצבה של המתלוננת כפי שתיאר הנאשם עצמו. מכאן, לאור כמות התרופות וכמות האלכוהול אות צרכה המתלוננת, לאור פרק הזמן הלא ארוך שעבר מאז הצריכה ועד הגיעה לביתו של הנאשם, לאור מצבה של המתלוננת לאורך ההליכה אל ביתו של הנאשם ולאור חוסר התקשורת המילולית ביניהם, כל זאת כפי שעולה מגרסאותיו של הנאשם עצמו, עולה בבירור המסקנה לפיה, מצבה של המתלוננת מנע ממנה לתת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין עם הנאשם. הנאשם היה מודע למצבה מרגע שנפגשו, היא התנדנדה לאורך כל הדרך, נזקקה לתמיכה, גם בשוכבה לא התקיים דו-שיח ביניהם והוא זה שטרם לבצע דבר אנטימי ממש, ולהוציא הטמפון מגופה. לצד זאת, הנאשם לא יכול היה שלא להיות מודע לכך, אלא אם היה אוטם אוזניו ועיניו. גם אם המתלוננת התפשטה מיוזמתה, כטענת הנאשם, הנאשם נמנע מלשאול אותה האם היא רוצה, מעוניינת או מבקשת לקיים עמו יחסי מין, ופעל באורח חד צדדי. מהמתלוננת נשללה היכולת האפקטיבית להביע אי הסכמה, וכאמור, די בכך שיכולת ההתנגדות נשללה ממנה באופן מהותי ואין הכרח כי נשללה לחלוטין. די בפגיעה מהותית בחופש הרצון והבחירה של המתלוננת (ר' הנ"פ 6008/93, ע"פ 1 5773/1 ויתר האסמכתאות הנזכרות לעיל). המתלוננת הייתה בדרגה של חוסר יכולת ממשית להתנגד וכל שזכרה היה כי מצאה עצמה, לפתע, מתחת לגופו של הנאשם. וכן, וכאמור לעיל, גם אם המתלוננת לא הביעה באופן מפורש או ממשי חוסר הסכמה, קמה חזקת 'אי ההסכמה' שהנה תולדה של מצבה בעת האירוע. בלב הנאשם התקיים היסוד הנפשי הנדרש: הנאשם היה מודע באופן מלא ובפועל לטיב המעשה. בעילתו את המתלוננת קמה תוך ניצול מצבה ושעה שהיה מודע לקיומן ושל הנסיבות, המצב המיוחד ויוצא הדופן בו הייתה נתונה, מצב שהתאפיין בשלילת יכולת לתת הסכמה חופשית. הנאשם היה מודע לשיכרונו. אמירתו לפיה משעה שדרכה המתלוננת על סף ביתו, פגה השכרות, אינה אלא אמירה בעלמה, נטולת כל קשר לעובדות ולתיאור מצבה של המתלוננת, כפי שבא מפיו שלו עצמו. גם אם נצעד לטובת הנאשם, אשר אינו חולק על כך ששאלת אשמתו קמה ונופלת על שאלת מודעתו למצבה של המתלוננת (ר' סעיף 16 לסיכומיו), התקיים בו 'חשד ממש' למצבה ההכרתי של המתלוננת, והכלל הוא, כזכור, כי קיומו של חשד, מטיל את החובה לברר ולבחון האם ניתנה הסכמה חופשית של המתלוננת לביצוע המעשה, עובר לביצוע המעשה. על הנאשם היה לוודא הסכמתה, במצבה, באופן חופשי לקיום יחסי מין, זאת, גם אם התפשטה מרצונה ומיוזמתה (ע"פ 10898/08 וע"פ 4443/10 הנ"ל). הנאשם, לא שאל, ולפי שיטתו לא היה צריך לשאול. הסבירות שהמתלוננת התנהגה באופן אשר יכול היה לגרום לנאשם לסבור שהיא רוצה, מתוך רצון חופשי ומתוך מודעות מלאה, לקיים עמו יחסי מין - אינה קיימת. לפיכך, המסקנה הנה כי יש להרשיע הנאשם בעבירה המיוחסת לו על פי שתי החלופות, סעיף 345 (א) (1) ו- (4). כמו-כן, יש להרשיע הנאשם בעבירת התחזות לאדם אחר, לפי סעיף 441 רישא לחוק ובעבירה של הפרעה לשוטר לפי סעיף 275 לחוק, זאת לאחר שאין מחלוקת שהנאשם הזדהה בפרטים כוזבים לפני השוטרים שהגיעו לזירת האירוע. כפי השופט יעקב צבו, סגן הנשיא:

מסכים.

כבוד השופטת רבקה פרידמן-פלדמן:

מסכימה.

לאור האמור אנו מרשיעים הנאשם בעבירה המיוחסת לו על פי שתי החלופות, סעיף 345 (א) (1) ו- (4). כמו-כן, אנו מרשיעים הנאשם בעבירת התחזות לאדם אחר, לפי סעיף 441 רישא לחוק ובעבירה של הפרעה לשוטר לפי סעיף 275 לחוק, זאת לאחר שאין מחלוקת שהנאשם הזדהה בפרטים כוזבים לפני השוטרים שהגיעו לזירת האירוע. ניתנה היום, ד' בכסלו התשע"ד, 7 בנובמבר, 2013, במעמד בא-כוח המאשימה, בא-כוח הנאשם והנאשם עצמו.