**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בירושלים** | | **פח 000616/09** | |
|  | |
| **לפני:** | **כבוד השופט יעקב צבן**  **כבוד השופטת חנה בן-עמי**  **כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ** |  |  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מדינת ישראל** |  |
|  | באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים | המאשימה |
|  | **נ ג ד** |  |
|  | **שבתאי קיקוזאשוילי ת.ז. xxxxxxxxx** |  |
|  | ע"י עו"ד אריאל הרמן | הנאשם |

להכרעת-דין במחוזי (06-07-2009): [תפח 616/09](http://www.nevo.co.il/case/2544311) מדינת ישראל נ' שבתאי קיקוזאשוילי שופטים: יעקב צבן, חנה בן עמי, גילה כנפי שטייניץ, עו"ד: זוהר גיאת, אריאל הרמן

להחלטה במחוזי (01-02-2010): [תפח 616/09](http://www.nevo.co.il/case/2544311) מדינת ישראל נ' שבתאי קיקוזאשוילי שופטים: יעקב צבן, חנה בן עמי, גילה כנפי שטייניץ, עו"ד: זֹהר גיאת, אריאל הרמן

להחלטה בעליון (21-06-2010): [עפ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) פלוני נ' מדינת ישראל שופטים: נ' הנדל, עו"ד: עינת גרוסמן, אריאל הרמן

להחלטה בעליון (05-01-2011): [עפ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) שבתאי קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל שופטים: ע' ארבל, ח' מלצר, י' עמית, עו"ד: עדי מנחם, אריאל הרמן

להכרעת-דין במחוזי (06-07-2009): [תפח 616/09](http://www.nevo.co.il/case/2544311) מדינת ישראל נ' שבתאי קיקוזאשוילי שופטים: יעקב צבן, חנה בן עמי, גילה כנפי שטייניץ, עו"ד: זוהר גיאת, אריאל הרמן

להחלטה במחוזי (01-02-2010): [תפח 616/09](http://www.nevo.co.il/case/2544311) מדינת ישראל נ' שבתאי קיקוזאשוילי שופטים: יעקב צבן, חנה בן עמי, גילה כנפי שטייניץ, עו"ד: זֹהר גיאת, אריאל הרמן

להחלטה בעליון (21-06-2010): [עפ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) פלוני נ' מדינת ישראל שופטים: נ' הנדל, עו"ד: עינת גרוסמן, אריאל הרמן

להחלטה בעליון (05-01-2011): [עפ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) שבתאי קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל שופטים: ע' ארבל, ח' מלצר, י' עמית, עו"ד: עדי מנחם, אריאל הרמן

להחלטה בעליון (25-01-2012): [עפ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) שבתאי קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל שופטים: ע' ארבל, ח' מלצר, י' עמית, עו"ד: ב[ע"פ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) ב[ע"פ 4527/10](http://www.nevo.co.il/case/5957710) עדי מנחם, ב[ע"פ 4443/10](http://www.nevo.co.il/case/5957709) ו ב[ע"פ 4527/10](http://www.nevo.co.il/case/5957710) אריאל הרמן

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903)

**הכרעת דין**

**השופטת חנה בן עמי**:

1. ביום 6.7.09 הרשענו את הנאשם בעבירה של אינוס, לפי סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977, וזיכינו אותו מחמת הספק מעבירה של תקיפה וניסיון תקיפה, לפי סעיף 379, וסעיף 379 בצירוף סעיף 25 לחוק.

2. עיקרי המעשים בגינם הואשם הנאשם, בקליפת אגוז, הם כדלקמן: ביום 11.3.09, ליל שושן פורים, יצאה המתלוננת א' למסיבת פורים עם חברים. בשעה 2:20 לערך, יצאה המתלוננת שיכורה ומעורפלת מן הפאב בו בילו בני החבורה, והחלה להקיא סמוך לעמדת השומר. בשלב זה ראה אותה הנאשם, הרים אותה ונתן לה לשתות מים. לאחר מכן הרים הנאשם את המתלוננת, הלך איתה לכיוון חניון בית אגרון, והניחה על המדרכה. כעבור מספר דקות חזר הנאשם למקום, נשא את המתלוננת בידיו למקום נסתר, ובעל אותה. בכל אותה העת, שכבה א' מעורפלת הכרה על הארץ. יצויין, כי בתשובתו לאישום לא כפר הנאשם בעובדה כי שכב מעל המתלוננת "בתנוחה מינית", אלא שלגרסתו המגע הגופני ביניהם היה מרצונה, והוא לא כלל חדירה אלא מגע באיברים אינטימיים בלבד.

3. הכרעת הדין ניתנה לאחר שבישיבת ההוכחות (מיום 1.6.09) הודיע בא-כוח המאשימה כי טרם התקבלו תוצאות בדיקת ה-DNA מהמעבדה הביולוגית במשטרת ישראל, ואף אחד מהצדדים לא ביקש להמתין לתוצאותיה.

לאחר מתן הכרעת הדין, שמיעת המתלוננת לעניין העונש וקבלת תסקיר שירות המבחן, התקבלו תוצאות בדיקות המעבדה לזיהוי פלילי, מהן עלה כי על תחתוניה של המתלוננת נמצאו מספר פרופילי DNA של תאי זרע, אשר העיקרי ביניהם שייך לאדם אחר בשם ח' (אשר הפרופיל הגנטי שלו היה מצוי במאגרי המשטרה). בהמשך לכך נעצר ח', ובחקירתו אישר כי באותו לילה קיים יחסי מין עם המתלוננת. לגרסתו נעשה הדבר ביוזמתה ובהסכמתה של המתלוננת, ובהיותה מודעת למעשיה. גם חברו של ח', פ', אישר כי ראה השניים סמוך לאחר שקיימו יחסי מין.

4. בעקבות ראיות חדשות אלה, הגיעו הצדדים להסכמה כי ההרשעה תבוטל. עוד הוסכם, כי המאשימה תטען שהצדדים רשאים להוסיף ראיות ולסכם טענותיהם בפני מותב זה, ומאידך ההגנה תטען כי יש להעביר התיק לדיון בפני מותב אחר, שישמע הראיות מחדש (ראו עמ' 276 לפר' הדיון מיום 4.11.09).

לאחר שמיעת טיעוני הצדדים בסוגיות אלה, קבענו בהחלטה מיום 18.11.09 כי אין מקום להעביר התיק למותב אחר. זאת, ממספר טעמים: מדובר באירוע נוסף ונפרד מאירוע המין בין הנאשם לבין המתלוננת, הראיות החדשות אינן משליכות באופן ישיר על גרסאות עדי הראייה, אם כי ייתכן כי יש בהן כדי לתמוך בגרסת הנאשם או בחלק ממנה, ובית המשפט אינו כבול בממצאיו ומסקנותיו הקודמות.

נוכח האמור נתקים דיון הוכחות ביום 6.1.10, בו הוגשו שתי אמרותיו של ח' מיום 8.9.09 (ת/17-ת/18), אמרתו של פ' מיום 9.9.09 (ת/19), וכן חוות דעתו של רפ"ק משה שפיצן, מהמעבדה הביולוגית של מז"פ, ומזכר שנכתב על ידו ביום 24.8.09 שעניינו "הבהרות" הנוגעות לחוות דעתו (ת/20-ת/21). במסגרת הדיון נחקר שפיצן על חוות דעתו, והצדדים סיכמו טענותיהם.

5. סלע המחלוקת בין הצדדים בהתייחס לראיות החדשות עניינו הן בסוגיית הסכמתה של המתלוננת למעשים שנעשו בגופה, ומצב הכרתה בשעת ביצועם, והן בשאלה האם הנאשם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה.

בהתייחס לסוגיה הראשונה טוענת המאשימה, כי העובדה שהמתלוננת קיימה יחסי מין בהסכמה עם ח', אינה בעלת נפקות למצב הכרתה בשלב מאוחר יותר בו פגשה את הנאשם, קל וחומר בפרק הזמן בו הוא ביצע בה את המעשים המיניים. עוד היא טוענת, כי העדר תאים מגופו של הנאשם באיבר מינה של המתלוננת אינו מעיד, בהכרח, על כך שלא הייתה חדירה.

עמדת ההגנה, מנגד, היא כי בגרסאותיהם של ח' ופ' יש כדי להעיד על מצב הכרתה של המתלוננת, ולכל הפחות יש בהן משום חיזוק לגרסתו של הנאשם כי המתלוננת יזמה את היחסים המיניים עימו. עוד נטען, כי העובדה שלא נבדקו תאי עור מאיבר מינה של המתלוננת מהווה מחדל חקירתי, על כל המשתמע מכך, שכן אף אם הנאשם לא הגיע לסיפוקו, כעמדת המאשימה, היו צריכים להימצא באיבר מינה של המתלוננת ולו תאי עור מאיבר מינו של הנאשם. בנוסף טען הסנגור, כי אי הגשת כתב אישום נגד ח' מהווה נימוק לביטול כתב האישום נגד הנאשם, מחמת הגנה מן הצדק.

6. להלן יפורטו עיקרי הממצאים והראיות שנסקרו בהכרעת הדין הראשונה. לאחר מכן ייבחנו הראיות החדשות ומידת השפעתן על המערכת הראייתית האמורה.

בהכרעת הדין הראשונה, נקבעו הממצאים כדלקמן: לאחר שהמתלוננת בילתה במסיבה עם חבריה, הם הלכו לפאב הממוקם ברחוב בן סירא בירושלים. כששהו בפאב החלה המתלוננת להתגפף עם בחור שלא היה מוכר לה, והשניים נעלמו מהמקום. לאחר שהמתלוננת חזרה אל הפאב, היא יצאה ממנו בשנית בשעה 2:00 לערך. השומר, שעבד במקום בליל האירוע, תיאר את המתלוננת בשלב זה כ"שיכורה לגמרי", וציין כי מיד עם צאתה מהפאב היא נפלה על ארבע והקיאה מספר פעמים. עוד לדבריו, הנאשם, שעבר במקום, עזר לו להרים את המתלוננת, להושיבה על אדנית סמוכה, ולהשקותה במים. לאחר מכן ראה השומר את הנאשם והמתלוננת מתגפפים, ואת הנאשם מרים את המתלוננת והולך לכיוון כיכר החתולות. השומר, שסבר כי המתלוננת אינה יודעת איפה היא נמצאת ומה מעשיה, ניגש אליה ושאל האם היא בסדר והאם לא שכחה משהו בפאב, אולם המתלוננת רק הנידה בראשה ולא ענתה לו. בשלב זה נעלמו השניים משדה הראייה של השומר.

עד הראייה המרכזי למעשים נשוא האישום, הוא א', סטודנט לרפואה תושב ירושלים (להלן: "הסטודנט"), שראה את המתלוננת שוכבת על המדרכה מול בית הקברות המוסלמי ברחוב אגרון. מאחר שבעברו היה חובש צבאי הוא בדק את המתלוננת, ומצא כי מצב ההכרה שלה היה נמוך: היא לא דיברה כלל, עיניה היו עצומות למחצה והיא אך נסוגה מכאב. הסטודנט, שסבר כי היא שיכורה, התיישב על הגדר בצידו השני של הכביש ומדי פעם הסתכל לכיוונה. לאחר מספר דקות ראה את הנאשם מגיע אל המתלוננת, מנדנד אותה ונושא אותה על ידיו לכיוון החניון בריצה. בשלב זה הייתה המתלוננת, לדבריו, רפויה לגמרי וראשה היה שמוט לאחור. הנאשם לקח את המתלוננת והשכיבה מאחורי קיר נמוך בחניון. הסטודנט החל להתקרב למקום על מנת לבדוק את מצב הדברים, אז נתקל בבחור נוסף שניגש לנאשם והוכה על ידו, והלה אמר לו כי הנאשם "משוגע" והוא "אונס" או "מזיין" את המתלוננת.

משהסטודנט ראה שאין בכוחו להועיל למתלוננת, הוא התקשר למשטרה בשעה 3:44, מסר כי ראה גבר האונס בחורה שיכורה, וביקש כי ישלחו ניידת בדחיפות. לאחר מכן ניגש אל הנאשם, וראה כי הוא מצוי מעל המתלוננת, ששכבה ורגליה מפוסקות, כאשר מכנסיו ותחתוניו מופשלים, ומבצע תנועות של משגל. משנשאל הנאשם לפשר מעשיו הוא ענה לסטודנט כי הדבר אינו מעניינו, כי הוא "מזיין" את המתלוננת וכי ירביץ לו באם לא יעזוב את המקום. הסטודנט, שחשש כי הנאשם יכה אותו, התיז עליו גז מדמיע ועזב את המקום, על מנת לנסות ולהזעיק עזרה. בדרכו ל"כיכר החתולות" התקשרו אליו השוטרים, והוא נסע עמם עד למקום האירוע. שם, לדבריו, ירד מהניידת ראשון על מנת להראות לשוטרים את המקום, ושוב ראה את הנאשם שוכב מעל המתלוננת, כשמכנסיו ותחתוניו מופשלים. הסטודנט העיד עוד, כי ברגע שהנאשם שמע את השוטרים הוא הרים את תחתוניו.

בהכרעת הדין הראשונה, קיבלנו במלואה את עדותו של הסטודנט, תוך שקבענו כי עדותו הייתה עקבית, קולחת, קוהרנטית ומהימנה, וכי ניכר היה כי הוא מתאר את שראו עיניו, בלי הפרזה. זאת, אף שבנקודה אחת היא נסתרה בעדות של השוטר דוויק שהגיע למקום, לפיה ראה את הנאשם כשתחתוניו מורמים דווקא.

גרסתו של הנאשם למעשיו ולמעשיה של המתלוננת בליל האירוע הייתה שונה. בהודעתו במשטרה מסר, כי ראה את המתלוננת כשיצאה מהפאב, "**שפוכה על הרצפה ומקיאה**". עם זאת, לאחר שהמתלוננת שתתה המים שהביא לה השומר היא התנפלה עליו, התחילה לנשקו, ואמרה לו כי היא "**מתה לסקס עכשיו**". השנים הלכו לחניון, והמתלוננת התפשטה והורידה את מכנסיו של הנאשם. לדברי הנאשם, הוא סרב לקיים עמה יחסי מין מאחר שלא היה לו קונדום - "**אמרתי לה אני לא עושה סקס בלי גומי**". משכך ביקשה המתלוננת כי "יעשה לה ביד", והנאשם ליטף אותה בבטן והתמזמז עמה (ת/4). אף כי גרסתו במשטרה לא הייתה קצרה, בעדותו בבית המשפט התפתחה הגרסה ונוספו לה פרטים נוספים. כך ציין, כי המתלוננת הורידה את מכנסיו מספר פעמים, ובכל פעם הוא הרימם בחזרה, וכי בסוף הוא הסכים לשפשף את איבר מינה עם ברכו, על מנת להביאה לסיפוק. עוד לדבריו, בזמן שהייתה עמו צרחה המתלוננת כי רצונה בסקס, עד כי האנשים שהיו בסביבה שמעו אותה, וככלל הסיטואציה הייתה כי "**אני נאנסתי לא היא נאנסה**" (עמ' 91-94, 203, 216 לפר').

בהתאם לראיות אלה קבענו כי הוכח שהנאשם בעל את המתלוננת בהיותה במצב של חוסר מודעות ובמצב שאינו מאפשר ליתן הסכמה חופשית, ובהיותו מודע למצבה זה, והרשענו את הנאשם בעבירת האינוס.

7. עיון בראיות החדשות שהוגשו מעלה, כי עיקרן נוגע לפרק הזמן שקדם למעשים נשוא האישום:

כעולה מאמרתו ת/17 של ח', הוא פגש את המתלוננת ביום האירועים נשוא האישום בפאב. השניים שוחחו ורקדו, תוך שהמתלוננת שולחת ידיה לאיבריו האינטימיים. השנים יצאו מן הפאב ובדרכם לרכבו של ח' עצרה המתלוננת ומשכה את ח', לדבריו, לכיוון גן סמוך, שם קיימו יחסי מין. גם לאחר שקיימו יחסי מין ביקשה המתלוננת לחזור על המעשה אולם ח' סרב. ח' לא זכר האם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, אולם היה בטוח כי השתמש בקונדום במרבית הזמן וכי הגיע לפורקנו. עוד לדבריו של ח', בעת קיום המעשים המיניים הייתה המתלוננת פעילה, בהכרה, ודיברה עמו. לאחר המעשים הוא התקשר לחברו, פ’, שהגיע אף הוא למקום, והשלושה חזרו יחדיו לפאב. יצויין, כי קודם להודעה ת/17 נחקר ח' באזהרה אולם סירב לענות על מרבית השאלות שהופנו אליו עד שייוועץ עם עורך דינו (ראו הודעה ת/18).

גרסתו של ח' נתמכה ברובה בהודעתו של פ’ (ת/19). לדברי פ’, הוא ראה את ח' רוקד עם המתלוננת בפאב, ולאחר מכן יצאו השניים מהמקום. לאחר זמן מה התקשר אל ח' והלה אמר לו כי הוא נמצא ליד הפאב. פ’, שהלך לפגוש את ח', ראה אותו עם המתלוננת, כשהיא שוכבת ומכנסיה מופשלים. לאחר שח' הכיר בין השניים קראה לו המתלוננת "בוא אלי" בקול חלש ושקט, אולם הוא סרב מאחר שלדבריו "נגעל" מהמצב. ח' עזר למתלוננת לקום ולהתלבש והשלושה חזרו לפאב. בדרכם לפאב נקשרה שיחה בין פ’ לבין המתלוננת, והיא סיפרה לו כי היא לומדת באוניברסיטה העברית. לדעתו של פ’, ח' והמתלוננת היו שיכורים.

8. גרסאות אלה משתלבות במערכת הראייתית שנפרסה בפנינו קודם להכרעת הדין הראשונה, והן שופכות אור על השתלשלות האירועים **קודם** לפגישתם של הנאשם והמתלוננת. ואמנם, כפי שצוין בהכרעת הדין הראשונה, חבריה של המתלוננת ראו אותה מתגפפת עם בחור זר, ולאחר מכן נתברר להם כי נעלמה מן הפאב.

עם זאת, חלף פרק זמן בין חזרתה של המתלוננת לפאב ובין מפגשה של המתלוננת עם הנאשם, בשעה 2:00 לערך, ועד למועד בו החל הנאשם לקיים עמה יחסים אינטימיים, סמוך לשעה 3:44 אחר חצות (אז הסטודנט התקשר למשטרה ומסר כי הוא רואה אדם אונס בחורה שיכורה בחניון ליד "מעלית הזמן"). במהלך זמן זה, על פי העדויות, התדרדר עוד יותר מצבה של המתלוננת עד שהגיעה למצב של הכרה חלקית בלבד: כאמור, השומר העיד, כי המתלוננת הייתה "הפוכה" לגמרי וניכר היה כי היא בקושי מתפקדת או מבינה את הקורה סביבה. גם הנאשם הודה, כי כשראה את מצבה של המתלוננת ביקש להזמין עבורה אמבולנס, ומכל מקום סבר שהיא "מסטולה". קרי, הנאשם עצמו היה מודע למצבה של המתלוננת.

הסטודנט, שראה את המתלוננת זמן מה לאחר מכן, אף בדק אותה ומצא כי היא במצב של הכרה חלקית בלבד, וכאשר הנאשם הרים אותה ראשה נשמט לאחור. גם השוטרים שהגיעו למקום האירוע, ותפסו הנאשם בשעת מעשה, ציינו כי המתלוננת הייתה שיכורה לגמרי, שכבה בשלולית קיא, לא הצליחה להתלבש לבד ובקושי מסרה את שמה (ראו מזכר ת/8 מאת השוטרת חיה כהן).

ניסיון החיים מלמד, כי התדרדרות במצב הכרה עקב שכרות היא הדרגתית ואינה פתאומית. גם אם נניח, כי המתלוננת תפקדה והייתה בהכרה מלאה כשעתיים קודם לאירוע, אין בכך כדי לכרסם בעדויות לפיהן סמוך לאירוע מצבה לא היה כך. לכך יוסף, כי כעולה מהודעותיהם של ח' ופ’, המתלוננת הייתה מבוסמת כבר בשלב בו נפגשה עמם, אף כי היא דיברה ותפקדה.

באשר ליוזמה לקיום המעשים המיניים - כאמור, גרסתו של הנאשם הייתה כי המתלוננת היא שיזמה את קיום המגע המיני, ומיד לאחר ששתתה את המים שנתן לה התנפלה עליו והחלה להפשיטו, ולצעוק כי היא רוצה סקס, עד כי חשש מתגובתם של העוברים ושבים. לטענת הסנגור, גרסה זו מקבלת משנה חיזוק בהודעותיהם של ח' ופ’, לפיהן המתלוננת היא שיזמה המגע המיני או שניסתה ליזום מגע כאמור. עם זאת, מעיון בהודעות אלה עולה, כי אף שהמתלוננת יזמה את יחסי המין, הלכה רמת תפקודה וירדה במהלך הלילה: אם בעת בילויה עם ח' בפאב היא רקדה, שוחחה ושלחה ידיה לאיבריו האינטימיים, ואף יזמה את קיום יחסי המין בגן, הרי באשר לפ’ כל שעשתה המתלוננת לדבריו היה לקרוא לו "בוא אלי" בקול חלש ובתנועת יד. זאת ועוד, בהמשך התדרדר מצבה עוד יותר כפי שתואר על ידי השומר בפאב והסטודנט.

מכל מקום, אף בהנחה כי מעשיה של המתלוננת בתחילת הערב, גיפופיה וחיבוקיה עם הנאשם יצרו אצלו מצג לפיו היא מעוניינת בקיום יחסים מיניים, בהמשכו של האירוע היה ברור כי המתלוננת אינה עוד במצב המאפשר לה ליתן הסכמה חופשית. קל וחומר בשלב בו הנאשם הרימה מהמדרכה ברחוב אגרון, ונשא אותה על זרועותיו לחניון. בשלב זה, הייתה המתלוננת במצב הכרתי נמוך, ויכולתה להגיב לסביבתה נפגעה באופן ממשי. כעולה מהעדויות, האינטראקציה בין הנאשם לבין המתלוננת הייתה ממושכת. אין מדובר באירוע קצר ונקודתי, בו קשה יותר לעמוד על שינוי במצב הכרה, אלא באירוע שנמשך למעלה משעה, כאשר בשלב כלשהו אף עזב הנאשם את המתלוננת שוכבת על המדרכה, ולאחר מכן חזר, בדק אותה ונשא אותה על זרועותיו. בכל אלה היה כדי לאפשר לו לעמוד על השינוי במצבה, אף בהנחה שבתחילת המפגש ביניהם היה ניתן להבין מהתנהגותה כי ברצונה לקיים עמו מגע אינטימי. הנאשם היה מודע היטב למצבה של המתלוננת לפני המגע עמו, שכן הוא עצמו העיד, כאמור, כי חשב שמצבה מצדיק הזמנת אמבולנס. המסקנה הינה כי הנאשם קיים מגע מיני עם המתלוננת שהייתה נטולת יכולת ליתן הסכמה חופשית למגע זה.

9. באשר לסוגיית החדירה – בבדיקות למציאת ואבחון פרופילי DNA שבוצעו על ידי שפיצן, נדגם מספר רב של פריטים, וביניהם מטושים מאיבר מינה של המתלוננת (שפתי הלדן, פנים הלדן וחוץ הלדן) וכן מפי הטבעת שלה, מתחתוניה ומבגדיה, וכן מאיבר מינו של הנאשם ותחתוניו. ממצאי הבדיקות היו מגוונים: מדגימות החומר שניטלו מגופה של המתלוננת, וכן מהגרביונים שלה, לא התקבלה כמות DNA ראויה להמשך הבדיקות. לעומת זאת, מתחתוניה של המתלוננת התקבל פרופיל DNA שמקורו ביותר מפרט אחד (תערובת פרופילים), אשר הבולט בהם שייך לח’, שפרופיל ה-DNA שלו היה מצוי במאגר ה-DNA. יתר הפרופילים שנמצאו לא היו בני השוואה (ת/20 עמ' 3 סעיף 6 לפרק ה"תוצאות"; עמ' 285 לפר').

בחוות הדעת צוין עוד, כי מהדגימה שנלקחה מאיבר מינו של הנאשם התקבלה תערובת של פרופילים, אשר הפרופיל הבולט בה אינו תואם לפרופיל שהתקבל מתחתוניה של המתלוננת. עוד כמצוין בחוות הדעת, לא ניתן לאשר או לשלול את המתלוננת כתורמת אפשרית למרכיבים החלשים שהתקבלו בתערובת פרופילים זו (ת/20 ס' 1 ו לפרק המסקנות).

הנה כי כן, במסגרת בדיקות ה-DNA לא נמצאו תאי זרע או עור (המכונים גם תאי אפיתל) מגופו של הנאשם בגופה של המתלוננת או על בגדיה. כפי שפורט בחוות הדעת, הבדיקות שבוצעו לחומרים הביולוגים שנדגמו נעשו בשלב P, קרי, חיפוש תאי זרע בלבד, ולא כללו את שלב S (מיצוי הנותן העדפה לתאים שאינם תאי זרע). בעדותו הסביר שפיצן, כי השלב האחרון לא בוצע בשים לב לכך שלמיטב הבנתו הנאשם הודה כי נגע באיבר מינה של המתלוננת, וממילא הימצאם של תאי עור לא היה תורם לבירור המחלוקת בסוגיית קיומה של חדירה. עוד לדבריו, נוכח היחס בין מספר תאי העור של המתלוננת לבין מספר תאי העור שאיבר המין של הנאשם היה משאיר, אילו הייתה חדירה, "**גם אם אנחנו מוצאים משהו, כמעט ולא יהיה לזה ערך ראייתי**" (עמ' 286 לפר' ש' 17; ראו גם מזכר ההבהרות ת/21). שפיצן עמד על דברים אלה גם במסגרת חקירתו הנגדית, וציין כי אף שמבחינה תיאורטית חיכוך חזק של שני איברים אמור להניב מעבר של תאי עור, הדבר אינו וודאי ותלוי במספר רב של משתנים (עמ' 288 לפר').

בהתייחס לאי ביצוע שלב ה-S בבדיקה טען הסנגור המלומד כי מדובר במחדל חקירתי הפועל לטובתו של הנאשם. קרי, אילו בדיקה כאמור הייתה מבוצעת לא היו נמצאים תאי עור וממילא היה בכך כדי לחזק את גרסתו של הנאשם כי לא החדיר את איבר מינו. טענה זו אין לקבל: ראשית, בהודעתה מיום 24.11.09 ציינה המאשימה כי לא תתנגד, במידה וההגנה תבקש, כי רפ"ק שפיצן יבצע בדיקות DNA נוספות. בהתייחס לכך, היה ביכולתו של הסנגור לבקש עריכת בדיקת DNA בשלב S לדגימות שניטלו מגופה של המתלוננת, אך הוא לא עשה כן. שנית, ולגופו של עניין, אף בהנחה שהיה על רשויות החקירה לבצע גם בדיקה זו, ולפיכך אי ביצועה מהווה מחדל חקירתי שתוצאותיו פועלות לטובת הנאשם, קרי, יצירת הנחה כי בדיקה שהייתה מבוצעת הייתה מפיקה תוצאה שלילית של תאי אפיתל, אין בכך כדי להוות ראייה קונקלוסיבית להעדרה של בעילה.

כפי שנקבע לא אחת, כוחה של ראייה פורנזית היא בהימצאה ולא בהעדרה. כך לדוגמה, בהתייחס לטביעות אצבעות צוין בפסיקה, כי "**אין בהעדרן של טביעות אצבעות הניתנות לזיהוי כדי להוכיח, שהחשוד לא שהה במקום שבו לא נתגלו טביעות אצבעותיו; והכלל הוא, שכוחן הראייתי של טביעות האצבעות נעוץ בהימצאותן ולא בהעדרן**" ([ע"פ 5724/95](http://www.nevo.co.il/case/17927659) - **אבו-דחל נ' מדינת ישראל**, תק-על 96(2) 567 , 571 (1996). ראו גם: [ע"פ 6679/04](http://www.nevo.co.il/case/5770260) **סטקלר נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(2) 1655 , 1668 (2006); [תפ"ח (מחוזי י-ם) 4047/01](http://www.nevo.co.il/case/234159) **מדינת ישראל נ' ללק**, תק-מח 2002(3) 3612 , 3630 (2002) ועוד). בשונה מהימצאותם של תאי עור או זרע באיבר מינה של המתלוננת, שהיו מעידים על מגע מיני בינה לבין הנאשם, אי הימצאותם של תאים כאמור, יכולה לנבוע ממספר רב של סיבות: החל מהעדר מגע, דרך מצב בו תאי העור לא עברו לאיבר מינה של המתלוננת, וכלה בתאים שהיו מצויים אך לא נמצאו (על העדר ממצאים ביולוגיים ראו גם תפ"ח (מחוזי חי') 7033/08 **מדינת ישראל נ' ג'בארין** (לא פורסם, 5.5.2009).

10. בסיכומיו טען הסנגור גם, כי בראיות החדשות יש משום חיזוק לדבריו של הנאשם לפיהם אמרה המתלוננת כי קודם לכן היא הייתה עם בחור בגן העצמאות ולפיכך הוא חשש לקיים עמה יחסי מין (עמ' 187 לפר'), כאשר אותו בחור, כך נטען, הוא ח’.

אף כי בדברים אלה יש משום חיזוק חלקי לגרסתו של הנאשם בנקודה זו (למרות שהמפגש בין ח' למתלוננת לא היה בגן העצמאות אלא במקום סמוך), אין בכך כדי להטיל ספק סביר במסכת הראיות לעניין עבירת האינוס. כאמור, הראייה העיקרית למעשיו המיניים של הנאשם במתלוננת ולאופיים המדויק, מצויה כאמור בדברי הסטודנט, שראה השניים כמפורט לעיל. עד זה נמצא מהימן ודובר אמת. לעומת זאת, ועל אף שפרטים מסוימים בגרסתו של הנאשם נמצאו נכונים וקיבלו חיזוק ביתר הראיות, מכלול גרסתו בנוגע למפגש עם המתלוננת, ולמעשיה במהלכו, לא נמצא אמין. משכך, אין בדברים אלה של הנאשם, למרות החיזוק המצוי להם בחומר הראיות, כדי לכרסם בגרעינן הקשה של הראיות נגדו.

בנוסף, אין חולק כי הנאשם קיים עם המתלוננת מגע מיני חלקי, וכי לא היה בעובדה זו כדי להרתיעו.

11. באשר לטענת ההגנה מן הצדק: על פי הפסיקה, ביטולו של כתב אישום מחמת הגנה מן הצדק ייעשה רק מקום בו הוכחה התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, העולה כדי "**התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו**". עוד נקבע, כי טענה זו תתקבל רק במקרים נדירים ([ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ](http://www.nevo.co.il/case/17917792)(2) 221 (1996)). הדוקטרינה עוגנה בסעיף 149(10) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, לפיו הנאשם יכול לטעון, כטענה מקדמית, כי "**הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**". בענייננו נראה, כי אף שלא הוגש כתב אישום כנגד ח', בגין מעשיו עם המתלוננת, אין בכך כדי להוות אכיפה בררנית שיש בה כדי להוביל לביטול כתב האישום דכאן, שכן על פניו, בשלב בו המתלוננת הייתה עם ח', אף שהייתה שתויה מעט היא הייתה בהכרה מלאה: רקדה, דיברה, מסרה פרטים קוהרנטיים על עצמה, וכיוצא באלה. מצב זה שונה בתכלית השוני מנסיבות המקרה דנן, בו המתלוננת הייתה כאמור, במצב הקרוב מאוד לעילפון: לא יכלה ללכת או לדבר, ובקושי מסרה את שמה.

12. העולה מהאמור הוא, כי אף שהתגלו ראיות חדשות, כל שיש בהן הוא להוסיף מידע באשר למסגרת הזמנים קודם למעשים נשוא האישום (הודעותיהם של פ’ וח') או שתרומתם היא נייטרלית (ממצאי בדיקת ה-DNA). אין בהם כדי לשנות את המארג הראייתי הקיים, או את מידת ואופן ההתרשמות מהעדים הישירים לחלקיו השונים של האירוע: החל מהשומר שראה המתלוננת והנאשם עת נפגשו לראשונה, וכלה בסטודנט שראה את המתלוננת שוכבת כשרגליה מפוסקות, ואת הנאשם שוכב עליה, כשמכנסיו ותחתוניו מופשלים, והוא מבצע תנועות של משגל (עמ' 37-38 לפר'). בהתייחס לאלה, אני מאמצת את הקביעות והממצאים בהכרעת הדין הראשונה בעניינו של הנאשם, ואציע לחבריי להרשיע הנאשם באינוס, עבירה לפי 345(א)(1) ו-345(א)(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

###### חנה בן עמי, שופטת

# השופט י' צבן:

לדעתי מתעורר ספק בשאלה אם הנאשם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת ולפיכך הייתי מרשיע את הנאשם בביצוע מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

חוות דעתה של חברתי ח' בן-עמי מקובלת עליי, למעט השאלה הנ"ל. הנאשם עצמו ידע מה מצבה של המתלוננת ועל-פי עדותו שלו סבר פעמיים, טרם ביצוע מעשיו, שיש להזמין אמבולנס כדי לטפל בה, אך הוא נמנע מכך, נשא את המתלוננת כגוויה לפינה, הפשיטה, הפשיט עצמו וקיים עמה מגע מיני. בשאלת החדירה, אלה הנתונים העובדתיים: השניים היו ללא בגדים תחתונים; הסטודנט, שהנו עד אמין בהחלט, ראה תנועות משגל, אך לא ראה חדירה ממש; הנאשם הודה במגע, אך כפר בחדירה ואמר שלא פלט זרע; מגופה של המתלוננת נלקחו מטושים לצורך בדיקת דנ"א ובדיקתם חולקה לשניים: בשלב הראשון (P) נבדק האם נמצאו תאי זרע של הנאשם והבדיקה העלתה ממצאים שליליים. בדיקת שלב שני (S) של תאים שאינם תאי זרע, כגון תאי עור, לא בוצעה ואף לא נלקחו מטושי בדיקה מאיבר מינה של המתלוננת (ראה חוות דעת ת/20 והמזכר ת/21 וכן עדותו של המומחה שפיצן בעמוד 288 לפרוטוקול). השאלה אם הייתה חדירה, אם לאו, עמדה על הפרק כבר בעת החקירה במשטרה. לפיכך היה מקום לבצע את הבדיקה בשלב השני, על-מנת לשלול או לאשר הימצאות תאי עור בתוך איבר המין של המתלוננת. ההסבר של מר שפיצן כי גם מגע יד (שהיה) יכול ליצור תאי בדיקת דנ"א, ואי אפשר להבדיל בין תאים שמקורם בעור היד לבין תאים שמקורם באיבר המין, אינו הסבר מספק, שכן חדירה יוצרת חיכוך משמעותי, המצדיק ליטול מטוש מתוך איבר המין ולבחון אם היו שם תאי עור של הנאשם. בידי המאשימה יכול היה להיות כלי ראייתי טוב יותר לשלול טענתו של הנאשם, אך לא נעשה שימוש בכלי זה. לפיכך, נראה לי כי חרף עדותו האמינה והעניינית של הסטודנט, נותר ספק מסוים ולא יהיה זה בטוח לקבוע בוודאות כי בוצעה חדירה.

לאור האמור, הייתי מרשיע את הנאשם בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

יעקב צבן , סגן נשיא

**השופטת ג' כנפי-שטייניץ:**

במחלוקת שנפלה בין חבריי, דעתי כדעתה של חברתי כב' השופטת בן עמי. באשר ליסוד ההסכמה החופשית, אין לי אלא להצטרף לחוות דעתה של כב' השופטת בן עמי המקובלת גם על כב' השופט צבן. מן הראיות ברי כי בשלב בו נעשו המעשים במתלוננת, לא הייתה המתלוננת במצב פיזי או הכרתי בו יכולה הייתה ליתן הסכמתה למעשים.

המחלוקת עניינה בקיומו או אי קיומו של יסוד הבעילה: האם הוכח מעבר לספק סביר כי הנאשם החדיר איבר מאיברי גופו לאיבר מינה של המתלוננת. הנני סבורה כי יש במערך הראייתי שהובא בפני בית המשפט כדי להוכיח יסוד זה, וכי אין בראיות החדשות, או באי ביצוען של בדיקות מעבדתיות נוספות, כדי להותיר ספק סביר בדבר קיומו של יסוד זה. בתשובתו לאישום הודה הנאשם כי שכב מעל המתלוננת ב"תנוחה מינית", אולם טען כי לא הייתה חדירה. הנאשם טען כי המתלוננת "נשכבה והוא נשכב מעליה. היא גם הורידה קצת את תחתוניו והוא רכן מעליה". הנאשם גם הודה כי בעת שהשוטרים הגיעו למקום, היה הנאשם "מעל המתלוננת" אף כי לא בעל אותה (בע' 4 לפרוטוקול). יצוין כי אין חולק כי הנאשם לא הגיע לפורקנו.

לפי עדות הסטודנט, שעדותו הייתה מהימנה עלינו, ראה את המתלוננת שוכבת על הגב ורגליה מפוסקות. כן העיד:

"כשאני הגעתי הוא היה מעליה, המכנסיים שלו מופשלות, התחתונים שלו מופשלים עד הברכיים, עם תנועות של, מבצע תנועות של משגל, כן, בכוח, לא. זאת אומרת זה לא הותיר מקום לספק שזה, אני לא ראיתי בדיוק את החדירה אבל זה לא הותיר מקום, ספק שזה מה שקורה, זאת אומרת זה לא היה שפשוף תנועות של שפשוף... הרגליים שלה היו מפוסקות. זה לא הותיר מקום לספק..." (בע' 37-38).

ובהמשך:

"כשהוא קם לכיווני ראיתי יש לו זיקפה, כן" (בע' 38).

בחקירתו הנגדית הוסיף:

"ויכולתי לראות תנועות של כוח, תנועות של חדירה, כן" (בע' 66).

הסטודנט הוסיף והעיד כי הנאשם דרש ממנו, כפי שדרש מאדם אחר לפניו, להסתלק מן המקום באומרו: "תלך מפה זה לא עניינך, אני מזיין אותה". גם כשחזר למקום עם השוטרים, מצא את הנאשם שוכב מעל המתלוננת, בין רגליה. ויודגש, בהודעתו במשטרה, בניסיונו להרחיק עצמו מן העבירה המיוחסת לו, טען הנאשם כי אך ליטף את המתלוננת בבטנה ו"התמזמז" איתה (ת/4). בעדותו בבית המשפט טען תחילה כי כלל לא שכב על המתלוננת אלא שכב לידה (בע' 198), ורק משנדרש להסביר כיצד נצפה כשהוא מעל המתלוננת, טען לראשונה כי שפשף את ברכיו בין רגליה לפי בקשתה (בע' 199 ובע' 216). למותר לציין כי במצב בו הייתה המתלוננת באותה עת, ספק אם היה ביכולתה לבקש דבר, וספק אם סיפוק בקשותיה של המתלוננת הוא שעמד לנגד עיני הנאשם.

טענתו המרכזית של הנאשם היא כי אי בדיקת קיומם של תאי עור באיבר מינה של המתלוננת מהווה מחדל חקירתי שיש בו כדי לשלול את יסוד החדירה. לטענתו, גם אם הנאשם לא הגיע לסיפוקו, יש להניח כי ניתן היה למצוא, לו בוצעה חדירה, תאי עור של הנאשם באיבר מינה של המתלוננת. לעניין זה אין לי אלא להצטרף לדבריה של חברתי כב' השופטת בן עמי. רפ"ק שפיצן הבהיר במסמך ההבהרות כי "חיכוך ידיו של המתלונן (צ"ל- החשוד) באיבר מינה של המתלוננת יכול להביא לכך שתאים מהחשוד (שאינם תאי זרע) יועברו לאיבר מינה של המתלוננת. גם חיכוך איבר מינו של החשוד יכול להביא להותרת תאים שאינם תאי זרע באיבר מינה של המתלוננת, ואין ביכולתי להבדיל בין שתי האפשרויות". יודגש כי המאשימה הודיעה, כי חרף האמור במסמך ההבהרות של רפ"ק שפיצן בדבר התועלת שעשויה לצמוח מן הבדיקות, היא לא תתנגד לביצוע בדיקות DNA נוספות ע"י רפ"ק שפיצן ככל שההגנה תבקש זאת. ההגנה נמנעה מלבקש. יש ליחס לכך משמעות ראייתית, ולכל הפחות, יש בכך כדי להפחית ממשקל טענתה למחדל חקירתי (ולזקיפת אי ביצוע בדיקת DNA לחובת הנאשם, מקום שניתן היה לבצעה, ראה [ע"פ 7463/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/case/6104511)(4) 865, בע' 876, ועל המשמעות שיש ליתן לאפשרות תיקון המחדל החקירתי ע"י הנאשם ראה גם [ע"פ 4930/07](http://www.nevo.co.il/case/5984201) טולדו נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 10.12.09, בס' 18 לפסק הדין). יתר על כן, גם בהנחה הנוחה לנאשם כי לו בוצעה הבדיקה, לא היו מתגלים תאי עור של הנאשם באיבר מינה של המתלוננת, אין בהנחה זו כדי להוביל למסקנה כי לא היתה חדירה, כפי שהובהר בחוות דעתה של כב' השופטת בן עמי (והשווה: [ע"פ 5386/05](http://www.nevo.co.il/case/6009110) אלחורטי נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 18.5.06, ס' ז' ואילך).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

השופטת ג' כנפי-שטייניץ

5129371

54678313לפיכך, ברוב דעות, אנחנו מרשיעים את הנאשם בעבירה של אינוס, לפי סעיפים 345(א)(1) – ו-345(א)(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977.

**ניתנה היום, ו' בשבט תש"ע (21 בינואר 2010), במעמד הצדדים.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

יעקב צבן 54678313-616/09

**יעקב צבן , סגן נשיא חנה בן עמי, שופטת גילה כנפי-שטייניץ, שופטת**

שרה

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן