



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2661/12

לפני: כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין מיום 19.12.2001 ועל גזר הדין מיום 15.2.2012 שניתנו בבית המשפט המחוזי לנוער בחיפה בפ"ח 31776-04-11 על-ידי סגן הנשיאה ש' ברלינר והשופטים א' טובי ור' פוקס

תאריך הישיבה: כ"ג באלול התשע"ב (10.9.2012)

בשם המערער: עו"ד אלעד רט

בשם המשיבה: עו"ד רחל זוארץ-לוי

בשם שירות המבחן לנוער: גב' שלומית מרדר

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על הכרעת הדין ועל גזר הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לנוער (סגן הנשיאה ברלינר והשופטים טובי ופוקס) בתפ"ח 31776-04-11. המערער הורשע בביצוע מעשה סדום בנסיבות אינוס בקטין מתחת לגיל 14 ובתקיפה. עונשו נגזר לשלוש שנות מאסר בפועל, 18 חודשי מאסר-על-תנאי, ותשלום פיצויים למתלונן. כמו כן, הופעל לחובתו של המערער עונש של שנתיים מאסר-על-תנאי במצטבר.

2. המערער, יליד 1994; חברו יעקוב, יליד 1994 (להלן: יעקוב); וע"ר, יליד 1997 (להלן: המתלונן) היו חוסים במעון נעול לנוער (להלן: המעון). על-פי המתואר באישום הראשון, ביום 4.4.2011 השתתפו המערער, יעקוב והמתלונן בטיול ביחד עם שאר הנערים החוסים במעון. בליל 5.4.2011 לנו השלושה יחדיו באוהל, על-פי סידור הלינה שנקבע על-ידי מדריכי הטיול. בשעה 22:00 לערך, בעודם באוהל, החדיר המערער בכוח את איבר מינו לפיו של המתלונן, שהיה אז קטין שטרם מלאו לו 14 שנים, חרף התנגדותו. בסמוך לאחר מכן, התפשט יעקוב וניסה להחדיר גם הוא את איבר מינו בכוח לפיו של המתלונן. משלא הצליח יעקוב לבצע את זממו עקב התנגדות המתלונן, הפשיט יעקוב את המתלונן, סובב אותו וניסה להחדיר את איבר מינו בכוח לפי הטבעת של המתלונן, אלא שבשל רעשים שנשמעו מחוץ לאוהל ומתוך חשש שייתפס, הפסיק את המעשה.

3. על-פי האישום השני, ביום 15.4.2011 בשעות הבוקר, במעון, תקף המערער את המתלונן בכך שדחף אותו, תפס אותו בכוח בצווארו וניסה לחנקו; כמו כן איים עליו כי יפגע בו ויכה אותו.

הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בדעת הרוב

4. המערער כפר במיוחס לו והכחיש קיום מגע מיני כלשהו בינו לבין המתלונן. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו, והרשיעו ברוב דעות (סגן הנשיאה ברלינר והשופטת פוקס) בעבירה של מעשה סדום בנסיבות אינוס בקטין שטרם מלאו לו 14, שלא בהסכמתו החופשית. זאת, נגד דעתו החולקת של השופט טובי, אשר לא שוכנע מעבר לכל ספק סביר כי המגע המיני בין המערער לבין המתלונן נעשה בכפייה ותוך כדי אילוף. על אף האמור, ובשים לב לכך שמדובר במתלונן שטרם מלאו לו 14 שנים, קבע שופט המיעוט כי אין בספק לגבי הסכמתו של המתלונן כדי לשנות מן התוצאה המרשיעה. כמו כן, הורשע המערער פה אחד בעבירת התקיפה, וזוכה מעבירת האיומים.

5. הכרעת הדין של הרוב התבססה בראש ובראשונה על גרסת המתלונן אשר התקבלה במלואה. דעת הרוב קבעה כי המתלונן הותיר רושם מהימן בהיותו עקבי ונאמן לגרסתו. המתלונן תיאר את האירועים בפשטות ובדיוק, ללא כל הגזמה או הפרזה. דעת הרוב התמודדה בהכרעת הדין עם התמיהות שעלו לכאורה בגרסתו של המתלונן לפני חוקר הילדים, באשר לשאלה אם המערער החדיר את איבר מינו לפיו.

בית המשפט קבע כי בבחינת המונחים שבהם השתמש המתלונן בתיאור המעשים, עולה כי לדעתו המונח "למצוץ", כוונתו להחדרת איבר המין לפה, להבדיל מהבנה אפשרית אחרת שאותה ביקש חוקר הילדים להבהיר, לפיה המונח "למצוץ" מלמד על החדרה נמשכת של איבר המין לפה. דעת הרוב התייחסה בהכרעת הדין לסתירות שנפלו לכאורה בין עדות המתלונן בבית המשפט לבין דבריו לפני מדריך המעון איהאב שיח (להלן: מדריך המעון) ולפני העובדת הסוציאלית סאפח חירבאווי (להלן: העובדת הסוציאלית). דעת הרוב קבעה כי אין לייחס לסתירות הללו משקל של ממש, וכי אין בהן כדי לפגוע במהימנותו של המתלונן. דעת הרוב נימקה קביעה זו בשורה של טעמים: ראשית, עדויותיהם של מדריך המעון והעובדת הסוציאלית הן עדויות שמיעה שאינן קבילות בבית המשפט, והגשתן נעשתה רק לצורך הוכחת אמירת הדברים ולא כראיה לאמיתות תוכנן. שנית, נקבע כי מאחר ולמדריך המעון אין הכשרה לשמש כחוקר ילדים, לא ניתן לייחס לדבריו שצוטטו מפיו של המתלונן משקל ממשי, שכן הדברים לא תועדו בזמן אמת ובסמוך למסירתם. כמו כן צויין כי המדריך נחשף לשתי גרסאות בזמן הטיוול, זו של יעקוב וזו של המתלונן, ויכול להיות שעובדה זו גרמה אצלו לבלבול. בדעת הרוב צויין עוד, כי מדריך המעון לא זכר במדויק את מהלך האירועים בכל הנוגע לגרסאות המעורבים, מכיוון שתשומת לבו הייתה נתונה לחניכיו ולצרכיהם במהלך הטיוול. משמצאה דעת הרוב כי יש לקבל את עדותו של המתלונן במלואה, היא קיבלה גם את טענתו כי דברי מדריך המעון אינם משקפים את אמרותיו כהווייתן. באשר לעובדת הסוציאלית נקבע כי מאחר ולפני שיחתה עם המתלונן נחשפה לגרסת מדריך המעון, ולנוכח העובדה שחוסר בהירות והעדר פתיחות אפיינו את השיחה בינה לבין המתלונן, יש ליתן משקל מופחת לדברים שעליהם העידה, שנקלטו אצלה מפיו של המתלונן. בדעת הרוב נקבע כאמור כי המתלונן אמין, כי גרסתו מהימנה, כי יש ליתן לגרסתו את מלוא המשקל הראייתי, וכי אין ליתן משקל של ממש לגרסאות המתלונן כפי שנקלטו אצל אחרים שאינם חוקרים.

6. דעת הרוב קבעה כי על אף שדי בגרסת המתלונן על מנת לבסס את אשמתו של המערער, הקביעה כי המערער ביצע את העבירות המיוחסות לו מושתתת גם על ראיות נוספות המחזקות את גרסת המתלונן. אחת מן הראיות המרכזיות הללו היא עדותו של יעקוב, אשר נכח באוהל והיה עד למעשים, כעולה מדברי הודעתו שנמסרה בעת חקירתו במשטרה. יעקוב מסר במשטרה גרסה הדומה בעיקרה לגרסת המתלונן, ולפיה ראה יעקוב את המתלונן "מוצץ" את איבר מינו של המערער, וכי המערער הציע ליעקוב כי המתלונן ימצוץ גם לו. עוד מסר יעקוב כי הוריד את מכנסיו אך המתלונן סירב למצוץ לו. בית המשפט קיבל את גרסת יעקוב כפי שנמסרה במשטרה, ודחה את עדותו

לפני בית המשפט ואת ניסיונו לחזור בו מאמרתו במשטרה. בית המשפט עמד על דברי עדותו של יעקוב כי המערער הוא ידידו, ועל כן יש לראותו כעד חסר מניע להפללת שווא. חיזוקים נוספים לגרסת המתלונן נמצאו באמרותיו של המתלונן בעת חקירתו לפני חוקר הילדים ובהתרשמותו של חוקר הילדים מהמתלונן. חיזוק נוסף מצאה דעת הרוב בהתנהגותו של המתלונן בעת גילוי הפרשה ולאחריה. המתלונן ביטא פחד, כאב ומצוקה לפני מדריכי המעון והעובדת הסוציאלית, אשר ראו אותו בסמוך למעשה ומיד לאחריו. מצבו הנפשי הקשה של המתלונן אף נלמד מהתרשמות חוקר הנוער וחוקר הילדים.

7. דעת הרוב מצאה חיזוק לגרסת המתלונן גם בגרסת המערער. המערער העיד לפני בית המשפט כי המעשים המיוחסים לו אינם אמת, וכי חלקו בסיפור המעשה מתמזה בעצם נוכחותו באוהל, בשעה שבוצעו מעשים מיניים בין יעקוב לבין המתלונן. אולם, בחקירתו במשטרה קשר המערער גם את עצמו למעשים המיניים שהתרחשו באוהל, הגם שבעת חקירתו כפר באשמתו. לפני בית המשפט הכחיש המערער את אמרותיו במשטרה, בהן מסר כי המתלונן שלח ידיים לכיוון איבר מינו ואף הציע "למצוץ" לו את איבר מינו. בית המשפט קבע כי ההכחשה הגורפת לפני בית המשפט אל מול אמרותיו של המערער במשטרה, שם קשר את עצמו למעשים המיניים שנעשו באוהל, מלמדת כי המערער אינו מוסר גרסת אמת. עוד ציין בית המשפט כי המערער עשה רושם של עד מניפולטיבי ומתוחכם, שעל אף גילו הצעיר הריהו מתמזה ברוי החקירה, ואינו בוחל באמירת שקר ובהטחת האשמות שווא כלפי שוטרים.

8. בבחינת היסוד הנפשי של עבירת מעשה הסדום, ציין בית המשפט כי ישנו צורך להוכיח את מודעות המערער כלפי רכיבי היסוד העובדתי. דעת הרוב קבעה כי לנוכח הוכחת המעשה, לאור העובדה שהמערער ידע כי המתלונן הוא קטין שטרם מלאו לו 14 שנים, ולאור העובדה שהיה מודע לעובדה כי המתלונן לא הביע את הסכמתו למעשה, נתמלאו יסודות העבירה. עוד ציין בית המשפט, כי אם תיטען הטענה כי המתלונן נתן את הסכמתו, טענה שלדעת הרוב כלל לא הוכחה, אין בכך כדי לסייע למערער. זאת משום שעדות המתלונן, לפיה המערער כפה את עצמו עליו בכוח וללא הסכמה, התקבלה במלואה. מכל מקום, קבע בית המשפט, כי לאור העובדה שהמערער היה מודע לכך שהמתלונן הוא קטין מתחת לגיל 14, הוא ימצא כמי שעבר עבירת מעשה סדום בקטין מתחת לגיל 14. לעניין ידיעת הגיל, קבע בית המשפט כי המערער ידע את גילו של המתלונן לאור מגוריהם המשותפים במעון, ואף ציין בעדותו כי על אף שגילו של המתלונן מתחת ל-14 שנים, הוא מתנהג בצורה בוגרת לגילו. משכך, קבע

בית המשפט כי הוכחה מודעות המערער לרכיבי יסודות העבירה. לאור האמור לעיל, הכריע בית המשפט בדעת הרוב כי הוכחה אשמתו של המערער ביחס לאישום הראשון.

9. באשר לאישום השני, בית המשפט קיבל את עדותו של המתלונן אשר העיד כי לאחר שחזרו מהטיול, ביום 15.4.2011, נתקל במערער ובמהלך ויכוח על עבודות ניקיון שיש לבצע במעון, תקף אותו המערער בכך שתפס אותו בצווארו וחנק אותו. בית המשפט דחה את הכחשתו של המערער, וזאת לאחר שזה הודה במעשה בעת חקירתו במשטרה. אירוע זה אף הוכח בעדות העד אמיר אמיר, אשר אישר כי ראה את המערער תוקף את המתלונן, וכן גם בעדות מדריך המעון חארס פארס (להלן: פארס). לאור האמור, קבע בית המשפט המחוזי כי הוכח שהמערער תקף את המתלונן. עם זאת, לאור העובדה שעבירת האיומים נזנחה על-ידי המשיבה, והמתלונן לא נחקר בסוגיה זו, זיכה בית המשפט המחוזי את המערער מביצוע עבירת האיומים.

הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בדעת המיעוט

10. השופט טובי פסק גם הוא כי יש לקבוע שהמערער ביצע את המעשים המיוחסים לו בשני האישומים. יחד עם זאת, בכל הנוגע לאישום הראשון, הגיע שופט המיעוט למסקנה זו בדרך שונה מדעת הרוב. שופט המיעוט לא שוכנע, מעבר לכל ספק סביר, כי התקיים אלמנט של כפייה במגע המיני בין המערער לבין המתלונן. אולם, קבע כי אין בכך כדי לשנות את התוצאה, וזאת מחמת גילו הצעיר של המתלונן.

11. שופט המיעוט קבע כי עדותו של המתלונן, ככל שהיא נוגעת לעצם קיומו של מגע מיני בינו לבין המערער, הייתה עקבית ומהימנה. על כן, ביכר שופט המיעוט את גרסת המתלונן על פני הכחשתו הגורפת של המערער. עם זאת, שופט המיעוט הסתייג מקביעת דעת הרוב לגבי מהימנותו המוחלטת של המתלונן, וקבע כי לעניין העדר ההסכמה התעוררו מספר ספקות. לדעת שופט המיעוט התגלו בעדותו של המתלונן מספר סתירות אשר מקשות על הקביעה כי המעשים נעשו בו בכפייה. שופט המיעוט הצביע על הסתירות בין עדותו של המתלונן לפני בית המשפט לבין דבריו כפי שנשמעו מפיהם של מדריך המעון ושל העובדת הסוציאלית. עוד הצביע שופט המיעוט על חוסר עקביות בגרסת המתלונן בכל הנוגע לסדר הכניסה של שלושת המעורבים אל האוהל. כמו כן ציין השופט בדעת המיעוט, כי גם לגבי האקט המיני עצמו בין המערער לבין המתלונן, מסר המתלונן מספר גרסאות לפני חוקר הילדים. תחילה אמר שמצץ למערער את איבר המין, לאחר מכן סיפר כי איבר מינו של המערער רק נגע בשפתיו, בהמשך מסר כי המערער הצליח להכניס לפיו את איבר מינו, ולבסוף חזר לגרסה לפיה המערער

לא הצליח להכניס את איבר מינו לפיו. לדעת שופט המיעוט, המתלונן ניסה להמעיט מחומרת המעשים, וייתכן שהסיבה לכך נעוצה ברצונו לטשטש את הסכמתו לאינטראקציה המינית שהתרחשה. שופט המיעוט קבע כי מסקנתו מקבלת חיזוק מראיות חיצוניות. ראשית, הפרשה לא נחשפה ביוזמת המתלונן, ושופט המיעוט התקשה לקבל את גרסתו כי לא גילה את הפרשה מכיוון שיעקוב נצמד אליו במהלך הטיוול, וזאת מכיוון שיעקוב עצמו פנה למדריך המעון בנושא. שנית, מצפייה בחקירת המתלונן לפני חוקר הילדים התרשם שופט המיעוט כי לא מדובר בילד חלש, אלא בילד אסרטיבי ופיקח. לפיכך, מפליא כיצד זה לא קרא המתלונן לעזרה, כאשר האירועים התרחשו באוהל ובשעה שמסביב נמצאו מדריכים ונערים נוספים. תמיהה זו מתגברת לאור העובדה שעל-פי גרסת המתלונן, לאחר שהאירוע הסתיים, העיר המערער את המתלונן ורצה לבצע בו אקט מיני נוסף, ובפעם הזאת הביע המתלונן את סירובו. מכאן עולה כי המתלונן יכול היה להביע את מחאתו גם קודם לכן. כמו כן, אירועי האישום השני מלמדים על כך שהמתלונן יכול היה לעמוד על דעתו אל מול המערער גם בנושאים פעוטים כמו תורנות הניקיון במעון, ועל כן לא ברור מדוע פחדו של המתלונן מפני המערער עלה דווקא באירוע נושא האישום הראשון.

12. על אף הספקות שהתעוררו אצל שופט המיעוט לעניין ההסכמה, הצטרף גם הוא להרשעתו של המערער, מטעם משפטי, משום שמדובר במתלונן שטרם מלאו לו 14 שנים. שופט המיעוט קבע כי הסייג לאחריות הפלילית המעוגן בסעיף 353 לחוק העונשין אינו חל בענייננו, בשים לב לכך שהבדל הגילאים בין המערער למתלונן עולה על 3 שנים, ולאור העובדה שהמערער היה מודע לגילו של המערער, כפי שנקבע בדעת הרוב.

גזר הדין של בית המשפט המחוזי

13. בית המשפט המחוזי הפנה בגזר דינו לתסקיר שירות המבחן, אשר ניתח את הרקע האישי של המערער, פירט את עברו הפלילי, בכלל זה את הרשעתו הקודמת בעבירת ניסיון לאינוס בנסיבות מחמירות. בית המשפט ציין כי לפי הערכת שירות המבחן למרות שניתנו למערער מספר הזדמנויות, הן על-ידי בית המשפט והן על-ידי גורמי הטיפול, המערער אינו מודע לחומרת מצבו וממשיך לבצע עבירות. שירות המבחן ציין כי המערער אינו לוקח אחריות על מעשיו ואינו מגלה אמפתיה כלפי הקורבן. לאור האמור, לא בא שירות המבחן לפני בית המשפט בהמלצה טיפולית בעניינו של המערער. בית המשפט התחשב בעת גזירת הדין בשיקולים לחומרה, ובהם הרשעתו הקודמת של המערער בעבירות דומות; המאסר המותנה שהוטל עליו בעקבות

הרשעתו הקודמת, שלא היה בו כדי להרתיעו; ביצוע המעשים בשעה שהמערער נתון במסגרת שיקומית במעון נעול; וגילו הצעיר של המתלונן. עם זאת, בהתחשב עם גילו הצעיר של המערער, החליט בית המשפט שלא למצות עמו את הדין, על מנת ליתן לו אופק שיקומי לכשישתחרר ממאסרו. בית המשפט התחשב לקולא גם בנסיבות האישיות והמשפחתיות של המערער, וכן בעובדה שבעקבות הפרשה דנן יופקע צו המבחן שהוטל על המערער. לאחר שקלול השיקולים הללו, גזר בית המשפט על המערער בגין העבירות נשוא תיק זה שלוש שנות מאסר, הפעיל במצטבר שנתיים מאסר-על-תנאי מהרשעה קודמת, וגזר על המערער 18 חודשי מאסר-על-תנאי. כמו כן, חייב בית המשפט את המערער לפצות את המתלונן בסכום של 10,000 ₪.

עיקרי טענות המערער

14. בהתבסס על חוות דעת שופט המיעוט, טוען המערער כי מחומר הראיות עולה כי האקט המיני בינו לבין המתלונן נעשה בהסכמת המתלונן. כמו כן טוען המערער כי לא היה מודע לעובדה שגילו של המתלונן פחות מ-14 שנים. לטענת המערער, שגה בית המשפט המחוזי כאשר ביסס את הכרעתו לגבי מודעותו של המערער לגילו של המתלונן על משפט אחד מעדותו. לטענתו, רק בעת ההליכים המשפטיים נודע למערער על גילו של המתלונן. כמו כן טוען המערער כי שילובן של שתי הטענות האמורות, מוביל לתוצאה כי עומד להגנתו הסייג לאחריות פלילית הקבוע בסעיף 353 לחוק העונשין: "באישום בשל עבירה לפי סעיפים 346(א) או 347(א) תהיה זו הגנה לנאשם שהבדל הגילים בינו לבין הקטין אינו עולה על שלוש שנים, אם הקטין הסכים למעשה ואם המעשה נעשה במהלך יחסי רעות רגילים וללא ניצול מעמדו של הנאשם".

15. לחלופין, מערער המערער על חומרת עונשו. לטענתו, שגה בית המשפט המחוזי כאשר לא נתן את מלוא המשקל הראוי לנסיבותיו האישיות ולשיקולי השיקום. עוד טוען המערער כי מבלי להמעיט מחומרת העבירה, אין להתעלם מכך שנסיבות ביצוע העבירה שבה הורשע מצויות ברף הנמוך. כמו כן טוען המערער כי שגה בית המשפט המחוזי כשהפעיל את עונש המאסר-על-תנאי במצטבר לעונש אשר אותו גזר בפרשה דנן. המערער מוסיף וטוען כי שגה בית המשפט המחוזי כשהחייב אותו בתשלום פיצוי כספי למתלונן, וזאת במנותק מיכולתו הכלכלית.

עיקרי תשובת המשיבה

16. לטענת המשיבה, המערער לא הציג בטיעונו כל טעם המצדיק את התערבות ערכאת הערעור בממצאי המהימנות ובקביעות העובדתיות שנפסקו על-ידי הערכאה

הדיונית. לגופם של דברים, טוענת המשיבה כי יש לאמץ את עמדת שופטי הרוב, אשר נתנה אמון מלא בגרסת המתלונן, גרסה אשר נמצאו לה חיזוקים משמעותיים. זאת לעומת גרסתו של המערער, אשר לטענת המשיבה לא ניתן לתת בה כל אמון. המשיבה מצביעה על כך שגרסתו של המערער השתנתה מספר פעמים, ואף בערעור מבקש המערער לשנות את גרסתו פעם נוספת, על סמך קביעותיו של שופט המיעוט. לטענת המשיבה, גרסתו החדשה של המערער שונה ואף מנוגדת לגרסתו אשר אותה הבהיר בהליכים לפני בית המשפט המחוזי, לפיה לא התקיים כל מגע מיני בינו לבין המתלונן. משכך, טוענת המשיבה כי אין בסיס לקבלת גרסה זו, במיוחד כאשר המתלונן כלל לא נחקר בכיוון זה, וזאת לאור גרסתו של המערער בערכאה הדיונית. עוד טוענת המשיבה כי הסתירות בגרסת המתלונן המצויינות בחוות הדעת של שופט המיעוט, אשר אותן מבקש המערער להדגיש, אינן רלבנטיות לשאלה האם מעשיו של המערער בוצעו בהסכמתו של המתלונן, אם לאו. לטענת המשיבה, המתלונן היה עקבי בתיאור המעשים המיניים שבוצעו בו על-ידי המערער, וחוסר העקביות, ככל שהיה כזה, נוגע אך ורק לאירועים שהתרחשו עם יעקוב.

17. עוד טוענת המשיבה כי סוגיית גילו של המתלונן הייתה ידועה ולא שנויה במחלוקת, וכי נסיונו של המערער לערער על עובדה זו במהלך הערעור, הריהו המשך לניסיונו להציג קו הגנה חלופי, מנוגד לקו הגנה שהוצג לפני בית המשפט המחוזי. בתחילת המשפט, במענה לכתב האישום, לא חלק המערער על הנתון שציין את גילו של המתלונן ולא טען כלל כי לא ידע את גילו. יריעת המחלוקת נתחמה אפוא בהתאם, ולא היה צורך להוכיח את העובדות האמורות. למעלה מן הצורך, מפנה המשיבה לחקירת המתלונן מיום 15.4.2011, שבה מסר כי הוא בן 13. ראייה זו הוגשה בהסכמת ההגנה, ללא כל הסתייגות. כמו כן, גם מדריך המעון מסר בעדותו כי גילו של המתלונן צעיר מאוד, וההגנה לא חקרה אותו בעניין זה. המשיבה מדגישה בנוסף כי הן בדעת הרוב, הן בדעת המיעוט, נקבע כי המערער ידע את גילו של המתלונן, וזאת לאור העובדה כי השניים שהו יחדיו במעון, ועל סמך התבטאותו של המערער במהלך חקירתו בבית המשפט. המשיבה מוסיפה וטוענת, כי גם במהלך האירועים נשוא כתב האישום ידע המערער את גילו של המתלונן, והדבר בא לידי ביטוי בחקירתו במשטרה.

18. באשר לערעור על חומרת העונש, טוענת המשיבה כי לאור נסיבות האירוע, ובהתחשב בעובדה שהמערער ביצע את המעשים נשוא כתב האישום בשעה ששהה במסגרת הליך שיקומי במעון נעול, וכאשר תלוי ועומד לחובתו עונש של מאסר-על-תנאי, הרי שאין מדובר בעונש חמור. שיקולי השיקום באו לידי ביטוי בהרשעתו



הקודמת, ואין לתת לשיקולים אלו את משקל הבכורה בפעם הזאת. כמו כן, לטענת המשיבה, אין מדובר בעונש חמור. בית המשפט המחוזי לא מיצה את הדין עם המערער ולאחר שחרורו תינתן לו אפשרות לשקם את חייו.

דיון והכרעה

הערעור על הכרעת הדין

19. שקלתי את נימוקי הערעור, את הדברים שבאו בתשובה, עיינתי בתיק המוצגים ובפרוטוקול הדיונים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי, ולאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

20. טענות המערער נטענו נגד ממצאי עובדה וממצאי מהימנות שנקבעו על-ידי בית המשפט המחוזי. כידוע, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בקביעת הממצאים העובדתיים וממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במצבים חריגים ויוצאי דופן שבהם מוצאת ערכאת הערעור כי המסכת העובדתית אשר נקבעה על-ידי הערכאה הדיונית, אינה מתקבלת על הדעת ואינה מתיישבת עם חומר הראיות (ראו למשל: ע"פ 6020/07 גואטה נ' מדינת ישראל, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (לא פורסם, 30.11.2009); ע"פ 11/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769, 780 (1999); ראו גם מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407 (תשמ"ד)). כבר נאמר לא אחת בבית משפט זה, כי הלכה זו מקבלת משנה תוקף כשבהערכת מהימנות של קורבן עבירות מין עסקינן. זאת מכיוון שעדות קורבן עבירות מין נוגעת לרוב בחוויה אינטימית וטראומטית, ולכן יש ליתן משקל למאפיינים נוספים מלבד תוכן דבריו של קורבן העבירה, דוגמת שפת גופו, טון הדיבור, תגובתו לשאלות הנשאלות, כאשר לערכאת הערעור אין למעשה דבר לבד מן הפרוטוקול ומסמכים המתעדים את האמור (ע"פ 1904/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט א' שהם (לא פורסם, 4.7.2012); ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2), 419, 425-426 (2004)).

21. דעת הרוב בחנה בפירוט רב ובעומק את התשתית הראייתית שנפרשה לפני בית המשפט המחוזי. בהכרעת הדין של דעת הרוב הוצג ניתוח ממצה של הראיות, נבחנו אמינות העדים ומהימנות הגרסאות, לא רק על-פי הרושם שהותירו העדים המרכזיים – המערער והמתלונן – אלא גם על-פי ראיות חיצוניות שהיה בהן כדי לחזק את ממצאי המהימנות. בית המשפט המחוזי לא התעלם, אדרבה, היה ער לסתירות לכאוריות

ולתמיהות בעמדת התביעה, ולמרביתן נמצא מענה. דעת הרוב קבעה כי גרסת המתלונן היא גרסה אמינה. אולם המערער טוען כי יש לאמץ את חוות דעתו של שופט המיעוט, אשר קבע כי על אף שליבת עדותו של המתלונן נמצאה אמינה, ישנם ספקות ביחס לשאלה האם המעשים המיניים שבוצעו בו נעשו בכפייה או שמא בהסכמה. אינני סבור כי המערער הצביע בטענותיו על טעם מיוחד על מנת להצדיק התערבות בהכרעת דינה המנומקת של דעת הרוב (לפירוט הטעמים המיוחדים המצדיקים את התערבות ערכאת הערעור בממצאי מהימנות, ראו: ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט א' א' לוי והאסמכתאות שם (לא פורסם, 17.3.2008)). עם זאת, לאור העובדה שעצם קיומה של דעת המיעוט יכול ללמד לכאורה על ספק מסויים במהימנותו של המתלונן, יש צורך במשנה זהירות ולהלן אבחן את טענותיו של המערער לגופן (על הזהירות המתחייבת מערכאת הערעור מקום בו ישנה דעת מיעוט, ראו: ע"פ 3751/11 אבו טראש נ' מדינת ישראל, פסקה א' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (לא פורסם, 2.9.2012)).

22. לאחר בחינת הכרעת הדין – חוות דעת הרוב וחוות דעת המיעוט – מסקנתי היא כי אין מקום להתערב בממצאים שנקבעו בדעת הרוב כי המעשים המיניים שביצע המערער במתלונן נעשו באילון, וחרף התנגדותו של המתלונן. ראשית, טענות המערער בדבר הסכמתו של המתלונן למגע המיני הועלו לראשונה בערעור. טענות אלו לא נטענו בעדותו של המערער בבית המשפט, ולא בחקירותיו במשטרה, והן סותרות את גרסתו לפיה לא התקיים כל מגע מיני בינו לבין המתלונן. על כן, ישנו קושי לבחון את הטענה לגופה כיוון שהיא לוקה בהעדר ביסוס עובדתי. שנית, לאחר בחינת גרסתו של המתלונן וטענות המערער, מצאתי כי הוכח יסוד העדר ההסכמה. להלן אבהיר את עמדתי.

23. בחינת גרסתו של המתלונן במה שנוגע להעדר ההסכמה, מעלה כי זו הייתה עקבית, ובדין נמצאה מהימנה על דעת הרוב בבית המשפט המחוזי. המתלונן מסר תיאור זהה של האירועים שהתרחשו עם המערער לפני מדריך המעון במהלך הטיול, לפני העובדת הסוציאלית, ולפני פארס. המתלונן חזר על גרסתו גם לפני חוקר הילדים ולפני בית המשפט. במסגרת עדותו לפני חוקר הילדים ולפני בית המשפט, תיאר המתלונן כיצד כפה עליו המערער לבצע מעשה מיני של החדרת איבר מינו לפיו, ותיאר את חילופי הדברים והכוח שהופעל מצד המערער. כך, בחקירתו הראשונה לפני חוקר הילדים, תיאר המתלונן את המעשים המיניים שבוצעו בו ואת העדר הסכמתו (עמודים 5, 9-10 לתמלול חקירת המתלונן מיום 15.4.2011, מוצג ת/4):

י: "אמר לי בוא תמצוץ לי... בא שלח (לא ברור) אמרתי לו לא, ואז התחיל לקלל אותי אומר בוא הוא משך לי בראש וגם אמר ליעקוב...  
 ח: כששם את היד שלו ואמר לך בוא תמצוץ לי מה קרה?...  
 י: בא היה מקלל היה אומר לי בוא תמצוץ לי ולא למצוץ לי לא יודע מה היה כך אומר לי...  
 ח: ספר לי מה היה מקלל...  
 י: (מקלל את א-לוהים)  
 ח: וכשאמר לך (מקלל את א-לוהים) מה קרה?  
 י: אמרתי לו לא רוצה וכך אבל פחדתי אני פחדתי שירביץ לי...  
 ח: תמשיך ספר לי איך זה קרה...  
 י: בא לקח את הראש שלי על שלו...  
 ח: כן...  
 י: אני לא הייתי רוצה...  
 ח: אה...  
 י: כן ואז היה (לא ברור) וכך וכך, בעל כורחי נתן לי לעשות את זה.  
 ח: ספר לי יותר על שזה היה בכוח...  
 י: אני לא הייתי רוצה וכך...  
 ח: כן.. מה זאת אומרת בעל כורחך?  
 י: כאילו אני לא הייתי רוצה לקחו אותי בכוח וכך.  
 ח: איך לקחו אותך מי לקח אותך?  
 י: המערער [שינוי שלי - נ' ס']  
 ח: לאיפה לקח אותך?  
 י: לקח את הראש שלי בשביל שאני אמצוץ לו".

גם בחקירתו השנייה חזר המתלונן על גרסתו (עמודים 3 ו-18 לתמלול חקירת

המתלונן מיום 18.4.2011, מוצג ת/5ב):

י: "כן... בא ואמר לי בוא תמצוץ לי, ואחרי זה אמרתי לו לא רוצה, אני לא יכול וכך... בא והתחיל לקלל את א-לוהים, והתעצבן, ואחרי זה בא ולקח את היד שלי שאגע לו בשלו אך לא הסכמתי... לקח אותי בכוח ושם את היד שלו על שלו.  
 ח: לקח את היד שלך?  
 י: כן... ושם אותה שם... ואחרי זה אמרתי לו לא וכך התחיל לקלל את א-לוהים ואחרי זה לקח את הראש לי כך... משך לי את הראש, "מדגים" שאמצוץ לו... ואחרי זה כשסיימנו הלך ליעקוב... והשביע אותו".

י: אחרי זה הוא התחיל לקלל את א-לוהים והתחיל לומר לי בוא... בוא... בא ולקח לי את הראש למטה... אתה מבין... אמרתי לו אני לא רוצה והוצאתי את הראש שלי...  
 ח: אהה...

י: בא ומשך אותה והתחיל לקלל את א-לוהים כך... וגם לי לדעת אז נגעתי בשלו אתה מבין... בא והמשיך להחזיק אתה מבין... ואחרי זה אני מה דחפתי את הראש שלי ואז הוא בא והתקרב קצת ליעקוב ואמר לו יעקוב... השביע אותו ואמר לו בכבוד שלך יעקוב אל תספר לאף אחד..."

בהמשך, פירט המתלונן את התרחשות האירוע בעדותו לפני בית המשפט (עמוד 102-103 לפרוטוקול):

ת: כן, אמר, בוא התחיל להתקרב. אמרתי לו, מה אתה רוצה? אומר, בוא למצוץ לי. אמרתי, אני לא רוצה וזה, תעזוב אותי. בא, התחיל בכוח. תפס את הראש שלי.  
 ש: תפס את?  
 ת: את הראש שלי מפה.  
 ש: את הראש שלך. מראה על הראש.  
 ת: כן, בא, הוריד את המכנסיים.  
 ש: שלך?  
 ת: שלו.  
 ש: הוריד את המכנסיים שלו.  
 ת: בא, הוריד את השק שינה והקריב לי את הראש על שלו.  
 ש: הקריב את הראש שלו, אל?  
 ת: את הראש שלי, תפס את הראש שלי  
 ש: את הראש שלך, אל?  
 ת: כן, בכוח, אל הזין שלו  
 ...  
 ת: אמר לי בוא תמצוץ. אמרתי לו לא רוצה וזה.  
 ש: ואז מה?  
 ת: התחיל בכוח אז אני התחלתי להזיז בו. בא התחיל לתפוס אותי בכוח. בא נתן לי למצוץ לו בכוח. תפס את הראש שלי על שלו".

ניתן לראות בהודעות במשטרה ובעדות בבית המשפט כי המתלונן חזר באופן עקבי על גרסתו לפיה המערער כפה עליו לבצע אקט מיני באמצעות הפעלת כוח, וחרף העובדה שהמתלונן הביע את חוסר הסכמתו. לפיכך, לא מצאתי לנכון לסטות מחוות דעת הרוב אשר קבעה כי גרסת המתלונן בסוגיית העדר ההסכמה היא מהימנה וכי יש להעניק לה את מלוא המשקל הראייתי.

24. ניתן למצוא חיזוק לגרסת המתלונן במה שנוגע להעדר ההסכמה, בנסיבות חיצוניות העולות מהתנהגותו של המתלונן בעת גילוי הפרשה ולאחריה. חוקר הנוער, העובדת הסוציאלית ומדריכי המעון, העידו כי בסמוך לאחר גילוי הפרשה הרבה

המתלונן בככי, והביע כאב ומצוקה רבה בעקבות האירוע. תגובה רגשית זו מחזקת את גרסת המתלונן לפיה המעשים המיניים שבוצעו בו נעשו בכפייה ובניגוד לרצונו.

25. לא מצאתי כי יש בטענות המערער ובחוות דעתו של שופט המיעוט כדי לערער את מהימנותו של המתלונן. שופט המיעוט הצביע על הסתירות בין דברי המתלונן כפי שנקלטו אצל מדריך המעון בעת חשיפת הפרשה ובין עדות המתלונן לפני חוקר הילדים ולפני בית המשפט. לדעת שופט המיעוט, סתירות אלו מקשות על קביעה חד-משמעית כי הדברים שנעשו במתלונן נעשו בכפייה. שופט המיעוט דחה את ההסבר של דעת הרוב לפיו יתכן והסתירות בין דברי המתלונן כפי שנקלטו אצל מדריך המעון לבין עדות המתלונן נובעות מהעדר הכשרה מקצועית מצד המדריך בכל הנוגע לחקירת ילדים ואפשרות של שכחה או בלבול בין גרסת המתלונן לבין גרסת יעקוב. שופט המיעוט ציין כי מדריך המעון לא התבקש לחקור את המתלונן, אלא למסור את גרסתו בלבד, ולכך לא נדרשת כל מיומנות מיוחדת. עוד ציין שופט המיעוט כי לאור קיצוניות האירוע, הדעת נותנת כי מדריך המעון יזכור את הפרטים שנמסרו לו. לאחר בחינת הסתירות הנטענות, דעתי היא כי אין לייחס לסתירות הללו משקל של ממש. ראשית, חוסר העקביות בגרסתו של המתלונן, ככל שהיה כזה, נוגע לאירועים שהתרחשו עם יעקוב. המתלונן מסר לאורך כל הדרך, גם בעת תיאור האירועים לפני מדריך המעון, גרסה עקבית ומדוייקת ביחס לאירועים שהתרחשו עם המערער. הסתירות אשר אליהן התייחס שופט המיעוט נוגעות לתיאור האקט המיני שהתרחש בין המתלונן ליעקוב. אין בחוסר עקביות זה כדי להשליך על מהימנות המתלונן בכל הנוגע למגע המיני שהתקיים בינו לבין המערער, ובפרט אין בכך כדי להשפיע על סוגיית העדר ההסכמה. שנית, סבורני, כדעת הרוב, כי לאור נסיבות העניין שבהן התייצבו המתלונן ויעקוב מול המדריך ומסרו לו את גרסאותיהם, כשגרסת יעקוב משתנה מעת לעת, וכאשר מדריך המעון לא הקפיד על רישום הגרסאות השונות סמוך למסירתן, ישנו קושי לייחס לדברי מדריך המעון משקל ראייתי רב. על אף ששופט המיעוט ציין כי לאור קיצוניות האירוע יש לצפות ממדריך המעון לזכור את פרטי האירוע, נראה כי לא כך הדבר בהכרח. בעדותו של מדריך המעון בבית המשפט עלה כי המדריך אינו זוכר פרט מהותי באירוע הנוגע לשאלה האם יצר קשר טלפוני עם המערער לאחר שמיעת גרסאותיהם של יעקוב ושל המתלונן (עמודים 68-69 לפרוטוקול הדיון). לאור זאת, סביר להניח כי על אף חומרת האירוע, מפאת שכחה או בלבול, עדות מדריך המעון לא שיקפה את דברי המתלונן באופן מדוייק, ועל כן כאמור אין להעניק לעדותו משקל של ממש. כמו כן, משקיבלתי את קביעת בית המשפט כי גרסת המתלונן היא מהימנה, יש לקבל כחלק מגרסתו את טענתו כי דברי מדריך המעון לא שיקפו בכל את אמרותיו.

26. כמו כן, לא מצאתי כי הסתירה הנוספת המוזכרת בחוות דעתו של שופט המיעוט, הנוגעת לסדר כניסתם של שלושת המעורבים לאוהל, היא משמעותית לצורך הכרעה בשאלה האם המעשים בוצעו בכפייה או בהסכמה. אין חולק כי בסופו של דבר שלושת המעורבים שהו יחדיו באוהל בזמן שהתרחשו האירועים בעלי האופי המיני, ועל כן אין משמעות רבה לשאלת סדר כניסתם לאוהל.

27. נוסף על כך, לא מצאתי שהתגלו בעת חקירת המתלונן לפני חוקר הילדים סתירות הפוגעות במהימנותו. שופט המיעוט סבר כי המתלונן מסר לחוקר הילדים מספר גרסאות לגבי האקט המיני שהתקיים עם המערער, בכל הנוגע לשאלה האם איבר מינו של המערער נגע או חדר לפיו. לאחר בחינת תמלול חקירות המתלונן, אני מקבל את קביעת דעת הרוב כי המתלונן מסר לחוקר הילדים גרסה עקבית על אודות האקט המיני, וכי השוני בגרסאותיו נבע מהפער בין המתלונן לחוקר הילדים באשר לפירוש המונח "למצוץ". בעוד שהמתלונן התכוון להחדרת איבר המין לפיו, ביקש חוקר הילדים לבדוק האם מדובר בהחדרה נמשכת של איבר המין לפיו של המתלונן. כמו כן, חוקר הילדים לא ציין כי מצא בגרסתו של המתלונן סתירות אשר פוגעות במהימנותו. חוקר הילדים ציין כי התרשם שהמתלונן חווה את אשר מסר וכי אין כוונת הפללה או מגמתיות בגרסתו. בעוד שבחקירה הראשונה ציין החוקר כי לא נתאפשר מיצוי החקירה, והאקט המיני בין המתלונן למערער עוד טעון בירור, לאחר חקירתו השנייה של המתלונן, שבה הובהרו משמעויות המונחים בהם השתמש המתלונן, ציין חוקר הילדים כי התרשמותו החיובית מן המתלונן התעצמה. לאור האמור לעיל, לא מצאתי כי התגלו סתירות בגרסת המתלונן לפני חוקר הילדים אשר יש בהן כדי לפגוע במהימנותו (על האחריות המוטלת על חוקר ילדים, ראו דברים שנכתבו לאחרונה בע"פ 6304/11 מ"י נ' פלוני פסקאות 26-32 (לא פורסם, 20.9.2012)).

28. שופט המיעוט סבר כי פשר הסתירות אשר עליהן הצביע נעוץ ברצונו של המתלונן לטשטש את העובדה שלא התנגד לאינטראקציה המינית שהתרחשה. שופט המיעוט קבע כי מסקנה זו מקבלת חיזוק מראיות חיצוניות. אופן גילוי הפרשה עשוי ללמד, לפי קביעתו של שופט המיעוט, כי המעשים המיניים נעשו בהסכמתו של המתלונן. הפרשה נחשפה ביוזמת יעקוב, בעוד שהמתלונן שמר את הדברים בלבו למשך מספר ימים במהלך טיול. כשלעצמי, אינני סבור כי יש באופן גילוי הפרשה כדי ללמד על כך שהמתלונן נתן את הסכמתו לביצוע המעשים המיניים עם המערער. על אף שהפנייה הראשונה אל מדריך המעון הייתה מצדו של יעקוב, המתלונן הוא זה שהעלה

לראשונה את מעורבותו של המערער במעשים הללו. אילו ביקש המתלונן להסתיר את הסכמתו למעשים, היה מצופה ממנו שיספר למדריך המעון על אודות האירועים הנוגעים ליעקוב בלבד, ולא מרחיב את היריעה גם לעניינו של המערער.

29. עוד ציין שופט המיעוט כאמור כי התרשם שהמתלונן אינו ילד חלש או מבוהל, אלא ילד פיקח ואסרטיבי. על כן, מוזר כי בעת האירוע לא עשה המתלונן להפסקת המעשים, שכן האירוע התרחש באוהל כשמסביב נמצאים נערים ומדריכים אשר יכול לבוא לעזרתו. שופט המיעוט ציין כי פליאתו בעניין זה מתגברת לאור גרסתו של המתלונן, כי לאחר שהאירוע הסתיים יצא המערער לשמירת לילה, ועם חזרתו העיר את המתלונן ואמר לו "אני רוצה לזיין אותך", אך המתלונן הצליח להביע את התנגדותו. עוד ציין שופט המיעוט כי על-פי עובדות האישום השני, התעמת המתלונן עם המערער על רקע תורנות הנקיון במעון. לאור אירועים אלו ועל סמך התרשמות שופט המיעוט מן המתלונן, סבר שופט המיעוט כי למתלונן ישנם כוחות לעמוד אל מול המערער ומפליא כי דווקא באירוע קיצוני כמתואר, היה המתלונן משותק ולא עמד לו כוחו על מנת להפסיק את המעשים. לא מצאתי כי יש באמור לעיל כדי ללמד על כך שהאירועים המיניים נעשו בהסכמתו של המתלונן. על אף התרשמותו של שופט המיעוט כי המתלונן הוא ילד אסרטיבי אשר כוחותיו עומדים לו, מעדויות מדריכי המעון עולה כי המתלונן פחד מהמערער ומיעקוב לאור פערי הכוחות והגילאים ביניהם. פארס מסר בעדותו כי לאחר אירועי האישום השני פרץ המתלונן בבכי, רעד והביע פחד רב מפני המערער. כמו כן, מעדותו של מדריך המעון עולה כי בעת חשיפת הפרשה הביע המתלונן את פחדו מפני המערער ומפני יעקוב, עקב פער הגילאים ביניהם. דומה כי סירובו של המתלונן לקיים מגע מיני עם המערער בהמשך באותו לילה, מלמד דווקא כי המתלונן לא היה מעוניין בקיום יחסים מיניים עם המערער. כמו כן, אין לשכוח כי בעת האירוע נשוא האישום הראשון, נאלץ המתלונן להתעמת לא רק עם המערער, אלא גם עם יעקוב. אין ספק כי סיטואציה שבה נער צעיר נאלץ להתמודד עם דרישות שני נערים בוגרים ממנו היא סיטואציה לא פשוטה, אשר עלולה לעורר פחד גם אצל נער "אסרטיבי". לעומת זאת, בהמשך הלילה, כשהמערער חזר מתורנות שמירה, יעקוב ישן ולכן לא נאלץ המתלונן להתעמת עם שני הנערים יחדיו פעם נוספת. זאת ועוד, דומה כי התנגדותו של המתלונן לדרישות המערער במסגרת האישום השני עשויה ללמד על כך שעל אף שהמתלונן התעמת עם המערער, הפעיל המערער כוח על המתלונן לשם מימוש דרישותיו, בהתאם לאופן פעולתו באישום הראשון.

30. לאור האמור לעיל, לא מצאתי לנכון לאמץ את חוות דעתו של שופט המיעוט ולהתערב בממצאי המהימנות שנקבעו בדעת הרוב. על כן, סבורני כי יש לקבל את גרסת המתלונן לפיה התנגד למעשיו של המערער.

31. למעלה מן הדרוש, אציין כי אף אם הייתה מתקבלת טענת המערער כי לא הוכח העדר הסכמתו של המתלונן, לא היה בכך כדי להביא לזיכוי, שכן לא מצאתי ממש בטענת המערער כי לא היה מודע לכך שגילו של המתלונן הוא מתחת לגיל 14 שנים. ראשית, אבקש להבהיר כי המערער לא טען לפני בית המשפט המחוזי כי לא היה מודע לגילו של המערער. אף על-פי כן, בית המשפט המחוזי נתן את דעתו על טענה זו ודחה אותה. לא מצאתי כי יש סיבה להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי גם בעניין זה. המערער התגורר עם המתלונן במעון הנעול. במעון ישנם בין 20 ל-25 נערים, המחולקים לשתי קבוצות. המערער והמתלונן היו יחד באותה הקבוצה, ועל כן יש להניח, לאור העובדה שהשניים שהו זמן רב יחד בקבוצה כה אינטימית, כי המערער היה מודע לגילו הצעיר של המתלונן. כמו כן, בעת חקירתו במשטרה התייחס המערער לגילו של המתלונן באומרו:

”הוא עשה שטויות הוא משחק איתי משחקים לא לגילו  
והוא מדבר שטויות ואומר דברים לא לגילו” (תמלול  
חקירת המערער, ת/א עמ' 2).

בהמשך, בעת עדותו בבית המשפט התייחס המערער פעם נוספת לגילו של המתלונן באומרו:

”נכון שהוא מתחת לגיל 14 נכון הגיל שלו בן 14, אבל  
יש לו שכל יותר מהגיל שלו פי אלף פעם... נכון שבגיל  
שלו קטן, אבל יש לו שכל יותר מכולם...” (פרוטוקול  
הדין, עמוד 145).

כמו כן, בבחינת עדותו של המערער, ניתן לראות כי הוא מכנה את המתלונן כ”ילד”, בעוד שאת יתר השוהים במעון הוא מכנה כ”נערים” (עמוד 152 לפרוטוקול). הדבר מלמד על כך שהמערער היה מודע לפער הגילאים בינו ובין מרבית שוהי המעון לבין המתלונן.

32. אשר על כל האמור לעיל, לא מצאתי מקום להתערב בהכרעת דינו של בית- המשפט המחוזי ולדעתי דין הערעור על הכרעת הדין להידחות.



ערעור על גזר הדין

33. הלכה היא כי ערכאת הערעור תתערב בחומרת העונש שהוטל על-ידי הערכאה הדיונית רק במצבים חריגים של סטייה ברורה ממדיניות הענישה (ראו למשל ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.1.2009)). גזר דינו של בית המשפט המחוזי מבוסס ומנומק היטב ומביא בחשבון את כל השיקולים לקולא ולחומרה הנדרשים בעניין דנן, ולכן לא שוכנעתי כי מתקיים החריג המצדיק את התערבותנו. האיזון שערך בית המשפט המחוזי הוא ראוי. בית משפט זה עמד לא אחת על כך ששיקולי גמול והרתעה מחייבים להחמיר בעונשיהם של עברייני המין ולבודדם לתקופה ארוכה מן החברה (ראו למשל: ע"פ 5382/04 מרגוליס נ' מדינת ישראל (4.6.2006)). ככל שבעבירות מין עסקינן, על בית המשפט להעדיף את הצורך במתן ביטוי הולם לחומרת המעשים על פני נסיבותיו האישיות של הנאשם (ראו למשל: ע"פ 10721/04 יעיש נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (לא פורסם, 7.11.2005)). בענייננו, לא זו בלבד שמדובר בביצוע עבירות קשות, אלא שעבירות אלה בוצעו בנסיבות חמורות: המתלונן ביצע את מעשיו בקטין צעיר ממנו, בעודו נתון במסגרת שיקומית במעון נעול, וכאשר תלוי ועומד נגדו מאסר-על-תנאי בגין הרשעתו הקודמת בעבירת מין. המערער אכן היה קטין בעת ביצוע המעשים, אך כפי שנאמר פעמים רבות בפסיקה, קטינות אינה מקנה חסינות. מכל מקום, בית המשפט המחוזי התחשב בעת גזירת הדין בגילו של המערער, שאם לא כן, ובהתחשב בחומרת העבירות, היה מקום להשית עליו עונש כבד עוד יותר.

34. לקראת הדיון שהתקיים לפנינו הוגשו תסקיר מבחן מעודכן והערכת מסוכנות עדכנית בענייננו של המערער. הממצאים העולים מתסקיר שירות המבחן העדכני דומים לממצאים שעלו בתסקיר שירות המבחן הקודם. הערכת המסוכנות שהוגשה בענייננו של המערער משקפת את מצבו העגום, היא מדגישה את עברו הפלילי, אורח חייו העברייני ואת אישיותו האנטי-סוציאלית. הערכה זו מדגישה את המסוכנות הגבוהה הנשקפת כלפי הציבור מפני המערער, לרבות הסיכוי להישנות עבירות מין. כעולה מתסקיר שירות המבחן ומהערכת המסוכנות, המערער מתכחש לחומרת מצבו, אינו לוקח אחריות על מעשיו ואינו מביע אמפתיה כלפי קורבן העבירה. נוכח נתונים אלו לא נמצאה עילה להתערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

35. באשר לטענתו של המערער כי מצבו הכלכלי מצדיק את ביטול או הפחתת הפיצוי שנפסק לטובת המתלונן, הרי שכבר נקבע על-ידי בית משפט זה כי שיעור הפיצוי הנפסק לטובת נפגע העבירה במסגרת ההליך הפלילי אינו קשור ליכולתו

הכלכלית של הנאשם (ראו למשל: ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל, פסקה ט(2) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (לא פורסם, 24.7.2006)).

36. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור על שני ראשיו; על הכרעת הדין ועל גזר הדין.

## ש ו פ ט

### השופט י' עמית:

1. המערער הכחיש בבית המשפט המחוזי כל מגע מיני בינו לבין המתלונן. כעת, לאחר שניתנה הכרעת הדין, "אימץ" המערער את דעת המיעוט כקו הגנה חדש, ולטענתו אמנם קיים מגע מיני עם המתלונן אך הדבר נעשה בהסכמת המתלונן, והוא לא ידע כי המתלונן טרם הגיע לגיל 14.

אקדים ואומר, כי הגעתי למסקנה כי על אף קו ההגנה בו נקט המערער בבית משפט קמא, ניתן לקבל את קו ההגנה הנוכחי שלו ולפיו המעשים בוצעו בהסכמה. אולם בגלל קו ההגנה המקורי בו נקט, לא ניתן ללכת "צעד נוסף" ולקבל את גרסתו לגבי אי ידיעתו את גילו של המתלונן. בשורה התחתונה אני מסכים איפוא עם חברי, השופט סולברג, כי דין ההרשעה להישאר על כנה, אך זאת בהתאם לחלופה בסעיף 32 לפסק דינו, קרי, בהנחה כי המגע המיני היה בהסכמתו של המתלונן ועל פי דעתו של שופט המיעוט בערכאה קמא.

אנמק להלן את מסקנתי.

2. תופעה ידועה היא, שיש ונאשמים משקרים ומרחיקים עצמם מהמיוחס להם על מנת להיחלץ מאימת ההרשעה והעונש, ובשלב מאוחר של המשפט, לעיתים אף בשלב הערעור, מעלים קו הגנה חלופי (דן ביי"ן "קו הגנה קיצוני וגירסאות חילופיות במשפט פלילי עמדות והצעות" הפרקליט מג (תשנ"ז) 286). הנושא של קו הגנה חלופי נדון בהרחבה על ידי השופטת נאור (בתוארה אז) בערעורו של נשיא המדינה לשעבר משה קצב (ע"פ 3372/11 משה קצב נ' מדינת ישראל פסקאות 163-181 (לא פורסם, 10.11.2011) (להלן: עניין קצב)). שם נקבע, כי מקום בו מדובר בראיות ישירות, רשאי בית המשפט לקבל קו הגנה חלופי, ובלבד שהוא מעוגן בראיות וסביר. זאת, מן הטעם שאין להעניש ולהרשיע נאשם בעבירה שיוחסה לו, אך בשל כך שנדחה קו ההגנה

הקיצוני והשקרי בו נקט. יש מצבים בהם קו ההגנה החלופי עולה מעצמו מתוך חומר הראיות כאפשרות שעל בית המשפט לבחון, למרות שהנאשם לא העלה אותה, אך תנאי בלעדיו אין הוא, שבחומר הראיות קיימת אחיזה לקו ההגנה החלופי (ראו הדוגמאות הנזכרות בעניין קצב בפסקאות 172-174).

במקרה דנן, אני סבור כי קו ההגנה לפיו הדברים נעשו בהסכמה עם המתלונן, מעוגן בראיות ועומד במבחן הסבירות, ולא בכדי הגיע שופט המיעוט בערכאה קמא למסקנה זו.

3. איני רואה לייחס חשיבות לסתירות הלא מהותיות בגרסתו של המתלונן, ואשר פורטו בדעת המיעוט, כמו סדר הכניסה של שלושת המעורבים אל האוהל או הפרטים המדוייקים אודות האקט המיני עצמו. עם זאת, אני סבור כי יש ליתן משקל למספר נקודות שיש בהן כדי לעורר ספק סביר בשאלה אם המערער כפה עצמו על המתלונן, ואעמוד להלן על אותן נקודות.

4. התרשמותו של שופט המיעוט מהמתלונן והתנהגותו במהלך האירוע: שופט המיעוט התרשם כי המתלונן מסתיר טפח או טפחיים בעדותו וכי לא מדובר בילד חלש אלא בילד חד, אסרטיבי ופיקח, היודע לעמוד על שלו. כך, לדוגמה, בעיצומה של החקירה, התעצבן המתלונן ואיים כי יפסיק את החקירה ויעזוב את החדר, ובחקירה עצמה הסביר כי "אם מישהו מפריע לי אני מתחיל לקלל אותו...".

ברגיל, כאשר בעבירות מין עסקינן, בית המשפט אינו שוקל בפלס ההיגיון את התנהגות קרבן העבירה "וניסיון החיים והפסיקה מלמדים כי מעשי אינוס ומעשים מגונים אף בוצעו במקומות חשופים וגלויים כמו סלון הבית או חדר שכל אחד יכול להיכנס אליו בכל עת, ואף שעה שאדם אחר נוכח בחדר במיטה סמוכה וכיו"ב" (ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 87 (לא פורסם, 20.10.2010) (להלן: עניין פלוני). עם זאת, נראה כי שופט המיעוט התרשם שהמתלונן אינו מן השותקים או הנאלמים או "מתאבנים" נוכח תקיפה מינית, והא-ראיה שכאשר המערער חזר מהשמירה והעיר את המתלונן וביקש שייתן לו "לזיין אותו", המתלונן סירב והמערער הסתפק בקללה נמרצת והלך לישון. המתלונן אף סירב לדרישת המערער כי ינקה את המאפרות במעון, מה שהיה הרקע לתקיפתו על ידי המערער מושא האישום השני. מכאן תמיהתו של שופט המיעוט, מדוע בעת המעשה, לא הרים המתלונן את קולו לעזרה, כאשר אחרים נמצאים סמוך מחוץ לאוהל.

5. עדות המדריך והעובדת הסוציאלית: המדריך איהאב סיפר כי יעקוב התוודה בפניו ש"זיין את המתלונן מאחור" בעוד המתלונן הכחיש זאת מכל וכל, ולבסוף הורשע יעקוב בעבירה של מעשה מגונה בלבד. העובדת הסוציאלית דווחה כי המתלונן טוען כי הן המערער והן יעקוב החדירו את איבר מינם לפיו בניגוד לגרסתו המייחסת את המעשה למערער בלבד.

דעת הרוב בבית משפט קמא מצאה שאין לייחס משקל לסתירות בין עדותו של המתלונן לבין עדותם של המדריך איהאב ושל העובדת הסוציאלית מאחר שמדובר בעדויות שמיעה; מאחר שלמדריך המעון אין הכשרה לשמש כחוקר ילדים והדברים שאמר המתלונן לא תועדו בזמן אמת סמוך למסירתם; ומאחר שייתכן כי מדריך המעון התבלבל.

נימוקים אלה אינם נראים לי, במיוחד בהתחשב בכך שהמדריך והעובדת הסוציאלית הם עדים ניטרליים שאין להם אינטרס בפרשה. בתי המשפט מקבלים, כדבר שבשגרה, עדויות לגבי אמירות של קרבן עבירת מין, פעמים קרובות, אף תוך חריגה מהכללים של עדות שמיעה (עניין פלוני פסקה 88). הדברים נכונים במיוחד כאשר הדברים נאמרים בסמוך לאחר ביצוע העבירה הנטענת. אף תמהני מדוע נגרעת אמינותו של עד לגבי דברים ששמע ממתלונן בעבירת מין, אך מן הטעם שאינו חוקר ילדים בהכשרתו ולא תיעד את הדברים בזמן אמת. בתי המשפט מקבלים כמעשה של יום ביומו, עדות של חברה של מתלוננת בעבירת מין לגבי דברים שהמתלוננת סיפרה לה, גם אם המדובר בחברה צעירה לימים שלא עברה הכשרה לשמש כחוקרת ילדים ולא תיעדה את הדברים סמוך למסירתם. רוצה לומר, כי אילו המצב היה הפוך, והיה בעדותם של מדריך המעון והעובדת הסוציאלית כדי לתמוך בגרסתו של המתלונן, ספק אם עדותם הייתה נדחית מהטעמים המפורטים לעיל.

6. יעקוב חשף ראשון את הפרשה: היה זה יעקוב שחשף לראשונה את האירוע בפני מדריך המעון, לאחר שסיפר לו כי המתלונן הציע לו הצעות מיניות וביקש ממנו "למצוץ לו". כפי שציין שופט המיעוט, קשה לקבל את גרסת המתלונן כי נצר את הדברים משך מספר ימים בליבו, לא מחמת הבושה, אלא מאחר שיעקוב נצמד אליו ולא נתן לו הזדמנות לספר על שאירע.

אכן, היה זה המתלונן שחשף לראשונה גם את מעורבותו של המערער לגבי מה שאירע באוהל, אך באותה עת הוא לא ידע כי יעקוב לא סיפר למדריך אודות המערער, וייתכן כי ביקש להקדים תרופה למכה ולכן חשף גם את מעורבותו של המערער.

7. גרסת המדריך איהאב: המדריך איהאב סיפר כי המתלונן הכחיש תחילה את דברי יעקוב, אך אחר כך סיפר "שמ' (המערער – י"ע) ויעקוב נתנו לו למצוץ ויעקוב החדיר לו משהו בפי הטבעת מאחור..."

עוד סיפר איהאב כי יעקוב פנה אליו לאחר מכן והודה כי שיקר, ולדבריו:

"והוא (יעקוב – י"ע) סיפר שהוא ומ' (המערער – י"ע) נתנו לר' (המתלונן – י"ע) שימצוץ להם, והוא יעקוב זיין את ר' מאחור ושהוא מפחד שיעשו לר' בדיקה ויגלו שהוא זיין אותו, והתחיל לבקש ממני לעזור לו..." (הדגשה שלי – י"ע).

על פי גרסתו הראשונה של יעקוב כפי שנמסרה לאיהאב, ניתן איפוא להסיק הסכמה של המתלונן.

8. גרסת יעקוב כפי שאומצה על ידי בית המשפט: עדותו של איהאב לגבי הדברים שיעקוב מסר לו, עולה בקנה אחד עם הודעתו הראשונה של יעקוב במשטרה, שבית המשפט אימץ מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, כראיה לכך שהמערער אכן החדיר איבר מינו לפיו של המתלונן. ברם, דווקא מהודעה זו, שאומצה על ידי בית משפט קמא, ניתן להסיק כי יעקוב טען שהדברים התרחשו בהסכמה:

"...הלכתי לאוהל ואז ראיתי נער בשם ר' מוצץ לבחור בשם מ' את הזין ואז מ' אמר לי בוא הבחור והתכוון לר' יודע למצוץ בוא שימצוץ לך, אני הורדתי את המכנס ורציתי שר' ימצוץ לי, אך הוא סירב, ואז ר' אמר לי אני רוצה לשבת על הזין שלך ואז הוא רצה לשבת על הזין שלי ואמר לי אני אל רוצה ואז עזבתי אותו והלכתי לישון אמרתי לו זה הכל וישנתי" (הדגשה הוספה, שגיאות במקור – י"ע).

9. גרסתו הראשונה של המערער במשטרה: בהודעתו במשטרה – לה התכחש במהלך משפטו - המערער אמנם הכחיש את המעשים, אך נשאל והשיב:

ש. האם אתה חייבת את ר' למצוץ את איבר המין שלך?  
 ת. לא בכלל לא נתתי לו למצוץ לי את הזין.  
 ש: ר' מצץ לך את הזין בלי לשאול אותך?  
 ת. הוא רצה אבל אני לא נתתי לו.  
 ש. מה זאת אומרת רצה מה היה בדיוק?  
 ת: אנחנו היינו עם יעקוב בחדר ואז ר' התחיל לשלוח לי ידיים לכיוון הזין שלי ואני דחפתי אותו ואמרתי לו אני לא רוצה וישנתי  
 ...  
 ש. ור' הכניס את היד שלו מתחת לתחתון שלך?  
 ת. כן. הוא ניסה אבל אני לא נתתי לו.

מהדברים עולה כי לצד הכחשתו של המערער את המעשים, הוא טען בהזדמנות הראשונה, כי היוזמה הייתה מצד המתלונן, מה שעולה בקנה אחד גם עם גרסתו הראשונה של יעקוב במשטרה, שאומצה כאמור על ידי בית משפט קמא.

10. עדותה של העובדת הסוציאלית: העובדת הסוציאלית רשמה את גרסתו של המתלונן וציינה ברישום שערכה כי המתלונן סיפר לה שיעקוב "לא רצה שר' ימצוץ לו אלא רצה להחדיר את איבר המין שלו כפי הטבעת". גם מרישום זה ניתן להסיק הסכמה של המתלונן "למצוץ" ליעקוב.

לטעמי, יש בכל האמור לעיל, בסיס ראייתי אובייקטיבי, המנותק מקו ההגנה של הנאשם, ואשר יוצר ספק סביר לגבי רכיב אי ההסכמה מצד המתלונן.

11. אלא שאין בכך כדי להושיע את המערער מפני הרשעה, מאחר שטרם מלאו למתלונן 14 שנה. בנקודה זו, קו ההגנה המקורי בו נקט המערער עומד לו לרועץ, בהיעדר ראיות חיצוניות לגבי אי ידיעתו את גילו של המתלונן. לעיתים יש מחיר לכך שהנאשם נקט בקו הגנה מסוים, שתחם את יריעת המחלוקת והצדדים נהגו על פיו. וכפי שנאמר בעניין קצב (שס, פסקה 171):

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

המערער, בקו ההגנה הקיצוני שנקט, "איחר את הרכבת" לטעון לגבי אי מודעותו לגילו של הקטין. שאם היה מעלה טענה זו בבית המשפט קמא, ניתן היה לעמת אותו עם העובדה שידע באיזו שכבת גיל הקטין ועם אמירתו כי "נכון שהוא מתחת לגיל 14 נכון הגיל שלו בן 14, אבל יש לו שכל יותר מהגיל שלו". הסניגור המלומד הציע הסבר לאמירה זו, הסבר שאינו מופרך, דא עקא, שההסברים אינם יכולים להישמע מפי הסניגור בשלב הערעור, אלא מפי הנאשם עצמו במהלך שמיעת הראיות.

12. סיכומו של דבר, כי למרות קו ההגנה המקורי שהמערער נקט, יש בחומר הראיות די כדי לתמוך במסקנה אליה הגיע שופט המיעוט, ולפיה המגע המיני בין המערער לבין המתלונן נעשה בהסכמה. למיצער, יש בחומר הראיות כדי להקים ספק סביר לגבי אי הסכמתו של המתלונן. ברם, בשל קו ההגנה המקורי בו נקט, נבצר מהמערער בשלב זה לטעון כי לא ידע את גילו של המתלונן, כך שבסופו של יום אני מצטרף למסקנת חברי כי דין הערעור על ההרשעה להידחות, אם כי לא מטעמיו. מובן כי אם דעתי תתקבל, יהא בכך כדי להשפיע על העונש שהושת על המערער.

ש ו פ ט

#### השופט ח' מלצר:

נוכח חילוקי הדעות שנתגלעו בין חברי, השופטים: נ' סולברג ו-י' עמית (בעקבות הפער שבין דעת הרוב לבין דעת המיעוט בהכרעת הדין בבית המשפט המחוזי הנכבד) – חזרתי ועיינתי במכלול החומר, הן זה שבפנינו, הן זה שעמד בפני הערכאה המבררת. לאחר אותה בדיקה – הנני מצרף קולי לחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג.

בבסיס עמדתי ניצבת העובדה כי המערער בתשובתו לכתב האישום טען כי: "לא היה לו שום מגע מיני עם המתלונן, לא בהסכמה ולא שלא בהסכמה" (עמ' 8 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי הנכבד מתאריך 4.7.11). במסגרת הערעור המערער בחר לעצמו קו הגנה חילופי אחר ונוגד וטען שמגע מיני התקיים, אך נערך בהסכמה (תוך שהוא "מאמץ" לצורך זה את דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי הנכבד). לתפיסתי שינוי עמדות כזה אפשרי רק במקרים חריגים ביותר, כאשר יש לו תימוכין בראיות ישירות שהוכחו בפני הערכאה הדיונית. לשיטתי – הערעור שלפנינו איננו עומד באמות מידה אלה ובדברים שהביא חברי, השופט י' עמית אין כדי להצדיק

את המסקנה שהמגע שקוים – נעשה בהסכמה. לפיכך לגישתי – קו ההגנה המקורי בו נקט המערער עומד לו לרועץ, וחוסם את טענותיו הנוכחיות לגבי אלמנט ההסכמה מצד המתלונן ולגבי מודעותו ביחס לגילו של המתלונן (היותו מתחת לגיל 14).

נוכח כל האמור לעיל אף אני בדעה שהערעור – הן ביחס לעצם ההרשעה, הן כנגד דעת הרוב בהכרעת הדין והן על גזר הדין – דינו להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ה' בכסלו התשע"ג (19.11.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט