



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8560/18

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא

המערער : תמיר זבורוף

נ ג ד

המשיבות :
1. מדינת ישראל
2. פלונית

ערעור על הכרעת דינו (מיום 8.7.2018) וגזר דינו (מיום 1.11.2018) של בית המשפט המחוזי בירושלים בתפ"ח 16934-03-17 שניתן על ידי כבוד השופטים ארנון דראל, ענת זינגר וחגית מאק-קלמנוביץ

תאריך הישיבה : י"ג בכסלו התש"ף (11.12.2019)

בשם המערער : עו"ד ארז בר-צבי
בשם המשיבות : עו"ד דפנה שמול

פסק-דין

השופט ג' קרא :

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים א' דראל, ע' זינגר וח' מאק-קלמנוביץ) בתפ"ח 16934-03-17, בגדרו הורשע המערער בביצוע עבירת אינוס וזוכה מעבירת מעשה סדום ומעשה מגונה. על המערער נגזר עונש של שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל, מאסר מותנה ותשלום פיצוי למתלוננת.

עובדות כתב האישום

1. על פי עובדות כתב האישום, ביום 23.2.2017, לאחר ששתתה אלכוהול, הגיעה המתלוננת למועדון בירושלים (להלן: המועדון). המתלוננת הכירה במועדון את המערער

ואחרים, שתתה אלוהול יחד עם המערער, שוחחה עמו ואף ביקשה ממנו את מספר הטלפון שלו כדי להכיר לו אדם בתחום המשחק. בהמשך לכך, משחשה המתלוננת בסחרחורת וחוסר יציבות עקב שתיית אלוהול, לקח אותה המערער לתא השירותים במועדון והכניסה לתוכו.

2. בעודם בתא השירותים, נישק המערער את המתלוננת והחדיר את לשונו אל פיה, וזו אמרה לו שיעזוב אותה. המערער הושיב את המתלוננת על האסלה והחדיר את איבר מינו לפיה, ובתגובה ניסתה המתלוננת להדוף את המערער והזיזה את ראשה הצידה. מיד לאחר מכן הפשיל המערער את מכנסיה ותחתוניה של המתלוננת והחדיר את איבר מינו אל איבר מינה, כשהוא גורם לה לכאב, ובתגובה צעקה המתלוננת. המערער החדיר את איבר מינו אל איבר מינה של המתלוננת מספר פעמים, בתנועות משגל, עד שהגיע לסיפוק מיני. זאת, כאשר המתלוננת בוכה ואומרת למערער מספר פעמים "תעזוב אותי", "מה אתה עושה", ומבקשת ממנו "שיעוף ממנה" ושיפסיק את מעשיו. במהלך האירוע המתואר בתא השירותים, הגיע אחד ממאבטחי המועדון אל חדר השירותים (להלן: המאבטח), דפק על דלת תא השירותים וביקש מהמערער לפתוח את הדלת. המערער השיב למאבטח כי "חבר שלי מקיא פה, אני עוזר לו, עוד כמה דקות אפתח", והמאבטח ענה לו בתגובה "אל תשקר לי, אני ראיתי בדיוק מה היה, תפתח עכשיו את הדלת". לפני שפתח את דלת תא השירותים, אמר המערער למתלוננת "תגידי לו שאנחנו מכירים".

בגין מעשים אלו יוחסו למערער עבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); עבירת מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין; ועבירת מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין.

ההליך בבית המשפט המחוזי

3. בתשובה לכתב האישום הודה המערער כי שהה עם המתלוננת במועדון, כי השניים שתו יחד אלוהול וכי המתלוננת ביקשה ממנו את מספר הטלפון שלו. המערער לא חלק על קיום יחסי המין עם המתלוננת. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלת ההסכמה של המתלוננת לקיום יחסי המין או העדרה, ומודעות המערער להעדרה של ההסכמה. המערער כפר בכך שהמתלוננת צעקה או שאמרה את האמירות שנטענו בכתב האישום מהן נלמדת אי הסכמתה. המערער טען כי במהלך הערב נכח עם המתלוננת פעמיים בתא השירותים במועדון, כאשר בפעם הראשונה המתלוננת רצתה לבצע בו מין

אוראלי והוא סירב, ובפעם השנייה, ביוזמת המתלוננת, הלכו הוא והמתלוננת לתא השירותים, שם קיימו יחסי מין מלאים, בהסכמה.

4. לאחר שמיעת הראיות, הרשיע בית המשפט את המערער בעבירת האינוס וזיכה אותו מעבירות מעשה סדום ומעשה מגונה. שלושת העדים המרכזיים עליהם נסמכת הכרעת הדין הם המערער, המתלוננת והמאבטח. בית המשפט מצא להתייחס בנפרד לאירועים המיניים שתוארו בכתב האישום. באשר לחלק האחרון של האירוע, החל מהשלב בו המאבטח הגיע לחדר השירותים (להלן: אירוע האינוס), עומדות שתי ראיות מרכזיות – עדות המאבטח ועדות המתלוננת. נוכח מצבה ההכרחי של המתלוננת, עקב שתיית כמות מרובה של אלכוהול, ומטעמי זהירות, סמך בית המשפט את הכרעתו ביחס לאירוע האינוס בעיקר על עדות המאבטח. בית המשפט עמד על כך שעדות המאבטח ביחס לאירוע האינוס היא בעלת משמעות רבה כיוון שהמאבטח הוא העד היחיד מבין שלושת העדים המרכזיים שלא היה שיכור בעת קרות האירוע וכי הוא עד אובייקטיבי שאין לו אינטרס בתוצאות ההליך.

5. נקבע כי עדותו של המאבטח, אשר תיארה את מצבה של המתלוננת בעיצומו של האקט המיני, אמינה ומהימנה וכי ניתן לסמוך על החלקים העובדתיים שבה באופן מלא. בית המשפט ציין כי המאבטח הגיע לתא השירותים לאחר שחשד כי מתרחש דבר שאינו כשורה באחד מתאי השירותים, ומשהבחין בנעלי המתלוננת ושמע את המילים "מה אתה עושה?", משנכנס המאבטח אל תא השירותים הצמוד לזה שבו היו המערער והמתלוננת, הוא עלה על מושב האסלה וראה את המערער גוהר מעל המתלוננת, כשזו כנועה. המאבטח תיאר בין היתר את המתלוננת כמפוכדת, חנוקה, לא מגיבה וממלמלת "תעזוב אותי", ו-"מה אתה עושה", כאשר על מצבה הנפשי למד מכוונתה של המתלוננת ללכת ישירות מהמועדון לתחנת המשטרה הקרובה. על רקע תיאוריו של המאבטח את שראה ושמע מהמתלוננת תוך כדי האקט המיני, והאופן בו תיאר את המתלוננת משיצאה מתא השירותים, קבע בית המשפט כי למצער מאותו שלב בו נכנס המאבטח לחדר השירותים התקיים האקט המיני ללא הסכמה, וכי בשלב זה קיימים ביטויים חיצוניים ברורים לאי הסכמתה של המתלוננת. בהקשר זה קבע בית המשפט כי על רקע מכלול הדברים הביטוי "מה אתה עושה? מה אתה עושה?" הוא ביטוי חיצוני וברור של העדר הסכמה באותו שלב ודחה את טענת המערער כי יש ליחס לדברים פרשנות אחרת.

6. לצד עדות המאבטח, קבע בית המשפט כי עדותה של המתלוננת באשר לאירוע האינוס מהימנה ומשתלבת היטב בעדות המאבטח בכל הנוגע לתחושותיה ולדברים שאמרה באותו השלב. בית המשפט דחה את גרסת המערער לפיה המתלוננת הסכימה

לקיים עמו יחסי מין ואף יזמה אותם תוך שעמד על הקשיים השונים שעלו מגרסתו. בית המשפט אימץ את התרשמות באת כוח המשיבה כי עדותו של המערער התאפיינה ב"שכחה סלקטיבית", שזכר את מה שרצה וטען לאי זכירה של מה שלא רצה, זאת בנוסף לפערים שעלו בין הודעתו הראשונה להודעתו השנייה.

7. בית המשפט הוסיף וקבע כי אין לייחס משקל למחדלה של היחידה החוקרת בכל הנוגע לאי הבאתה של מ', חברתה של המתלוננת שנכחה עמה במועדון, לעדות. זאת, כיוון שממילא מ' לא הייתה עדה למסכת העובדות השנויה במחלוקת שהתרחשה בתא השירותים, כך שבכל הנוגע לאירוע האינוס, לא היה בעדותה כדי לשנות את תמונת המצב הראייתית.

8. יחד עם זאת, מצא בית המשפט לזכות את המערער מעבירות מעשה סדום ומעשה מגונה (להלן: החלק הראשון של האירוע בתא השירותים), לאחר שמצא כי "קיים ספק סביר באשר לקיומו של ביטוי חיצוני להעדרה של הסכמה מצדה [של המתלוננת] לאותו חלק של האירוע" ובהעדר ראיות נוספות התומכות בביטוי החיצוני של חוסר הסכמתה של המתלוננת עד לשלב בו נכנס המאבטח לחדר השירותים.

9. בקביעת מתחם העונש ההולם בגזר הדין, עמד בית המשפט על הערכים החברתיים שנפגעו – שלמות גופה והאוטונומיה של המתלוננת; על הנזק שנגרם למתלוננת כעולה מתסקיר נפגעת העבירה; ועל מדיניות הענישה הנוהגת. בהתחשב באמור ובנסיבות ביצוע העבירה, העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם משלושים חודשי מאסר ועד לשישים חודשי מאסר לצד מאסר מותנה, ולצד זאת פיצוי כספי למתלוננת. בית המשפט מיקם את עונשו של המערער בשליש התחתון של המתחם, בין היתר, בשל נסיבות חייו הייחודיות, וגזר עליו עונש של שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל; שנת מאסר על תנאי; ופיצוי למתלוננת בסך 20,000 ש"ח.

טענות המערער בערעור

10. המערער העלה שורת טענות ביחס לעדותו של המאבטח, שעליה התבססה במידה רבה הרשעתו בעבירת האונס. העיקרית מביניהן לשיטתו של המערער, התייחסה למידת הסתמכותו של בית המשפט המחוזי על תוכנו של העימות שנערך בין המערער למאבטח (להלן: העימות). במסגרת חקירת המשטרה התקיים עימות בין המערער והמאבטח. כמו כן המאבטח העיד בבית המשפט. המערער טען כי בית המשפט המחוזי שגה משקבע כי ככל שיש פער בין דברי המאבטח בעימות לבין עדותו בבית המשפט, יש

להעדיף את הדברים שנאמרו בעימות. נטען כי העימות הוגש בהסכמת בא כוח המערער כחלק מאמרות המערער עצמו, מבלי שהיתה מצדו הסכמה על אמיתות תוכנו בהתייחס לדברי המאבטח. לפיכך, משהעימות לא הוגש בהתאם לסעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), לא ניתן היה להסתמך על העימות כראיה לאמיתות התוכן.

11. מעבר לכך, בפי המערער טענות רבות המופנות כלפי קביעות העובדה והמהימנות של בית המשפט המחוזי. נטען כי בית המשפט המחוזי לא ייחס משקל הולם לכך שעדותו של המאבטח והתנהלותו בחדר השירותים הושפעה מתפיסת עולמו באשר לאופן בו צריכה להיראות מערכת יחסים מינית בין גבר לאישה – תפיסות "ארכאיות, שוביניסטיות ומגוננות", מה שגרם להבנתו המוטעית של המאבטח כי מדובר במעשה אונס; כי לא ניתן לבסס על עדות המאבטח ממצאים עובדתיים משהיא אינה חד משמעית; כי יש סתירות בין עדותו בבית המשפט ובין אמרותיו בעימות בעניינים מהותיים; וכי מעדותו עולה כי כלל לא היה בטוח כי מה שראה בתא השירותים נעשה ללא הסכמה.

12. באשר לעדותה של המתלוננת, טען המערער כי עדותה בבית המשפט רצופת סתירות וקשיים וכן כי המתלוננת לא ידעה לספר על השתלשלות האירועים עובר להגעתם שלה ושל המערער לתא השירותים משהרבתה להשתמש בביטוי "לא זוכרת" הן בעדותה בבית המשפט והן בהודעותיה במשטרה. עוד טען המערער כי משבית המשפט קבע כי לא ניתן להסתמך על עדותה של המתלוננת בכל הנוגע לחלק הראשון של האירוע בתא השירותים, הרי שאין להסתמך על עדותה גם באשר לאירוע האינוס. עוד נטען כי תזת האונס "נשתלה" בתודעתה של המתלוננת בנסיבות יציאתה ל"זירת פשע" אותה יצר המאבטח ולאחר ש"הבינה" את אשר התרחש, קרי קיום יחסים מיניים עם גבר זר שאינו בן זוגה בתא שירותים במועדון. בהקשר זה נטען כי המתלוננת עצמה לא סיפרה מיד כשיצאה מהשירותים לסובבים אותה כי נאנסה, וכי גרסת האונס הועלתה על ידה, בין היתר, עקב חששה מבן זוגה.

13. עוד נטען כי עצם זיכוי של המערער מהחלק הראשון של האירוע, מעלה ספק סביר באשר להרשעתו באירוע האינוס שעה שהאירוע בכללותו נמשך פרק זמן קצר ביותר, כאשר "חלוקת" האירוע לשני חלקים הינה מלאכותית. בנוסף, טען המערער כי בית המשפט המחוזי לא העניק משקל מספק ליתר העדויות שנשמעו, כולם עדים מטעם התביעה, כאשר עדויות אלה מחזקות את גרסת המערער ומפריכות את טענותיה של המתלוננת.

באשר לעדותו, טען המערער כי הוא אינו מתנער מן הקשיים שעלו מעדותו ומהודעותיו במשטרה, אך לדידו אין לומר כי זכרונו "סלקטיבי" אלא כי זכרונו תואם את זיכרונו של אדם ששתה כמות מרובה של אלכוהול. נטען בהקשר זה כי יש לבכר את גרסתו על פני גרסת המתלוננת משזיכרונו לאשר אירע באותו ערב במועדון שלם ומקיף יותר מזה של המתלוננת. לחילופין טען המערער כי למצער, הוא לא היה מודע לאי-הסכמתה של המתלוננת. עוד טען המערער לקיומם של מחדלי חקירה בתיק, שהתייחסו בעיקר לאי הבאתה לעדות של מ', חברתה של המתלוננת.

14. באשר לגזר הדין, טען המערער כי העונש שנגזר עליו אינו מתחשב כראוי בנסיבותיו האישיות ובהעדרו של עבר פלילי, וכי הוא חורג לחומרה ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים.

תשובת המשיבה

15. לשיטת המשיבה יש לדחות את הערעור על שני חלקיו. באשר לעדות המאבטח, נטען כי מדובר בעד אובייקטיבי, שבשונה מהמערער, לא היה שתוי בעת קרות האירוע, שבית המשפט התרשם ממנה לחיוב וקבע כי מדובר בעדות אמינה שניתן לסמוך עליה באופן מלא. נטען כי מעדות המאבטח, שטיפס על תא השירותים הסמוך וצפה במערער ובמתלוננת בעת קיום יחסי המין המלאים, עולה כי הוא ראה את המתלוננת שכוכה על האסלה כשראשה שמוט והיא אינה משתפת פעולה עם האקט, ואף שמע אותה אומרת למערער "מה אתה עושה" ו-"תעזוב אותי". המאבטח תיאר את המתלוננת בשלב זה כמפוחדת, כנועה וחסרת אונים, תיאור שאינו מתיישב עם מי שקיימה יחסי מין מתוך הסכמה מלאה. עוד עמדה המשיבה על כך שהמאבטח התייחס בעדותו גם למצבה הנפשי הקשה של המתלוננת לאחר שיצאה מתא השירותים, דבר שנתמך בעדויות נוספות. בהתייחסה לטענת המערער ביחס להשקפת עולמו של המאבטח, שהשפיע לטענת המערער על הבנת הסיטואציה שבה צפה – קיום יחסים בהסכמה ולא אונס – טענה המשיבה כי מעדות המאבטח עלה שהוא אינו מתרגש מסצנה של קיום יחסי מין בתאי שירותים במועדון והתנהלותו בעת קרות האירוע נגזרה מאופיו החריג של האירוע הספציפי. באשר לעימות, והטענה בדבר אי התאמה בין דברי המאבטח בעדותו לדבריו בעימות, טענה המשיבה כי דברי המאבטח בעימות זהים לעדותו בבית המשפט, אך "ללא ההססנות שאפיינה את עדותו לפרקים", ומשכך כלל לא היה נדרש להגיש את העימות בהתאם לסעיף 10א לפקודת הראיות כיוון שניתן לבסס את הרשעת המערער אך על סמך עדות המאבטח בבית המשפט.

16. בהתייחס לעדות המתלוננת הפנתה המשיבה לדברי בית המשפט המחוזי שמצא את עדותה מהימנה, כאשר הספק ביחס לחלקו הראשון של האירוע קם נוכח מצבה ההכרתי של המתלוננת עקב שתיית אלכוהול מרובה ומטעמי זהירות, וכי עדותה משתלבת בעדות המאבטח, שעל פיה נקבעו הממצאים העיקריים, ומשמשת חיזוק לעדותו לעניין אירוע האינוס.

17. באשר לגרסת המערער טענה המשיבה כי הסתירות בעדותו וקשייו להסביר את אופן התנהלותו מחזקות את קביעת בית המשפט המחוזי לפיה המערער ידע כי מעשיו נעשו בניגוד לרצונה של המתלוננת. בהתייחס ליתר העדויות שנשמעו, טענה המשיבה כי עדים אלה העידו על שהתרחש לפני ואחרי האירוע ומשכך אין עדותם נוגעת באופן ישיר לסוגיה שבמחלוקת בין הצדדים לעניין אי ההסכמה.

18. באשר לטענות המערער למחדלי חקירה, הדגישה המשיבה כי מ' לא נכחה עם המערער והמתלוננת בתא השירותים. נטען כי לאחר שיצאה המתלוננת מתא השירותים פגשה בה מ', יחד עם יתר העדים שהעידו על מצבה הנסער של המתלוננת בשלב זה, כאשר אמה של המתלוננת העידה כי מיד עם הגעתה הביתה דיווחה לה המתלוננת כי נאנסה. נטען כי אין זה הגיוני שבפרק הזמן שבין יציאת המתלוננת מתא השירותים ועד אשר הגיעה לביתה, סיפרה המתלוננת לחברתה מ' דבר שיש בו כדי לסייע למערער.

19. באשר לגזר הדין, סבורה המשיבה כי אין להתערב בעונש שנגזר על המערער משהוא הולם את חומרת מעשיו ואת הנזק הקשה שנגרם למתלוננת, כעולה מתסקיר נפגעת העבירה, וכי הוא משקלל את נסיבות הקולא בעניינו של המערער.

דיון והכרעה

20. לאחר שעיינתי בכתבי הטענות של הצדדים בערעור, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בפרוטוקול הדיונים ובמוצגים שהוגשו, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות על שני חלקיו.

21. טענות המערער תוקפות בעיקרן את ממצאי העובדה ואת קביעות המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי. הלכה היא, כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים העובדתיים ובממצאי המהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, למעט במקרים חריגים, וזאת בשל היתרון שיש ככלל לערכאה הדיונית להתרשם באופן ישיר ובלתי אמצעי מהעדים המופיעים בפניה (ראו, למשל, ע"פ 6577/10 פלוני נ' מדינת

ישראל, פסקאות 52-53 (28.11.2013); ע"פ 1244/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (21.6.2018)). להלכה זו נקבעו מספר חריגים, למשל במקרים בהם נפלה טעות ממשית ומהותית בהערכת הראיות, כאשר הממצאים שקבעה הערכאה הדיונית מושתתים על שיקולים שבהגיון, או כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות שבכתב (ראו, למשל, ע"פ 1275/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (1.9.2009)).

22. לא ראיתי מקום להתערב בקביעות שבעובדה ובמצאי המהימנות של בית המשפט המחוזי, משלא התקיים אף לא אחד מהחריגים לכלל אי ההתערבות. הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מבוססת היטב בחומר הראיות ומנומקת כדבעי, ומתייחסת בפירוט גם לטענות השונות שהעלה המערער בערעורו זה. בית המשפט המחוזי בחן ביסודיות את התשתית הראייתית והעדויות שהוצגו לפניו, התייחס לקשיים שעלו הן מגרסתה של המתלוננת והן מגרסתו של המערער ומצא לדחות את גרסת המערער ולקבל את גרסת המתלוננת, בכל הנוגע לשלבים המאוחרים יותר של האירוע שבמהלכו התרחש אירוע האונס. גרסת המתלוננת בהתייחס לאירוע האונס נתמכת בעדותו של המאבטח ומקובלים עלי דבריו של בית המשפט קמא, לפיהם "בעוד שבאשר לעדות המתלוננת ניתן להעלות טענות כאלה ואחרות הנוגעות למידת מודעותה למה שהתרחש על רקע שכרותה, הרי שעדותו של [המאבטח] היתה עדות מהימנה ואמינה בעיני ומסקנתי היא כי יש לסמוך על אותם חלקים עובדתיים שבה באופן מלא". מעבר לקביעת המהימנות החד משמעית השמורה לערכאה הדיונית, יש להוסיף את העובדה כי המאבטח הינו עד אובייקטיבי, שאינו מכיר את המעורבים ומשכך עדותו אינה חשודה ככזו שנגועה בהטיה למי מהם.

23. בהתייחס לטענת המערער כי בית המשפט קמא העדיף את דבריו של המאבטח בעימות על פני דברי עדותו בבית המשפט ובכך שגה בהסתמכו על העימות כראיה לביסוס הרשעת המערער, ייאמר, כי לא אלו הם פני הדברים. קריאה מדוקדקת של הכתוב בהכרעת הדין מראה, כי בית המשפט המחוזי הסתמך על עדותו של המאבטח בבית המשפט לצורך הרשעת המערער ולא סמך את הכרעת דינו על דברי המאבטח בעימות. אכן, בית המשפט המחוזי עמד על כך ש"לא נעלם מעיני כי עדותו של [המאבטח] בבית המשפט הייתה נחרצת פחות מזו שניתנה בעימות ואולם לאחר צפייה בעימות מצאתי כי ככל שיש פער יש להעדיף את הדברים שנאמרו בעימות", אך בהמשך אותו המשפט נקבע, באשר לדברים שאמר המאבטח בעדותו בבית המשפט ביחס לעימות, כי "בבסיסם, בכל הנוגע לחלק הרלוונטי לענייננו [הדברים שנאמרו] אינם שונים". (פסקה 104 להכרעת דין).

24. לאחר שעיינתי בעימות ובפרוטוקול העדות של המאבטח בבית המשפט, לא מצאתי, בדומה לבית המשפט המחוזי, שוני בפרט מהותי בין העימות לבין העדות בבית המשפט בכל הנוגע לחלק הרלוונטי לביסוס הרשעת המערער. התיאורים מעדות המאבטח באשר למצבה של המתלוננת בעת קרות אירוע האינוס ושעליהם סמך בית המשפט המחוזי את הרשעתו של המערער בעבירת האנוס, נאמרו על ידי המאבטח בעדותו בבית המשפט. כך למשל, בית המשפט עמד על כך שהמאבטח תיאר את ראשה השמוט של המתלוננת תוך שהגדיר את המתלוננת כמפוחדת, חנוקה, לא מגיבה ורק ממלמלת "תעזוב אותי" ו-"מה אתה עושה". תיאורים אלו נאמרו כולם על ידי המאבטח בבית המשפט (ראו, למשל, הפרוטוקול בעמוד 10 שורות 30-32; עמוד 11 שורות 18-16; עמוד 12 שורות 12-16; עמוד 14 שורות 3-5; עמוד 17 שורה 26). כך גם בכל הנוגע לעמידתו של בית המשפט המחוזי ביחס לתיאוריו של המאבטח את קולה של המתלוננת כקול "שלאחר הבכי" (ראו הפרוטוקול בעמוד 12 שורות 18-20) ואת מצבה הנפשי "כאילו היא יוצאת מחדר השירותים ומשם פונה למגרש הרוסים (שם ממוקמת תחנת המשטרה)" (ראו הפרוטוקול בעמוד 47 שורות 21-23).

25. על סמך תיאורים אלו, קבע בית המשפט המחוזי כי "על רקע מה שראה [המאבטח], מה ששמע מהמתלוננת תוך כדי האקט המיני, והאופן בו נראתה המתלוננת בעת שצפה בה מלמעלה ולאחר מכן בעת פתיחת הדלת, ניתן לקבוע ללא כל ספק כי למצער החל מאותו שלב שבו המאבטח נכנס לחדר השירותים, שמע את הדברים ועלה להביט מלמעלה – התקיים האקט המיני ללא הסכמה, תוך שהמתלוננת נותנת גם ביטוי חיצוני במלל ובהתנהגות לחוסר הסכמתה" (פסקה 103 להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי התרשם כי עדות המאבטח בבית המשפט הייתה נחרצת פחות מהדברים שמסר בעימות, אך להתרשמותו הדבר נבע מכך שהמאבטח הבין את ההשלכות שיש לעדותו על המערער ומשכך ניסה להימנע מפגיעה בו. מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה לפיה "דווקא העובדה ש'ריכך' את עדותו בבית המשפט מלמדת על כך [שהמאבטח] לא היה מעוניין לפגוע בנאשם [במערער], והדבר אינו פוגע במהימנותו אלא מגביר אותה" (פסקה 104 להכרעת הדין).

26. טענת המערער כי עדותו של המאבטח היתה רצופה סתירות ואי דיוקים מהותיים, אינה משכנעת בנסיבות העניין. עיון בפרוטוקול הדיון מלמד כי הסתירות עליהן הצביע המערער בעדותו של המאבטח מצויות בשולי הדברים, כגון מספר הפעמים שעלה על מושב השירותים ומשך הזמן בו התבונן מלמעלה בעת אירוע האינוס, או מה הביא אותו לחדר השירותים מלכתחילה. אי דיוקים וסתירות שוליות בין עדות המאבטח, שנמסרה בחלוף שנה מהאירוע, לדברים שמסר בעימות, אין בהם כדי לפגוע בליבת עדותו של

המאבטח ולפגום בהתרשמותו של בית המשפט המחוזי מכנות וממהימנות עדותו של זה.

27. כך גם לא מצאתי ממש בטענות המערער המכוונות כלפי מהימנותה של המתלוננת. בית המשפט המחוזי היה ער לקשיים שעלו מעדותה של המתלוננת עובר לכניסת המערער והמתלוננת לתא השירותים וביחס לחלק הראשון של האירוע. כך, מצא בית המשפט המחוזי, בהתחשב במצבה ההכרתי עקב שתיית האלכוהול המרובה ובהעדר ראיות לתמוך בגרסתה בשלב זה, כי "אף שנקודת הזמן שבה התעוררה המתלוננת הייתה בטרם המין האוראלי והיא מתארת לפרטים גם את התנגדותה אליו, מצאתי כי בסופו של דבר קיים ספק סביר באשר לקיומו של ביטוי חיצוני להעדרה של הסכמה מצדה לאותו חלק של האירוע" (פסקה 111 להכרעת הדין). אין בקביעה זו כשלעצמה, שנעשתה מטעמי זהירות, כדי לקבוע כי לא ניתן לסמוך על עדותה בכל הנוגע לאירוע האינוס, אף אם האקט המיני בכללותו נמשך מספר דקות בלבד. בית המשפט המחוזי מצא את עדותה של המתלוננת כמהימנה בכל הנוגע לשלבים המאוחרים יותר של האירוע, קרי ביחס לאירוע האינוס, וקבע כי היא משתלבת היטב בעדותו של המאבטח. כאמור, מן השלב שבו נכנס המאבטח לחדר השירותים נקבע כי "קיימים ביטויים חיצוניים לאי הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי המין באותו שלב ולאחר מכן" (פסקה 106 להכרעת הדין). "ביטויים חיצוניים לאי ההסכמה" בענייננו עלו הן בעדותה של המתלוננת והן בעדותו הברורה של המאבטח ששמע את ביטויי אי ההסכמה המילוליים מפיה של המתלוננת בעת ביצוע מעשה האונס וחזה בהתנהגותה בזמן אמת.

28. חיזוק לעדותה של המתלוננת כי עברה אירוע טראומטי – אונס – ניתן למצוא בעדויות השונות, שתיארו את סערת הנפש שבה הייתה שרויה המתלוננת כאשר יצאה מתא השירותים: דבריו של המאבטח בבית המשפט על רקע מה שאירע "כאילו היא יוצאת מחדר השירותים ומשם פונה למגרש הרוסים (שם ממוקמת תחנת המשטרה)" (פסקה 102 להכרעת הדין); דברי עדותה של ר', מהם עולה כי המתלוננת סיפרה לה עוד במועדון כי נאנסה; וכן כי לאמה סיפרה זאת מיד עם הגיעה לביתה (ראו פרוטוקול בעמ' 135, ש' 19-17 וש' 26-30 ועמ' 136 ש' 12-18. בהקשר זה אעיר, כי מקובל עלי הסברו של בית המשפט המחוזי באשר להימנעותה של המתלוננת לספר באופן מידי בצאתה מתא השירותים כי נאנסה, ולפיו "פרק זמן של מספר דקות עד לשלב שבו תוכל לבטא את אשר התרחש הוא מובן ובוודאי שאין ללמוד מכך על חוסר מהימנותה" (פסקה 109 להכרעת הדין). לכך ניתן להוסיף, כי כשיצאה המתלוננת מתא השירותים הייתה מוקפת באנשים זרים שאינה מכירה.

29. נוכח יריעת המחלוקת הצרה, הנוגעת אך לשאלת קיום ההסכמה או העדרה לאקט המיני שהתרחש בתא השירותים, כאשר כאמור, בכל הנוגע לאירוע האינזוס ישנה עדות של עד אובייקטיבי (המאבטח) באשר לביצוע מעשה האונס ולמצבה הנפשי של המתלוננת – וחיזוק ראייתי בעדותה של ר' ובעדות אמה של המתלוננת, לא מצאתי ממש בטענת המערער לקיום מחדל חקירה הנובע מאי הבאתה של מ', חברתה של המתלוננת, לעדות. מ' לא נכחה בחדר השירותים בעת קרות האירוע וממילא לא הייתה עדה למסכת העובדתית השנויה במחלוקת. הדברים אמורים גם באשר לטענות המערער המכוונות ליתר העדויות שנשמעו, ונוגעות בעיקרן לשלבים המוקדמים של האירוע, בטרם נכנסו המערער והמתלוננת לתא השירותים, ולפיהן המתלוננת יזמה את האירוע. זאת, משאף אחד מעדים אלה אינו יכול לשפוך אור על יריעת המחלוקת כאמור. להשוואה ראו פסק דיני בע"פ 7761/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (19.1.2020) (להלן: עניין פלוני).

30. באשר לטענתו החלופית של המערער, כי הוא לא היה מודע לאי הסכמתה של המתלוננת, משהמתלוננת לא נתנה כל ביטוי חיצוני להיעדר הסכמתה, או כי למערער הוא לא היה מודע אליה, אומר כי אין ממש בטענה. התיאורים העולים מעדותו של המאבטח ומעדות המתלוננת, כמתואר לעיל, אותם אימץ בית המשפט קמא כקביעות עובדה על בסיס התרשמותו, אינם מותירים מקום לספק באשר למודעותו של המערער למצבה ולרצונותיה של המתלוננת. אף אם המתלוננת היתה זו שביקשה מהמערער את מספר הטלפון שלו, יזמה את הריקוד עמו ונשקה לו בשלבים המוקדמים יותר של האירוע עובר לכניסת השניים לתא השירותים, הרי שמשלב מסוים, כך עולה מעדות המאבטח ומעדותה, הביעה המתלוננת אי-הסכמה במלל ו-בהתנהגות למעשיו של המערער בתא השירותים. המלל וההתנהגות היו ברורים וחד משמעיים אך המערער בחר להתעלם מהם. כאן המקום לשוב ולהזכיר כי זה מכבר עמד בית משפט זה על כך שדי בשלילה מילולית כדי ללמד על אי-הסכמה למגע מיני, ואף הדגיש כי במקרים מסוימים יש גם בהתנהגות פסיבית מצד הנפגע כדי להצביע על היעדר הסכמה למגע המיני (ראו, למשל, ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 887-888 (2001) וראו גם הדברים שנקבעו בהקשר דומה בעניין פלוני, פסקה 17; וראו דברי השופט י' עמית בע"פ 54/11 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פסקה 68 (7.3.2012)).

31. נוכח כל האמור, סבורני כי ממצאי העובדה והמהימנות שקבע בית המשפט המחוזי מבססים היטב את המסקנה המרשיעה שאליה הגיע. משכך, לו תשמע דעתי, יידחה הערעור על הכרעת הדין.

הערעור על העונש

32. כידוע, אין ערכאת הערעור מתערבת בעונש שגזרה הערכאה הדיונית, למעט באותם מקרים חריגים שבהם העונש שנגזר על ידה חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת או הראויה, או במקרים שבהם נפלה טעות מהותית בגזירת הדין (ע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' אלעוקבי, פסקה 10 (1.11.2014); ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (4.12.2013); ע"פ 2735/15 מדינת ישראל נ' נס, פסקה 43 (22.2.2018)). בענייננו, גזר דינו של בית המשפט המחוזי מפורט ומנומק היטב. ניכר כי בית המשפט בחן ושקל את מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות השיקולים השונים לקולא עליהם הצביע המערער בערעורו זה, וסבורני כי העונש שנגזר על המערער, בהינתן חומרת המעשה והנזק, אינו חמור כלל ועיקר ואף נוטה במידה מסוימת לקולא.

33. לפיכך, אציע לחבריי לדחות את הערעור, הן לעניין הכרעת הדין והן לעניין גזר הדין.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא. המערער יתייצב לריצוי
 עונשו בימ"ר ניצן ביום 1.6.2020 עד לשעה 10:00, כשברשותו תעודת זהות. על המערער
 לתאם את הכניסה למאסר כולל האפשרות למיון מוקדם עם ענף אבחון ומיון של שב"ס,
 טלפונים 08-978377, 08-9787336.

ניתן היום, כ"ט בניסן התש"ף (23.4.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט