



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6834/12

לפני: כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט א' שהם

המערער: תימור קבלאן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דין מיום 19.3.2012, ולחלופין על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, מיום 12.7.2012, בתפ"ח 1139-04-10, שניתנו על-ידי כב' השופטים ר' יפה-כ"ץ – סג"נ; א' ואגו; י' צלקובניק

תאריך הישיבה: ג' בחשון התשע"ה (27.10.2014)

בשם המערער: עו"ד יוסף קבלאן

בשם המשיבה: עו"ד סיון רוסו

### פסק-דין

השופט א' שהם:

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו ולחלופין על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים ר' יפה-כ"ץ – סג"נ; א' ואגו; ו-י' צלקובניק), שניתנו בתפ"ח 1139-04-10. המערער הורשע, פה אחד, ביום 19.3.2012, לאחר ניהול משפט הוכחות, בביצוע העבירות הבאות: חמש עבירות של מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב), בנסיבות סעיפים 345(א)(1) ו-345(ב)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מעשים מגונים, לפי סעיף 348(ב), בנסיבות סעיפים 345(א)(1) ו-345(ב)(2) לחוק העונשין; שוד, לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין; הדחה בחקירה, לפי סעיף 245(ב) לחוק העונשין; וגרימת היזק בזדון, לפי סעיף 452 לחוק העונשין.

2. בעקבות הרשעתו בדין, נגזרו על המערער, ביום 12.7.2012, העונשים כדלקמן: 15 שנות מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מהם לא ינוכו 6 חודשי מאסר בהם היה נתון המערער בשל העונש שנגזר עליו בת"פ 41819-07-10); 12 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים מיום שחרורו מהמאסר, לכל יעבור עבירות מסוג פשע או את העבירות בהן הורשע. נוסף על כך, הוטל על המערער לשלם פיצוי למתלוננים, בסכום של 50,000 ₪ לכל אחד.

המערער אינו משלים עם הרשעתו ולחלופין עם חומרת עונשו, ומכאן הערעור שלפנינו.

כתב האישום שהוגש נגד המערער

3. נגד המערער הוגש כתב אישום אשר ייחס לו ביצוע עבירות רכוש, עבירות אלימות ועבירות מין, וזאת כלפי שני מתלוננים (להלן: א. ו-ש. בהתאמה).

על-פי עובדות כתב האישום, ביום 14.3.2010, בסמוך לשעה 23:30 בערב, חלפו המתלוננים בקרבת המרכז המסחרי שברחוב יוספטל בעיר אשקלון, כשהם מאזינים למוסיקה באמצעות מכשיר הטלפון הנייד של א., כאשר באותה עת ש. שרק להנאתו. משהבחין המערער במתלוננים, הוא פנה אליהם ושאל אותם מי מהם שרק לעברו. המתלוננים השיבו כי שרקו להנאתם, ובתגובה, איים המערער על ש. באומרו: "עכשיו אני הורג אותך. למה אתה משקר?" והתקרב לעברו כדי לתקוף אותו, כך על פי כתב האישום. על מנת למנוע מהמערער לתקוף את ש., נעמד א. בינו לבין המערער, והתחנן בבכי בפני המערער כי לא יכה את ש., מאחר שהוא מוגבל בשמיעתו. המערער לא שעה לתחנוניו של א., הסיר בכוח את משקפי הראיה של ש., עיקם אותם והם נשברו.

בהמשך לכך, כך עולה מעובדות כתב האישום, דרש המערער כסף מן המתלוננים, באומרו: "אתם צריכים לשלם לי כסף ולא מעניין אותי איך". משהשיבו המתלוננים כי אין ברשותם כסף, חיפש המערער על גופם של המתלוננים רכוש, ונטל בכוח מ-ש. את מכשיר הטלפון הנייד שלו וכן שעון יד, ומ-א. נטל בכוח שעון יד, תוך שהוא מאיים על שניהם כי יהרוג אותם ואומר כי הוא אינו מפחד מהמשטרה.

נטען בכתב האישום, כי לאחר שהמערער נטל את חפציהם של המתלוננים, הוא דרש מהם באיומים למצוץ את איבר מינו, והבהיר כי אם לא יעשו כן – הוא ירצח

אותם. המתלוננים סירבו לדרישתו של המערער, ובתגובה לכך, אמר להם המערער כי אם יענו לדרישתו, הוא ישיב להם את חפציהם, תוך שהוא דורש מהם להתלוות אליו לשטח פתוח סמוך לבנייני מגורים ברחוב אליעזר מילרוד באשקלון. המתלוננים, אשר חששו מהמערער, התלוו אליו, ומשהגיעו לשטח, פשט המערער את בגדיו, חשף את איבר מינו, ונטל אבן גדולה שמצא במקום. בהמשך, איים המערער על ש. שיטיח בראשו את האבן – ובו בזמן אחז המערער בחולצתו של ש. ומשך אותו בכוח לעבר איבר מינו והורה לו למצוץ אותו. עוד עולה מכתב האישום, כי ש. ניסה להשתחרר מאחיזתו של המערער, אך ללא הועיל. או אז, אחז המערער בכוח בראשו של ש. והחזיר את איבר מינו לתוך פיו, כל זאת תוך ש-ש. אינו חדל מלבכות וחש כי הוא נחנק.

מיד לאחר מכן, פנה המערער ל-א. ודרש אף ממנו למצוץ את איבר מינו. מש-א. סירב לדרישתו זו של המערער, איים עליו האחרון באומרו: "אתה רוצה למות?" – זאת, תוך שהמערער אוחז באבן ומניפה לעברו של א.. לאחר מכן, משך המערער בחולצתו של א. והורה לו למצוץ את איבר מינו, ו-א., אשר חשש מהמערער, עשה כמצוותו. בהמשך לכך, שב המערער והורה ל-ש. לשוב ולמצוץ את איבר מינו, ו-ש. עשה כן, עקב חששו מהמערער.

בשלב זה, כעולה מעובדות כתב האישום, ביקשו המתלוננים בתחנונים מהמערער כי ישיב להם את חפציהם, אך הלה אמר להם: "עכשיו אני רוצה להחזיר לכם". המתלוננים סרבו לדרישה זו ופרצו שוב בבכי, אך המערער דרש מ-א. שיסיר את מכנסיו ואת תחתוניו. א. אמר למערער כי אינו רוצה לעשות זאת, אך לבסוף הוא נאלץ לעשות כדברי המערער בשל חששו ממנו. כפי שנטען בכתב האישום, המערער אחז את א. מאחוריו וניסה להחזיר את איבר מינו לישבנו, תוך שהוא מאיים להרוג אותו, אך ללא הצלחה. בהמשך, פנה המערער אל ש., אחז בכוח בגופו, הסיר את מכנסיו ואת תחתוניו, כופף את גופו, נצמד אליו, ואיים עליו שיהרוג אותו. בשלב זה, החזיר המערער בכוח את איבר מינו לישבנו של ש., עד שהאחרון הצליח להשתחרר מאחיזתו. כנטען בכתב האישום, המערער שב ותפס את ש. בכוח, ודרש ממנו פעם נוספת למצוץ את איבר מינו, ו-ש. עשה כן בשל חששו מהמערער. המערער, אשר לא הגיע לסיפוקו, דרש מ-ש. כי ישפשף את איבר מינו באמצעות ידיו, ו-ש. עשה כדבריו. כיוון שהמערער עדיין לא בא על סיפוקו, הוא שב ודרש מ-ש. למצוץ את איבר מינו, ו-ש. ציית לדרישה זו בשל פחדו הרב מהמערער. משהמערער לא הצליח לבוא על סיפוקו, הוא ניגב את איבר מינו בחולצתו של ש..

בהמשך, כך על-פי עובדות כתב האישום, התחננו המתלוננים בפני המערער כי ישיב להם את רכושם, אך הוא עזב את המקום תוך שהוא נוטל את חפציהם של המתלוננים ומזהיר אותם לבל יפנו למשטרה.

4. כאן המקום לציין, כי מלכתחילה ייחס כתב האישום למערער גם עבירות איומים, לפי סעיף 192 לחוק העונשין, ואולם המאשימה הודיעה לבית משפט קמא, כי היא אינה עומדת על הרשעתו של המערער בעבירות אלו, שכן הן נבלעות בעבירות השוד ומעשי הסדום, אשר יוחסו למערער.

התשובה לכתב האישום

5. המערער כפר במיוחס לו בכתב האישום, ובא כוחו דאז טען, כי "לא היה מגע בינו לבין המתלוננים. הוא [המערער] בכלל לא פגש את המתלוננים. אין טענת אליבי ואין טענות מקדמיות". לאחר שהוחלף ייצוגו בתיק, הודה המערער כי פגש במתלוננים וכי הוא נטל מהם את השעונים ומכשיר נייד אחד, אך הוא כפר בכך כי מדובר בשוד וטען כי החפצים ניתנו לו בהסכמה. כמו כן, המערער הכחיש לחלוטין קיומו של מגע מיני בינו לבין המתלוננים. בהמשך טען המערער, כי ככל שהתקיימו יחסים מיניים בינו ובין המתלוננים, המתלוננים הם אלה אשר יזמו את המגע המיני, והמעשים בוצעו בהסכמתם.

תמצית הכרעת דינו של בית משפט קמא

6. ביום 19.3.2012, הרשיע בית משפט קמא את המערער, פה אחד, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, וזאת בהתבסס על עדויות המתלוננים, שלהן נמצאו ראיות חיזוק משמעותיות. בהכרעת דין מקיפה ומפורטת, קבע בית משפט קמא, כי הוכחו מעבר לספק סביר העבירות שיוחסו למערער, ונקבע כי במעשיו ניצל המערער את חולשתם של המתלוננים, רמס את כבודם והשפילם – תחילה כששדד את רכושם, ולאחר מכן, כאשר ביצע בהם, תוך שימוש בכוח ובאיומים, סדרה של מעשי סדום ומעשים מגונים קשים, אכזריים, ומכוערים.

7. כאמור, הכרעת הדין המרשיעה נסמכה, בעיקר, על עדותם של המתלוננים, אשר זכתה למלוא אמונו של בית משפט קמא, בהיותה עקבית, אמינה, וקוהרנטית. עוד נקבע, בהקשר לכך, כי "למרות הפרטים הרבים שנמסרו בגירסאותיהם – הרי שמרבית הפרטים היו דומים להפליא, ואין ספק שלא ניתן היה להמציא גירסה כה מורכבת ובזמן כה

קצר" (פסקה 37 להכרעת הדין). בית משפט קמא ציין, כי המתלוננים מסרו את תלונתם, לראשונה, זמן קצר לאחר התרחשות האירועים, ביום 15.3.2010 – הווה אומר, כבר באותו הלילה. בית משפט קמא הדגיש בהכרעת דינו, כי תוכן האמרות שמסרו המתלוננים במשטרה דומה עד מאוד לעדויות שנמסרו על ידם בבית משפט קמא.

8. עוד נקבע בהכרעת הדין, כי המתלוננים דייקו בפרטים הרבים שמסרו, ולא הגזימו בתיאורי האלימות או האיומים מצידו של המערער, ואף לא ניסו לייחס לו מעשים חמורים יותר. נקבע בנוסף, כי המתלוננים העידו בפתיחות ובכנות רבה, השיבו לכל שאלה, ובכלל זאת הם ענו לשאלות אשר הציגו אותם באור בעייתי, למרות הבושה שחשו בעומדם על דוכן העדים. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי "המתלוננים היו ערים לכך שסיפורם חריג, תמוה, לא 'רגיל', אך הם – למרות הבושה בחשיפת האירוע וחשיפת חוסר יכולתם לעמוד מול הנאשם [המערער], בחרו לעשות זאת, ובחרו ברשויות שיגנו על כבודם" (שם).

9. מעדותם של המתלוננים עולה, כי כעבור שבועיים לערך מהאירוע מושא כתב האישום (ומהתלונה שהגישו המתלוננים במשטרה), הם זיהו את המערער כשהוא יושב ב"פיצוצייה" בשכונת עתיקות בעיר, ביחד עם שני בחורים נוספים. א. העיד בבית משפט קמא כי הוא זיהה את שעון היד שלו על ידו של המערער, ומאחר שהוא פחד ממנו, החליט א. לקרוא לחבר של ידידתו, שהיה במקום באותה העת (להלן: איציק). בשלב זה, התקשר ש. למשטרה והודיע על איתורו של המערער. כאמור, איציק התבקש להתלוות אל א. ולבקש מהמערער שיחזיר לו את שעונו, אך המערער הכחיש כל היכרות עם המתלוננים. ש. העיד, כי לאחר זאת איציק הוביל את המתלוננים ואת המערער אל מאחורי ה"פיצוצייה", ושם נערך מעין עימות ביניהם, במהלכו הודה המערער בגניבת השעון, והחזירו לידי א.. בנוסף, התקיים משא ומתן בעניין ביטול התלונה במשטרה, אולם ש. סרב לבטל את התלונה. בהמשך, כך העידו המתלוננים, הגיעה ניידת בילוש (כחצי שעה לאחר ש-ש. התקשר למשטרה), אשר דיווחה להם כי המערער נעצר, והמתלוננים התבקשו להגיע לתחנת המשטרה לצורך זיהויו ולשם מתן עדות.

10. א. הדגיש בעדותו, כי לא הייתה כל הסכמה למסור לידי המערער את החפצים, והוסיף כי הכל נעשה תחת לחץ ואיומים. עוד העיד א., כי גם כאשר המערער ביצע בהם מין אוראלי, היה זה תוך שימוש באמצעי הפחדה ואיום, כל זאת כאשר המערער אוחז אבן בידו: "בלטה אחת כמו שיש במדרכות... מן פלטה כזאתי עם ברזלים, כמו ששוברים בטון..." (עדות א., בעמ' 36 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית, הוסיף א., כי הוא

נאלץ לציית למערער, גם כשהאחרון לא החזיק חפץ מאיים בידיו, וזאת בשל הבעת פניו המאיימת של המערער, אך בעיקר בשל הפחד הגדול שחש מפניו. לדבריו, המערער אף איים עליהם ודרש לבל יתקשרו למשטרה. א. דחה בעדותו את טענת ההגנה, לפיה הוא ו-ש. שרקו למערער כיוון שהם "חשקו" בו מינית, והבהיר, כי כלל לא היה מדובר ב"שריקה להזמין" אלא בשריקה רגילה, המתבצעת תוך כדי האזנה למוסיקה. לדברי א., הם כלל לא חשקו במערער, או החמיאו לו על מראהו, והם לא היו אלה אשר הובילו אותו למבנה הנטוש, כפי שטען המערער, באחת מגרסאותיו.

אף ש. הכחיש בעדותו את טענות המערער, כאילו כל הדברים נעשו בהסכמה, והסביר כי הטעם, שבעטיו הם לא התנגדו או ברחו מהמערער, נעוץ בפחדם הרב, שכן: "הוא [המערער] איים, אם תעשה משהו, אני יהרוג אותך מכות או משהו [...] א. הוא בן אדם שהוא פחדן, גם אני פחדן. אף פעם לא הלך מכות עם אנשים כמו עבריינים או משהו [...] (עדות ש., בעמ' 111 לפרוטוקול).

11. בית משפט קמא מצא חיזוקים שונים לגרסתם המהימנה של המתלוננים. ראשית, הובהר כי, להבדיל מסיטואציה בה מדובר בעדות של מתלונן אחד כנגד גרסת הנאשם, הרי שבענייננו עסקינן בשתי עדויות אשר תומכות האחת בשנייה. שנית, בית משפט קמא מצא חיזוק בעדותה של ר.ס., חברתם של המתלוננים (להלן: ר.ס.), שמסרה כי המתלוננים היו עמה טרם שיצאו לדרכם הביתה בליל האירוע, והם אף התקשרו אליה מיד לאחריו. ר.ס. המליצה למתלוננים להגיש תלונה במשטרה, ואכן עוד באותו לילה, סמוך לשעה 02:30 לפנות בוקר, ניגשו המתלוננים לתחנת המשטרה והגישו תלונה. ר.ס. אף העידה בבית משפט קמא על מצבו הנפשי הקשה של א. מיד לאחר התרחשות האירוע, ובית משפט קמא מצא בעדותה משום חיזוק אובייקטיבי חיצוני לעדותו של א.. שלישית, בית משפט קמא מצא חיזוק אף בעדות שכנתם של המערערים, ע.ו. (להלן: ע.ו.), אשר העידה מטעם ההגנה ומסרה כי ימים ספורים לאחר האירוע, סיפרו לה המתלוננים כי הם עברו תקיפה מינית. ע.ו. מסרה עוד, כי הבחינה בכך שהמתלוננים היו מבוהלים (אם במהלך האירוע ואם ימים מעטים לאחר מכן, כפי שיפורט בהמשך הדברים). רביעית, חיזוק נוסף לעדויות המתלוננים, מצא בית משפט קמא בשקריו של המערער, ובהודייתו המאוחרת בלקיחת חפציהם של המתלוננים, בלא שנתן כל הסבר סביר לשקריו בעניין זה. וכך קבע בית משפט קמא בהתייחסו לגרסתו של המערער: "עדותו של הנאשם [המערער] הייתה רחוקה מלעורר אמון. הוא סתר עצמו פעמים רבות ומסר גרסה חסרת כל היגיון, כאילו המתלוננים חשקו בו מינית והוא היה זה שהתנגד להם, וכאילו בהסכמה מסרו לו את רכושם, ללא כל סיבה נראית לעין" (פסקה 38 להכרעת הדין).

12. בית משפט קמא התייחס בהכרעת דינו גם לסירובם של המתלוננים ליטול חלק בעימות בינם לבין המערער. נקבע, בהקשר זה, כי על רקע הפחד והסלידה שחשו המתלוננים כלפי המערער, הרי שאין לראות את סירובם לערוך עימות עימו כדבר שהוא חריג במיוחד, ובית המשפט ציין כי המתלוננים הבהירו, כי הם "לא מוכנים לדאות אותו [את המערער], אלא רק בביהמ"ש". נקבע, כי בנידון דידן אין מדובר בתגובה שהיא בלתי סבירה, ובוודאי שאין עסקינן בתגובה שיש בה כדי להעלות ספק כלשהו לגבי הגרסה שמסרו המתלוננים.

13. אשר לסירובם של המתלוננים לבצע בדיקת ד.נ.א., ציין בית משפט קמא כי ש. הדגיש בעדותו את ההשפלה שהוא חווה בעניין זה במשטרה. ש. טען, כי הוא לא היה מוכן לתת דגימת ד.נ.א., שכן לדבריו "אני הקורבן, אני לא הנאשם [...] תבדקו עליו". עוד קבע בית משפט קמא, כי לא ניתן למצוא בסירובו של ש. להיבדק, פעם נוספת, במכון לרפואה משפטית, כשבועיים לאחר האירוע, משום תגובה חריגה, מאחר שהוא כבר נבדק בליל האירוע בבית החולים "ברזילי", כאשר בדיקה זו גרמה לו, לדבריו, תחושת השפלה עמוקה.

14. אשר לאי מציאת ד.נ.א. של המערער על חולצתו של ש., קבע בית משפט קמא כי אין לייחס כל משקל לממצא שלילי זה. זאת, בין היתר, על רקע עדותם של המתלוננים כי המערער לא הגיע לסיפוק מיני, וכן על בסיס עדותה של המומחית מהמעבדה הביולוגית במטא"ר, גב' לימור ויינריך, אשר העידה כי על החולצה נמצא "חומר חשוד כנוזל זרע", ולא זרע. בית משפט קמא קבע, בהקשר הנדון, כי הבדיקות אינן חד משמעיות והמומחית לא שללה את האפשרות שהממצא הוא של רוק, אשר נוגב מאיבר מינו של המערער על חולצתו של ש..

15. במסגרת הכרעת הדין, נמתחה ביקורת על התנהלותם של חוקרי המשטרה בפרשה, ובעיקר אמורים הדברים בחוקר יצחק שוורץ ובחוקר יוסי שיפורט. וכך נקבע בעניין זה:

"מדבריו של שוורץ עולה כי, כביכול, מדובר במתלוננים שחששו מהנאשם ומכאן שהם 'רכרוכיים', אינם די 'גבריים' ואינם 'נורמטיביים', ודברים אלה נתנו ביטויים גם בהתנהגות שוורץ כלפי המתלוננים, וממילא יצרו אצלם, בצדק, חוסר רצון לשתף פעולה עם המשטרה בהמשך החקירה" (פסקה 22 להכרעת הדין).

בהמשך לכך, גינה בית משפט קמא בחריפות את חוקרי המשטרה אשר תחקרו את המתלוננים לגבי נטייתם המינית. נקבע, בהקשר זה, כי אין כל רלוונטיות לנטייתם המינית של המתלוננים, ככל שהדבר נוגע לשאלה האם הם הותקפו מינית על-ידי אדם זר. יצוין, כי אף בחקירתם הנגדית נשאלו המתלוננים לגבי נטיותיהם המיניות, והם השיבו כי הם אינם הומוסקסואליים.

16. עוד הובהר בהכרעת הדין, כי אחיו של המערער, פרחאן קבלאן, הגיע למשטרה ביום 29.3.2010, כשבועיים לערך לאחר האירוע הנדון, ומסר שעון ומכשיר טלפון נייד שהמערער נטל מהמתלוננים במהלך האירוע, ואשר נמצאו בביתו של המערער בבית ג'אן.

17. ובחזרה לעדותו של המערער. בית משפט קמא קבע, כי הגרסה שמסר המערער אינה אמינה ואף מופרכת. תחילה, כפר המערער באופן מוחלט בהיכרות עם המתלוננים, ולאחר מכן שינה את טעמו, כאשר הודה במפגש עם המתלוננים, אך טען כי הוא קיבל מהם, בהסכמתם, את שעוניהם ואת מכשיר הפלאפון של א.. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי: "למקרא דברי הנאשם [המערער] במשטרה, ולאחר שנשמעה עדותו בביהמ"ש, הרי שאין לי ספק שלא ניתן ליתן כל אמון בדבריו – לא בגרסתו הראשונה ולא בגרסה המאוחרת" (פסקה 36 להכרעת הדין). בהמשך לכך, עמד בית משפט קמא על הסתירות הרבות שעלו מגרסאותיו השונות והנפתלות של המערער. להלן נפרט את עיקרי הדברים שהובאו בהכרעת הדין, בעניין זה.

18. באמרתו הראשונה, טען המערער, כי המתלוננים הם שקראו לו, שעה שעבר ברחוב, ואף אמרו לו שהוא בחור יפה. ואולם, בהמשך טען המערער כי המתלוננים שרקו לעברו. עוד טען המערער, כי הוא מצא ברחוב את השעון שנתפס ברשותו, וזאת בניגוד לגרסתו המאוחרת, שבמסגרתה הוא טען כי הוא נטל את השעונים ואת הטלפון הנייד בהסכמת המתלוננים. כמו כן, טען המערער, שהוא היה זה אשר קרא למשטרה במהלך המפגש השני עם המתלוננים, וזאת בניגוד לראיות החד משמעיות לפיהן המתלוננים היו אלה שהתקשרו למשטרה.

נוסף על כך, באמרתו הראשונה במשטרה, כמו גם בעדותו בבית משפט קמא, טען המערער שהוא אינו נוהג להשתכר, ואילו באמרתו השנייה הוא טען שהיה שתוי, הן במפגש הראשון עם המתלוננים והן במפגש השני. בית משפט קמא ציין, כי באמרתו השנייה במשטרה, כשנשאל המערער, מדוע הוא לא מסר את הגרסה המאוחרת מלכתחילה, מסר המערער תשובות שונות כגון: שלא היה מרוכז; שהיה שתוי;



וש"אמרו לו לא להגיד". לעומת זאת, בבית המשפט טען המערער כי הוא היה מופתע לנוכח ההאשמות שהופנו נגדו ובשל ההלם שנגרם לו, הוא לא ידע מה לומר.

בית משפט קמא ציין, בהקשר הנדון, כי כאשר נשאל המערער בחקירה הנגדית, מדוע לא סיפר מיד את האמת במשטרה, הוא מסר תשובה תמוהה: "רציתי שיהיה לי עורך דין, מאיפה אני יודע מה הם [המתלוננים] אמרו, מה הם לא אמרו, רציתי שיהיה לי עורך דין, ואחרי זה אני יגיד, זה מה שרציתי". בית המשפט הדגיש, בעניין זה, כי אין כל ללבנטיות מבחינתו של המערער מה אמרו המתלוננים, על מנת לומר את האמת לשיטתו, וממילא, כעולה מאמרת המערער, הוא ויתר על זכותו לייעוץ משפטי.

19. אף בסוגיית הרכוש שנטל מן המתלוננים, מסר המערער מספר גרסאות: באמרתו השניה במשטרה טען המערער כי הוא הרגיש פגוע מדבריהם של המתלוננים ולכן נטל את רכושם; ואילו בעדותו בבית משפט קמא טען המערער כי החליט לקחת מהמתלוננים את חפציהם כ"דאיה" – וזאת ככל שיחליט לפנות בתלונה נגדם למשטרה.

בית משפט קמא עמד על סתירה מהותית נוספת בדבריו של המערער. באמרתו השניה במשטרה טען המערער כי הוא נטל את חפציהם של המתלוננים, לאחר שהשמיע כלפיהם דברי איום: "אתם תשלמו על הטעות שלכם"; ואילו בחקירתו הראשית בבית משפט קמא טען המערער, כי הוא לקח את החפצים בהסכמתם של המתלוננים. בית משפט קמא דחה את דבריו המתממים והמופרכים של המערער, בציינו כי "את הפלאפון נטל [המערער] בתואנה שרוצה לבצע שיחה לחבר, והכל – לאחר שסטודנט לאחד, בעט בשני, וירק על שניהם". אשר לטענה כי המערער נטל את חפציהם של המתלוננים בהסכמתם, תהה בית משפט קמא: "האמנם זו ניתנה מרצון? לאחר מכות ושידור של כוח? על פניו מדובר בתיאור של נתינה מיוחדת" (פסקה 36 להכרעת הדין). בית משפט קמא אף דחה את גרסתו של המערער, לפיה המתלוננים נתנו לו את רכושם בתקווה שהוא יקיים עמם יחסי מין, בציינו כי מדובר בגרסה הזוייה שאין בה כל ממש.

20. בהתייחס לטענותיו של המערער בנוגע לסבירות התנהגותם של המתלוננים, אשר לא נמלטו מהמקום, ציין בית משפט קמא כי במתלוננים אחז פחד של ממש, שמנע מהם כל יכולת להתנגד למעשיו של המערער. עוד נקבע, בהקשר זה, כי הפחד שיתק אותם וגרם להם להיענות, בסופו של דבר, לדרישותיו של המערער, כאשר על פחדם הנורא של המתלוננים, ניתן היה ללמוד גם מאופן עדותם בפני בית משפט קמא.

21. לבסוף, דחה בית משפט קמא בהכרעת דינו את קו ההגנה החלופי שהעלה המערער, ולפיו, ככל שייקבע כי התקיימו יחסי מין בינו לבין המתלוננים – היו אלה המתלוננים אשר פיתו את המערער. בית משפט קמא דחה מכל וכל את הטענות שהועלו בהקשר זה, וקבע כי אין להן כל תימוכין בראיה כלשהי, והן אינן מתיישבות עם התשתית העובדתית שהוכחה, אשר מושתתת, בעיקרו של דבר, על גרסתם האמינה של המתלוננים.

22. בית משפט קמא עמד, במסגרת הכרעת הדין, על עדותה של עדת ההגנה, ע.ו., שכנתם של המתלוננים, אשר שמעה מהם, ימים ספורים לאחר האירוע, כי הם היו קורבנות לתקיפה מינית. נקבע בהכרעת הדין, כי לא היתה מחלוקת שבליל האירוע, פגשה ע.ו. את המתלוננים, כאשר המערער היה עמם. יצוין, כי ע.ו. סרבה למסור עדות במשטרה ובשיחת טלפון עם חוקרי המשטרה, היא מסרה כי אינה מעוניינת להגיע לחקירה ולהיות מעורבת בעניין. בשיחת טלפון זו, אמרה ע.ו. כי היא אכן ראתה את המתלוננים בליל האירוע בסמוך לחצות, כשהם הולכים ביחד עם מישהו נוסף "נמוך ושרירי". עוד מסרה ע.ו., כי הבחינה במתלוננים כשהם "מבוהלים". עם זאת, בבית משפט קמא העידה ע.ו. כי באותו ערב היא היתה בדרכה הביתה, לאחר שליוותה חברה, כאשר בין השעות 22:00-23:00 היא ראתה את המתלוננים, כשהם הולכים עם בחור נוסף, ולדבריה "לא ראיתי שמשוהו לא היה בסדר. רגיל" (עמ' 211 לפרוטוקול הדיון). כשנשאלה לגבי השוני בגרסאותיה, הסבירה ע.ו., כי ייתכן שהיא הבחינה במצבם המבוהל של המתלוננים במועד שבו הם תיארו בפניה את האירוע, ולא בעת שראתה אותם בחברת הגבר הנוסף. בית משפט קמא סבר, כי די בכך שהמתלוננים נראו כשהם מבוהלים, זמן קצר לאחר התרחשות האירועים – כדי להצביע על מצבם הנפשי הקשה. כאמור, בית משפט קמא מצא בדבריה אלה של ע.ו. משום חיזוק לגרסתם של המתלוננים.

23. יצוין, בהקשר זה, כי בית משפט קמא ציין כי גרסתו של המערער, לפיה הוא לא הצטרף כלל למתלוננים, אלא נשאר לעמוד עמם בכביש הראשי, בסמוך למקום בו הם שרקו לו לטענתו – סותרת את דבריה של עדת ההגנה ע.ו., אשר ראתה את השלושה (המערער ושני המתלוננים) כשהם צועדים יחדיו.

24. לסיכום, קבע בית משפט קמא, על יסוד התרשמותו מהעדים ולאחר בחינת מכלול הראיות וטיעוני הצדדים, כי הוכחו, מעבר לספק סביר, העבירות שיוחסו למערער בכתב האישום.

25. ביום 12.7.2012, ניתן גזר דינו של המערער, במסגרתו עמד בית משפט קמא על תסקירי קורבן העבירה בעניינם של המתלוננים. יצוין, כי לאור הודעת סנגורו של המערער, כי אין לו עניין בהגשת תסקיר מבחן אודות המערער, לא הוגש לבית משפט קמא תסקיר מבחן בעניינו.

26. מתסקיר קורבן העבירה של ש. עולה, כי חייו נעצרו מלכת בעקבות מעשיו הקשים של המערער, כאשר תחושת ההשפלה שחש גרמה לו לשבר קשה, ממנו הוא מתקשה להתאושש. מתסקירו של א. עולה, כי אף הוא נפגע באופן קשה ביותר ממעשי המערער, והוא חש בושה רבה וכן מלווים אותו רגשי אשמה על עצם היותו קורבן להתעללות מינית. א. ציין, כי קשר החברות בינו לבין ש. שהיה חברו הקרוב במשך שנים, נפגע, והוא מתקשה להכיל את הניתוק שחל בקשר ביניהם בעקבות האירועים הקשים שהיו מנת חלקם. צוין בתסקירי המתלוננים, כי השניים עברו חוויה טראומטית קשה ביותר, הם זקוקים לטיפול שיקומי ובעיקר להכרה בנזקים שנגרמו להם. לפיכך, הומלץ לחייב את המערער, בין היתר, לשלם פיצויים למתלוננים, בסכום משמעותי.

27. בגזר הדין (שעליו לא חל תיקון 113 לחוק העונשין, שכן הכרעת הדין ניתנה טרם כניסתו לתוקף של התיקון), פירט בית משפט קמא את הרשעותיו הקודמות של המערער, אשר נתן את הדין בגין מגוון של עבירות, וביניהן: הפרעה לשוטר בשעת מילוי תפקידו; תקיפה הגורמת חבלה של ממש; וכן שתי עבירות של התפרצות והפרת הוראה חוקית. בית משפט קמא ציין, בהתייחס לעבירות אחרונות אלה כי הן בוצעו על-ידי המערער, ימים ספורים לאחר שהוא שוחרר למעצר בית מלא, בבית הוריו ביישוב בית ג'אן, בעקבות העבירות שיוחסו לו בתיק מושא ערעור זה.

28. בית משפט קמא עמד בגזר דינו על היבטי החומרה הרבים בהתנהגותו של המערער, אשר נטפל לשני המתלוננים, ניצל את חולשתם, שדד את רכושם, וביצע בהם סדרה של עבירות מין קשות. בית משפט קמא הוסיף עוד, כי על מעשים, מסוג אלה שביצע המערער, יש להגיב בענישה קשה וכואבת "הואיל ושילובם של העבירות שביצע, הן עבירות הרכוש, הן עבירות האלימות והן עבירות המין, שנעשו בצורה ברוטאלית וקשה, מחייב את ביהמ"ש לומר את דברו, כי כל מי שיעיז לבצע מעשים דומים בעתיד, ייענש בחומרה" (פסקה 7 לגזר-הדין).

29. במסגרת ראיות ההגנה לעונש, האזין בית משפט קמא למספר עדים מטעמו של המערער, אשר מסרו כי משפחתו של המערער הינה משפחה קשת יום, כאשר הוריו של המערער, אשר הינם נכים, מתקשים לפרנס את ילדיהם. דודו של המערער העיד בנוסף, כי המערער שירת שירות צבאי מלא בצה"ל, מתוך רצון לתרום ככל הניתן למדינת ישראל. סנגורו של המערער הדגיש, כי המערער הינו בן למשפחה נורמטיבית, שבניה הם מיטב האנשים בקרב העדה הדרוזית, אשר כולם תרמו לבטחון המדינה.

30. בית משפט קמא נתן את דעתו לבקשת המאשימה להטיל על המערער "ענישה המתייחסת לכל אחד מהקורבנות". בית המשפט ציין, בהקשר זה, כי הגם שמדובר ברצף אחד של אירועים, עסקינן בשני קורבנות נפרדים, שכל אחד מהם זכאי לכך שהמערער "ייתן את הדין ביחס לפגיעה הקשה שנפגע על ידו". לאחר זאת, גזר בית משפט קמא על המערער את העונשים המפורטים בפסקה 2 לעיל.

טענות המערער בערעור

31. שני ראשים לערעור שלפנינו. האחד, נוגע להרשעתו של המערער בחלק מן העבירות שיוחסו לו; והשני, עניינו בהשגה על חומרת העונש שהושת על המערער.

נפתח בטענותיו של המערער על הכרעת הדין, אשר מתמקדות בהרשעתו בעבירות המין, ובעבירה של הדחה בחקירה. יצוין, כי המערער אינו משיג על הרשעתו בעבירות השוד וגרימת היזק בזדון, שיוחסו לו בכתב האישום מושא הערעור.

אשר לעבירות שעניינן ביצוע מעשי סדום ומעשים מגונים במתלוננים, טען המערער, כי טעה בית משפט קמא בקביעתו, לפיה הוכח היסוד המרכזי בעבירות אלה לו – והוא "היעדר הסכמה חופשית". לטענת המערער, שגה בית משפט קמא כאשר נתן אמון בגרסאותיהם של המתלוננים, לפיהן בוצעו בהם המעשים המיניים בכפייה. המערער הוסיף וטען, כי מעדויות המתלוננים עצמם, הן במשטרה והן בבית המשפט, ניתן ללמוד על הסכמתם החופשית למעשים המיניים שבוצעו בהם. כך למשל, שני המתלוננים העידו כי המערער לא הגיע לסיפוקו המיני, ולטענת המערער, לו היה האירוע מתבצע בכפייה, הוא היה ממשיך במעשיו עד שיבוא על סיפוקו.

עוד נטען על-ידי המערער, כי המתלוננים התלוו אליו בהסכמה מלאה, בין משום שסברו כי תמורת יחסי המין הם יקבלו את רכושם בחזרה, ובין משום נטייתם המינית ההומוסקסואלית. לביסוס טענה זו, נטען על-ידי המערער כי אלמלא הסכימו

המתלוננים, או "נטו להסכים" כלשונו, למעשים המיניים שבוצעו בהם, היה ביכולתם להזעיק את עזרתם של עוברי אורח, או להימלט מפניו.

לא זו אף זו, כך הוסיף וטען המערער, התנהגותם של המתלוננים אינה יכולה להחשב כהתנהגות סבירה, של מי שהמעשים המיניים נכפו עליו. זאת, היות שאף אחד מהמתלוננים לא עשה דבר כדי למנוע את המעשים המיניים שביצע המערער בחברו, ובעיקר לאחר שהמערער השליך את האבן שהיתה בידו, והאיום על המתלוננים הוסר למעשה.

לטענת המערער, ניתן ללמוד על הסכמתם החופשית של המתלוננים למעשים המיניים אף מסירובו של א. להתלונן במשטרה, והעובדה כי הוא הסתפק בהחזרת החפצים לידיו. המערער הוסיף וטען, בהקשר זה, כי מעדותו של א. עולה, כי המערער הפסיק את ביצוע מעשה הסדום בפיו, לאחר שהלה התלונן על כאבים – והדבר אינו מתיישב עם מעשים הנעשים בהיעדר הסכמה.

המערער הלין על כך, כי המאשימה לא הביאה לעדות את שלוש הצעירות, שבהן נתקלו המתלוננים, בעת שצעדו עם המערער לעבר השטח הנטוש. לפי הטענה, היה ביכולתן של הצעירות להעיד על מצבם של המתלוננים בזמן שהתלוו למערער. עוד נטען, כי עדת ההגנה, ע.ו., מסרה, כי בליל האירוע, כאשר ראתה את המתלוננים הולכים ביחד עם המערער, היא לא הבחינה בדבר שאינו כשורה. עוד נטען על-ידי המערער, כי מעדותה של ר.ס., חברתם של המתלוננים, עולה שמצבו הנפשי הקשה של א. לא נבע בשל המעשים המיניים שביצע בו המערער, אלא משום שהמערער לא החזיר למתלוננים את רכושם.

המערער טען בנוסף, כי שגה בית משפט קמא בכך שלא התיר לו לקבל לידיו את תיקיהם הרפואיים והצבאיים של המתלוננים, וכן את תיק הביטוח הלאומי של ש.. לטענתו, מסמכים אלו היו יכולים להצביע על נטייתם המינית ההומוסקסואלית של המתלוננים, ובכך לסייע להגנתו.

לבסוף, טען המערער כי סירובם של המתלוננים לקיים עימות עמו, כמו גם סירובם לעבור בדיקת ד.נ.א. ובדיקת פוליגרף – פוגעים במהימנות גרסתם. עוד נטען, בהקשר זה, כי בחולצתו של ש., אשר נלקחה לבדיקת מעבדה במוז"פ, לא נמצא ממצא השייך למערער. כמו כן, לא נמצאו בזירת האירוע האבן ופחית הבירה, בהן עשה

המערער, לפי הטענה, שימוש. המסקנה העולה ממקבץ זה הינה שמדובר "בבדוח אחת גדולה", כך לטענת המערער.

אשר להרשעתו של המערער בעבירת ההדחה בחקירה, נטען כי לו היה מבקש המערער למנוע מהמתלוננים לפנות למשטרה, הוא היה נוטל, מן הסתם, גם את מכשיר הטלפון הנייד של .. לאור האמור, מבקש המערער לזכותו מעבירות המין ומהעבירה הנוספת שעניינה הדחה בחקירה.

32. בהתייחס לחומרת העונש שהושת עליו, טען המערער כי בית משפט קמא החמיר עמו יתר על המידה וללא כל הצדקה. לטענת המערער, ענישתו מנוגדת להוראת סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: ה"חט"ג), לפיו אין מענישים יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה. המערער הוסיף וטען, כי שגה בית משפט קמא משהתייחס למעשים שיוחסו לו כאירועים נפרדים ולא כאירוע אחד. עוד נטען, כי גם אם מדובר בביצוע מספר עבירות במסגרת אותו אירוע, יש להטיל על המערער עונש חופף ולא מצטבר.

המערער טען בנוסף, כי בית משפט קמא התעלם מהבדלים בטיב ובכמות המעשים שנעשו לגבי כל אחד מהמתלוננים, וגם לכך יש לתת משקל לעניין העונש. עוד טען המערער, כי טעה בית משפט קמא משלא ייחס משקל לקולה לעובדה שהרשעתו הביאה לנידויו ממשפחתו וממקורביו. לבסוף, נטען על-ידי המערער, כי בית משפט קמא לא נתן משקל לכך שהוא לא נהג בברוטאליות כלפי המתלוננים, ו"מקום שנדרש להפסיק הפסיק", וכי אין מדובר בענייננו בשני מתלוננים קטינים וחסרי אונים, אלא בבגירים בני 28-29 שנים.

33. לאור הטעמים שפורטו לעיל, ביקש המערער לזכותו מביצוע עבירות המין ומעבירת ההדחה בחקירה, ולחלופין, להפחית משמעותית בעונש המאסר שהוטל עליו.

#### תשובת המדינה

34. לגישת המשיבה, יש לדחות את ערעורו של המערער על שני חלקיו. אשר לטענת המערער בערעורו, לפיה המתלוננים הסכימו למעשים המיניים – ציינה המשיבה כי טענה זו עומדת בניגוד גמור לעדותו של המערער בבית משפט קמא, שם טען כזכור, כי כלל לא התקיים מגע מיני בינו לבין המתלוננים. היו אלה סנגוריו של המערער אשר

טענו בסיכומיהם, לחלופין, כי ככל שהתקיימו מגעים מיניים – הרי שהמתלוננים הם שפיתו את המערער, או שלמצער התקיימו המגעים בהסכמה.

המשיבה, הוסיפה וטענה בהקשר זה, כי המערער לא הצביע בערעורו על סיבה אפשרית, שעמדה בבסיס הסכמתם, כביכול, של המתלוננים למעשים המיניים. זאת ועוד, לשיטת המשיבה, גם אם תתקבל טענת המערער, כי המתלוננים הסכימו למעשים המיניים תמורת השבת רכושם הנשדד, הרי שיש בכך הוכחה להיעדר "הסכמה חופשית" מצידם של המתלוננים.

אשר לטענת המערער, כי אפשר שהמתלוננים הסכימו לקיום יחסי המין עימו גם בשל נטיותיהם ההומוסקסואליות, גורסת המשיבה, כי טענה זו מנוגדת לקביעות העובדתיות של בית משפט קמא, הן באשר לאי הסכמתם של המתלוננים והן באשר לאמון שניתן במתלוננים כי הם אינם הומוסקסואלים. בהתייחס לטענתו של המערער, בדבר דחיית בקשתו לקבלת מידע רפואי בעניינם של המתלוננים, טענה המשיבה כי בית משפט קמא הבהיר בהחלטתו, כי אין כל אינדיקציה ממשית המצביעה על הרלוונטיות של המסמכים המבוקשים לשאלות שבמחלוקת, ולפיכך ניתנה עדיפות לזכותם של המתלוננים לפרטיות.

עוד טוענת המשיבה, בהתייחס לטענת המערער בנוגע להתנהגותם הבלתי סבירה, כביכול, של המתלוננים, כי אין מחלוקת על כך שהמערער שדד אותם באזור עירוני, בו מצויים בתי עסק ותנועה ערה של אנשים, מבלי שהם התנגדו למעשיו או קראו לעזרה. הדבר מעיד על כך שהפחד שאחז בהם, שיתק אותם ומנע מהם להגיב כמצופה מהם, להזעיק עזרה למניעת השוד. פחד משתק זה, אותו תיארו המתלוננים בעדויותיהם, אחז בהם גם בהמשך, עת ביצע בהם המערער את עבירות המין הקשות. לגישת המשיבה, די היה בהשמעת האיומים ובהתנהגותו הכוחנית של המערער, במהלך ביצוע עבירת השוד, כדי להשליך על תגובותיהם של המתלוננים בעת ביצוע המעשים המיניים, ולזרוע בהם פחד נורא.

עוד הדגישה המשיבה, כי אין חולק על כך כי בין המתלוננים למערער לא היתה כל היכרות מוקדמת, ולפיכך לא הייתה להם כל סיבה להעליל על המערער עלילת שווא, המייחסת לו מעשים מיניים קשים, שבגינם הוא צפוי לרצות שנות מאסר ארוכות.

35. המשיבה הוסיפה וטענה, כי יש בעדויותיהן של ע.ו. ו-ר.ס. – בדבר מצבם הנפשי של המתלוננים זמן קצר לאחר האירוע – כדי לחזק משמעותית את גרסתם.

לטענת המשיבה, עצם העובדה שהמתלוננים פנו מיד לאחר האירוע, ושיתפו את חברתם, באופן גלוי ואותנטי, בדבר האירוע הקשה שהיה מנת חלקם באותו הלילה, מלמדת אף היא על מהימנות גרסתם.

36. אשר לטענות המערער בנוגע לסירובו של א. להגיש תלונה נגדו, כמו גם סירובו לערוך עימות עם המערער, גורסת המשיבה, כי הדבר נעוץ, כל כולו, בפחדיו הקשים של א. מפני המערער. לטענת המשיבה, חוסר רצונו הראשוני של א. בהגשת תלונה, מתיישב דווקא עם אי רצונו להביא להפללתו של המערער.

37. בהתייחס לטענה, לפיה לא נמצאו הפחית והאבן בזירת האירוע, בחיפוש שנערך למחרת היום, סבורה המשיבה, כי אין בכך כדי לפגום במהימנות גרסתם של המתלוננים, שכן מדובר בשטח פתוח ונגיש לכל, ואפשר שפריטים אלה הוזזו ממקומם.

38. ומכאן להשגתו של המערער על הרשעתו בעבירה שעניינה הדחה בחקירה. המשיבה טענה, כי הדחת המתלוננים להימנע מלמסור תלונה במשטרה, הינה תוצאה של האיומים שהשמיע המערער, ואין בעובדה כי הוא נמנע מליטול גם את הטלפון הנייד של ש., כדי להעלות או להוריד בהקשר זה. הראיה לכך הינה כי א. אכן נרתע מהגשת התלונה במשטרה ומהתמודדות חוזרת עם המערער, ורק דבקו של ש. בכוונה להתלונן נגד המערער הביאה להגשת התלונה, עוד באותו הלילה.

39. אשר לערעור על חומרת העונש, טענה המשיבה כי עונשו של המערער הינו ראוי והולם את מעשיו החמורים. לשיטת המשיבה, העונש מביא לידי ביטוי את ריבוי העבירות שביצע המערער ואת עוצמת הפגיעה בכל אחד משני קורבנותיו. נטען, בהקשר זה, כי המערער פגע קשות בכבודם של המתלוננים, בשלמות גופם ובקניינם, וזאת כאשר מעשיו הולכים ומסלימים. משכך, לשיטת המשיבה, אין מקום להתערב בעונש שהושת על המערער.

דיון והכרעה

40. לאחר שעיינתי בהכרעת דינו המפורטת של בית משפט קמא, במסכת הראיות שעמדה בפניו, בנימוקי הערעור, ובטענות הצדדים בדיון אשר נערך בפנינו, הגעתי לכלל מסקנה, כי יש לדחות את הערעור על שני חלקיו, וכך אציע לחבריי לעשות.



41. כבר בפתח הדברים, אציין, כי טענותיו המרכזיות של המערער מופנות כנגד קביעות מהימנות וממצאים שבעובדה, אשר נקבעו על-ידי בית משפט קמא. במסגרת הערעור טוען המערער, כי המעשים המיניים נעשו בהסכמתם החופשית של המתלוננים, ובכך הוא תוקף את קביעתו החד משמעית של בית משפט קמא בדבר מהימנות גרסתם של המתלוננים, אשר טענו כי המעשים נעשו בכפייה.

42. סבורני, יש לדחות את טענותיו אלה של המערער משני טעמים עיקריים. הטעם הראשון, נעוץ בהלכה הידועה לפיה ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב, בדרך כלל, בקביעות העובדתיות שנעשו על-ידי הערכאה הדיונית, ובהערכת המהימנות של העדים אשר מופיעים בפניה. הטעם השני, נוגע לגרסאותיו החלופיות של המערער באשר לעבירות המין שיוחסו לו. תחילה טען המערער, כי לא התקיים כל מגע מיני בינו לבין המתלוננים, אך לאחר מכן טען, מפי סנגוריו, כי המעשים נעשו בהסכמה. בהתאם להלכה הפסוקה, טענות עובדתיות חלופיות אלה עשויות לעמוד למערער לרועץ, כפי שיובהר בהמשך. נעמוד על הדברים כסדרם.

התערבות בממצאי מהימנות ועובדה שנקבעו על-ידי בית משפט קמא – כללי

43. הלכה מושרשת היא, כי ערכאת הערעור לא תתערב בנקל בממצאי עובדה ומהימנות אשר נקבעו על-ידי הערכאה הדיונית. כידוע, לערכאה הדיונית ישנה עדיפות מובהקת על-פני ערכאת הערעור, שכן היא זו אשר מתרשמת באופן ישיר ובלתי אמצעי מן העדים המופיעים בפניה, מאופן מסירת עדותם, מהתנהגותם והתנהלותם על דוכן העדים, ומשפת גופם. זאת, כאשר ערכאת הערעור מבססת את מסקנותיה, ככלל, על יסוד החומר הכתוב המונח לפניה (ע"פ 5920/13 אטלן נ' מדינת ישראל (2.7.2015) (להלן: עניין אטלן); ע"פ 2921/13 רייטבורג נ' מדינת ישראל (1.1.2015); ע"פ 4428/13 שטרית נ' מדינת ישראל (30.3.2014)).

דברים אלו יפים, גם כאשר מדובר בהערכת מהימנות של קורבן עבירות מין. זאת, על אף שבעבירות כגון דא, שומה על בית המשפט לבחון באופן מדוקדק וקפדני את הכרעת הדין המרשיעה, ובמיוחד כאשר ההרשעה נשענת על עדות יחידה של קורבן העבירה, בליווי הנמקה בלבד, כאמור בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) (ראו, בהקשר זה, עניין אטלן; ע"פ 5768/10 פלוני נ' מדינת ישראל (8.6.2015); ע"פ 2911/11 פלוני נ' מדינת ישראל (5.10.2014);

ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל (10.7.2013); ע"פ 8680/11 פלוני נ' מדינת ישראל (5.6.2013).

לצד זאת, נקבע כי במקרים חריגים, יש בידי ערכאת הערעור שיקול דעת רחב יותר להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, חרף יתרונה של האחרונה, כמפורט לעיל. כך הוא הדבר, כאשר הכרעתה של ערכאת הערעור התבססה, בעיקרו של דבר, על ראיות בכתב, להבדיל מהתרשמותה מן העדים; כאשר ממצאי המהימנות מבוססים על טעמים שבהגיון; כאשר קיים פגם מהותי באופן קביעת מהימנות העדים על-ידי הערכאה המבררת; או כאשר ערכאת הערעור סבורה כי לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שנקבעו על-ידיה (ע"פ 433/13 מדינת ישראל נ' פלוני (2.6.2014); ע"פ 6924/12 בעארני נ' מדינת ישראל (29.10.2013); ע"פ 3578/11 סטרוק נ' מדינת ישראל (13.8.2012)).

44. לאחר שהבהרנו את גבולות הגזרה לדיוננו, נעבור לבחון את השאלה, האם, כטענת המערער, שגה בית משפט קמא בקביעות המהימנות שנעשו על-ידו, שעל יסודן נקבעו הממצאים העובדתיים, הדרושים להכרעה בעניינו של המערער.

סבירות התנהגותם של המתלוננים

45. טרם שנדון בטענות המערער בנוגע לשאלת מהימנותם של המתלוננים, מן הראוי להתייחס, תחילה, לטענות בדבר חוסר סבירות התנהגותם, דבר המטיל, לטענת המערער, צל כבד על אמינותם. כזכור, טען המערער כי התנהגותם של המתלוננים, בתגובה למעשים שביצע בהם לכאורה, אינה בגדר התנהגות סבירה, היות שאיש מהם לא עשה דבר כדי להתנגד למעשיו של המערער או לנסות למנוע את המעשים המינייים שביצע המערער בחברו. נוסף על כך נטען, כי אין זה סביר שהמתלוננים לא ניסו לברוח, או כי לא זעקו לעזרה. סבורני, כי בדין נדחתה טענה זו של המערער, לנוכח תגובותיהם של המתלוננים למן תחילת האירוע.

אין מחלוקת כי מעשה השוד התרחש באזור עירוני, בסמוך לחנויות ובתי קפה. אף כאן ניתן היה להעלות את הטענה לפיה יכלו המתלוננים להקים מהומה או להזעיק עזרה, על מנת למנוע את שוד רכושם. ואולם, בית משפט קמא קבע, לאחר שבחן את כלל הנסיבות, כי הפחד שאחז במתלוננים שיתק אותם ומנע מהם להזעיק עזרה, על מנת לסכל את השוד, שאין ספק כי התרחש. נראה, כי כך הוא הדבר גם ביחס לעבירות המין שבוצעו במתלוננים. אין ספק כי האימה שאחזה במתלוננים מנעה מהם להגיב כפי

שאדם "טביר" היה יכול להגיב, באותן נסיבות. וכך קבע בית משפט קמא, בהקשר הנדון:

"יש לזכור, שמדובר בשני בחורים שאין לי כל ספק שפחדו מאוד מהנאשם [המערער] – והדבר היה ברור וכולט מעדותם בפנינו, עד שהפכו לחסרי יכולת של ממש להתנגד למעשיו [של המערער] באופן אקטיבי או להימלט מהמקום. הפחד שיתק אותם וגרם להם למרות תחנונים, להיענות – בסופו של דבר – לדרישותיו של הנאשם [המערער]. הם פחדו – כל אחד על עצמו, אך גם על חברו, והסבירו שגם חששו שאם יברחו, כאשר הנאשם [המערער] פוגע בחבר – הדבר יביא לפגיעה קשה יותר" (פסקה 37 להכרעת הדין).

כידוע הוא, כי התנהגותם של קורבנות עבירות מין אינה נבחנת במדדים של סבירות, ואין בנמצא דפוס של "התנהגות טבירה" המאפיינת נפגע עבירת מין. נקבע, לא אחת, כי לא ניתן לצפות את תגובתם של קורבנות תקיפה מינית, ויש להיזהר זהירות יתירה בבחינת התנהגותם בתגובה למעשים, כחוכמה שלאחר מעשה (ע"פ 4930/07 טולדו נ' מדינת ישראל (10.12.2009); ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נ"ח(6) 625 (2004)). אף הספרות והמחקר האקדמי בתחום זה, מלמדים על כך שלא ניתן ליצור דפוס של "התנהגות טבירה" מצד נפגע עבירת מין, ולא ניתן לקבוע, התנהגות שאיננה "טבירה", מהי (ראו, בהקשר זה, דפנה ברק-ארז "האישה הסבירה" פלילים ו' 115 (תשנ"ח); וגם: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011) (להלן: עניין קצב); ע"פ 1947/07 פלוני נ' מדינת ישראל (20.12.2009); ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב (13.9.2005); ע"פ 4187/04 גנטשקה נ' מדינת ישראל (21.6.2006)).

היטיבה לתאר את הדברים השופטת מ' נאור (כתוארה אז) בע"פ 2606/04 בנבידה נ' מדינת ישראל (26.4.2006):

"אין לשפוט בכלים של סבירות ורציונאליות את התנהגותו של אדם, השרוי במצוקה ופחד; לעיתים אוחז בו השיתוק ולעיתים חששו שיבולע לו עוד יותר אם יביע התנגדות מביא אותו לאי החצנת אי הסכמתו כליל" (פסקה 27 לפסק הדין).

גם בית משפט קמא אמר בהכרעת דינו דברים נכוחים בנושא זה:

“ידוע שקורבנות תקיפה מינית מגיבים בדרכים רבות ושוונות לתקיפתם, והתנהגות שהינה קפואה, חוסר יכולת להגיב, כניעה ופחד משתק – אינה חריגה ואינה מצדיקה את ההתייחסות שקיבלו המתלוננים מצד כל הגורמים, ובכלל זה, מגורמי החקירה” (פסקה 24 להכרעת הדין).

ומן הכלל אל הפרט. עיון בעדויותיהם של המתלוננים בבית משפט קמא, מלמד על תחושות הפחד וחוסר האונים שאחזו בהם שעה שהמערער ביצע את זממו. וכך העיד א., בנוגע לפסיביות ולחוסר התגובה שגילה, “כל הסיטואציה הזו הייתה של הלם, שוק, וטראומה” (עדות א., בעמ' 26 לפרוטוקול). א. התייחס אף לטענה כי יכול היה להימלט על נפשו או לסייע לחברו ש.: “אם אני אברח אז ש. יידפק... לא, גם לא יכולתי לברוח, אבל לא הייתה אופציה לברוח... נכון, ש. היה יורד לו, אני הייתי יושב לידו כאילו על הברכיים ומעל ראשי היד עם האבן. אז ככה שבכלל לא היה לי אופציה, כי גם אם כן זה סיכון... ידעתי שאיתו אי אפשר להתעסק” (עדות א., בעמ' 39 לפרוטוקול). גם ש. תיאר בעדותו בבית משפט קמא, את התנהגותו המאיימת והאלימה של המערער במהלך ביצוע המעשים המיניים: “באותו רגע הוא הוריד את המכנס, הוא הוריד את הזה של התחתון שלו והוציא את איבר המין שלו... הוא אמר ל-א. שעמד בצד ימין 'אם אתה תברח או תעשה משהו אני הורג אותך מולך’” (עדות ש., בעמ' 85 לפרוטוקול).

46. לאור האמור, ובשים לב לכלל הנסיבות ולניסיון החיים, הגעתי למסקנה כי אין בהתנהגותם של המתלוננים במהלך אירועי השוד ומעשי הסדום, כדי להפחית כהוא זה ממידת מהימנותם.

קביעות המהימנות שנעשו על-ידי בית משפט קמא, וראיות חיזוק לעדות המתלוננים

47. בית משפט קמא בחן את גרסאותיהם של המתלוננים, והתמודד באופן מעמיק עם תמיהות, שאלות וקשיים שהתעוררו בנוגע לגרסאות אלה. לאחר זאת, הגיע בית משפט קמא לכלל מסקנה, כי יש ליתן אמון מלא בעדותם של המתלוננים, ולהעדיף אותה על פני גרסתו השקרית והפתלתלה של המערער, שלא זכתה לאמונו של בית משפט קמא, ואשר נמצאה כבלתי אמינה ואף מופרכת. כאמור, הרשעתו של המערער נשענת לא רק על עדותם האמינה של המתלוננים, אלא גם על ראיות חיצוניות, התומכות בגרסתם ומחזקות אותה, כפי שיפורט להלן.

ראשית לכל, אין מדובר במקרה דנן בעדות יחידה, ואין עסקינן במצב של “גרסה מול גרסה”, מצב דברים המאפיין, במרבית המקרים, הליכים הנוגעים לעבירות

מין. בענייננו מדובר בשתי עדויות נפרדות של שני קורבנות לביצוע עבירות מין, אשר מחזקות האחת את רעותה. כאמור, עדויותיהם של המתלוננים זכו לאמונה המלא של הערכאה הדיונית ונקבע כי עדויות אלה הן כנות, עקביות ואמינות.

עוד יש להזכיר, בהקשר זה, כי המערער נטפל למתלוננים מבלי שהיתה לו כל היכרות מוקדמת עמם. בנסיבות אלה, נראה כי למתלוננים לא היה כל אינטרס לפגוע במערער, על לא עוול בכפו, והדעת נותנת כי למתלוננים לא היתה כל סיבה להעליל על המערער עלילת שווא נוראה.

שנית, בית משפט קמא מצא חיזוק ממשי לגרסתם של המתלוננים בעדויות בדבר מצבם הנפשי, לאחר התרחשות האירועים המתוארים בכתב האישום. מצבם הנפשי הקשה של המתלוננים נלמד מדבריהן של העדות ר.ס. ו-ע.ו., כמו גם מהתנהגותם של המתלוננים באירוע השוד. ובמה דברים אמורים?

העדה ר.ס., חברתם של המתלוננים מזה זמן רב, העידה על כך ש-א. היה מאוד נסער כאשר התקשר אליה, מיד אחרי קרות האירועים: "הוא היה ממש בהיסטריה, באמת, הוא דיבר כל כך מהר, שחלק מהדברים לא הבנתי" (עדות ר.ס., בעמ' 11-12 לפרוטוקול). לא מצאתי ממש בטענת המערער לפיה, מצבו הנפשי הקשה של א., נבע מאירוע השוד דווקא, ובשל העובדה שהמערער לא השיב למתלוננים את חפציהם. עיון בעדותה של ר.ס., מוביל למסקנה ברורה כי אין כל מקום לפרש את סערת הרגשות בה היה נתון א. כנובעת ממעשה השוד, וברור לחלוטין כי מדובר בעבירות המין שבוצעו בו ובחברו, אשר גרמו לו לאותה היסטריה המתוארת על-ידי ר.ס..

ו.ו., שכנתם של המתלוננים, אשר העידה מטעם ההגנה, מסרה למשטרה, כזכור, כי ראתה את המתלוננים כשהם "מבוהלים". בבית משפט קמא העידה ע.ו., אמנם, כי כאשר ראתה את המתלוננים בליל האירוע, היא לא הבחינה בדבר שאינו כשורה. עם זאת, כאשר עומתה ע.ו. עם השוני בגרסאותיה, היא הבהירה כי המתלוננים נראו לה מבוהלים בשעה שסיפרו לה את קורותיהם באותו הלילה ואף ימים ספורים לאחר מכן. בית משפט קמא קיבל הסבר זה וקבע כי:

"באשר לבהלה שראתה – או לא ראתה – על פני המתלוננים, צודקת התובעת בסיכומיה, כי די בכך שהיו עדיין מבוהלים עת פגשו את ע.ו. לאחר האירועים, כדי להצביע על מצבם הנפשי" (פסקה 29 להכרעת הדין).

ניתן אף ללמוד על אודות מצבם הנפשי של המתלוננים, מקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, לעניין פחדם של המתלוננים מאימת המערער, ותגובתם בשל כך לאירוע השוד:

”...די בכך שאין חולק עוד כי בחלק הראשון של האירוע, באירוע השוד, שהיה ברחוב ראשי ובסמוך לחנויות, קפאו המתלוננים על מקומם, נתנו לנאשם [למערער] את רכושם, נתנו לו לחטט בכיסיהם, ולא עשו מאומה כנגד זאת, כדי ללמד על מצבם הנפשי” (פסקה 24 להכרעת הדין).

נזכיר, כי מצב נפשי קשה הוכר בפסיקה כראיית חיזוק בעלת משקל ממשי (ע”פ 2921/13 רייטבורג נ’ מדינת ישראל (1.1.2015); ע”פ 6140/11 פלוני נ’ מדינת ישראל (9.5.2012)).

שלישית, בית משפט קמא מצא חיזוק לעדויות המתלוננים בשקריו של המערער; בהכחשתו הגורפת בתחילת ההליך; ובריבוי גרסאותיו. כך, בחקירתו הראשונה במשטרה, הכחיש המערער כי פגש במתלוננים, ואילו בחקירתו השנייה, אישר המערער כי נטל מהמתלוננים את חפציהם, וזאת לאחר שהם “התחילו” איתו. בתשובתו לכתב האישום, חזר המערער וכפר בקיום מפגש כלשהו עם המתלוננים, ורק לאחר שהחלה שמיעת הראיות בבית משפט קמא, שינה המערער את גרסתו, וטען כי קיבל מהמתלוננים את רכושם, וזאת בהסכמתם, לאחר שהם רמזו לו כי הם מעוניינים במגע מיני עימו. בית משפט קמא קבע כי אין ליתן כל אמון במערער ובגרסאותיו המשתנות, וזאת הן בשל הסתירות והתמיהות שעלו מגרסאותיו, והן בשל כך שעדותו התאפיינה בתשובות מתחמקות, בחוסר כנות, ובחוסר נכונות להשיב בגלוי ובאופן ענייני לשאלות שנשאל. כדוגמא לשקריו של המערער ולחוסר אמינותו, ראה בית משפט קמא בדבריה של ע.ו., שהיתה, כזכור, עדת הגנה:

”ובענייננו, די, למשל, בשקריו של הנאשם [המערער] בכל הנוגע לכך שטען, שעזב את המתלוננים בכביש הראשי וכלל לא הלך עמם מעבר לכך לכל מקום שהוא – שקר שהוכח דווקא על ידי עדותה של ע.ו., עדת ההגנה, שראתה את המתלוננים עם הנאשם [המערער] הרחק מהכביש הראשי, כשהם צועדים לכיוון המקום בו נטען שבוצעו בהם המעשים” (פסקה 42 להכרעת הדין).

48. לסיכום, בית משפט קמא ביסס את ממצאיו העובדתיים, בראש ובראשונה, על עדויות שני המתלוננים, בהם נתן אמון מלא. קביעותיו של בית משפט קמא באשר

למהימנות וכנות עדויותיהם של המתלוננים הינן נחרצות וברורות, ובית משפט קמא מצא חיזוקים משמעותיים לגרסתם האמינה של המתלוננים. מנגד, דחה בית משפט קמא את גרסאותיו המשתנות של המערער, וקבע כי לא ניתן לתת כל אמון בעדותו.

טענות עובדתיות חלופיות מצד המערער

49. למעלה מן הצורך, אדון בקצרה במשמעות הראייתית שיש להצגת טענות עובדתיות חלופיות, אשר עומדות בסתירה בינן לבין עצמן. כזכור, המערער הציג בפני בית משפט קמא שתי גרסאות עובדתיות חלופיות. האחת, כי כלל לא התקיים בינו לבין המתלוננים כל מגע מיני. בגרסה זו דבק המערער החל מחקירתו במשטרה ועד למסירת עדותו בבית משפט קמא. הגרסה השנייה החלופית היא, כי ככל שהתקיימו יחסי מין בין המערער למתלוננים, הרי שהדברים בוצעו בהסכמה (ואף נטען, בהקשר זה, כי המתלוננים הם אלה שפיתו את המערער). הגרסה החלופית נטענה לראשונה, על-ידי בא כוחו של המערער, בשלב הסיכומים בבית משפט קמא, והיא הועלתה כטענה חלופית גם במסגרת הערעור דנן. כאמור, במהלך הדיון שנערך לפנינו, חזר בא-כוחו של המערער אל הגרסה הראשונית, לפיה לא היה כל מגע מיני בין המערער לבין המתלוננים. עם זאת, נטען לחלופין כי יחסי המין בוצעו בהסכמה, וכי המדינה לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח את יסוד "היעדר ההסכמה".

י"אמר כבר עתה, כי הנני רואה קושי רב בהעלאת טענה עובדתית חלופית, העומדת בסתירה להכחשתו הנחרצת של המערער את עצם קיומו של מגע מיני, בינו לבין המתלוננים. על פי אחת הגישות המקובלות בפסיקה, משבחר נאשם בגרסה עובדתית, לפיה הוא לא נטל חלק באירוע פלילי כלשהו, אין הוא יכול להעלות טענה חלופית, ממנה עולה כי הוא אכן השתתף באירוע, אך עומדת לו הגנה מפני הרשעה בפלילים (ראו, לעניין זה: ע"פ 6952/07 רפאילוב נ' מדינת ישראל (28.6.2010); ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל (3.8.2011); ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל (3.5.2015), בפסקה 55 לפסק דיני; ע"פ 3151/08 דוידוב נ' מדינת ישראל (26.5.2010)).

יפים לענייננו הדברים שנקבעו, בהקשר זה, בעניין קצב:

"העובדה שנאשם נקט קו הגנה קיצוני ולא תמך בגרסה היכולה לתמוך בקו קיצוני פחות עלולה לעמוד לו לרועץ. להכחשה טוטאלית יש לעיתים תוצאות לוואי ראייתיות השוללות אפשרות של העלאת טענה חלופית

הסותרת את ההתכחשות הכוללנית" (פסקה 171 לפסק-הדין).

גישה זו מקבלת משנה תוקף, שעה שהרשעתו של הנאשם, כבמקרה דנן, נסמכת בעיקרה על עדויות ישירות המלמדות על מעורבותו בביצוע העבירה הפלילית (ראו, למשל, ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל (13.5.2015) (להלן: עניין אגבריה); ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2012); עניין קצב, פסקה 176 לפסק הדין). ויודגש, אף אם יש מקום לבחון קו הגנה חלופי שהעלה הנאשם, על קו הגנה זה להיות סביר, ונדרש כי יהיה לו תימוכין בחומר הראיות. במילים אחרות, התרחיש החלופי ייבחן ככל שקיימת תשתית ראייתית עובדתית בחומר הראיות התומכת באפשרות קיומו של תרחיש זה (ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל (4.9.2006); ע"פ 9256/11 פידיניאן נ' מדינת ישראל (23.9.2014); עניין קצב, שם; עניין אגבריה, בעמ' 38 לפסק דיני; וראו גם: ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל (11.12.2014)).

בענייננו, הגרסה החלופית שהעלה בא-כוחו של המערער אינה מתיישבת עם חומר הראיות שהוצג בבית משפט קמא, ואין לה כל בסיס ראייתי, ולו הדל ביותר. לא זו בלבד שהמתלוננים שללו בעדויותיהם כל הסכמה למעשים המיניים שביצע בהם המערער, אלא שהם העידו בבית משפט קמא על מסכת ההתעללות שהיתה מנת חלקם מצידו של המערער, והם תיארו בפירוט רב את התנהלותו האלימה והמאיימת כלפיהם, הן במהלך השוד, והן במהלך ביצוע עבירות המין.

עוד ראוי לציין, כי, ככל שהטענה היא כי המתלוננים הסכימו לביצוע המעשים המיניים תמורת האפשרות שיוחזר להם רכושם שנשדד, הרי שאין מדובר ביחסי מין המתבצעים בהסכמה חופשית. אפשרות חלופית זו מתארת, הלכה למעשה, יחסי מין שנעשו בכפייה, ואין מדובר ביחסים הנובעים מהסכמה ומרצון.

עוד יש להזכיר, כי בית משפט קמא בחן את קו ההגנה החלופי של המערער (וליתר דיוק של פרקליטו), ודחה באופן מפורש את הטענה החלופית כי יחסי המין נעשו בהסכמתם של המתלוננים. נקבע, כי הטענה לפיה המתלוננים הסכימו למעשים המיניים נעדרת כל אחיזה בחומר הראיות, כאשר גרסתו המכחישה של המערער לא זכתה לאמונו של בית משפט קמא, אשר חיווה את דעתו השלילית באשר למהימנותו של המערער.



50. נוכח האמור לעיל, המסקנה המתבקשת היא, כי קו ההגנה החלופי התנפץ לרסיסים, כמו גם קו ההגנה העיקרי של המערער. לפיכך, אינני מוצא עילה מבוררת להתערב בקביעות העובדתיות שנעשו על-ידי בית משפט קמא, אשר שימשו בסיס להרשעתו של המערער.

טענות נוספות

51. מכאן אעבור לדון בקצרה בטענות נוספות שהעלה המערער.

52. בין יתר טענותיו, טען המערער כי המתלוננים הסכימו לקיום יחסי המין עמו, בשל נטיותיהם המיניות ההומוסקסואליות. לטעמי, אין כל ממש בטענה זו.

ראשית, אין בכוחה של טענה זו בדבר "נטייה מינית" כדי ליצור, מניה וביה, הסכמה מצד המתלוננים למעשים שבוצעו בהם. שאלת נטייתם המינית של המתלוננים אין בה ולא כלום לעניין הסכמתם החופשית לקיום יחסי מין עם המערער, ואין ליצור אקסיומה לפיה כל מי שהוא בעל נטייה הומוסקסואלית מסכים להיבעל על-ידי אדם זר, שאינו מוכר לו.

שנית, אין בטענה זו כדי לסדוק את קביעות המהימנות החד משמעיות שנעשו על-ידי בית משפט קמא ביחס למתלוננים, הן באשר לאי הסכמתם למעשיו של המערער והן בנוגע לנטייתם המינית שאינה הומוסקסואלית. נזכיר, בהקשר זה, כי בית משפט קמא אף ביקר בחריפות את התנהלותם של חוקרי המשטרה, אשר חקרו את המתלוננים לגבי נטייתם המינית, בקובעו, בצדק רב, כי מדובר בשאלה בלתי רלוונטית, אשר אין לה כל השלכה על מעשיו הפליליים של המערער.

53. בא כוחו של המערער התייחס להתנהלות המתלוננים לאחר האירוע, ובכלל זאת לעובדה שהמתלוננים סירבו לערוך עימות עם המערער, וסירבו לביצוע בדיקת פוליגרף ובדיקת ד.ג.א.. בית משפט קמא התמודד עם טענותיו אלה של המערער, ודחה אותן בהכרעת דינו, באופן מקיף ומנומק. אינני סבור כי יש מקום להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא, אשר מצא כי התנהגותם זו של המתלוננים אינה בגדר תגובה חריגה, וזאת על רקע העובדה שהם נדרשו להתמודד עם האופן בו התנהלה חקירת המשטרה בעניינם, עת נשאלו שאלות מבישות ומשפילות (ראו, בהקשר זה, פסקה 25 להכרעת הדין). לפיכך, אין להתפלא על כי הם נרתעו מהתמודדות נוספת עם המערער

וסירבו לערוך עימות עמו (וזאת גם בשל חששם ממנו), ואף סירבו לעבור בדיקות פורנזיות נוספות.

54. עוד אציין, כי אין בידי לקבל את טענת המערער, בדבר היעדר ממצא פיזי על גופם של המתלוננים, שכן, אין בהיעדר ממצא פיזי חיובי בגופם של המתלוננים, כדי לפגוע במהימנות גרסתם. זאת, על רקע המארג הראייתי המספק והממשי שהוצג בפני בית משפט קמא. ההלכה הפסוקה מורה, כי יש לשים את הדגש על "היש הראייתי", כאשר על בית המשפט לשאול את עצמו, האם הוצגו ראיות מספיקות כדי לבסס את הרשעתו של הנאשם מעבר לספק סביר (ע"פ 3947/12 סאלח נ' מדינת ישראל (21.1.2013); ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (18.5.2006); עניין צרפתי, בפסקה 58 לפסק דיני).

55. אף טענות המערער לעניין הרשעתו בעבירה של הדחה בחקירה – דינן להידחות. לטענת המערער, לו חפץ המערער למנוע מהמתלוננים לפנות למשטרה, הוא היה נוטל גם את מכשיר הטלפון הנייד של ש.. לטעמי, אין כל ממש בטענה זו והיא אינה מעלה או מורידה לעניין הרשעתו של המערער בעבירת ההדחה בחקירה. כזכור, המתלוננים מסרו, הן בחקירתם במשטרה והן בעדותם בבית משפט קמא, כי המערער "הזהיר אותם לבל יתקשרו למשטרה", ובית המשפט מצא לייחס אמון מלא לגרסה זו, שהיתה מלווה בחיזוקים שונים, כפי שפורט לעיל. די בכך כדי להביא להרשעתו של המערער בעבירת ההדחה בחקירה, כפי שיובהר להלן.

בהתאם לסעיף 245(ב) לחוק העונשין, שכותרתו "הדחה בחקירה", תוטל אחריות פלילית על מי "שמניע" או "המנסה להניע" אדם, על מנת שלא ימסור הודעה בחקירה על פי דין, וכאשר הדבר נעשה "בדרך של מרמה, הטעיה, כוח, איומים, הפחדה, מתן טובת הנאה או כל אמצעי פסול אחר", עונשו של המבצע יעמוד על שבע שנות מאסר במקום חמש שנים לפי ס"ק(א). יצוין, כי עבירת ההדחה תושלם גם אם לא השיגה את מטרתה, ונמסרה, לבסוף, הודעה במשטרה (ראו: רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, נה(5) 729, 755 (2001)). זאת, מאחר שעסקינן בעבירה התנהגותית, שיסודותיה מתגבשים, בין אם הובילו מעשי הנאשם להימנעות מהגשת תלונה או הודעה, ובין אם לאו (ראו, בהקשר זה, ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל מג(3) 221 (1989)).

בענייננו, המתלוננים הגישו, אמנם, תלונה במשטרה, אך אין ניתן להתעלם מכך ש-א. נרתע תחילה מהגשת תלונה וחשש מהתמודדות חוזרת עם המערער. רק

נחישותו של ש. להתלונן בגין העבירות החמורות שבוצעו על-ידי המערער, הם שהביאו, בסופו של יום, להגשת תלונה במשטרה. כאמור, עצם ניסיונו של המערער למנוע מהמתלוננים להגיש תלונה במשטרה, וזאת בדרך של הפעלת כוח, איומים, והפחדה, הוא המגבש את עבירת ההדחה בחקירה, ולפיכך בדין הוא הורשע בביצוע עבירה זו.

56. ואם הגענו עד הלום, אבקש להתייחס בקצרה לטענת המערער בדבר קיומו של "מחדל חקירה" בעניינו. לפי הטענה, יש לראות כמחדל חקירה את בחירת המאשימה שלא להביא לעדות שלוש צעירות, שבהן נתקלו המתלוננים, בעת שצעדו עם המערער לעבר השטח הנטוש. טענה זו הועלתה בבית משפט קמא ונדחתה בצדק, שכן לא נמסרו פרטים מזהים אודות אותן נערות, ומכל מקום לא ידוע מה היה ביכולתן לתרום לשאלות שהתבררו במסגרת ההליך המשפטי. לפיכך, אין מדובר כלל במחדל חקירה מצידם של גורמי החקירה.

אוסף עוד, כי אף אם אניח כי מדובר במחדל חקירתי (ואינני סבור כך), אין עסקינן במחדל היורד לשורשו של עניין, ואין בו כדי לפגוע מהותית במערער או כדי לקפח את הגנתו ולמנוע ממנו להקים ספק סביר בדבר אשמתו. מכל מקום, אין בעובדה כי שלוש הצעירות האלמוניות, לא נחקרו במשטרה, כדי לכרסם ב"יש הראייתי" שדי בו כדי לבסס את הרשעת המערער מעבר לספק סביר (וראו עוד, בעניין זה: ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (4.6.2006); ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל (29.11.2007); ע"פ 5073/11 חנוכה נ' מדינת ישראל (12.11.2014); ע"פ 875/12 אבו טהה נ' מדינת ישראל (7.1.2013)).

לפיכך, דינה של הטענה בנוגע לקיומו של מחדל חקירה, להידחות.

57. העולה מן המקובץ הוא, כי אין כל עילה להתערבותנו בהכרעת דינו המפורטת של בית משפט קמא, ואציע לחבריי לדחות הערעור על הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

58. המערער משיג גם על חומרת עונשו, במידה שערעורו על הכרעת הדין ידחה, שכן לטעמו בית משפט קמא החמיר עמו יתר על המידה.

59. נפתח במושכלות ראשונים, לפיהן ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעונש שהוטל על-ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין, או שניכרת בו סטייה קיצונית ממדיניות הענישה הראויה והמקובלת בנסיבות דומות (ע"פ 4777/11 מדינת ישראל נ' לאסי (1.11.2012); ע"פ 6149/11 פלוני נ' מדינת ישראל (31.10.2012); ע"פ 7350/12 פלוני נ' מדינת ישראל (14.1.2013)). אקדים ואומר, כי לטעמי העונש שהושת על המערער הינו ראוי ומאוזן, ובוודאי שהוא אינו מבטא סטייה מהותית וקיצונית מרמת הענישה המקובלת בעבירות כגון דא, ולפיכך אציע לדחות את הערעור גם לעניין העונש.

60. אין ניתן לחלוק על כי מעשיו של המערער הינם קשים וחמורים, על פי כל אמת מידה. המערער נטפל לשני המתלוננים אשר הלכו לתומם ברחוב, כאשר אחד מהם העז לשרוק להנאתו, והעלה בכך את חמתו של המערער. בשלב הראשון, שדד המערער את רכושם של המתלוננים, תוך שהוא מטיל עליהם אימה ופחד. בהמשך, הגיע המערער לשיא השיפלות והאכזריות כאשר הוא הוביל את המתלוננים המפוחדים לשדה נטוש, ושם הוא ביצע בהם סדרה קשה ומשפילה של מעשי סדום ומעשים מגונים אכזריים ומכוערים, תוך התעלמות מבכיים ומתחנוניהם כי יניח להם. המערער ניצל את חולשתם ואת חוסר האונים שגילו המתלוננים, הוא רמס את כבודם והשפילם עד עפר, וכל זאת כדי לספק את יצריו המיניים הסוטים והמעוותים. הנזק שנגרם למתלוננים כתוצאה ממעשיו הנפשעים של המערער הינו כבד מנשוא. למרות חלוף הזמן מאז מסכת האירועים הטראומטיים, לא עלה בידי המתלוננים להשתחרר מתחושת ההשפלה הנוראית, וכעולה מעדותם בבית המשפט, הם עדיין חשים פחד וחרדה מפני המערער, אשר עמידה על זכותו לכפור במיוחס לו, אילצה אותם לחזור אל דוכן העדים ולשטוח בפני בית המשפט, פעם נוספת, את שהתרחש באותו לילה נורא, שבו התעלל בהם המערער, פיזית, מינית ונפשית. על מצבם הקשה של המתלוננים ניתן ללמוד מתסקירי קורבן העבירה שהוגשו בעניינם, מהם עולה כי הם מתקשים להתאושש מהחווייה הקשה והטראומטית שהייתה מנת חלקם, כאשר הטלטלה שעברו משפיעה על כל תחום ומישור בחייהם, והיא תלווה אותם עוד שנים ארוכות.

61. המערער הורשע בביצוע חמישה מעשי סדום, לפי סעיף 347(ב) ביחד עם סעיפים 345(א)(1) ו-345(ב)(2) לחוק העונשין, כאשר העונש המירבי בגין ביצוע עבירה אחת הינו 20 שנות מאסר. העונש הקבוע בצד עבירת המעשים המגונים הינו 10 שנות מאסר, ובצד עבירת השוד בנסיבות מחמירות – 20 שנות מאסר.

עונש המאסר שהושת על המערער, 15 שנות מאסר, הגם שאינו קל – אינו חורג מרמת הענישה המקובלת והראויה במקרים דומים. כך, בע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (6.4.2009) הועמד עונשו של המערער על 16 שנות מאסר (לאחר שכבית המשפט המחוזי הושתו עליו 18 שנות מאסר), בגין ביצוע מספר רב של מעשי סדום במתלונן שטרם מלאו לו 14 שנים. בע"פ 6614/07 הינדאווי נ' מדינת ישראל (6.7.2009) אושר עונש של 16.5 שנות מאסר בגין ביצוע מעשה אונס אכזרי במתלוננת מבוגרת שצעדה לבדה בצד הכביש. נאמר בפסק הדין, בין היתר, כי "עונשו של המערער נועד לשקף את החומרה המיוחדת שבמעשיו, ולתת ביטוי לשיקולי הגמול וההרתעה, ובהם הצורך להגן על הציבור מפשיעה מסוכנת מסוג זו שארעה כאן". לאחרונה, ניתן פסק הדין בע"פ 2832/14 בינסטוק נ' מדינת ישראל (20.7.2015) שאף שם מדובר באונס אכזרי של אשה שיצאה מפאב, תוך שימוש באלימות קשה. על המערער נגזרו 16 שנות מאסר לריצוי בפועל וערעורו נדחה. אף כאן נאמר, כי "בעבירות מסוג זה יש לשים את עיקר הדגש על עקרונות הגמול וההרתעה, כאשר לנסיבותיו האישיות של העבריין יינתן משקל מופחת" (וראו גם, ע"פ 2370/06 אונאיאטוב נ' מדינת ישראל (14.11.2007); ע"פ 2062/11 בורדנבה נ' מדינת ישראל (22.7.2013)).

62. עברו של המערער אינו נקי, הגם שלא נרשמו לחובתו הרשעות קודמות מתחום עבירות המין. ואולם, על אופיו העברייני של המערער ניתן ללמוד מהעובדה כי לאחר שהוא שוחרר למעצר בית בתיק זה, הוא הפר את תנאי השחרור, יצא מהבית בו היה אמור לשהות, וביצע עבירת רכוש. בגין כך הועמד המערער לדין בנפרד ונגזרו עליו 6 חודשי מאסר לריצוי בפועל, ונקבע כי תקופה זו לא תנוכה מתקופת מעצרו. עוד יש לציין כי המערער אינו זכאי להקלה הניתנת למי שמודה במיוחס לו, מביע חרטה וצער, ומקבל אחריות מלאה על מעשיו.

לצד הקולה, נתן בית משפט קמא את דעתו לגילו הצעיר של המערער, למצבו האישי והמשפחתי, לרקע התרבותי שממנו הגיע ולטענתו בדבר הנידוי החברתי שהוטל עליו. לאחר שקלול כלל הנתונים לקולה ולחומרה, הגיע בית משפט קמא, לטעמי, לתוצאה מאוזנת וראויה שאינה מצדיקה כל התערבות.

63. לסיום, אתיחס בקצירת האומר לטענת הסנגור לפיה לא היה מקום לגזור על המערער עונשים נפרדים, בגין ביצוע עבירות המין בכל אחד מהמתלוננים. כזכור, גזר בית משפט קמא על המערער 9 שנות מאסר לריצוי בפועל בגין העבירות שביצע כלפי כל אחד מהמתלוננים, אך הורה על חפיפה חלקית של העונשים, כך שעונשו של המערער עומד על 15 שנות מאסר. לטעמי, צדק בית משפט קמא בכך שראה במעשיו

של המערער, בכל אחד מהמתלוננים, כשני אירועים נפרדים (ראו לשם השוואה סעיף 40'ג לחוק העונשין), וגם אם יש זיקה ביניהם, הרי שהיה מקום לענישה נפרדת לגבי כל מתלונן ומתלונן. הסנגור טען, בין היתר, כי יש לראות את מכלול מעשיו של המערער כאותו "מעשה", בהתאם לסעיף 186 לחסד"פ, ולכן היה על בית משפט קמא להימנע מצבירת העונשים. ואולם, על פי המבחנים שנקבעו בפסיקה (ראו, בין היתר, ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289 (1997); ע"פ 9804/02 שר נ' מדינת ישראל (21.4.2004), היינו המבחן הצורני-עובדתי והמבחן המהותי-מוסרי, אין לראות במעשיו של המערער כלפי כל אחד מהמתלוננים כמעשה אחד, ועל כן היתה הצדקה לצבירת העונשים, וכזכור בית משפט קמא הסתפק בצבירה חלקית בלבד. עוד אוסיף, כי בית משפט קמא היה יכול להטיל עונש כולל של 15 שנות מאסר, במקום לקבוע עונשים נפרדים, וגם אז לא היה מקום להתערבותנו בגזר הדין.

64. סוף דבר, על יסוד האמור לעיל אמליץ בפני חבריי לדחות את ערעורו של המערער על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

1. בסצינה שנראית לקוחה מהסרט "גברים במלכודת", המערער ביצע מעשי סדום בשני המתלוננים שבפנינו תחת איומי אבן גדולה שהחזיק בידו. בתי המשפט מורגלים לצערנו בעבירות מין בנשים, באשר אונס נשים נפוץ בהרבה מאונס גברים, והמקרה שבפנינו חריג מבחינה זו שקרבנות העבירה הם גברים.

ודוק: המערער הורשע במעשה סדום ולא במעשה אינוס, לאור ההגדרה של אינוס כבעילת אשה לפי סעיף 345 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הגדרה שמקורה עוד בפקודה המנדטורית ואשר משקפת את הגישה המגדרית ששררה באותם זמנים. ביני לביני תוקן בשנת 1994 החוק באנגליה כך שעבירת האינוס כוללת כיום גם אונס גברים (ראו: Criminal Justice and Public Order Act 1994, Section 142: "(1) It is an offence for a man to rape a woman or another man").

בשנת 2003 סעיף זה בוטל, ובמקומו חוקק ה-Sexual Offences Act 2003, אשר נוקט בלשון ניטרלית, ומתאר את מושא האונס כ-"person". גם חוק העונשין הקנדי נוקט בלשון ניטרלית דומה, ראו: Canadian Criminal Code R.S.C., (1985, c. C-46, Section 272). בהקשר זה אפנה להצעת חוק הפרטית של חברות הכנסת מיכאלי, גלאון ורוזין "הצעת חוק למניעת כפייה מינית, התשע"ה-2015, בו מוגדרת המילה "אישה" – לרבות איש" (בדומה, גם בהצעת החוק הפרטית באותו שם משנת 2005 של חברי הכנסת לבני, בריזון, חן, ליבוביץ, ראצבי ושלגי).

2. התופעה של גברים שעברו תקיפה מינית היא כמעט בגדר טאבו, בהיותה עומדת בניגוד למוסכמה החברתית-סטריאוטיפית כי גבר, בניגוד לאשה, מסוגל להגן על עצמו. נראה כי זו הסיבה למיעוט המקרים שמגיעים לבתי המשפט, כך שהמתלוננים במקרה דנן נדרשו למידה גדולה של אומץ כדי לשבור שתיקה ולחצות את מחסום הבושה, המבוכה, והאשמה העצמית. נראה כי חוקרי המשטרה התקשו להבין הכיצד שני בחורים אינם יכולים להתמודד עם בריון אחד בדמותו של המערער, והדבר התבטא ביחסם אל המתלוננים, כפי שעמד על כך בית משפט קמא. במהלך השנים, חל שיפור בטיפול המשטרה בנפגעות עבירות מין, אם כי עדיין יש הרבה לשפר בתחום זה. המקרה שבפנינו מוכיח כי ככל שהדבר אמור בגברים נפגעי תקיפה מינית, הדעות הקדומות לגבי "גבריות" עדיין שולטות בכפה. תהא זו תרומתם של המתלוננים אם בעקבות המקרה דנן, "יחודדו" ההנחיות והצורך בתבונה וברגישות בסוגיה של עבירות מין כנגד גברים, הן בשורות המשטרה והן בקרב הרופאים העוסקים בטיפול בנפגעי עבירות מין וב"ערכות האונס" לצורך איסוף הראיות המשפטיות.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו היסודי והמקיף של חברי השופט א' שהם  
וכן להערות של חברי, השופט י' עמית.

ברצוני רק להוסיף כי ראוי שרשויות החקירה והאכיפה – במסגרת  
"חידוד" ההנחיות, עליהן דיבר חברי, השופט י' עמית, יבהירו גם שנטיה מינית כזו,  
או אחרת – אין בה כדי להשפיע על שאלת "ההסכמה החופשית" לקיום יחסי מין.  
מעבר לכך – יש אף צורך להדריך בדבר הרגישות הנדרשת בחשיפת נטייה מינית  
(של מי שאינם רוצים בכך) בעת בירור תלונה על פגיעה מינית, במיוחד על רקע  
העובדה שמי שבוחרים להסתיר את נטייתם המינית הם, לעיתים, קרבנות לפגיעה  
וחוששים להתלונן.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ה' באלול התשע"ה (20.8.2015).

שופט

שופט

שופט