



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 9302/17

לפני : כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער : פלוני

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי
בבאר-שבע בתפ"ח 15-06-26448 מימים 19.7.2017 ו-
22.11.2017 שניתנו על ידי כב' השופטים ח' סלוטקי, א'
אינפלד וא' חזק

תאריך הישיבה : כ"ה בטבת התשע"ט (02.01.2019)

בשם המערער : עו"ד טלי גוטליב

בשם המשיבה : עו"ד ארז בן-ארויה

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

1. המערער, בעל מכולת בן יותר מ-60 שנה, הואשם שאנס בחנותו קטינה בת 14 שנים בעת המעשים, ועשה בה עבירות מין נוספות. הוא הכחיש שעשה דבר מהמעשים המיניים שיוחסו לו. בית המשפט המחוזי הרשיע אותו ברוב דעות בעיקר העבירות שהואשם בהן, ודעת המיעוט סברה שיש להרשיע אותו רק בבעילה אסורה בהסכמה. במהלך הדיון בערעור חזר בו המערער מהטענה שהמעשים המיניים לא נעשו, אולם טען כי נעשו בהסכמה. השאלה הניצבת לפתחנו היא האם יש להותיר את הרשעתו ואת גזר דינו על כנם.

2. הערעור שלפנינו נסב על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים חני סלוטקי, אלון אינפלד ואריאל חזק; הכרעת דין מיום 19.7.2017 וגזר דין מיום 22.11.2017). המערער הורשע בעבירות אינוס בנסיבות מחמירות (סעיף 345(ב)(1) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)), מעשה מגונה בנסיבות מחמירות (שתי עבירות לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(1), 345(א)(1) לחוק העונשין), הטרדה מינית (עבירות מרובות לפי סעיפים 3(א)(3), (4) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית)) והדחה בחקירה (סעיף 245(א) לחוק העונשין). בגין עבירות אלה נגזר לו עונש של 7 שנות מאסר בפועל, שנתיים מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו ופיצוי המתלוננת בסך של 120,000 ש"ח.

3. אציין כבר בפתח הדברים ולמרות שלעניין זה אין השלכה על הכרעתנו כי, לדאבון הלב, התבררנו כי המתלוננת נפטרה בטרם עת בחודש ספטמבר 2018 בנסיבות שאינן ברורות. יהי זכרה ברוך.

א. כתב האישום

3. להלן יובאו עיקרי העובדות שתוארו בכתב האישום. המערער היה בעל חנות מכולת (להלן: החנות) בעיר מגוריה של המתלוננת. המתלוננת, ילידת שנת 2000, הייתה בעת האירועים קטינה כבת 14 והתגוררה עם משפחתה סמוך לחנות המערער. בין המערער למשפחת המתלוננת היכרות רבת שנים על רקע קרבת המגורים ורכישות בני המשפחה בחנות.

4. לפי האישום הראשון, במועד סמוך לסוף שנת 2014 שאינו ידוע במדויק, הגיעה המתלוננת לחנות כדי לרכוש סיגריות לאימה. החנות הייתה ריקה מלקוחות. המערער פנה אל המתלוננת וביקש שתתקרב אליו, אך היא סירבה. אז קם המערער מכיסאו, אחז בחגורת מכנסיה של המתלוננת, משך אותה לעברו ובידו השנייה נגע באזור איבר מינה מעל בגדיה. המתלוננת אחזה בידו של המערער וניסתה להרחיקו מגופה אך ללא הצלחה. רק לאחר זמן מה הפסיק המערער את מעשיו ושחרר את המתלוננת מאחיזתו. על אלה הואשם המערער במעשה מגונה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(1), 345(א)(1) לחוק העונשין.

5. לפי האישום השני, במועד שאינו ידוע במדויק ושסמוך לאירוע המתואר לעיל, הגיעה המתלוננת לחנות בשעת צוהריים כדי לרכוש סיגריות ולחם. החנות הייתה ריקה

מלקוחות. המערער נעל את דלת הכניסה לחנות ותלה על גביה שלט שלפיו החנות תהיה סגורה בשעה הקרובה. המערער הכניס את המתלוננת לאחורי החנות, הושיבה על כיסא, נטל קונדום מסלסלה שהייתה בחנות, הפשיל את מכנסיו ותחתוניו וחשף את איבר מינו לפני המתלוננת. הוא הפשיל את מכנסיו הטייץ של המתלוננת. לאחר שהפשיל את מכנסיו הטייץ וניסתה לבעוט בו באזור איבר מינו, אך ללא הצלחה. לאחר שהפשיל את מכנסיו הטייץ של המתלוננת, השכיבה המערער על הכיסא, עטה קונדום על איבר מינו וחיכך את איבר מינו באיבר מינה מעל תחתוניה. המתלוננת התחננה בפני המערער שיפסיק את מעשיו ואמרה שהוא גורם לה לכאב, אולם הוא לא חדל. הוא הפשיל את תחתוניה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה למרות התנגדותה וניסיונותיה לדחוף אותו מעליה. במהלך מעשיו ועם הגעתו לסיפוק מיני נקרע הקונדום שהמערער עטה על איבר מינו. זרעו נשפך על גוף המתלוננת ועל בגדיה. לאחר מכן שחרר המערער את המתלוננת מאחיזתו, סיפק לה מגבונים לניקוי בגדיה, פתח את הדלת ואפשר לה לצאת. הוא הורה לה שלא לספר לאיש על מעשיו ושאל אם היה לה "כיף". כמה ימים לאחר מכן איחרה להגיע הווסת החודשית של המתלוננת. היא חששה שנכנסה להיריון, פנתה אל המערער כשבועיים לאחר המעשה ואמרה לו זאת. המערער דרש מהמתלוננת שתיתן לו בדיקת שתן, הגיע לביתה לאסוף את הבדיקה ולאחר מכן סיפק לה כדור לזירוז הווסת. על אלה הואשם המערער באינוס בנסיבות מחמירות (סעיף 345(ב)(1) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין) ובהדחה בחקירה (סעיף 245(א) לחוק העונשין).

6. האישום השלישי עניינו מעשים במהלך תקופה שאינה ידועה במדויק בשנים 2014–2015 ועד ליום 4.6.2015. במקרים רבים כשהמתלוננת הייתה באה לרכוש מוצרים למשפחתה והחנות הייתה ריקה מלקוחות, הציע לה המערער הצעות בעלות אופי מיני והעיר לה הערות בעלות גוון מיני. כך למשל אמר למתלוננת: "את מפותחת, יש לך חזה שמתאים לשחקנית פורנו", הציע לה להתלוות אליו לדירתו ולרכבו והציע לה לקיים עימו יחסי מין. פעמים רבות כאשר החנות הייתה ריקה מלקוחות, אמר המערער למתלוננת: "בואי אליי", "אני רוצה לגעת בך", "אני רוצה עוד קצת". המתלוננת סירבה בתוקף לכל ההצעות והבהירה שאינה מעוניינת בפניותיו של המערער. בכמה הזדמנויות לפני האירוע שתואר באישום השני, פנה המערער למתלוננת כשנכחה בחנות ושאל אם היא בתולה. המתלוננת השיבה בחיוב, והמערער הציע לה "לנסות פעם איך זה". היא סירבה ודרשה ממנו להפסיק לשוחח עימה על נושא זה. לאחר האירוע שתואר באישום השני, נסע המערער כמה פעמים ברכבו ליד בית המתלוננת בזמן שהיא שבה מבית הספר, שאל אותה אם נהנתה ואם "בא לך עוד פעם". היא סירבה בתוקף או התעלמה מדבריו. נוסף על כך, לאחר האירוע שתואר באישום השני, צלצל המערער כמה פעמים למתלוננת ובין היתר הציע לה לקיים עימו יחסי מין, והיא סירבה. הוא המשיך לצלצל אליה עד שהיא חסמה

את שיחותיו. בפעם אחרת נשלחה המתלוננת על ידי אימה למשוך כסף מהכספומט שבחנות. המתלוננת ביקשה את עזרת המערער מחשש שכרטיס האשראי ייבלע במכונה. המערער ניגש אל המתלוננת, נצמד אליה מאחור ועשה בה מעשה מגונה. המתלוננת הדפה אותו מעליה. על אלה הואשם המערער במעשה מגונה בנסיבות מחמירות (סעיף 348(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(1), 345(א)(1) לחוק העונשין) ובהטרדה מינית (מספר רב של עבירות, לפי סעיפים 3(א)(3), (4) לחוק למניעת הטרדה מינית).

ב. עיקרי הראיות

7. המערער הכחיש את אשמתו, אולם גרסתו בעניין התפתחה. תחילה הכחיש כליל את דברי המתלוננת וטען שהייתה מעוניינת בבנו, שעבד עמו בחנות. לאחר מכן טען שהוא והמתלוננת ניהלו שיחות אינטימיות בהסכמה, והוא חשב שהיא בת 19. זו הייתה גרסתו גם בבית המשפט המחוזי. פרשת הראיות התנהלה בהסתמך על גרסה זו. הצדדים הגישו ראיות שונות. התביעה הסתמכה על עדויות במשטרה של המתלוננת ושל המערער, על עימות במשטרה ביניהם ועל עדויות בבית המשפט של המתלוננת, של אביה, של אימה, של אחותה, של חברתה ב' ש', של חברת המשפחה אפרת ושל חוקר שגבה את עדות המתלוננת במשטרה. ההגנה הסתמכה על עדויות המערער וילדיו. כל אחד מהצדדים הגיש מטעמו פירוט שיחות ומסרונים שהמתלוננת והמערער החליפו ביניהם.

8. אקדים את המאוחר: לפנינו נקט המערער גרסה שונה מאלו שנקט קודם לכן. בשל כך מחלוקת שונות בבית המשפט המחוזי אינן נדרשות להכרעה בערעור. אתמקד בראיות שצריכות לענייננו. הן עוסקות באירועים עצמם ובאירועים נלווים, כגון תקשורת בין המתלוננת למערער. כתב האישום התבסס על גרסת המתלוננת. לא אחזור כאן על מה שמפורט בו, למעט מה שנחוץ להמשך הדיון. שינוי הגרסה של המערער משמעו שגרסת ההכחשה של המערער אינה נחשבת עוד לאמת, גם לשיטתו. נוסף על כך, הדיון לפנינו נגע בעיקר במה שאפשר ללמוד מראיות התביעה. לכן אין צורך לתאר את גרסת המערער יותר ממה שתיארתי עד כאן.

1. גילוי המעשים

9. המתלוננת לא יזמה את הגשת התלונה במשטרה. כתשעה חודשים היא שמרה לעצמה את מה שהמערער עשה בה. היא הסבירה זאת בשתיים: היא חששה מתגובת אביה והיא חששה מאיומי המערער (שהושמעו לאחר האונס). היא סיפרה אודות המעשים לשתיים: חברתה ב' ש' וחברת המשפחה אפרת. ב' ש' אישרה בעדותה שהמתלוננת סיפרה לה טיפין טיפין בכמה שיחות (בעל פה וביישומון "וואטסאפ") על מה שקרה לה,

ושהיא פחדה להתלונן במשטרה. ב' ש' העידה במשטרה ביום 9.6.2015. לדבריה בבית המשפט, המתלוננת סיפרה לה על הדברים חודש קודם לכן (ש' 25 בעמ' 261–ש' 6 בעמ' 262 לפרוטוקול). אפרת העידה שהמתלוננת שהתה בביתה ביום חמישי ושמעה שיחה של אפרת על כך שאפרת נאנסה בעבר. המתלוננת בכתה, אפרת שאלה מה קרה, והמתלוננת סיפרה לה על האונס שחוותה בעצמה. המתלוננת אמרה שלא סיפרה לאימה משום שפחדה, וביקשה שגם אפרת לא תספר. באותו ערב באה אפרת לבית המתלוננת וסיפרה לאם. האם סיפרה לאבי המתלוננת (עמ' 154 לפרוטוקול). אם המתלוננת העידה שאפרת סיפרה לה שהמערער הטריד מינית את המתלוננת. האם העדיפה לא לספר עדיין לאב כדי לא לקלקל לו את חוויית השבת. ביום השבת סיפרה אפרת כי היא מרגישה שאין מדובר רק בהטרדה מינית, וכי כיבדה את רצון המתלוננת ולא סיפרה על כך קודם לכן. האם שאלה את המתלוננת, וזו סיפרה לה כל מה שקרה. כשבעלה שב מבית הכנסת במוצאי שבת, היא סיפרה לו (ש' 3 בעמ' 225–ש' 11 בעמ' 227 לפרוטוקול). המתלוננת העידה שאפרת אמרה לה שסיפרה לאימה, והמתלוננת בכתה, פחדה ושאלה את אפרת מדוע סיפרה. תחילה סיפרו לאם רק על ההטרדות המיניות, ובשבת גילתה לה המתלוננת גם את האונס (ש' 18–24 בעמ' 43 לפרוטוקול). אבי המתלוננת העיד שבמוצאי שבת, כששב מבית הכנסת, סיפרה לו אשתו על מעשי המערער. הוא הלך להתעמת עם המערער. לאחר מכן הלכו בני המשפחה להתלונן במשטרה (למשל ש' 23 בעמ' 199–ש' 5 בעמ' 200 לפרוטוקול).

2. תיאור האונס

10. המתלוננת תיארה את האונס מושא האישום השני כמופיע בכתב האישום. כמה פרטים בתיאור נדרשים לדיון בערעור. לדבריה בחקירתה במשטרה, באירוע זה היא באה לקנות בחנות והמערער היה שם לבדו. היא רצתה לצאת מהחנות, אבל המערער נעל את הדלת והשאיר את המפתח במנעול. בעדותה בבית המשפט היא ציינה שהוא תלה על דלת החנות שלט שהודיע שהחנות סגורה (עמ' 27 לפרוטוקול). אשר למקום האונס היו הבדלים בעדויות השונות. המתלוננת העידה שהמערער אנס אותה בחלק האחורי של החנות, המקום שבו היה מקרר המשקאות (למשל ש' 14 בעמ' 60–ש' 15 בעמ' 61 לפרוטוקול). אולם נשים שהיא סיפרה להן על האונס נקבו במקומות אחרים: מחסן בחנות – כך סיפרו האם בעדותה במשטרה והאחות בעדותה בבית המשפט (הפניות בעמ' 65–66 להכרעת הדין); המקום שבו הלחם – אמרה אפרת (ראו ש' 16–20 בעמ' 102 לפרוטוקול). בפרט אחר היו הבדלים בין עדויות המתלוננת. בחקירתה במשטרה ובמהלך העימות היא טענה שהמערער ישב על שרפרף או כיסא; כך היא אמרה גם לאימה (הפניות

בעמ' 66 להכרעת הדין). לעומת זאת, בעדותה בבית המשפט היא התעקשה שהמערער לא ישב על כיסא או על שרפרף (ש' 25 בעמ' 118–ש' 16 בעמ' 119 לפרוטוקול).

11. במהלך האונס, העידה המתלוננת, היא בעטה במערער (למשל ש' 27–28 בעמ' 28; ש' 6–7 בעמ' 29; ש' 29 בעמ' 79–ש' 6 בעמ' 80; ש' 16–21 בעמ' 109 לפרוטוקול). היא סיפרה שלא צעקה, בין היתר משום שחששה שצופה מהצד היה רואה את השלט על דלת החנות, שומע את הקולות וחושב שבחנות יש זוג שנהנה ממעשיו (ש' 27–31 בעמ' 119 לפרוטוקול). המתלוננת העידה על עניין נוסף שקשור לאונס. לדבריה, לאחר מכן העידה התנהגות המערער על כך שידע שהיא לא הסכימה לחלוטין:

אחרי המקרה הוא ביקש, הוא אמר לי, הוא ייחס את מה שקרה היה בהסכמתו המלאה ובהסכמתי, אבל לא עד הסוף. שלא עד הסוף הסכמתי. שיכולתי גם להגיד לא. ככה הוא ניסח את זה. כשבאתי אחרי האונס והוא דיבר איתי, הוא אמר לי אם אפשר עכשיו שנשכב, כששנינו מסכימים, "שתביני מה זאת אהבה ומה זה מיניות נכונה וכנה" (ש' 6–9 בעמ' 40 לפרוטוקול).

באונס, התנגדתי, אז באחד המפגשים שדיברתי עם הנאשם אז הוא אמר לי שכדאי לי לעשות את זה פעם הבאה איתו כשזה בהסכמתי שאני שקועה בעניין, שאני לא מתנגדת. שאני כל כולי בזה (ש' 18–20 בעמ' 132 לפרוטוקול).

12. לאחר מעשה האונס המשיכה המתלוננת לקנות בחנות של המערער פעמים רבות, שכן הוריה נהגו לשלוח אותה לקנות מצרכים. בין המתלוננת למערער אף היה קשר בשיחות טלפון ובמסרונים. לקשר זה אעבור עכשיו.

3. המסרונים בין המתלוננת למערער

13. לבית המשפט המחוזי הוגשו נתוני שיחות והודעות בין המערער למתלוננת. בסך הכול נשלחו בין המערער למתלוננת 595 מסרונים, ונערכו ביניהם 7 שיחות טלפוניות קצרות (הארוכה בהן ארכה 47: 5 דקות). תחילה המתלוננת יזמה את ההתכתבויות, ואחר כך המערער הוא שיזם אותן. את המסרון הראשון שלחה המתלוננת ביום 8.9.2014. המסרון האחרון הוא מיום 12.11.2014. בחודש ספטמבר נשלחו 414 מסרונים. החל מיום 14.9.2014 ועד לסוף חודש ספטמבר 2014 מספר המסרונים עלה במידה ניכרת, למשל 91 מסרונים ביום 14.9.2014; 69 מסרונים ביום 21.9.2014; 106 מסרונים ביום 29.9.2014. בחודש אוקטובר 2014 פחת מאוד מספר המסרונים (142 בסך הכול), ובחודש נובמבר 2014 נשלחו רק 39 מסרונים בין השניים.

14. לטענת המתלוננת, התקשורת בין השניים החלה על רקע החשש שלה משום שהווסת שלה איחרה לאחר מעשה האונס. גם לאחר שפג החשש המשיכה התקשורת, ולטענת המתלוננת – כעת המערער הטריד אותה. המתלוננת אמרה שהיו שיחות טלפון בינה למערער. גם בעימות היא העירה שהיא מקווה שהחוקרים הוציאו את פירוט השיחות בינה למערער. לעומת זאת, היא הכחישה ששלחה לו מאות מסרונים. בין היתר, היא העידה:

המתלוננת ל': אני יכולה לחשוב אולי על סיבה אחת הגיונית לזה שאני שלחתי הודעה. אני לא יודעת אם זה נכון, אני חושבת, אני לא זוכרת, אבל אם במהלך הזמן שניהלנו שיחות טלפוניות ובחלק מהפעמים סיננתי, בחלק מהפעמים אם היו הודעות, אז כנראה חזרתי אליו בהודעה. במקום להתקשר לבדוק מה הוא רצה אז רציתי שהוא יענה לי בהודעה מה הוא רצה.

כ.ה אלון אינפלד: את זוכרת את זה או שאת משערת את זה?

המתלוננת ל': אני משערת. כי מיוזמתי לשלוח לו הודעות כמו עם חברים, זה לא יכול להיות בחיים. אבל אם יש באמת הודעות שאני כתבתי לו, אז זה בטח רק בגלל שלא עניתי לו לשיחות הטלפון ופחדתי שאחד ההורים ייכנס אז שלחתי לו הודעות כמו "מה רצית, מה קרה" זה יותר קל משיחת טלפון ועם פחות סיכון (ש' 11–19 בעמ' 93 לפרוטוקול).

לאחר שהוגשו נתוני השיחות והמסרונים בין המתלוננת למערער, נחקרה המתלוננת שנית ונקראה לעדות נוספת בסוגיה זו. היא טענה שהיו ביניהם שיחות טלפון אך לא חילופי מסרונים, ושהמערער הציע לה הצעות אינטימיות והיא סירבה.

4. תיאור המעשים המגונים ומספרם

15. המתלוננת תיארה את המעשה המגונה מושא האישום הראשון. בין היתר, המערער ביקש ממנה שתשגיח אם באים לקוחות:

"באחד הימים הגעתי לחנות לקנות סיגריות לאמא ... ביקשתי מהנאשם שיביא לי. הוא קם מהכיסא, מאחוריו

יש מדף, הוא הביא לי סיגריות, התקרבותי לדוכן בשביל לקחת את הסיגריות והייתי עם ג'ינס בצבע גוף כזה עם חגורה ורודה. התקרבותי לדלפק והוא משך, הוא פשוט התקרב אלי, הוא הכניס לי את היד מתחת לחגורה בצורה שהוא יכול לקרב אותי אליו. ניסיתי להתנגד וזה לא הלך לי. הוא פשוט קירב אותי כמה שיותר ואחר כך הוא פשוט נגע לי באיבר המין שלי. כל פעם הוא שאל אותי תבדקי אם מגיעים אנשים, אם באים אנשים. והייתי מנסה לזוז אבל היד שלו הייתה הדופה ביד שמסביב לגוף שלי. לא יכולתי. וכל פעם הייתי צריכה להגיד לו אם אנשים מתקרבים, אם יש אנשים שמגיעים. וכל פעם שהיו אנשים שמתקרבים הוא פשוט היה מפסיק, משחרר והייתי יוצאת (ש' 16–25 בעמ' 16 לפרוטוקול).

16. נוסף על כך, המתלוננת הזכירה בחקירתה במשטרה את האירוע האמור (אירוע החגורה) ואירוע נוסף (פרשת הכספומט, שאזכיר בהמשך). בעדותה בבית המשפט היא ציינה שהמערער עשה בה מעשים מגונים רבים נוספים (ש' 9–22 בעמ' 25 לפרוטוקול). כשנשאלה מדוע לא ציינה בחקירתה במשטרה את אותם מקרים, הסבירה את השינוי בכך שבחקירה הראשונה במשטרה הקליד החוקר באיטיות, ובמהלך ההקלדה היא שכחה פרטים (לבד מכך, עוד בחקירותיה במשטרה היא אמרה לאותו חוקר על פרטים אחרים שיכול להיות שהוא לא הקליד את כל מה שאמרה. ראו עמ' 50 להכרעת הדין). היא חששה גם שלא יאמינו לטענה בדבר ריבוי מעשים מגונים (ש' 1 בעמ' 72–ש' 23 בעמ' 73 לפרוטוקול).

5. "פרשת הכספומט"

17. באישום השלישי תוארה, כאמור, "פרשת הכספומט". לבקשת אימה הלכה המתלוננת למשך כסף מכספומט שניצב בחנות. היא לא ידעה כיצד לעשות זאת וביקשה את עזרת המערער. הוא משך כסף, הלך מאחורי המתלוננת כדי להחזיר לה את הכרטיס וחיבק אותה מאחור "כשפלג גוף תחתון שלו מתנגש ומשתפסף עם הפלג גוף התחתון שלי". היא חשה ש"לא היה לי נעים בכלל" ו"מגעיל", ועשתה "תנועות כאלה של צמדמורת" כדי להשתחרר וללכת (ש' 25–26 בעמ' 26 לפרוטוקול). המתלוננת סיפרה על האירוע גם בחקירתה במשטרה.

6. "פרשת הארטיק"

18. המתלוננת סיפרה שהמערער רמז לה לעיתים רמיזות מיניות גם כשהיו לקוחות נוספים בחנות. היא הדגימה זאת במה שיכונה "פרשת הארטיק". באחד מימי הקיץ היא הגיעה לחנות וקנתה ארטיק. היא לא הצליחה לפתוח את העטיפה וביקשה מהמערער

עזרה. בחנות נכח לקוח שהפנה את גבו למערער. המערער פתח את העטיפה, "עשה תנועה של גבר שעושה ביד על הארטיק", וחיילך אל המתלוננת "חיוך שטני" (ש' 29–30 בעמ' 40 לפרוטוקול). בעימות, שנערך ביום 8.6.2015, אמרה המתלוננת למערער: "אתה רוצה להגיד לי שלפני חמישה ימים לא אמרת לי שאתה רוצה לגעת בי? זה היה כי קניתי ארטיק ולא הצלחתי לפתוח". מכאן שאירוע זה התרחש סמוך להגשת התלונה במשטרה.

7. חשדות האב

19. המתלוננת הסבירה שהמשיכה לפקוד את החנות של המערער לאחר המעשים כדי שהוריה לא יחשדו, ובעיקר אביה. הוא "תמיד רצה לעקוב אחרי" ו"תמיד היה חושב על הגרוע מכל" (ש' 31 בעמ' 25, ש' 1 בעמ' 26 לפרוטוקול). האב העיד ששם לב לכמה עניינים שיצרו אצלו "הרגשה", "משהוא לא מסתדר לי בראש", שקרה לה דבר מה, "אולי עשו לה משהו": המתלוננת הייתה מתעכבת בשליחויותיה למכולת, הוא שמע שהיא לא קיבלה וסת, הוא שם לב שהיא "הולכת עקום". הוא רצה לעקוב אחריה, ואשתו הניאה אותו מכך (ש' 1 בעמ' 210–3 בעמ' 211 לפרוטוקול).

ג. הכרעת הדין של בית המשפט קמא

20. ביום 19.7.2017 הרשיע בית המשפט קמא ברוב דעות את המערער במיוחס לו. את חוות הדעת העיקרית של שופטי הרוב כתבה השופטת חני סלוטקי. השופט אריאל חזק סבר בדעת מיעוט שיש לזכות את המערער מהמיוחס לו ולהרשיע אותו בעבירה אחרת. השופט אלון אינפלד הוסיף חוות דעת מסכימה לחוות הדעת העיקרית והשיב לטענות שופט המיעוט.

21. השופטת סלוטקי מצאה שעדות המתלוננת מהימנה. היא תמכה מסקנה זו ברושם שהותירה המתלוננת, בעקביות גרסתה, בכך שלא ניסתה להעצים את תיאוריה, ובכך שסיפרה פרטים שהיו עלולים לפגוע באמינותה. השופטת סלוטקי מצאה חיזוקים שונים לעדות המתלוננת. מולה ניצבה גרסה מתפתחת של המערער בעניינים שונים, ונקבע שעדותו בלתי מהימנה בעליל. בין השניים היה פער גילים והמתלוננת לא יכלה להבין את המצבים שנקלעה אליהם עם המערער. נקבע כי המערער ניצל זאת והיה מודע לגיל האמיתי של המתלוננת. השופטת סלוטקי קבעה שהאונס התרחש בחודש ספטמבר 2014, כתשעה חודשים לפני הגשת התלונה במשטרה. היא דנה בטענות שונות של ההגנה נגד מהימנות המתלוננת ונגד היתכנות האונס. היא דחתה את כולן. כך, למשל, אכן היה שוני בציון מקום האונס בין העדות של המתלוננת למה שסיפרו אחותה ואימה ולמה שסיפרה ב' ש' – אולם ההסבר לכך הוא שהאחות, האם והחברה הבינו אחרת את מה שהמתלוננת סיפרה להן.

22. לדעת השופט זק, בהתבסס על חומר הראיות ועדויות הצדדים ניתן לקבוע שבין המערער למתלוננת התקיימו יחסי מין ושהמערער ידע את גיל המתלוננת. עם זאת, העלה השופט זק בדעת מיעוט קשיים המטילים ספק בשאלה אם המתלוננת הסכימה ליחסי המין וליתר המעשים שיוחסו למערער בכתב האישום: לא ברור מדוע הכחישה המתלוננת שקיימה שיחות רבות עם המערער באמצעות שליחת מאות מסרונים; הגרסאות השונות באשר למקום האונס עשויות להשתלב עם אפשרות שהמתלוננת קיימה יחסי מין עם המערער כמה פעמים בכמה מקומות – ושעשתה זאת מרצונה; המתלוננת סיפרה תחילה שבזמן האונס ישב המערער על כיסא, אך בבית המשפט התעקשה שאינה זוכרת כיסא כזה; בעדותה במשטרה תיארה המתלוננת שני מעשים מגונים, ואחר כך טענה שהיו רבים; אפשר שהמערער נגע באיבר המין של המתלוננת פעמים רבות ובכל פעם היא השגיחה לבקשתו אם באים אנשים; המתלוננת המשיכה לפקוד את החנות לאחר המעשים שעשה בה המערער; היא המשיכה להיות בקשר מסרונים עם המערער גם לאחר שקיבלה וסת; אבי המתלוננת חשד שהיא נמצאת בקשר עם המערער וחשד לאחר ששמע שהווסת של בתו איחרה – ואפשר שהיא לא סיפרה את כל הפרטים מחשש מכעסו. השופט זק מצא שקשיים אלו מקימים "מסה קריטית" של ראיות שמתיישבות גם עם אפשרות חלופית: המתלוננת הסכימה לקיים יחסי מין עם המערער, אולי כמה פעמים (ומכאן ההבדלים בתיאור פרטי האונס הנטען). מאחר שקיימת חלופה מקילה יותר עם המערער, יש ספק סביר בדבר אשמתו במיחוס לו. יש להרשיע אותו בעבירה קלה יותר, בעילה אסורה בהסכמה (סעיף 346(א)(1) לחוק העונשין).

23. השופט אינפלד הצטרף לפסק הדין של השופטת סלוטקי והגיב לדעת המיעוט של השופט זק. השופט אינפלד הדגיש כי גם השופט זק מצא כי עוצמת עדותה של המתלוננת מכריעה את גרסת המערער באותה עת, שלפיה לא היו דברים מעולם. השופט אינפלד סקר את מסקנות דעת המיעוט בפירוט. הוא מצא כי כלל הטענות שהועלו אינן פוגמות במהימנות המתלוננת ואינן מעידות על הסכמתה, וכי הסבריה של המתלוננת לחללים בעדותה פשוטים, טבעיים ומשכנעים. הוא הדגיש כי המתלוננת הביעה את התנגדותה למעשי המערער, בעיקר מבחינה מילולית.

ד. גזר הדין

24. ביום 22.11.2017 גזר בית המשפט קמא את דינו של המערער. בית המשפט התייחס לתסקיר שירות המבחן בעניין המתלוננת. על פי התסקיר, תפיסת המתלוננת את השימוש של המערער בה כבאובייקט מיני בלבד פגעה פגיעה קשה בדימויה העצמי.

שירות המבחן התרשם כי המתלוננת הייתה נתונה במצוקה עזה טרם חשיפת הפגיעה בה: היא הייתה חשופה לאלימות מינית מצד המערער, ומנגד חוותה לחץ וחרדה מאפשרות חשיפת הפגיעה הן בשל איומי המערער, הן בשל החשש מתגובת אביה. כמועד עריכת התסקיר המתלוננת עדיין חשה רדופה ומאוימת ועדיין חוותה את החדירה והפלישה לגופה ולחיייה. עוד צוין שהיא איבדה את יכולתה לתת אמון בסביבתה, נרתעה ממבוגרים באשר הם, לא הייתה מסוגלת לצעוד בנינוחות ונמצאה במצב של דריכות תמידית מפני פגיעה. מצב זה פגע בהתפתחות התקינה ומנע ממנה לקיים אורח חיים תקין. נוסף על כך, ציין שירות המבחן כי המתלוננת סבלה מפגיעות גופניות אשר נבעו ממעשי המערער או שהחמירו כתוצאה מהם. לבסוף ציין שירות המבחן כי המתלוננת תופסת עצמה בתור אובייקט נטול זכויות והיא עלולה להימצא במצבים מסוכנים בשל כך.

25. בית המשפט קמא התייחס בגזר הדין לפער הגילים העצום בין המערער למתלוננת, לניצולו את חולשתה ותמימותה ולפגיעות שנגרמו למתלוננת. הוא קבע את מתחם הענישה על 5–10 שנות מאסר בפועל. בית המשפט נתן את דעתו להעדר עבר פלילי למערער, לגילו המבוגר, לפגיעה שנגמרה לבני משפחתו ולנזקים הכלכליים שנגרמו לו בעקבות ההליך המשפטי, ולבסוף גזר את דינו כאמור לעיל.

ה. הטענות בערעור

26. המערער השיג על הכרעת הדין ועל גזר הדין. בהודעת הערעור נקט אותה עמדה שנקט בבית המשפט המחוזי וביקש לזכות אותו כליל. לחלופין הוא ביקש לאמץ את דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי מנימוקיה. לחלופי חלופין ביקש המערער לערער על חומרת גזר דינו, בשל נסיבותיו האישיות: גילו המבוגר, מצוקתו הכלכלית, הפגיעה שנגרמה למשפחתו ומצבו הבריאותי. הוא הוסיף שמתחם העונש ההולם צריך להיות 3–6 שנות מאסר.

27. ביום 19.3.2018 הגיש המערער בקשה לגביית ראיות לפי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לטענת המערער, בידו תצהיר של אישה שלפיו בעלה התלונן נגד אבי המתלוננת, וזו איימה להרוס את חיי המתלונן "כפי שהרסה את חייו של [המערער]". לא מצאנו לנכון לאשר את בקשת המערער לגבות ראיה בשלב זה של ההליך, ואין בהליך המתואר בבקשה כדי להשפיע על ענייננו.

28. המשיבה טענה בעיקרי הטיעון שלה כי השגותיו של המערער מכוונות כלפי ממצאי מהימנות וקביעות עובדתיות, ואין עילה להתערב בהן. המשיבה פירטה מדוע

לדעתה חוות דעת המיעוט היא שגויה. היא הוסיפה שהעונש שהוטל על המערער אינו סוטה לחומרה ממדיניות הענישה הנוהגת, ואין מקום להתערב בו.

29. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 6.11.2018, שטחה באת כוח המערער את טענותיה. לאחר דין ודברים החליט המערער לאמץ את עמדת דעת המיעוט בבית המשפט קמא ולהודות בביצוע עבירה של בעילה אסורה בהסכמה (עמ' 12 לפרוטוקול מיום הדיון). הוא אימץ את הטענות שבדעת המיעוט והוסיף עליהן כמה משלו. לשם הנוחות אפרט אותן בדיון בהן.

30. ביום 2.1.2019 התקיים דיון נוסף לפנינו. בא כוח המשיבה הודיע כי היא איננה חוזרת בה מעמדתה. לטענתה, דעת הרוב בהכרעת הדין של בית המשפט קמא מנומקת היטב מבחינה משפטית ומבחינה עובדתית, ואין מקום להתערב במסקנותיה. כן נטען שדעת המיעוט לוקה בשורת טעויות יסודיות, הן עובדתיות הן משפטיות, ואין לאמצה. עוד הלינה המשיבה על כך שהמערער לא נחקר על גרסתו החדשה אף שניתנו לו הזדמנויות אין ספור לשנות את גרסתו במהלך ההליך המשפטי. לו היה מודה בכך, היה ניתן לחקור גם את המתלוננת בסוגיית ההסכמה.

1. דיון והכרעה

31. השתלשלות העניינים בתיק זה לא הייתה רגילה. בעקבות דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי ושינוי העמדה של המערער לפנינו התעוררו בקרבנו תהיות מה ההכרעה הראויה. אולם לאחר בחינה מעמיקה של הראיות אציע לחבריי לאמץ את דעת הרוב בבית המשפט המחוזי ולדחות את הערעור.

1. נקיטת קו הגנה חדש בערעור

32. המערער אימץ במהלך הדיון לפנינו קו הגנה שונה מזה שטען לו בבית המשפט המחוזי. לפי קו ההגנה המקורי, המערער לא עשה כלל את המעשים המיניים המיוחסים לו. בכך ביקש המערער לפטור את עצמו כליל מאחריות פלילית. לפי קו ההגנה החדש, המערער עשה את המעשים המיניים המיוחסים לו, אולם בהסכמת המתלוננת. קו ההגנה החדש אינו מבקש להביא לזיכוי מוחלט של המערער, אלא להרשעה בעבירה קלה יותר ביחס לאישום העיקרי (בעילה אסורה בהסכמה במקום אינוס) ולזיכוי מיתר האישומים. מבחינה עובדתית שני קווי ההגנה נסמכים על טענות הסותרות חזיתית זו את זו בשאלה אם המעשים המיניים שנכללו בכתב האישום התרחשו – הכחשה במחוזי; הודאה בעליון

(השוו לע"פ 6834/12 קבלאן נ' מדינת ישראל, פסקה 49 לפסק הדין של השופט אורי שהם (20.8.2015) (להלן: עניין קבלאן)). מה השפעת השינוי בקו ההגנה על הדיון בערעור?

33. גם אם נאשם כשל בסדרי הדין, ניצל אותם לרעה או שיקר, אין בית המשפט פטור מחובתו לבחון את אשמת הנאשם על בסיס מכלול הראיות. אם עולה מחומר הראיות ספק סביר באשמת הנאשם או בשאלה איזו עבירה עבר, יש לפסוק בהתאם בלי קשר למהלכי ההגנה (ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקה 3 לפסק הדין של השופט ניל הנדל (21.1.2015); ע"פ 6415/11 פולוחין נ' מדינת ישראל, פסקאות 32–33 (24.12.2012); ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פסקאות 29, 33 לפסק הדין של השופט הנדל (11.11.2012) (להלן: עניין באשה); ע"פ 50/64 אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 73, 80–81 (1964); ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 504, 537 (1950)). משום כך אם נאשם מעלה בערעור קו הגנה שונה מזה שטען לו בערכאה הדיונית, ואפילו קווי ההגנה אינם יכולים לעמוד זה לצד זה, בהיותם מבוססים על מערכי עובדות סותרים – ערכאת הערעור רשאית לדון בקו ההגנה החדש. לדידי, רשות זו היא חובה, הנגזרת מחובתו של בית המשפט לוודא היטב שלא ירשיע אדם אם בתום הדיון בעניינו נותר ספק סביר באשמתו (למגוון הגישות בסוגיה זו ראו למשל ע"פ 2336/16 מזראיב נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (14.12.2017) (להלן: עניין מזראיב); עניין קבלאן, בפסקה 49 לפסק הדין של השופט שהם; ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקאות 164–176 (10.11.2011) (להלן: עניין קצב); ע"פ 6952/07 רפאילוב נ' מדינת ישראל, פסקאות 19–22 (28.6.2010); והמקורות שנוכרים בהם). ודוקו, לדעת הכול, קו ההגנה החדש יכול להביא לזיכוי רק אם הוא סביר ומעוגן בחומר הראיות שהונח לפני בית המשפט. קו הגנה חדש שאין לו בסיס בחומר הראיות, הוא בגדר טיעון ספקולטיבי, ודינו להידחות מיניה וביה (ע"פ 2550/15 שאפא (עבד) נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (7.4.2017) (להלן: עניין שאפא); עניין באשה, בפסקה 11 לפסק הדין של השופט יצחק עמית ובפסקה 3 לפסק הדין של השופט סלים ג'ובראן; עניין קצב, בפסקאות 165, 174–177).

34. נאשם שמעלה קו הגנה חדש בערעור, ייאלץ ככלל לבסס אותו על הראיות שנשמעו על בסיס קו ההגנה המקורי שנקט (עניין שאפא, בפסקה 14; עניין באשה, בפסקה 11 לפסק הדין של השופט עמית ובפסקה 3 לפסק הדין של השופט ג'ובראן). נוסף על כך, עלול לעלות חשד בנכונות טענה עובדתית חדשה (ע"פ 7477/08 גץ נ' מדינת ישראל, פסקה 55 (14.11.2011)), ואפשר שהיא תיחשב לעדות כבושה (עניין מזראיב, בפסקה 20). לעיתים ברור שאחת לפחות מגרסאות ההגנה היא שקר, ואף לכך עלול להיות מחיר ראייתי (עניין באשה, בפסקה 11 לפסק הדין של השופט עמית). מאחר שערכאת הערעור היא שבוחנת את קו ההגנה החדש, חלים הכללים הרגילים בדבר פעולת ערכאת הערעור,

להבדיל מהערכאה הדיונית. כל אלה עשויים לפגוע ביכולת הנאשם להוכיח את קו ההגנה החדש. אולם אין בהם בהכרח כדי להביא לדחייתו – הכול לפי מכלול הראיות בכל מקרה לגופו.

35. קו ההגנה שהעלה המערער לפנינו, אשר אינו כופר בעצם עשיית המעשים המיניים על ידיו אך טוען כי נעשו בהסכמת המתלוננת, אינו בגדר ספקולציה גרידא. לקו הגנה זה יש תימוכין מסוימים בראיות שנשמעו על ידי בית המשפט המחוזי, ולפיכך הוא מחייב בחינה לגופו במטרה לבדוק אם הוא מקים ספק סביר בדבר אשמתו של המערער. למלאכה זו אפנה עתה. לאורך הדיון חשוב לזכור כי הטיעון האמור הוא אומנם קו הגנה חדש מבחינה זו שהנאשם לא טען לו בערכאה הדיונית, אלא נסמך עליו לראשונה לפנינו. ואולם הבחינה שנידרש לה בנוגע לקו הגנה זו אינה בחינה שיפוטית ראשונה של טענת ההסכמה, שכן היא הועלתה כבר בבית המשפט המחוזי על ידי שופט המיעוט בבית המשפט המחוזי וזכתה להתייחסות שופטי הרוב. מלאכתנו אפוא אינה בחינה דה-נובו של קו הגנה שלא נבחן בערכאה הדיונית, אלא בחינה מנקודת מבט של ערכאת ערעור של קו טיעון שנבחן ונדחה (ברוב דעות) על ידי הערכאה הדיונית.

2. התערבות ערכאת ערעור בממצאי עובדה ומהימנות

36. המערער מיקד את טענותיו בהיבט העובדתי. הוא תוקף ממצאי עובדה ומהימנות של בית המשפט המחוזי. כידוע, ככלל ערכאת ערעור אינה מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות שהערכאה הדיונית קבעה (ע"פ 8415/16 אבו עסא נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (3.6.2018) (להלן: עניין אבו עסא)). כלל זה נוהג בעוצמה רבה יותר בנוגע להערכת מהימנות של מתלוננות ומתלוננים בעבירות מין משום שבתיקים אלה ההכרעה העיקרית עניינה איזו גרסה אמינה: זו של המתלוננת או המתלונן או זו של הנאשם (ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סז(1) 625, 573 (2014); ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סה(2) 470, 495–496, 538 (2012) (להלן: ע"פ 3250/10)). בענייננו דנו השופטים בבית המשפט המחוזי, למעשה, בעדיפות של אחת משלוש גרסאות: גרסת המתלוננת, הגרסה המקורית של המערער וגרסה נוספת (שדעת המיעוט אימצה ושהמערער מצדד בה בערעור). מאחר שבית המשפט המחוזי דן בשלושתן וקבע ממצאי מהימנות לגבי כל אחת מהן, חל כאן הכלל הרגיל. מנגד, יש הסוברים שדווקא בעבירות מין אין תחולה אוטומטית לכלל שמצמצם את היקף ההתערבות בממצאי עובדה (ע"פ 3250/10, בעמ' 540. לסקירת הגישות הללו וגישת ביניים ביניהן ראו לאחרונה ע"פ 8050/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (31.10.2018)). בערעור זה הגעתי לאותה מסקנה לפי כל אחת מגישות אלו.

37. לכלל בדבר אי התערבות בממצאי עובדה ומהימנות יש חריגים. שניים מהם נוגעים לערעור זה. אחד מהם עניינו הסקת מסקנות מהעדויות ומהראיות. השני עניינו ביסוס ממצא על ראיה שערכאת הערעור מסוגלת להתרשם ממנה כפי שהערכאה הדיונית התרשמה ממנה, והראיה החשובה ממין זה כאן היא תקליטור העימות בין המתלוננת למערער (לחריגים לכלל ראו ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011)). במקרים אלו ערכאת הערעור עשויה לבחון את ממצאי הערכאה הראשונה בקפידה רבה יותר מהרגיל. כך עשיתי כאן. מנגד, העובדה שהייתה דעת מיעוט בבית המשפט המחוזי בקשר לממצאי העובדה אינה מלמדת בהכרח על קושי במסקנות דעת הרוב (ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (13.5.2015)). יש לבחון את הטענות בה ואת טענות המערער, שדומות להן, לגופן.

3. מן הכלל אל הפרט: גרסת ההסכמה

38. דעת הרוב בבית המשפט המחוזי קבעה על בסיס הראיות שהמתלוננת לא הסכימה למעשיו של המערער. הקביעות של בית המשפט המחוזי בנוגע להעדר הסכמה של המתלוננת היו חלק מהקביעות הכלליות על מהימנות הגרסה של המתלוננת. לא עמדה מולן גרסה של המערער שלפיה בין המתלוננת למערער התקיימו יחסים בהסכמה. גרסה כזו עומדת לפנינו כעת. אם היא תתקבל, יש בכוחה להביא להקלה בדין. על כן יש לבחון אם קם ספק סביר בהתרחשותה. תחילה – לשאלה אם יש די ראיות לבסס העדר הסכמה, שהרי בהעדרן אין צורך לבחון הסכמה.

(א) מה נלמד מחומר הראיות

39. השופטים בדעת הרוב בבית המשפט המחוזי הסכימו שהמתלוננת הייתה מהימנה. כל אחד מהם תמך מסקנה זו בהתרשמות ישירה מעדותה ובראיות נוספות (השופטת סלוטקי: עמ' 37–46 להכרעת הדין; השופט אינפלד: עמ' 77–79 להכרעת הדין). בעל דעת המיעוט קיבל את עדותה בסוגיות שהיו בלב המחלוקת בבית המשפט המחוזי (עמ' 64 להכרעת הדין), אך מצא בה תהיות למול גרסה אפשרית שתיטיב עם המערער. לאחר שבחנתי את הראיות, לא מצאתי להתערב בממצאי המהימנות של דעת הרוב. המתלוננת חזרה על עיקרי גרסתה שוב ושוב. היא נזהרה מלייחס למערער דברים שלא עשה. מאחר שהעימות ביניהם צולם, יכולתי להתרשם במישרין מהתנהגות המתלוננת בו (ע"פ 3250/10, בעמ' 497). אומנם את תגובות המערער אין רואים (אף ששומעים), אולם בשלב זה אני בוחן את ההתרשמות מהמתלוננת בלבד. ניכר שהמעמד היה קשה עליה. היא בכתה. רגלה רעדה. כשהמערער אמר דברים שהיא ראתה בהם

שקרים – דברים שהיום גם המערער אינו טוען שהם אמת – היא הגיבה בחוסר אמון, בכעס, בתסכול. היא תיקנה אותו ועימתה אותו עם גרסתה. היא עמדה בהתרגשות רבה על שלה. כל אלה יוצרים רושם של אמון רב בדבריה.

40. לפני שאדון בממצאים על התנגדות המתלוננת, אציין התרשמות נוספת שעולה מחומר הראיות ושיש לה השפעה על המשך הדיון. כידוע, את ההתנהגות של נפגעות ונפגעי עבירת מין יש לבחון לפי נסיבותיהם, גילם, ניסיון חייהם, תפיסת עולמם, אישיותם וכדומה, ולא לפי קנה מידה של "נפגעת או נפגע סבירים" (למשל ע"פ 6773/17 זליג נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (3.4.2019); ע"פ 7082/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (10.3.2011) (להלן: ע"פ 7082/09)). המערער הוא אדם מבוגר. המתלוננת הייתה נערה בת כ-14 שנים בעת המעשים. בני משפחתה של המתלוננת הכירו את המערער, שהפעיל את החנות השכונתית, ונהגו לרכוש ממנו מצרכים לעיתים מזומנות. גם המתלוננת נהגה לפקוד תדיר את חנותו, ואף נשלחה באופן תדיר לבצע קניות בחנות על ידי הוריה. בשל אופייה וחששה מאביה, כמו גם בשל איומי המערער, ביקשה המתלוננת לשמור את המעשים בסוד מפני בני משפחתה, ולא סיפרה להם עליהם במשך חודשים ארוכים. מצרף עובדות זה יש בו כדי להבהיר מדוע המשיכה המתלוננת לפקוד את החנות גם לאחר שנפלה קורבן למעשי המערער, ולא הדירה רגליה ממקום הפגיעה. שינוי בדפוסי התנהגותה, על דרך של סירוב ללכת לחנות, עלול היה לעורר סימני שאלה, והיא הייתה נדרשת לספק הסברים. כדי להימנע מכך, העדיפה המתלוננת להמשיך להתנהג כדרכה, ואף הייתה נכונה לסבול קשר עם התוקף, ובלבד שלא לעורר תהיות אצל בני המשפחה. דעת הרוב בבית המשפט המחוזי התרשמה התרשמות דומה.

41. בחוות הדעת של השופטת סלוטקי יש כמה ביטויים להתנגדות המתלוננת: בשעת האונס היא בעטה במערער (השופטת סלוטקי ראתה בזאת חיזוק לאמינות המתלוננת שכן היא הסתפקה בכך ולא העצימה את תיאורי ההתנגדות הגופנית) וביקשה ממנו להפסיק; לאחר האונס הציע המערער למתלוננת לשכב בהסכמה, עדות לכך שבאונס לא הייתה הסכמה (עמ' 39–41 להכרעת הדין). השופטת סלוטקי מצאה תמיכה למהימנות המתלוננת בכך שהיא סיפרה פרטים שעלולים לפגוע בגרסתה: המערער השאיר את מפתח החנות במנעול, והמתלוננת ביקשה מהמערער לעזור לה לפתוח עטיפת ארטיק תשעה חודשים לאחר האונס, וימים ספורים לפני השיפתו (עמ' 42 להכרעת הדין). השופט אינפלד התמקד בחוות דעתו בסתירת הטענה שהמתלוננת והמערער קיימו יחסים בהסכמה. לטעמו, עדות המתלוננת – שכלולה בה גרסת העדר ההסכמה – משכנעת מעל לספק סביר (עמ' 79 להכרעת הדין).

42. לאחר שעיינתי בראיות ובחנתי אותן גם למול הגרסה החדשה, לא ראיתי עילה להתערב במסקנות של דעת הרוב בבית המשפט המחוזי. אני מסכים לנימוקים של השופטת סלוטקי. עליהם אוסיף את ההתרשמות מהמתלוננת בעת העימות בינה למערער (כאמור לעיל). היא סיפרה על מעשים שהעידו בבירור על חוסר הסכמה. בציטוט הראשון שאביא היא דיברה על אירוע האונס, ובשני – על מקרה של הטרדה מינית:

קודם כול אמרתי לך שתפסיק, ניסיתי להדוף אותך ממני ואני לא הצלחתי... ברגע שאמרתי לך, ברגע שאמרתי לך [מילים לא ברורות] אמרתי לך להפסיק (דקות 17:30–30:25 בסרטון העימות. ראו עמ' 15, ש' 35–38 לתכתוב העימות).

אתה רוצה להגיד לי שלפני חמישה ימים שבאתי אליך לחנות, לחנות, וקניתי שתי קופסאות סיגריות לאימא שלי, אתה אשכרה רוצה להגיד לי שלא אמרת לי אני רוצה לגעת בכך פעם אחרונה, ואני אמרתי לך שלא? (דקות 18:32–32:29 בסרטון העימות. ראו עמ' 16, ש' 37–39 לתכתוב העימות).

המתלוננת העידה גם בבית המשפט על העדר ההסכמה, למשל:

עו"ד משה מרוז: אני רוצה להבין. את הראית לו שאת לא רוצה את המגע הזה?
המתלוננת ל': ברור. אבל הוא אמר לי פשוט ש... קודם כל שאני אעשה את זה ואחר כך אני אגיד מה דעתי.

עו"ד משה מרוז: אז מה אמרת לו כשהוא אמר את זה?
המתלוננת ל': אני אמרתי לו שזה לא יהיה לי כיף לא עכשיו ולא אחר כך. שזה קרה ללא הסכמתי. אפילו אחרי שזה קרה הוא שאל אותי אם נהניתי והתשובה שלי הייתה שלילית.

...

עו"ד משה מרוז: ... האם את הבהרת לו תוך כדי המגע שאת לא רוצה את זה? האם אמרת לו תפסיק, אני לא רוצה, אני אתלונן עליך, אתה מנוול, האם את נתת לו להבין שזה לא לרוחק?
המתלוננת ל': כן. מזה שניסיתי להתרחק, כן הוא הבין, הוא אמר להבין.

...

המתלוננת ל': אני יודעת שהוא ראה שהתנגדתי. אני יודעת שאני לא נהניתי (ש' 5–20 לעמ' 126 לפרוטוקול. ראו גם ש' 1–11 לעמ' 369, ש' 1–9 לעמ' 376 לפרוטוקול).

כל האמור מלמד על חוסר הסכמה של המתלוננת למעשי המערער. ויודגש, גם התנגדות שאינה פיסית וניסיונות להתחמק מצביעים על העדר הסכמה (ע"פ 132/10 טוואצ'און נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (5.9.2011); ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 888 (2001)), לא כל שכן מעשים אקטיביים דוגמת אלה שהמתלוננת תיארה – אמירת "לא", ניסיון להדוף את המערער מעליה, בעיטה במערער. על כל אלה הגיב המערער לאחר מעשה, לגרסת המתלוננת, בפרשנות שלפיה סירוב משמעו הסכמה "אבל לא עד הסוף", ובאמירות שלפיהן "כדאי לי לעשות את זה פעם הבאה איתו כשזה בהסכמתו" – התייחסות מזלזלת ומשפילה, המתעלמת מרצונה הממשי של המתלוננת, והמלמדת על מודעות להעדר הסכמה בעת המעשה. משגרסת המתלוננת בעניין זה זכתה לאמון מספיק, ובהצטרף יתר קביעות העובדה של בית המשפט – יש לכאורה די ראיות לקבוע כי המעשים נעשו שלא בהסכמה, וכי המערער היה מודע היטב לכך.

(ב) העלאת ספק סביר: כיצד?

43. מכל האמור עד כה עולה כי התביעה עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח כי המערער עשה במתלוננת עבירות מין שלא בהסכמתה. אולם המערער טוען שחלק מהראיות מתיישבות גם עם האפשרות שהמתלוננת הסכימה למעשים, ולכן קם לשיטתו ספק סביר בעניין זה. הראיות בענייננו ישירות ולא נסיבתיות. כאן הספק הסביר, להבדיל מספק סתם, דורש עיגון של ממש במכלול חומר הראיות, באופן שמערער את מערך הראיות לחובת הנאשם, עד שקם ספק סביר שמא המעשים נעשו בדרך שההגנה טוענת לה (עניין אבו עטא, בפסקה 7; ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוטוב, פסקה 12 לפסק הדין של השופט א' א' לוי (13.9.2005)). על כן אין די בכך שראיות מסוימות מתאימות גם לתרחיש עובדתי אחר. יש לבחון את שאלת ההסכמה על רקע מערך הראיות כולו, ולהכריע אם האפשרות כי המעשים נעשו בהסכמה היא בגדר אפשרות סבירה.

44. דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי תמכה בכמה טענות את הגרסה שלפיה הסכימה המתלוננת למעשי המערער. המערער הוסיף עליהן בערעורו. אדון תחילה בכל טענה לעצמה. לבסוף אבחן אם הן מערערות את המסקנה המרשיעה שעולה מהראיות האחרות.

(ג) הטענות בדבר הסכמה

45. סוגיה ראשונה היא סוגיית המסרונים. גם השופט אינפלד ציין שזו "התמיהה היחידה שיש לה משקל ממש" (עמ' 84 להכרעת הדין). התמיהות בעניין זה נחלקות

לשניים: ראשית, לא ברור מדוע המתלוננת הכחישה ששלחה למערער מאות מסרונים, להבדיל משיחות טלפון; שנית, המתלוננת המשיכה לשלוח למערער מסרונים גם לאחר שלא נדרשה עוד להיות עימו בקשר משהופרך חששה בקשר לקבלת וסת. השופט חזק סבר כי כל אחת מהתמיהות הללו עשויה להצביע על כך שהמתלוננת ביקשה להסתיר ראיות לטיב יחסיה עם המערער, כלומר לכך שהיחסים המיניים ביניהם היו בהסכמה.

את סוגיית המסרונים יש לבחון על רקע הראיות והנסיבות כולן ובשים לב לכלל שהתנהגות של נפגעת עבירת מין אינה בהכרח זו שצופה מן הצד מצפה לה (ע"פ 3217/14 שמ"י נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (31.7.2016) (להלן: עניין שמ"י)). לאחר בחינה יסודית של עניין זה מצאתי שאין בכוחן של התהיות שהועלו בעניין המסרונים כדי להקים ספק סביר באשמת המערער. ראשית, השופטת סלוטקי הצביעה על כך שהמתלוננת הבחינה בין שיחות שניהלה עם חברים למסרונים עם אחרים ("מיוזמתי לשלוח לו הודעות כמו עם חברים, זה לא יכול להיות בחיים", כמובא לעיל), וטענה שלא יזמה שיחות מהסוג הראשון דווקא; שנית, המתלוננת אישרה שהיו שיחות בינה למערער ולא הכחישה לחלוטין קשר ביניהם. היא אף אמרה במפורש בעימות שהיא מקווה שהחוקרים הוציאו את פירוט השיחות שלה עם המערער (ראו עמ' 54 ו-85 להכרעת הדין. כמו השופטת סלוטקי, אני סבור שמילים אלו נשמעות בהקלטה). משמע: המתלוננת הודתה שהייתה תקשורת בינה למערער וידעה שיתגלו ראיות לכך. היא לא הסתירה את עצם התקשורת, והמינוח המדויק אינו מעלה ואינו מוריד; שלישית, כפי שהראו השופטים סלוטקי ואינפלד, עיון בתאריכי המסרונים מעלה שדפוס ההתכתבות בין הצדדים השתנה. תחילה המתלוננת יזמה את עיקר המסרונים, ואחר כך המערער היה היוזם. מועד השינוי עולה בקנה אחד דווקא עם הגרסה שלפיה המתלוננת יזמה תקשורת בעניין החשש שנכנסה להיריון, והמערער יזם שיחות לאחר שוך החשש; רביעית, כפי שכבר נזכר, המתלוננת ביקשה לשמור בסוד את שעשה לה המערער, ועל כן לא ניתקה באופן מוחלט כל קשר עם המערער. משבחרה בדרך זו, ממילא לא ניתן ללמוד דבר מעצם העובדה שהמשיכה לענות גם למסרונים ממנו (כמובהר, את תוכן המסרונים לא היה ניתן לאחזר, ועל כן יש לפנינו ראיות רק לעצם קיומו של קשר מסרונים – לא לתוכנו).

46. סוגיה נוספת עניינה התנהגות המתלוננת לאחר המעשים. השופט חזק ציין שהיא שבה לחנות פעמים רבות לאחר עבירות המין. המערער הוסיף שהיא ביקשה ממנו סיוע בפרשות הכספומט והארטיק. פעולות אלו עשויות להצביע, כך נטען, על שהיא הסכימה למעשי המערער, שאחרת הייתה נמנעת מקשר עימו. אף טענות אלו יש לבחון על בסיס המאפיינים של המתלוננת. החנות של המערער הייתה קרובה לבית של המתלוננת (ההגנה העלתה אפשרות לרכוש בחנות שקרובה לבית הספר של המתלוננת, אולם היא רחוקה

ואינה במסלול ההליכה של המתלוננת. ש' 15 בעמ' 76–ש' 23 בעמ' 77 לפרוטוקול). המתלוננת ובני משפחתה נהגו לרכוש מוצרים בחנות של המערער. כפי שכבר צוין, אילו הייתה המתלוננת משנה ממנהגה, הקניות היו אורכות זמן רב יותר. היא הייתה מעוררת בהם חשד שמהו אירע – אותו חשד שהיא ביקשה להימנע ממנו (ראו למשל ש' 16–20 בעמ' 78 לפרוטוקול). אין זהו ההליך הפלילי הראשון שבמהלכו עולה כי נפגעות ונפגעי עבירת מין שבים ונפגשים עם מי שפגע בהם (השוו למשל לע"פ 1647/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 43 (9.1.2019)) או ממשיכים לבקר בחנות שלו (ע"פ 7082/09, בפסקה 5). משהייתה בחנות של המערער ונזקקה לסיוע בפרשות הכספומט והארטיק, טבעי שתבקש סיוע מהאדם היחיד שנמצא במקום (בפרשת הכספומט) או מנותן השירות העיקרי במקום (בפרשת הארטיק). באלה, כשלעצמם, אין כדי ללמד על כך שנתנה הסכמתה ליחסים בעלי אופי מיני עם נותן השירות.

47. שתי הטענות הבאות שהעלה השופט זקן הן טענה בסיסית וטענה שנכנית על גביה. ראשית, המתלוננת טענה שבמקרים הרבים של מעשים מגונים נגע המערער באיבר מינה וביקש שתבדוק אם בא לקוח. יכול להיות שאם היו מקרים רבים כאלו, היא הסכימה. שנית, אם ההטרדות היו בהסכמה, אפשר שגם האונס (שהמתלוננת תיארה כהתפתחות לאחר ההטרדות והמעשים המגונים) היה בהסכמה. הינה כי כן, לפי הטענה הראשונה, ריבוי המעשים וריבוי "שיתופי הפעולה" של המתלוננת עם המערער בכך שווידאה שאין רואים אותם, עשויים להעיד על הסכמה. כפי שהסביר השופט אינפלד, ההפך הוא הנכון. מחד גיסא, המתלוננת לא הייתה מעוניינת במעשי המערער, כפי שלמדים מעדותה. מאידך גיסא, היא גם לא הייתה מעוניינת בחשיפת המעשים הללו, וחששה כי עצם גילויים יטיל עליה אור שלילי. המערער ניצל זאת כדי שתסייע לו בהסתרת המעשים. לא שיתוף פעולה והסכמה יש כאן, אלא ניצול וכפייה. כך נשמט הבסיס גם מתחת לטענה השנייה. "שיתוף הפעולה" בהסתרת ההטרדות המיניות בוודאי אינו מלמד על הסכמה לקיום יחסי מין.

48. שתי טענות נוספות של השופט זקן קשורות זו לזו. ראשית, המתלוננת מסרה לנשים שונות מקומות שונים שבהם התרחש האונס. שנית, המתלוננת תיארה תחילה שבמהלך האונס ישב המערער על כיסא, ולאחר מכן הכחישה פרט זה. לדעת השופט זקן, ההבדלים בתיאורים מצביעים על האפשרות שהמתלוננת והמערער קיימו יחסי מין כמה פעמים, והיא תיארה לאחר מכן לכל אחת מבנות שיחה ובשלבים שונים מקרה אחר של קיום יחסי מין. ריבוי המקרים מצביע גם כן, לפי הטענה, על הסכמה שלה למעשים. לדעתי, אין לייחס להבדלים בגרסאות המתלוננת את שמבקש הטוען ללמוד מהם. כאמור,

המתלוננת נזהרה שלא לייחס למערער דברים שלא אירעו. קשה ליישב זאת עם טענה סתמית שהיא הסתירה מקרים של יחסי מין בהסכמה. לבד מכך, השופטת סלוטקי והשופט אינפלד תירצו היטב את ההבדלים שתוארו. השוני בתיאורי מקום האונס מקורו בפרשנויות שונות של העדות למה שאמרה להן המתלוננת. סוגיית הכיסא – שבניגוד לסברת השופט זק, אינו פרט "אינסטרומנטלי" – מדגימה שעדים עשויים להתקשות לזכור פרטים מסוימים בעדותם. על כל פנים, היא ממחישה שהמתלוננת ידעה להתעקש בעדותה לא להוסיף פרטים שלא זכרה באותה עת.

49. שאלת ריבוי המעשים מובילה לטענה אחרת. המתלוננת התלוננה במשטרה על שני מעשים מגונים, ובבית המשפט טענה שהיו מעשים מגונים רבים. המתלוננת תירצה זאת בכך שבחקירתה במשטרה היא חששה פן דבריה לא יישמעו אמינים. לדעת השופט זק, יש חשש שגם במקרים אחרים השמיטה המתלוננת פרטים. הואיל ודחיתי לגופן טענות אחרות להשמטת פרטים, איני מוצא כוח משכנע בטענה זו. יתר על כן, שופטי הרוב הבהירו את דברי המתלוננת. היא חששה לסתור את עצמה בחקירה במשטרה שכן ניהל אותה חוקר "קשה" להתרשמותה, שלא כתב דברים שאמרה, וממילא בחקירה מאוחרת טענה לפני אותו חוקר שהשמיט חלקים מדבריה. יותר מהדרוש ובחריגה מעובדות המקרה שבו עסקינן, אוסיף את הברור מאליו: גם אם שניים מקיימים יחסי מין כמה פעמים, אין זו ראיה מכרעת לכך שבכל אחת מהן הייתה הסכמה של שניהם לקיום המעשים. יש לבחון כל מקרה לגופו, כאמור לעיל (למשל ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (11.2.2015)).

50. המערער העלה קושי אחר בעדות המתלוננת. לדבריו, היבטים מסוימים בתיאור האונס עולים בקנה אחד עם קיום יחסי מין בהסכמה. לדעתי, אין מדובר בקושי של ממש. אפרט בנפרד כל אחד מההיבטים האמורים ואת התייחסותי אליו:

א. לפני האונס שם המערער שלט "לא להפריע" על הדלת – ואולם בין שהמערער קיים יחסי מין עם המתלוננת בהסכמה ובין שבכפייה, אין פלא שביקש למנוע מאחרים להיכנס לחנות בזמן מעשה.

ב. המערער נעל את החנות אך השאיר את המפתח במנעול – לכאורה, הותרת המפתח בדלת תקל על המתלוננת לפתוח אותה ולהימלט אם אינה מעוניינת להישאר במקום. אלא שהמערער הפעיל על המתלוננת כוח גופני (משך אותה לאחורי החנות, תפס אותה והחזיק את ידה. ש' 28 בעמ' 27–ש' 23 בעמ' 28 לפרוטוקול) והשפעה לא

גופנית (לנוכח פער הגילים ביניהם והיחסים החברתיים שברקע היכרותם, כאמור לעיל). זמינות המפתח – עד שהמתלוננת תגיע אליו מהחלק האחורי של החנות – לא הייתה אמורה לעמוד לרועץ למערער.

ג. לדברי המתלוננת, האירוע היה עשוי להיראות לצופה כאילו שניים מקיימים יחסי מין – ואולם חשש זה של המתלוננת הוא רק ביטוי אחר לרתיעתה מפני חשיפת המעשים, ומפני הדרך שבה הם עלולים להתפרש על ידי הסביבה, ואין בו כדי ללמד שהם נעשו הלכה למעשה בהסכמה.

לסיכום, שלושת ההיבטים שציין המערער הם נייטרלים בשאלת ההסכמה. אין בהם כדי לשנות את ההתרשמות הברורה מראיות אחרות שהמתלוננת לא הסכימה למעשי המערער.

51. טענה אחרונה נוגעת בטעם אפשרי לכך שהמתלוננת טפלה עלילה על המערער. המתלוננת ואביה העידו כל אחד שהאב ראה שהמתלוננת מתעכבת לחזור מביקוריה בחנות ורצה לעקוב אחריה. האב הוסיף שהוא שמע שהיא לא קיבלה וסת (אפשר שלא האיחור שתואר בכתב האישום), וחדש. לדעת השופט חזק, יכול להיות שהמתלוננת לא רצתה שאביה יכעס על שקיימה יחסי מין עם המערער בהסכמה, ולכן התלוננה על עבירות מין בכפייה. אף בטענה זו אין כדי לשכנע כי יש להטיל ספק בגרסת המתלוננת כי המעשים נעשו שלא בהסכמתה. ראשית, האב הבהיר בעדותו שלא חשד שמתנהל קשר בהסכמה בין המתלוננת למערער. הוא חשד "שיש פה משהו מסתורי... מעשים מגונים, דיבורים, אני לא יודע מה בדיוק אונס אני לא יודע בדיוק" (ש' 11, 13 לעמ' 213 לפרוטוקול). שנית, גם אם הטענה היא שהמתלוננת לא ידעה שאביה חשד או במה חשד, והיא חששה חשש כללי שיִדע על קשר בהסכמה – טענה זו אינה מתיישבת עם התנהלות המתלוננת. המתלוננת חשפה את המעשים לאחרים כעבור זמן רב בלי שכפו זאת עליה (האב או אדם אחר). היא יכלה לשמור לעצמה את הקשר (המוסכם, לפי הטענה) שלה עם המערער. עצם החשיפה ואופן החשיפה סותרים את טענת החשש מגילוי קשר מוסכם.

52. לסיכום פרק זה: המערער הציג טענות שונות לתמיכה בגרסתו שהמתלוננת הסכימה למעשים. בחנתי בפירוט את טענותיו בהקשרן הראוי ועל בסיס מארג הראיות הכולל. בחינה זו העלתה כי חלק מטענות המערער אינן מבוססות בחומר הראיות (כך בנוגע להשערה בדבר ריבוי מקרים של יחסי מין ולחשש לטפילת עלילה על ידי המתלוננת). אחרות נסמכות על עובדות הנתמכות בראיות, אולם העובדות הללו אינן סותרות את גרסת המתלוננת, ואינן מלמדות על הסכמה מצידה, שכן ניתן ליישב אותן

היטב עם האפשרות שהמעשים נעשו בניגוד לדעתה, ולמעשה אפשרות זו היא שמסבירה אותן בנסיבות העניין (כך, בנוגע לסוגיית המסרונים, התנהגות המתלוננת לאחר המעשים, שיתוף הפעולה בהסתרת המעשים ותיאור מעשה האונס על ידי המערער).

53. לבסוף, שקלתי גם את הצטברות הטענות כולן למול הראיות. גם כעת לא מצאתי שיש בהצטברות כדי להקים ספק סביר, להבדיל מאפשרות בלתי סבירה, שלפיו המתלוננת הסכימה לקיום יחסי מין עם המערער. ויובהר, את סבירות האפשרות כי המערער הסכימה למעשי המערער יש להעריך על רקע מכלול הנסיבות והראיות, ובהם פערי הגילים העצומים שבין הצדדים, עמדתה העקבית של המתלוננת כי המעשים נעשו בניגוד לרצונה, אמינות המתלוננת לעומת חוסר אמינות המערער, נסיבות חשיפת המעשים והעדר כל מניע למתלוננת לטפול עלילה במערער. בשים לב לכל אלה, גם אם נניח כי קיימת אפשרות שהמעשים נעשו בהסכמה, הרי שהשתכנעתי כי זו אפשרות קלושה ובלתי סבירה, שאינה מקימה ספק סביר המצדיק את קבלת קו ההגנה החדש שנקט המערער בערעור.

4. הערעור על גזר הדין

54. כידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שנפלה בהם טעות מהותית בגזר הדין או סטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת (ע"פ 3473/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (8.4.2019) (להלן: ע"פ 3473/17); ע"פ 4813/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (6.6.2018) (להלן: ע"פ 4813/17)). אשר לטענות בדבר מתחם העונש הנכון, יש לערכאה הדיונית מרחב גמישות בבחינת המתחם, בעיקר אם העונש הסופי לא חרג מהראוי (ע"פ 1299/17 דוויאת נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (13.1.2019); ע"פ 3877/16 ג'באלי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.11.2016)). עניינו של המערער אינו נמנה עם המקרים החריגים שמוצדקת בהם התערבות בעונש או במתחם הענישה.

55. המערער עבר עבירות חמורות ורבות. הוא כפה את גחמותיו על נערה צעירה במשך תקופה לא קצרה. הוא ניצל את חולשותיה, את תמימותה ואת פער הגילים העצום ביניהם. הוא לא שעה לסירובה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, הוא פגע בגופה ובנפשה. בעבירות מין נוהגת, ובצדק, מדיניות ענישה מחמירה (ע"פ 4813/17, בפסקה 16). לעיתים נקבעו על אינוס קטינות מתחמי ענישה מחמירים אף יותר מזה שנקבע למערער (ע"פ 3473/17, בפסקה 30). על רקע כל אלה ועל רקע פסקי הדין שהביא בית המשפט המחוזי בגזר דינו, לא מצאתי עילה להתערב במתחם הענישה שנקבע. בית

המשפט המחוזי סקר את כל הנסיבות המחמירות והמקילות. הוא נתן משקל לנסיבות האישיות של המשיב, כגון גילו ועברו הנקי, ולנזקים שנגרמו לו ולמשפחתו. מטעמי צנעת הפרט לא ארחיב את תיאורם. מנגד, המערער לא קיבל על עצמו אחריות למעשיו. גרסאותיו מתחילת החקירה ועד לשלב המתקדם של הערעור התפתחו בהתאם להערכתו איזו גרסה תועיל לו בשלב זה בהתאם לתמונה הראייתית שהלכה ונגלתה לו. בסיכום הכולל העונש שנקבע למערער אינו חמור, ודאי לא במידה שמצדיקה התערבות של ערכאת ערעור. גם את הערעור על גזר הדין יש לדחות.

ז. הערות על התנהלות החקירה

56. עבירת מין פוגעת בנימי הנפש של הנפגע או הנפגעת. היא חודרת למרחב הפרטי ביותר של הווייתם. הפגיעה בנפגעי עבירה קטינים עלולה להיות חמורה יותר. כך לדוגמה גיל ההתבגרות הוא שלב שברירי בהתפתחות האישית שבו מתעצבת האישיות (ע"פ 5090/18 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 10 (18.11.2018); ע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (11.11.2018)). משום כך נדרשת רגישות גבוהה בחקירת עבירות מין, בעיקר אם הנפגעים הם בגיל ההתבגרות או בגיל צעיר יותר. למרבה הצער, בהיבטים מסוימים לא כך התנהלה החקירה בענייננו. קשיים אלו לא פגעו בהגנת המערער, אולם יש מקום להעיר עליהם לבל יישנו להבא.

57. החקירה הראשונה של המתלוננת התקיימה בכואה להגיש תלונה. זמן קצר לפני כן נחשפו המעשים לפני בני משפחתה, ולכן המתלוננת הייתה בלחץ. היא נדרשה למסור פרטים אינטימיים על מה שנעשה לה. על אף הרגישות שנדרשה בחקירה זו, היא התקיימה באופן לקוי, הן מבחינה אנושית והן מבחינה מקצועית. ראשית, החוקר הקליד את דברי המתלוננת. אם היא דיברה במהירות הוא לא הספיק להקליד את דבריה. פרטים שונים נשמטו. לאחר מכן נשאלו שאלות על השמטת פרטים או על התפתחות עדותה אף שהיא מסרה את הדברים כבר בתחילת החקירה. לא ברור מדוע חקירה זו לא הוקלטה באמצעי וידאו, ולמצער אודיו, כדי שגביית העדות הראשונה, שחשיבותה כידוע רבה, תהיה שוטפת וחופשית, ועל מנת שניתן יהיה לתעד את הדברים הנאמרים כהלכה; שנית, המתלוננת הגיעה לתחנת המשטרה בשעת לילה מאוחרת (סביב 23:00). היא נחקרה במשך שעות ארוכות. יש חשיבות בחקירה מיידית של תלונה. אולם חקירה ארוכה של מתלונן צעיר באישון לילה עלולה להתיש אותו, לגרום לו תחושת אי נוחות ולפגום ביכולתו למסור תיאור מלא של האירועים. במקרים מתאימים שאין בהם בהילות, אפשר לשקול חקירה ראשונית של עיקרי האירוע והצעה לשוב ביום הבא להמשך חקירה מקיפה. כמובן, אין ליצור אצל המתלונן רושם שמזלזלים בעדותו או שדוחים אותו בקש.

58. אם בחקירה הראשונה נפלו פגמים, הרי שהעימות נוהל באופן לקוי מיסודו. צפייה בו מעוררת תחושות קשות. הוא נראה כסרטון הדרכה כיצד אין לקיים עימות. המדובר בעימות בין גבר מבוגר לקטינה, שטרם מלאו לה 15, המתלוננת נגדו על עבירות מין. בחדר נוכחים, פרט למתלוננת ולנאשם, חוקרים גברים בלבד. חלקם אינם קשורים כלל לפרשה, והללו נראים עסוקים בענייניהם. אנשים (ככל הנראה שוטרים וחוקרים אחרים) נכנסים ויוצאים מהחדר במהלך העימות ללא הפסקה, מפריעים לעריכתו ולעיתים קוטעים אותו. ברקע נשמעות שיחות טלפון של החוקרים האחרים שאינן קשורות לעימות, ומדי פעם נשמעים קולות צחוק שאינם שייכים רק למערער, אלא ככל הנראה לחוקרים אחרים הנוכחים בחדר (אשר דמויותיהם לא צולמו). כל אלה יוצרים תחושות של אי סדר, חוסר רצינות, ומעל לכול חוסר רגישות, כלפי מעמד העימות. עימות מתלוננת עם חשוד בעבירות מין הוא מצב רגיש וקשה, ונדרשות במהלכו רצינות ורגישות רבה. הדברים נכונים ביתר שאת עת מדובר במתלוננת קטינה.

נוסף על כך, המצלמה המנציחה את העימות אינה מתעדת כלל את המערער, אלא מצלמת בעיקר את המתלוננת. איכות ההקלטה ירודה במידה חריגה. השמע עמוס ברעשי רקע ואינו ברור. יש פערים רבים בין הדוח הסופי של העימות להקלטת השמע ותכתוב התקליטור.

59. עימותים בין מתלוננת בעבירת מין לחשוד צריכים להתנהל התנהלות שונה לחלוטין. יש לקיים את העימות בחדר נפרד ושקט יחסית, המבודד מפעילות משטרתית נוספת; במהלך העימות צריכים להיות נוכחים במקום הגורמים הרלוונטיים לחקירה בלבד, ועליהם לוודא כי העימות יתקיים ללא הפרעות מיותרות; יש להקפיד על התנהלות רגישה, המכבדת את המתלוננת ומתחשבת בפרטיותה וברגשותיה; כאשר המתלוננת היא אישה רצוי כי תהיה נוכחת בחדר אישה נוספת במעמד העימות, וכאשר מדובר בקטין או בקטינה, במידת האפשר בן משפחה לפי בחירתם; חשוב לצלם את העימות באיכות גבוהה (ולכל הפחות סבירה), והתיעוד צריך להתייחס הן למתלוננת, הן לחשוד.

60. סוגיה נוספת הנוגעת לאופן התנהלות החקירה היא הוצאת פרטי השיחות והמסרונים שהוחלפו בין המתלוננת למערער. הסוגיה עלתה כבר בחקירה. משום מה לא הוצאו במהלכה כל הפרטים הנדרשים. כך, רק בישיבה מתקדמת מאוד בהליך המשפטי, שבה גם הורה בית המשפט לצדדים להגיש סיכומים, הוציא בית המשפט צו – לבקשת ההגנה – שיחייב חברת טלפון להמציא איכונים של הטלפון הנייד של המערער בשיחותיו

למתלוננת ופירוט המסרונים ששלח לה. תוכן המסרונים לא הוגש עד היום, ונראה כי אין הם ניתנים לאחזור. לא ברור מדוע לא התבקשו במהלך החקירה ראיות אלו.

61. ראוי כי גורמי האכיפה יפיקו את הלקחים הדרושים בכל הנוגע לחקירת מתלוננות בכלל ומתלוננות בעבירות מין בפרט. ומוטב מאוחר מאשר לעולם לא.

ח. סוף דבר

62. בשל כל האמור לעיל אציע לחבריי לדחות הן את הערעור על הכרעת הדין, הן את הערעור על גזר הדין, ולהותיר על כנם את הכרעת דעת הרוב בבית המשפט המחוזי ואת גזר דינו על כל חלקיו.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו של חברי השופט ע' גרוסקופף, וזאת מבלי שאקבע מסמרות באשר לגישה הרצויה בשאלת היחס לגרסאות עובדתיות חלופיות בהליך הפלילי מבין הגישות השונות שהובעו בפסיקת בית משפט זה (ראו למשל ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פסקה 33 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל ופסקאות 12-11 לחוות דעתו של השופט י' עמית (11.11.2012); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקאות 165, 170-176 לחוות דעתה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (10.11.2011); ע"פ 6952/07 רפאילוב נ' מדינת ישראל, פסקאות 19-21 (28.6.2010); ע"פ 3471/08 אבו נאב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (8.1.2009)). במקרה דנן, כפי שתואר בהרחבה בחוות דעתו של חברי, לגרסה החלופית שהציג המערער לפנינו ממילא אין אחיזה מספקת בחומר הראיות בתיק (המבוסס כזכור על ראיות ישירות) ולא מתעורר ספק סביר בדבר אשמתו.

ש ו פ ט

לאחר התחבטות ועיון במכלול החומר שבתיק ובחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף – אני סומך את ידי על התוצאה ועל דרך הניתוח שלו לגבי הכרעת הדין. כן אני שותף מלא להערותיו ביחס להתנהלות החקירה שהתקיימה כאן ולקביעתו כי ראוי שגורמי האכיפה יפיקו את הלקחים הדרושים בכל הנוגע לחקירת מתלוננות בכלל ומתלוננות בעבירות מין בפרט.

באשר לערעור על גזר הדין יש חשיבות לעובדה שהמערער נטל על עצמו עתה אחריות, ולו חלקית, למעשי העבירות שביצע, וכואב הלב שהמתלוננת ז"ל – לא זכתה להיווכח בכך.

בשים לקבלת האחריות החלקית ולמצבו הבריאותי הנוכחי של המערער, כפי שהוצג לנו, וכן בהתחשב במכלול הנסיבות – אם דעתי תישמע – נורה על הפחתת שנת מאסר אחת משבע שנות המאסר לריצוי בפועל שנגזרו עליו, תוך השארת שאר רכיבי העונש שהושתו על כנם.

המשנה לנשיאה

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור על הכרעת הדין. הוחלט ברוב דעות של השופטים עוזי פוגלמן ועופר גרוסקופף נגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה חנן מלצר לדחות את הערעור על גזר הדין.

ניתן היום, ט"ז בסיון התשע"ט (19.6.2019).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה