



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6808/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט א' שטיין

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין מיום 16.5.2018 וגזר הדין מיום
27.8.2018 של בית המשפט המחוזי חיפה בת"פ
29249-02-17 שניתנו על-ידי השופט ד' פיש

תאריך הישיבה: ט"ז באדר א תשע"ט (21.02.2019)

בשם המערער: עו"ד מיכאל כרמל

בשם המשיבה: עו"ד בתשבע אבגז

פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה בת"פ 29249-02-17 (השופט ד' פיש) אשר הרשיע את המערער במעשה מגונה בקטינה שלא מלאו לה שש עשרה שנים, עבירה לפי סעיף 348(ב) בנסיבות של סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין (להלן: חוק העונשין או החוק), במעשה מגונה בפומבי, עבירה לפי סעיף 349(א) לחוק העונשין, וכן במעשה מגונה באדם אחר אשר מהווה עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק ולפי סעיף 348(ג) לחוק. הרשעה זו התייחסה לשלושה אירועים, שפורטו בפרטי אישום נפרדים, ובגינם השית בית משפט קמא על המערער שלוש שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו, וכן מאסר מותנה של שישה חודשים למשך

שלוש שנים לבל יעבור עבירת מין מסוג פשע. כמו כן חייב בית המשפט את המערער לשלם לנפגעת העבירה של מעשה מגונה בקטינה פיצויים בסך של 15,000 ₪.

ערעור זה תוקף את ההרשעה הנ"ל ולמצער מלין על אורכו של המאסר בפועל שהושת על המערער. המערער טוען כי מן הדין לזכותו מכל העבירות בהן הוא הורשע או, לחלופין, מחלקן. למצער, טוען המערער כי מן הדין לבטל או לקצר את עונש המאסר בפועל שהושת עליו.

ההליך קמא

כתב האישום ומועד הגשתו

2. פרט האישום הראשון ייחס למערער מעשה מגונה בילדה בת שמונה וחצי, שהינה קרובת משפחתו מדרגה שניה אשר התגוררה קרוב לביתו (להלן: הקטינה). המדינה טענה כי המערער הציע לקטינה סוכריה ועל ידי כך פיתה אותה לבוא לביתו. שם, חשף המערער בפני הקטינה את איבר מינו, שאלה אם הוא יפה, החל לבצע בו מעשה אוננות והציע לקטינה לגעת בו – והכל לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. הקטינה לא שיתפה פעולה: היא כיסתה את עיניה בידה, ביקשה מהמערער שיתרחק ממנה, פתחה את דלת היציאה מהחדר בו התרחש האירוע ונמלטה לביתה.

3. פרט האישום השני ייחס למערער מעשה מגונה בפומבי, שלטענת המדינה אירע כחודש או כחודשיים לפני שהמערער ביצע את המעשה המגונה בקטינה כאמור לעיל. מדובר במעשה אוננות, שבוצע במקום ציבורי בסמיכות לבית הספר של היישוב בו התגורר המערער: לטענת המדינה, המערער שפסף בידו הימנית את איבר מינו מעל מכנסיו באופן שניתן היה להיווכח באופיו המיני של מעשהו – דבר שנעשה על ידו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

4. לפי פרט האישום השלישי, כשלוש שנים לפני האירועים המתוארים בפרטי האישום הקודמים, המערער עמד בחצרו הגובלת עם הבית בו התגוררה הקטינה (נפגעת העבירה מושא פרט האישום הראשון) יחד עם אמה, אביה ואחיה. בעמדו כך, החל המערער לשפסף בידו הימנית את איבר מינו מעל מכנסיו באופן שאם הקטינה הבחינה במעשה האוננות. אם הקטינה ביקשה מהמערער שיפסיק את המעשה, אך הלה המשיך בשלו. אם הקטינה הורתה לילדיה לחזור אל ביתם, ובתגובה לכך, חצה המערער את

הגבול שבין שני הבתים והתקרב אל אם הקטינה ואל ילדיה כאשר הוא ממשיך במעשה האוננות בחצר ביתם – דבר שנעשה על ידו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

5. כתב אישום זה הוגש כחמישה עשר חודשים אחרי האירוע המתואר בפרט האישום הראשון, כשבעה עשר חודשים אחרי האירוע המתואר בפרט האישום השני, וכארבע וחצי שנים אחרי האירוע המתואר בפרט האישום השלישי. עיכוב זה נבע מכך שאם הקטינה – העדה שאין בלתי – נמנעה מלהגיש את תלונתה למשטרה מחמת לחצים שהופעלו עליה על ידי בני משפחתה, שהינם גם בני משפחת המערער. כפי שקבע בית משפט קמא – ובזאת לא נתערב – אלו האחרונים חפצו לגונן על המערער ולחסוך מעצמם בושה, בפועלם מתוך מניע זה הילכו אימים על אם הקטינה עד אשר אזרה אומץ ופנתה למשטרה (כמתואר בעמוד 20-21 לפסק הדין קמא).

פסק הדין

6. המערער כפר במיוחס לו בפרטי אישום אלו ומשפטו עבר לשלב ההוכחות. הראיות העיקריות שבאמצעותן ביקשה המדינה להוכיח את אשמתו של המערער כללו את אלו:

(1) ביחס לפרט האישום הראשון – דברים שמסרה הקטינה לחוקרת ילדים (להלן: חוקרת הילדים); עדותה של חוקרת הילדים; עדותה של אם הקטינה (להלן: א"ק); ועדות דודתה (אחות אמה) של הקטינה (להלן: ד"ק).

(2) ביחס לפרטי האישום השני והשלישי – עדות א"ק בלבד.

7. ראיות אלה הניחו תשתית עובדתית מקיפה לשלושת פרטי האישום. האמור בראיות אלה ובכתב האישום, חד הם. ככל שראיות אלה אמינות מעבר לכל ספק סביר, מן הדין להרשיע את המערער על יסודן. מאידך, ספק סביר לגבי ראיות כאמור בהכרח מוביל לזיכוי הנאשם בכל אותם פרטי האישום שלגביהם מתעורר הספק. כמו כן ראוי לציין כי פרטי האישום השני והשלישי הם תולדה של תלונת א"ק בנוגע לפרט האישום הראשון, החמור מבין השלושה. א"ק נמנעה מלמסור תלונה למשטרה בקשר לאירועים המתוארים בפרטי האישום השני והשלישי עד אשר התרחש האירוע החמור שמתואר בפרט האישום הראשון.

8. המערער ביסס את הגנתו על עדותו שלו, בה הכחיש את כל המיוחס לו, ועל עדותם של כמה עדים שדבריהם באו להטיל ספק בראיות המדינה.

9. בית משפט קמא מצא את ראיות המדינה אמינות מעבר לכל ספק סביר (עמוד 12 לפסק הדין). בד-בבד, קבע בית המשפט כי "הנאשם עשה כל שלא ידו להרחיק עצמו מהאירועים ותשובותיו לא היו סבירות במרבית המקרים" (עמוד 35 לפסק הדין קמא). כמו-כן קבע בית המשפט כי לפי התרשמותו "העדים מטעם הנאשם העידו עדות מגמתית לטובת הנאשם ונראה שניסו להגן עליו גם במחיר של סילוף האמת" (שם). בית המשפט לא ייחס אפוא לעדויות אלה כל משקל וביסס את הכרעת הדין על הראיות שהציגה המדינה.

10. בעקבות הרשעה זו בכל פרטי האישום, השית בית משפט קמא על המערער את העונשים המפורטים לעיל, ומכאן הערעור שלפנינו.

הערעור

טענות הצדדים

11. כפי שכבר ציינתי, המערער טוען כי מן הדין היה לזכותו מכל העבירות בהן הוא הורשע או, לחלופין, מחלקן. למצער, טוען המערער כי מן הדין לבטל או לקצר את עונש המאסר בפועל שהושת עליו. מנגד, טוענת המדינה כי פסק הדין קמא מבוסס כדבעי וכי עונש המאסר שהושת על המערער הוא עונש שקול ומאוזן.

דיון והכרעה

12. בדיון שלהלן, אבחן תחילה את הרשעת המערער ואחר-כך את ייחוס לעונשו.

ערעור על ההרשעה

13. מבחינת דיני הראיות, מעמדה של א"ק ביחס לפרט האישום הראשון – מעשה מגונה בבתה הקטינה – היה זה של עדה רגילה. בית משפט קמא מצא את המערער אשם במעשה עבירה כאמור לא רק על סמך עדות זו, אלא – ובעיקר – בהתבסס על הדברים שמסרה הקטינה לחוקרת הילדים וכן על עדותה של חוקרת הילדים עצמה. כמו-כן סמך בית המשפט את ידיו על עדותה של ד"ק, אחותה של א"ק. עדות זו וכן עדותה של א"ק

שימשו סיוע לדברי הקטינה אשר תיארו את המעשה המגונה שהמערער ביצע בה, לפי דבריה. חיבור זה בין הראיות מעלה לדיון את השאלה האם מדובר בסיוע שמקיים את דרישותיו של סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים). סעיף זה מורה כי "לא יורשע אדם על סמך [עדות קטינה בפני חוקר ילדים – א.ש.] אלא אם יש לה סיוע בראיה אחרת", ובעניינו נפסק כי הוא דורש שהרשעת הנאשם תבוסס על סיוע מהותי (שמידתו מותאמת למשקל עדותו של הקטין) ולא טכני גרידא (ראו: ע"פ 40/85 דקל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 652, 654 (1985); ע"פ 2686/15 בנטו נ' מדינת ישראל, פסקה 53 לפסק דינו של השופט א' שהם וההפניות שם (5.3.2017)). לא בכדי קובע סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, כי שתיקת הנאשם במשפטו, שברגיל כשרה לשמש סיוע לראיות התביעה, לא יהא בה כדי לספק את הסיוע הנדרש לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים. לשאלה זו אדרש בהמשך הדברים כאשר אבחן את הראיות שעל בסיסן הורשע המערער בפרט האישום הראשון: מעשה מגונה בקטינה.

14. עניינם של פרטי האישום השני והשלישי הוא מעשה מגונה אשר פגע, בין היתר, בא"ק, תוך שהוא יוצר אצלה תחושה של ביזוי ואיום. בהקשרו של פרט האישום השלישי, אשר ייחס למערער, בין היתר, מעשה מגונה בא"ק עצמה, היותה של א"ק נפגעת העבירה הינו מובן מאליו. הוא הדין לגבי פרט האישום השני, שעניינו מעשה מגונה בפומבי, אך הדבר טעון הסבר. על היותה של א"ק נפגעת העבירה נשוא פרט האישום השני למדים אנו, בין היתר, מהגדרתו של המונח "פומבי" בסעיף 34כד לחוק העונשין, לפיה:

"פומבי", לענין מעשה –

- (1) מקום ציבורי, כשאדם יכול לראות את המעשה מכל מקום שהוא;
- (2) מקום שאינו ציבורי, ובלבד שאדם המצוי במקום ציבורי יכול לראות את המעשה.

מעשה מגונה בפומבי הוא עבירה שפוגעת באנשים אשר עשויים לראות את המעשה ולחוות תחושה של ביזוי, איום וכיוצא באלה (גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין ד 638-639 (2010)). עדותה של א"ק בכל הקשור לפרטי האישום השני והשלישי נמסרה אפוא כעדות של נפגעת העבירה אשר נשלטת על ידי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). סעיף זה קובע כדלקמן:

"הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין [...] על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו."

15. הוראת דין זו מטילה על הערכאה הדיונית חובת הנמקה שדורשת, בין היתר, התייחסות פרטנית לכל עמימות או סתירה אשר עשויות להטיל ספק ביחס לאמינותה של עדות הנפגע מעבירת מין ולכל קושי אחר שעולה מעדות כאמור – כל אימת שמדובר בעדות יחידה (ראו ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 לפסק דיני (29.1.2019); ע"פ 1965/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (17.8.2016); ע"פ 9930/06 פלוני נ' מדינת ישראל, בעמ' 11-12 לפסק הדין (21.7.2008); ע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל, עמ' 8 לפסק הדין (15.9.2005); ע"פ 4043/93 סמיונוב נ' מדינת ישראל (8.12.1994)). קיומה של הוראה זו נועד לאפשר לערכאת הערעור להעמיד את הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית בבדיקה מקיפה, העולה על הרגיל, ובהתעורר צורך בכך, אף בבדיקת עומק – כל זאת, כדי לוודא שהתשתית הראייתית שעל בסיסה הורשע הנאשם היא תשתית מוצקה המוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי הלה אכן ביצע את העבירות שבהן הורשע (ראו ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל ופסקה ה' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (26.7.2012)). שלא כמו בעניינים אחרים, במקרים של הרשעת נאשם שעליה חל סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות לא נוכל להסתפק באמירה כללית של בית משפט קמא "אני מאמין לעד התביעה ולא מאמין לנאשם" (השוו לע"א 231/72 עזבון שמעון אלמליח נ' זוטא, פ"ד כז(1) 679, 681 (1973)).

16. לעניינים אלה אדרש במסגרת הדיון שיבוא להלן. במסגרתו של דיון זה, אבחן את פרטי עדותה של א"ק אשר היוו בסיס להרשעת המערער בעבירות נשוא פרטי האישום השני והשלישי: מעשה מגונה בפומבי ומעשה מגונה באדם אחר.

פרט האישום הראשון: מעשה מגונה בקטינה

17. הרשעת המערער במעשה מגונה בקטינה הושתתה, כאמור, על הדברים שהקטינה מסרה לחוקרת הילדים, על עדותה של חוקרת הילדים וכן על עדויותיהן של א"ק וד"ק. הקטינה סיפרה לחוקרת הילדים כי המערער הציע לה סוכריה והזמינה לביתו וכי היא נענתה להזמנה זו כיוון שהמערער הוא קרוב משפחה. כמו כן סיפרה הקטינה כי המערער הזמינה להיכנס למטבח הבית וכי שם הוא פשט את מכנסיו ואת תחתוניו, הראה לה את איבר מינו, שאלה אם הוא יפה, ביקשה לגעת בו, והחל לשפשפו באמצעות ידו.

18. דומני כי די אם אסתפק בתיאור זה של דברי הקטינה, שאותם היא מסרה, כאמור, לחוקרת הילדים במסגרת עדותה על פי חוק הגנת ילדים. אם דברים אלו נכונים, ברי הוא כי המערער ביצע עבירה חמורה של מעשה מגונה בקטינה. ודוק: מדובר במעשה מגונה

בקטינה, להבדיל מעבירה חמורה פחות של מעשה מגונה בפני קטינה, מאחר שהמערער שיתף את הקטינה במעשה מיני שעשה לשם סיפוק או גירוי מיני (האבחנה בין שתי עבירות אלה הוסברה באחרונה בפסק דיני בע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2019) (להלן: עניין פלוני)).

19. כמו כן סבורני, כי לא ניתן לפקפק באמינות הדברים של הקטינה. על כך שמדובר בדברים אמינים לעילא ולעילא ניתן ללמוד לא רק מתיאורו האוטנטי של האירוע על ידי ילדה קטנה ומהרושם החיובי שתיאור זה הותיר על חוקרת הילדים. אמינות הדברים שמסרה הקטינה לחוקרת הילדים נלמדת גם מכך שהיא דבקה בתיאור פשוט וגרפי של העובדות ונמנעה מללכת אחרי אמה, א"ק, אשר סיפרה לחוקרי המשטרה, ואף העידה במשפט, כי שמעה מבתה כי המערער ביקש ממנה – בין היתר ויותר מפעם אחת – כי "תטעם" את איבר מינו ועל ידי כך תעשה בו מין אוראלי (ראו פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 28, שורות 4-22). הקטינה נמנעה מלהעצים את חומרת האירוע ועמדה על כך שהמערער לא ביקש ממנה לטעום את איבר מינו, תוך שהיא סותרת את דברי אמה, א"ק.

20. כדי להבין נקודה מרכזית זו, ראוי שנעמיד את דברי הקטינה ואת דברי אמה אלו מול אלו. אם הקטינה, א"ק, מסרה בעדותה בפני בית משפט קמא כי הקטינה אמרה לה ששמעה מפיו של המערער את הדברים הבאים: "בואי תסתכלי, תשימי את היד, תטעמי"; כי "היו הרבה דיבורים"; וכי "זו לא המצאה." (פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 28, שורות 4-5, 20-22). הקטינה, מאידך, מסרה לחוקרת הילדים דברים כדלקמן: "ואז הוא אמר לי יפה בואי ושימי את היד שלך עליו"; "[...] הוא התחיל לומר לי אם זה יפה או לא ובואי תגעי בו"; "[...] התחיל לומר לי [...] בואי תחזיקי אותו"; "כשאמר לי יפה וכל זה אז אמר לי תגעי בו אם את רוצה" (תמליל חקירת הקטינה מיום 1.2.2017: עמוד 5, שורה 24; עמוד 12, שורה 27; עמוד 6, שורה 20; עמוד 10, שורה 19; בהתאמה).

21. חוסר התאמה זה שבין דברי הקטינה לבין עדותה של א"ק מספק חיזוק משמעותי לאמינותם של דברי הקטינה. לצד זאת, אי-התאמה כאמור משליכה על העדות שמסרה א"ק – וזאת לא רק ביחס לפרט האישום הראשון, אלא גם בנוגע לפרטי האישום השני והשלישי שאינם קשורים במישרין לבתה הקטינה; ועל כך אעמוד בהמשך דבריי.

22. לצדה של אי-התאמה זו, אשר מגיעה כדי סתירה ממשית, קיימת אי-התאמה נוספת בין דברי א"ק ואלו של בתה הקטינה. עדותה של א"ק בעניינו של פרט האישום

השלישי ייחסה למערער מעשה אוננות מעל בגדים, שלדברי א"ק נעשה בפניה עת ששהתה עם בנה ובתה הקטינה בחצר ביתם. א"ק מסרה לבית המשפט כי מעשה זה אילצה להבריא את ילדיה אל תוך הבית (ראו פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמודים 13-14, שורות 16-32, ושורות 1-4, בהתאמה), בעוד שהקטינה מסרה לחוקרת הילדים כי לא היתה עדה לשום מעשה כזה (תמליל חקירת הקטינה מיום 1.2.2017, עמוד 14, שורות 11-14). לעניין זה, כמו לעניין הקודם, אדרש בהמשך דבריי, אך אומר בקצרה כבר עתה כי גם הוא מחזק את אמינות הקטינה ומחייבנו לנקוט משנה זהירות ביחס לעדות אמה, א"ק. ניכר הוא, כי הקטינה מסרה לחוקרת הילדים גרסה עצמאית ואמינה שניזונה ממה שראתה וחוותה מבלי להיות מושפעת מהשיחות שניהלה עם אמה, א"ק. באשר לעדותה של א"ק, יש מקום לחשוש שמא היא מעצימה את חומרת מעשיו של המערער ובשל כך לוקה בחוסר דיוק בנקודות חשובות. את החשש הזה יש לבדוק מול הנמקת-מהימנות ביחס לא"ק, שביט משפט קמא חייב היה לספק כמצווה בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, וכך אעשה במסגרת הדיון בפרטי האישום השני והשלישי אשר יבוא להלן. בשלב הנוכחי, אסכם את עניין אמינותם של דברי הקטינה אשר נמסרו לחוקרת הילדים: ברי הוא, כי דברים אלו הינם אמינים מעבר לכל ספק סביר, וכי בית משפט קמא צדק בקובעו כך.

23. כפי שכבר ציינתי, סעיף 11 לחוק הגנת ילדים איננו מתיר לבית המשפט להרשיע נאשם בעבירת מין בהתבסס על עדותו של קטין אשר נגבתה, מחוץ לכותלי בית המשפט, על ידי חוקר ילדים ואיננה נתמכת בראיה המגיעה כדי סיוע מהותי. הווה אומר: באין ראיית סיוע כאמור, בית המשפט יהא חייב לזכות את הנאשם גם כאשר הוא משוכנע מעבר לכל ספק סביר כי הדברים שהקטין מסר לחוקר הילדים הם אמת לאמיתתה. דרישת הסיוע משמשת כאן שסתום ביטחון מפני טעות שיפוטית בייחוס מהימנות לדברי הקטין, בשים לב לכך שדברים אלו מהווים עדות שמיעה שקבלתה כראיה הינה בגדר חריג (ראו סעיף 9(א) לחוק הגנת ילדים; וכן ע"פ 2480/09 פדלון נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לפסק הדין וההפניות שם (7.9.2011)).

24. כידוע, ראיה מגיעה כדי סיוע מהותי כאשר היא באה ממקור עצמאי, החיצוני לעדות שטעונה סיוע – דברי הקטין עצמו אינם יכולים להוסיף משקל למהימנותם – וכאשר היא תומכת בנקודה מהותית כלשהי ביריעת המחלוקת שבין דברי הקטין לבין עדות הנאשם, תוך שהיא נוטה לסבך את הנאשם בעבירה נושא האישום (ראו ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, 204 (1985)). סיוע מהותי כאמור יכול שיימצא גם בשקרי הנאשם במשפט או בחקירתו במשטרה, כל אימת שמדובר בשקר מהותי אשר הופרך על ידי ראיה עצמאית ואשר מצביע על תודעת האשמה אצל הנאשם (כגון שקרים שסופרו על ידי הנאשם במטרה להרחיק את עצמו ממעשה העבירה המיוחס

לו; ראו ע"פ 814/81 אל-שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826, 833-834 (1982) (להלן: עניין אל-שבאב)).

25. ראיית הסיוע שמספקת את דרישתו של סעיף 11 לחוק הגנת ילדים יכול שתימצא גם במצבו הנפשי של הקטין שנפגע מן העבירה (ראו: ע"פ 2608/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 267, 277 (2005); ע"פ 1121/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 353, 361 (1996); וראו גם עניין אל-שבאב, בעמ' 831-833). סבורני כי עם סיוע זה יש לנהוג משנה זהירות: עלינו להקפיד על כך שראיה בנוגע למצבו הנפשי של הקטין הנפגע, אשר משמשת סיוע כאמור, תבוא מתוך עדות מהימנה ותתייחס למצב נפשי שנצפה או נקלט על ידי העד זמן קצר לאחר ביצוע מעשה העבירה או בהזדמנות הראשונה שהיתה לקטין לספר או להתלונן עליו. קיומה של סמיכות זמנים כאמור נחוצה מהטעם הבא: בלעדיה לא ניתן יהיה להבטיח – במידת הביטחון הדרושה לקביעת ממצאי עובדה מרשיעים בגדרו של משפט פלילי – את קיום הדרישה היסודית שראיית הסיוע תבוא ממקור עצמאי לחלוטין שהינו חיצוני לעדותו של הקטין. בהקשר זה, חובה עלינו לזכור את דבריו של מ"מ הנשיא מ' שמגר (כתוארו אז) אשר נאמרו בעניין אל-שבאב:

"[...] מתחייבת גישה זהירה לסיוע מן הסוג המתואר, וכדי להחליט, מה המשקל אותו יש ליחס במקרה פלוני לתיאורו של המצב הנפשי, יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות, ובנוסף לכך גם לשאלה, אם אלו שהבחינו במצב המתואר אכן יכלו להתרשם נכוחה וכהווייתו מקיומו של המצב הנפשי. הדבר חשוב במיוחד במקרים, בהם יש רווח זמן בין האירוע, אליו מייחסים את המצב הנפשי, לבין המפגש עם עד פלוני, המבחין במצב האמור, וככל שחלף, הזמן האמור, גם קטן והולך, בדרך כלל, המשקל הראייתי, אותו יש ליחס להתרשמות, כי משכו של הזמן יכול לעורר ספק, אם דווקא האירוע, שעליו נטב הדיון, הוא הגורם למצב הנפשי ולא עילה אחרת." (שם, בעמודים 823-833; ההדגשות הוספו – א.ש.).

עמדתי בעניין הזה זהה בעיקרה לדברים שאמר השופט נ' הנדל בע"פ 9608/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 14 (7.7.2014), והנני מסכים גם עם התוספת שבדבריו – אותה הוא זיקק מתוך פסקי הדין שסקר בפסק דינו – כי "לא כל מצב נפשי או רגשי דיו כדי לענות על דרישת הסיוע. מהדוגמות המופיעות בפסיקה [...] מתברר כי המצב הרגשי או הנפשי חייב להיות ניכר ולא שולי" (ההדגשה שלי – א.ש.).

26. במקרה דנן, בית משפט קמא שמע מפיה של א"ק כי זו ראתה את בתה הקטינה בסמוך למעשה המגונה, שעליו הקטינה התלוננה, כשהיא "חיוורת, פנים בצבע לימון, ממש צהוב, שיער קצת מפוזר" (פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 7, שורות 15-

14). כמו כן העידה א"ק כי הקטינה רעדה, בכתה ונכנסה להיסטריה (שם, שורות 21-20). בניגוד לתשתית הראייתית הנוגעת לאישומים השני והשלישי, שעליה ידובר בהמשך, עדותה זו של א"ק איננה עומדת לבדה. דודתה של הקטינה, ד"ק, מסרה לבית משפט קמא דברים דומים בהתבסס על מה שראתה במו עיניה, ובית המשפט מצאם אמינים. נוכח האמור בעדויות אלה, אין לי אלא לחזור על קביעת בית משפט קמא כי יש בידינו סיוע מספק לדברים שמסרה הקטינה לחוקרת הילדים. דברים אלו מוכיחים אפוא במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי כי המערער ביצע מעשה מגונה בקטינה כפי שפורט לעיל.

27. בא-כוחו של המערער הלין לפנינו על האופן שבו חוקרת הילדים חקרה את הקטינה, גבתה ממנה הודעה והעריכה את אמינותה. לדבריו, חוקרת הילדים חייבת היתה להשקיע יותר מאמצים בחקר האמת כדי לוודא שלמעשיו של המערער ביחס לקטינה אכן היה אופי מיני. בטענות אלה לא מצאתי ממש. חוקרת הילדים פעלה במקרה דנן בדיוק כפי שאמורה היתה לפעול. היא שוחחה עם הקטינה וגבתה את הודעתה בתנאים שנועדו למזער את המשכה של הפגיעה הנפשית בקטינה, בשים לב למה שעבר עליה, על פי החשד. היא העריכה את אמינותם של דברי הקטינה תוך שימוש בכלים פסיכולוגיים, היגיון וניסיון החיים הכללי, ומסרה לבית משפט קמא את התרשמותה. כך ראוי שיעשה בכל המקרים. ודוק: חוקר ילדים איננו חלק מזרועות החקירה הפלילית, אלא בעל תפקיד ייעודי וייחודי אשר מתווך בין הילד, שעל רווחתו ושלומו הנפשי הוא מופקד, לבין רשויות החקירה והמשפט (ראו ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769, 778 (2002)). אין לי אפוא אלא לשבח את עבודתה של חוקרת הילדים במקרה דנן.

28. אשר על כן, אציע לחבריי כי נדחה את הערעור דנא, ככל שהוא מתייחס להרשעת המערער בפרט האישום הראשון.

פרט האישום השני: מעשה מגונה בפומבי

29. התשתית העובדתית עליה עומדת הרשעת המערער בפרט אישום זה הונחה במלואה על ידי עדותה של א"ק. עדה זו מסרה לבית משפט קמא את תיאור האירוע בזו הלשון:

"האירוע האחרון שזה היה האוננות שלו [של המערער – א.ש.] ברחוב – בצהריים, אני עולה לבי"ס [...] אני עוברת לצד השני של הרחוב, עולה על המדרכה וממשיכה והולכת, איך שאני הולכת מסתכלת קדימה, ישר אנחנו

נתקלים במספרה, אני רואה את [המערער – א.ש.] עומד בחוץ ליד המספרה, ליד דלת המספרה, ומאונן. עושה תנועות על אבר המין שלו מעל הבגדים. מחייך, נעים לו. כל המקרים שראיתי אותו מחייך ונעים לו. נבהלתי איך שאני רוצה להגיב מישהי יצאה מהאוטו שהיה בצד השני של הכביש [...] באה אלי בריצה, נסערת, נרגשת, נבהלת, קוראים לה [ר"מ]. נתתי את השם שלה. מההתרגשות ונסערת פונה אלי: ראית מה שראיתי? מה זה? מישהו עומד שם ועושה דברים? מכירה אותו? איך הוא עושה דבר כזה ברחוב? איח." (פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 14, שורות 8-16).

30. במצב דברים רגיל, עדות כאמור היתה מספיקה להרשעת הנאשם. דא עקא, המצב שלפנינו איננו רגיל: עדותה של א"ק נמצאה אמנם מהימנה ברמה הבסיסית, אך עולה לגביה חשש של העצמת החומרה של האירועים. כמו כן, ואף זאת כבר הסברתי, מדובר בעדות של נפגעת העבירה אשר טעונה הנמקת-מהימנות מפורטת, ככל שבית המשפט מוצא לנכון לסמוך עליה כבסיס להרשעת הנאשם – המערער דכאן. כדי לעמוד בדרישותיו של סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, הנמקה זו חייבת להתייחס לאפשרות של העצמת החומרה של מעשי המערער מצדה של א"ק: בית משפט קמא חייב היה לתת הסבר מדוע הוא מוצא את עדותה אמינה מעבר לכל ספק סביר חרף האפשרות כאמור (ראו ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל פ"ד נו(6) 205, 214-215 (2002); ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 25 (3.7.2007)). בית משפט קמא נימק מסקנה כאמור בהצביעו על כך שמשפחתה של א"ק הפעילה עליה לחצים כבדים כדי להניא אותה מלהתלונן נגד המערער בשל היותו בן משפחה קרוב. א"ק גברה על לחצים אלו, התלוננה על מעשי המערער במשטרה ואחר-כך גם מסרה עדות בבית המשפט, אך הדבר היה כרוך מבחינתה בלחצים נפשיים עצומים ובהתפרצות רגשות. בית משפט קמא סבר כי לחצים נפשיים וסערת רגשות כאמור נותנים הסבר המניח את הדעת לסתירה שבין עדותה של א"ק לבין העדות שמסרה בתה הקטינה לחוקרת הילדים בשאלה האם המערער הציע לקטינה לטעום את איבר מינו. הוזה אומר: לשיטת בית משפט קמא, האפשרות של העצמת החומרה מצדה של א"ק איננה קיימת.

31. הסבר זה הינו מובן והגיוני, אך לדידי אין בו כדי לרפא את התשתית העובדתית הלא חד-משמעית במידה הדרושה לקביעת ממצאי עובדה מעבר לכל ספק סביר, שעל בסיסם ניתן לאשר את הרשעת המערער במעשה מגונה בפומבי. עדותה של א"ק, שכאמור נסתרה על ידי בתה הקטינה בפרט חשוב, מעלה אפשרות כי א"ק נוטה להעצים את חומרת מעשיו של המערער. קושי זה איננו נעלם גם לאחר שלקחנו בחשבון את מצבה הנפשי של א"ק ואת מכבש הלחצים שבני משפחתה הפעילו עליה במקום להושיט לה תמיכה.

עם כל ההבנה ביחס למצבה של א"ק והאמפתיה שמחובתנו ומזכותנו לגלות כלפיה – לא רק מתוקף היותנו שופטים, אלא בראש ובראשונה כבני אדם וכהורים לילדים – לא נוכל, וממילא לא נרצה, לאיין או לשחוק את הבטחונות נגד הרשעת חף מפשע שהמחוקק העמיד לזכות הנאשמים בגדריהם של סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות והדרישה כי עובדות העבירה המיוחסת לנאשם תוכחנה מעבר לכל ספק סביר, כאמור בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין.

32. בנסיבות דנן, אינני רואה מנוס מן המסקנה כי הנמקתו של בית משפט קמא לא מספיקה כדי להסיר את החששות שעולים ביחס לעדותה של א"ק. קיומם של חששות כאמור משליך על תוצאת הערעור ככל שהוא מופנה אל פרט האישום השני, שכן אין זה מן הנמנע שא"ק העצימה, אף שלא במתכוון, את חומרת מעשיו של המערער כאשר ראתה בהם אוננות בפומבי מעל הבגדים, בשעה שאנשים אחרים, שאינם מכירים את המערער, לא יכלו להבחין, וממילא לא הבחינו בכך. בנסיבות אלו, לא יהא זה נכון להשתית את הרשעת המערער במעשה מגונה בפומבי על עדותה של א"ק לבדה.

33. א"ק מסרה למשטרה – וגם העידה במשפט – כי אישה בשם ר"מ, שאותה היא מכירה, אף היא היתה עדה למעשה האוננות ברחוב (ראו פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 14, שורה 14). אם כך הוא הדבר, כיצד ייתכן שהמדינה לא זימנה את ר"מ לתת הודעה במשטרה ולמסור את עדותה בבית משפט קמא? בפסקה 88 לפסק דינו, בית משפט קמא מציין כי אכן היה מקום לזמן את ר"מ למתן עדות, מאחר שזו יכלה לתמוך בגרסתה של א"ק, וכי אי-זימונה מהווה מחדל. בד-בבד, קבע בית משפט קמא כי עדותה של א"ק מקובלת עליו למרות מחדל זה.

34. קביעה זו ניתנה ללא כל הסבר. היא איננה עולה בקנה אחד עם דרישת ההנמקה לפי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, וגם באין דרישה כאמור הייתי מתקשה להסכים עמה. עדותה של ר"מ אכן יכלה לתמוך בדברים שנמסרו בעדותה של א"ק, אך ישנה גם אפשרות אחרת. עדותה של ר"מ יכלה להצביע על כך שתיאור האירוע על ידי א"ק מעצים את חומרתו וכי עוברי אורח לא יכלו להבחין – ומסיבה זו גם לא הבחינו – במעשה האוננות של המערער, אם הוא אכן עשה מעשה כזה מעל בגדיו בעומדו במקום ציבורי ביום בהיר. אפשרות זו לא נשללה על ידי המדינה מעבר לכל ספק סביר, וספק כאמור צריך שיפעל לטובת הנאשם, המערער דכאן. כך מורה סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, ועלינו לתת למערער ליהנות מהספק.

35. מטעמים אלו, אציע לחבריי כי נבטל את הרשעת המערער בעבירה נשוא פרט האישום השני.

פרט האישום השלישי: מעשה מגונה באדם אחר

36. פרט אישום זה, כמו הפרט הקודם, מבוסס על עדותה של א"ק בלבד. כמוסבר לעיל, מדובר באירוע המורכב משני חלקים: חלקו הראשון התרחש בדל"ת אמות חצרו של המערער, ואילו חלקו השני אירע בחצר ביתה של א"ק. לטענת המדינה, בכל אחד מחלקים אלו של האירוע מדובר במעשה מגונה.

37. ביחס לחלקו הראשון של האירוע מסרה א"ק עדות כדלקמן:

"אני מתחילה באירוע שהיה בחצר הבית שלנו. לפני 5 שנים. בשנת 2012. [...] הייתי בחצר הבית למטה עם [שני ילדיי – א.ש.]. [...] שעות הערב, זה היה בקיץ ביולי או באוגוסט לא זוכרת בדיוק. אני נמצאת בחצר ומשחקת עם הילדים הקטנים. מסתכלת ככה עושה את הראש שלי ככה למעלה, רואה את [המערער – א.ש.]. עומד באדמה שלהם שהיא מאוד מאוד קרובה לבית שלנו, על יד עץ הרימונים ליד העץ, ומאונן. היד שלו היתה על איבר המין שלו, היה עם בגדים, אבל כל הזמן היה משפשף תנועות חזקות ומוריד אותם, ישר צעקתי לו: מה אתה עושה? לך מכאן! אמר לי: תכף אני הולך כשאני מסיים." (פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 13, שורות 16-24).

38. חלק זה של העדות איננו מוכיח כלל כי המערער ביצע את העבירה המיוחסת לו. מעשה האוננות המתואר בעדות זו בוצע בחצרו של המערער כשהלה עסוק בעצמו ואיננו מנסה ליצור אינטראקציה כלשהי עם א"ק או עם אדם אחר, קטין או בגיר. אין אפוא מדובר במעשה מגונה המבוצע באדם אחר במובן של סעיף 348 לחוק העונשין (ראו עניין פלוני), ובוודאי שאין מדובר כאן במעשה מגונה בקטין, כמשמעו בסעיף 345(א)(3) לחוק. לשם הוכחת עבירות כאמור דרושה ראיה על כך שהמערער ניסה למשוך את תשומת לבה של א"ק או של אחד מילדיה, אשר שיחקו עמה בחצר ביתה – וזאת על מנת לספק לעצמו גירוי או סיפוק מיניים או כדי לבזותם מינית. עדותה של א"ק שצוטטה לעיל איננה מספקת את הראיה הדרושה גם אם נתעלם מנטייתה האפשרית של עדה זו להעצים את חומרת מעשיו של המערער. לדעתי, עדות זו אף איננה מספיקה כדי להביא להרשעת המערער במעשה מגונה בפומבי, אך מאחר שהמדינה לא האשימה את המערער בעבירה זו וממילא לא טענה לקיומה בקשר לאירוע החצר, אינני רואה סיבה לדון בעניינה.

39. הנני עובר על כן לחלקו השני של האירוע, שלגביו מסרה א"ק תיאור כדלקמן:

"בזמן הזה שאני מנסה להגיד לו אל תעשה, כנראה ש[ילדיי – א.ש.] הלכו לכיוון השני לבית [...] . ישר אני רצתי כדי לקחת אותם, התחלתי לפחד, לדאוג למה הוא לא נכנס הבית? מה הוא עושה? אז הלכתי להביא את הילדים שלי, איך שאני פונה אליהם וקוראת להם, אני מבקשת שתבואו איתי הביתה, אני מסתכלת [והמערער – א.ש.] עומד מאחורי ומאונן לי מאחורי הגב." (פרוטוקול קמא מיום 25.5.2017, עמוד 13, שורות 24-28).

40. עדות זו מאמתת לכאורה את יסודות העבירה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין. דא עקא, עדות זו נסתרה על ידי הדברים שמסרה הקטינה לחוקרת הילדים: הקטינה סיפרה לחוקרת הילדים כי לא היתה עדה לשום אירוע חריג בין אמה למערער, ודבריה, כאמור, נמצאו אמינים (ראו פסקה 30 לפסק הדין קמא וההפניה שם לפרוטוקול קמא מיום 21.6.2017, עמוד 56, שורות 21-28). א"ק, מאידך, מסרה עדות בעייתית באופן שלא ניתן להתעלם מן האפשרות כי היא נוטה להעצים את חומרת מעשיו של המערער. עם כל האמפתיה והבנה למצבה הנפשי ולנסיבותיה של א"ק, לא נוכל להתעלם מבעייתיות זו כשגורל המערער בידינו ועלינו להכריע בו תוך שמירה על הערובות הקיימות מפני הרשעות שווא של חפים מפשע. בית משפט קמא קבע בהקשר זה כי הקטינה היתה "צעירה מאוד במועד האירועים הנטענים ולא מן הנמנע שלא הבחינה במתרחש או ידעה לפרש את האירוע כפי שאדם בוגר מבין אותו", אולם הסבר זה אינו יכול לשמש תחליף לראיה פוזיטיבית שבכוחה לתרץ את הסתירה שנתגלתה ולתמוך בעדותה של א"ק. עלינו לזכור כי זאת הסתירה השנייה שבין עדותה של א"ק לבין דברי בתה וכי לסתירה הראשונה לא נמצא שום מענה או תירוץ המניח את הדעת. ההסבר שנתן בית משפט קמא אינו יכול אפוא לשקם את אמינות עדותה של א"ק באופן שיאפשר לבסס עליה הרשעה.

41. מטעמים אלו, אציע לחבריי כי נבטל גם את הרשעת המערער בעבירה נשוא פרט האישום השלישי, בעטיו של ספק סביר ביחס למעשיו.

ערעור על העונש

42. זיכוי המערער מהעבירות של מעשה מגונה באדם אחר ומעשה מגונה בפומבי מחייבנו להקל בעונשו. זאת עלינו לעשות בשים לב לכך שהרשעת המערער במעשה

מגונה בקטינה שטרם מלאו לה שש עשרה שנה – עבירה נושא פרט האישום הראשון, החמור מבין השלושה – עומדת בעינה. כמו-כן יש לזכור שהרשעה בעבירה זו גוררת אחריה עונש מזערי של שלושים חודשי מאסר, כעולה מסעיף 355 לחוק העונשין (כשחלקו של המאסר יכול שתהא על תנאי).

43. בית משפט קמא גזר על המערער עונש כולל בגין העבירות שבהן הוא מצא אשם. בגזרו עונש זה, התחשב בית המשפט בתסקיר נפגעת העבירה שהוגש ביחס לקטינה ואשר תיאר את השפעתו ההרסנית של המעשה המגונה, שבוצע על ידי המערער, על הקטינה ועל א"ק. כמו כן נתן בית המשפט את דעתו להערכת המסוכנות הנשקפת מהמערער כעבריין מין: הערכה זו קבעה כי מדובר ברמת מסוכנות בינונית-גבוהה. המערער גם לא מקבל על עצמו שום אחריות למעשהו, כפי שהובהר גם בדיון בערעורו אשר התקיים לפנינו.

44. בבואו לגזור את עונשו הכולל של המערער, בית משפט קמא קבע כי מתחם העונש הראוי בגין העבירה נשוא פרט האישום הראשון נע בין שנתיים וחצי לארבע שנות מאסר. בהעדר ערעור המדינה על קולת העונש, שומה עלינו לקבל מתחם זה כנקודת המוצא. באשר לעבירות שמהן הנני מציע לזכות את המערער, קבע בית משפט קמא כי המתחמים הם מאסר מותנה עד חמישה חודשי מאסר בפועל (פרט האישום השני) ושישה עד עשרה חודשי מאסר בפועל (פרט האישום השלישי). הפועל היוצא מכך הוא שראוי שנפחית את תקופת מאסרו הכוללת של המערער בתשעה חודשים ונשית עליו בגין המעשה המגונה שעשה בקטינה מאסר בפועל לתקופה של 27 חודשים.

סוף דבר;

ומלים אחדות על מהותו של "ספק סביר" בעקבות פסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג

45. מהטעמים דלעיל, הנני מציע כי נקבל ערעור זה באופן חלקי, נבטל את הרשעת המערער בעבירות נשוא האישום השני והשלישי ונעמיד את עונש המאסר בפועל שהושת עליו על 27 חודשים בניכוי ימי מעצרו. שאר רכיבי ההרשעה והעונש שנקבעו בפסק הדין קמא ראוי שיישארו בעינם.

46. ברצוני להגיב במלים אחדות לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, שלא ראה להצטרף להצעת לזכות את המערער מהעבירות נשוא האישום השני (מעשה מגונה בפומבי) והשלישי (מעשה מגונה באדם אחר). באשר להתערבותנו, כערכאת ערעור, בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הראשונה, ברצוני להדגיש כי אינני בא לחלוק

על הכלל היסודי בדבר אי-התערבות. כבודו של הכלל הזה במקומו מונח ואיני מזיזו ממקומו. ברם, כאשר מדובר בממצאים אשר נקבעו על בסיס עדותו היחידה של הנפגע מעבירת מין וביחס אליהם ניתנה הנמקה בהתאם לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות, מידת התערבותנו הולכת וגדלה. ההנמקה שניתנה על ידי הערכאה הראשונה חייבת לעמוד בביקורת מקיפה יותר של ערכאת הערעור כדי למזער את הסיכון להרשעת חף מפשע, שהרי לשם כך נועד הסעיף הנ"ל, וזאת כבר הסברתי. מטרת הביקורת המקיפה אשר חלה בענייננו היא לוודא שכל העובדות הנדרשות להרשעת הנאשם הוכחו מעבר לכל ספק סביר.

47. "ספק סביר", משמעו ספק בנוגע לאשמתו של הנאשם שיש לו עיגון בחומר הראיות והתביעה לא הצליחה להסירו (ראו ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 71-72 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (כתוארו אז) וכן פסק דינו של השופט נ' הנדל (25.11.2010); וע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653, 661 (2000)). בהימצא ספק כזה, חובה על בית המשפט לזכות את הנאשם. כלל זה הוא יסוד-מוסד של דיני הראיות אשר חלים במשפטים פליליים ושל יחסי אזרח-מדינה. דרישת הכלל כי הנאשם יזוכה מחמת הספק נועדה לשלול מהמדינה את הכוח להקריב את חירותו, כמי שעשוי להיות חף מפשע, על מנת להבטיח את הרשעתם וענישתם של עבריינים רבים (ראו ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 172-183 (2005)). כפי שהסברתי לעיל, במקרה דנן קיים חשש ממשי שא"ק העצימה בעדותה את חומרת מעשיו של המערער ביודעה כי מדובר, מבחינתה, בסוטה מין סדרתי וחסר תקנה. בעניין האישום השני, אין זה מן הנמנע שמתבונן סביר במעשי המערער לא היה רואה בהם אקט של אוננות – וזאת, בשונה מהפירוש הלא מובן מאליו שא"ק נתנה למעשיו אלו. מכאן עולה הספק הסביר, אשר הולך ומתעצם נוכח אי זימונה של עדה חשובה, ר"מ, לחקירה ולמתן עדות מטעם התביעה. באשר לאישום השלישי – חלקים מעדותה של א"ק בנוגע לאישום זה סובלים מעמימות ואינם בהכרח מצביעים על מעשה מגונה באדם אחר. לקושי זה עלינו לצרף את החשש להעצמת הדברים על ידי א"ק; ולפיכך, גם כאן מתעורר ספק ממשי לגבי אשמתו של המערער. בית משפט קמא התייחס בפסק דינו לחלק מקשיים ראייתיים אלה, אולם הנמקתו לא היתה שלמה והספק לא הוסר.

ש ו פ ט

השופט נ' טולברג:

1. חברי השופט א' שטיין פרש יריעה רחבה. דעתי כדעתו לגבי הרשעת המערער באישום 1. זו תעמוד על פנה; אשר לאישומים 2-3 – דעתי שונה. לדעת חברי, יש לזכות

את המערער משני אישומים אלו, משום שהם מתבססים על עדותה היחידה של א"ק. לדברי חברי, קיים קושי ליתן אמון מלא בעדות זו, נוכח סתירות שנתגלעו ביחס לתיאור האירוע מושא אישום 1 (להלן: אירוע 1), בין עדותה של א"ק לבין הודעת החוץ שמסרה בְּתָה, הקטינה, לפני חוקרת הילדים. מצב דברים זה, לדעת חברי, "מעלה אפשרות כי א"ק נוטה להעצים את חומרת מעשיו של המערער" (פסקה 31). כשלעצמי, לא ראיתי הצדקה להתערב בממצאי המהימנות שקבע בית המשפט המחוזי, ודומני כי יש להותיר את הרשעתו של המערער ככל שלושת האישומים בעינה.

מהימנותה של א"ק

2. הרשעת המערער באישומים 2 ו-3 בכתב האישום, התבססה הן על עדותה של א"ק בבית המשפט, הן על הודעותיה במשטרה (שהוגשו לבית המשפט בהסכמת המערער). בית המשפט המחוזי קיבל את גרסתה, וקבע כי עדותה לפניו "היתה מהימנה ועקבית" (פסקה 37 להכרעת הדין). כאמור, חברי השופט א' שטיין מטיל ספק בקביעה זו, נוכח הבדלים שנתגלו בתיאור אירוע 1 בין עדותה של א"ק, לבין הודעת בְּתָה, הקטינה, לפני חוקרת הילדים: "אי-התאמה כאמור משליכה על העדות שמסרה א"ק – וזאת לא רק ביחס לפרט האישום הראשון, אלא גם בנוגע לפרטי האישום השני והשלישי שאינם קשורים במישרין לבתה הקטינה... אי-התאמה זו... מגיעה כדי סתירה ממשית" (פסקאות 21-22 לחוות דעתו). השלכה זו שעשה חברי (מיוזמתו, מבלי שהמערער טען כזאת), אינה מוכרחת; וממנה הגיע לתוצאה מרחיקת-לכת.

3. חברי מניח, כי גרסתה של הקטינה ביחס לאירוע 1 מדויקת יותר מגרסתה של אִמָּה, א"ק, ומשנמצאו בעדותה של א"ק תוספות ופרטים שלא נכללו בעדותה של בְּתָה, הקטינה, הרי שאִלו אינם נכונים. משכך, הסיק חברי כי הדבר מלמד על נטייתה של א"ק להעצים את חומרת מעשיו של המערער (פסקה 22 לחוות דעתו). לשיטתו, נטייתה זו לגבי אירוע 1 משליכה גם על עדותה ביחס לאירועים מושא אישומים 2 ו-3 (להלן: אירוע 2 ואירוע 3, בהתאמה). עולה חשש שמא הפליגה א"ק בתיאור חומרת מעשיו של המערער, ולפיכך מתעורר ספק סביר ביחס למהימנות גרסתה לגבי אירועים אלו, ספק אשר צריך להוביל לדעת חברי לזיכוי המערער מאישומים 2 ו-3.

4. בקביעתו, כי עדותה של א"ק מעוררת תהיות באשר למהימנותה, מבקש חברי למעשה להרהר אחר ממצאי המהימנות של בית המשפט המחוזי, ולפיהם, כאמור, נמצאה עדותה של א"ק – מהימנה. דא עקא, כידוע, קביעות הנוגעות לממצאי מהימנות נמצאות בליבת הסמכות המוקנית לערכאה הדיונית. סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) מורה, כי "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם

של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". הערכאה הדיונית היא אשר יודעת, ועליה הוטל לקבוע, מה ערכן של עדויות. לפניה מעידים העדים, ולפתחה מובאות הראיות. כפועל יוצא, נקבעה הלכה פסוקה מושרשת וידועה, ולפיה – "ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אשר שמעה את העדויות שהובאו בפניה והתרשמה מהן, אלא במקרים יוצאים מן הכלל, וכאשר קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את התערבותה" (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל פ"ד נו(6) 205, פסקה 16 (2002)). זהו כאמור הכלל. לגבי היוצאים מן הכלל, נפסק כך: "להלכה זו נקבעו במשך השנים שלושה חריגים עיקריים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים של עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית: הראשון, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים, שהרי במקרים אלו אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור; השני, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהגיון; והשלישי, כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות על ידי הערכאה הדיונית" (ע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (30.4.2012); להלן: עניין פלוני).

5. העניין דנן אינו נמנה על אותם מצבים חריגים אשר מצדיקים את התערבותנו בממצאי המהימנות שקבע בית המשפט המחוזי. א"ק העידה לפני בית המשפט המחוזי, ובית המשפט התרשם באופן ישיר מעדותה; ממצאי בית המשפט התבססו על דבריה, ולא על שיקולים שבהגיון. אפרט עוד בהמשך, על כך שלא מצאתי כי נפלו טעויות בהערכת משקל העדויות שמסרה, כמו גם בהערכת משקלן ומהימנותן של העדויות האחרות שנשמעו לפני בית המשפט המחוזי.

6. כאמור, בין עדותה של א"ק, לבין הודעת פתה, הקטינה, לפני חוקרת הילדים, מצויים אי-אלו שינויים והבדלים. הבדלים אלו לא נעלמו מעיניו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט נתן דעתו עליהם, ולאחר בחינה מעמיקה קבע כי עדותה של א"ק מהימנה. בשל חשיבות הדברים, אביא אותם במלואם:

"בין עדות הקטינה לעדות האם [א"ק] עלו מספר סתירות. למשל, האם [א"ק] טענה כי הנאשם הציע לקטינה לטעום את איבר מינו, בעוד שהדבר לא נמסר על ידי הקטינה לחוקרת הילדים. כאשר [א"ק] נשאלה לגבי זה שהקטינה לא סיפרה זאת, השיבה – 'זה מה ש[הקטינה] סיפרה לי וכנראה ש[הקטינה] לא סיפרה לחוקרת. זה היה אחרי שנה וחודשיים...' תשובה דומה מסרה [א"ק] לגבי הטענה לפיה הנאשם אחז לקטינה

חזק ביד... מעדות הקטינה עלה שהנאשם רק הושיט את ידו ועשה לקטינה תנועה עם היד כמסמן לה 'בואי' אך לא אחז בה כלל. [א"ק] אישרה בעדותה שהיתה נסערת ונרגשת במועד הגשת התלונה במשטרה. זה המקום לציין, שכפי שצוין לעיל, דובר ברגשות שהיו נצורים אצלה משך שנים והתפרצו בו זמנית, עד שאזרה אומץ וניגשה לתחנת המשטרה להתלונן. גם בעדותה בבית המשפט, [א"ק] פרצה בבכי וניכר היה שהסיטואציה אינה קלה עבורה. בהקשר זה אציין כי גם הקטינה מסרה עדותה זמן רב – למעלה משנה וחודשיים – לאחר מועד האירוע וכי מדובר בקטינה. זאת ועוד, עלה כי אם הקטינה [א"ק] עשתה מאמצים שלא להציף את הנושא, על מנת שתשכח ולא נהגה לשוחח עימה על מה שאירע. בנסיבות אלו, הגיוני ומתקבל על הדעת שיהיו אי דיוקים בין הגרסאות, כאשר לעניות דעתי, לא דובר בסתירות מהותיות. אציין כי עדותה של האם [א"ק] היתה אמינה ומהימנה ויש לקחת בחשבון את המחיר האישי ששילמה בעקבות הגשת תלונה – פירוק משפחתה" (פסקה 66).

7. עינינו הרואות, בית המשפט המחוזי עמד על ההבדלים שבין העדויות השונות, בחן אותם, הציע הסברים מניחים את הדעת לגביהם, וקבע כי ההבדלים המסויימים אינם מהותיים. לבסוף חזר בית המשפט המחוזי והדגיש, כי עדותה של א"ק לפניו "היתה אמינה ומהימנה". בכך החליט הלכה למעשה, כי ההבדלים בין העדויות, אינם פוגמים במהימנותה של העדות, ולא באמינותה של העדה. קביעותיו אלו, ניתנו בעקבות התרשמותו הממושכת והבלתי-אמצעית מעדותה של א"ק. א"ק העידה לפני בית המשפט ופרשה את גרסתה, תחילה בחקירה ראשית, לאחר מכן בחקירה נגדית שנמשכה כשעתיים. בפרק הזמן הזה שבו עמדה על דוכן העדים, התאפשר לבית המשפט להתרשם מעדותה, דיבורה, תחושותיה, הבעות פניה ותנועות גופה. על סמך 'אותות האמת' שנתגלו לפניו, על רקע המכלול, עשה את המוטל עליו והעריך את מהימנותה.

8. ודוק: בחינת 'אותות האמת', אינה עומדת על התרשמות בית המשפט מהעדות לבדה. 'אותות האמת' נבחנים במבט כולל בהתבסס על העדויות שנשמעו בבית המשפט, ועל כלל הראיות שהובאו לפניו. עמד על כך השופט (כתוארו אז) מ' שמגר: "למותר להוסיף כי הביטוי 'אותות האמת' שנתגלו במהלך המשפט אינו מתייחס דווקא לסימנים העולים מפניו ומתנועותיו של העד בזמן מתן העדות, אלא הוא מתייחס לתהליך ההשוואה

של הדברים, שהושמעו על-ידי העד, עם ראיות אחרות או בחינתן על-פי ההיגיון וניסיון החיים, העומד לבית המשפט לעזר, בעת שהוא מתמודד עם הראיות, המחייבות סינון והמסייעות להכרעה בין הגירסאות" (ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל פ"ד לה (4) 62 (1981)). בנדון דידן, התקיימו בבית המשפט המחוזי לא פחות מחמישה דיוני הוכחות, ובמהלכם העידו עדים רבים. לאחר שמיעתם, נקבע, בין היתר, כי עדויותיהם של עדי התביעה תומכות בגרסה שנמסרה על-ידי א"ק; גרסת המערער ועדי ההגנה מטעמו – מגמתית. נשללה לחלוטין טענתו של המערער על אינטרס כלכלי כביכול בבסיס התלונה נגדו, והוא לא ידע לספק הסבר לטענת העלילה שטען. להלן אתיחס בקצרה לכמה מן העדויות אשר נשמעו לפני בית המשפט, ותמכו בעדותה של א"ק.

9. בעלה של א"ק העיד בבית המשפט, וסיפר על אודות אירוע נוסף אשר קדם בזמן לאירוע 1. לדבריו, בעקבות אותו אירוע פנה לאחיו מוסא בבקשה שיטפל במערער, כך שמעשיו לא ישנו עוד בעתיד. מעדותו למדנו, כי עוד בסמוך לאותו אירוע, ידעה אותו א"ק על אשר התרחש, וביקשה ממנו שיטפל בעניין. ביחס לעדותו קבע בית המשפט המחוזי, כי "היתה אמינה ומהימנה בעיניי. על אף יחסיו העכורים עם רעייתו שעזבה את הבית בעקבות המקרה, עדותו עלתה בקנה אחד עם עדותה" (פסקה 41 להכרעת הדין). עדת תביעה נוספת שנשמעה לפני בית המשפט היא ד"ק – אחותה של א"ק. עדותה תמכה גם היא בגרסתה של א"ק בנוגע לאירוע 2: "גם [ד"ק] בעדותה אישרה [ש]א"ק סיפרה לה על האירוע בו ראתה את הנאשם מאונן מחוץ למספרה אך לא התערבה היות ומדובר בעניינים שבין [א"ק] לבעלה. עוד אישרה [ד"ק] בעדותה שהדבר נודע לה עוד לפני המקרה שאירע עם הקטינה" (פסקה 85 להכרעת הדין). הנה כי כן, על-פי עדותה של ד"ק היא שמעה על אודות האירוע ב'זמן אמת' מאחותה – א"ק; קשה אפוא להלום אפשרות שא"ק בדתה את סיפור המעשה מליבה.

10. כאמור, בתום שמיעת העדויות הסיק בית המשפט המחוזי, כי עדויותיהם של א"ק ויתר עדי התביעה – מהימנות בעיניו, בעוד שביחס למערער קבע, כי זה עשה כל שלא-ידו על מנת "להרחיק עצמו מהאירועים ותשובותיו לא היו סבירות במדבית המקרים" (פסקה 94 להכרעת הדין). אשר לעדויות עדי ההגנה קבע בית המשפט, כי עדויותיהם מגמתיות, "ונראה שניסו להגן עליו, גם במחיר של סילוף האמת" (פסקה 95). נמצאנו למדים, כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי באשר למהימנותה של א"ק, מבוססות הן על עדותה לפניו, הן על בחינת כלל העדויות שנשמעו בבית המשפט. בית המשפט היה מודע להבדלים שבין העדויות השונות, עמד עליהם, ונימק מדוע חרף קיומם הגיע למסקנתו. משהלך בדרך הזו, בירר, איזן וחקר, דומני כי ממצאי המהימנות שנקבעו על-ידו בדין נקבעו, ולא יהיה נכון להתערב בהם. "לא תהא שמיעה גדולה מראיה" (בבלי,

ראש השנה כה, ע"ב). לא תהא התרשמותנו האמצעית, העקיפה, גדולה מהתרשמותו הישירה של בית המשפט המחוזי. הוא שישב בדין ושמע את העדים, לו הסמכות והיכולת להעריך את מהימנותם, את אמיתות גרסתם; וכך עשה.

11. אמת נכון הדבר, קיים פער מסוים בין הודעתה של הקטינה לפני חוקרת הילדים, לבין עדותה של אמה, א"ק, בבית המשפט; אך שומה עלינו לזכור כי א"ק לא העידה על מראה עיניים, אלא על דברים ששמעה מפי פתה, הקטינה. בעניין הזה – עדותה היא עדות מפי השמועה, עדות מכלי שני. כידוע, עדות שכזו אינה קבילה במשפטנו, כשאחד הטעמים המרכזיים לכך "נעוץ בחשש לחוסר דיוק בדברים, בשעה שהדברים מתגלגלים מאחד למשנהו. טבע האדם הוא שכאשר מידע מתגלגל מאדם אחד לשני לא תמיד המידע עובר בצורה מדויקת ומלאה. לעתים נשמטים פרטים ולעתים נוספים פרטים" (חיה זנדברג "הכלל הפוסל עדות שמיעה: עלייתו, נפילתו ו-עלייתו?" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אגון 223, 230) (אריה אדרעי, דוד גליקסברג, אביעד הכהן, ברכיהו ליפשיץ ובנימין פורת עורכים, התשע"ח)). משאלו הם פני הדברים, סבורני שלא יהיה זה נכון לדוק פורתא בעדותה של א"ק באופן שייחס לה העצמה של חומרת מעשי המערער, להציבה אל מול הודעת הקטינה וללמוד הימנה על "סתירה ממשית", ולהסיק מסקנה מרחיקת-לכת הגורעת ממהימנותה של א"ק אף ביחס לאירועים אחרים שעליהם העידה. עיקר עניינה של עדות זו של א"ק, להעיד על מצבה הנפשי של הקטינה לאחר קרות האירוע; לא כדי להעיד על תכניו ופרטיו. הוספתו של פרט כזה או אחר במסגרת עדות שמיעה, 'עד מפי עד', היא אנושית, כמעט טבעית, ובשל כך נקבע הכלל כי היא איננה קבילה.

12. זאת ועוד. להבדיל מעד ראיה, המעיד מכלי ראשון, עד אשר מעיד עדות שמיעה, בודעו שעדותו אינה קבילה על-פי דיני הראיות, ובשונה מעד שעדותו קבילה – אינו נותן דעתו על כל תג ותג היוצא מפיו; לא הוא ולא שומעיו. דברים דומים מצינו במשפט העברי, בנוגע לעדות שקר שנמסרה על-ידי 'עד אחד'. כידוע, במשפט העברי, 'על-פי שניים עדים יקום דבר'; עדותו של 'עד אחד' איננה קבילה. אי לכך קבע רבי יעקב לורברבוים בספרו 'נתיבות המשפט', כי אם עד אחד שיקר בעדותו, הרי שאין לפסלו מכאן ולהבא ולהחזיקו כ'שקרן' בהתבסס על אותה עדות לבדה. שכן, בעת מתן עדותו ידע שהיא איננה קבילה, ולפיכך לא דקדק בה כנדרש (נתיבות המשפט – ביאורים, סימן א). סבורני אפוא, כי לא יהיה זה נכון לדרוש על בסיס אותה עדות של א"ק תילי תילים של קביעות ומסקנות. לבטח לא ניתן לעשות השלכה מהעצמת חומרת מעשיו של המערער באישום הראשון, באופן שיביא לזיכוי באישום השני ובאישום השלישי.

13. אציין עוד, כי עדותה של א"ק אינה עומדת בסתירה להודעת הקטינה, אלא אך מוסיפה עליה, אולי "מעצימה" אותה כלשונו של חברי השופט שטיין, אך אין מדובר ב"סתירה ממשית" כדבריו (פסקה 22). העדות אינה כוללת דברים אשר אינם מתיישבים עם עדותה של הקטינה, וסותרים אותה. בהקשר זה נקבע, כי "מצב בו סיפור המסגרת עצמו עומד על תילו, לא ניתן לומר כי התווספות הפרטים היא בבחינת גרסה חדשה ושונה" (ע"פ 7003/09 אבו עמרה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (17.1.2011)). בעניינינו, סיפור המסגרת נותר בעינו. כך הוא על-פי שתי העדויות: המערער פיתה את הקטינה באמצעות סוכריית טופי, הכניסה לביתו ונעל מאחורי שניהם את הדלת. בחדר פנימה פשט את מכנסיו, חשף בפני הקטינה את איבר מינו, שיחק בו, שאל אותה למראהו ושידל אותה להחזיק בו. בהמשך, ביקשה הקטינה מפתחות על מנת שתוכל לצאת מן החדר, פתחה הדלת ונסה על נפשה. גרסה זו נשמעה מפי שתי העדות – א"ק ובתה הקטינה – בדיבור אחד; על הדברים הללו הוסיפה א"ק את הפרטים הבאים: בשעה שהמערער הוליך את הקטינה אל החדר – הוא אחז את ידה בחוזקה, ובעת שהותם בחדר – הציע לה 'לטעום מאיבר מינו'. כפי שהראה בית המשפט המחוזי בהנמקתו, בנסיבות עניינינו תוספות מעין אלו הן אפשריות ואין בהן כדי להטיל דופי במהימנותן של מי מן העדות. קביעותיו אלו של בית המשפט המחוזי מקובלות עלי; כך דרכו של עולם. ילדה רכה בשנים לפנינו. עדותה לפני חוקרת הילדים, נשמעה שנה וחודשיים לאחר התרחשות אירוע 1. בחלוף תקופה ממושכת שכזו, יתכן שפרטים כאלה ואחרים נשכחו מזכרונה, יתכן שעומעמו. לחלופין, אפשר שזכרה את הדברים, אך בחרה שלא לשתף בהם את חוקרת הילדים. על מנת שלא להעצים את חוויותיה השליליות של הקטינה, בחרה חוקרת הילדים שלא להעמיד את הקטינה על הפערים שנתגלו. היטב הסבירה חוקרת הילדים את התבססותה על ארבעה כלים לצורך בדיקת המהימנות, את השימוש שעשתה בהם בנסיבות העניין (עמוד 44 לפרוטוקול), ואת שיקוליה שלא לעמת את הקטינה עם דברי אמה (עמוד 55 לפרוטוקול). במצב דברים שכזה, דומני שאין לייחס משקל רב לאותם שינויים ותוספות. רשמיו של בית המשפט המחוזי ממהימנות העדה הם שמכריעים. הוא ראה ושמע, חקר ודרש; אחרי ככלות הכל, הסיק את מסקנותיו.

14. כאמור, גבי דידי, ההבדלים שעליהם הצביע חברי השופט שטיין, בין גרסת א"ק לגרסת בתה, הקטינה, אינם מלמדים בהכרח על סתירה; מדובר בתוספות אחדות. אולם, אפילו אם מדובר היה בסתירות, הרי שסעיף 57 לפקודת הראיות מורה לנו, כי "סתירות בעדותם של עדים אין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע את בית המשפט מקביעת עובדות שלגביהן חלו הסתירות". קל וחומר שכך הוא, במקום שבו מדובר בעדותה של קטינה אשר בעת התרחשותו של אירוע 1, היתה כבת 8 (ראו והשוו: ע"פ 3272/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כג (30.12.2010)).

15. אוסיף ואומר, כי אין בידי להצטרף למסקנתו של חברי השופט שטיין ולפיה, הפרזה במקרה אחד, מעלה חשש מפני נטייה להפריז ולהעצים בכל אתר ואתר. בעיני, טוב נעשה אם נזהיר עצמנו מלטעת מסמרות באשר לאופיו של עד, מגמותיו ודרכי התנהגותו. אם עד נתפס בקלקלתו, יובא הדבר בחשבון בעדויותיו הבאות, אך אין בכך כדי להחזיקו כשקרן ולפסלו מוכנית מעתה ועד עולם. עדים בחזקת כשרותם הם עומדים.

מחדלי חקירה

16. בחקירתה במשטרה מסרה א"ק שבאירוע 2, היתה עדת ראיה נוספת – ר"מ. ר"מ לא הובאה לחקירה במשטרה; גם לא העידה בבית המשפט המחוזי התייחס בהכרעת הדין לחסרונה, וכך קבע: "אכן היה מקום לזמן את ר"מ למתן עדות [...] עדותה של ר"מ היתה יכולה לתמוך בגרסתה של א"ק, אם כי כאמור לעיל, החלטתי לקבל את גרסתה על אף מחדל זה" (פסקה 88 להכרעת הדין). על קביעתו-זו תמה חברי השופט שטיין: היאך לא נימק בית המשפט את קבלת גרסתה, חרף אותו מחדל. חברי מוסיף, כי בשל מחדל זה נמנעה מבית המשפט אפשרות לעמוד על טיב עדותה של א"ק ומהימנותה, ובהתחשב בספק באשר למהימנותה של א"ק, הרי שיש לזכות את המערער מן האישום השני.

17. אין לכחד, עדותה של ר"מ יכולה היתה לשפוך אור על אירוע 2, לפרט על אודותיו, ולאפשר הכרעה באופן חד וברור בין גרסת התביעה, לבין גרסת ההגנה. הדברים מקבלים משנה תוקף, שעה שעל-פי תיאורה של א"ק, חוותה ר"מ את האירוע באופן קשה. המשטרה אכן פעלה במטרה לזמנה לחקירה, אלא שהדבר לא נסתייע בידה (ראו: עמ' 72-73 לפרוטוקול הדיון מיום 24.9.2017). הדעת נותנת שהמשטרה נדרשה לפעול בצורה מאומצת יותר כדי להביא את ר"מ לחקירה, אלא שעלינו לזכור כי סד הזמנים שעמד לה בשעה שניגשה לחקור את האירועים שלפנינו – היה מוגבל. כתב האישום בתיק הוגש, כשלצדו בקשה להורות על מעצרו של המערער עד תום ההליכים נגדו. כתב האישום הוגש כ'תיק מעצר'. נסיבות אלו, הציבו בפני הרשות החוקרת מסגרת זמנים צפופה במיוחד, שכן פרק הזמן שעמד לצורך החקירה הצטמצם נוכח מעצר הימים שבו נתון היה המערער. בסד זמנים זה, נדרשה המשטרה לכלכל את צעדיה, לחשב היכן נכון יהיה להשקיע את עיקר מאמציה, אלו עדים לחקור, אלו לזנות, אלו פעולות חקירה נחוץ יהיה לבצע, ועל אלו ניתן יהיה לוותר. המשטרה, משיקוליה-שלה, בחרה שלא להמשיך ולהשקיע בהבאתה של ר"מ לעדות. ניתן לשער, כי הדבר נעשה מחמת האירועים הרבים שבעניינם נחקר המערער, והעדים הרבים שהעדתם נצרכה. משלא עלה בידי המשטרה

לחקור את ר"מ עד הגשת כתב האישום, כמעט ונחסמה בפניה אפשרות זו. שכן, משמוגש כתב אישום לא מבוצעות בתיק פעולות חקירה נוספות, אלא באישורו של פרקליט מחוז או מנהל יחידה בתביעות משטרה, בנסיבות שמצדיקות זאת (ראו: סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; "השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום" הנחיות פרקליט המדינה 6.11 התשע"ט). משאלו הם פני דברים, סבורני כי מחדל חקירתי זה אינו נמנה על אותם מחדלים אשר יש בהם כדי להביא לזיכוי של נאשם. לצד זאת, עומדת עדותה של א"ק שנמצאה מהימנה לדעת בית המשפט המחוזי, ונתמכה בעדויות שפורטו לעיל.

האישום השלישי

18. על-פי העובדות המתוארות בכתב האישום, ביולי או אוגוסט 2012 שיחקה א"ק עם פתה הקטינה ובנה הקטין, בחצר ביתם. באותו זמן, עמד המערער בחצר ביתו הגובלת בחצר ביתם, ובעוד שגופו מופנה לעברם, החל לשפשף את איבר מינו מעל מכנסיו בתנועות חזקות ומהירות. א"ק הבחינה במתרחש, וצעקה לעברו שיעזוב את המקום; המערער השיב בתגובה, "עוד מעט כשאסיים". א"ק התקרבה לילדיה ששיחקו בחצר האחורית, וביקשה שיכנסו הביתה, אלא שאז הבחינה במערער כשהוא עומד בחצר ביתה, במרחק קצר ממנה, ומשפשף את איבר מינו מעל מכנסיו. רק משקראה בשמה של אחת מקרובותיה, נמלט המערער מן המקום. גם כאשר לאירוע זה החליט חברי השופט א' שטיין, כי יש לפקפק במהימנותה של א"ק, מחשש שגרסתה לוקה בהפרזה. חברי תמך את חששו בכך שהקטינה לא ידעה לספר בהודעתה לפני חוקרת הילדים דבר אודות אותו אירוע, ולא זכרה לומר כי אמה ביקשה ממנה ומאחיה להיכנס לביתם.

19. אי-ידיעתה של הקטינה לספר על אודות האירוע הזה, לא נעלמה מעיניו של בית המשפט המחוזי, וכך אמר: "זה המקום לציין כי מדובר בקטינה שהיתה צעירה מאוד במועד האירועים הנטענים ולא מן הנמנע שלא הבחינה במתרחש או ידעה לפרש את האירוע כפי שאדם בוגר מבין אותו" (פסקה 91 להכרעת הדין). מקובלת עלי עמדתו של בית המשפט המחוזי גם בעניין הזה. בעת התרחשותו של האירוע, היתה הקטינה כבת חמש שנים; הודעתה נמסרה לחוקרת הילדים כארבע שנים לאחר מכן. לא מצופה מן הקטינה לזכור אותו אירוע, לבטח כשמבחינתה לא היתה לו משמעות מיוחדת. יש להניח, כי מנקודת מבטה לא היה זה אלא עוד מקרה שבו נתבקשה על-ידי אמה, לסיים את המשחק בחצר ולהיכנס הביתה, כמעשה שגרה, כמקובל בכל משפחה, בכל מקום ובכל זמן. לבטח לא נימקה אז האם לבתה בת ה-5, את בקשתה שתיכנס הביתה בנימוקים מתחום עבריינות המין, ולא ראתה לנכון להסב תשומת ליבה של בתה לכך שאותו שפשוף ששפשף המערער את איבר מינו מעל מכנסיו, הריהו מעשה מגונה; ומה נצפה מאותה בת 5 בחלוף

עוד 4 שנים, בהיותה בת 9? אין תימה כלל וכלל, על רקע זה, שהקטינה לא ידעה לדווח לחוקרת הילדים על אותו אירוע חריג שאירע בהיותה בת 5, בין המערער לבין אמה. אינני מקבל אפוא את דברי חברי (בפסקה 40 לחוות דעתו), על סתירה בין דברי הקטינה לבין דברי אמה (המצוטטים שם בפסקה 39). לא מצאתי סיבה טובה לבוא בנעליו של בית המשפט המחוזי ולשנות מקביעתו, שלפיה עדותה של א"ק נמצאה מהימנה. מהימנותה נקבעה באשר לתיאור כל שלושת האירועים. ככולם קיבל בית המשפט המחוזי את גרסתה, ועל בסיסה – הרשיע את המערער. משזוהי מסקנתנו, הרי שאין עוד מקום להשגות שהעלה חברי באשר להתגבשותן של העבירות מושא אישום זה. ממילא, לא מצאתי לנכון להידרש במסגרת הזו, לגדרה והיקפה של עבירת מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק).

20. מן המורם לעיל עולה, כי מסקנותיו של בית המשפט המחוזי, הושתתו על ממצאים שבעובדה. הכרעת הדין שניתנה על-ידו יסודית, ונומקה כמצוות החוקק: "די במתן אמון מלא ומפורש בגרסת הקורבן על מנת למלא חובת הנמקה זו" (עניין פלוני, פסקה 37). טובה התרשמות ישירה מהשערה עקיפה. בנדון דידן, בית המשפט לא הסתפק בכך, ונימק את הכרעתו בהרחבה. שוכנעתי בנכונותה. לו תישמע דעתי, הרשעת המערער באישומים 2-3 תיוותר גם היא על כנה.

21. המערער מבקש להפחית מתקופת המאסר (3 שנים) שהושתה עליו. אינני סבור כי יש הצדקה לכך. בית המשפט המחוזי נדרש באישום הראשון לגילה של הקטינה, לכך שהמעשה לא כלל מגע פיזי, לא קדם לו תכנון, ומסקנתנו נכונה – מדובר בעבירה ברף חומרה בינוני. לפגיעה המינית בקטינה השלכות רבות וקשות, בטווח הקצר ובטווח הארוך; גם משפחתה נפגעה, עד כדי פירוק התא המשפחתי, עניין כבד שהקטינה "נושאת" על כתפיה. אמת נכון הדבר, כטענת ב"כ המערער, בקביעת מתחם הענישה ביחס לאישום הראשון, העמיד בית המשפט המחוזי את הרף התחתון במקום גבוה מזה שלו עתרה המשיבה, אך עניין זה מסור לשיקול דעתו, ומתיישב עם העונש הסטטוטורי המזערי לעבירה שבה הורשע המערער. ראוי עוד לזכור ולהזכיר, כי המערער לא לקח אחריות, הערכת מסוכנותו בתחום המינית בינונית-גבוהה, והוא איננו ער למצבי סיכון להישנות עבירה כגון דא. אכן, ישנן גם נסיבות אישיות לא פשוטות, בית המשפט המחוזי הביא אותן במניין שיקוליו, אך יש לבכר שיקולי גמול והרתעה, במיוחד בשים לב לאמור בתסקיר נפגעת העבירה. נאמרו שם דברים קשים ונוקבים – מטעמי צנעת הפרט לא אתן להם פומבי – זולת זאת: "הפגיעה המינית בקטינה בעלת השפעה הרסנית עליה ועל בני משפחתה הגרעינית המורחבת".

תקופת המאסר אינה קצרה, אך גזר הדין של בית המשפט המחוזי, בהתחשב במכלול, הולם את חומרת מעשיו של המערער. רחמנות יתרה כלפי הפושע, כמוה כהתאכזרות כלפי הקרבן. לדעתי, יש להותיר את גזר הדין כמות שהוא, מבלי לשנותו.

22. לפני סיום, אבקש להתייחס בתמצית לעמדתו של חברי השופט א' שטיין, ולפיה בכל מקרה של הרשעה בעבירה של מעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(א) לחוק העונשין, תידרש הנמקה בהתאם לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות. אין בידי לקבל עמדתו זו. סעיף 54א(ב) משמיענו: "הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו". הנה כי כן, על-פי מצוות המחוקק מקום שבו עבירת מין לפי סימן ה' לפרק י' לחוק מתבססת על עדות יחידה, נדרשת הנמקה. אלא שלא בכל עדות יחידה הכתוב מדבר, אלא דווקא בעדות יחידה שניתנה על-ידי נפגע העבירה. האם בעבירה של מעשה מגוני בפומבי, קיים באופן אינהרנטי נפגע עבירה? לדעת חברי השופט שטיין, התשובה על כך היא כאמור בחיוב; לדעתי, לאו דוקא.

23. אמנם, אחד מתנאי סעיף 349(א) לחוק הוא שהעבירה תבוצע "בפני אדם אחר, ללא הסכמתו", וכפי שהראה חברי, על-פי סעיף 34כד לחוק, משמעותו של המונח פומבי היא: "(1) מקום ציבורי, כשאדם יכול לראות את המעשה מכל מקום שהוא; (2) מקום שאינו ציבורי, ובלבד שאדם המצוי במקום ציבורי יכול לראות את המעשה". אלא שנוכחותו של אותו אדם, ואפשרותו הפוטנציאלית לצפות באותם מעשים, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי הוא צפה במתרחש, וממילא נפגע מן העבירה. לשם התגבשותה של העבירה, "אין נפקא מינה, אם ה'אחר' הינו זכר או נקבה, ונראה שאף לא אם 'רואה' הוא את המעשה אם לאו. די, לכאורה, בעשיית המעשה 'בפניו', בין שהוא נותן לכך דעתו ובין אם לאו" (יעקב קדמי, על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק שלישי, 1433 (מהדורה מעודכנת 2006)). נוכחותו של אדם בעת ביצוע המעשה, נדרשת בעיקרה לצורך ביסוס מודעותו של הפוגע, אך אין בה כדי ללמד מיניה וביה על קיומו של 'נפגע עבירה'. במידה רבה עבירה של מעשה מגונה בפומבי, שונה במהותה מן העבירות האחרות שפורטו בסימן ה' לפרק י' לחוק. יתר העבירות מבוצעות מטבען על גופו של אדם ספציפי, או לכל הפחות מוכוונות כלפיו. עניינו של מעשה מגונה בפומבי, לעומת זאת, בפגיעה במרחב הציבורי, כשלשם התגבשותה נדרשת נוכחותם של בני אדם.

24. בסעיף 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 הוגדר 'נפגע עבירה': "מי שנפגע במישרין מעבירה, וכן בן משפחה של מי שהעבירה גרמה למותו, למעט החשוד, הנאשם או הנידון". הנה לנו – פגיעה במישרין, לא פגיעה פוטנציאלית.

25. אוסיף, כי פרשנות מצומצמת בהקשר זה מתבקשת ביתר שאת, נוכח ההיגיון שעומד בבסיס חובת ההנמקה. דרישת ההנמקה, החליפה למעשה את דרישת הסיוע בעבירות מין על-פי עדותה היחידה של הנפגעת. דרישת הסיוע, כמו דרישת ההנמקה, התבססה בין היתר על כך שעבירות מין מטבען מבוצעות בחדרי-חדרים, וקיים קושי לאמת או לשלול את גרסתם של נפגע או נפגעת העבירה. הדברים קיבלו ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק: "יסודה של הדרישה לסיוע בעבירות מין בעצם מהותה של העבירה. זהו מעשה הנעשה בצנעה ובחדרי חדרים, כשרק עדות הנוכחים לפנינו, וכבר אמר בית המשפט: הטעם שבגללו זקוקה עבירה מינית לעדות מסייעת הוא נראה בעליל וברור: מפני שעדותה של המתלוננת היא, כמעט תמיד, בגדר עדות שאי אתה יכול להזימה'. מעשי בינו-לבינה אלה נעשים בהסתר ובאין רואה, ואין עדי הגנה בנמצא שיחוש לעזרתו של החף הנחשד" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מספר 6), התש"ם-1980, ה"ח 1477). עבירה של מעשה מגונה בפומבי, כפי שמעיד עליה שמה, אינה נעשית בהחבא, וממילא חשש מפני 'עדות שאי אתה יכול להזימה' אינו מתקיים בה. אכן, דברים אלו שומטים לכאורה את הצורך בהנמקה בעבירה זו, בכל המצבים כולם, אולם משקבע המחוקק חובת הנמקה בכל העבירות המנויות בסימן ה', מבלי שהחריג מהן עבירה זו, לא נוכל להחריגה מדעתנו-שלנו. עניין הוא למחוקק לענות בו.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

במחלוקת הנטושה בין שני חבריי, בוחר אני להצטרף לדעתו של השופט נ' סולברג. טעמיו של השופט א' שטיין עמו, אך טעמיו של השופט נ' סולברג גוברים עליהם. אין אני רואה צורך לחזור על נימוקיו של השופט סולברג או לחזק אותם. אומר רק זאת. קשה עלי קביעתו של השופט שטיין שמצד אחד השינוי הקיים בין גרסת האם לבין גרסת הקטינה באשר לאירוע הראשון, מספק חיזוק משמעותי לאמינותם של דברי הקטינה, אך מצד שני שינוי זה מחליש את מהימנותה של האם בקשר לשני האירועים האחרים. אף אם תחזיק בדעה שהאם הפריזה קמעא בתיאור האירוע הראשון, אין זה אומר כלל שכך נהגה עת תיארה את אשר התרחש בשני האירועים האחרים. המסקנה שהסיק חברי השופט שטיין שזו דרכה של האם להעצים את חומרת מעשיו של המערער ועל כן יש לנקוט במשנה זהירות בשקילת עדותה עד כדי שלילתה, אינה הכרחית ואינה עולה בקנה אחד עם הערכת עדות האם על ידי הערכאה המבררת.

שׁוֹפֵט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, יא' באייר התשע"ט (16.5.2019).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט