



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5795/14

ע"פ 5889/14 - ב'

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז

המערערת בע"פ 5795/14
והמשיבה בע"פ 5889/14 : מדינת ישראל

נגד

המשיב בע"פ 5759/14
והמערער בע"פ 5889/14 : פלוני

שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 15.07.2014 בתפ"ח 16039-06-12 שניתן על ידי כבוד השופטים ב' אזולאי, נ' זלוצ'ובר, י' רז-לוי

תאריך הישיבה: כ"ח בסיון תשע"ה (15.6.15)

בשם המערערת בע"פ 5795/14
והמשיבה בע"פ 5889/14 : עו"ד עידית פרג'ון

בשם המשיב בע"פ 5795/14
והמערער בע"פ 5889/14 : עו"ד אורי דייגי

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפני ערעורים על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (השופטים ב' אזולאי, נ' זלוצ'ובר ו-י' רז-לוי) בתפ"ח 16039-06-12 מיום 22.10.2013

ומיום 15.7.2014, במסגרתו הורשע המערער בע"פ 5889/14 והמשיב בע"פ 5795/14 (להלן: המערער) בעבירות הבאות: נסיון אינוס, על-פי סעיף 345(ב)(1), בנסיבות סעיף 345(א)(1) ובצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מעשה סדום, על-פי סעיף 347(ב) ובנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין; ומעשה מגונה, על-פי סעיף 348(ב) ובנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין. על המערער הושתו העונשים הבאים: חמש שנות מאסר וחצי, בניכוי ימי מעצרו; 18 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת מין שהיא פשע; ופיצוי למתלוננת בסך 15,000 ש"ח.

ערעורו של המערער מופנה כנגד הכרעת הדין בעוד שערעורה של המשיבה בע"פ 5889/14 והמערערת בע"פ 5795/14 (להלן: המשיבה) מופנה כנגד גזר הדין של בית המשפט המחוזי.

תמצית הרקע העובדתי ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. ביום 10.6.2012 הוגש כתב האישום כנגד המערער. על-פי עובדות כתב האישום, במספר הזדמנויות שונות שמועדן אינו ידוע למשיבה, עת הלכה המתלוננת – ילידת שנת 1997 – ברחוב, פנה אליה המערער וניסה לפתוח עמה בשיחה. המערער ביקש את מספר הטלפון של המתלוננת, ובמטרה להתחמק ממנו מסרה לו המתלוננת מספר טלפון שגוי ופרטים שאינם נכונים באשר לזהותה. בכתב האישום נטען כי ביום 27.11.2011 בשעה 20:00 לערך, עת עשתה המתלוננת את דרכה לפעולה בתנועת הנוער, פגש בה המערער וליווה אותה עד למבנה תנועת הנוער, שם ציינה המתלוננת לפני המערער כי הוא אינו רשאי להיכנס לתוך מבנה תנועת הנוער. המערער שאל את המתלוננת האם בכוונתה לחזור לביתה באותה הדרך שממנה הגיעה ואף הציע להמתין לה. המתלוננת התחמקה מהצעות המערער ואמרה שאינה יודעת מתי צפויה להסתיים הפעולה ו"שלא יבנה עליה". אז, לפתע, חיבק המערער את המתלוננת והצמיד את איבר מינו לגופה בניגוד לרצונה. המתלוננת ציינה באוזני המערער כי איננה מעוניינת במגע עמו ונכנסה לתוך המבנה. כחצי שנה לאחר מכן, ביום 12.5.2012 בשעה 21:50 לערך, ניגש המערער אל המתלוננת שעה שחיכתה לבדה לידידה בתחנת אוטובוס. המערער שב וביקש מהמתלוננת את מספר הטלפון שלה וזו מסרה לו בשנית מספר טלפון שגוי. לאחר מכן ביקש המערער מהמתלוננת כי תעזור לו לפתוח את דלת הכניסה לבניין סמוך, על-מנת שיוכל להיכנס לבניין עם אופניו. המתלוננת ניסתה להתחמק והסבירה למערער כי היא ממהרת. לנוכח הפצרות המערער, הסכימה המתלוננת לסייע לו ופתחה

לפניו את דלת הכניסה לבניין בזמן שירד מאופניו והשעינם על הקיר. כאשר עמד מאחוריה, דחף המערער את המתלוננת אל תוך הבניין. כתוצאה מהדחיפה נפלה המתלוננת ובעודה על הרצפה, הוריד המערער את מכנסיה ותחתוניה של המתלוננת בכח. המתלוננת הצליחה לקום ולברוח אל תוך הבניין, תוך שהיא מרימה את מכנסיה. המערער רדף אחרי המתלוננת והשיגה במפלס הביניים שבין הקומה הראשונה ובין הקומה השניה בבניין. המערער תפס את המתלוננת בכח, הצמיד את גופה לקיר, הוריד את מכנסיה ותחתוניה, הפשיל את מכנסיו וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. המתלוננת נאבקה במערער, דחפה אותו וביקשה שיעזוב אותה, אך המערער שב וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. המערער סובב את המתלוננת והחדיר את איבר מינו בכח לפי הטבעת של המתלוננת מספר פעמים. כאשר חדל לרגע המערער ממעשיו, ניצלה המתלוננת את הזדמנות ונסה במהירות מן הבניין אל ביתה.

2. בבית המשפט המחוזי נחלקו הצדדים באשר לשאלת ההסכמה לביצוע המעשים המיניים. לגרסת המערער, הוא אכן חיזר אחר המתלוננת וחיבק אותה בסמוך למבנה תנועת הנוער לאחר שביקשה ממנו כי ילווה אותה, אלא שהכל היה בהסכמה. כך גם מסר המערער כי התנשק עם המתלוננת בתחנת האוטובוס, וכי השניים הלכו יחדיו, בהסכמה, לחדר המדרגות של הבניין במטרה לקיים יחסי מין. עוד הוסיף המערער כי קיים יחסי מין בהסכמה עם המתלוננת בחדר המדרגות אך לא חדר לפי הטבעת שלה.

3. משנחלקו הצדדים כאמור באשר לשאלת ההסכמה למעשים המיניים, בית המשפט המחוזי ציין כי בירורן של עבירות מין המתבצעות בחדרי חדרים מעורר מטבעו קשיים הדורשים לעמת בין עדויותיהם של הנאשם מזה ושל המתלוננת מזה, כאשר רובה של ההכרעה נסמכת במקרים אלו על מהימנות העדויות. בית המשפט קבע כי עדותה של המתלוננת היא קוהרנטית, אותנטית ועקבית, תוך שהיא נמנעה מהגזמה ואף ביקשה לבטל את תלונתה מפני החשש שמעשי המערער יוודעו להוריה. בית המשפט ציין כי לא מצא סתירות רבות בדברי המתלוננת, ואף אלה שנמצאו, אינן משמעותיות ואינן פוגמות בעדותה המהימנה וברושם האמין שהותירה. בית המשפט התרשם מעדותה של המתלוננת כי האירוע היה טראומתי עבורה וכי נוכחותו של המערער באולם הדיונים הקשתה על עדותה. חיזוק לעדותה של המתלוננת מצא בית המשפט בנסיבות האירוע עצמו, כראיה נסיבתית. נקבע כי נסיבות האירוע תומכות בגרסתה של המתלוננת, שכן אין זה סביר שנערה קטינה תסכים לקיים יחסי מין בחדר מדרגות עם גבר בגילו של המערער, שאינו מוכר לה, ואשר נודף ממנו ריח אלכוהול (עובדה שהוכחה על-ידי המערער). תימוכין נוספים מצא בית המשפט בנסיבות

הבאות: המתלוננת העידה כי היא אינה נמשכת לגברים, הגם שבתקופה מסוימת היה לה חבר והגדירה את נטייתה המינית כבי-סקסואלית; המתלוננת לא חיפשה את קרבת המערער, לא יצרה עִמו כל קשר ואף מסרה לו פעמיים מספרי טלפון שגויים ופרטים בדויים; העובדה שהצדדים אינם חלוקים כי המתלוננת אמרה למערער "לא", אלא שלגרסתו של המערער הוא דיבר אל ליבה ושכנע אותה להמשיך; תיאור המתלוננת את מעשיה לאחר האירוע (בנסיון "להתנקות" ממנו) ומצבה הנפשי הקשה; העובדה שהמתלוננת הזיזה את כסאה עם כניסתה לחדר העימות עם המערער, במטרה שלא לשבת בסמוך אליו; והעדר מוטיבציה להפללת המערער בנסיון לבטל את התלונה כדי שהדבר לא יוודע להוריה. בנוסף עמד בית המשפט על עדויותיהן של: מנהלת מועדון הנוער אליו נוהגת המתלוננת להגיע, רכזת במועדון הנוער ומדריכתה של המתלוננת וכן חברתה של המתלוננת. שלוש אלה העידו כי המתלוננת שיתפה אותן – ברמות פירוט שונות – בתקיפתה וכי המתלוננת סיפרה להן כי היא נמשכת לנשים.

4. כמו כן, עמד בית המשפט המחוזי על עדותו של המערער. בית המשפט קבע כי עדותו של המערער הותירה רושם רע, וכי קשה היה לחלץ מעדותו גרסה באשר להסכמת המתלוננת לביצוע המעשים המיניים. צוין כי יכולותיו המילוליות של המערער אינן גבוהות, וכי עדותו לוותה בגיחוכים רבים, תוך שהוא תיאר בלאקוניות את האירוע ואת הסכמתה של המתלוננת כ"זרימה". נקבע כי בעוד שעדותו של המערער הותירה רושם בעייתי, נותרה עדותה של המתלוננת איתנה ומהימנה. בית המשפט קבע כי המערער לא נתן הסבר ממשי לסיבה שבגינה הסיק את הסכמתה של המתלוננת למעשים המיניים, כאשר מכלול נסיבות האירוע מצביע על אי-הסכמתה. זאת במיוחד לאור העובדות שעליהן לא נחלקו הצדדים – כי המתלוננת אמרה למערער במפורש "לא", וכי היכרותם של השניים היא שטחית ביותר. משכך, דחה בית המשפט את גרסת המערער ונקבע כי לכל הפחות עצם המערער את עיניו לאי-הסכמתה של המתלוננת למעשיו. עוד דחה בית המשפט את טענת המערער לפיה טעה במצב הדברים בדבר הסכמתה של המתלוננת למעשיו. נקבע כי במקרה דנן לא רק שאין מדובר בטעות כנה של המערער, אלא שאין מדובר בטעות כלל, ודאי לנוכח העובדה שהמתלוננת לא הסתפקה באמירת "לא", אלא שגם ניסתה להדוף מעליה את המערער.

5. כאשר לאירוע המעשה המגונה בסמוך למבנה תנועת הנוער; בית המשפט המחוזי קבע כי הגם שהמתלוננת לא סיפרה בחקירתה הראשונה על אירוע זה, הרי שהצדדים לא נחלקו באשר למרבית העובדות בו, והמחלוקת נסבה על השאלה האם חיכך המערער את איבר מינו בגופה של המתלוננת תוך כדי שחיבק אותה. בית המשפט

קיבל את הסבר המתלוננת כי לא חשבה לספר על אירוע זה בתחנת המשטרה לנוכח יחסיות חומרתם של המעשים האחרים שביצע בה המערער, ולנוכח הלחץ שבו היתה נתונה. באשר לאירוע זה העיד המערער כי חיבק את המתלוננת בעת שאיבר מינו היה זקוף, אלא שלא חיכך את איבר מינו בגופה של המתלוננת. עוד העיד המערער כי בעקבות החיבוק עם המתלוננת חשב שהיא "קלה להשגה" וכי הוא יצליח לגרום לה לשכב עמו. לנוכח דבריו של המערער ועדותה המהימנה של המערערת – ואף הדגמתה בעדותה, בעזרת כפות ידיה, את תנועות החיכוך של המערער בגופה – קבע בית המשפט כי המערער חיכך את איבר מינו בגופה של המתלוננת לצורך גירוי או סיפוק מיני. על-כן, הורשע המערער בעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום, כמפורט ברישא.

6. בגזירת דינו של המערער עמד בית המשפט המחוזי על תסקיר נפגעת העבירה. על-פי התסקיר, המתלוננת סובלת מסיוטים והיא מתקשה במצבי זוגיות אינטימיים לנוכח הזיכרונות הטראומטיים המציפים אותה. המתלוננת אף מסרה כי לאחר האירוע החלה לפגוע בעצמה והיא הופנתה לבדיקה פסיכיאטרית, שם סירבה לטיפול התרופתי והשיחתי שהוצע לה. העובדת הסוציאלית ציינה כי הגם שעוד לפני האירוע סבלה המתלוננת מבעיות רגשיות, הרי שמאז האירוע הפך תפקודה הרגשי למורכב והיא נמצאת במצב סיכון מתמשך. בנוסף, עמד בית המשפט על עברו הפלילי המכביד במיוחד של המערער, בהרשעתו בעבירות סמים ואלימות שונות, בגינן ריצה עד למועד מתן גזר הדין שבע תקופות מאסר. עוד ציין בית המשפט כי מחוות הדעת של וועדת האבחון עולה כי המערער מבחין בין טוב ובין רע, וכי הגם שתפקודו המנטאלי הוא גבולי, הרי שתפקודו גבוה יותר בתחום הפרקטי, הקשור לחיי היום יום, וביכולתו הקוגניטיבית להבין נורמות ומנהגים חברתיים.

7. בית המשפט המחוזי עמד על חומרתן הרבה של העבירות אותן ביצע המערער, על נסיבות ביצוע העבירות ועל הנזק המשמעותי שנגרם למתלוננת כאמור. עם זאת, הביא בית המשפט בחשבון את מוגבלותו השכלית של המערער, בבחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בהתאם לחוות הדעת שהוגשה מטעם המערער, נקבע כי רמת הבנתו של המערער נמוכה מזו של אדם ממוצע. על-כן, ובהתחשב בעונש המינימום הקבוע בסעיף 355 לחוק העונשין, קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם את מעשיו של המערער בגין אירוע המעשה המגונה נע בין תקופת מאסר קצרה שתרוצה בדרך של עבודות שירות לבין שמונה חודשי מאסר בפועל. כן נקבע כי מתחם העונש ההולם בגין האירוע השני, החובק את העבירות של נסיון אינוס ומעשה סדום, נע בין חמש לבין שמונה שנות מאסר בפועל. בגזירת דינו של המערער הביא בית

המשפט בחשבון את עברו הפלילי המכביד של המערער, תוך ששקל גם את נסיבות חייו הקשות, ובהן מצבו הכלכלי והעובדה שגדל במשפחות אומנה במשך רוב שנות ילדותו מאז עלה ארצה כשהיה כבן חמש, לאחר מות אביו. בנסיבות אלה גזר בית המשפט את עונשו של המערער כמפורט ברישא, באופן כולל לשני האירועים יחדיו.

תמצית טענות המערער

8. ערעורו של המערער מופנה כנגד הכרעת הדין. בדומה לטענות המערער לפני בית המשפט המחוזי, טענותיו לפנינו נוגעות בעיקרן לשאלת הסכמת המתלוננת באירוע שהתרחש בחדר המדרגות. לטענת המערער, לנוכח יכולותיו הקוגניטיביות והמילוליות הנמוכות, אין לזקוף לחובתו את הרושם הרע שהותיר בעדותו לפני בית המשפט, ודאי כאשר גרסתו היתה עקבית ולא נמצאו סתירות משמעותיות בין אמירותיו במשטרה ובין עדותו בבית המשפט. בנוסף טוען המערער לסתירות ותמיהות רבות בעדותה של המתלוננת, אשר בית המשפט לא ייחס להן את המשקל הראוי: הסברה של המתלוננת כי פתחה את דלת הבניין עבור המערער משום שחינכו אותה לעזור לאנשים מבוגרים בעוד שהמערער הוא בן 35 בלבד; העובדה שהמתלוננת לא התחמקה מן המערער כפי שעשתה בעבר; העובדה שהמתלוננת לא צעקה במהלך האירוע ובמיוחד כאשר הפיל אותה המערער על ברכיה; סתירה לכאורית בגרסת המתלוננת, לפיה קבעה להפגש עם ידידה בתחנת האוטובוס ולכן המתינה בתחנה לבדה, בעוד שידידה מסר כי השניים לא קבעו להפגש; והעובדה שהמתלוננת לא סיפרה בתחנת המשטרה על מפגשיה הקודמים עם המערער, ובכלל זה על המפגש שבמהלכו חיבק אותה והצמיד את איבר מינו לגופה. עוד טוען המערער כי נסיבות האירוע וביצוע העבירות, בהן מצא בית המשפט חיזוק לעדותה של המתלוננת, אינן תומכות בהכרח בגרסתה. כך למשל, לטענת המערער, המתלוננת מסרה כי במועד הרלוונטי היתה מבולבלת מבחינה מינית, ואף שכולם ידעו כי היא נמשכת לנשים, הרי שהיה לה חבר ואין זה בלתי סביר שתבקש להתנסות ביחסי מין עם גבר בגילו של המערער דווקא בשל היותו מנותק מחוג מכריה, כך על-פי הנטען.

9. עוד טוען המערער כי יש לדחות את גרסת המתלוננת גם באשר לאירוע המעשה המגונה, הן בשל הסתירות האמורות המצביעות על חוסר מהימנותה, והן בשל העובדה שסיפרה על המקרה אך לאחר שהבינה כי המערער סיפר בעצמו על ההזדמנויות הקודמות בהן נפגשו. לטענת המערער, אין לראות בעדותה של המתלוננת כעדות כבושה עקב העובדה שנפגעה מינית, שכן גם כאשר התלוננה על תקיפתה, לא סיפרה

המתלוננת על האירוע בסמוך למבנה תנועת הנוער. לבסוף טוען המערער כי אף אם ההלכה הנוהגת כיום היא שאין להתיר הגשת ראייה בדבר סירובו של עד לעבור בדיקת פוליגרף, הרי שיש לשנות מהלכה זו לנוכח המעבר "מקבילות למשקל", ולקבוע כי יש ליתן משקל מסוים לסירובה של המתלוננת לערוך בדיקת פוליגרף.

10. בתגובה לערעור המשיבה טוען המערער כי העונש שהושת עליו מבטא איזון ראוי בין חומרת המעשים שבהם הורשע ובין נסיבותיו האישיות, ביניהן במיוחד רמתו הקוגניטיבית הירודה. נטען כי בית המשפט המחוזי הביא בחשבון בגזירת עונשו את רמתו השכלית הגבולית של המערער, בהתאם להוראות סעיפים 40ט(א)(6) ו-(7) לחוק העונשין.

תמצית טענות המשיבה

11. לטענת המשיבה, מתחם העונש שקבע בית המשפט המחוזי אינו מבטא את מידת האשם של המערער, את חומרת העבירות שביצע ואת הנזק שנגרם למתלוננת כתוצאה ממעשיו. עוד טוענת המשיבה כי העונש שהושת על המערער אינו הולם את מדיניות הענישה הנוהגת בגין עבירות דומות. נטען כי שגה בית המשפט כאשר נתן משקל רב לקולא לנסיבותיו האישיות של המערער, בעוד שלא נתן משקל ראוי לחומרה לעברו הפלילי המכביד, למאסריו הקודמים ולמסוכנות הנשקפת ממנו. נטען כי לחובתו של המערער 17 רישומים פליליים קודמים, עוד מתקופת נערותו ועד לשנת 2009. המשיבה מדגישה שוועדת האבחון התרשמה כי הגם שהמערער הוא אדם דל, בעיקר על רקע סביבתי, אין הוא סובל מפגיגור שכלי. לטענת המשיבה, רמת תפקודו הנמוכה של המערער אינה צריכה לשמש לו כמגן למול הצורך להגן על החברה מפגיעתו.

12. בתגובה לטענות המערער נסמכת המשיבה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. נטען כי הגם שגרסאותיהם של המתלוננת והמערער משיקות בנקודות רבות, הרי שבאשר לשאלה שבמוקד המחלוקת – הסכמת המתלוננת לביצוע המעשים המיניים – נמצאה עדותו של המערער לא מהימנה ולא קונית. לטענת המשיבה, הדומה והשוונה שבין הגרסאות מחזקים את עדות המתלוננת, כך שניתן להתרשם שאין בה משום הגזמה או מוטיבציית יתר להפללה, בעוד שיש בהם כדי להצביע על חוסר מהימנותו של המערער, בנסיון להשמיט את השתלשלות האירועים המלמדת על אי-הסכמתה של המתלוננת לביצוע המעשים.

13. לאחר שעיינתי בהכרעת הדין ובגזר הדין של בית המשפט המחוזי, במסכת הראיות שעמדה לפני בית המשפט, בנימוקי הערעור ולאחר שבחנתי את טענות הצדדים בדיון שנערך לפנינו, נחה דעתי כי יש לדחות את ערעורו של המערער בנוגע להכרעת הדין ולקבל את ערעור המשיבה בנוגע לקולת העונש שהושת על המערער, וכך אציע לחבריי לעשות.

ערעור המערער כנגד הכרעת הדין – שאלת ההסכמה

14. ערעורו של המערער חוזר על טענותיו המרכזיות לפני בית המשפט המחוזי ועל השאלה שהוגדרה על-ידי בית המשפט כ"גזרת המחלוקת" – הסכמת המתלוננת למעשים המיניים והעדפת עדותה של המתלוננת על-פני עדותו. טענות אלה הן למעשה טענות כנגד ממצא עובדתי שקבעה הערכאה הדיונית וכנגד התרשמותה של הערכאה הדיונית מן העדים שנשמעו לפניה. בנוסף מעלה המערער שתי טענות משנה נוספות: האחת, כי שגה בית המשפט בהערכת עדותו של המערער, כאשר לא נתן משקל מספיק ליכולתו השכלית והמילולית הנמוכה; השניה, כי שגה בית המשפט כאשר לא שקל לחובת המשיבה את סירובה של המתלוננת לערוך בדיקת פוליגרף.

15. הלכה ידועה היא כי אין בית משפט זה נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים שבהם קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית אינן מתקבלות על הדעת, כאשר גלוי כי נפלה שגגה מהותית ובולטת בקביעות בית המשפט, או כאשר קיימות סתירות היורדות לשורשו של עניין ולא ניכר שהערכאה הדיונית נתנה את דעתה עליהן. זאת, לנוכח היתרון שבהתרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מן העדים וממכלול הראיות, ו"אפשרותה של הערכאה הדיונית לתור באופן ישיר אחר אותות האמת שנתגלו בעדויות ולהסיק מהן מסקנות בעניינים של מהימנות" [ראו למשל: ע"פ 1275/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (1.9.2009)]. כך, בעוד שבין המקרים החריגים שבהם תתערב ערכאת הערעור בממצאי העובדה שקבעה הערכאה הדיונית ניתן למנות מקרים שבהם ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על שיקולים שבהיגיון או ראיות שבכתב – או אז לא נהנית הערכאה הדיונית מיתרון כלשהו בהתרשמותה מן הראיות על-פני ערכאת הערעור – הרי שבמקרה דנן קביעות המהימנות והעובדה עליהן נסמכת הכרעת הדין אינן כאלה, ומדובר בקביעות עובדתיות הנסמכות על התרשמותו של בית המשפט מן העדים

שנשמעו לפניו ואופן מסירת עדותם [ראו למשל: ע"פ 6834/12 קבלאן נ' מדינת ישראל, פסקה 43 והאסמכתאות הנזכרות שם (20.8.2015)]. במקרה דנן נסמכות קביעותיו של בית המשפט, בין השאר, על התרשמותו הבלתי אמצעית משפת הגוף של העדים ומאופן מסירת עדותם והתנהגותם על דוכן העדים. כך למשל, בהכרעת הדין מצא לנכון בית המשפט לציין מחד גיסא את גיחוכיו של המערער במהלך עדותו [פסקה 7 להכרעת הדין], ומאידך גיסא את בכיה של המתלוננת, עד כדי הפסקת עדותה, וכן את תנועות היד שבאמצעותן הדגימה כיצד חיכך בה המערער את איבר מינו [פסקאות 5 ו-9 בהתאמה להכרעת הדין].

16. מקרים חריגים נוספים שבהם נתון לערכאת הערעור שיקול דעת רחב האם להתערב בממצאי העובדה שקבעה הערכאה הדיונית חרף יתרונה המובנה כאמור, הם כאשר נפלה טעות מהותית באופן הערכת העדויות על-ידי הערכאה הדיונית, או כאשר ערכאת הערעור סבורה כי לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה [ראו למשל: ע"פ 433/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 32 והאסמכתאות הנזכרות שם (2.6.2014)]. אינני סבור כי המקרה דנן בא בגדר המקרים החריגים שהוכרו בפסיקת בית משפט זה להתערבות ערכאת הערעור בממצאי הערכאה הדיונית. כאמור, כל טענותיו של המערער בערעור שלפנינו מופנות כנגד האמון שנתן בית המשפט בעדותה של המתלוננת – שנמצאה קוהרנטית ואותנטית – ובעדויותיהן של מדריכותיה וחברתה, שתמכו בגרסתה כי סיפרה להן אודות מעשיו של המערער. זאת בעוד שגרסתו של המערער נמצאה לא מהימנה והותירה רושם רע, במיוחד לנוכח העובדה כי גם לגרסתו של המערער עצמו, הרי שהמתלוננת אמרה לו מספר פעמים "לא". בערעורו מעלה המערער מספר קשיים לכאורה בגרסתה של המתלוננת (למשל בדבר זהותה המינית ובנוגע לעובדה שידידה מסר כי הם לא היו עתידים להיפגש ביום האירועים, בניגוד לגרסתה). ואולם, בית משפט זה חזר וקבע כי לא די להצביע על תמיהות או פירכות שאינן בלב העדות, אפילו אינן מעטות, אלא שעל המבקש מבית משפט זה להתערב בממצאי הערכאה הדיונית, להצביע על עובדות שיש בהן כדי להראות שלא היה ביכולתה של העראה המבררת להגיע אל הממצאים שאליהם הגיעה [ראו למשל: ע"פ 433/13, בפסקה 32; ע"פ 5920/13 אטלן נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (2.7.2015)]. אין זה המקרה בענייננו.

17. בנוסף, לא למותר לציין כי במקרים שעניינם עבירות מין, ובמיוחד עבירות מין שנעשו בלא שנכחו בזירת האירוע עדים נוספים פרט לתוקף ולמתלונן, כבמקרה דנן, הרי שלכלל "אי ההתערבות" הנהוג מתווספים שני שיקולים נוספים: האחד הוא כי

האפשרות להיעזר בעדויות אובייקטיביות, חיצוניות לאירוע היא מוגבלת ביותר, ובנסיבות אלה ניתן משקל רב להתרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מסימני האמת שעלו במהלך עדותם של קורבן התקיפה והתוקף; השני הוא כי הגם שעל-פי רוב מדקדק בית המשפט בסתירות ואי-דיוקים שנפלו בגרסאות העדים, הרי שבעבירות מין הגישה היא שונה, לנוכח המצב הנפשי המיוחד של קורבן העבירה [השוו והבחינו בין התווספותם של שני שיקולים אלו לבין הגישה לפיה "כלל אי ההתערבות" חל מטבעו ביתר שאת במקרים שעניינם בעבירות מין, הגם שלצורך ההרשעה בעבירות אלה לא נדרשת כל תוספת ראייתית לעדות הקורבן: ע"פ 5633/12 ניימן מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתי והאסמכתאות הנזכרות שם (10.7.2013)]. לסקירת הגישות השונות בעניין זה ראו: ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (11.2.2015). הגם שכאמור אין ערכאה זו נוטה להתערב בממצאי מהימנות, ומאחר שבדיני נפשות עסקינן, להלן אתייחס בקצרה לסתירות לכאורה שעליהן הצביע המערער בגרסת המתלוננת.

18. הן לפנינו והן לפני בית המשפט המחוזי מנה המערער חמש תמיהות או סתירות שיש בהן לשיטתו כדי לפגום במהימנות עדותה של המתלוננת: האחת, כי המתלוננת לא קבעה להיפגש עם ידידה בתחנת האוטובוס כפי שמסרה; השנייה, כי המתלוננת מסרה בתחילה כי היא מגדירה את נטייתה המינית כלסבית אך מאוחר יותר עלה כי נטייתה המינית היא בי-סקסואלית; השלישית, כי המתלוננת פתחה עבור המערער את דלת הבניין בו בוצעו המעשים המיניים, לאחר שהפציר בה לעזור לו להכניס את אופניו לבניין ולנוכח "גילו המבוגר". זאת, בעוד שלגרסת המערער, מלכתחילה נכנסו השניים בהסכמה לבניין על-מנת לקיים יחסי מין. נטען כי תשובותיה של המתלוננת אינן מתיישבות הן עם העובדה שהמערער היה כבן 35 בלבד בעת הרלוונטית והן עם העובדה שדלת הבניין פתוחה על-פי רוב וממילא לא קיים כל קושי לפתוח אותה; הרביעית, כי המתלוננת לא צעקה במהלך האירוע; החמישית, כי בתלונתה הראשונה במשטרה לא ציינה המתלוננת את דבר האירוע הראשון, שהתרחש בסמוך למבנה תנועת הנוער, במסגרתו חיכך המערער את איבר מינו בגופה של המתלוננת. יצוין כבר כעת כי אפילו היה בדברים אלו כדי להצביע על סתירות או פירכות מסוימות בגרסת המתלוננת – ואינני סבור שכך הוא באשר לכל חמש הטענות – הרי שמקובלת עלי קביעת בית המשפט לפיה "מדובר בעניינים שהם שוליים, יחסית, לגזרת המחלוקת" [פסקה 6 להכרעת הדין]. על-כן, ובהתאם להלכה הנהוגה בבית משפט זה כאמור לעיל, סבורני כי אין בטענות המערער כדי להצביע על עובדות שמהן עולה כי לא יכול היה בית המשפט להגיע אל הממצאים והמסקנות שאליהם הגיע. לכל היותר ניתן לראות בטענות

אלה כמעוררות תמיהות מסוימות בעניינים שאינם בליבת המחלוקת או בליבת האישומים, ושאינן בהן כדי להקים ספק סביר בנוגע לאשמו של המערער בביצוע המעשים המיניים שלא בהסכמת המתלוננת.

19. כמו כן, בית משפט זה חזר וקבע כי האופן שבו יש לבחון את מהימנותם של קורבנות עבירות מין איננה כדרך שבה נבחנת עדות "רגילה", בבחינת המשקל שיש ליתן לאי-דיוקים העולים מגרסת הקורבן. זאת, לנוכח ההכרה בהשלכות השונות ובהשפעות שיש לטראומה אותה עברו נפגעי ונפגעות עבירות המין בתקיפתם. כך, העובדה שבגרסתו של נפגע העבירה נפלו אי-דיוקים או הושמטו פרטים מסוימים, אינה מערערת על-פי רוב לכשעצמה את מהימנותו, ובתנאי שהגרסה העובדתית הגרעינית העולה מעדותו היא אמינה. במקרים כגון דא רשאי בית המשפט להסתפק "ב"גרעין האמת" המתבלט מן הגרסה, ולעיתים אף ניתן להסתפק ב"גרעין הקשה" של האירועים" [ראו למשל: ע"פ 7880/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 והאסמכתאות הנזכרות שם (11.5.2015) (להלן: עניין פלוני)].

20. באשר לקביעת המפגש שהיתה או לא היתה עם ידידה של המתלוננת, והגם שהדבר שולי ביותר וחסר כל נפקות לטעמי; מן החומר שהונח לפני עולה כי המתלוננת המתינה בתחנת האוטובוס הסמוכה לבניין שבו בוצעו כנגדה המעשים המיניים יחד עם שלושה מחבריה: האחד עלה על אוטובוס כדי להגיע לביתו שבצפון הארץ, בעוד שהידיד שקביעת המפגש עמו הפכה למוקד מחלוקת, ליווה את החברה השלישית לביתה. הטלפון הנייד של הידיד נותר אצל המתלוננת והיא המתינה בתחנת האוטובוס כדי שישוב לקחתו ומתוך מחשבה כי תחנת האוטובוס נמצאת ממילא בדרכו לביתו. בנסיבות אלה, אף אם לא "קבעו" המתלוננת וידידה להפגש, ברי כי המתלוננת יכולה היתה להניח באופן סביר שידידה יחזור לתחנת האוטובוס על-מנת לאסוף את הטלפון הנייד שלו בדרכו לביתו. המתלוננת העידה דברים דומים, כי לה ול ידידה יש את "אותו חוט מחשבה" [פרוטוקול הדיון מיום 21.1.2013 בעמ' 34], וכך גם מסר המערער בחקירתו במשטרה: "היא אמרה לי שהיא מחכה לידיד שלה לתת לו את הטלפון, אמרתי לה טוב" [פרוטוקול הדיון מיום 17.6.2013 בעמ' 70].

21. באשר לנטיית המינית של המתלוננת; אכן, מעדותה ומחקירותיה במשטרה עולה כי פעם הגדירה המתלוננת את נטיותיה המיניות כ"נטו לבנות" ופעם עלה כי נטייתה המינית בתקופה הרלוונטית היתה דו-מינית, תוך שבעת הרלוונטית היה לה חבר (בשונה מחברה). יתכן כי העובדה שחקירתה של המתלוננת ירדה לפסים כה

פרטיים ואינטימיים היתה בלתי נמנעת בנסיבות העניין, ובפרט בהתחשב בכך שעניין זה הועלה מלכתחילה על-ידי המתלוננת. עם זאת, חשוב לזכור כי במועד הרלוונטי היתה המתלוננת נערה צעירה כבת 15, בעיצומו של גיל ההתבגרות ובמהלך גיבוש זהותה המגדרית ונטייתה המינית. בנסיבות אלה סבורני כי לא ניתן ללמוד דבר או חצי דבר על מהימנותה של המתלוננת מהעדפותיה המיניות המשתנות. ממילא, ברי כי אין בנטייתו או בזהותו המינית של קורבן העבירה כדי ללמד על הסכמתו לביצוע המעשים המיניים כנגדו [ראו למשל: עניין קבלאן, פסקה 52].

22. באשר לנסיבות פתיחת דלת הבניין על-ידי המתלוננת עבור המערער; לטענת המערער, תשובותיה של המתלוננת אינן מניחות את הדעת באשר לשאלה מדוע פתחה עבורו את דלת הבניין. לטענת המערער, גרסת המתלוננת כי פתחה את דלת הבניין עבורו לאחר שביקש ממנה לעשות כן, על-מנת לסייע לו להכניס את אופניו לבניין ולנוכח היותו אדם מבוגר, אינן מתיישבות עם העובדה שהמערער הוא כבן 35 בלבד, ועם העובדה שדלת הבניין פתוחה לרווחה רוב הזמן וממילא יכולה היתה להיפתח בקלות על-ידי המערער בעצמו. מכך מבקש המערער ללמוד כי המתלוננת לא נדחפה על-ידו לתוך חדר המדרגות כגרסתה, כי אם נכנסה לבניין יחד עמו מרצון ומתוך כוונה לקיים עמו יחסי מין. אין בידי לקבל טענה זו. הנסיבות שבגינן פתחה המתלוננת את דלת הבניין עשויות להיות שונות ומגוונות, אך ממילא אין בהן כדי להצביע על הסכמה כלשהי למעשיו של המערער, כפי שיובהר. בהחלט יתכן כי המתלוננת פתחה עבור המערער את דלת הבניין כגרסתה, לנוכח בקשת המערער לעזרה, מתוך שחונכה לסייע לאחרים (כפי שעולה מעדותה ומפעילויותיה בתנועות הנוער השונות) ולאור העובדה שהמערער נתפס בעיניה כאיש מבוגר, הגם אם איננו כה מבוגר, כפי שלרוב תופסים נערים ונערות צעירים בגילה של המתלוננת אנשים בגילו של המערער. לאלו יש להוסיף את העובדה שהמערער ביקש להיכנס לבניין עם אופניו, ובשל כך, לכאורה, נזקק לעזרת המתלוננת בפתיחת הדלת. עוד יש לציין כי טענת המערער לפיה דלת הבניין פתוחה בדרך כלל לרווחה, נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי, הן מן הטעם שנטענה בעלמא והן מן הטעם שבעת שחזור האירוע נראתה דלת הבניין סגורה. המערער מבקש להתלות בעובדה שדלת הבניין נפתחת בקלות וטוען שלא היתה כל סיבה לבקש את עזרת המתלוננת. בעניין זה מקובלת עלי עמדת המשיבה וקביעת בית המשפט כי דווקא עובדה זו עשויה להתיישב יותר עם גרסת המתלוננת, לפיה לאמיתו של דבר לא היה המערער זקוק לעזרה כלשהי בפתיחת הדלת, אלא שהוא ביקש מהמתלוננת לעשות כן על-מנת לטמון לה פח ולהכניסה לבניין בכח.

23. עוד טוען המערער כי גרסת המתלוננת אינה מתיישבת עם נסיונות התחמקותה ממנו, הן באירוע זה והן באירוע שבוצע בסמוך למבנה תנועת הנוער. אין בידי לקבל טענה זו. במצב הדברים שבו נתקלה המתלוננת במערער, אשר ביצע בה מעשה מגונה כחצי שנה קודם לכן, ובעת שהיא מחכה לאוטובוס לבדה בשעת ערב מאוחרת תוך שהמערער מפציר בה לסייע לו, סבורני כי פתיחת דלת הבניין מתיישבת עם נסיונות ההתחמקות הקודמים (ובכלל זה גם מתן מספר טלפון שגוי פעם אחר פעם), והכל על-מנת שהמערער יניח למתלוננת לנפשה. יתכן שהמתלוננת סברה בתמימותה כי אם תסייע למערער, כפי שחזר וביקש ממנה לעשות לגרסתה, הרי שהוא ייכנס לבניין ובכך תסתיים פגישתם באופן שהוא לא ימשיך ויטריד אותה בתחנת האוטובוס. סברה זו עולה במישרין מדבריה של המתלוננת בהודעתה השלישית במשטרה, במסגרתה מסרה כי היא העדיפה לשתף פעולה עם המערער, לדבר איתו ולתת לו פרטים שגויים על-מנת שלא ירדוף או יעקוב אחריה. זאת לשאלת החוקר מדוע המשיכה המתלוננת לשוחח עם המערער לאחר הפעם הראשונה שפגשה בו. ממילא, תהום פעורה בין הטענה כי גרסת המתלוננת לנסיבות פתיחת דלת הבניין אינה הגיונית ובין הטענה כי המתלוננת הסכימה לקיים יחסי מין עם המערער. זאת במיוחד לנוכח העובדה כי גם על-פי עדותו של המערער – הן לפני בית המשפט והן לפני חוקרי המשטרה – חזרה המתלוננת והביעה את התנגדותה למעשיו בבירור, באמירות "לא, לא, לא" [ת/19]. המערער ציין בעדותו במפורש כי המתלוננת "אמרה שלא בא לה" [פרוטוקול הדיון מיום 17.6.2013 בעמ' 70], אלא שלטענתו של המערער, בהמשך הדברים הוא הצליח לשכנעו בקסמיו בהיותו "פוליטיקאי" [פרוטוקול הדיון מיום 17.6.2013 בעמ' 78].

24. בהקשר זה מן הראוי לשוב ולהדגיש: "די בהתנגדות מילולית של הצד השני כדי ללמד על אי הסכמה למגע המיני" [ראו: עניין פלוני, בפסקה 31]. סבורני כי במקרה דנן אי-הסכמתה של המתלוננת למעשיו של המערער עולה במישרין מן הדברים שאמרה לו, ועל דברים אלו חזר המערער בעדותו במילותיו. אי-הסכמת המתלוננת בא לידי ביטוי גם בנסיונות התחמקותה השונים ממנו, ואף – אם הדברים לא היו ברורים – מהתנגדותה הפיזית של המתלוננת, בנסיונה להימלט מידיו של המערער בין קומת הכניסה ובין קומת הביניים בבניין. הסברו של המערער, כי הצליח לשכנע את המתלוננת לביצוע המעשים המיניים, איננו מניח את הדעת לנוכח סממני ההתנגדות שבמקרה דנן. זאת, במיוחד לאור עדותה של המתלוננת כי מעשיו של המערער בהמשך שיתקו אותה. המערער העיד כי לאחר שדיבר אל המתלוננת היא "זרמה" איתו [פרוטוקול הדיון מיום 17.6.2013 בעמ' 81]. סבורני כי לנוכח פער הגילאים הגדול שבין המתלוננת ובין המערער (כעשרים שנים) וגילה הצעיר של המתלוננת (אשר היתה

כאמור כבת 15 וחצי בעת הרלוונטית), לנוכח התנגדותה הראשונית של המתלוננת ולנוכח תחושת השיתוק שחשה כדבריה – היה על המערער נטל מוגבר לבירור הסכמתה של המתלוננת למעשיו לאחר שהביעה את התנגדותה. קשה להלום כיצד הסיק המערער את הסכמת המתלוננת לקיום יחסי המין לאחר שסירבה לכך בתוקף.

25. באשר לעובדה כי המתלוננת לא צעקה במהלך האירוע; נטען כי העובדה שהמתלוננת לא צעקה הן כאשר המערער דחפה אל תוך הבניין והן במהלך מעשיו של המערער לאחר מכן, היא תמוהה ויש בה כדי לערער את מהימנות גרסתה של המתלוננת. אין בידי לקבל טענה זו. כאמור, המתלוננת העידה כי היא חשה משותקת במהלך האירוע. בית משפט זה חזר וקבע כי התנהגותם של קורבנות עבירות מין איננה נבחנת במדרים של סבירות, וכי הספרות והמחקר האקדמי מלמדים על כך שלא ניתן ליצור דפוס של "התנהגות סבירה" מצד נפגע עבירת מין [ראו למשל: עניין קבלאן, פסקה 45 והאסמכתאות הנזכרות שם]. בפרט נקבע כי אף אם התנהגות נפגעת העבירה נראית לצופה מהצד כחסרת היגיון, למשל בשל העובדה שלא צעקה במהלך ביצוע המעשים כנגדה, הרי שאין בכך בהכרח כדי לפגום במהימנותה של המתלוננת. זאת, לנוכח ההכרה במגוון התגובות של נפגעי תקיפה מינית, ובכלל זה, קיפאון או אי-יכולת להוציא הגה [ראו למשל: ע"פ 2921/13 רייטבורג נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (1.1.2015)].

26. באשר לכך שהמתלוננת דיווחה על האירוע שהתרחש בסמוך למבנה תנועת הנוער רק בהודעתה המאוחרת; רב הדמיון בין גרסתה של המתלוננת ובין גרסתו של המערער באשר להשתלשלות העובדתית באירוע שהתרחש בסמוך למבנה תנועת הנוער, והצדדים חלוקים אך בנוגע לשאלה האם חיכך המערער את איבר מינו בגופה של המתלוננת תוך שחיבק אותה, אם לאו. למעשה, המערער איננו מבקש ללמוד דבר על התרחשות האירועים מן הטענה שהמתלוננת דיווחה על האירוע הראשון רק בחקירתה המאוחרת, אלא שלשיטתו יש בכך כדי לערער את מהימנותה ולהצביע על כך ששני האירועים הנפרדים בוצעו בהסכמתה. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שבהודעתה הראשונה ציינה המתלוננת כי אינה מכירה את המערער אך ראתה אותו "מספר פעמים בעיר" [נ/א2]. עוד הצביע המערער על העובדה שכאשר עומתה המתלוננת עם הטענה שלא דיווחה בחקירתה הראשונה על אירוע זה, ענתה כי סיפרה על האירוע אך הדבר לא נרשם, תוך שמאוחר יותר חזרה בה המתלוננת מהסבר זה. לא אכחד, עניין זה הוא היחיד מבין הטענות שהעלה המערער אשר מעורר תמיהה מסוימת, וקשה להלום – במבט ראשון – מדוע לא סיפרה המתלוננת בהודעתה הראשונה על שאירע בסמוך

למבנה תנועת הנוער. ואולם, לא בלי התלבטות, סבורני כי אין בעניין זה כדי לערער את מהימנות עדותה של המתלוננת.

27. עיינתי שוב ושוב בחומר הראיות שעמד לפני בית המשפט המחוזי, בפרט שבתי ועיינתי בעדויות המתלוננת, הן לפני חוקרי המשטרה והן לפני בית המשפט. כפי שעולה הן מעדותה של המתלוננת והן מעדויותיהן של מדריכותיה, האירוע אשר הוביל את המתלוננת – בעידוד מדריכותיה – לדווח על מעשיו של המערער הוא האירוע המאוחר, במסגרתו נפלה קורבן לנסיון אינוס ובוצע בה מעשה סדום. אירוע זה השפיע באופן קשה על חייה של המתלוננת ולאחר שסיפרה למדריכותיה את שקרה, הן אלה שעודדו אותה לפנות למשטרה בעניין. בסמוך לכך הגיעה המתלוננת, צעירה כבת 15 וחצי, לראשונה בחייה לתחנת המשטרה. למקרא הודעתה הראשונה של המתלוננת עולה כי היא מסרה את פרטי האירוע כמונולוג המתייחס אך ורק לאירוע המאוחר והחמור יותר. לאחר שסיימה המתלוננת למסור את פרטי האירוע, היא נשאלה מספר שאלות הנוגעות לאופן השתלשלות האירוע עצמו, ואולם לא נשאלה בדבר היכרותה המוקדמת עם המערער. בעדותה מסרה המתלוננת כי "כל מה שקשור לנאשם ולתקופה הזו, מבחינתי זו תקופה טראגית ונוראית, אין מצב שלא אייחס לזה [האירוע בסמוך למבנה תנועת הנוער – י.ד.] חשיבות. החוקר אמר לי ספציפית לספר על המקרה במוצ"ש ועל זה סיפרתי" [פרוטוקול הדיון מיום 18.4.2013 בעמ' 43. ההדגשה הוספה – י.ד.]. בחקירתה הנגדית עומתה המתלוננת עם העובדה שלא דיווחה על אירוע המעשה המגונה בהודעתה הראשונה:

"ש: בגלל שהאירוע היה כל כך טראומתי מבחינתך, לא רצית לחשוף אותו ולא סיפרת אותו במשך חצי שנה, זה מה שאת אומרת?"

ת: כן, כאילו היה טראומתי בשבילי אבל לא היה איתו סוג של קיום יחסים איכשהו בהסכמה או בלי הסכמה, בגלל זה לא ראיתי סיבה לספר לאף אחד כי אני בן אדם ששומר המון דברים לעצמי וזה אחד מהם.

ש: אבל את אומרת שמבחינתך את חווית את האירוע כפגיעה מינית, נכון?"

ת: לא כפגיעה מינית אלא כמשהו טראומתי והיה שם מגע מיני, לא פגיעה מינית.

ש: איך זה כשאת מגיעה להגיש תלונה על אונס, את לא מספרת על אירוע מיני קודם עם אותו נאשם?"

ת: שוב, הוא ביקש ממני לפרט רק על המקרה הזה של מוצ"ש.

ש: את אמרת במילים שלך, הגיע גבר זר שאת לא מכירה וראית אותו כמה פעמים רוכב על אופניים, את ככה בחרת לתאר אותו, למה לא אמרת לחוקר שהגיע גבר זר שחיבק אותך לפני כמה חודשים ועשה כך מעשה מגונה ועכשיו הוא אנס אותך?"

ת: הוא אדם זר. גם עכשיו הוא אדם זר.

...

ש: ... למה כשאת מתארת את האירוע מיוזמתך את לא מספרת שהיתה גם נשיקה?

ת: נשיקה קרה לי עם הרבה אנשים בין אם הם רצו דבר כזה או אחר, אני לא רואה בזה פגיעה מינית. מה שכן פגע בי רגשית ונפשית ופיזית, זה מה שהוא עשה אחרי הנשיקות האלה, מבחינתי מה שהיה במפגשים הקודמים אפשר לשכוח מזה, אבל מה שקרה באותו ערב זה מה שכאב לי וזה מה שמלווה אותי... [פרוטוקול הדיון מיום 18.4.2013 בעמ' 49-50. ההדגשות הוספו – י.ד.].

הסבריה של המתלוננת, כי לא ראתה חומרה יתרה במעשיו של המערער הגם שהיו טראומטיים עבורה – במיוחד לנוכח האירוע המאוחר והקשה יותר – מתיישבים הן עם תשובותיה בהודעותיה הנוספות במשטרה, כפי שיובאו בהמשך, והן עם האופן שבו הגיבה המתלוננת לאירוע המעשה המגונה, בנסיון להכיל את האירוע ולהתמודד עמו בכוחות עצמה. כך למשל, על-ידי מתן מספר טלפון שגוי למערער או על-ידי חזרה לביתה מתנועת הנוער בדרכים עוקפות על-מנת שלא תפגוש שוב במערער, כפי שהעידה המתלוננת.

28. בית המשפט המחוזי קבע כי "ההסבר של המתלוננת שלא חשבה שחשוב לספר על אירוע זה בתחנת המשטרה הוא סביר, שכן על רקע חומרת עבירת מעשה הסדום והנסיון לאינוס, המעשה המגונה הוא שולי ובשל גילה, חוסר נסיונה, תמימותה והלחץ בו היתה נתונה, לא חשבה להעלותו" [פסקה 9 להכרעת הדין]. קביעת בית המשפט בעניין זה מקובלת עלי ודברים אלו עולים הן מרמת הפירוט והאופן שבו דיווחה המתלוננת על האירוע בהודעתה השניה – כאשר נשאלה לראשונה באופן קונקרטי בדבר טיב היכרותה עם המערער – והן מהסבריה של המתלוננת בהודעתה השלישית במשטרה בדבר העובדה שלא דיווחה על האירוע בחקירתה הראשונה.

כך השיבה המתלוננת לשאלות החוקר בהודעתה השניה:

ש: האם יש לך היכרות קרובה עמו או לאחד מחבריך

כך שהוא יודע פרטים אישיים לגבייך?

ת: אין לי וגם לא לחברים שלי.

ש: כמה פעמים נפגשת איתו לפני המקרה ומה בדיוק

עשיתם?

ת: בערך שלוש פעמים. הוא שאל מה התפקיד של

המדים בצופים כי כשראה אותי כל פעם הייתי עם

המדים של הצופים. מתוך נימוס הסברתי לו והוא היה

מזמין אותי לשבת איתו אבל אני לא הסכמתי. היתה פעם

אחת שזה היה בשעה 19:30 בערך והיה חשוך אז הוא ליווה אותי לשבט של הצופים שנמצא מאחורי בית הספר... אמרתי לו תודה על הליווי ואמרתי לו שאני אסתדר לבד. הוא רצה גם להיכנס לתוך המתחם כדי לרשום את הטלפון שלי, אני אמרתי לו שהוא לא יכול להיכנס ושאני אסתדר והודתי לו שוב על הליווי... הוא חיבק אותי והצמיד את איבר מינו לגוף שלי. אמרתי לו שאני לא מעוניינת ונכנסתי לשבט.

ש: כשחזרת באותו יום הביתה פגשת בו?
ת: לא. עשיתי דרך עוקפת”.

וכך השיבה המתלוננת לשאלות החוקר בהודעתה השלישית:

ש: מדוע לא סיפרת בעדותך הראשונה על המפגשים הקודמים שהיו לך עם החשוד? כמו כן לא סיפרת על החיכוך שביצע בך ביום שליווה אותך לשבט.
ת: החוקר לא שאל אותי. הוא שאל אם יש לי קשר קבוע איתו, קשר אישי, ולכן אמרתי שלא. לגבי החיכוך לא חשבתי שזה מידע חיוני, רק בעקבות החקירה איתך הבנתי את החשיבות של הדברים וסיפרתי לך”.

29. על-כן, סבורני כי הגם שהמתלוננת לא הזכירה את האירוע שהתרחש בסמוך למבנה תנועת הנוער בהודעתה הראשונה, הרי שאין בכך כדי לערער את מהימנותה. זאת, הן לנוכח העובדה שהצדדים אינם חלוקים בנוגע למרבית פרטיה של ההתרחשות העובדתית באירוע זה והן לנוכח גילה הצעיר של המתלוננת, תמימותה וחוסר נסיונה, כך שהשיבה ופירטה בכל הודעה רק בנוגע לשאלות שעליהן נשאלה באופן קונקרטי. לאלו יש להוסיף את העובדה שהאירוע אשר הביא בסופו של יום את המתלוננת אל תחנת המשטרה הוא האירוע האלים, בחדר המדרגות, במסגרתו ניסה המערער לאנוס את המתלוננת וביצע בה מעשה סדום. במיוחד יש לשים לב לכך שהודעתה הראשונה של המתלוננת נגבתה כשבועיים לאחר האירוע החמור יותר, בעוד שהאירוע בסמוך למבנה תנועת הנוער התרחש למעלה מחצי שנה קודם לכן. כאשר הובהרה למתלוננת חשיבות היכרותם המוקדמת של השניים, פירטה בהזדמנות הראשונה ובאופן שנמצא מהימן את שאירע בסמוך למבנה תנועת הנוער. בנוסף, מקריאה חוזרת ונשנית של עדויות המתלוננת, וכהערה כללית לעניין מהימנותה, התרשמתי כי עדותה של המתלוננת קוהרנטית ועקבית, מבלי שהיא מגלה סממנים למניעים מכוונים להפללת המערער, כפי שנטען. משכך, מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי, כי המתלוננת “עשתה מאמץ להיצמד לאמת ולהימנע מהגזמה, ויתרה מכך, לא רק שלא גילתה מוטיבציה להפללה, אלא גם התלוננה רק לאחר שמדריכיה הנחו אותה לעשות כן ואף ביקשה לבטל את תלונתה מחשש שהדבר יוודע להוריה” [פסקה 5 להכרעת הדין].

30. בהתאם לכל האמור לעיל, סבורני כי ככל שקיימים תמיהות או אי-דיוקים מסוימים בעדותה של המתלוננת, הרי שאלו שוליים לליבת המחלוקת ואינם נוגעים ל"גרעין הקשה" של התיאור העובדתי. בנוסף, סבורני כי אין לזקוף לחובתה של המתלוננת את העובדה שלא העלתה את האירוע שהתרחש בסמוך למבנה תנועת הנוער בהודעתה הראשונה במשטרה, אלא רק יומיים לאחר מכן. משכך, לא מצאתי כי נפל פגם בהערכת מהימנות עדותה של המתלוננת על-ידי בית המשפט המחוזי. כאמור, בפי המערער שתי טענות נוספות הנוגעות למשקל שיש ליתן ליכולתו השכלית והוורבלית הנמוכה ולסירובה של המתלוננת לערוך בדיקת פוליגרף.

31. אכן, רמת התפקוד הקוגניטיבי של המערער איננה גבוהה, כך התרשם בית המשפט המחוזי מעדותו וכך מוכיח האבחון שנערך לו, המצביע על אינטליגנציה נמוכה ורמה מילולית נמוכה גם כן. אין בידי לקבל את טענת המערער כי בית המשפט לא הביא עובדה זו בחשבון בהערכת עדותו. בהכרעת דינו חזר וציין בית המשפט את יכולת הביטוי הדלה של המערער, אלא שגם לאחר שניתן משקל לעובדה זו, התרשם בית המשפט כי הסבריו של המערער אינם משכנעים וכי הוא נמנע מלהשיב ישירות לשאלות שנשאל. כך למשל, צוין כי "יכולתו הוורבלית דלה" וכי "הדבר ניכר בעדותו". לאחר דברים אלו קבע בית המשפט כי "הנאשם הותיר רושם שהוא אינו מתייחס ברצינות ובכובד ראש להליך המתנהל נגדו ואינו מקבל את עובדת חלוף העידן הרע בו נשאלה השאלה 'כשהיא אומרת לא למה היא מתכוונת?' שכן 'לא' פירושו: 'לא'" [פסקה 7 להכרעת הדין]. בהמשך אף הוסיפה השופטת י' רז-לוי על חוות הדעת המרכזית של השופט נ' זלוצ'ובר וציינה כי:

"אכן, כפי שציין חברי כב' השופט זלוצ'ובר, וכך אף אני התרשמתי, המדובר בנאשם שיכולת הביטוי שלו דלה, ולעתים היה נראה כי הבנתו שטחית ומינימלית במובנים מסוימים, ונתתי לכך משקל בבואי לבחון את עדותו. עדיין, גם אם נבחן את עדותו בהתחשב באמור, הרי הנאשם ידע לפרט, להסביר ולספר מה אמרה המתלוננת או מה הוא אמר לה בעניינים אחרים..." [פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת י' רז-לוי. ההדגשות הוספו – י.ד.].

משכך, אף לאחר שנשקלו יכולותיו הקוגניטיביות והמילוליות הנמוכות של המערער והשפעתן על עדותו, מצא בית המשפט את עדותו של המערער לא מהימנה. בנוסף, מקובלות עלי קביעותיו הנוספות של בית המשפט בעניין זה: ראשית, כי הגם שיכולת הביטוי של המערער דלה, הרי שתיאור גרסתו באירועים מסוימים הוא מפורט ונהיר. כך למשל, עדותו של המתלונן באשר להשתלשלות העובדתית החל מפגישתו עם

המתלוננת בסמוך לבניין תנועת הנוער ועד לכניסת השניים אל הבניין שבו בוצעו המעשים המיניים החמורים יותר, היא עדות מפורטת שניתנה "בנשימה אחת". במרבית התיאורים העובדתיים גם עולה עדותו בקנה אחד עם גרסת המתלוננת [פרוטוקול הדיון מיום 17.6.2013 בעמ' 70]. עם זאת, בשאלה המרכזית שבמחלוקת – שאלת הסכמתה של המתלוננת – הסבריו של המערער "רזים" במיוחד, הוא הרבה להשתמש במושגים חסרי תוכן קונקרטי כגון "זרימה", ונמנע מליתן הסבר מינימלי הכיחד למד על הסכמתה של המתלוננת לאחר שסירבה בתחילה לקיום יחסי המין ואמרה במפורש "לא" [פרוטוקול הדיון מיום 17.6.2013 בעמ' 78-79]; שנית, היתלות המערער בטענותיו על יכולתו המילולית הדלה לעניין הערכת עדותו, אינה עולה כלל בקנה אחד עם טענתו המרכזית – כי לאחר שאמרה המתלוננת "לא", הצליח לשכנע אותה במילותיו לקיים עמו יחסי מין. לא ברור כיצד מתיישבת יכולתו הוורבלית הדלה במיוחד של המערער – כפי שהוא טוען לה בעצמו, כפי שעולה מן האבחון שנערך לו וכפי שגם התרשם בית המשפט – עם הטענה כי באמצעות יכולת דלה זו הצליח לגרום למתלוננת, נערה כבת 15 בעת הרלוונטית, לקיים עמו יחסי מין בחדר מדרגות ולאחר שזו התחמקה ממנו בעבר ואף אמרה לו במפורש "לא" אך קודם לכן.

32. טענתו האחרונה של המערער היא למעשה ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, במסגרתה נפסלה שאלת בא-כוח המערער למתלוננת, באשר לסירובה להצעת המשטרה לערוך לה בדיקת פוליגרף. בהתאם להלכה הידועה לפיה שאלה שכזו איננה קבילה, פסל בית המשפט את השאלה וקבע כי "השאלה לא היתה ראויה, ולא היה בה אלא כדי לנסות להכפיש את המתלוננת, כאשר יש לצפות מסניגור שידע שהשאלה פסולה". לפנינו טוען המערער כי הגם שבע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485 (1993) (להלן: עניין אבוטבול) כבר נקבע כי "אסור להביא לידיעת בית המשפט במשפט פלילי, שנאשם או עד סירבו להבדק במכשיר הפוליגרף, ולא כל שכן אין להעיר כל הערה בקשר לסירוב כזה" [שם, בעמ' 495. ההדגשה הוספה – י.ד.], הרי שמעיקר נימוקיו של בית משפט זה עולה כי האיסור נוגע לנאשמים בלבד, ולאחר עניין אבוטבול, כך נטען, לא שב ועיין בית משפט זה בהלכה שנקבעה במקרה הדומה לענייננו. אין בידי לקבל את טענת המערער. אכן, בעניין אבוטבול היה המקרה העובדתי שונה מאשר במקרה דנן. שם סירב הנאשם לערוך בדיקת פוליגרף וכן הוזכרה בדיקת פוליגרף שערכה המתלוננת ותוצאותיה. עם זאת, כפי שעולה גם מקביעת השופט ג' בך שהובאה לעיל, הנימוקים לפסילת הראיה בדבר בדיקת פוליגרף יפים הן בנוגע לנאשם והן בנוגע לכל עד אחר, ובבסיסם עומדת מידת מהימנות בדיקת הפוליגרף והחשש הטבוע מפני השפעת תשובת העד או הנאשם על היושב בדין, כאשר לראיה שהיא בלתי

קבילה. כך, בית משפט זה חזר וקבע כי סירובו של נאשם, מתלונן או כל עד אחר לערוך בדיקת פוליגרף איננה ראייה קבילה. אך בעת האחרונה עמדה על דברים דומים ובנסיבות דומות למקרה דנן המשנה לנשיא (כתארה אז) מ' נאור :

"דא עקא, שעל-אף הסכמתו זו, המשיך בא-כוח המערער להישען במסגרת טיעונו בעל-פה על ראיות בלתי קבילות, כגון על סירובה של המתלוננת להיבדק בפוליגרף... כידוע, הן תוצאת בדיקת פוליגרף והן סירובו של אדם – בין אם נאשם, בין אם עד – לעבור בדיקה זו, אינם ראיות קבילות" [ע"פ 9447/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (2.2.2014)]. ההדגשות הוספו – י.ד.].

33. משכך, מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי כי היה על בא כוחו של המערער להמנע מלהפנות אל המערערת שאלה שעניינה בבדיקת הפוליגרף, וכי עצם השאלה ואופן ניסוחה, חותרים תחת הרציונאלים העומדים בבסיס ההלכה שנקבעה בעניין אבוטבול ועליה חזר בית משפט זה אך לאחרונה.

34. אשר על כן, משלא מצאתי כי נפלה שגגה בהערכת מהימנותה של המתלוננת או במשקל שנתן בית המשפט המחוזי ליכולתו הקוגניטיבית והמילולית הנמוכה של המערער, אמליץ לחבריי כי נדחה את ערעורו.

ערעורה של המשיבה על גזר הדין

35. ערעורה של המשיבה מופנה כאמור כנגד גזר דינו המקל לשיטתה של בית המשפט המחוזי. למעשה, כפי שהבהירה המשיבה בדיון שנערך לפנינו, אין היא חולקת על העובדה ש"היכולת הקוגניטיבית שלו [של המערער] פוגעת ביכולת לשלוט על מעשיו ומצדיקה הקלה בעונש", אלא שלשיטתה שגה בית המשפט כאשר נתן לנסיכה זו משקל רב לקולא, בעוד שלא נתן את המשקל ההולם לעברו הפלילי המכביד במיוחד של המערער, לחומרת מעשיו הרבה ולנזק הכבד שנגרם למתלוננת.

36. כבר עתה אציין כי אני סבור שהעונש שהושת על המערער, של חמש שנות מאסר וחצי, הוא עונש מקל יתר על המידה בנסיבות העניין.

37. כידוע, לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בעונש שהשיתה הערכאה הדיונית, אלא שסבורני כי במקרה דנן האיזון שבין חומרת העבירות ובין שיקוליו הפרטניים של

המערער, מחייב השתת עונש חמור יותר מזה שנקבע. הן המערער הן המשיבה הגישו בדיון שנערך לפנינו אסמכתאות שמהן ביקשו ללמוד על מדיניות ענישה מקלה מצד אחד או על מדיניות ענישה מחמירה מצד אחר, במעשים ועבירות הדומים למקרה דנן ובנסיבות הדומות לענייננו, שבהן היה על בית המשפט להביא בחשבון, בקביעת מתחם הענישה, את "יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו", וכן את "יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו..." , כמצוות סעיפים 40ט(א)(6) ו-(7) לחוק העונשין.

38. העבירות שבהן הורשע המערער הן עבירות חמורות במיוחד, במסגרתן כאמור ביצע מעשים מיניים קשים כנגד המתלוננת חרף התנגדותה. כפי שעולה מתסקיר נפגעת העבירה, מעשים אלו צילקו את נפשה של המתלוננת עד כדי שהחלה לנסות ולפגוע בעצמה. הגם שאין חולק כי בקביעת מתחם הענישה יש להביא בחשבון במקרה דנן את יכולתו הקוגניטיבית הנמוכה של המערער, מקובלת עלי עמדת המשיבה כי לשיקול זה ניתן משקל רב יתר על המידה בהתחשב ביתר הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות. אמנם עולה מחוות הדעת של ועדת האבחון כי תפקודו השכלי של המערער הוא גבולי ובשלותו הרגשית היא נמוכה, אלא שנקבע גם כי המערער מבחין בין טוב לבין רע, בין מותר לבין אסור, וכי הוא מבין נורמות ומנהגים חברתיים הקשורים לחיי היומיום.

39. בבחינת הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירות הצביעה המשיבה על עברו הפלילי המכביד במיוחד של המערער. מרישומו הפלילי של המערער עולה תמונה מדאיגה, של אדם אלים ומפר חוק, שעונשיו הקודמים – בכללם גם שבע תקופות מאסר – אינם מרתיעים אותו מלשוב ולבצע עבירות אלימות שונות. רישומו הפלילי של המערער מונה 17 תיקי בית משפט בעבירות שעניינן איומים, תקיפה בתנאים מחמירים, גניבות מסוגים שונים, סמים, תקיפת שוטר, בריחות ממשורת חוקית וממעצר ועוד שלל עבירות, כך שבסך הכל רשומים כנגדו עשרות פריטים המרכיבים אירועים עברייניים שונים. כל אלו החל משנת 1991 ועד לשנת 2009. סבורני כי בנסיבות אלה ראוי היה כי יינתן משקל רב יותר לעברו הפלילי המכביד במיוחד של המערער.

40. על-כן, בשים לב למכלול נסיבות האירוע, חומרת מעשיו של המערער, הנזק הרב שנגרם למתלוננת, עברו הפלילי המכביד של המערער, ותוך התחשבות ביכולתו השכלית המוגבלת של המערער, סבורני כי ראוי להחמיר בעונשו של המערער במידה מתונה ובהתחשב במדיניות של אי-מיצוי הדין עם נאשם בשלב הערעור. לו תשמע דעתי נחמיר בעונשו של המערער כך שעונש המאסר בפועל שיושת עליו יעמוד על

שבע שנות מאסר, ועונש המאסר המותנה יעמוד על 24 חודשי מאסר. רכיב הפיצוי בעונש שנקבע על-ידי הערכאה הדיונית יעמוד על כנו. סבורני כי גם עונש זה הוא על הצד הנמוך של מדיניות הענישה הראויה בנסיבות העניין, ובשים לב למדיניות החמרת הענישה הנוהגת בגין עבירות מין, ובמיוחד בעבירות מין המבוצעות כנגד קטינים וצעירים.

41. אשר על כן, אציע לחבריי כי נדחה את ערעורו של המערער ונקבל את ערעורה של המשיבה כמפורט לעיל.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, י"ט באלול התשע"ה (3.9.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט