



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 420/09

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט י' דנציגר

המערער : פלוני

נגד

המשיבים : 1. מדינת ישראל
2. אלמוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 31.12.2008 ב-תפ"ח 1033/04 שניתן על ידי כבוד השופטים: ר' לבהר שרון, א' טל, י' אמסטרדם

תאריך הישיבה : א' באב התשס"ט (22.7.2009)

בשם המערער : עו"ד שמואל זילברמן

בשם המשיבה : עו"ד יעל שרף
בשם המשיב : עו"ד תומר בן חמו

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופטים א' טל, י' אמסטרדם ור' לבהר-שרון) בתפ"ח 1033/04 מיום 29.10.2008 ועל גזר דינו מיום 31.12.2008, במסגרתם הורשע המערער בביצוע מעשים מגונים בקטין בן משפחה – עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) וסעיף 351(ג)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), והושתו עליו 48 חודשי מאסר

בפועל ו- 24 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר את אחת העבירות המנויות בסימן ה' פרק י' לחוק העונשין. כמו כן חויב המערער בפיצוי המתלונן בסך של 30,000 ש"ח.

העובדות לפי כתב האישום

1. בין השנים 1982-1998 היה המערער בן זוגה לחיים של סבתו של המתלונן, והתגורר עמה בדירתה (להלן: הסבתא והדירה). בסמוך לשנים 1993-1994 ועד שנת 1997, עת היה המתלונן, יליד 23.3.1989, כבן 4.5 שנים ועד היותו כבן 8.5 שנים, במספר רב של הזדמנויות, בדירה, בעת שהמתלונן גר יחד עם סבתו והמערער, וגם לאחר שחזר המתלונן לבית אימו אך התארח בדירה, נהג המערער לבצע בגופו של המתלונן מעשים מגונים בתדירות רבה, כמעט מדי יום במשך כארבע שנים.

2. באחד מן הימים במהלך התקופה האמורה, בעת שהמתלונן היה בדירה וצפה בתכנית טלוויזיה סמוך לשעה 18:30, שעה שהסבתא נעדרה מהדירה, התיישב המערער לצד המתלונן, כיבה את הטלוויזיה והחל לגעת בכל חלקי גופו של המתלונן, תוך הפשטת מכנסיו ותחתוניו ובהמשך פשט את בגדיו שלו. המתלונן ניסה להתנגד, אולם המערער תפס את ידו בכוח ומשך אותה לכיוון איבר מינו. לאחר מכן שלח המערער את ידו ושפשף את איבר מינו של המתלונן ובמקביל אונן עד שהגיע לפורקן מיני.

3. במועד נוסף במהלך השנים 1993-1995, בשעת לילה, הגיע המערער למיטת המתלונן שנם בסלון והתיישב למראשותיו על הרצפה. המערער שפשף את איבר מינו של המתלונן תוך כדי שנישק, ליטף וליקק אותו בכל חלקי גופו. הסבתא שהקיצה משנתה והגיחה לסלון, ראתה את המערער רכזן מעל מחצית גופו של המתלונן מעל איבר מינו.

4. במועד אחר במהלך השנים 1996-1997, בעת שאמו וסבתו של המתלונן נעדרו מהדירה והמתלונן ואחותו הקטנה נותרו תחת השגחתו של המערער, ניסה המערער לעלות על גופו של המתלונן תוך שנישק ונגע בחלקי גופו, אולם המתלונן התנגד ודחף את המערער בכל כוחו עם רגלו וידיו.

5. במועדים רבים בין השנים 1993-1997, המערער תקף מינית את המתלונן בהזדמנויות שונות ובשיטה דומה, הן בשעות היום עת נותרו לבדם בדירה, או בהגיעו באישון ליל למיטת המתלונן, ובעודו ישן נגע בגופו ושפשף את איבר מינו, ובמקביל

אונן עד הגיעו לפורקן מיני. במהלך התקופה האמורה, נהג המערער לשוב מעבודתו לדירה ולהניח את אקדתו על השולחן בחוזה ולהפחיד את המתלונן. כל אימת שהמתלונן הביע התנגדות, המערער היה מסמן על האקדה שלעיתים היה חגור למותניו, שאם לא ייעתר ויניח לו לבצע את מעשיו, ישתמש בו.

6. בשל מעשים אלו ייחסה המאשימה למערער ביצוע מעשים מגונים במתלונן בן משפחתו, בהיותו קטין שטרם מלאו לו 14 שנים, לשם גירוי, סיפוק וביזוי מיניים – עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) וסעיף 351(ג)(1) לחוק העונשין.

ההליכים לפני בית המשפט המחוזי

ראיות המאשימה

7. עדות המתלונן. המתלונן העיד בבית המשפט בנובמבר 2006, עת היה כבן 17 שנים ומחצה, בחלוף כ- 13 שנים מתחילת ביצוע המעשים המגונים וכתשע שנים לאחר סיומם, כאשר התלונה במשטרה הוגשה על ידו ביום 22.6.2003, בהיותו בן כ- 14 שנים. בעדותו סיפר המתלונן כי עת היה כבן חמש, לאחר שהוריו התגרשו, עברו הוא ואמו להתגורר בבית סבתו. לדבריו, הוא שהה ימים ארוכים בדירה מאחר ואמו עבדה. בתקופה שבה התגורר בבית סבתו טען המתלונן כי המערער ביצע בו את המעשים המתוארים בכתב האישום. לדבריו, המעשים בוצעו בו רק בהיותו בדירה, לאחר שאמו הייתה יוצאת מהדירה ומבקשת מהמערער לשמור עליו, כך שלאחר צאתה היה המערער נועל את דלת הדירה ומבצע בו את המעשים האמורים. המתלונן סיפר כי המעשים נעשו בו בתדירות גבוהה – בין ארבע לעשר פעמים בשבוע.

8. המתלונן תיאר בעדותו שלושה אירועים מרכזיים שנחרטו בזיכרונו.

הראשון, כאשר אמו, סבתו ודודתו יצאו לצפות באירוע מוסיקלי והוא ואחותו הושארו בדירה תחת השגחתו של המערער. לדבריו, הוא ואחותו ישנו ואז המערער העיר אותו ולקח אותו לחדר השינה שלו ושל סבתו, הפשיט אותו מבגדיו, נישק אותו בכל גופו, ליקק אותו וגרם לו לאונן. עוד העיד המתלונן, הגם שהדבר לא מצא ביטויו בכתב האישום, כי המערער ביצע בו מין אוראלי וכן גרם למתלונן לבצע בו מין אוראלי. לדבריו, התרחשות זו לא הייתה חריגה במסכת המעשים שביצע בו המערער, אולם היא זכורה לו הן בשל פרק הזמן הארוך שעמד לרשות המערער והן משום שהייתה זו הפעם היחידה שהמתלונן התנגד פיסית למעשיו של המערער. לדבריו,

המערער שכב עליו "עם בטנו" והמתלונן הרגיש את כובד משקלו ואת איבר מינו הגם שהמערער לא החדירו לגופו, באופן שגרם למתלונן לחוש "אי נעימות" ו"פאניקה" שגרמו לו לדחוק את המערער מעליו. יודגש כי המתלונן לא סיפר על המין האוראלי בהודעתו במשטרה וחשף אותו רק בפגישה השנייה עם נציגת המאשימה מהטעמים שיפורטו להלן. המאשימה בחרה שלא לתקן את כתב האישום ובשל כך החליט בית המשפט המחוזי לא לאפשר למתלונן להעיד על המין האוראלי ככל שהדבר קשור להוכחת קיומו של מעשה סדום.

השני, באחד מן הימים בשעות אחר הצהריים אמו של המתלונן ביקשה מהמערער שישגיח עליו. המתלונן צפה בסרט מצויר, המערער ניגש אליו, כיבה את הטלוויזיה, הפשיט את המתלונן ואת עצמו והחל לנשק וללקק את המתלונן בכל גופו.

השלישי, בליל קיץ אחד כאשר המתלונן ישן בסלון שבדירה, העיר אותו המערער, נישק אותו והחל ללקק את כל גופו. המערער הרים את חולצתו של המתלונן ונישק אותו בבטנו, כאשר המערער כרע על ברכיו. לפתע הסבתא קמה ממיטתה והלכה לשירותים. המערער נבהל כששמע את תנועותיה של הסבתא, התרומם מיד ממקומו, הפיל את העט של הסבתא באמצעותו נהגה לפתור תשבצים, וכשהסבתא שאלה לפשר מעשיו בסלון הוא השיב לה כי הוא מחפש את העט. על אף שהמתלונן העמיד פני ישן הוא שמע את שיחתם של השניים ונרדם במהלכה.

9. המתלונן העיד כי המעשים המתוארים לעיל בוצעו בו עד שמלאו לו 7-9 שנים, ונפסקו רק בשנת 1998, עם עזיבתו של המערער את הדירה בשל פרידתו מהסבתא. המתלונן העיד כי לא סיפר על המעשים שבוצעו בו בשעתו לאיש שכן הוא לא חשב שמדובר במעשים אסורים או שנפל בהם פסול, זאת בשל חוסר הבנתו בהינתן גילו הצעיר. ואולם, לדבריו הוא תמיד חלם על האירועים וחשב על המעשים שביצע בו המערער. עוד העיד המתלונן כי התבייש קודם לכן לספר לאמו את פרטי ההתעללות ומטעם זה אף חשש להגיש תלונה במשטרה במועד מוקדם יותר, הרגשה שהתמודד איתה עם התבגרותו והבשלת הבנתו ותודעתו. עוד ציין המערער כי בתקופה בה בוצעו המעשים האמורים הוא חש מאוים על ידי המערער שהתגורר יחד עמו בדירה, שכן המערער שב והדגיש בפניו "תיזהר לסבתא" או "תיזהר לדבר על זה עם מישהו", זאת בנוסף לפחד שחש מהמערער בשל האקדה אותו הוא נשא ואשר אותו הוא היה זורק בבוטות באמצעות חבטה על השולחן לאחר שהיה חוזר מהעבודה. עוד הוסיף המתלונן כי בילדותו חשש מהמערער והדבר נבע גם מהבדלי הגובה ביניהם. המתלונן

סיפר כי כבר כשהיה בן 8 או 9 שנים, הוא הבין שהמעשים שביצע בו המערער הם פסולים, אך למרות זאת הוא לא סיפר לאמו על שעבר מאחר וחשש שבני משפחתו ידברו על כך עם המערער שיכלה בו את זעמו.

10. בעדותו תיאר המתלונן את האופן בו פרק את מועקתו בילדותו באמצעות בכי תדיר, שכן חשש לספר על האירועים לבני משפחתו. עוד סיפר המתלונן כי היה ילד מופנם ונהג לבכות ולכן דבק בו הכינוי "א.בכייני". ואולם, לאחר הגיעו למצוות, כאשר עלה לתורה בבית הכנסת בבוקרו של יום שבת, הוא חש כי עליו לספר את אשר חווה בעקבות מעשיו של המערער, שכן באותה עת הוא כבר לא חש מאוים מפני המערער היות שהאחרון העתיק את מגוריו מהדירה ולא היה עוד בקרבתו. לאחר שובו של המתלונן מבית הכנסת, הוא נשכב במיטתו ואמו ראתה שהוא מוטרד. באותה עת אמו של המתלונן השתתפה בסדנה אשר בעקבותיה כינסה מספר ילדים בביתה וביקשה בין היתר מהמתלונן ואחותו לצייר ציור שיתאר את נשמתם. מצוירו של המתלונן (ת/2), שהכיל דמות ובמרכזה מפתח (בצבע חום) כאשר לימינה תלוי כלוב סגור (בצבע כחול) ובו נמצא מפתח נוסף (להלן: ציור המפתח), למדה אמו כי משהו שאינו מספר לה מטריד אותו, זאת בין היתר לאור האופן בו תיאר המתלונן את נשמתו (ת/2א): "נשמה מגוננת ועדינה ויש לה חלק אפל וחלק נעים", וכן: "נשמה סגורה שיש בתוכה דבר נפלא וצריך את המפתח כדי לפתוח את זה". לאחר שחזר מבית הכנסת שאלה אותו אמו האם הוא עבר התעללות, ובתשובתו חשף בפניה המתלונן את האירועים שעבר ואת זהותו של המערער כמי שביצע בו את המעשים האמורים. לדבריו, לאחר שסיפר את אשר אירע לאמו היא לקתה בהלם והתקשתה להאמין לדברים אשר שמעה כשהיא ממהרת לדירתה של הסבתא על מנת לספר לה על כך.

11. המתלונן נשאל מדוע לא סיפר בחקירתו במשטרה על מעשה הסדום שביצע בו המערער. המתלונן השיב כי חש שלא בנוח ואף התבייש שכן היה לו קשה לדבר על מעשים אלו. כך גם השיב המתלונן כי סיפר לבאת כוח המאשימה על המין האוראלי שבוצע בו רק בפגישתם השנייה, כשבוע לפני עדותו, שכן רק אז חש בשל לעשות כן לאחר שהיה כבר בעל ניסיון מיני.

12. אחת מטענות ההגנה שהוטחו בפניו של המתלונן בבית המשפט המחוזי הייתה כי מדובר בתלונה שקרית שהוגשה על ידו בניסיון להרחיק את הסבתא מהמערער, שכן באותה עת חשבה הסבתא לחזור לחיקו של המערער. המתלונן הכחיש טענה זו וציין כי אינו יכול לומר אם חשף את מסכת ההתעללות בו לפני או אחרי ששמע כי סבתו

מעוניינת לחזור לחיקו של המערער, אך הטעים כי אמו ציינה בפניו, לאחר שסיפר לה על ההתעללות שעבר: "מזל שסיפרת, למה סבתא רצתה לחזור [למערער]". עוד הכחיש המתלונן בעדותו את טענת המערער כי תלונתו מבוססת על "חלומות ופנטזיה".

13. טענת הגנה נוספת שהוטחה בפניו של המתלונן הייתה כי מדובר בתלונה שקרית שהוגשה במסגרת עלילה שנרקמה נגד המערער במטרה לנקום בו על כך שעזב את הסבתא. המתלונן הכחיש טענה זו והשיב כי אלמלא ההתעללות שחווה לא היה נזקק לטיפול פסיכולוגי. טענת הגנה אחרת שהוטחה בפניו של המתלונן הייתה שאביו הביולוגי הוא שהתעלל בו וכי עתה הוא משליך את חוויית ההתעללות על המערער. בתגובה לטענה זו השיב המתלונן, כי אכן אמו סיפרה לו כי הגישה תלונה נגד אביו לאחר שחשדה כי הוא מתעלל בו. ואולם, המתלונן הדגיש כי מי שביצע בו את המעשים היה המערער ולא אביו שכן הוא זוכר כי כל המעשים התרחשו בדירה, בעוד שאביו הביולוגי מעולם לא ביקר שם. בנוסף לכך הדגיש המתלונן כי המעשים בוצעו בו מספר פעמים בשבוע, ואילו אביו נפגש עמו בתדירות נמוכה הרבה יותר. כן ציין המתלונן כי הוא זוכר בבירור את פניו של המערער בעת ביצוע המעשים ולכן לא יתכן כי אביו ביצע בו את המעשים האמורים.

14. עדות אמו של המתלונן. לדבריה, בשנת 1999 התגרשה מאביו הביולוגי של המתלונן. לאחר גירושיה, התגוררה באוהל של מחוסרי דיור ולאחר מכן בקרוואן. בשל תנאי המחיה הקשים התגוררו ילדיה אצל הסבתא. לדבריה, כשהיה המתלונן בכיתה א' הגישה תלונה במשטרה נגד אביו, אך לא בגין תקיפה מינית פיסית של המתלונן אלא בשל "התעללות מילולית מינית" בה. לטענתה, היא אף הגיעה למקלט לנשים מוכות אך לא בשל אלימות פיסית אלא בשל האלימות המילולית והשפה המינית שנקט בה אביו של המתלונן. בתחילה היא הכחישה שסיפרה למתלונן על כך שאביו התעלל בו, וטענה כי אביו סיפר לו על כך, אולם לאחר מכן ציינה כי הסבירה למתלונן מבלי להיכנס לפרטים את פני הדברים לאחר שאביו סיפר לו אודות ההתעללות. אמו של המתלונן סיפרה כי בנה עבר אבחון אצל פסיכיאטר, אשר על פי ממצאיו המתלונן אכן עבר התעללות מינית אך לא על ידי אביו. עוד סיפרה האם כי המתלונן אומנם היה מבקר את אביו, שהתגורר אותה עת עם אמו, אולם הביקורים היו בתדירות לא גבוהה – פעם בשבוע.

15. לדבריה, בשנת 2003 עברה סדנה למודעות עצמית. בעקבות זאת, הזמינה לביתה קבוצת ילדים, ביניהם גם המתלונן וכתה, וביקשה מהם לצייר ציור שיתאר את

נשמתם. לאחר שניתחה את ציור המפתח של המתלונן, היא הסיקה כי ישנו סוד שהמתלונן לא משתף אותה בו. עוד סיפרה האם כי כחודש לאחר מכן המתלונן החל "להתפרץ" כנגדה, אולם היא סברה כי הגורם לכך הוא משבר גיל ההתבגרות, כיוון שהמתלונן היה בתקופה זו כבן 12-13. עוד סברה האם כי מדובר בתגובה על רקע הדרישה שאותה הפנתה אליו לנהוג בצניעות ביחס לבנות בשל הליך חזרתה בתשובה. בהמשך סיפרה האם כי באחד מלילות שישי, לאחר שכבר השתכנה בדירת עמידר, בסמוך לאחר אחת מהתפרצויותיו של המתלונן כלפיה, היא נכנסה לחדרו, אך המתלונן צעק עליה והורה לה לצאת מחדרו ולא להתקרב אליו.

16. למחרת, ביום השבת, עם שובו של המתלונן מבית הכנסת, הוא איפשר לה להיכנס לחדרו ואמר לה כי הוא רוצה לספר לה את סודו. המתלונן ביקש ממנה כי תבטיח לו שלא תעשה דבר לאחר שתשמע את דבריו ומשהבטיחה לו הוא סיפר לה על כך שהמערער התעלל בו, אם כי קשה היה לו לרדת לפרטים שכן הוא אמר לה שהוא מתבייש. כאשר ניסתה במהלך השיחה לברר האם החדיר המערער את איבר מינו לגופו של המתלונן, האחרון נמנע מלדבר על כך. עוד הוסיפה כי המתלונן סיפר לה שהמערער ביצע בו חלק מהמעשים ברכבו, ובחקירה הנגדית כשנוכחה לשמוע כי המתלונן העיד שהמעשים בוצעו בו רק בדירה, הכחישה כי עדותה בעניין הרכב הינה פרי דמיונה והעידה כי למיטב זיכרונה המתלונן אכן סיפר לה כי חלק מהמעשים בוצעו ברכבו של המערער. עוד סיפרה האם בעדותה, כי למדה מהמתלונן שהוא פחד מהמערער נוכח האקדח שהאחרון נשא עמו. בהמשך עדותה, סיפרה האם כי עקב אי יכולתה לממן טיפולים פסיכולוגיים, אושרו למתלונן מפגשים טיפוליים עם מנהל המכון הפסיכולוגי, אולם לאחר מספר מפגשים המתלונן בחר להפסיק את הטיפול מאחר וסבר כי הוא אינו מסייע לו. עוד ציינה האם בעדותה את נוהגו של המתלונן לבכות בתדירות גבוהה בילדותו, וכי היא ייחסה את הבכי לקושי בו הוא היה נתון נוכח המעבר התכוף בין מקומות מגוריהם.

17. עוד תיארה האם את מצבה הנפשי הקשה לאחר שהמתלונן סיפר לה על כך שהמערער התעלל בו, שכן דברים אלו הפתיעו אותה נוכח האמון שנתנה במערער, בו היא ראתה דמות אב. לטענתה, הגם שידעה כי המערער צופה בסרטים פורנוגרפיים, היא לא תיארה לעצמה כי הוא יפגע בה או בילדיה. לטענתה, היא מיהרה באותו יום שבת לבית אמה על מנת לספר לה על ששמעה מפי המתלונן. בבית אמה, לאור מצבה הנפשי הקשה, היא בעטה בקיר וקיבלה מכה ברגל ועקב כך פנתה לקבלת טיפול בבית החולים. לטענתה, היא התלוננה במשטרה רק כשלושה ימים לאחר מכן, שכן היה דרוש

לה זמן על מנת לעכל את אשר זה עתה שמעה מהמתלונן ובכדי להחליט כיצד עליה לפעול למען רווחת בנה. עוד סיפרה האם בעדותה, כי אחותה אמרה לה שבאחד הימים המערער נגע לה בחזה. לאחר שנוכחה לדעת כי אחותה הכחישה זאת בחקירתה במשטרה, השיבה האם כי היא זוכרת שהדברים נאמרו לה על ידי אחותה בהיותן נערות ולא בסמוך לחשיפת פרשת ההתעללות על ידי המתלונן, ויתכן כי אחותה לא זכרה שאמרה לה דברים אלו.

18. עדות דודתו של המתלונן. דודתו של המתלונן העידה כי אחותה, אמו של המתלונן, התקשרה אליה והזעיקה אותה באותו יום שבת לדירתה של הסבתא. בפגישה נכח גם המתלונן. אמו של המתלונן סיפרה לה ולסבתא כי לאחר שהתעקשה שהמתלונן ישתף אותה בסודו הוא סיפר לה על כך שהמערער התעלל בו. האם סיפרה כי המתלונן תיאר באוזניה מספר אירועים בהם המערער היה מורה למתלונן לאונן לו, המערער הוריד את תחתוניו של המתלונן ונגע בישבנו וכן הכניס את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן. עוד העידה הדודה כי המתלונן סיפר כי המערער איים עליו שאם יספר למישהו על שאירע הוא יהרוג את סבתו. כמו כן העידה הדודה כי בעת שהתגוררה עם הסבתא, כאשר הייתה שבה מעבודתה בלילות, ראתה כי המערער צופה בסרטים פורנוגרפיים. עוד סיפרה הדודה על האירוע בו נגע המערער בחזה בעת שישנה. לאחר שעומתה עם הודעתה במשטרה שם הכחישה את האירוע, הסבירה כי היא נזכרה באירוע כחודש לפני מתן עדותה במהלך טיפול פסיכולוגי אותו היא עוברת נוכח חשיפת מעשי המערער במתלונן. הדודה סיפרה כי היא עודדה את המתלונן לספר על שביצע בו המערער ולהגיש כנגדו תלונה במשטרה שכן היא עצמה הייתה קורבן להתעללות מינית במשפחה. עוד העידה הדודה כי המתלונן תמיד היה ילד מופנם וקשה היה לתקשר איתו ולעיתים הוא היה בוכה ללא כל סיבה.

19. עדות הסבתא. הסבתא העידה כי היא חיה עם המערער כ- 19 שנים. על מסכת ההתעללות למדה לדבריה מאמו של המתלונן, במהלך השיחה האמורה שהתקיימה בביתה ביום שבת בסמוך להגשת התלונה במשטרה. הסבתא העידה על מצבה הנפשי של האם, אשר לדבריה הייתה נסערת ואף פגועה ברגלה לאחר שבעטה בקיר. גם הסבתא העידה כי הייתה שרויה בהלם וניסתה לעכל את אשר שמעו אוזניה, ולכן הגישה תלונה רק כעבור שלושה ימים. בהמשך, סיפרה הסבתא כי בליל קיץ אחד היא התעוררה ולא מצאה את המערער לצדה. לדבריה, היא הלכה לשירותים ואז היא ראתה את המערער בסלון, ראשו מוטה כלפי מטה כשהוא רכון על פלג גופו התחתון של המתלונן. לטענתה, היא אחזה בשיערו של המערער ושאלה אותו לפרש הדברים אך

המערער היתמם. השניים ניהלו שיחה בחדר השני כאשר הסבתא ניסתה לברר האם למערער ישנן נטיות מיניות הומוסקסואליות. לטענתה, שאלה זו הועלתה על ידה גם על רקע דברים ששמעה מאישתו הקודמת של המערער, לפיהם האחרון ביצע מעשים מיניים בילדיו ובשל כך הוא אף נעצר. על רקע הכחשתו בפניה, היא בחרה להאמין לו ובזאת הסתיים האירוע. לדבריה, היא סיימה את מערכת היחסים עם המערער לאחר ששבה מביקור אצל דודתו של המתלונן ביפן, משגילתה כי למערער קשרים רומנטיים עם אחרת. עוד העידה הסבתא כי לא ידוע לה על תלונה שהוגשה על ידי אמו של המתלונן נגד אביו הביולוגי בשל התעללות במתלונן, אולם אישרה כי אמו של המתלונן שהתה במעון לנשים מוכות בשל התעללות מילולית בה. כמו כן הסבתא הכחישה כי פנתה לאחינו של המערער ואמרה לו כי היא מעוניינת לשוב לחיקו של המערער, אך הודתה כי לאחר שהמערער עזב אותה היא חשבה לפגוע בו באמצעות דיווח לרשויות המס שכן חשה כי הוא פגע בה.

20. עדותה של השוטרת מירב מולדוואן. העדה העידה אודות דו"ח ביצוע עימות מיום 3.9.2003 בו רשמה כי המערער סירב לבצע עימות עם המתלונן, זאת לאחר שהמשטרה דחתה את דרישתו כי בא כוחו יהיה נוכח בעימות. על הדו"ח חתם אף המערער בו אישר כי הוא מבין שהימנעות מלהשיב לשאלות עשויה לחזק את ראיותיה של המאשימה כנגדו. כמו כן העדה בדקה בהמשך לבקשת בית המשפט האם ישנן תלונות שהגישה אמו של המתלונן כנגד אביו הביולוגי בעניין ביצוע עבירות מין. לדבריה, לא נמצאו תלונות כאמור, למעט תלונות בנושא איומים.

21. עדותו של המערער. המערער הכחיש את אשר יוחס לו בכתב האישום. באשר לאירוע בו מצאה אותו הסבתא בלילה בסלון ליד המתלונן, טען כי האירוע לא התרחש בקיץ אלא לקראת החורף כשכבר היה קריר. לדבריו, התעורר משנתו והלך לשירותים, אז ראה כי המתלונן ישן על הספה בסלון ללא בגדים וכשהוא אינו מכוסה. בשל כך הוא ניגש לסלון וכיסה את המתלונן בשמיכה. באותה שעה הסבתא התעוררה ושאלה את המערער לפשר הימצאותו בסלון ליד המתלונן. המערער השיב לה כי היא יכולה לראות במה עיניה את אשר הוא עושה. לטענתו, הסבתא כלל לא שאלה אותו האם יש לו נטיות הומוסקסואליות, ואף לא יתכן כי משכה בשערות ראשו שכן אותה עת לא היה לו שיער על ראשו. המערער העיד כי אכן טענות דומות הועלו כנגדו על ידי אשתו הקודמת באשר לביצוע מעשים בעלי אופי מיני בילדיו, אולם לאחר ששהה במעצר 13 ימים, שוחרר ולא הוגש בעניינו כתב אישום. בנוסף לכך, טען המערער כי התלונה שבנדון הוגשה כמעשה נקם על שעזב את הסבתא, ולכן המשפחה כולה התגייסה כנגדו ורקמה

עלילת שווא. המערער הסביר את סירובו להשתתף בעימות ללא נוכחות בא כוחו בכך שלסבתא יש חברים רבים במשטרה ולכן הוא חשש שמדובר בתחבולה שתפעל לרעתו. עוד טען המערער כי המתלונן נהג לישון בדירה רק כאשר אמו הייתה יוצאת לבלות, כפעמיים-שלוש בשבוע, ולאחר שהמתלונן ואמו השתכנו בדירת עמידר המתלונן כלל לא ישן בדירה. המערער טען כי בכיו של המתלונן לא נבע ממסכת ההתעללות הנטענת, אלא היה נעוץ ברגש האפליה שחש נוכח העובדה שאמו הייתה לוקחת עמה את אחותו בעוד שהמתלונן היה נותר מאחור בדירה.

22. עדות בתו של המערער. בתו של המערער הציגה תמונות מחתונתה באוקטובר 1992, תמונה מחתונת אחיה בשנת 1995 ותמונה מחתונתה של אחותה בשנת 1999 (נ/נ-8, נ/נ-9 א'-ד', נ/נ-10 ו-10/א'), בכדי לחזק את טענתו של המערער כי בתקופה המתייחסת לאירוע בו הסבתא כביכול משכה בשערותיו, הוא היה קירח.

23. עדות אחיינו של המערער. אחיינו של המערער העיד כי לאחר שהמערער נפרד מהסבתא, האחרונה פנתה אליו וביקשה שידבר עם המערער על מנת לשכנעו לשוב לחיקה. כמו כן העיד אחיינו של המערער כי הסבתא כל הזמן אמרה לו שהיא רוצה להתנקם במערער.

24. עדותו של ד"ר מיכה רגולסקי (להלן: המומחה מטעם המערער). העד הינו פסיכיאטר לילדים ומבוגרים, המשמש מאז שנת 1994 כמנהל מחלקת הנוער בבית החולים הפסיכיאטרי בבאר-שבע, והוא ערך חוות דעת שהוצגה לפני בית המשפט המחוזי מטעמו של המערער. העד אף הגיש מאמר הסוקר זיכרון שהודחק הקשור להתעללות מינית בילדים. העד אישר כי חוות דעתו חסרה מאחר ובמהלך הכנתה הוא לא בדק את המתלונן. לדבריו, כיוון שהמסכת הנטענת ארכה מספר שנים והמעשים המיוחסים למערער ננקטו לכאורה מספר רב של פעמים, הרי שמתחייב מכך כי הדברים יותירו את אותותיהם בנפשו של המתלונן באמצעות סימנים בתר-חבלתיים כגון פגיעה בזיכרון, מצבי ניתוק, תפקוד חברתי ירוד ופגיעה בקשר הזוגי. ואולם, לדברי אמו של המתלונן תפקודו החברתי הנוכחי מוצלח למדיי כפי שהדברים מוצאים ביטויים בלימודיו, בהשתתפותו בקבוצת נוער לכדורסל ועמידתו בפני גיוס לצה"ל. כל אלה, לטענת המומחה מטעם המערער, מצביעים על היעדר פגיעה ביכולת התפקודית והחברתית של המתלונן כמו גם על היעדר פגיעה בזיכרון האופייני לקורבנות עבירות מין קטינים. לטענתו, הסבירות שאחרי התעללות בהיקף הנדון, אשר נמשכה על פני זמן רב, לא תהיה פגיעה תפקודית היא מאוד נמוכה, בפרט אצל ילדים שהטיפול בהם

הזנח. לכן, גרס המומחה מטעם המערער, בין היתר, כי ישנה אפשרות שהמתלונן אינו אומר אמת במכוון. עוד ציין המומחה מטעם המערער כי יתכן שהאירועים שהמתלונן טוען שהוא עבר בילדותו נעשו בו על ידי אדם אחר והוסטו כלפי המערער. בנוסף לכך, ציין העד כי הגילוי אודות ההתעללות הנטענת התרחש לאחר ארבע שנים בהם לא התרחשה התעללות מינית. גילוי בנסיבות אלה לא בוצע על ידי גורם מקצועי כי אם באמצעות ציור על ידי אמו. כשזיכרונות נדלים באמצעות עזרים כמו ציורים לאחר שעברה תקופת זמן בין אירועי ההתעללות הנטענים, ישנה סבירות גבוהה לכך שהזיכרונות אינם אמיתיים. באשר לתופעת הבכי של המתלונן, גרס העד כי תופעה זו דורשת בדיקה, אך אין וודאות כי הבכי נבע דווקא מהתעללות מינית ויתכן כי היו לכך סיבות רבות אחרות. בסיום חקירתו הנגדית השיב המומחה מטעם המערער כי על פי החומר שהוצג לפניו הוא אינו יכול לשלול את טענותיו של המתלונן.

