



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 3536/12

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים מיום  
29.03.2012 בתפ"ח 667/09

בשם המערער: עו"ד דוד ברהום

בשם המשיב: עו"ד יעל שרף

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. בית משפט המחוזי בירושלים- כבוד השופט מ' דרורי ובהסכמת סגן הנשיאה השופט צ' סגל והשופט מ' הכהן- הרשיע את המערער בעבירות של אינוס בת משפחה, ניסיון אינוס בת משפחה, מעשה סדום בבת משפחה, ניסיון מעשה סדום בבת משפחה, מעשה מגונה בבת משפחה, תקיפה בנסיבות מחמירות ואיומים. המעשים המיוחסים למערער נעשו כלפי בתו של המערער (להלן: 'הבת' או 'הנפגעת'), למשך תקופה של ארבע שנים בהיותה בגילאים 9-12 שנים. גזר הדין הטיל על המערער מאסר בפועל של עשרים ושתיים שנים, מאסרים מותנים ופיצוי בשיעור של 25,000 ש"ח. הערעור מופנה כלפי הכרעת הדין וגזר הדין גם יחד.

מעשי המערער שהתרחשו בבית המגורים של המשפחה כללו את האירועים הבאים: המערער הכריח את הנפגעת להיכנס לחדר השינה, הקריין בפניה סרטים

פורנוגרפיים, חשף את איבר מינו ונגע באיבר מינה ובחזה. במקרה אחר, נישק המערער את הבת בניגוד לרצונה, ליקק את איבר מינה ואת חזה תוך שהוא אוחז בשתי ידיה בחוזקה. המערער החדיר את אצבעו לאיבר מינה של הנפגעת ולפי הטבעת שלה, תוך שהוא גורם לה לכאב עז. כתוצאה מהמעשה, דיממה הבת מפי הטבעת. במספר הזדמנויות אף הציע המערער לבת כסף תמורת מעשיו, אך היא סירבה לכך. הבת התחננה בפני המערער כי יחדל ממעשיו, ובתגובה לכך הוא איים עליה שאם היא תספר על המעשים לאימה: "ארצח אותך ואשים אותה חיה בקבר". בהזדמנויות רבות אף נהג לחנוק את הקטינה ולהכותה באמצעות חגורה.

באירוע אחר הכניס המערער את הבת לחדרה, נעל את הדלת, השליך אותה על המיטה ופשט את בגדיו. הבת התחננה בבכי שיניח לה, ובתגובה הוא הפשיטה וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. המעשה הופסק רק בשל ניסיון של אחות הנפגעת להיכנס לחדר. בהזדמנויות נוספות אנס אותה המערער וביצע בה מעשים מגונים. בבית המשפט כפר המערער בכל המיוחס לו.

מקריאת החומר עולה כי אף הליך הגשת התלונה על ידי הבת, שהביא לסיום המקרים, היה קשה ומורכב. הבת שהתגוררה בפנימייה בירושלים, עישנה סיגריה בניגוד לנהלי הפנימייה. בעקבות הפרה זו, הודיע צוות הפנימייה על התנהגותה להוריה והללו נקראו להגיע לפנימייה. מששמעה זאת הנפגעת, היא הגיבה בחרדה וסיפרה בבכי לחברתה, תוך שהיא רועדת, על כך שמזה שנים אביה (המערער) אונס אותה ומבצע בה עבירות אלימות מין נוספות. עדות זו, שאותות האמת ניכרו בה היטב, גוללה הבת בפני חברתה, בפני רכז הפנימייה ולאחר מכן אף בפני מנהל הפנימייה. בסמוך לאירוע זה נחקרה הבת על ידי חוקר ילדים ונבדקה על ידי רופאת נשים. חוקר הילדים מצא את עדותה של הבת מהימנה. וממצאי הבדיקה של רופאת הנשים, שכללו קרעים בקרום הבתולים וורידים מוגדלים בפי הטבעת, גילו הלימה בין מצבה הקליני לתיאור העבירות עליהן דיווחה הבת בעדותה המוזכרת. חודשיים לפני האירוע המוזכר בו נתגלתה הפרשה, עברה הנפגעת אבחון על ידי פסיכולוג קליני שהתרשם כי ישנם סימנים רבים לכך שהנפגעת חשופה לפגיעה בעלת גוון מיני על ידי גבר בן משפחה.

2. בסמוך לגילוי הפרשה העידה הנפגעת בבית המשפט על-פי התנאים שקבע חוקר הילדים. משהחלה לתאר את מעשי העבירה שתוארו לעיל, ביקש הסניגור של המערער להפסיק את העדות ולשוחח עם מרשו. לאחר הפסקת ההתייעצות הודיע הסניגור כי על דעת המערער הוחלט להפסיק את העדות. אומנם הסניגור ביקש לדבר

עם התביעה "על ניואנסים כאלה ואחרים", אך הוא הודיע לבית המשפט כי "עדותה מול החוקר מקובלת עליו ועליי", וכי הנפגעת לא תצטרך להופיע שוב בבית המשפט להשלמת עדותה וכי הם לא יבקשו לחקור אותה נגדית. מספר ימים לפני המועד שנקבע להמשך הדיון, העבירה המתלוננת מכתב לסניגור בו היא סיפרה ששיקרה בעדותה בהפללת אביה. בעקבות מכתב זה נחקרה הבת שוב על ידי חוקר ילדים שמצא את חזרתה מהתלונה כעדות שאינה אמינה. עם זאת, בבית המשפט העידה הנפגעת כי האמור במכתב הוא אמת. בישיבה הסמוכה לעדות זו, הודיע המערער כי הוא עומד על חפותו ומבקש לנהל את המשפט. בשיחות עם מנהל הפנימייה, שהתקיימו בחודשים הסמוכים לאירועים המתוארים, סיפרה הבת למנהל הפנימייה כי המערער אכן ביצע בה מעשים מיניים אך הדבר נעשה באשמתה- כתוצאה מכך שהיא פיתתה וגירתה אותו לעשות זאת. כעבור כחמישה חודשים מעדותה בה הכחישה את המעשים, העידה הנפגעת שוב, באישור חוקר הילדים, ובעדות זו חזרה הנפגעת על גרסת הפיתוי שמסרה למנהל הפנימייה. בעדות זו, תוך שהיא תולה בעצמה את האשם למעשי המערער וחוזרת על כך שהיא פיתתה אותו, שבה הנפגעת ואישרה שהאב אנס אותה.

בית המשפט המחוזי כתב פסק דין מפורט ומנומק היטב, והרשיע את המערער במיוחס לו. בית המשפט קמא התרשם שהעדות בפני חוקר הילדים, בסמוך לגילוי הפרשה, היא עדות אותנטית של ילדה אינטליגנטית המספרת את אשר חוותה לרבות הדגמות וחיוויים נוספים המצביעים על אותות האמת בדבריה. בגרסה זו תמכה הנפגעת גם בחקירה השנייה והשלישית בפני חוקר הילדים, וזאת על אף שנאמר לה על ידי החוקר שאביה הכחיש את הדברים. כמו כן, בית המשפט התרשם בצורה חיובית מעדותה הראשונה של הנפגעת בבית המשפט, אשר הופסקה, כאמור, על ידי הסניגור. הבת העידה בבית המשפט בשלוש פעמים נוספות, בשתיים מהעדויות חזרה בה מהדברים וטענה ששיקרה בעדויותיה ובחקירותיה הקודמות, ובעדותה האחרונה מסרה את 'גרסת הפיתוי'. בנוגע לשתי העדויות בהן הכחישה הנפגעת את המעשים, בית המשפט השתכנע שעדויות אלה אינן אמתיות וכי המתלוננת התגלתה "כמניפולטיבית אשר מוכנה שלא לומר את האמת בפני בית המשפט". בית המשפט התרשם שעדותה האחרונה בה מסרה את גרסת הפיתוי, תוך שהיא חוזרת בה חלקית מכל גרסאותיה הקודמות ומאשימה את עצמה במעשי אביה- מחזקת את העדות הראשונה שאכן התקיימו מעשים מיניים בין הבת למערער. בנוסף, מצא בית משפט חיזוקים נוספים לעדות הבת אליהם אתייחס בהמשך.

בערעור הדגיש הסניגור כי הנפגעת מסרה כמה גרסאות במהלך המשפט, ושאינן כל סיבה, ובמיוחד בהליך פלילי, להעדיף דווקא את העדות המפלילה על פני העדויות האחרות. הסניגור הדגיש בפנינו שהסניגור הראשון, שהופיע בדיון בו נחקרה הנפגעת בפעם הראשונה, אשר טען שהוא מקבל את עדותה בפני חוקר הנוער וכי הוא אינו רוצה לחקור את הבת, העיד שהדבר נעשה על דעת עצמו בלבד ולא על דעת המערער. לכן, לטענתו, אין לראות בדברי המערער לא הודיה ולא ראשית הודיה. הסניגור היה מוכן להניח, וזאת על סמך הממצאים הרפואיים, שהבת עברה חוויה מינית, אך לטענתו, שאלה נפרדת היא האם נכון לייחס את המעשים דווקא לאביה. דעת הסניגור היא שהדבר לא הוכח מעל לספק סביר כנדרש להרשעה.

3. הכרעת דינו של בית משפט קמא מבוססת ומנומקת ביסודיות. בית המשפט מסביר, על סמך התרשמותו הישירה מעדות הבת, מדוע יש להעדיף את עדותה הראשונה של הנפגעת בפני חוקר הילדים על פני הגרסאות המאוחרות. נדמה כי טענת הסניגור היא שהואיל והבת מסרה עדויות סותרות, נוצר מעין ספק מובנה בעדותה, ולטענתו, ענין זה חייב לפעול לטובת המערער. ברם, לא די בגרסה לא מפלילה של עד כדי להפיל גרסה מפלילה אחרת. כך במיוחד במקרה זה, כאשר התפתחות הגרסאות מובנת היטב. לעניין זה מספיק לפנות לעמדת האם שלא הייתה מוכנה לקבל את עדותה המפלילה של הבת ולניסיונותיה להניא את הבת מעדותה. בבית המשפט העידה פקידת הסעד המלווה את המשפחה, על שיחה שהתנהלה בין האם לבת אשר במהלכה הטיחה האם בבת אשמות שהיא הרסה את המשפחה. מציטוט לשיחות הטלפון של מרכז החירום בו שהתה הנפגעת עולה שהאם הנחתה את הבת לחזור בה ולהעיד על כך שהכל בדיה וכי הבת השיבה לה: "אני יודעת מה להגיד, אני אוציא את אבא מהכלא". כך העיד גם מנהל הפנימייה על כך שהבת חשה שהיא אבדה את משפחתה ובעקבות כך כתבה את המכתב האמור. הבת גילה לעובדת הסוציאלית שבכוונתה למסור גרסה שתוציא את אביה מהכלא: "אני אשחרר אותו והוא ישחרר אותי". כל אלה עשויים להסביר היטב מדוע חזרה בה הנפגעת מגרסתה הראשונה.

בתיקים מעין אלה על בית משפט להתמקד בהתפתחות התלונה, דהיינו מתי הנפגעת מסרה לראשונה את העדות המפלילה ומתי חזרה בה - וזאת כדי לבחון את ההיגיון הפנימי בהתפתחות הגרסאות והאם ניתן ללמוד מההתפתחות מהי הגרסה האותנטית ומהי הגרסה המניפולטיבית. זהו כלי שעשוי להבהיר איזה משקל יש להעניק לעדויות השונות של הנפגעת. כמובן, ובמיוחד במקרים רגישים מעין אלה של עבירות מין בתוך המשפחה - בהן מצוי קונפליקט מובנה בין הרצון האותנטי להפליל ולקבל

עזרה לרצון להגן על המשפחה- כשם שאין לקבל את עדות הנפגע באופן אוטומטי כך אין לשלול אותה רק בשל מספר הגרסאות. בענייננו ניכרים מאד ציוני הדרך שהביאו לעמדות השונות של הבת. זאת גם על רקע הפסיקה שהכירה בכך שדווקא בעבירות מין מעין אלה, וביתר שאת כאשר מדובר בקטינה בת 12, אין לצפות בהכרח למסירת תלונה מיידית.

הצלילה בתוך מעמקי העדויות על פרטיהן והמסקנות המפלילות אליהן הגיע בית משפט קמא, אינן מגלות כל טעות. ראייה התומכת בכך היא ראשית ההודיה של המערער במהלך עדותה של הבת בדיון הראשון. בסוגיה זו נפלה מחלוקת בין שופטי בית משפט המחוזי, כאשר השופט מ' דרורי היה נכון להעניק משקל רב לנכונות המערער להפסיק את עדותה של הנפגעת בישיבה הראשונה וסבר שהודאה זו מספיקה להרשעה לפחות על המעשים שתוארו בעדות הראשונה. ואילו דעת יתר השופטים היתה, שהודאה זו אינה מספיקה להרשעה אך יש לראות בה מעבר ל-'ראשית הודיה', ראייה המחזקת בצורה משמעותית את יתר הראיות המפלילות. לעניין זה נראה כי עדיפה עמדת השופטים צ' סגל ומ' הכהן, לפיה אין לראות, על רקע נסיבות העניין, בעמדת המערער הודאה. עוד הוסיפו שופטים אלה כי יש לסווג את האמירה כמצויה בתחום שבין ראשית ההודאה להודאה. כשלעצמי, מוכן אני לקבל את עמדת הסניגור שאין סיווג משפטי הנמצא בתווך בין ראשית הודאה להודאה מלאה- אבל אין חולק שראשית הודאה אכן קיימת. בהקשר זה יצוינו דברי הסניגור בפרוטוקול בו הוא הודיע שאין בכוונתו לחקור את הבת חקירה נגדית: "הכיוון בתיק הינו הודאה והנאשם הביע הסכמתו לדבר". המערער הוסיף: "דברי בא כוחי מקובלים עלי. אני מסכים להם".

המשותף לכל שופטי בית משפט המחוזי הוא התרשמותם כי המערער הבין את משמעות הדברים ועל כן יש לראות בכך 'ראשית הודיה' שהיא בגדר 'ראיה עצמאית נוספת'. לעדותה של הנפגעת צירף בית המשפט ראיות נוספות- חוות הדעת של המאבחנת הפסיכולוגית שדיווחה על חשש כבד לפגיעה מינית טרם גילוי הפרשה, חוות הדעת הרפואית של הרופאה שבדקה את הבת באופן בלתי אמצעי, עדותה של האחות אשר העידה בפני חוקר הילדים כי ראתה את הבת והמערער ערומים, ועדותם של החברה וצוות הפנימייה אשר בפניהם חשפה הנפגעת את הפרשה בראשונה, וכמשיחה לפי תומה ייחסה את המעשים לאביה.

התוצאה היא כי הכרעת הדין יסודה בדין הכללי ובעובדות המקרה. הסניגור לא הצליח להצביע על טעות שנפלה בהכרעת הדין וזו ברורה ומשכנעת.

4. נותר לדון בערעור על גזר הדין, המתייחס לרכיב עונש המאסר בפועל. יצוין תחילה, שמקרה זה אינו נופל בתוך תיקון 113 לחוק העונשין בהינתן המועדים הרלוונטיים. על כן אין חובה פורמאלית לבחון אותו על פי הסדר והכללים שנקבעו בסעיפי חוק אלה, על אף שרובם ככולם של השיקולים היו רלוונטיים גם ערב כניסת התיקון, על פי מבחני הפסיקה.

תקופת עונש המאסר בפועל שגזר בית המשפט קמא, עשרים ושתיים שנים, היא ארוכה ביותר. עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שבעבירות מין, ובמיוחד בעבירות מין בתוך המשפחה, ראוייה החמרה מיוחדת גם מכוח עקרון ההלימה וגם "כמסר ברור וחד משמעי לרבים" (ראה למשל ע"פ 701/06 פלוני נ' מדינת ישראל (4.7.2007) בו המערער נידון לעשרים וארבע שנות מאסר ושלוש שנות מאסר על תנאי בנוסף לפיצוי כספי). בעבירות מין אלה אין נוסחה מתמטית וקבועה, ויש להתחשב בין היתר בקשר שבין מבצע העבירה לנפגע (אב וביתו), גילה של הנפגעת (9-12), משך התקופה בה בוצעו המעשים (4 שנים), אופי המעשים (אונס ומעשה מגונה), דרך ביצועם (אלימות קשה ואיומים) ותדירות המקרים. במקרה זה, לאור העדויות והראיות שנשמעו בהליך, מצטיירת תמונה קשה לפיה המערער התייחס לבת כחפץ שניתן לעשות בו כרצונו, וליתר דיוק- כתאוותו. המערער נהג בנפגעת בקשיחות ובאכזריות רבה תוך שהוא מתעלם מתחנוניה לחדול מהמעשים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מאז כניסתו לספר החוקים ניצב 'כאבן יסוד וכראש פינה' לחוקיה וערכיה של מדינת ישראל, עשוי להשפיע גם על מתחם הענישה. כמו לכל אדם, גם לקטין יש את הזכות לכבוד ולהיעדר השפלה וביזוי. בענייננו, אין מנוס מהקביעה שמעבר לפגיעה הפיסית והנפשית הקשה, כבודה וחירותה של הנפגעת נרמסו בגסות כמעשי המערער. הלב נשבר על המצב אליו נקלעה הבת- דרך טבע, אביו ואימו של אדם הם "חיק ומקלט ראשו, קן לתפילותיו הנידחות ולסודות יסוריו" (ע"פ שירו של ח.נ. ביאליק), ביתו של אדם אמור היה להיות מבצרו, ולקטין- המקום הבטוח, החם והאהוב. והנה כאן, עולם הפוך נגלה- האב המגן הפך לרודף ממנו זקוקה הבת להגנה, ומקום המקלט הפך לכף הקלע (ע"פ שמואל א כה, כט).

תסקיר נפגע העבירה עמד על הקושי העצום עמו מתמודדת הנפגעת בהווה ואיתו היא תצטרך להתמודד בעתיד- ואין לנו אלא לקוות כי הנפגעת תמצא את הדרך והכוחות להשתחרר ממר גורלה. אין ספק שגם עובדה זו מטה את הכף להחמרת הענישה.

אחרי שאמרנו כל אלה, נחזור ונדגיש ששיקולי העונש אינם נקמה אלא בדיקה רציונאלית ככל שניתן, ועם כל הקושי בדבר, להלימה בין העונש לעבירה. ישנן עבירות מין הממוקמות ברף הנמוך של החומרה, אולם עבירות אלה בהן הורשע המערער, וביתר שאת בהצטברותן יחד, ניצבות ללא ספק בראש הסולם. בראייה זו אינני חושב שיש להתערב בעונש הנגזר.

הייתי מציע לחברי לדחות את הערעור.

## ש ו פ ט

### המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט הנדל ולתוצאתה. אדרש בקצרה אך לעניין המחלוקת שנפלה בין שופטי בית המשפט המחוזי באשר לנכונות המערער להפסיק את עדותה של המתלוננת, בעקבות הצהרת הסניגור דאז בעמ' 10 לפרוטוקול:

”שוחחתי עם הנאשם והוא קיבל את דעתי להפסיק את העדות, כיוון שהדברים שנשמעו הם קשים ביותר. אני שומע את דברי בית המשפט, ואני מצהיר בזאת, מפי ועל דעת הנאשם, כי אנו לא נבקש לזמן את העדה פעם נוספת. בכוונת הנאשם להודות במיוחס לו, אם כי אבקש להודיע שאבקש לשוחח עם חברי מהפרקליטות על ניואנסים כאלה ואחרים, אך לגופו של עניין, הכיוון שלנו הוא כיוון הודאה.”

על דברים אלה חזר הסניגור שוב והמערער אישרם (ראו עמ' 15-16 להכרעת הדין, וכך ראו מעדות הסניגור דאז בעמ' 99-104 להכרעת הדין).

ב. בעניין זה נחלקו הדעות בבית המשפט המחוזי – השופט (כתארו אז) דרורי (עמ' 154-155 להכרעת הדין) ראה בכך הודיה, ואילו סגן הנשיא סגל והשופט הכהן ראו בכך, מעבר לראשית הודיה, בחינת הודאה חלקית (עמ' 161 ו-164-165, בהתאמה). אף לטעמי אין לראות בעמדת המערער הודאה, אלא “ראשית הודאה” כחברי השופט הנדל או למירב “הודאה חלקית” בנסיבות, זאת הן מן הטעם עליו

הצביע השופט הכהן, שאין באמירת המערער כי "הכיוון בתיק זה הינו הודאה" וכי "בכוונת הנאשם להודות" משום המסוימות המלאה הנדרשת להרשעתו כשלעצמה – ועל כן נדרשו הראיות במלואן במשפט; והן לנוכח החשש שמא יירתעו נאשמים בעבירות מין מהסכמה לוותר על העדת המתלוננת וחקירתה לנוכח הסבל הרב והקושי הכרוכים בכך, שמא יתפרש עצם הויתור כהודאה ויוחזק כנגדם. כל זאת, מעבר לסיכון שבויתור על אפשרות חקירתה הנגדית של המתלוננת (המתלוננת – גם מתלונן במשמע כמובן). מכל מקום, סוגיה זו אינה דורשת הכרעה בערעור, שכן הראיות האחרות – חוות הדעת הרפואית, האבחון הפסיכולוגי שנערך טרם התגלות הפרשה, הודעת אחות המתלוננת והאופן שבו נחשפה פגיעת המתלוננת בפני צוות הפנימיה – אינן מותרות ספק. ולבסוף, אזכיר כי שאלנו אם יסכים המערער לשקול חזרה מערעורו על הכרעת הדין, כדי שיהא בכך משום נטילת אחריות ואולי מזור שיקומי מסוים למתלוננת, והיינו נכונים לשקול הפחתת מה בעונש אם כך יהיה. הדבר לא אירע.

ג. כאמור, מצטרף אני לחברי.

מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים לפסק דינו של השופט נ' הנדל ולהערותיו של המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין.

ש ו פ ט



אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ב באדר ב' התשע"ו (22.3.2016).

שופט

שופט

משנה לנשיאה