



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2092/21

לפני: כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט ח' כבוב

המערער: אלכסנדר לוז'קין

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע (השופטים י' רוז-לוי, ג' שלו וא' משניות) אשר ניתן ביום 20.8.2020 (הכרעת דין) וביום 8.2.2021 (גזר דין), בתפ"ח 11113-06-18

תאריך הישיבה: ה' בתמוז התשפ"ב (4.7.2022)

בשם המערער: עו"ד עלי אבו-לבן

בשם המשיבה: עו"ד נעימה חנאווי-כראם

פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעור

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע (השופטים י' רוז-לוי, ג' שלו וא' משניות) אשר ניתן ביום 20.8.2020 (הכרעת דין) וביום 8.2.2021 (גזר דין), בתפ"ח 11113-06-18 (להלן: הכרעת הדין וגזר הדין, בהתאמה). בגדרו של תיק זה הורשע המערער באינוס, עבירה לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); מעשה סדום בכפייה, עבירה לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק (שתי עבירות); וכן הדחה בחקירה, עבירה לפי סעיף 245(ב) לחוק. בעקבות הרשעתו כאמור נגזרו על המערער 13 וחצי שנות מאסר בפועל, 18 חודשי

מאסר על-תנאי וכן תשלום פיצוי לנפגעת העבירה (להלן: המתלוננת) בסך של 150,000 ש"ח.

כתב האישום

2. לפי עובדות כתב האישום המתוקן, ביום 13.4.2018, לאחר השעה 02:00 לפנות בוקר, המתלוננת, שהייתה באותה עת בת 20, פגשה את המערער כבר בדרום הארץ. עובר למפגש בין השניים, בילתה המתלוננת בבית חברתה ביחד עם בן זוגה, שם שתתה משקאות אלכוהוליים רבים שהביאו לערפול חושיה. בשלב מסוים התגלע ריב בין המתלוננת לבן זוגה שהוביל את המתלוננת לעזוב את בית חברתה. לאחר שיצאה מן הבית, הגיעה המתלוננת לבר סמוך למקום – אשר את בעליו הכירה היכרות מוקדמת – שם היא שתתה משקה אלכוהולי נוסף. המערער, ששהה גם הוא באותה העת במקום, התיישב ליד המתלוננת וניהל עמה שיחה. סמוך לאחר מכן, חשה המתלוננת סחרחורת וחוסר יציבות, ולכן החליטה לעזוב את הבר. המערער יצא יחד אתה, וכאשר היו השניים ברחוב, המתלוננת – שהייתה בהכרה מעורפלת באותה עת – החלה להתווכח עם המערער מתוך מחשבה שמדובר באדם אחר. ככל הנראה, בלבלה המתלוננת בין המערער לבין אב בן זוגה (ולכן צעקה עליו כי הוא אינו משלם מזונות). בהמשך, מבלי שהמתלוננת זוכרת בדיוק כיצד אירע הדבר, הגיעו השניים אל דירת המערער, שם הציע לה המערער כוס מים והיא שתתה. מיד לאחר מכן כיבה המערער את האור, נתן למתלוננת מכה בפנים, הדף אותה אל עבר הספה, הפשיט אותה מבגדיה ונשכב מעליה – זאת, תוך שהיא נאבקת בו ומבקשת ממנו שיפסיק וייתן לה ללכת. בתגובה, המערער צעק לה בשפה הרוסית "תסתמי את הפה זונה", והחל בהחדרת איבר מינו לתוך איבר מינה במשך כחצי שעה. בתוך כך, המתלוננת צעקה, בכתה והתחננה בפני המערער שיחדל ממעשיו, אך הלה לא פסק. בשלב מסוים, המתלוננת אף אמרה למערער שהיא בהריון בתקווה שהדבר יניא אותו מלהמשיך, אולם המערער, בתגובה, היכה אותה בפניה והמשיך במעשיו. במהלך האירוע, המערער ניסה לנשק את המתלוננת, אך היא סובבה את פניה. בהמשך, השכיב המערער את המתלוננת על בטנה והחדיר את איבר מינו אל פי הטבעת שלה תוך שהיא סובלת מכאבים עזים. בניסיון נוסף להפסיק את מעשיו, ביקשה המתלוננת מהמערער ללכת לשירותים, אך הוא משך אותה בשיערה, הושיבה על האסלה בחדר השירותים, החדיר את איבר מינו אל פיה באומרו "תסתמי את הפה שלך זונה". בתוך כך, אחז בזרועותיה וטלטל אותן באופן שהותיר סימנים על גופה. בשלב זה, החזיר המערער את המתלוננת לספה, והחדיר שוב את איבר מינו לאיבר מינה עד אשר הגיע לפורקן מיני – כל זאת, בעוד היא מנסה להתנגד ולהדוף אותו. משחדל ממעשיו, לקח המערער את המתלוננת אל מחוץ לביתו כאשר הוא מכסה את עיניה בידיו. בהגיעם לרחוב, שחרר את

ידיו ואיים על המתלוננת כי אם תתלונן עליו למשטרה הוא יהרוג אותה ואת כל בני משפחתה.

פסק הדין קמא

3. במענה לכתב האישום, אישר המערער את התקיימות המפגש האקראי בינו ובין המתלוננת. יחד עם זאת, כפר במעשי העבירה המיוחסים לו בכתב האישום, וטען כי השניים קיימו יחסי מין בהסכמה ומרצון חופשי. המשפט עבר אפוא לשלב ההוכחות. במסגרת פרשת התביעה, נשמעו עדות המתלוננת; עדות אם המתלוננת; עדות בן זוגה של המתלוננת; וכן עדותה של רופאה גניקולוגית, ד"ר פולינה שוורצמן (להלן: ד"ר שוורצמן), אשר בדקה את המתלוננת בבית החולים בסמיכות לאירוע והעניקה לה טיפול רפואי ראשוני.

4. בתום פרשת ההוכחות והסיכומים, מצא בית משפט קמא כי המערער ביצע את המעשים הפליליים המיוחסים לו בכתב האישום. בהכרעת הדין, ציין בית המשפט כי התרשם מעדות המתלוננת, אשר הייתה בת 21 במעמד מתן העדות, לחיוב וקבע כי הוא נותן אמון מלא בעדותה. בפרט, קבע בית המשפט כי מדובר בעדה מהימנה אשר לא ביקשה להפליל לשווא את המערער. בית המשפט הטעים כי המתלוננת העידה באומץ לב, וסיפרה בכאב את סיפורה כאשר סימני הטרומה ניכרו מעדותה. כמו כן קבע בית המשפט כי הדברים שמסרה המתלוננת בעדותה נאמרו בפשטות ובאותנטיות, ללא כחל ושרק. עוד קבע בית המשפט כי תיאור הדברים היה קוהרנטי ועקבי ונתמך בראיות נוספות. לעומת זאת, בית המשפט התרשם לרעה מעדות המערער ודחה אותה מכל וכל. בפרט, קבע בית המשפט כי על פני ציר הזמן של חקירה ומשפט הציג המערער גרסת חפות רווית סתירות. בית המשפט הטעים בהקשר זה כי גרסת המערער שינתה את פניה מעת לעת, בהתאם להתפתחויות אשר חלו בחקירת המקרה על ידי המשטרה והראיות שעמן התבקש המערער להתעמת. תחילתה של גרסת המערער בהכחשה גורפת של עצם המפגש עם המתלוננת וקיום יחסי המין עמה. בהמשך, עם הגעת ראיות פורנזיות שקשרו את המערער לאירוע, עבר המערער לסיפור הבא: הוא אישר כי היה קשר מיני בינו לבין המתלוננת, אך טען כי קשר זה נבע מתשוקה מינית הדדית ומרצון חופשי. כמו כן שינה המערער את גרסתו ביחס להתקיימות מין אנאלי בינו לבין המתלוננת. תחילה, שלל המערער את הדבר שלילה מוחלטת, אולם בהמשך שינה את גרסתו וטען כי ייתכן שבשלב מסוים איבר מינו הגיע "בטעות" לפי הטבעת של המתלוננת. בית משפט קמא קבע כי שקרי המערער באשר לעצם קיומו של מגע מיני עם המתלוננת נבעו מרצונו להרחיק את עצמו מהעבירות שעבר, ועל כן הם מערערים את אמינותו מן היסוד. בית משפט קמא

מצא אפוא את ראיות המדינה אמינות מעבר לספק סביר והרשיע את המערער בעבירות שמניתי לעיל.

5. בבואו לגזור את עונשו של המערער, קבע בית משפט קמא כי "הנאשם ביצע במתלוננת, מעשי מין חמורים, קשים, פוגעניים ואלים תוך שהוא מנצל באופן ברור את העובדה שהייתה תחת השפעת משקאות אלכוהוליים" (ראו: גזר הדין, בעמ' 6). בית המשפט התייחס לחומרה היתרה של עבירות המין, אשר בוצעו תוך הפעלת אלימות קשה, כאילו הייתה המתלוננת בגדר חפץ שנועד לסיפוק גחמותיו המיניות של המערער. כמו כן, עמד בית המשפט על כך שלמערער הרשעות קודמות וכי עשה את שעשה כחודש בלבד לאחר שהשתחרר מבית הסוהר בו ריצה עונש מאסר בגין עבירות סמים. יתרה מכך: בית המשפט גם ציין כי המערער הכחיש את המיוחס לו ולא לקח שום אחריות על מעשיו. לאור כל המקובץ, קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם עומד במקרה דנן על 15-11 שנות מאסר, ולבסוף החליט לגזור את עונשו של המערער ברף האמצעי-עליון של מתחם העונש ולהשית עליו 13 וחצי שנות מאסר בפועל לצד 18 חודשי מאסר על-תנאי, ותשלום פיצוי למתלוננת בסך של 150,000 ש"ח.

6. מכאן הערעור.

הערעור

טענות הצדדים

7. המערער טוען כי מן הדין לזכותו מהעבירות בהן הורשע. לטענתו, שגה בית משפט קמא בהחליטו ליתן לעדות המתלוננת משקל מלא – זאת, חרף העובדה שבעת האירוע המתלוננת צרכה כמות מופרזת של אלכוהול באופן שעשוי היה להשפיע על מצבה ההכרתי, ועל היכולת שלה לזכור את האירוע כפי שהוא התרחש במציאות. במסגרת זאת, מצביע המערער על שיבושים בזיכרון המתלוננת ושחזורים שאינם נאמנים למציאות שעולים מעדותה, ובכללם: התנהגות המתלוננת שלפרקים סברה שהמערער הוא אבי בן זוגה; פערים בין שחזור האירוע על ידי המתלוננת לבין השחזור אשר בא מפיו של בן זוגה; קושי המתלוננת לשחזר את האירוע בפעמים הראשונות בהן נדרשה לכך; העובדה שהמתלוננת טענה תחילה כי המערער גרר אותה בכוח לדירתו, ובהמשך שינתה את גרסתה באומרה כי אין היא זוכרת באיזה אופן הגיעה לדירה; וכן ההתרחשויות שאירעו בדירה שהמתלוננת אינה זוכרת כלל או במדויק. המערער נסמך בדבריו על חוות דעת מומחה שקבע שלא ניתן לשלול את האפשרות שעדות המתלוננת

היא תוצר של מנגנון הנקרא "קונפבולציה" (confabulation) – מנגנון בו אדם משלים, בתמימות, פערים בזיכרונו באמצעות בדיית אירועים אשר לא התרחשו במציאות. לשיטת המערער, יכול והמתלוננת מחקה מתודעתה זיכרונות מהאירוע שאינם מתיישבים עם מצפונה ותפיסתה הערכית – כגון זיכרונותיה כמי שמקיימת יחסי מין מזדמנים ובוגדת בכך זוגה. זאת ועוד: המערער מוסיף כי מלבד עדות המתלוננת אין בנמצא ראיות בעלות משקל אשר בכוחן לאשש את גרסתה. הראיה החיצונית המרכזית עליה התבסס בית משפט קמא היא חוות דעת רפואית של גניקולוגית, ד"ר שוורצמן, שבדקה את המתלוננת בסמוך לאירוע ומצאה חבלות על גופה באזורי המרפק, היד והברך שלה. ביחס לממצא זה, המערער טוען כי לא מן הנמנע הוא שחבלות אלה נוצרו כאשר נתקלה המתלוננת בחפצים בזמן שהייתה תחת השפעת אלכוהול.

8. למצער, טוען המערער כי מן הדין להקל באופן משמעותי בעונש שהוטל עליו. לטענתו, טעה בית משפט קמא שקבע את מתחם הענישה מבלי להתחשב בגילו הצעיר (המערער היה בן 27 בעת ביצוע המעשים), ובעובדה שהמערער נעדר עבר פלילי בתחום עבירות מין. כמו כן מפנה המערער לפסקי דין אשר דנו במקרים דומים וטוען כי העונש שהושת עליו כאמור חורג מהענישה הנוהגת.

9. מנגד, סומכת המדינה את ידיה על קביעותיו של בית משפט קמא. המדינה מדגישה את המהימנות לעילא-ולעילא שייחס בית משפט קמא לעדות המתלוננת על כל חלקיה; את שקרי המערער והאופן בו הרחיק את עצמו מביצוע העבירות; ואת החיזוקים הרבים לעדות המתלוננת, לרבות מצבה הנפשי הקשה לאחר האירוע, עדויות אמה ובן זוגה, שגם הן נמצאו מהימנות, חוות דעת ביולוגית אשר מתייחסת להימצאות זרע המערער באזור הנרתיק, בתחתונים ובפני הטבעת של המתלוננת באופן שמתיישב עם גרסתה, וכן חוות דעת ועדות של רופאה, ד"ר שוורצמן, שמאמתות הימצאות חבלות על גופה של המתלוננת אשר תואמות את גרסתה.

10. באשר לגזר הדין – לטענת המדינה, עונש המאסר שהוטל על המערער הוא עונש ראוי אשר עולה בקנה אחד עם הרצון למצות את הדין עם נאשמים שביצעו עבירות מין חמורות. המדינה מבקשת אפוא מאתנו כי נדחה את הערעור על שני חלקיו.

דיון והכרעה

11. לאחר שקילת הטענות שבעלי הדין העלו בפנינו בעל-פה ובכתובים, הגעתי למסקנה כי דין הערעור, על שני חלקיו, להידחות; וכך אציע לחבריי לעשות מהנימוקים שאפרטם להלן. תחילה, אתייחס להרשעת המערער, ואחר-כך אדון בעונשו.

ערעור על ההרשעה

התערבות בממצאי מהימנות

12. הלכה היא עמנו כי בית משפט זה, בפועלו כבית משפט לערעורים פליליים, לא יתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, וכן לא יבחן בשנית את העדויות אשר הערכאה הדיונית מצאה מהימנות בהתבסס על התרשמותה הישירה מעדים שהעידו בפניה ועל ניתוח מקיף של מכלול הראיות. התערבותנו בכגון דא שמורה למקרים מיוחדים (ראו, למשל: ע"פ 662/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 והאסמכתאות שם (6.4.2021); ע"פ 6277/20 היילי נ' מדינת ישראל, פסקה 21 והאסמכתאות שם (24.3.2021); ע"פ 4707/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (7.2.2022); ע"פ 1935/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (31.3.2021); ע"פ 6826/19 שרגאי נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (14.2.2022); ע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (7.12.2006); ע"פ 6020/07 גואטה נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (30.11.2009); וכן ע"פ 3914/05 אלחרר נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (10.11.2008)). במקרים מיוחדים אלו, התערבות כאמור מתאפשרת "כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהגיון ובשכל ישר או על סבירות של העדות; כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות; 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; כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב, תמליל, קלטת או התרשמות מחפץ; כאשר השופט שכתב את פסק הדין אינו השופט ששמע את הראיות; כאשר חלף זמן רב משמיעת הראיות ועד שנכתב פסק הדין" (ראו: דברי השופט י' עמית בע"פ 8642/19 הייב נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (13.10.2021)), וכן כאשר המסד הראיתי עליו מבוססת ההרשעה אינו מספק, במבט כולל, את הביטחון הדרוש לקביעת ממצאי עובדה מעבר לספק סביר, כפי שנדרש לצרכי הרשעה (ראו: ע"פ 8794/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 38-42 לפסק דיני והאסמכתאות שם (10.5.2022) (להלן: ע"פ 8794/20)). המקרה שלפנינו אינו נופל בגדר המקרים המיוחדים אשר מצדיקים התערבות בממצאי עובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית.

13. הרשעת נאשם בעבירת מין בהתבסס על עדות יחידה של נפגעת העבירה מקימה עבורנו חובה מיוחדת לבחון את הממצאים העובדתיים אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית. חובה זו נגזרת מהאמור בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). סעיף זה דורש מהערכאה הדיונית ליתן הנמקה מפורטת לממצאיה המרשיעים, אשר חייבת לכלול התייחסות לכל עמימות ולכל סתירה מהותית בעדותה של נפגעת העבירה – זאת, כדי לוודא שהמסד הראייתי על בסיסו מורשע הנאשם אכן מוכיח את אשמתו במיוחד לו מעבר לספק סביר (ראו: ע"פ 6808/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דיני (16.5.2019); ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (29.1.2019); ע"פ 1965/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (17.8.2016)). בדרך זו אמורה הערכאה הדיונית לקיים את דרישת הביטחון בהרשעה מבחינת המסד הראייתי כולו, אשר ייבדק על ידי ערכאת הערעור שבאה אחריה (להסבר מלא של דרישה כאמור והרציונל שמאחוריה, ראו: ע"פ 8794/20, פסקאות 38-51 לפסק דיני).

14. במקרה דנן, עדותה של המתלוננת – שכאמור נמצאה על ידי בית משפט קמא אמינה לעילא-ולעילא – איננה עדות יחידה. עדות זאת נתמכת בראיות חיצוניות מגוונות וכן בשקרי הנאשם – שקרים אשר מגיעים לרמה של סיוע (ראו: ע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826, 832-835 (1982); ע"פ 694/83 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 249, 257 (1985); ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 22-23 (3.9.2009) (להלן: ע"פ 1645/08); ע"פ 2014/94 טאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 624, 637 (1996)), אשר במקרה דנן כלל אינו נדרש. אשר על כן, לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות אין תחולה במקרה שלפנינו.

15. בית משפט קמא נימק במפורט את ממצאי המהימנות שלו ביחס לעדות המתלוננת, תוך שהוא מקפיד להתייחס גם לשינויים בגרסתה. בנוגע לשינויים אלה, הובהר כי המתלוננת סיפרה בתשואול הראשוני בבית החולים שהמערער משך אותה בכוח לעבר ביתו ביציאתם מהבר, אולם כשעתיים לאחר מכן, בעת מתן עדותה במשטרה, תיקנה את עצמה וסיפרה שהאלימות החלה רק בהגיעה לדירת המערער ושאינ היא זוכרת כיצד בדיוק הגיעה לשם. בית משפט קמא חזר והדגיש כי אין בשינויי גרסה אלו כדי לפגום במהימנות עדותה של המתלוננת – זאת, מאחר שמדובר בשינויים קלים שבשולי העדות אשר אינם נוגעים לליבת המחלוקת: היא המעשים המתוארים בכתב האישום. הנמקה זו של בית המשפט הינה משכנעת ומפורטת ואינה מעלה עילה להתערבות. המסד

הראייתי עליו הושתתה הרשעת המערער הינו איתן ויש בו הביטחון הדרוש להרשעתו של נאשם בפלילים.

16. מעבר לנדרש, אוסיף ואבהיר כי עדות המתלוננת אינה לוקה בכלבול, באי-דיוק או בחוסר בהירות – בניגוד לנטען על ידי המערער. עדות זו הייתה עקבית, תאמה את המציאות, ולא נמצאו בה סתירות מהותיות. נוסף לכך, עדות המתלוננת כללה פרטים שעלולים היו לציירה בעיני הסובבים אותה באור פחות חיובי. פרטים אלה כוללים בתוכם את העובדה שהמתלוננת הייתה שיכורה מאוד עד כדי שחווה בלבול בין המערער לאבי בן זוגה, וכן את כניסתה לדירת המערער בהסכמה אשר נבעה ממצבה. פרטים אלה מחזקים את המסקנה כי בפנינו עדות אותנטית של נערה אשר חוותה חוויה טראומטית קשה, ושחרף זאת אינה מנסה לייפות את פני הדברים ביחס לעצמה. בית משפט קמא צדק אפוא בקבעו כי עדותה של המתלוננת אמינה מעבר לספק סביר.

17. מנגד, ניצבת עדות המערער שמהימנותו נשללה על ידי בית משפט קמא מניה וביה, ואף זאת בצדק רב. גרסתו של המערער היא גרסה חסרת הגיון פנימי ורוויה בסתירות מהותיות. תחילתה, כאמור, בהכחשתו הגורפת של המערער ביחס לכל פרט ופרט באירוע – גרסת חפות שמצהירה כי לא היה כל מגע מיני בין המערער למתלוננת. המערער אף הרחיק לכת באמרו בחקירתו כי הוא כלל אינו מכיר את המתלוננת, כי אין הוא נוהג לשבת בברים ולשתות אלכוהול, וכי הוא גם אינו נוהג להזמין נשים לביתו. גרסה זו עברה "שיפוץ כללי" אשר נעשה על ידי המערער על-כורחו אחרי שהוטחו בפניו ממצאים אובייקטיביים בדמות ממצאי DNA, אשר הראו את הימצאות זרעו של המערער בנרתיקה ובתחתוניה של המתלוננת ואשר הצביעו על קיומו של מגע מיני אינטנסיבי – ואף אגרסיבי – בין השניים. כאמור, לפי גרסתו המשופצת של המערער, מדובר במגע מיני אשר נבע מתשוקה ומהסכמה הדדית, אשר באו בעקבות היכרותם השטחית בבר. המערער אף הכחיש, תחילה, את המגע המיני האנאלי שהתקיים בין השניים ורק אחרי שראה שהכחשה זו מנוגדת לעובדות, ייחס את המגע לחדירה מקרית של איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת.

18. הלכה היא עמנו כי שקרי נאשם בחקירה ובעדות מחזקים את ראיות התביעה ומוסיפים משקל למשקלן (ראו, למשל: ע"פ 1645/08, בפסקה 23; ע"פ 334/02 טיבוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (13.1.2003)); ע"פ 2468/03 אלבויראת נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (12.1.2004); דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 803 (1998)). זאת במיוחד כאשר מדובר בשקרים שכאמור מגיעים כדי סיוע – שקרים אשר מתייחסים ללב האירוע ואשר מצביעים על ניסיונו של הנאשם להרחיק את עצמו מהאירוע ולשוות

לעצמו התנהגות תמימה. אלה היו שקרי המערער במקרה שלפנינו. ודוק: ה"שיפוצים" שהמערער ביצע בגרסת החפות שלו נעשו רק כאשר הוא נאלץ להתמודד עם ראיות אובייקטיביות אשר הפריכו את גרסתו הקודמת מניה וביה.

המשנה לנשיא מ' נאור לימדנו כי –

"עיתוי השינוי בגרסה שלו [החשוד – א.ש.] – רק כאשר נהיר לו שקיימות ראיות שיש בהן כדי להפריך את גרסתו הראשונה – מעלה חשד כבד שהחשוד היה מעורב בביצוע העבירה, ניסה להרחיק עצמו מכך בגרסתו הראשונה ושינה והתאים את גרסתו נוכח הראיות, המוצגות בפניו, במעין 'קרב נסיגה'. מטרת 'קרב הנסיגה' היא שימור המרחק המרבי, אשר הולך ומתקצר נוכח הראיות שעמן הוא מועמת, מהמסקנה שהוא ביצע את העבירה. [...] אם במקום לעמוד על הכחשת הנוכחות, הנאשם משנה את גרסתו בהתאם לראיות המוצגות בפניו (ובהעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר), הוא אינו משפר את מצבו; נהפוך הוא. נאשם כזה מרע את מצבו. בנסיבות אלה, מוסכם למעשה ששיקר בגרסתו הראשונה, ובהעדר הסבר המעלה ספק סביר, שקריו מחזקים את הראיות נגדו בענין ביצוע העבירה. אין בשינוי הגרסה המאוחר כדי לצמצם את יריעת המחלוקת ליריעה צרה (בבחינת 'הייתי בזירה אך לא השתתפתי בעבירה') תוך 'נטרול' המשמעות הראייתית של ההכחשה בתחילת הדרך" (ראו: ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (10.4.2013)).

ואכן כך הם פני הדברים במקרה שלפנינו. המערער ניהל "קרב נסיגה" אחרי שנאלץ להתעמת עם ראיות אובייקטיביות שכאמור הפריכו את גרסאותיו בדבר חפותו. התחמושת ששימשה את המערער בקרב זה היא שקרים, שקרים נוספים ועוד שקרים כהנה וכהנה. כל אלו מצביעים בבירור על תודעת האשמה אצל המערער ומחזקים את עדותה של המתלוננת, שאמינותה ממילא אינה יכולה להיות מוטלת בספק ושכאמור אינה טעונה חיזוק או סיוע.

19. מסד זה של ראיות המפלילות את המערער מקבל – למעלה מהנדרש – חיזוק נוסף מכל אלו: עדויות בדבר מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת בסמוך לאירוע הטראומטי שחוותה; עדות אם המתלוננת; עדות בן זוגה של המתלוננת; חבלות ופצעי שפשוף רבים על גופה של המתלוננת, אשר מצביעים על כך שהמערער נקט כלפיה באלימות; חוות דעת של המעבדה הביולוגית; וכן חוות דעתה ועדותה של ד"ר שוורצמן – הגניקולוגית שבדקה את המתלוננת בהגיעה אל בית החולים בסמוך לאירוע. טענת

המערער לפיה חוות דעתה של ד"ר שוורצמן אינה מחזקת את עדות המתלוננת, הואיל והחבלות שנמצאו בגופה יכולות היו להיגרם כתוצאה מהיתקלות עם חפצים, התנהגות אשר אופיינית לאנשים שיכורים – דינה להידחות. בית משפט קמא התרשם מחוות דעתה של ד"ר שוורצמן, קבע כי חוות דעת זו הינה אמינה; ובכגון דא אין כל סיבה שנתערב (ראו, למשל: ע"פ 10166/09 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (2010); ע"א 8693/08 הרמן נ' שטרנברג, פסקה 18 (2011); ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל, פסקה 49 (2015); ע"פ 9612/10 קוגמן נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (2014); ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פסקה 33 (2007)).

20. מסקנות ברורות אלה, די בהן כדי לדחות את הערעור על ההרשעה. ברם, המקרה שלפנינו העלה לדיון גם שאלה משפטית אליה מצאתי לנכון להתייחס, ולו בקצרה – מפאת חשיבותה, וכדי להעמיד את הדברים על דיוקם – למרות שהתייחסות זאת איננה הכרחית להכרעתנו בערעור.

שכרות האישה כשוללת את הסכמתה למגע מיני

21. במקרה שלפנינו, בא המערער וטוען כי המתלוננת נתנה את הסכמתה לקיום יחסי המין עמו, אלא שהיא אינה זוכרת זאת בשל היותה שיכורה כלוט בזמן המעשים – שכרות שכפי הנראה מחקה מראשה את זיכרונה מאותו אירוע.

22. לטעמי, טענה זו אינה יכולה לעמוד. סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, המגדיר את עבירת האינוס, קובע כך:

”הבועל אישה –

(1) שלא בהסכמתה החופשית;

[...]

הרי הוא אונס ודינו – מאסר שש עשרה שנים.”

23. פשיטא הוא, אפוא, כי קיום מגע מיני עם אישה ללא הסכמתה החופשית הוא בגדר אינוס – וזאת גם כאשר האישה אינה מביעה התנגדות פיזית או מילולית למגע המיני אשר נכפה עליה (ראו: ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל, פסק דינה של השופטת ע' ארבל (28.10.2013) (להלן: עניין טרשתי); ע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (13.8.2012); ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 6

(5.9.2011) (להלן: עניין טוואצ'אן); וכן ע"פ 2606/04 בנב"ד נ' מדינת ישראל, פסקאות 27-28 (26.4.2006)). לכל אישה, כמו לכל אדם אוטונומי, נתונה ריבונות מלאה ובלעדית על גופה. בהתאם לכך, באין הסכמה פוזיטיבית וברורה מצד האישה לקיומו של מגע מיני, מגע כאמור הוא מגע שנכפה על האישה; וככל שמגע זה מגיע כדי בעילה, כמשמעה בחוק העונשין, הרי הוא בגדר אינוס (ראו גם: ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (15.4.2010) (להלן: ע"פ 10898/08)).

24. אשר על כן, אין בדינו לקבל את גרסת המערער כי המתלוננת כביכול הסכימה לקיים עמו יחסי מין, בעודה שיכורה עד כדי חוסר יכולת לדעת היכן היא נמצאת ובלבול בין המערער לבין אבי בן-זוגה, אותו האשימה בסרבנות מזוונות – וזאת, כעניין משפטי טהור אשר אינו תלוי כהוא זה בשיקולי אמינות.

25. אדם שנמצא תחת השפעה כבדה של משקאות משכרים או סמים, שמחלישה באופן ניכר את תפיסת המציאות שלו, שרוי במצב אשר מונע ממנו ליתן הסכמה חופשית (ראו: ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה מט (22.4.2010)); ע"פ 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 15, 19 (22.4.2010); ע"פ 10898/08, בפסקה 15; עניין טרשת'י, בפסקה 24). בסיטואציות כגון אלו, פערי הכוחות בין גבר ששולט על מעשיו לבין האישה השיכורה הינם מובהקים וקלים לזיהוי. כושר ההתנגדות של האישה נחלש עד מאד. יכולתה לתת הסכמה אותנטית לקיום יחסי מין, אף היא נחלשת עד מאד ולמעשה נעלמת לחלוטין (ראו: רותי לבנשטיין לזר "מבט חדש על הסכמה בעברת האינוס" עיוני משפט מב 67, 84 (2019); עניין טרשת'י, בפסקה 25). לפיכך, קיום יחסי מין עם אישה שיכורה אשר נמצאת במצב של חוסר הכרה או הכרה מעורפלת, ואינה מודעת למה שנעשה סביבה, אינו אלא אינוס כהגדרתו בחוק (מסקנה שתהא נכונה גם ביחס לעבירות מין אחרות – כדוגמת מעשה מגונה בנסיבות אינוס או מעשה סדום בכפייה – שחוסר הסכמה מצד נפגעת העבירה הוא יסוד מיסודותיהן; וכן ביחס לנפגעי עבירה ממין זכר).

26. המערער היה מודע היטב למצבה של המתלוננת. המערער העיד אמנם כי להערכתו המתלוננת הבינה את מה שעשתה, למרות הבלבול שנבע מהיותה שיכורה, אולם גם אם נרצה להאמין לדבריו אלו – מטעמים שלדידי אינם בנמצא – לא יהא בהם כדי לשנות את מסקנתי כי הלה אנס את המתלוננת. זאת, מאחר שהמתלוננת לא הסכימה לקיים עמו שום מגעים מיניים והמערער, גם לפי דבריו שלו, היה מודע למצבה שכאמור אין לתארו אלא כדיסאורינטציה על רקע של שכרות. לעניין זה, אביא מדבריו החשובים של השופט ט' ג'ובראן:

"ואולם, גם אם היינו מרחיקים לכת ומניחים, כי התנהגות המתלוננת השתמעה בכל זאת לשני פנים, וכי המערער לא ידע לבטח כי אין באפשרותה לתת הסכמה למגע המיני, דינו. כפי שמורה סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין 'רואים אדם שחשד... בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם'. משכך, גם אם המערער פשוט לא היה מעוניין לקחת על עצמו את האחריות לבירור מצב הכרתה של המתלוננת – זאת לאחר שאמרה לו כי היא לא מרגישה טוב [...] וכאשר סימני שכרות ניכרים ללא ספק בהתנהגותה – הוא מילא את דרישות היסוד הנפשי של עבירת האינוס. בייחוד בעבירות מסוג זה, קיומו של חשד ממשי אצל הנאשם, מספיק כדי למלא את דרישת המודעות ואין צורך להוכיח מודעות בפועל של המערער לנסיבות האירוע" (ע"פ 2056/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (27.5.2009) (להלן: ע"פ 2056/09); ראו עוד: ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 304-305 (2000) (להלן: עניין טייב); ע"פ 2035/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (14.9.2017); ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (12.11.2014) (להלן: עניין סיגר); ע"פ 7296/07 תורן נ' מדינת ישראל, פסקאות 20, 22 (12.8.2010) (להלן: עניין תורן); עניין 10898/08, בפסקה 16).

27. ודוק: אני מגיע למסקנה זו מבלי לקחת בחשבון את קביעתו של בית משפט קמא כי המערער הפעיל אלימות קשה כלפי המתלוננת. על אלימות זו אמר בית משפט קמא את הדברים הבאים:

"הנאשם אנס את המתלוננת ועשה בה מעשי סדום שוב ושוב, הכה אותה, גרר אותה משערותיה, ונהג בה משל היא הייתה חפץ שנועד לסיפוק גחמותיו המיניות. הנאשם לא עצר לרגע, לא ראה את המתלוננת כלל כבן אנוש ואף זעקותיה ופניותיה אליו בניסיונה לגרום לו לחדול ממעשיו, נפלו על אוזנים ערלות ואטומות [...]" (ראו: גזר הדין, בעמ' 6).

28. לסיכום האמור: אף אם נרחיק לכת ונקבל את טענת המערער לפיה הוא לא נהג כלפי המתלוננת באלימות והמתלוננת לא הביעה שום התנגדות ממשית – פיזית או מילולית – למעשיו, נמצא אותו אשם באונס ובמעשי סדום. די בכך שהמתלוננת שתתה לשוכרה והייתה במצב הכרתי מעורפל, כדברי המערער עצמו, כדי שניתן יהיה להסיק ממכלול הנסיבות את היעדר הסכמתה למגעים המיניים שהמערער כפה עליה בנצלו את מצבה (ראו: ע"פ 5297/15 קסה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (27.9.2017) (להלן: עניין קסה); עניין טרשתי, פסק דינה של השופטת ארבל; עניין תורן, בפסקה 21). למעלה מן

הצורך, אוסיף כי מעשיו של המערער אף עולים כדי עבירה לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין: בעילת אישה תוך ניצול מצב בו היא אינה מסוגלת לתת את הסכמתה בשל מצבה הפיזי או הנפשי (ראו: עניין תורן, בפסקה 12; ע"פ 3005/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (2.3.2009)). הרשעתו של נאשם בעבירה כאמור אינה טעונה הוכחה שמראה, מעבר לספק סביר, כי יכולתה של האישה ליתן הסכמה חופשית למגע המיני שחווה נשללה ממנה לחלוטין: הוכחה כי יכולת התנגדותה של האישה נשללה ממנה במידה ניכרת, דיה (ראו: עניין קסה, בפסקה 14; עניין טרשתי, בפסקה 22; עניין תורן, בפסקה 12; דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 5 (2.2.1995); וראו גם ע"פ 4443/10 קחוקזאשווילי נ' מדינת ישראל, פסקאות 25-26 (20.12.2012); ע"פ 2056/09, בפסקה 22; עניין סיגר, בפסקה 28).

29. למקובץ עד כה אוסיף את המובן מאליו: התנהגות חופשית, מתירנית ואף פרובוקטיבית של אישה אינה בגדר היתר לבצע בה מעשים מיניים ללא הסכמתה – וכוונתי להסכמה פוזיטיבית, מפורשת או משתמעת בבירור ממכלול הנסיבות. כמו כן, הסכמה של אישה להתלוות לביתו של גבר אינה, כשלעצמה, מהווה הסכמה לקיומם של יחסי מין עם אותו גבר (ראו: ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (2.3.2015)). אני מציין דברים אלה, למרות היותם מובנים מאליהם, משתי סיבות. ראשית, לדאבונו, יש מי שאינו רואה דברים אלה כמובנים מאליהם, ותפיסה מעוותת זו של המציאות טעונה תיקון. שנית, המערער דכאן העלה טענה על האופן המתירני, עד-כדי-פרובוקטיבי, שבו התנהגה המתלוננת בבר בהיותה תחת השפעת אלכוהול. לכל אישה, באשר היא אדם בן חורין, יש זכות מלאה לנהל את עצמה לפי רצונה-שלה, לשדר לאנשים שהיא חפצה ביקרם, ולסביבתה כולה, מתירנות מינית, ואף להתנהג באופן שנתפס כפרובוקטיבי – מבלי שמימושה של חירות כאמור יתפרש על ידי מאן דהוא כהזמנה לקיום יחסי מין המופנית אליו.

30. מטעמים אלה אציע לחבריי לדחות את הערעור על ההרשעה.

ערעור על גזר הדין

31. המערער פעל בניגוד לרצונה של המתלוננת תוך הפעלת אלימות קשה כלפיה, וחרף התנגדותה. המערער כפה על המתלוננת מגעים מיניים ברוטליים שכאמור מגיעים כדי אינוס ומעשה סדום בכפייה. לצד הנזק הפיזי שמעשים אלה גרמו למתלוננת, הם השפילו אותה השפלה עמוקה ומחקו את רצונה ואת האגני שלה. לבסוף, איים המערער על המתלוננת לבל תתלונן נגדו ועל ידי כך ביצע עבירה נוספת של הדחה בחקירה.

הפגיעה במתלוננת היתה קשה. כפי שעולה מתסקיר נפגעת העבירה, המערער קטע את רצף חייה של המתלוננת ואת מסלול התבגרותה הטבעי, וכך ערער את ביטחונה האישי ברמה קיומית הכי בסיסית. המתלוננת סובלת מטרומה ומחרדה; יחסיה עם משפחתה, עם בן זוגה לשעבר ועם חבריה נפגעו; ודימויה העצמי התערער. מעשיו הפוגעניים של המערער חרטו צלקות עמוקות בנפשה של המתלוננת, שאותן היא תיאלץ לשאת כל חייה.

בעניינים אלו, אין לי אלא לחזור על דבריו הנכוחים של השופט מ' חשין בעניין

טייב:

“עבירת האינוס נועדה ובאה להגן על ריבונות האישה על גופה, על כבודה של האישה כאדם, על האוטונומיה של רצונה, על הָאָנִי. בריח-התיכון בעבירת האינוס הוא הגנה בלתי מתפשרת על זכותה של האישה – כמוה כגבר – לבחירה חופשית; הרשות נתונה לה לאישה, וזכותה עומדת לה לבחירה חופשית מה תעשה ומה לא תעשה (והוא, כמובן, כל עוד לא תפלוש לשדה הזולת). פלישה שלא-בהיתר לגופה של אישה, לגופו של אדם, משפילה היא – משפילה ומדכאת; כואבת היא, כואבת-במאוד; פוגעת היא – פגיעה חדה וכואבת; מעליבה היא – והעלבון עמוק וצורב. נרמס הָאָנִי, הנפש נחתכת, נפגע החופש, נגרעת האוטונומיה של הרצון, נדרס הכבוד” (עניין טייב, בעמ' 329).

32. בידוע הוא כי אין ערכאת הערעור מתערבת בחומרת העונש אשר נקבע, כפי שנקבע, על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים (ראו, למשל: ע"פ 1846/13 עמאש נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (1.12.2013); ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (3.2.1998); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (29.1.2009)). סבורני כי המקרה שלפנינו אינו נמנה על אותם מקרים חריגים אשר קוראים להתערבותנו.

33. גזר דינו של בית משפט קמא מבוסס כדבעי. בית המשפט הביא בחשבון את כל השיקולים הנוגעים לעניין. העונש שנגזר על המערער – שעיקרו, כאמור, 13 וחצי שנות מאסר לריצוי בפועל – בהחלט תואם את מדיניות הענישה הנוהגת והראויה במקרים כגון דא, שבמרכזה האינטרס הציבורי בהרתעת עברייני מין פוטנציאליים (ראו: ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (25.6.2012); ע"פ 2056/09, בפסקה 29; ע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (11.8.2008); ע"פ 5382/04 מרגוליס נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (4.6.2006); ע"פ 7657/00 מחג'נה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (28.1.2002)).

34. זאת ועוד: חובה עלינו ליתן משקל גם לפגיעה הקשה שגרם עברייני המין לקורבן ולצלקות שהותיר בנפשו של הקורבן (ראו: ע"פ 8233/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (14.8.2008); ע"פ 808/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (23.5.2017)). כפי שהזדמן לי להעיר:

"תיקון 113 לחוק העונשין, שנתן לעיקרון [ההלימה – א.ש.] מעמד על, איננו מדבר על הלימה במובן הצר של lex talionis. מדובר בתפיסה רחבה יותר של הלימה אשר רואה בענישת העברייני אקט שלטוני המכונן מחדש את שיווי המשקל המוסרי שהופר על ידו. מדובר בתיקון כוללני אשר חייב לשקם את ערכה של הנפגעת מן העבירה כאדם, לאחר שהעברייני שלל ערך זה ממנה, או הפחיתו, על ידי מעשה כפייה פוגעני. תיקון זה לא ייעשה אם עונשו של העברייני לא יהיה שקול כנגד מה שעולל לקורבנו. ראו Jean Hampton, *The Retributive Idea*, in Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, FORGIVENESS AND MERCY 111, 131 (1988). מטעם זה עלינו לזכור, כי המערער לא ניצב לפנינו לבדו. למרות שלא ראינו את פניה של המתלוננת, שסבלה מידי פגיעות קשות בגוף ובנפש, פסק הדין שייצא מתחת לידינו צריך שידבר גם אליה. עלינו לומר למתלוננת, ללא כחל וסרק, כי זעקתה היא זעקתנו" (ראו: ע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (11.11.2018)).

35. לזאת אוסיף כי לפי מצוות המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 355(א) לחוק העונשין, עונש מינימום, שככלל חובה עלינו להטילו על נאשם שביצע אינוס ושני מעשי סדום בכפייה – עבירות לפי סעיפים 345(א)(1) ו-347(ב) לחוק – מגיע כדי 12 שנות מאסר לריצוי בפועל. בהתחשב בכך שהמערער הורשע גם בהדחה בחקירה, נראה אפוא שעונש המאסר שנגזר עליו לרצות מאחורי סורג ובריה קרוב מאד לעונש המינימום. לפיכך, אין בעונש זה משום החמרה יתרה.

סוף דבר

36. אשר על כן, אם דעתי תישמע, נדחה את הערעור שלפנינו על כל רכיביו.

שׁוֹפֵט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופט ח' כבוב:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ה' בחשון התשפ"ג (30.10.2022).

שופט

שופט

שופט