הכרעת הדין

25. כבישת עדותו של המתלונן. המתלונן סיפר על מעשי ההתעללות שעבר שש שנים לאחר שהסתיימו ועשר שנים מעת תחילת התרחשותם. בית המשפט התייחס לאפשרות לפיה כבישת עדות במשך תקופה כה ארוכה, עלולה להביא להפחתת משקלה הראייתי. ואולם, בית המשפט המחוזי עמד על החרוג לכלל העדות הכבושה, כאשר המתלונן מספק הסבר סביר בדבר שתיקתו ובדבר הסיבה בגינה בחר לחשוף את העבירות הנטענות על ידו בעיתוי מסוים. עוד הדגיש בית המשפט המחוזי כי כבישת עדויות של קורבנות עבירות מין הינה תופעה נפוצה, במיוחד כשמדובר בעבירות מין המתבצעות בתוך המשפחה, נוכח מערכת היחסים המורכבת בין העברייני לבין נפגע העבירה, שהאחרון רך בשנים והוא חושש ומפחד או נבוך ומתבייש לחשוף את המעשים המבוצעים בו. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי הספרות הפסיכיאטרית המקצועית מכירה במצב של הצפנת מעשי התקיפה ואי התנגדות בקרב קורבנות קטינים של עבירות מין.

26. זאת ועוד, מעדותה של האם עלה כי המתלונן סיפר לה שהוא חשש כי המערער יפגע גם באחותו ולכן אמר למערער כי אם יגע באחותו הוא יהרוג אותו. מדברים אלו, כך טען המערער, ניתן ללמוד שהמתלונן כלל לא חשש מפניו. בית המשפט המחוזי קבע כי לא ניתן להסיק מדברים אלו כי המתלונן לא חשש מפני המערער, שכן המתלונן אמר את הדברים לאימו במטרה להרגיעה שלא אונה רע לאחותו הקטינה ו"הייתה זו אמירה פנימית שהמתלונן אמר לעצמו ולא למערער".

27. עוד טען המערער כי משפחתו של המתלונן עיכבה את הגשת תלונתו במזיד במשך שלושה חודשים, על מנת שימלאו לו 14 שנים בכדי שעדותו לא תיגבה על ידי חוקר ילדים אשר מחויב בהגשת דו"ח על מהימנות הקטין ויכולתו להעיד בבית המשפט, דבר שלטענת המערער הסבתא ביקשה למנוע פן תתגלה עלילת השווא שרקמה. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כממצא עובדתי שרק ביום 15.6.2003 אמו של המתלונן חשפה את מסכת ההתעללות וכשלושה ימים לאחר מכן, ביום 17.6.2003, היא ניגשה להתלונן במשטרה, וחמישה ימים לאחר מכן, ביום 22.6.2003, היא הביאה את בנה למשטרה. לכן, קבע בית המשפט המחוזי כי הגשת התלונה לא עוכבה שלושה חודשים כנטען על ידי המערער.

28. במקרה דנן קבע בית המשפט המחוזי כי המתלונן נתן הסבר מספק לכבישת עדותו. המתלונן בשל גילו הרך לא היה מודע באופן מלא לטיב ומהות היחסים, לאופיים המיני, לאיסור בדבר נקיטתם ולפגיעה שהם מסבים לו. רק עם התבגרותו הבין המתלונן את מהות העבירות והאיסור לבצען. בנוסף לכך, בית המשפט המחוזי השתכנע כי התקיימו אצל המתלונן חשד ופחד בצד מבוכה ובושה מגילוי הפרשה, הקשורה לאדם סמכותי, שהיה בן זוגה של הסבתא. החשש נגרם גם עקב אזהרת המערער "תזוהר לספר לסבתא", ודמותו מטילת האימה של המערער שנשא אקדח. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי המתלונן נתן הסבר מספק לעובדה שדווקא בעת הרלוונטית הוא בחר לחשוף את הפרשה, שכן מדובר בנקודת זמן לאחר שהמתלונן בגר, והמערער התרחק מהסבתא ולכן הוא אזר כוח לספר על שהתרחש. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי לא מן הנמנע שהזרו לגילוי הפרשה לא היה רק עלייתו לתורה של המתלונן לאחר שהגיע למצוות אלא גם השמועה שהגיעה לאוזניו שהסבתא והמערער עומדים לחדש את מערכת יחסיהם.

29. בית המשפט המחוזי הדגיש כי גם מעדותו של המתלונן ניתן ללמוד אודות תחושת הבושה ואי הנוחות בחשיפת המעשים, שכן גם כאשר הוא סיפר לבני משפחתו את אשר עבר הוא סיפר "פחות או יותר" מבלי להיכנס לכל הפרטים בשל הקושי הרגשי הטמון בחשיפתם, וכך גם אירע כאשר מסר תלונה במשטרה שם הוא "רעד מרוב שהתבייש". זו הייתה גם הסיבה בגינה הוא לא חשף בתחילה את המין האוראלי שנעשה בו, וסיפר על כך לנציגת המאשימה רק בפגישה השנייה שהתקיימה ביניהם, כשבוע לפני עדותו בבית המשפט.

30. מהימנותו של המתלונן. בית המשפט המחוזי קבע כי קיימת הלימה בין תוכן דברי המתלונן לבין הרגש שהביע בעת מסירת עדותו, וניכר היה הקושי שלו לתאר את תחושותיו. תיאורו של המתלונן לגבי האירוע בו נשכב המערער עליו והוא התקשה לנשום, כשהוא ניסה לדחוק בו באמצעות ידיו ורגליו, מהווה תיאור פסי אותנטי המבטא לא רק את זכרונו אלא גם את תחושתו בעת האירוע. חוויותיו של המתלונן בוטאו על ידו באותנטיות רבה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי עדותו של המתלונן עוררה אמון הן בשל אופן מסירת הדברים בבית המשפט, והן בשל השתלכות העדות בראיות אחרות. ניכר היה שהמתלונן ניסה לדייק בפרטים מבלי להעצימם, למשל הדגשתו כי באירוע שהתרחש בלילה בסלון הדירה כשהסבתא התעוררה, המערער לא הפשיט אותו, והמעשים באותו אירוע הסתכמו בכך שהמערער הרים את חולצתו ונישק את בטנו. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי המתלונן לא מסר את תיאורו כמשנה סדורה, שיש בה כדי להצביע על כך שקיבל הדרכה בפרטי עדותו, אלא הוא קפץ מאירוע לאירוע, בספרו פרטים שוליים ביחד עם אירועים מרכזיים.

31. מהימנות עדותה של אם המתלונן. נוכח התרשמותו של בית המשפט המחוזי מאופן מתן עדותה של האם הודגש בהכרעת הדין כי אין לקבוע ממצאים על פי עדותה, אלא אם הם נתמכו בעדויות אחרות מהימנות, כגון בכיו של המתלונן אודותיו העידו בנות המשפחה האחרות. מלבד אופן מסירת עדותה קבע בית המשפט המחוזי כי אין ליתן אמון בעדותה של האם גם משום שנפלו בה סתירות מהותיות, כך למשל הסתירה בין טענתה כי אביו הביולוגי של המתלונן לא ביצע בו מעשים מיניים אלא נקט כלפיה באלימות מילולית, לבין מה שאמרה למתלונן בהתייחס למעשים שביצע בו אביו וסיפרה לו כי הגישה כנגדו תלונה במשטרה בגין מעשים אלו. האם ניסתה לצמצם את טענתה בדבר התעללות של האב הביולוגי מהתעללות פיסית מינית במתלונן להתעללות מינית מילולית בה. לטענתה היא הלכה למשטרה ונרשמה הודעה מפיה. ואולם, מבירור שערכה המאשימה עולה כי לא הוגשה כל תלונה של האם נגד אביו הביולוגי של המתלונן בנושא עבירות מין שנעשו במתלונן, ותלונה שכזו גם לא נחקרה. בנוסף לכך, בעוד שהמתלונן טען כי כל המעשים נעשו בו בדירה, אמו העידה בתחילה כי בוצעו במתלונן מעשים מיניים גם ברכבו של המערער, ומאוחר יותר טענה שהיא זוכרת שהמתלונן סיפר לה על מקרה אחד שהתרחש ברכב. גם לגבי נושא זה בחר בית המשפט המחוזי להעדיף את גרסת המתלונן על פני גרסתה של האם.

32. סתירות בעדויות המאשימה. קיימת סתירה בין עדותה של האם לפיה היא נפגעה ברגלה לאחר שבעטה בקיר בדירתה של הסבתא לאור המצב הנפשי הקשה לאחר

שנחשפו לאוזניה המעשים של המערער במתלונן, לבין עדות הסבתא לפיה האם הגיעה לדירתה כאשר היא כבר פצועה ברגלה, קרי הבעיטה בקיר בוצעה בדירת האם ולא בדירת הסבתא. ואולם, בית המשפט המחוזי קבע כי סתירה זו אינה יורדת לשורש העניין ושתי העדות קושרות את הבעיטה לכעסה של האם על המעשים שבוצעו במתלונן על ידי המערער. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי מעדות דודתו של המתלונן עולים פרטים שלא הוזכרו על ידי המתלונן עצמו, ואף לא על ידי אמו או סבתו, למשל שהמערער החדיר את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן או שהמערער כיוון לעבר המתלונן נשק עת הזהירו שלא יספר לאיש על המתרחש. ואולם, בית המשפט המחוזי קבע כי לא התרשם שהדודה מסרה פרטים שלא צוינו על ידי המתלונן או בני המשפחה האחרים בזדון ובמטרה להטעות את בית המשפט. בית המשפט המחוזי קבע כי האם, הסבתא והדודה דנו כולן לא מעט בפרטים שמסר להן המתלונן, כשאחת מזינה את השנייה, ולכן יש בכך לפגוע באמינות הדיוק בפרטים שמסרו ויש להתייחס בזהירות לעדויותיהן. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי עדויותיהן של שלוש העדות הן עדויות שמיעה, שכן הן תיארו את אשר שמעו מפי המתלונן. יחד עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי עדויות אלה קבילות בכפוף לעדותו של המתלונן, וזאת על מנת לבחון את עדותו של האחרון ונסיבות מסירת תלונתו, למעט עדויותיהן בעניין התרשמותן ממצבו הנפשי של המתלונן המהוות ראיה ממקור עצמאי.

33. מהימנות עדותו של המערער. בית המשפט המחוזי קבע כי אינו מאמין להכחשתו הגורפת של המערער וכי גרסתו של המערער מעוררת תמיהות. כך, המערער ניסה להרחיק את עצמו מביצוע העבירות בטענתו כי המתלונן לא התגורר בדירת הסבתא באופן רצוף. גרסתו של המערער עומדת בסתירה לעדויותיהם של המתלונן, אמו וסבתו, לפיהן עקב מצבה הכלכלי של האם שהייתה מחוסרת דיור והתגוררה באוהל ולאחר מכן בקרוואן, ואף לאחר שקיבלה דירת עמידר, בשל הצורך לבצע שיפוצים ממשיים בה, שהה המתלונן כל אותה עת בדירתה של הסבתא. כך אף עולה מהודעתה של הסבתא במשטרה. מעבר לכך המערער סירב ליטול חלק בעימות עם המתלונן ללא נוכחות עורך דין, בטענה כי לסבתא היו מקורבים במשטרה שהדריכו את המתלונן. כשנשאל המערער לשמות אותם מקורבים לא ידע לענות. משלא נמצא ביסוס לטענתו, קבע בית המשפט המחוזי כי יש לראות את סירובו להשתתף בעימות כהתנהגות אשר אינה מתיישבת עם חפות מפשע, וככזו המשמשת חיזוק לראיות התביעה.

34. חיזוקים ראייתיים לעדות המתלונן. בית המשפט המחוזי הזהיר את עצמו בטרם הרשיע את המערער על פי עדותו היחידה של המתלונן תוך שהוא מדגיש כי בהתאם

לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), בוטלה דרישת הסיוע לשם הרשעה על פי עדותו היחידה של קורבן עבירת מין והוחלפה בחובת ההנמקה. בית המשפט המחוזי קבע כי יש להרשיע את המערער על פי עדותו של המתלונן היות שעדות זו עדיפה בעיניו והיא זוכה לחיזוקים ראייתיים בניגוד לעדותו של המערער שאינה מהימנה.

להלן החיזוקים הראייתיים עליהם נשען בית המשפט המחוזי.

עדותו של המתלונן לגבי האירוע שהתרחש בלילה בסלון מתיישבת עם עדותה של הסבתא, לפיה המערער נראה רוכן על המתלונן בחלקו התחתון של גופו. המערער אינו מכחיש הימצאותו בסלון באותה עת, אך לדבריו, הוא רק כיסה את המתלונן שהיה ללא בגדים. ואולם, הן לדברי המתלונן והן לדברי הסבתא, המתלונן היה לבוש אותה עת. מעבר לכך, אם התכוון המערער רק לכסות את המתלונן, אזי אין מצדו הסבר מניח את הדעת מדוע הוא עמד על ברכיו בסלון כשהוא רכון ליד הספה עליה שכב המתלונן. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי הטענה לפיה הסבתא סחבה את המערער בשיער ראשו בעת שרכן על פלג גופו התחתון של המתלונן על מנת להרחיקו ממנו אינה נסתרת בתמונות שהוגשו להוכחת קירחתו של המערער. בית המשפט קבע כי לאחר עיון בתמונות האמורות עולה כי יש פלומת שיער על ראשו של המערער והוא לא היה קירח.

בית המשפט המחוזי הוסיף כי הלך רוחו של קורבן עבירות מין בסמוך לאחר ביצוע המעשים, ועובר להגשת תלונה, גם אם הוגשה לאחר זמן, משמש סיוע ראייתי. מעדותו של המתלונן כמו גם מעדויות אמו, סבתו ודודתו, עלה כי המתלונן נהג לבכות בילדותו לכאורה ללא כל סיבה. בנוסף לכך, אמו של המתלונן תיארה את מצבו הנפשי ומצוקתו בטרם חשיפת המעשים בפניה, בכך שהמתלונן נהג להתפרץ כלפיה ולהסתגר בחדרו. התנהלותו של המתלונן מלמדת על מצבו הנפשי הקשה בסמוך לביצוע העבירות בו ועובר להגשת התלונה, ובכך משמשת כראיית סיוע לגרסתו.

חיזוק ראייתי נוסף מצא בית המשפט המחוזי בסירובו של המערער להשתתף בעימות עם המתלונן ללא נוכחות בא כוחו. מעבר לכך, המערער חתם על המזכר בו נרשם כי הינו מודע שסירובו לבצע עימות עשוי לחזק את הראיות העומדות נגדו וישמש את המאשימה בבית המשפט. בית המשפט המחוזי הוסיף כי ניתן לראות באי נטילת חלק בעימות משום אי הבאת ראיה מטעם ההגנה, ולפי הכלל הנקוט לעניין אי

הבאת ראייה חיונית ניתן לומר כי אילו היה המערער משתתף בעימות תוצאותיו היו פועלות לטובת המאשימה.

בנוסף, בית המשפט המחוזי ראה חיזוק ראייתי גם בעובדה שלמערער הייתה נגישות לקורבנו, שכן הוכח כי המתלונן התגורר תקופה ארוכה בדירת סבתו, למרות ניסיונותיו של המערער להכחיש את נגישותו למתלונן במטרה להרחיק את עצמו מהמסכת העבריינית המיוחסת לו.

35. "זיהום חקירה". כזכור, חשיפת הפרשה התרחשה בעקבות שאלות שהפנתה האם למתלונן ביום השבת לאחר שהאחרון חזר מבית הכנסת. סמוך לאחר מכן הגיעה אמו של המתלונן לדירתה של הסבתא וזימנה לשם את אחותה, שם ניהלו בנות המשפחה שיחה בה נכח המתלונן, שלושה ימים טרם הגשת התלונה במשטרה. לכן, קבע בית המשפט המחוזי כי יש לבחון האם חקירת המתלונן "זוהמה" על ידי השאלות המנחות שהפנתה האם למתלונן ובעקבות נוכחותו בדירתה של הסבתא עת התרחשה השיחה עם קרובות משפחתו, שסביר להניח כי הפנו אליו שאלות מנחות ומדריכות. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי גם אם ימצא שהתקיים זיהום חקירתי, הרי שיש לבחון האם הזיהום גרם לכך שלא ניתן עוד לסמוך על עדותו של המתלונן. בית המשפט המחוזי הטעים כי זיהום חקירה יכול שיוביל לכך שילד יבלבל בין אירועים עליהם שמע או שיעיד באופן מסוים, מאחר והוא מבקש לרצות אנשים מסוימים כמו אמו, שהיו מעורבים בזיהום החקירה. לעיתים, זיהום החקירה לא נעשה בכוונה להעליל או לפגוע בנאשם, אלא בתום לב ותוך היסחפות ומתוך רצון לבדוק ולברר מה קרה. יחד עם זאת, הדגיש בית המשפט המחוזי כי לא כל זיהום חקירה יביא לזיכויו של נאשם, ויש לבדוק את עוצמת הזיהום והשפעתו על עדות הקטין בכל מקרה לפי נסיבותיו. בית המשפט המחוזי קבע כי לאחר ששמע את העדויות, עיין בהודעותיהן של דודתו של המתלונן וסבתו שהוגשו לבית המשפט ולאחר ששמע את טיעוני הצדדים וקרא את סיכומיהם, הגיע לכלל מסקנה שעל אף זיהום החקירה האקטיבי שבוצע בנסיבות העניין, לא מתעורר ספק לגבי אמינות גרסתו של המתלונן. בית המשפט המחוזי קבע כי לו רצה המתלונן לרצות את אמו או את דודתו שביררו עמו האם המערער החדיר את איבר מינו לגופו או את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן, היה יכול האחרון להשיב להן בחיוב, אולם המתלונן תיאר את המעשים שבוצעו בו רק באופן כללי ונמנע מלתאר את המין האוראלי שבוצע בו.

36. עלילת שווא. לטענת המערער המתלונן טפל עליו עלילת שווא בהשפעת אמו וסבתו. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי המתלונן לא יזם את הגשת התלונה

במשטרה, ודווקא ההפך הוא הנכון. המתלונן הסכים לשתף את אמו בסודו רק אם תבטיח לו שלא תעשה דבר בנדון, ורק לאחר שהבטיחה לו סיפר לה המתלונן אודות ההתעללות המינית שעבר בידי המערער. המתלונן הגיש את התלונה רק לאחר שאמו נטלה אותו עמה למשטרה תוך שהיא מפירה את הבטחתה. עוד הדגיש בית המשפט המחוזי בעניין טענתו של המערער כי הסבתא ביקשה להתנקם בו על שעזב אותה, כי הסבתא לא הייתה יוזמת התלונה, אלא הרוח החיה בגילוי סודו של המתלונן הייתה דווקא אמו, אשר על פי העדויות עולה כי בינה לבין המערער לא היו יחסי איבה, ולהבדיל מאחותה (דודתו של המתלונן), האם כיבדה את המערער וראתה בו דמות אב. לבסוף, בית המשפט המחוזי קבע כי לא השתכנע שמדובר בקנוניה שנוקמה כנגד המערער.

37. "זיכרון משוחזר" או "השתלת זיכרון". המערער טען, בין היתר בהסתמך על חוות דעתו של המומחה מטעמו, כי לאחר שהמתלונן עבר התעללות מינית על ידי אביו הביולוגי הוא הסיט את ביצוע העבירות כלפי המערער במסגרת זיכרון משוחזר או השתלת זיכרון. בית המשפט המחוזי לא מצא בסיס לטענה זו, מאחר והמתלונן הסביר כי מקום ביצוע המעשים היה רק בדירה, בה לא ביקר אביו הביולוגי. כמו כן הסביר המתלונן כי המעשים בוצעו בו על ידי המערער בתכיפות שבין פעמיים עד עשר פעמים בשבוע, ואילו הוא פגש את אביו בתקופה הרלוונטית בתדירות נמוכה הרבה יותר. לבסוף, הדגיש המתלונן כי הוא זוכר היטב את פניו של המערער בעת ביצוע המעשים נשוא כתב האישום, במיוחד במהלכו של האירוע בו התנגד למערער ודחק אותו באמצעות ידיו ורגליו לאחר שהמערער נשכב עליו. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי סיבה נוספת בשלה אין לקבל את הטענה בעניין זיכרון משוחזר, היא שהטענה נטענה בסתירה לקו ההגנה הראשוני לפיו העדות מטעם המאשימה מורגלות ברקימת עלילת שווא, כפי שנעשה נגד אביו הביולוגי של המתלונן בשעתו ולכן אין ליתן בהן אמון. לפי קו הגנה ראשוני זה האב הביולוגי של המתלונן כלל לא ביצע בו מעשים מיניים, ולכן לא יכול להתקבל קו הגנה מאוחר שלפיו המעשים המיוחסים למערער בוצעו למעשה על ידי אביו הביולוגי.

38. חוות הדעת של העד המומחה מטעם המערער. בית המשפט המחוזי קבע כי חוות דעתו של המומחה מטעם המערער לא הייתה משכנעת שכן הוא לא בדק את המתלונן ובסיום חקירתו הנגדית לא יכול היה לשלול שהמעשים אכן בוצעו במתלונן ולא יכול היה לומר כי האחרון אינו דובר אמת. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי חלק מהנתונים אותם הניח ועליהם התבסס המומחה מטעם המערער היו שגויים. כמו כן ציין בית

המשפט המחוזי כי המומחה מטעם המערער ראה בהיעדר תופעות פוסט טראומטיות אצל המתלונן, כמו פגיעה בקשר הזוגי, אינדיקציה לאי קיומה של פגיעה מינית מתמשכת בו. ואולם, פגיעה זו יכול שתתפרץ לאו דווקא בגיל ההתבגרות בו נמצא המתלונן עת הוגשה חוות הדעת אלא בשלב מאוחר יותר. לבסוף, הדגיש בית המשפט את הכלל לפיו אין המומחה בא בנעלי בית המשפט, והפנה לפסיקתו של בית משפט זה לפיה עדותו של מומחה אינה חורצת את גורל הדיון. בית המשפט המחוזי הטעים כי חוות דעת של מומחה אינה "אורים ותומים" ואינה "הלכה למשה מסיני", וכי אין בית המשפט מתפרק מהפונקציה השיפוטית שלו נוכח חוות הדעת של המומחים, ובמיוחד אל לו למומחה לחדור לתחום השמור לבית המשפט ולקבוע את העובדות ולפסוק מסקנות סופיות.

39. טענות בעניין מחדלי חקירה. המערער טען לקיומם של מחדלי חקירה שונים. כך למשל טען המערער כי המשטרה לא צילמה את דירתה של הסבתא, והמאשימה אף לא הגישה תשריט של הדירה על מנת להבהיר לבית המשפט היכן ממוקם חדר השינה של הסבתא ביחס לסלון. בית המשפט המחוזי קבע כי אין בכך להשפיע לכאן או לכאן שכן המערער לא כפר בכך שהוא ניגש לסלון ושהה ליד המתלונן וכי הסבתא ראתה אותו רוכן מעל המתלונן ושאלה לפשר התנהגותו. בנוסף לכך קבע בית המשפט המחוזי כי אם סבר המערער שיש בכך חשיבות היה רשאי להגיש בעצמו לבית המשפט תצלומים ותשריט כאמור. מחדל נוסף לו טען המערער הוא אי הגשת רישיון הנשק שלו לבית המשפט ו/או אי תפיסת אקדחו. ברם, בית המשפט המחוזי קבע בהקשר זה כי אין לכך נפקות שכן המתלונן לא טען שהמערער איים עליו באמצעות האקדח אלא כל שנטען הוא שהמתלונן חשש מהמערער בין היתר משום שהמערער נשא אקדח. מעבר לכך המערער עצמו הודה כי לאחר שהיה חוזר מהעבודה היה "זורק את האקדח על המזנון".

40. לבסוף, קבע בית המשפט המחוזי כי התנהגות המערער, אשר הפשיט את המתלונן מבגדיו, נישקו וליטפו בכל גופו, נגע באיבר מינו ונטל את ידו של המתלונן והשתמש בה לצורכי אוננות עד שבא על סיפוקו, ממלאת את דרישת היסוד העובדתי בעבירת המעשים המגונים. בנוסף לכך, קבע בית המשפט המחוזי כי התנהלותו של המערער במטרה להשיג גירווי מיני, כפי שניתן ללמוד מהראיות שהובאו בפניו, ממלאת אחר היסוד הנפשי של העבירה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי מנסיבות ביצוע המעשים המגונים עולה כי המעשים בוצעו במתלונן בהיותו קטין שטרם מלאו לו 14 שנים, ובעת שהמערער חי עם הסבתא שהייתה בת זוגו. בשל כך, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

41. בית המשפט המחוזי הדגיש כי מדיניות הענישה הנקוטה בעניינם של עברייני מין בכלל, ובעניינם של עברייני מין בתוך המשפחה בפרט, מחייבת החמרה. בנוסף לכך קבע בית המשפט המחוזי כי הגנה על שלומם וביטחונם של קטינים מחייבת הטלת עונשים מכאיבים ומרתיעים כדי לבטא את סלידתה של החברה מפני מעשים אלו ועל מנת להגן על חסרי הישע.

42. בית המשפט המחוזי ציין כי שיקול לחומרה בעניינו של המערער הוא אי נטילת אחריות למעשיו ודבקתו בכפירה גורפת וכללית במיוחס לו. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי אין ליתן משקל גדול לאינטרס השיקום בעניינו של המערער, שכן השלב הראשוני להליך שיקומי הוא הפנמת המודעות לכך שמדובר בהתנהגות חולנית וסוטה. עוד הוסיף בית המשפט המחוזי כי לא רק שהמערער לא נוטל אחריות על מעשיו ומכחיש את המיוחס לו, אלא שמתסקיר שירות המבחן עולה כי המערער רואה דווקא את עצמו כקורבן. עמדה זו של המערער והתכחשותו למצבו לא איפשרה לשירות המבחן להשלים את תהליך האבחון ולפיכך שירות המבחן נמנע מליתן המלצה בעניינו. בנוסף לכך ציין בית המשפט המחוזי כי הערכת המסוכנות שנעשתה למערער הצביעה על קיומה של מסוכנות המוערכת כנמוכה עד בינונית.

43. שיקול נוסף לחומרה אותו מנה בית המשפט המחוזי הוא שבנסיבות העניין לא מדובר באירוע חד פעמי ואקראי אלא בשורה של מעשים שחזרו ונישנו על פני תקופה ארוכה של כארבע שנים, בתדירות של מספר פעמים בשבוע, כאשר המעשים לא נפסקו בשל חרטתו של המערער אלא בשל פרידתה של הסבתא מהאחרון. מעבר לכך קבע בית המשפט המחוזי כי מעשיו של המערער אף חמורים יותר שכן מלבד נשיקות וליטופים כמו גם ליקוק חלקי גופו של המתלונן, מעשיו של המערער כללו גם מעשי אונן באמצעות הקטין עד שהמערער הגיע לפורקן מיני.

44. בית המשפט המחוזי שקל לקולא את חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות בהן הורשע המערער לבין מתן גזר הדין וכן התמשכות ההליכים בעניינו של המערער. לפיכך, השית בית המשפט המחוזי על המערער את העונשים שלעיל.

מכאן הערעור שלפנינו.

45. להלן תמצית נימוקי הערעור שהעלה המערער באמצעות בא כוחו, עורך הדין שמואל זילברמן.

46. מהימנות המתלונן ובנות משפחתו. לטענת המערער אין ליתן אמון במתלונן שכן מדובר במי שמסר גרסאות סותרות הן לגבי מקום ביצוע העבירות, הן לעניין המין האוראלי והן לגבי החדרת אצבעותיו של המערער לפי הטבעת שלו. לטענת המערער אילו המשיבה הייתה מאמינה לגרסתו הרי שהייתה מתקנת את כתב האישום באופן שיכלול גם מעשה סדום, אולם אי תיקון כתב האישום מלמד על חוסר מהימנותו של המתלונן. עוד טוען המערער כי משנמצא שעדותה של האם בלתי מהימנה הרי שלא היה מקום לקבל את גרסת המאשימה, שכן האם הינה גורם מרכזי בפרשה וחשיפת המעשים הנטענים הייתה ביוזמתה. המערער מוסיף לטעון כי הסתירה המהותית בין עדותו של המתלונן לבין עדות אמו לעניין המעשים שבוצעו או לא בוצעו בו ברכב, וכן הסתירות בין עדותו של המתלונן לבין עדותה של הדודה, מכרסמים במהימנות עדי המשיבה ולכן בית המשפט המחוזי לא הסיק את המסקנות הנכונות בהרשיעו את המערער.

47. מצב נפשי. לטענת המערער שגה בית המשפט המחוזי משייחס את מצבו הנפשי של המתלונן ובכיו כשהיה ילד למעשיו של המערער, שכן יתכנו סיבות אחרות בגינן נגרם מצבו הנפשי של המתלונן ואין כל וודאות שהדבר קשור למעשיו הנטענים של המערער. מעבר לכך טוען המערער כי לאור העובדה שהדודה סתרה את עצמה בעדותה בכך שטענה כי המערער נגע בחזה בעוד שבהודעתה במשטרה הכחישה זאת, וכן לאור העובדה שטענה כי המערער החדיר את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן בעוד שהמתלונן לא טען זאת, מלמדים כי לא ניתן ליתן אמון בעדות הדודה ולא ניתן לבסס על פיה ממצא לעניין מצבו הנפשי של המתלונן. באותו הקשר טוען המערער כי בית המשפט המחוזי לא היה רשאי לבסס ממצא אודות מצבו הנפשי של המתלונן גם על בסיס עדותה של האם שנמצאה כבלתי מהימנה.

48. כבישת תלונה. לטענת המערער, הגשת התלונה נגדו הושהתה במשך שלושה חודשים עד שהגיע המתלונן לגיל 14, שכן אחרת עדותו הייתה נגבית על ידי חוקר ילדים אשר מגיש דו"ח על מהימנותו ויכולתו של הקטין להעיד בבית המשפט, דבר שהסבתא ומשפחתה ביקשו להימנע ממנו שכן חוקר הילדים היה חושף את הקנוניה והעלילה שנרקמה כנגד המערער. לטענתו, אף על פי שבית המשפט המחוזי קבע כי התלונה הוגשה שלושה ימים בלבד לאחר שהמתלונן חשף את מסכת ההתעללות בפני

אמו, הרי שנוכח הסתירות שהתגלו בעדויותיהן של בנות המשפחה אין ליתן אמון במועד שאותו ציינו כמועד חשיפת הפרשה, ולמעשה המעשים הנטענים נחשפו על ידי האם עוד קודם לכן. עוד טוען המערער כי גם אם התלונה הוגשה שלושה ימים לאחר חשיפת המעשים, אין כל הסבר מניח את הדעת מדוע לא הוגשה עוד באותו יום.

כמו כן טוען המערער כי אין ליתן אמון בהסברו של המתלונן לכבישת עדותו מאחר ומדובר בעד בלתי מהימן. עוד טוען המערער כי הסברו של המתלונן לכבישת עדותו לפיה הוא חשש מהמערער אינה יכולה לעמוד, שכן לפי עדותה של האם המתלונן סיפר לה שהוא חשש שהמערער יבצע מעשים דומים גם באחותו ולכן אמר למערער כי אם הוא יגע באחותו הוא יהרוג אותו. המערער טוען כי התייצבותו של המתלונן מולו מלמדת על כך שהמתלונן לא חשש ממנו. מעבר לכך טוען המערער כי אם הסיבה לאי חשיפת המעשים היא הפחד שחש המתלונן מפני המערער, הרי שהיא התאינה עם עזיבתו של המערער את דירתה של הסבתא, חמש שנים לפני הגשת התלונה, ולכן אין הסבר מניח את הדעת לכבישת התלונה במשך פרק זמן זה.

49. זיהום חקירה. לטענת המערער לא ניתן להתבסס על עדותו של המתלונן בשל זיהום החקירה על ידי בנות משפחתו. במהלך אותם שלושה ימים בהם הושהתה הגשת התלונה, זיהמו בנות המשפחה את החקירה באמצעות תחקור המתלונן וקיום מספר פגישות במהלכן תוכננה הגשת התלונה. כמו כן טוען המערער כי שימושה של האם בטכניקה של ציורים לדליית סודו של המתלונן יש בה כדי לכרסם באמיתות המעשים המיוחסים למערער כפי שעמד על כך העד המומחה מטעם המערער בעדותו.

50. עלילת שווא. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי שגה אף בקביעתו כי אין מדובר בעלילה. לחיזוק טענתו מעלה המערער את היזכרותו הפתאומית של המתלונן במעשה הסדום שנטען כי נעשה בו, לאחר שמעשה שכזה לא הוזכר על ידו בהודעתו במשטרה או בפגישתו הראשונה עם נציגת המשיבה, דבר המעיד על חוסר מהימנותו ועל היות התלונה בגדר עלילת שווא. לטענת המערער, אילו הסבתא חשדה בו כי הוא מתעלל מינית במתלונן לאחר שראתה אותו בלילה בסלון דירתה רוכן עליו, הרי שהיא הייתה צריכה לסלקו מייד. ואולם, הסבתא השתכנעה לאחר שביררה עם המערער את התנהלותו כי לא היה ממש בחשדותיה והמשיכה במערכת היחסים עם המערער. לכן, אין לקבל את טענתה המאוחרת בעניין נסיבות הימצאו של המערער בסלון הדירה בלילה אשר נובעת מתוך רצונה לנקום במערער על שעזב אותה, כפי שעולה מעדותו של אחיינו של המערער לפיה הסבתא אמרה לו כי היא תנקום במערער. מעבר לכך,

התמונות שהוגשו באמצעות בתו של המערער לעניין קירחותו בתקופה הרלוונטית מלמדות כי גם אם הייתה למערער פלומת שיער כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הרי שלא היה בכך די כדי לאפשר לסבתא למשוך בשערותיו על מנת להרחיקו מהסלון, וגם בכך יש ללמד על היעדר מהימנות עדותה באשר לאותו אירוע.

51. עיוות דין. עוד טוען המערער כי מאחר והמתלונן העיד כי אמו סיפרה לו שאביו הביולוגי התעלל בו מינית, הרי שנגרם למערער עיוות דין בכך שבית המשפט לא איפשר לו לעיין בתיק רשויות הרווחה והסעד על מנת לבדוק מה אירע בין המתלונן לבין אביו הביולוגי. עיון בחומרים הנ"ל היה יכול לסייע למערער להוכיח את טענתו בעניין זיכרון משוחזר והשלכת המעשים שאביו הביולוגי ביצע בו כלפי המערער. כמו כן טוען המערער כי נגרם לו עיוות הדין בשל סירובו של בית המשפט המחוזי לזמן פקיד סעד שימסור עדות על הטיפול הפסיכיאטרי שהמתלונן עבר עקב התעללות מינית בו בידי אביו הביולוגי. במידע זה היה כדי לחזק את טענתו של המערער בעניין זיכרון משוחזר והשלכת מעשיו של האב הביולוגי כלפי המערער. עוד טוען המערער כי נגרם לו עיוות דין בשל החלטתו של בית המשפט המחוזי לאפשר למומחה מטעמו לעיין אך ורק בפרוטוקול עדותו של המתלונן ולא להתיר לו לעיין בפרוטוקול המלא על מנת להכין חוות דעת מלאה ביחס למהימנותו של המתלונן ויתר עדי ההגנה. מעבר לכך טוען המערער כי נגרם לו עיוות הדין גם בשל החלטתו של בית המשפט המחוזי שלא לאפשר בדיקה פסיכיאטרית של המתלונן בנימוק כי אין בסיס בחומר הראיות שהובא בפניו כדי להורות על עריכת בדיקה שכזו. אילו הייתה נערכת בדיקה שכזו, כך טוען המערער, ניתן היה לוודא או לשלול קיומם של סימנים פוסט טראומטיים בנפשו של המתלונן ו/או פגיעה בתפקודו החברתי, המהווים אינדיקציה לקיומה של התעללות מינית בהיקפים המתוארים בכתב האישום.

52. חוות דעתו של המומחה מטעם המערער. לטענת המערער שגה בית המשפט המחוזי בדחותו את חוות דעתו של המומחה מטעמו, שכן העובדה שהמומחה לא בדק את המתלונן נעוצה אך ורק בסירובו של בית המשפט לאפשר בדיקה שכזו, ואם היו אי דיוקים בהנחות המוצא של המומחה הרי שהן נגרמו עקב סירובו של בית המשפט לאפשר לו לעיין בפרוטוקול המלא ולהיעזר בתיקי הרווחה של המתלונן ומשפחתו.

53. מחדלי חקירה. המערער מוסיף ומעלה טענות בנוגע למחדלי חקירה, ביניהם, אי צילום דירת הסבתא ואי הגשת תשריט מבנה הדירה, אי תפיסת תיקי משרד הרווחה

בעניינו של המתלונן, אי צילום תיקי החקירה המשטרתיים בהקשר לתלונות כנגד אביו הביולוגי של המתלונן בטרם בוערו ואי גביית עדויות מהפסיכולוגים שטיפלו במתלונן.

54. בשל כל אלה מבקש המערער כי בית משפט זה יורה על זיכוי מכל אשמה, ולחילופין יקל בעונשו באמצעות קיצור תקופת המאסר שהושתה עליו לריצוי בפועל ו/או הקטנת הפיצוי שנפסק למתלונן. בהקשר זה טוען המערער כי מצבו הכלכלי הקשה אינו מאפשר לו לעמוד בחובת הפיצוי שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי. לחילופין, מבקש המערער להחזיר את עניינו לבית המשפט המחוזי על מנת לשמוע ראיות נוספות בנושא תוכן התיקים המוחזקים על ידי גורמי הרווחה בעניין המתלונן ומשפחתו ועל מנת לאפשר למומחה מטעמו לעיין בהם ובכל חומר הראיות שנאסף במשפט בכדי שיעיד מחדש לאור מכלול הראיות שיהיו בפניו.

תגובת המשיבה

55. לטענת המשיבה – באמצעות באת כוחה, עו"ד יעל שרף – הערעור בחלקו הארי יוצא כנגד ממצאי מהימנות שקבע בית המשפט המחוזי. למעשה טוענת המשיבה כי הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי התבססה ברובה על העדפת גרסתו של המתלונן על פני גרסתו של המערער בשל ממצאי מהימנות. לכן טוענת המשיבה כי דין הערעור להידחות שכן אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. עוד מוסיפה המשיבה כי בית המשפט המחוזי הזהיר את עצמו ושקל היטב את הראיות בטרם קבע את ממצאי המהימנות. כך למשל הדגיש בית המשפט המחוזי כי אינו קובע ממצאים על בסיס עדותה של האם בשל אופן מסירת עדותה אלא אם כן עדותה נתמכת ומחוזקת בראיות אחרות. בנוסף לכך טוענת המשיבה כי בית המשפט המחוזי לא התכחש לזיהום החקירה שאירע בנסיבות העניין, אלא שלאחר בחינת עוצמת זיהום החקירה והשפעתה על המתלונן הגיע לכלל מסקנה, על בסיס מלוא חומר הראיות שהונח לפניו, כי עדותו של המתלונן לא הושפעה מזיהום החקירה וניתן להסתמך עליה לשם הרשעת המערער.

56. המשיבה יוצאת חוצץ כנגד ניסיונו של המערער להטיל דופי במהימנותו של המתלונן אך משום שלא דיווח על מעשה הסדום בשלב מוקדם יותר. לטענתה, המתלונן נתן הסבר מניח את הדעת לעובדה שלא חשף את מלוא הפרטים בשלב מוקדם יותר, וזאת בשל המבוכה והבושה שחש, עליהן עמד בית המשפט המחוזי גם במהלך עדותו של המתלונן בפניו. מעבר לכך טוענת המשיבה כי בית המשפט נתן דעתו גם לעניין כבישת התלונה והשיהוי בהגשתה ולאחר בחינת הדברים הגיע לכלל מסקנה כי

המתלונן נתן הסבר מספק לכבישת תלונתו – חוסר הבנתו את מאפייניהם המיניים של מעשי המערער בשל גילו הרך, אי הבנת הפסול שבמעשים האמורים והאיסור בדבר נקיטתם עד להתבגרותו, וכן המבוכה והבושה שהרתיעו את המתלונן מפני חשיפת ההתעללות כמו גם הפחד מפני המערער. עוד טוענת המשיבה כי בית המשפט המחוזי נתן אמון במתלונן ודחה את הטענה כי היה שותף לעלילת שווא כלפי המערער, שכן המתלונן הפציר באמו שלא תעשה דבר לאחר שיחשוף בפניה את סודו. לטענתה של המשיבה, לא עלה בידי המערער להוכיח כי משפחתו של המתלונן השהתה את הגשת התלונה בשלושה חודשים על מנת שלא תיגבה על ידי חוקר ילדים, ובכל מקרה יש לדחות את טענותיו של המערער בהקשר זה בשל ממצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי.

57. המשיבה מוסיפה לטעון כי לא נפל כל פגם בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, שכן הרשעתו של המערער התבססה לא רק על גרסתו של המתלונן, שנמצאה מהימנה, אלא גם על חיזוקים ראייתיים נוספים כמו למשל מצבו הנפשי של המתלונן שבא לידי ביטוי לא רק בנוהגו לבכות בילדותו אלא גם במצבו הנפשי הסוער ממש בסמוך לחשיפת ההתעללות בו. חיזוק ראייתי נוסף נמצא בעדותה של הסבתא על שראתה את המערער רוכן על פלג גופו התחתון של המתלונן באותו ליל קיץ בסלון דירתה. בית המשפט המחוזי דחה את הסברו של המערער להימצאותו בסלון בשעת לילה שכן אם רצה המערער לכסות את המתלונן לא הייתה כל סיבה שירכון מעל פלג גופו התחתון כאשר הוא מתיישב על ברכיו על רצפת הסלון. בית המשפט המחוזי קבע כי הוא מאמין לעדותה של הסבתא שכן המערער לא הצליח לבסס את טענתו לעניין הקנוניה ועלילת השווא באמצעות ראיות של ממש ואף לא הצליח לכרסם במהימנותה של הסבתא באמצעות התמונות שהגישה בתו לעניין הוכחת קירחתו. ראיית חיזוק משמעותית נוספת הינה הימנעותו של המערער מלהשתתף בעימות עם המתלונן.

58. עוד טוענת המשיבה כי בדין דחה בית המשפט המחוזי את ניסיונו של המערער לטעון כי המעשים המיוחסים לו בוצעו בפועל על ידי אביו הביולוגי של המתלונן אלא שהאחרון השליך אותם אל המערער במסגרת תופעה המכונה "העברת זיכרון". ראשית, טענת העברת הזיכרון סותרת את קו ההגנה הראשוני של המערער לפיו אביו הביולוגי של המתלונן כלל לא ביצע בו את המעשים אלא שאמו של המתלונן ומשפחתה רקמו כנגדו עלילת שווא ולכן גם אין ליתן בהם אמון בפרשה דנן. שנית, אביו הביולוגי של המתלונן מעולם לא ביקר בדירתה של הסבתא בתקופה הרלוונטית בעוד שהמתלונן העיד כי המעשים בוצעו בו רק בדירה, מה גם שהמעשים בוצעו במתלונן בתדירות של מספר פעמים בשבוע בעוד שהאחרון ביקר את אביו אחת לשבועיים. שלישית, המתלונן

העיד כי זכורים לו בבירור פניו של המערער בשעה שביצע בו את המעשים האמורים. רביעית, אצל קורבנות בהם מתקיים זיכרון מודחק אותו הם משחזרים ומעבירים לאחר יש נתק בזיכרון כאשר מדי פעם ישנם הבזקים ("פלשים") של האירועים שחוו, אך אצל המתלונן אין כלל נתק בזיכרון ולא מדובר בהבזקים.

59. מעבר לכך טוענת המשיבה כי אין בסיס לטענה כי המעשים בוצעו במתלונן על ידי אביו הביולוגי, שכן האם טענה לכל אורך הדרך כי היא אומנם הגישה תלונה במשטרה נגד האב הביולוגי אך לא בגלל מעשים מגונים שנעשו במתלונן אלא בשל אלימות מילולית כלפיה. עוד טוענת המשיבה כי מבדיקה שביצעה עלה כי מעולם לא הוגשה במשטרה תלונה כנגד האב הביולוגי בחשד לביצוע מעשים מגונים. מעבר לכך טוענת המשיבה כי בדין דחה בית המשפט המחוזי את בקשתו של המערער לעיין בתיקי הרווחה שכן לא היה כל בסיס ממשי שהצדיק את הבקשה בעוד שעיון בתיקים הללו היה גורר פגיעה במתלונן. מוסיפה המשיבה וטוענת כי בסופו של יום גם המומחה מטעם המערער לא יכול היה לשלול את גרסת המתלונן, ולכן כאשר בית המשפט המחוזי שקל את מהימנותו של המתלונן אל מול חוות דעתו של המומחה, שלקתה באי דיוקים והייתה חסרה, לא בכדי הועדפה גרסתו של המתלונן.

60. באשר לטענות בדבר מחדלי החקירה שמעלה המערער, טוענת המשיבה כי בדין דחה בית המשפט המחוזי טענות אלה, שכן הפעולות אותן טוען המערער כי היה על גורמי החקירה לבצע ממילא לא היו תורמות לבירור המחלוקת ולא היה בהן להשפיע על תוצאת המשפט.

61. לעניין העונש, טוענת המשיבה כי אין מקום להקל עם המערער מעבר להקלה שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי, שכן המערער לא נטל אחריות על מעשיו אלא הוא התכחש וממשיך להתכחש אליהם באופן גורף ומוחלט. למעשה, טוענת המשיבה כי אלמלא התמשכות ההליכים בעניינו של המערער לא היה כל מקום כי בית המשפט המחוזי יקל בעונשו נוכח חומרת מעשיו, אי נטילת אחריות בגינם והנזקים הקשים שהוא הסב למתלונן כפי שעולה מתסקיר נפגע עבירה. לפיכך, טוענת המשיבה כי אין מקום להתערב בעונש שהושת על המערער על ידי בית המשפט המחוזי.

תגובת המתלונן

62. במסגרת החלטתו של השופט א' גרוניס מיום 25.1.2009, בה נדחתה בקשתו של המערער לעיכוב ביצוע עונשו, נקבע כי המערער רשאי לתקן את הודעת הערעור

שהגיש על דרך צירופו של המתלונן כמשיב נוסף, זאת בכדי שניתן יהיה לדון בערעורו על גובה הפיצוי שנפסק לטובת המתלונן. ביום 29.1.2009 קבע השופט א' גרוניס כי הודעת הערעור המתוקנת תקובל, ולפיכך צורף המתלונן כמשיב בערעור.

63. לטענת המתלונן – באמצעות בא כוחו, עורך הדין תומר בן חמו – נוכח חומרת מעשיו של המערער, עונש המאסר שהושת עליו לריצוי בפועל הולם וראוי. עוד טוען המתלונן, כי נוכח חומרת הפגיעה בו הרי שגובה הפיצוי שנפסק לטובתו נמוך ועל כן מבקש הוא כי בית משפט זה יורה על חיובו של המערער בפיצוי המקסימאלי האפשרי על פי דין. בהקשר זה טוען המתלונן כי נתונים בעניין מצבו הכלכלי של המערער לא נטענו על ידו לפני בית המשפט המחוזי ואין מקום לאפשר למערער להציג ראיות חדשות בשלב הערעור. עוד טוען המתלונן כי פסיקת פיצויים עונשיים בהליך פלילי חסמה למעשה את דרכו לטעון לפיצוי עונשי במסגרת תביעה אזרחית, שכן לטענתו ההלכות שיצאו תחת ידיו של בית משפט זה קבעו כי אם הושתה על נאשם סנקציה פלילית בהליך שהתנהל נגדו, הרי שפסיקת פיצויים עונשיים בהליך אזרחי תתאפשר במקרים חריגים בלבד. לבסוף, טוען המתלונן כי שגה בית המשפט המחוזי משהחליט שלא לפרסם את שמו ותמונתו של המערער, שכן פרסום זה לא יוביל לחשיפת פרטיו של המתלונן מאחר ואין בינו לבין המערער כל קשר משפחתי מזה שנים רבות.

דיון והכרעה

64. יאמר כבר עתה כי דין הערעור על שני חלקיו להידחות.

ממצאי מהימנות בעבירות מין בתוך המשפחה

65. הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי התבססה בעיקרה על ממצאי מהימנות אשר נקבעו לאחר שבית המשפט שמע באופן בלתי אמצעי את העדים והתרשם מתוכן עדויותיהם, אופן מסירתן ואותות האמת שניכרו או נעדרו משפת גופם של העדים. בשל ממצאי המהימנות שנקבעו אומצה גרסתו של המתלונן ונדחתה גרסתו של המערער.

66. הלכה היא כי על ערכאת הערעור למעט להתערב בקביעות עובדה ובמצאי מהימנות של הערכאה הדיונית, שהרי בידי הערכאה הדיונית הופקדה מלאכת ההתרשמות מהנאשם, מהמתלונן ומיתר העדים, משפת גופם ומהתנהגותם של העדים כמו גם מאופן מסירת דבריהם. להתרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית, הרואה והשומעת את העדים, יתרון מובן מאליו על פני התרשמותה העקיפה של ערכאת

הערעור. נוכח העדיפות הברורה שיש לערכאה הדיונית בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות, נקבע הכלל שלפיו ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, בעיקר מקום שבו העובדות נקבעו על יסוד התרשמות ישירה מן העדים. יכולתה של הערכאה הדיונית לתור באופן ישיר אחר אותות האמת שנתגלו בעדויות ולהסיק מהם מסקנות בעניינים של מהימנות, מצדיקה כי בית המשפט שלערעור ימשוך ידו מהתערבות בממצאיה, למעט במקרים חריגים [ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, 573 (1986); ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 492 (1993); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643 (2000)].

67. לצד ההלכה האמורה נקבעו במשך השנים שלושה חריגים עיקריים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים של עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית: הראשון, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים, שהרי במקרים אלו אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור [ראו: סעיף 4 לפסק דינו של השופט ג' בך בע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.1.1994)]; השני, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון [ראו: ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, 835 (1995)]; והשלישי, כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות על ידי הערכאה הדיונית [ראו: ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 696 (1993)], או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה [ראו למשל: ע"פ 3579/04 אפגאן נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 119, 124 (2004); ע"פ 3352/06 בוזגלו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.6.08); ע"פ 7150/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.6.08)].

על הדברים האמורים בעניין כלל אי ההתערבות והחריגים לו עמד בית משפט זה לא מכבר בע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 31.7.2008); ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.6.2009); ע"פ 1275/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.2009).

68. כלל אי ההתערבות תקף אף ביתר שאת כאשר עסקינן בעבירות הנעשות בתוך המשפחה ככלל, ובעבירות מין הנעברות במסגרת התא המשפחתי בפרט. בע"פ 1275/09 הנ"ל עמד בית משפט זה על כך שעבירות המתבצעות בתוך המשפחה

מתרחשות בדרך כלל במישור הסמוי מהעין, שכן הן נעברות בדלת אמותיו של התא המשפחתי. עבירות אלה מתבצעות במרבית המקרים בצנעה, ללא עדים נוספים, זולת מבצע העבירה הנטענת והקורבן, ולכן לבית המשפט אשר נדרש לקבוע את אשמתו של הנאשם אין אלא להעדיף את גרסתו של אחד הצדדים. בשאלת אימוץ גרסתו של צד זה או אחר, כאשר אין בנמצא ראיות חיצוניות, ישנה חשיבות יתרה להתרשמות הבלתי אמצעית מאותות האמת ושפת הגוף של נפגע העבירה ושל הנאשם, ולכן ככלל יש להימנע מהתערבות בממצאיה של הערכאה הדיונית בשל אותו יתרון מובנה הנגזר ממהות תפקידה של הערכאה המבררת.

69. כאשר עסקינן בעבירות המתבצעות בצנעה, בסביבה מבודדת וללא עדים, במקרים רבים העדות היחידה למעשים הינה עדותו של נפגע העבירה, ולכן בתיקי "גרסה מול גרסה" יש חשיבות מוגברת ליתרון שערכאת הערעור אינה נהנית ממנו – התרשמות בלתי אמצעית מהעדים [ראו למשל: פסק דינה של השופטת ע' ארבל בע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 3.7.2007) סעיף 6; פסק דינו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 487/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.2.2008) סעיף ז'(1); פסק הדין בע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 06.04.2009) סעיף 33; פסק דינו של השופט א' גרוניס בע"פ 7396/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.5.2009) סעיף 4]. בשל כך, ההתערבות בממצאים של עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית בתיקים מסוג זה תהיה, כאמור, במקרים חריגים בלבד.

70. ודוק, כאשר עבירות מין ו/או עבירות אלימות מבוצעות על ידי בן משפחה המטיל אימתו על בן משפחה אחר, עשויים לחבור גורמים שונים המקשים במידה ניכרת על יכולתו של נפגע העבירה לספר סיפור מפורט ומדויק שיש לו תימוכין בראיות חיצוניות. "פערי הכוחות" הם גדולים כשמדובר בעבירות המתבצעות כלפי קטינים או כלפי בת הזוג ולכן, במקרים של עבירות מין ו/או עבירות אלימות המתבצעות בתוך המשפחה, הפחד והאימה מחד, והבושה והרצון לשמור על שלמות המשפחה מאידך, מקשים לא אחת על עצם הגשתה של התלונה ומונעים, בדרך כלל, התגבשותן של ראיות חיצוניות. כבר נפסק כי מערכת היחסים המורכבת בתוך המשפחה ושיקולים אישיים, חברתיים וקהילתיים הכרוכים בכך מקשים על הגשת תלונות [פסק דינו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.9.2005) סעיף ה']. לפיכך, הרשעתו או זיכוי של נאשם תלויים באימוצה או דחייתה של גרסת הקורבן, ולכן דווקא בתיקים אלו יש חשיבות יתרה להתרשמות הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מהעדים [פסק הדין בע"פ 1385/06 הנ"ל סעיף

[33], ובשל כך תמנע ערכאת הערעור מלהתערב בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי הערכאה המבררת, פרט לחריגים מצומצמים כאמור.

71. איני סבור כי מקרה זה נמנה על החריגים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור. בית המשפט המחוזי הדגיש כי עדותו של המתלונן אמינה עליו הן לאור המתאם בין תוכנה לבין הרגשות שבוטאו על ידו בעת מסירת העדות, והן משום שהמתלונן לא הגזים ולא ייחס למערער ביצוע מעשים כפי שאמו ודודתו ביקשו לייחס לו בעדויותיהן. המתלונן לא ניסה להחמיר ולהקצין בתיאור מעשיו של המערער ולציירו בקווים שאינם תואמים את המציאות. להפך, כאשר המתלונן תיאר את האירוע באותו ליל קיץ בסלון הדירה הוא הדגיש כי המערער הרים את חולצתו ונישקו אך לא ביצע בו מעשים נוספים מעבר לכך, זאת בניגוד לפעמים אחרות. בית המשפט המחוזי שוכנע כי מדובר בעדות אוטנטית לאור התיאור החי שנחקק בזיכרונו של המתלונן כאשר המערער נשכב עליו עם מלוא כובד משקלו ובשל העובדה כי הייתה זו הפעם הראשונה שהמתלונן התנגד למערער ודחק אותו. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי הזהיר את עצמו בצורה מפורשת מפני הסתמכות על עדויותיהן של האם, של הדודה ושל הסבתא. בית המשפט המחוזי הבהיר כי אין הוא מתעלם מהבעייתיות הטמונה בעדותה של האם ואף הדגיש כי אין הוא קובע ממצאים על פיה אלא אם פרטי עדותה נתמכים בראיות אחרות. בשל כך המערער אינו יכול להיבנות מהסתירה כביכול בין עדותה של האם לבין עדותו של המתלונן בנוגע למעשים שנעשו או שלא נעשו בו ברכבו של המערער, שכן עדותה אינה רלוונטית עוד בהקשר זה. באופן דומה נזהר בית המשפט המחוזי מלבסס ממצאים על עדויותיהן של הסבתא ושל הדודה בשל העובדה כי בשיחתן של בנות המשפחה באותו יום שבת יתכן כי האחת הזינה את השנייה ולכן לא ניתן לקבוע את דיוק הפרטים שמסרו. כל אלה מצביעים כי בית המשפט המחוזי שקל היטב את הדברים בטרם קבע את ממצאי העובדה והמהימנות, התמודד עם הקושי שנעוץ בסתירות שבין העדויות שהביאה המשיבה ורק לאחר שבחן בכובד ראש את מלוא המסכת העובדתית שנפרסה בפניו קבע את ממצאי המהימנות האמורים. מכאן שיש לדחות את טענותיו של המערער כנגד טעויות כביכול שנפלו בקביעת ממצאי המהימנות על ידי בית המשפט המחוזי.

72. עוד יודגש כי אין בסיס לטענתו של המערער כי גרסת המשיבה קורסת לאור העובדה שבית המשפט המחוזי מצא את עדותה של האם כבלתי מהימנה היות שהאם היא זו שחשפה את הפרשה. יודגש, כפי שאף ציין בית המשפט המחוזי באופן מפורש, כי האחרון לא קבע ממצאים על בסיס עדותה של האם, אלא אם עדותה נתמכה בראיות

אחרות, כך למשל לגבי מצבו הנפשי של המתלונן אליו אתייחס בהמשך ואופן גילוייה של ההתעללות. כך גם אין ממש בטענתו של המערער לפיה המתלונן הינו עד בלתי אמין משום שנזכר במעשה הסדום שנעשה בו רק בפגישתו השנייה עם נציגת המשיבה. אין בכך ולא כלום שכן המתלונן נתן הסבר מניח את הדעת לפיו הוא חש בושה מפני תיאור הפרטים המדויקים ורק כשהתבגר והיה בעל ניסיון מיני אזר את הכוחות הנפשיים לספר גם על אירוע המין האוראלי. זהו גם ההסבר שנתן המתלונן לכך שכבש את תלונתו משך שנים וחשף את מסכת ההתעללות בו רק כשהיה כבן 14. עוד הסביר המתלונן, לעניין כבישת תלונתו, כי פחד מדמותו של המערער הן בשל האקדח שנשא עמו ושאותו היה זורק בחבטה עם כניסתו לדירתה של הסבתא בעת שחזר מהעבודה, והן בשל הפרש הגבהים בין השניים כמו גם בשל אזהרותיו של המערער פן יספר המתלונן על שנעשה בו.

73. אחד המאפיינים המיוחדים של עבירות המין במשפחה היא חשיפה ודיווח מאוחרים של ביצוע העבירות, לעיתים שנים רבות לאחר שנפגע העבירה היה לבוגר. הדיווח המאוחר נובע מהדינאמיקה המיוחדת של עבירות המין במשפחה, שבהן, פעמים רבות, נפגע העבירה נתון במשך שנים רבות לשליטתו ולמרותו של הפוגע, ממנגנוני ההדחקה האופייניים לעבירות אלה ומחששו של נפגע העבירה שחשיפת העבירה עלולה להביא ל"פירוקו" של התא המשפחתי. גורמים אלו ואחרים מונעים מנפגע העבירה להתלונן סמוך לביצוע המעשים, קשים ככל שיהיו [ראו: לימור עציוני גילוי עריות 156-155 (2009)]. תופעת כבישתן של עדויות הינה חזון נפרץ כאשר מדובר בעבירות אלימות ומין במשפחה – קל וחומר עבירות שבוצעו כלפי קטינים, ואין בכבישה עצמה כדי לפגוע במהימנות עדותו של נפגע העבירה כאשר ישנו הסבר מניח את הדעת להשהיית התלונה ולגילוייה דווקא במועד הרלוונטי [ראו למשל: פסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 918, 925-926 (2001); פסק דינו של השופט א' לוי בע"פ 10049/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 385, 391-392 (2004); פסק דינה של השופטת מ' נאור בע"פ 6402/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.12.2008); פסק דינו של השופט א' לוי בע"פ 5869/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.9.2009) סעיף 16]. כאמור, המתלונן נתן הסבר מניח את הדעת לכבישת תלונתו ולמועד חשיפתה כפי שקבע בית המשפט המחוזי ואין כל הצדקה להתערב בקביעה זו.

74. בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי שהתלונה הוגשה מספר ימים בלבד לאחר חשיפת ההתעללות על ידי האם, ולכן אין לקבל את טענתו של המערער כי

משפחתו של המתלונן השהתה את הגשת התלונה משך שלושה חודשים על מנת שלא ייחקר על ידי חוקר ילדים וזאת במסגרת הקנוניה שרקמה משפחתו של המתלונן כנגד המערער. קביעה זו של בית המשפט המחוזי התבססה על ממצאי מהימנות שנקבעו לאחר שבית המשפט המחוזי התרשם מהמתלונן ומהמערער כמו גם מיתר העדים באופן בלתי אמצעי. כאמור, בית משפט זה לא יתערב בנקל בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית בהסתמך על שמיעת עדים אלא במקרים חריגים. המערער לא הצליח להצביע על ראיות שיצדיקו התערבות בממצאיו של בית המשפט המחוזי, ולפיכך דין טענתו בעניין זה אף היא להידחות.

75. מעבר לכך, אין לקבל את טענת עלילת השווא שמעלה המערער. אם אכן רצתה הסבתא לנקום במערער על עזיבתו אותה, הדעת נותנת כי הייתה עושה זאת בסמוך למועד פרידתם ולא חמש שנים לאחר שהשניים נפרדו. זאת ועוד, טענתו של המערער לפיה מדובר בעלילה אותה רקמה הסבתא אינה מתיישבת עם טענתו לפיה הסבתא ביקשה לחזור אליו בסמוך לפני חשיפת הפרשה וזו הסיבה בגינה בדה המתלונן את טענותיו על מנת להרחיק את המערער מהסבתא. אם הסבתא אכן ביקשה לחזור למערער מדוע תעליל עליו בה בעת עלילת שווא. בנוסף לכך, גם אם המתלונן העלה את טענותיו במטרה להרחיק את המערער מהסבתא הרי שהדבר דווקא מחזק את גרסתו של המתלונן על מעשי ההתעללות שביצע בו המערער.

76. זאת ועוד, הטענה כי המתלונן יזם עלילת שווא אינה מתיישבת עם דרישתו של המתלונן מאמו שלא תעשה דבר כתנאי לכך שיגלה לה את סודו. מעבר לכך, טענת המערער כי הסיבה לאי השתתפותו בעימות הם קשריה הטובים של הסבתא במשטרה וחששו מפני קנוניה אינה מחזיקה מים, שכן המערער לא יכול היה להצביע על שמות קונקרטיים של שוטרים המקורבים לסבתא כטענתו. נדמה כי טענת עלילת השווא בה דבק המערער אינה מבוססת ותלויה על בלימה וטענותיו אינן אלא חשדות גרידא העומדים בסתירה למבחני ההיגיון והשכל הישר, אשר הופרכו על ידו לחלל האוויר ללא כל ביסוס ראייתי. לבסוף, בית המשפט המחוזי לא התעלם מטענתו של המערער בעניין עלילת השווא וניסה לברר האם לאמו של המתלונן קיים מניע לרקמת עלילת שווא כנגד המערער. המסקנה אליה הגיע בית המשפט המחוזי מן הראיות שהובאו לפניו היא שבניגוד לדודתו של המתלונן דווקא האם רחשה כלפי המערער רגשות כבוד והאמינה בו ולא היה ביניהם ריב ומדון עד לחשיפת הפרשה, ולכן אין בנמצא סיבה אמיתית בגינה תרצה האם לטפול על המערער האשמות שווא.

77. כבר נפסק על ידי בית משפט זה כי על מנת שיתגבש ספק סביר הנדרש לשם זיכוי מעבירה פלילית, הרי שאין די בהעלאת גירסה תיאורטית בעלמא בדבר עלילת שווא ועל טענת העלילה להיות ממשית ולעמוד במבחן ההיגיון והשכל הישר [פסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 237-238 (2002)]. בית המשפט המחוזי לא התעלם מטענת העלילה שהעלה המערער וניסה לבחון קיומן של ראיות לתמיכתה, אולם ראיות כאלה לא נמצאו. טענת העלילה שהעלה המערער על כל גווניה אינה מקיימת את אמת המידה הנחוצה על מנת לעורר את הספק הסביר במשפט הפלילי שכן אין היא נתמכת בראיות של ממש והיא אף עומדת בניגוד למבחני ההיגיון והשכל הישר כאמור ולכן בדין היא נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי.

78. המערער אף ניסה לכרסם במהימנותו של המתלונן בטענה לקיומו של זיהום חקירתי בעטיו לא ניתן להסתמך עוד על עדותו של המתלונן, שכן המעשים שיוחסו לו נחשפו באמצעות הנחייתה של אמו שתחקרה אותו בעקבות ציור המפתח ולאחר מכן באמצעות השאלות שנשאל על ידי בנות משפחתו בדירתה של הסבתא. השאלה בדבר השפעת עדותו של קטין מ"חקירה" מוקדמת טרם מסר גרסתו לגורמי החקירה המקצועיים, הנה שאלה שבעובדה המסורה ככלל להכרעתה של הערכאה הדיונית והתערבותה של ערכאת הערעור בה מצומצמת [ראו למשל: פסק דינו של השופט א' לוי בע"פ 4649/01 אסולין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 616, 622 (2001)]; פסק דינו של השופט י' עדיאל בע"פ 854/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.3.2005) סעיף 17].

79. בית המשפט המחוזי לא התעלם מהאפשרות בדבר השפעת הזיהום החקירתי על עדותו של המתלונן ואף הזהיר את עצמו פן ישגה במלאכתו ויקבע ממצאים מוטעים על סמך גרסה שזוהמה. בית המשפט המחוזי אף קבע כמצא עובדתי שהיה זיהום חקירה אקטיבי בנסיבות העניין. ואולם, לאחר שבית המשפט המחוזי בחן את עוצמתו של הזיהום החקירתי הוא הגיע לכלל מסקנה כי לא היה בו כדי לגרוע ממהימנות עדותו של המתלונן. בית המשפט המחוזי נימק את מסקנתו בכך שבניגוד לניסיונותיהן של דודתו ואמו של המתלונן לטעון כי המערער כיוון לעברו של המתלונן אקדח ואיים עליו פן יחשוף את מעשיו בו ולטעון שהמערער החדיר את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלונן, הרי שהמתלונן נמנע מלשלב בעדותו התייחסות לאירועים שלא התרחשו בפועל וניסה לדייק בתיאוריו את היקף מעשיו של המערער. כך למשל, נהג המתלונן בעניין התנהלותו של המערער באותו ליל קיץ בו נתפס על ידי הסבתא בסלון דירתה.

בית המשפט המחוזי קבע כי אילו רצה המתלונן לרצות את בנות משפחתו הוא יכול היה בקלות להטמיע את גרסתן בעדותו, ואילו הוא עמד על דבריו והקפיד לתאר את שאירע בפועל.

אחד הנימוקים בגינם שוכנע בית המשפט המחוזי כי עדותו של המתלונן מהימנה ולא הושפעה מזיהום החקירה כאמור הוא חוויותיו של המתלונן שבוטאו על ידו באותנטיות רבה. כך למשל התרשם בית המשפט המחוזי מתיאורו של המתלונן את האירוע בו המערער נשכב עליו עם בטנו והמתלונן חש את כובד משקלו של המערער ואת איבר מינו באופן שהלחיץ אותו וגרם לו לדחוק את המערער מעליו. בית משפט זה כבר קבע בעבר כי אחד הכלים באמצעותם ניתן לבחון את השפעתו של זיהום חקירה הוא עד כמה עדותו של נפגע העבירה מלמדת על "ממשות החוויה". כך בע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769, 781 (2002) (להלן: עניין קובי) מול האות ה', התרשם השופט רבלין (כתוארו אז) כי תחושת הגועל והדחייה אותה תיארה נפגעת העבירה מעידה על "ממשות החוויה" ועל כן נדחתה טענת התוקף בעניין היעדר מהימנות בשל זיהום חקירה. באופן דומה בע"פ 3948/03 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.11.2006) העיד נפגע העבירה כי הוא זוכר שהתוקף הפשיטו מכל בגדיו, שכב עליו במלוא כובד משקלו והרגיש את המערער שהיה רטוב. תיאור זה הביא את חוקרת הילדים למסקנה כי "ממשות החוויה" משתקפת מהתיאור באופן שלא מותר ספק לגבי מהימנותו של נפגע העבירה, מסקנה שאומצה לאחר מכן על ידי בית משפט זה. נדמה כי אין להכביר מילים לעניין "ממשות החוויה" שעולה מתיאוריו האוטנטיים של המתלונן במקרה דנן, ולפיכך, יש לקבוע כי מסקנתו של בית המשפט המחוזי, לפיה לא היה בזיהום החקירה כדי לפגום במהימנות עדותו של המתלונן, בדין יסודה.

חיזוקים ראייתיים לעדות המתלונן

80. הגם שחלקה הארי של הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי נשענה על ממצאי מהימנות, הרי שנמצאו ראיות מחזקות נוספות לעדותו של המתלונן. בית המשפט המחוזי הזהיר את עצמו פן ירשיע את המערער על פי עדותו היחידה של המתלונן ולכן נימק ופירט מהם החיזוקים הראייתיים התומכים בגרסת המתלונן, כנדרש ממנו על פי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, המצדיקים את הרשעת המערער על בסיס עדותו של המתלונן.

81. בית המשפט המחוזי קבע כי התרשמותן של בנות המשפחה ממצבו הנפשי של המתלונן יש בה כדי להוות סיוע ראייתי לעדותו של האחרון. כך העידו בנות משפחתו

כי המתלונן נהג לבכות בילדותו באופן תדיר ללא כל סיבה. בנוסף לכך העידה האם על התפרצויותיו של המתלונן כלפיה ומצבו הנפשי בסמוך למועד חשיפת ההתעללות ועל הלך נפשו בסוף השבוע הספציפי בו נחשפה הפרשה. אכן, יש ממש בטענתו של המערער לפיה העובדה שהמתלונן נהג לבכות בילדותו באופן תדיר אינה יכולה להוות סיוע ראייתי, שכן המערער הצביע על סיבות ממשיות נוספות אשר היו יכולות לגרום למתלונן לבכות. יחד עם זאת, בדין קבע בית המשפט המחוזי כי ניתן ללמוד מעדותה של האם על מצבו הנפשי של המתלונן בסמוך לחשיפת מסכת ההתעללות. הגם שבית המשפט המחוזי לא נתן אמון בעדותה של האם לעניין תיאור היקף מעשיו של המערער, הרי שלא הייתה כל מניעה שיסתמך על אותו חלק בעדותה לעניין נסיבות חשיפת ההתעללות והלך נפשו של המתלונן בסמוך לכך, שכן אופן חשיפת ההתעללות ותגובתו של המתלונן עולים גם מעדותו שלו שנמצאה מהימנה על ידי בית המשפט ומאפשרת את אימות דברי האם בהקשר זה. ההלכה מורה כי עדות לעניין מצבו הנפשי של קורבן עבירת מין בסמוך לביצוע המעשים בו או בסמוך למועד חשיפת ההתעללות יכולה להוות סיוע ראייתי לעדות המתלונן [ראו למשל: פסק דינה של כבוד השופטת ד' דורנר בע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684, 693-694 (1999); עניין קובי, בעמוד 784].

82. ראיית חיזוק ממשית נוספת נמצאה בעדותה של הסבתא אודות מה שאירע באותו ליל קיץ בסלון דירתה, כאשר ראתה את המערער רוכן מעל פלג גופו התחתון של המתלונן. לעניין זה העדיף בית המשפט המחוזי את עדויות הסבתא והמתלונן על פני עדותו של המערער. הן מעדותה של הסבתא והן מעדותו של המתלונן עלה כי המתלונן ישן בבגדים בניגוד לטענתו של המערער. הן מעדותה של הסבתא והן מעדותו של המתלונן עולה כי היה זה בליל קיץ ולא לקראת החורף. יוצא אפוא כי ניסיונו של המערער לספק הסבר להימצאותו בסלון הדירה בשעת לילה כשהוא רוכן מעל המערער לא צלח.

83. המערער ניסה לכרסם במהימנות עדותה של הסבתא על מנת לטעון כי לא ניתן להישען על גרסתה אודות שראתה בסלון דירתה כחיזוק לעדותו של המתלונן. כך למשל טען המערער כי הסבתא ביקשה להתנקם בו על שעזב אותה ובשל כך רקמה כנגדו עלילת שווא תוך שהיא מסתייעת ביתר בני משפחתה. כפי שהובהר לעיל אין לטענת עלילת השווא שהעלה המערער על מה להישען ואין בה ממש. טענה נוספת שהעלה המערער על מנת לכרסם במהימנות עדותה של הסבתא היא כי בתקופה הרלוונטית הוא היה קירח, כפי שעולה מהתמונות שהוצגו לבית המשפט המחוזי

באמצעות בתו, ולכן לא יתכן שהסבתא משכה בשערותיו על מנת להרחיקו מהמתלונן כפי שהיא תיארה בעדותה. ואולם, לאחר עיון בתמונות הנ"ל, המסקנה המתחייבת היא כי בדין קבע בית המשפט המחוזי שהתמונות אינן מכרסמות במהימנות עדותה של הסבתא, לפיה היא משכה בשערותיו של המערער על מנת להרחיקו מהמתלונן. התמונות אינן מצביעות לטעמי על קירחות מוחלטת של המערער באופן השולל את האפשרות שהייתה לסבתא למשוך בשערותיו.

יוצא אפוא, כי המערער לא הצליח לכרסם במהימנות עדותה של הסבתא, ולכן לא נפל כל פגם בהישענותו של בית המשפט המחוזי על עדותה כראיית חיזוק לעדותו של המתלונן.

84. מעבר לכך מצא בית המשפט המחוזי חיזוק ראייתי בניסיונו של המערער להרחיק את עצמו מהמתלונן על ידי העלאת הטענה כי האחרון לא התגורר בדירתה של הסבתא ברציפות ולאורך זמן. טענה זו של המערער הופרכה, שכן הן המתלונן, הן האם והן הסבתא העידו על מצבה הכלכלי הקשה של האם בגינו נאלצה להתגורר במאהל של מחוסרי דיור ומאוחר יותר בקראוון ולכן המתלונן התגורר בעת הרלוונטית בדירתה של הסבתא. גם לאחר שהאם עברה להתגורר בדירת עמידר המשיך המתלונן להתארח בדירת סבתו. ניסיון זה של המערער להרחיק את עצמו מהמתלונן ולטעון כי הוא לא יכול היה לשהות במחיצתו ביחידות לאורך זמן לא צלח ועמד בסתירה לראיות שהונחו לפני בית המשפט המחוזי, ולכן בדין קבע בית המשפט המחוזי כי יש בניסיון ההרחקה שביצע המערער כדי להוות חיזוק ראייתי נגד גרסתו של המערער. יתר על כן, הלכה היא כי כאשר שקריו של נאשם הם שקרים מהותיים היורדים לשורש העניין, ומשלא ניתן להם הסבר מספק, ניתן לראות בהם ראייה עצמאית המהווה חיזוק ואף סיוע לראיות התביעה [ראו למשל: פסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"פ 2014/94 טאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 624, 637 (1996) מול האות ד; פסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"פ 5852/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933, 958 (2001) מול האות ו; פסק דינו של השופט ת' אור בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 802 (1998)].

85. צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי הימנעותו של המערער מלהשתתף בעימות עם המתלונן גם היא מהווה חיזוק ראייתי משמעותי לעדותו של המתלונן, שכן היא אינה מתיישבת עם התנהגות שמעידה על חפות. המערער תירץ את הימנעותו מנטילת חלק בעימות עם המתלונן בחששו כי לסבתא יש מקורבים במשטרה, ואולם לא

עלה בידו להצביע בעדותו על שמות ספציפיים של "מקורבים" כאמור או להניח בסיס ראייתי מספק להוכחת טענתו. הלכה פסוקה היא כי סירוב לשתף פעולה בחקירה, כאשר המדובר בהליך בדיקה שבכווחו לתרום להוכחת חפותו של חשוד, יש בו משום גילוי של התנהגות מפלילה המבטאת תחושה של אשם, ובתור שכזה הינו בעל כוח ראייתי עצמאי, כראיה נסיבתית, לחובתו של המסרב [ראו למשל: פסק דינו של כבוד השופט י' קדמי בע"פ 517/86 ברוקס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 441, 453 (1989); פסק דינו של כבוד השופט ת' אור בע"פ 1688/99 הוכברג נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 356, 379-380 (2002)].

דחיית בקשותיו של המערער על ידי בית המשפט המחוזי

86. המערער טוען כי נגרם לו עיוות הדין מאחר והמומחה מטעמו לא הורשה לעיין במלוא הפרוטוקול, וכן מכיוון שבית המשפט המחוזי דחה את בקשתו להזמין את תיקי הרווחה של המתלונן. הטעם אותו מדגיש המערער כמסביר את הצורך בחשיפת מלוא הפרוטוקול ותיקי הרווחה של המתלונן לעיונו של המומחה מטעמו הוא, כי רק בדרך זו יוכל המומחה לקבוע את מהימנותם של המתלונן ובני משפחתו. כמו כן טוען המערער כי רק בדרך זו יוכל למצות את קו ההגנה בעניין "העברת זיכרון" אודות המעשים שבוצעו במתלונן על ידי אביו הביולוגי. עוד טוען המערער כי נגרם לו עיוות דין גם בשל העובדה שבית המשפט המחוזי דחה את בקשתו לערוך למתלונן בדיקה פסיכיאטרית, שכן רק בדרך זו ניתן לשלול או לאשר קיומם של סימנים בתר-חבלתיים שהם אינדיקציה לקיומה או היעדרה של התעללות בהיקפים המיוחסים למערער.

87. לא מצאתי מקום להתערב בהחלטותיו הנ"ל של בית המשפט המחוזי ויש לדחות את טענת המערער אודות עיוות הדין שכביכול נגרם לו, מן הטעמים שלהלן:

ראשית, אין המומחה מטעם מי מהצדדים מחליף את מקומו של בית המשפט בקביעת ממצאי מהימנות. הוא רשאי כמובן להביע את עמדתו המקצועית בתחום מומחיותו, אך אין הוא רשאי לקבוע את מהימנותם של העדים. עד מומחה הוא עדיין עד ככל אחד מהעדים האחרים במשפט וחוות דעתו הינה ככל ראייה אחרת במשפט [ראו למשל: ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 299 (2002) מול האות ו]. גם אם חוות דעתו מבוססת על כלים מקצועיים הרי שבית המשפט הוא זה שצריך להכריע בין משקלה של חוות הדעת לבין משקל גרסאותיהם של עדי המשיבה. השופט היושב לדין אינו חייב להישען על עדות מומחה דווקא [ד"נ 20/85 בחרי נ' פדלון, פ"ד לט(4) 463, 465 (1985)]. מעבר לכך, בית המשפט הוא זה המחליט אם לתת אמון

בחוות דעתו של מומחה ואיזה משקל, אם בכלל, יש לייחס לה ומה המסקנה הסופית העולה משקלול חוות דעת זו עם שאר הראיות שבתיק ואם חיוני הדבר למוע עדות מומחה [ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240, -263 262 (1993)]. לפיכך, נימוקו של המערער, לפיו עיון בפרוטוקול המלא ותיקי הרווחה נחוץ למומחה מטעם ההגנה על מנת לקבוע את מהימנותם של המתלונן ובנות משפחתו, אינו מצדיק את בקשותיו של המערער.

שנית, גם אם תיקי הרווחה היו מגלים כי היו דיווחים או תלונות על מעשים מגונים שכביכול בוצעו במתלונן על ידי אביו הביולוגי, הדבר לא יכול היה להועיל למערער, שכן דיווחים או תלונות כאלו לא הבשילו לכדי בירור משפטי והעמדה לדין, ומשכך אין הם עולים כדי "עובדה משפטית".

שלישית, גם אם היה מתגלה בעקבות העיון בחומרים הנ"ל כי אביו הביולוגי של המתלונן ביצע בו מעשים כאמור, עדיין אין הדבר שולל את האפשרות שאף המערער עצמו ביצע במתלונן את המעשים המיוחסים לו בכתב האישום, שכן אין מעשיו של אחד מוציאים מגדר אפשרות ביצוע מעשים על ידי השני אלא אם הדבר הוכח בראיות פוזיטיביות. זאת ועוד, ממילא חוות דעתו של המומחה מטעם המערער אינה רלוונטית להגנתו בהוכחת קו הטיעון של "העברת הזיכרון", שכן קו ההגנה הראשוני לו טען המערער הוא כי מדובר בקנוניה ובנות משפחתו של המתלונן מעלילות עליו כפי שהעלילו כנגד אביו הביולוגי של המתלונן. קרי, לפי קו ההגנה הראשוני אביו הביולוגי של המתלונן לא ביצע בו כל מעשים ולכן ממילא לא יכולה להיות "העברת זיכרון".

רביעית, חשיפת הפרוטוקול המלא כמו גם תיקי הרווחה של המתלונן ומשפחתו היו גורמים לפגיעה קשה בצנעת הפרט של כל הנוגעים בדבר. לא לחינם נקבע בחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, כי כאשר עסקינן בחקירת נפגע בעבירת מין בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין. קרי, המחוקק קבע כברירת מחדל איסור חקירה בנושא עברו המיני של המתלונן ולגבי החריג הותיר את שיקול הדעת לבית המשפט. ההחלטה האם לאפשר חקירה בנושא עברו המיני של המתלונן צריכה להתקבל על ידי הערכאה המבררת לאחר שזו נחשפה למלוא חומר הראיות ולעדים שכן רק כך ניתן לערוך את האיזון הראוי בין זכויות נפגע העבירה לבין הצורך בפגיעה מידתית בהן

לצורך ניהול הגנתו של הנאשם. בשל הפן הראייתי הטמון בהחלטות כגון דא והצורך לאזן בין זכויות מתנגשות על בסיס התרשמות מן העדים, סבור אני כי על ערכאת הערעור למעט להתערב בהחלטות אלה, פרט למקרים חריגים בהם הוכח כי נפלה טעות מהותית בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית.

88. סבור אני כי בנסיבות העניין צדק בית המשפט המחוזי משדחה את בקשותיו של המערער. גם אם בית המשפט המחוזי היה נענה לבקשותיו הנ"ל של המערער, לכל היותר יכול היה המומחה מטעם המערער להיווכח באחת משניים: כי המתלונן אינו דובר אמת או כי אביו הביולוגי של המתלונן ביצע בו מעשים מגונים. אך ממילא בית המשפט המחוזי התמודד בהכרעת דינו עם שתי אפשרויות אלה ודחה אותן אחת לאחת באופן מנומק כמפורט בסעיף 37 לעיל (לעניין טענת "העברת זיכרון") ובסעיפים 71-72, 76 ו-78-79 לעיל (לעניין מהימנות עדותו של המתלונן). לא מצאתי כי יש הצדקה להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניינים אלו.

מחדלי חקירה

89. המערער טוען לקיומם של מחדלי חקירה אשר לטענתו לא ניתן להם משקל ראוי על ידי בית המשפט המחוזי. כך למשל טוען המערער כי על המשיבה היה להגיש לבית המשפט המחוזי את שרטוט דירתה של הסבתא, בה בוצעו העבירות המיוחסות למערער. לטענתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה גם הוא יכול היה להגיש את השרטוט כאמור אינה יכולה לעמוד שכן נטל הבאת הראיה מוטל במשפט הפלילי על המשיבה. עוד טוען המערער כי היה על גורמי החקירה לבדוק את טענתו כי הוא זה שנשא בנטל הוצאות המחיייה והוא זה שרכש עבור הסבתא פריטים לדירה ומימן חלק מהוצאותיה. לטענתו, בדיקה זו הייתה מעלה כי עדותה של הסבתא, לפיה היא נשאה בהוצאות המחיייה ובפרנסת הבית הינה עדות מגמתית שאינה תואמת את המציאות והיה בכך להשליך על מהימנותה. בנוסף לכך טוען המערער כי נפלו מחדלי חקירה נוספים בכך שהמשטרה לא תפסה את תיקי משרד הרווחה בעניינו של המתלונן ומשפחתו ולא צילמה את תיקי החקירה בעניין אביו הביולוגי של המערער בטרם בוערו. מחדל חקירה נוסף אותו מציין המערער הוא אי גביית עדויות מהפסיכולוגים שטיפלו במתלונן.

90. בית המשפט המחוזי נתן דעתו לעניין מחדלי החקירה הנטענים על ידי המערער ומצא כי מחדלים אלו אינם יורדים לשורש המחלוקת ואין בהם להשפיע על תוצאת הדיון בשאלת אחריותו הפלילית. בדין קבע בית המשפט המחוזי את אשר הוא קבע. לאחר עיון בטענותיו של המערער עולה כי קיים ספק אם היה מקום לדרוש מרשויות

החקירה לבצע את הפעולות הנ"ל, וגם אם היה מקום לבצען הרי שאי ביצוען אינו מכרסם בנכונות הרשעתו של המערער בדין שכן אין מדובר במחדלים מהותיים היורדים לשורש העניין באופן שיכול היה להפוך את הרשעתו של המערער.

91. באשר לטענתו של המערער בעניין אי הגשת שרטוט דירתה של הסבתא וצילומיה, אכן נטל הבאת הראיה במשפט הפלילי מוטל על המשיבה, אולם משסבר המערער כי היה בכך להשליך על אחריותו הפלילית, ובהינתן מצבור הראיות העומדות לחובתו גם ללא היזקקות לשרטוט, שומה היה עליו להגיש את השרטוט מטעמו או להגיש בקשה לבית המשפט שיורה למשיבה להגיש שרטוט כאמור. אולם, המערער לא נקט באף אחת מהדרכים ועל כך אין לו להלין אלא על עצמו. מכל מקום איני סבור כי לשרטוט כאמור ישנה חשיבות או השלכה על אחריותו בפלילים, שכן המערער לא הכחיש את הימצאותו בסלון הדירה באותו הלילה בו הוא נתפס על ידי הסבתא כשהוא רוכן מעל המתלונן, ומכל מקום הוא אינו מכחיש שהסבתא ראתה אותו בסלון באותו הלילה ושאלה לפשר מעשיו.

באשר לטענתו של המערער כי רשויות החקירה לא בדקו את טענתו כי הוא זה שמימן את הוצאות משק הבית והוצאותיה של הסבתא, הרי שאין כל חשיבות לסוגיה מי מבין בני הזוג, הסבתא או המערער, נשא בנטל הפרנסה והוצאות המחייבה, שכן פרטים אלו אינם רלוונטיים לפתרון השאלות שבמחלוקת ואין כל סיבה להיכנס לבירורם. גם אם היה נמצא כי המערער הוא שנשא בנטל פרנסת הבית, לא היה בכך להשליך על מהימנותה של הסבתא שכן בכדי שהסתירה או השקר יפגעו במהימנותו של העד הם צריכים להתקיים לגבי פרט מהותי לסוגיות שבמחלוקת ולא לגבי עניין שולי לסוגיות אלה.

באשר לטענתו של המערער בעניין אי תפיסתם של תיקי משרד הרווחה ואי צילום תיקי החקירה בעניין אביו הביולוגי של המתלונן, הרי שהמערער אינו יכול להיבנות מכך שכן חומרים אלו היו יכולים לשמש את המומחה מטעמו להסקת שתי מסקנות חלופיות: המתלונן אינו דובר אמת או שמא הוא ביצע "העברת זיכרון" ממעשים שביצע בו אביו הביולוגי. ואולם, כמבואר לעיל, ממילא בית המשפט המחוזי התמודד עם שתי אפשרויות אלה ודחה אותן באופן מנומק, ולכן אין כל נפקות לאי תפיסת או העתקת החומרים הנ"ל. זאת ועוד, גם אם עדויות הפסיכולוגים שטיפלו במתלונן היו נגבות, הרי שהן חסויות ממילא על פי סעיף 50(א) לפקודת הראיות, ועל פי האיזון שנקט בית המשפט המחוזי לאור המסכת הראייתית שנפרסה בפניו בבואו

להחליט בעניין חשיפת מלוא הפרוטוקול ו/או תיקי הרווחה לעיניי המומחה מטעם המערער, הרי שלא יהיה זה מופרך להניח ברמת וודאות גבוהה כי גם בקשה להסרת חיסיון הייתה נדחית על ידי בית המשפט המחוזי, בדין, ולכן המערער אינו יכול להיבנות מהיעדר חקירת הפסיכולוגים כאמור.

92. כידוע, עובדת קיומם של מחדלי חקירה אין בה, כשלעצמה, כדי להביא לזיכוי של נאשם. על בית המשפט ליתן דעתו לשאלה אם חרף קיומם של מחדלי החקירה, הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של הנאשם בעבירות שיוחסו לו [ראו למשל: פסק דינו של השופט א' לוי בע"פ 2404/09 אלחמידי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.2009)]. כאמור, התשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי הייתה כזו שהצדיקה את הרשעתו של המערער בדין. מעבר לכך, לא די בקיומם של מחדלי חקירה אלא יש צורך להוכיח כי הם קיפחו את יכולתו של המערער לנהל את הגנתו [ראו למשל: פסק דינו של השופט א' לוי בע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.9.2009) סעיף 29]. מאחר ולא היו במקרה דנן מחדלי חקירה כנטען על ידי המערער, הרי שממילא הגנתו לא קופחה.

הערעור על גזר הדין

93. בנסיבות העניין אין מקום להתערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי ערך את האיזון הראוי בין שיקולי הענישה השונים ולא נפל כל פגם בקביעותיו. מעשיו של המערער חמורים ומעוררים סלידה. המערער ניצל את חוסר האונים של ילד רך בשנים ובגד באמונם של בני משפחתו. יש לגנות התנהגות זו מכל וכל ולהשית על עברייני מין עונשים מרתיעים שיהיה בהם להבהיר את החומרה הרבה שהחברה רואה בעבירות מין בכלל ובכאלה הנעשות בקטינים ובתוך המשפחה בפרט. מעבר לאינטרס ההרתעה יש חשיבות רבה להרחקת המערער מהחברה על מנת להגן על קטינים נוספים שעלולים להיפגע ממעשיו. מעיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי האחרון שקל את כל השיקולים הצריכים לעניין ואף הקל עם המערער נוכח התמשכות ההליכים בעניינו. חומרת העבירה המיוחסת למערער כמו גם הימשכותה על פני מספר שנים והכחשתו הגורפת של המערער את המיוחס לו תוך ניסיון להרחיק את עצמו מהאירועים, מצדיקים השתת העונש שנגזר על ידי בית המשפט המחוזי.

94. זאת ועוד, הכלל הנקוט בידי בית משפט זה הוא כי אין ערכאת הערעור מחליפה את שיקול דעתה בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בכל הנוגע לגזירת דינו של נאשם אלא בנסיבות חריגות, כאשר נפלה בגזר דינה של הערכאה הדיונית טעות

מהותית אשר בולטת על פניה או שעה שהעונש שנגזר על ידה חורג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות [ראו למשל: ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.1.2009); ע"פ 7563/08 אבו טביח נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.3.2009); ע"פ 7439/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.3.2009)]. איני סבור כי המקרה שלפנינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים כאמור, המצדיקים התערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

95. באשר לטענות המתלונן כי הפיצוי שנפסק לטובתו אינו הולם את הפגיעה והנזקים שהסב לו המערער, איני סבור כי יש מקום להתערב בשיעור הפיצוי שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי לטובת המתלונן, שכן אין מוכיחים שיעורו של הפיצוי הנפסק לטובת נפגע העבירה במסגרת ההליך הפלילי, אלא זהו עניין להערכתו של בית המשפט [ראו למשל: פסק דינו של כבוד השופט ד' חשין בע"פ 10213/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.6.2006) סעיף 4]. כיוון שעסקינן בפסיקת פיצויים על פי הערכה ולא על פי הוכחה, הרי שלבית משפט זה אין כל יתרון על פני הערכאה הדיונית אשר נחשפה למלוא המסכת הראייתית, התרשמה מהעדים, מנפגע העבירה ומהמערער ובהתאם לכך ערכה את האיזונים בין האינטרסים המתנגשים תוך שיקלול מגוון הנתונים הצריכים לעניין. משכך, סבור אני כי אין להתערב בהערכה זו אלא במקרים יוצאי דופן בהם הערכאה הדיונית חרגה באופן קיצוני משיעור הפיצוי הראוי. הגם שהנזקים שנגרמו למתלונן במקרה דנן קשים הם וההתמודדות עמם מצריכה משאבים, איני סבור כי מקרה זה נמנה על אותם מקרים חריגים המצדיקים את התערבותו של בית משפט זה בשיעור הפיצוי שנפסק לטובת נפגע העבירה.

96. באשר לטענתו של המערער כי מצבו הכלכלי הקשה מצדיק את הפחתת הפיצוי שנפסק לטובתו של המתלונן, הרי שכבר נקבע על ידי בית משפט זה כי שיעור הפיצוי הנפסק לטובת נפגע העבירה במסגרת ההליך הפלילי אינו קשור ביכולתו הכלכלית של הנאשם, כשם שבמשפט אזרחי אין בודקים בקביעת חיוב את יכולתו של החייב [ראו למשל: פסק דינו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.7.2006) סעיף ט(2)], ומשכך טענתו של המערער בעניין מצבו הכלכלי הקשה אינה מצדיקה כשלעצמה התערבות בשיעור הפיצוי שנקבע בידי בית המשפט המחוזי לטובת המתלונן. זאת ועוד, איני סבור כי יש להפחית את שיעור הפיצוי שנפסק לטובת המתלונן, זאת לאור החומרה הרבה שבמעשיו של המערער והנזקים הקשים שהסב למתלונן.

97. אשר על כן, לו תישמע דעתי ידחה הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ו' בכסלו תש"ע (23.11.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט