



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2080/14

לפני: כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים מיום  
5.2.2004 בתפ"ח 31130-03-12 שניתן על ידי כבוד סגן  
הנשיא י' צבן והשופטים מ' מזרחי ור' כרמל

בשם המערער: עו"ד גיל דחוח; עו"ד גלית רוטנברג;  
עו"ד גד זילברשלג

בשם המשיבה: עו"ד חיים שוויצר

בשם שירות מבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

מונח בפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט המחוזי בירושלים (תפ"ח  
31130-03-12, מפי סגן הנשיא י' צבן, השופטת מ' מזרחי והשופט ר' כרמל), בו  
הורשע המערער, יליד 1978, לאחר שמיעת ראיות, בעבירת בעילה אסורה בבן משפחה  
לפי סעיף 351(ב), מעשה סדום בבן משפחה לפי סעיף 351(ב), מעשה מגונה בקטין בן  
משפחה לפי סעיף 351(ג)(3), והפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287(א) – כל הסעיפים  
המוזכרים הינם לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק). על המערער נגזרו

עונש מאסר בפועל של שמונה שנים, מאסר על תנאי לתקופה של שמונה עשר חודשים, ופיצוי בסך שלושים אלף ₪ למתלוננת. הערעור מופנה כנגד שני חלקי פסק הדין.

רקע

1. כתב אישום הוגש כנגד המערער ונאשם נוסף (להלן: נאשם 2) – אשר היו נשואים לשתי אחריות במועדים הרלוונטיים לכתב האישום. שתי המתלוננות בתיק הינן שתי אחריות נוספות של בנות הזוג. האחת היא ילידת יולי 1988, והשניה ילידת 1991 (להלן: המתלוננת ומתלוננת 2). המערער הואשם והורשע כאמור בביצוע עבירות כלפי המתלוננת. נאשם 2 הואשם בביצוע עבירות כלפי שתי המתלוננות, וזוכה מכל האישומים כנגדו. יש להדגיש כי המעשים המיוחסים למערער נמשכו על פני תקופה של כשלוש וחצי שנים – בין פברואר 2003 לאוקטובר 2006. המעשים שיוחסו לנאשם 2 כלפי המתלוננת, ומהם זוכה, התייחסו לתקופה שבין סוף שנת 2003 לאוקטובר 2006. למרות החפיפה בזמנים בין השניים, אין טענה כי התקיים אירוע מיני משותף לשניהם במקביל. אולם, המתלוננת כן העידה כי לעיתים קיימה יחסי מין עם המערער ועם נאשם 2 באותו יום ממש. כך הדבר בפן העובדתי.

בפן המשפטי, העבירות העיקריות שביצע המערער כלפי המתלוננת הינן בעילה אסורה, מעשה מגונה ומעשה סדום בכך משפחה. יובהר כי הגדרת המושג "בן משפחה" בסעיף 351(ה)(2) לחוק, לצורך האיסור של קיום יחסי מין בהסכמה, מתחמת את העבירות הרלוונטיות לקשר מיני בין אדם לגיסתו עד לגיל 16 בלבד. אחרי גיל זה, קיום יחסי מין בהסכמה בין קרובי משפחה כאלה – אינו אסור לפי חוק. הדבר הופך את תקופת הזמן בה נעשו המעשים לרלוונטית מאוד, ואת כל המעשים שנעשו לאחר גיל 16 – לכאלו שאינם מקימים עבירה פלילית. עובדה זו חשובה היא לענייננו, כפי שיצוין בהמשך.

על פי עובדות כתב האישום, באזור פברואר 2003 הסיע המערער את המתלוננת, בהיותה בת 14 וכשמונה חודשים, מבית ספרה שבירושלים לבית"ר עילית – מקום מגורי הוריה. במהלך הנסיעה עצר המערער את הרכב בצד הדרך, והחל ללטף את המתלוננת ברגליה, חזה, מתחת לחולצתה ומעל לגופייתה. לאחר מכן נגע באיבר מינה, ושאל אותה אם היא יודעת "מה זה". לכך לא הגיבה המתלוננת. לאחר סיום ביצוע המעשים המשיך המערער בנסיעה.

ימים ספורים לאחר מכן, בערב פורים, נסעו השניים בשנית. המערער עצר את רכבו, והורה למתלוננת להוריד את חולצתה. משעשתה זאת, הראה הוא לה את איבר

מינו, וסיפר לה כיצד מקיימים יחסי מין. אז עברו למושב האחורי של הרכב, הוא שכב עליה, ליטף וחיבק אותה, כשהוא מוריד מעט את מכנסיו ותחתוניו. עם חלוף הזמן, הלכו מעשים אלו והקצינו. המערער היה עוצר בצד הדרך, מורה למתלוננת להתפשט, מתפשט אף הוא, ומתחכך בגופה של המתלוננת עד שהגיע לסיפוקו. לעיתים היה מבקש ממנה למצוץ את איבר מינו או לאונן לו. כמו כן נהג להחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה, ואת איבר מינו לפי הטבעת שלה.

במועד מסוים, שאינו מצוין בכתב האישום, החלו השנים לקיים יחסי מין מלאים, פעמיים-שלוש בשבוע. המערער נהג לקרוא למתלוננת, בין היתר למקום עבודתו בירושלים, והיא הייתה מגיעה אליו לאחר סיום לימודיה. במקרים מסוימים, הסיע אותה המערער ברכבו, עצר בצד הדרך והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שבא על סיפוקו. לעיתים אף הראה למתלוננת סרטים פורנוגרפיים. במקרים אחרים, ביצע המערער את מעשיו בביתו בבית"ר עילית, או בחדר בשכונת מאה שערים בירושלים.

עבירה נוספת בה הורשע המערער, על פי הודאתו, הינה הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק. יסודות עבירה זו התקיימו כשהפר המערער את תנאי מעצר הבית בו היה שרוי ויצא לכמה פגישות בעניינים מסחריים, ופעם אחת גם לפגישה עם עורך דין בתל אביב.

2. בית המשפט המחוזי, בפסק דין ארוך ומפורט, דן באישומים כנגד שני הנאשמים. הוא הרשיע את המערער בכל העבירות שצוינו לעיל, כשהיסוד העיקרי להרשעה בעבירות המין הינו עדותה של המתלוננת בפני בית המשפט. לעומתו, נאשם 2 זוכה מכל האישומים כנגדו, וזאת בשל קשיים וסתירות בעדותה של המתלוננת באשר למעשים שביצע בה. כך לדוגמא, המתלוננת טענה שנהגה להיפגש עם נאשם 2 בימי ראשון בערב – ימים בהם אשתו שהתה בביתם, והוא היה נוסע בקביעות לחדר הכושר לאחר הגעתו מהעבודה בשעות מאוחרות. עובדות אלו הקשו על קבלת מסגרת הזמנים אותה מסרה המתלוננת להתרחשות המעשים. היא אף ציינה כי אחד המפגשים בינה ובין נאשם 2 התקיים תוך כדי תפילת ראש השנה, גרסה שאותה בית המשפט התקשה לקבל בשל המרחקים בין הבית לבין בית הכנסת וסד הזמנים הצפוף. בנוסף ציין בית המשפט המחוזי כי נאשם 2 שיתף פעולה עם אחותה של המתלוננת בחשיפת המעשים שנעשו על ידי המערער, דבר שמהווה "משחק באש" מבחינת אדם שעשה מעשים דומים. נימוקים אלו, ואחרים, גרמו לבית משפט קמא לזכות את נאשם 2. הוא זוכה גם

מהאישומים בדבר עבירות מין במתלוננת 2; זאת, בין היתר, בשל אי שיתוף פעולה מצידה, בעקבותיו אף הוכרזה במהלך המשפט כעדה עוינת.

#### טענות הצדדים

3. בא כוח המערער משיג על הכרעת בית משפט קמא. לתפיסתו, נוצרה בתיק זה סתירה: בבסיס האישומים עמדה עדותה של המתלוננת, אשר ייחסה לשני הנאשמים האשמות דומות בעבירות מין מתמשכות שביצעו בה, כביכול, באותה התקופה. למרות זאת, הגיע בית המשפט קמא לתוצאה שונה ביחס לשני הנאשמים: בעוד המערער הורשע על פי עדות המתלוננת, נאשם 2 זוכה. יתר על כן, מדגיש הסניגור, העבירות שיוחסו לנאשם 2 היו חמורות יותר, וכללו גם עבירות מין בכוח. נוסף על פיצול עדותה של המתלוננת שכנגדה טען המערער, הועלו גם טענות כנגד פרטים בעדותה של המתלוננת ביחס למעשי המערער. על פי קו זה, ישנן סתירות מהותיות בדבריה – כגון פגם מולד באיבר מינו של המערער שאותו הכחישה המתלוננת, אי התאמה כרונולוגית וסתירות נוספות. גם כנגד קבילות ואמינות חומר הראיות המחזק הלין בא כוח המערער – ובין היתר התייחס למסרון שהוצג על ידי התביעה וליומן אישי אותו כתבה המתלוננת.

מנגד, דוחה המשיבה את טענותיו של המערער. לדבריה, הכרעת הדין מבוססת כדבעי, ונשענת על התרשמותו של בית משפט קמא ממהימנות עדי התביעה, ובראשם המתלוננת. הוא בחן את גרסתה באופן מדוקדק וזהיר, ועל בסיס דבריה הרשיע את המערער, וזיכה את נאשם 2 מחמת הספק. על פי השקפת המשיבה, זיכוי זה אינו פוגע בגרעין הקשה של גרסת המתלוננת ואינו מערער את אמינותה ביחס למערער. בא כוח המשיבה הדגיש את העימות המצולם שנערך בין המתלוננת למערער, לרבות אמרות מסויימות של המערער במהלכו, והביטחון הרב שהפגינה המתלוננת בדבריה. לדבריו, גם עדויות אחרות – שנמצאו כמהימנות על ידי בית משפט קמא – מחזקות מאוד את גרסתה.

#### דיון והכרעה

4. אודה ולא אכחד כי אין מדובר בתיק פשוט או שכיח. תיקים העוסקים בעבירות מין במשפחה אינם פשוטים מטבעם, וכל תיק מהווה עולם עגום ומלוואו, בעל מורכבות משלו. אולם בתיק זה קיים סיבוך חריג: כתב האישום כנגד המערער ונאשם 2 התבסס

בעיקרו, באישומים הרלוונטיים, על אותה עדות של המתלוננת – על פיה הורשע המערער, ואילו נאשם 2 זוכה מחמת הספק. בית משפט קמא פילג את עדותה של המתלוננת ("פלגינן דיבורא"), בקבלו חלק מדבריה, ובדחותו חלק אחר. לא במפתיע ריכז בא כוח המערער את מירב מאמציו בהדגשת נקודה זו, והמשיבה אף היא עסקה בכך רבות.

ואכן, רשאית הערכאה הדיונית לפלג את דברי העדים, להרשיע על סמך חלק מן העדות, ולזכות למרות חלק אחר בה. כלל זה מיוסד היטב בפסיקה – כדברי השופט ע' פוגלמן:

"עם זאת, כפי שנפסק לא אחת, "בית המשפט אינו מחויב לבחור בין שתי חלופות, היינו, דחייתה של הגרסה האחת וקבלתה של הגרסה האחרת במלואה, והוא רשאי לפצל את גרסתו של עד תוך שהוא מאמץ רק חלק ממנה". זה הוא הכלל המכונה בפסיקתנו "פלגינן דיבורא", המאפשר לבית המשפט "לערוך סינון בדברי העדות כדי לנסות לבור את הבר מן המוץ ולהבדיל בין האמת לשקר" (ע"פ 526/90 בלזר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4), 133, 185 (1991)). עם זאת, "פיצול עדות אסור שייעשה באופן שרירותי [...] ונדרש יסוד סביר לאבחנה בין חלקי העדות" (ע"פ 5875/93 עביט נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5), 801, 812 (1997)) (ע"פ 8273/07 כואזבה נ' מדינת ישראל (18.07.2012)).

בענייננו פיצל כאמור בית משפט קמא את עדות המתלוננת – הוא העניק לגרסתה משקל מכריע בעניינו של המערער, אך לא בעניין האישומים כלפי נאשם 2. כפועל יוצא, הגיע בית המשפט לתוצאות שונות בהכרעת הדין לגבי כל אחד מהנאשמים: בעוד המערער הורשע, נאשם 2 זוכה מחמת הספק. כאמור, מן הבחינה העקרונית אין בכך כדי ללמד על פגם. תפקידה של הערכאה המבררת לבחון כל ראיה לאורכה ולרוחבה. מלאכת הפיצול – קבלה סלקטיבית של עדות ביחס לאירוע מסוים, או באופן המפליל אדם אחד לעומת אחר – מצויה בסמכותו של בית המשפט. עצם הפיצול אינו מוביל לזיכוי האדם שהורשע, גם אם העדות העיקרית שעליה התבססה ההרשעה לא התקבלה לגבי אדם אחר. אף הסנגוריה מסכימה עם קביעה זו. אולם, וכאן נמצאת עיקר טענת ההגנה, כאשר מבצע בית משפט "פלגינן דיבורא", עליו להציג יסוד מנומק להבחנתו זו על פי אמות המידה של המשפט הפלילי. יש לשאול מהי עוצמת היסוד המבסס את ההבחנה, והאם די בה. במקרה זה, לא קבע בית משפט קמא שאינו מאמין לדברים שאמרה המתלוננת כלפי נאשם 2, אלא שאין בעדותה די בכדי להרשיעו. מכאן שגם לפי מסקנתו של בית המשפט המחוזי, קיים צורך להצביע על חיזוקים משמעותיים

על מנת להצדיק את הרשעת המערער. זאת, בייחוד על רקע העובדה שהקשיים שליוו את דבריה של המתלוננת בעדותה כלפי נאשם 2, והביאו לזיכוי, רלוונטיים גם לעדותה כלפי המערער. ברקע, פסק דין מזכה סדור, מנומק ועל פניו בעל כוח שכנוע ביחס לנאשם 2 – נתון המבליט את הצורך בחיזוקים שיצדיקו את התוצאה השונה כלפי שני הנאשמים.

5. טרם נפנה אל מלאכת בחינת החיזוקים, וכחלק ממנה, נציין כי קיים קושי מסוים בעדות המתלוננת כלפי המערער – שייחודי אך ורק לו. קושי זה מגביר את עוצמת החיזוק הנדרש בכדי להצדיק את ההבחנה בין המערער לבין נאשם 2, ולהרשיע רק את הראשון. המדובר בחוות דעתו של הפתולוג ד"ר חן קוגל, ממנה עולה כי למערער פגם מולד באיבר מינו, שבא לידי ביטוי בכך שפתח השופכה אינו נמצא בקצה הפין, אלא בחיבור שבין העטרה לגוף הפין. זאת במרחק של כ-2 ס"מ מקצה הפין כשזה נמצא במצב רפוי. בעקבות פגם זה, שפיכת הזרע מאיבר מינו של המערער אינה מתרחשת מקצה הפין, אלא במקום החיבור האמור. במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת בבית משפט קמא, תיאר זאת הסניגור בפניה. תגובתה של המתלוננת נחרצת ופסקנית, והיא משיבה לסניגור כהאי לישנא (ההדגשות אינן במקור) – "מאיפה הוא המציא את זה... כן, שיוציא את הזין, בוא נראה. מאיפה הוא מוציא... לא רוצה בצורה צילומית, רוצה את זה בחי שיראה". ובהמשך, לאחר שהסניגור הודיע כי רופא מומחה בדק את הדברים, ונשאלה המתלוננת האם הרופא שקרן, השיבה: "אני לא יודעת איזה רופא בדק, אני לא יודעת של מי הוא בדק. אני יכולה לספר מה שאני ראיתי בפנים שלי, על הפנים שלי הוא גמר, אני ראיתי שהוא גמר מלמעלה, מתחת לעטרה, לא, לא נראה לי" (עמ' 121 לפרוטוקול בית משפט קמא).

בית המשפט המחוזי היה מודע לקושי זה, והתמודד עימו. לפי קביעתו, מדובר בנערה צעירה שאינה בעלת ניסיון רב בתחומים אלו, ולא הייתה סיבה שתחוה את הפגם כדבר שונה או חריג. אולם בפני הסבר זה עומדת משוכה משמעותית, והיא שהמתלוננת בעצמה קבעה שהיא ראתה את מהלך שפיכת הזרע של המערער – "על הפנים שלי הוא גמר, אני ראיתי שהוא גמר מלמעלה". אין מדובר בחוסר ודאות או היכרות, אלא בהכחשה מפורשת של העובדה הפיזית המתוארת בחוות הדעת הפתולוגית. אין בהכחשה זו כדי להביא לזיכוי של המערער, אך היא מגבירה את הדרישה בדבר איכות החיזוקים הנחוצים לשם הרשעתו.

6. נפנה עתה לבחינת החיזוקים לעדות המתלוננת, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי. ניתן לחלקם לשלושה מעגלים שונים. המעגל הראשון כולל את דברי

אחות המתלוננת, לרבות סוגיית היומן. המעגל השני עוסק בדברי נאשם 2, שהפליל את המערער בעדותו במשטרה. המעגל השלישי נובע מדברי המערער עצמו.

במעגל הראשון ניצבת עדותה של אחות המתלוננת – זו שהגישה את התלונה הראשונה למשטרה, ובעקבותיה הוגשה התלונה על ידי המתלוננת. האחות מתארת בעדותה את החשדות שעלו בה, ומציינת כי החשד הראשוני צץ בעקבות כך שהציצה ביומנה של המתלוננת, וראתה בו אמירות משונות – "עשיתי עם י', עשיתי עם ש'". כששאלה את המתלוננת אודות השורות האמורות, התחמקה האחרונה ממענה. אולם, לאחר פרק זמן מסוים הגיעו אליה גם המערער וגם נאשם 2, וצעקו עליה מדוע היא פוגעת בפרטיותה של המתלוננת – מה שעורר את חשדה. חשד זה התגבר למשל כשראתה האחות את המתלוננת עולה לעיתים לרכבו של המערער – התנהגות חריגה שאינה מקובלת בציבור החרדי, אליו השתייכו המתלוננת ומשפחתה. לדבריה, כשהמתלוננת עזבה את הבית בגיל 18, הן שוחחו, והמתלוננת אמרה לה: "תדעי לך שכל מה שחשדת בי זה היה נכון, הם אנסו אותי, שני הגיסים" (עמ' 270 לפרוטוקול בית משפט קמא).

הכיתוב שתואר ביומן מהווה חיזוק מסוים, שאינו נובע מדבריה של המתלוננת. ברם, בראיה זו קיים חסר כפול. ראשית, היומנים שאותם תיארה האחות בדבריה, ובהם רשומים שמות שני הנאשמים – לא נמצאו. נותר רק יומן אחר שמתייחס למערער בלבד, ואליו אתייחס בהמשך. שנית, ככל שמדובר בראיה שמפלילה את שני המעורבים במעשה, יש לזכור שבית המשפט קמא סבר שהיא אינה חזקה דיה לשם הרשעת נאשם 2. לפיכך, קשה לראות בראיה זו כיוצרת חיזוק מספק דווקא להרשעתו של המערער. עדותה של האחות בדבר השיחה עם המתלוננת יוצרת אף היא חיזוק, אלא שגם בו קיים קושי. הקושי נובע מהיכולת להעניק אמון בדברי המתלוננת, וזאת במיוחד על רקע אי קבלת הדברים שהיא בעצמה סיפרה על נאשם 2. יתר על כן, בדברים אלו לא מתקיים היסוד המצדיק הבחנה כה משמעותית בין המערער לנאשם 2 – שהרי השיחה עסקה בשניהם.

לעניין היומן האחר שכן נמצא – בתאריך מסוים נכתבו בו שתי האותיות הראשונות של שם המערער בתוספת המילים "פעם ראשונה". על פי התאריך הרלוונטי, הייתה אז המתלוננת בת ארבע עשרה וחמישה חודשים, כך שמדובר בגיל בו קיום יחסי מין בין המערער למתלוננת, ואף בהסכמה, מהווה עבירה על פי החוק. אולם עדות המתלוננת מציבה משוכה בפני חיזוק זה. למרות שהכיתוב מציין את התאריך של "הפעם הראשונה", לדבריה מדובר על רישום שציינ שנה לפעם הראשונה בה קיימו

יחסי מין. הדבר מהווה קושי ממשי. מעבר לזה שדברי המתלוננת לא תואמים את הכתוב ביומן, הם עומדים בסתירה לחלק אחר של עדותה, על פיו המעשים החלו רק לאחר שמשפחתה עברה דירה – מעבר שהתרחש רק לאחר שהגיעה לגיל 14. לכך יש להוסיף שהמילים "פעם ראשונה" יכולים לרמז למעשים רבים. מוכן אני להניח שהכוונה למגע מיני – אליו לא הייתה המתלוננת רגילה עקב דרך חינוכה. אולם, לא ברור האם מדובר ביחסי מין מלאים, המהווים "בעילה" כהגדרתה בחוק העונשין. יש לזכור כי המדובר בקיום יחסי מין בהסכמה, ואף המתלוננת מעידה על תהליך הדרגתי מסוים שעברה עד שהשניים קיימו יחסי מין מלאים. חוסר בהירות זה מטיל צל נוסף על היומן, ומפחית את המשקל הקיים לחיזוק זה.

המעגל השני עוסק בעדותו של נאשם 2 בחקירתו במשטרה. בדבריו בפני החוקר סיפר נאשם 2 כי בקרב בני המשפחה התרוצצו מזה זמן חשדות הנוגעים למערער ולמעשים לא ראויים שעשה, וכי חשדות אלה קיבלו אישור לאחר שהמתלוננת עצמה סיפרה לו כי קיימה יחסי מין עם המערער. בית המשפט המחוזי מצא בדברים אלו חיזוק לגרסת המתלוננת, וגם חיזוק לזיכוי של נאשם 2, שהיה שותף בהפללת המערער למרות שידע שאף הוא נאשם. כך או כך, בכל הקשור להרשעת המערער, קיים קושי ממשי להעניק משקל לעדותו של נאשם 2. הוא היה מודע לכך שגם הוא וגם המערער חשודים בקיום עבירות מין כלפי המתלוננת, ולפיכך היה בעל אינטרס ברור לעזוב את משבצת הנאשם, ולהפוך לעד תביעה. מבחינת כתב האישום, הוא שותף לאותו סעיף עבירה, אם כי במעשים נפרדים, על יסוד עדות אותה מתלוננת. האשמתו בדבר עבירה יוצרת אינטרס אישי שמדבר בעד עצמו, ומחליש את היכולת לראות בדבריו כמספקים חיזוק משמעותי כנדרש בתיק זה.

המעגל השלישי סובב סביב אמרות מחשידות שאמר המערער, וזאת בעיקר לבעלה של המתלוננת (גיס המערער). בשיחה שנערכה ביניהם סיפר המערער כי המתלוננת "התאהבה בו הרבה", וכשהתגלע ביניהם ויכוח הנוגע לגיל המותר לקיום יחסי מין בהסכמה עם קטינה, אמר המערער לגיסו – "אני אומר לך, אני יודע מה אני מדבר, בגיל ארבע עשרה מותר לך". עם זאת, יש להדגיש כי המערער לא הודה בפני הגיס בביצוע עבירות כלשהן, אלא מסר מספר אמרות מחשידות. האמרה הראשונה שהובאה, עשויה לתאר קיומו של מתח מיני להבנתו, אך לא בהכרח מעבר לכך. באשר לאמרה השנייה, גם אם הוויכוח המשפטי מחשיד, אין בכך ללמד על "אישור" לביצוע כל מעשה. האמרות אינן בגדר הודאה, או אף ראשית הודיה. מוכן אני להעניק משקל מסוים לאמרות אלו, אך לא יותר מכך. כל נשכח כי המערער היה עקבי בכפירתו



בביצוע המעשים. כך לגביו, וכך לגבי נאשם 2 (ראו עמ' 50 בפסק דינו של בית משפט קמא).

לסיכום – יש לומר כי החיזוקים שהוצגו הם בעלי משקל. אולם, גם בהתאספם יחד, אין די במשקלם כדי לאפשר את הרשעתו של המערער. עוצמתה הנדרשת של ראיית החיזוק תלויה בקשיים הקונקרטיים של התיק הרלוונטי. כפי שצינתי לעיל, זיכוי של נאשם 2 משום שלא ניתן להעניק משקל מכריע לעדותה של המתלוננת – הגם שלא נקבע כי לא דיברה אמת – משליך ישירות על בחינת הכרעת דינו המרשיעה של המערער. לכך יש להוסיף את הקושי הייחודי והאובייקטיבי בדבר הפגם באיבר מינו של המערער, והכחשתה של המתלוננת את עובדת קיומו. בחינת הדברים מובילה למסקנה כי נוצר צורך בחיזוק ממשי וברור כדי להגיע למסקנה שניתן לקבל את עדות המתלוננת מעבר לכל ספק סביר. חיזוק כזה אינו בנמצא.

7. המשוכה העומדת כנגד הרשעתו של המערער אינה עובדתית בלבד, אלא גם משפטית, וזאת במובן הבא: כפי שהוסבר לעיל, ככל שהמערער קיים יחסי מין עם המתלוננת לאחר שזו הגיעה לגיל 16, לא מתקיימים יסודות העבירה בעניינו, ולא ניתן להרשיעו. כך קובע חוק העונשין. התביעה טוענת כי המערער קיים יחסי מין עם המתלוננת ממועד היותה בת כארבעה עשר וחמישה חודשים עד לגיל שמונה עשרה, בו עזבה את הבית. אולם בכדי לעורר ספק סביר בתיק זה, אין צורך לקבוע שהמערער כלל לא קיים יחסי מין עם המתלוננת, אלא די בהעלאת ספק סביר לגבי קיום יחסים במשך התקופה בה טרם הגיעה לגיל שש עשרה. לאמור, אין צורך לשלול קיומם של יחסי מין בין השניים מגיל שש עשרה ועד גיל שמונה עשרה. התקופה שבכוחה ליצור עבירה היא כשנה ומחצה. ניתן להותיר על כנו חלק מגרעין עדותה של המתלוננת.

הקושי הקיים בהסתמכות על דברי המתלוננת שטענה שהשניים קיימו יחסי מין בטרם הייתה בת שש עשרה, בנבדל מקיומם של יחסי מין לאחר מכן, נובע מהקושי הכללי שלה בכל הקשור בתיאור תאריכים ומועדים שונים. על כך עמד אף בית המשפט המחוזי, באומרו כי "קשייה הסובייקטיביים של המתלוננת בכל הנוגע לדיוק בזמנים הובהרו במהלך עדותה. כך, בין השאר, טענתה לגבי התאריך הלוועזי של מועד לידתה [...] היא גם לא ידעה להגיד במדויק את תאריך נישואיה [...]". (עמ' 57 בפסק דינו של בית משפט קמא). בהעלותי נקודה זו, אינני מתעלם מסימני דרך שונים שנתנה המתלוננת להוכחת גרסתה, כמו ציון הכיתה בה למדה כשהתרחשו האירועים, שמשתלבים עם העובדה שהייתה בת פחות משש עשרה. אולם, חולשתה בנוגע

לתאריכים בולטת מאוד, והיא אף באה לידי ביטוי בעדותה כלפי נאשם 2. צודק בית המשפט קמא כי המתלוננת בעדותה התקשתה לדייק בזמנים באופן כללי, באופן שאינו מתמצה בשכחת תאריך מדויק זה או אחר. סיפורה כולל מרחב זמן ומיקום והדברים אינם תמיד מתיישרים. במובן זה, ניתן להסתמך על כלל "פלגינן דיבורא" ביחס ל"פלגינן זמנא" – דהיינו, לקבל את עדות המתלוננת כלפי המערער תוך חלוקתה לתקופות שונות, באופן בו נשמר גרעין דבריה מבלי שיהיה בו בסיס משפטי להרשעת המערער על פי דין.

כמענה לסתירות שצוינו לעיל, הפנה בא כוח המדינה את תשומת הלב לביטחונה של המתלוננת בעדותה. התובע הדגיש בפנינו כי למרות קשייה בשחזור תאריכים מדויקים, הפגינה המתלוננת ביטחון עצמי רב בדבריה, והציגה אותם בלא היסוס. באשר לקו זה, אומר כך: ביטחונה הסובייקטיבי של המתלוננת אינו מהווה בהכרח ערובה לכל פרט ופרט בגרסתה. כפי שהראיתי לעיל, אף בית משפט קמא והתביעה היו מודעים לקשיים בדבריה. אין בכך בכדי לבקר את המתלוננת, ולקבוע כי דבריה אינם אלא המצאה. יש לזכור כי המתלוננת העידה כעשור לאחר קרות המעשים, כפי שגם ציין בית המשפט המחוזי.

בהקשר זה יודגש כי איננו עוסקים כאן במדע מדויק. ישנם מקרים רבים בהם נפגע בעבירת מין ידייק בדבריו דייק היטב גם לאחר תקופה ארוכה. אך קיימים מקרים בהם אף שעלה בידי הנפגע לשכנע בעדותו כי נפל קורבן לביצוע עבירות מין, הוא מתקשה לדייק בפרטי הרקע. כשם שאין חזקה הקובעת שחלוף זמן פוגע בהכרח בעדות הנפגע, כך אין חזקה השוללת את האפשרות שהזמן יפגע במידת הדיוק בפרטים שונים בתלונה על עבירת מין. ישנם נפגעי עבירות מין שהזמן, וייתכן שאף האופי, משפיעים על יכולתם לזכור במדויק את פרטי ההתרחשויות. הייחוד בענייננו הוא כי ככל שתחילת קיום יחסי המין עם המערער התרחשה תקופה של כשנה ושבעה חודשים לאחר התאריך שנקבע, המעשים יאבדו את אופיים הפלילי ויהיו מותרים על פי החוק. ממד הזמן האמור יוצר את ההבדל בין ביצוע עבירה לבין אי ביצוע עבירה. לכן, לא די בכך שהמתלוננת הפגינה ביטחון רב בדבריה, אלא יש לשאול האם ניתן, ובאיזה מידה, להסתמך על עדותה, לרבות הפרטים הכרונולוגיים שמצויים בה. מנקודת מבט זו, השאלה אינה האם המתלוננת מאמינה בעדותה מבחינה סובייקטיבית, אלא האם ניתן לסמוך על עדותה מבחינה אובייקטיבית, עד כדי קביעת ממצאים פליליים.

העולה מן המקובץ הוא כי בתיק זה מתעורר ספק סביר בדבר קבלת עדות המתלוננת. ניתן להאמין לגרסה מפלילה כנגד אדם אחד ולא כלפי אחר, אך יש לבסס ולחזק הרשעה שכזו באופן משמעותי. החיזוקים שהובאו בתיק זה אינם מספקים, והקשיים בעינם עומדים. לא רק זאת, אלא שאל מול גרסת המתלוננת כלפי המערער קיימות משוכות נוספות לאלו שהתקיימו בעניינו של נאשם 2, כגון הפגם באיבר מינו. לכך יש להוסיף את העובדה כי המועד המדויק בו נעשו המעשים הוא בעל חשיבות מכרעת להרשעת המערער – ואילו המתלוננת התקשתה בעדותה בתחום כללי זה. מכל הסיבות הללו, ניתן להבין מדוע קיים קושי רב לאמץ את התוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי, אף אם לא נשלול את האפשרות שהשנים קיימו יחסי מין בשלב מסוים.

8. סוף דבר – הייתי מציע לחבריי לזכות את המערער מחמת הספק מן העבירות של בעילה אסורה בבן משפחה, מעשה סדום בבן משפחה ומעשה מגונה בקטין בן משפחה, ולהרשיעו בעבירה של הפרת הוראה חוקית – שהתקיימה בכך שיצא מספר פעמים מביתו במהלך מעצר הבית בו שהה תקופה מסוימת במסגרת תיק זה. הרשעה זו, שעליה לא ערער, מבוססת על הודאתו. לעניין העונש, בהתחשב בהתפתחויות התיק ונימוקיי, הייתי מורה לבטל את עונש המאסר שנגזר על המערער, שמטבע הדברים התמקד בעבירות המין, וגוזר עליו עונש מאסר על תנאי לתקופה של שמונה חודשים, למשך שלוש שנים, לבל יעבור עבירה של הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287 לחוק העונשין.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

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

ניתן היום, כ"ז בכסלו התשע"ו (9.12.2015).

שופט

שופט

שופט