



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8978/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ד' מינץ

המערער: פלוני

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל
2. פלונית

ערעור על הכרעת הדין ועל גזר הדין מיום 22.2.2017 ומיום 19.11.2018 של בית משפט לנוער בבית המשפט המחוזי בנצרת בתפ"ח 14-03-23431 שניתנו על ידי כבוד השופטים: א' הלמן – סג"נ, א' קולה וד' צרפתי

תאריך הישיבה: י"ג בכסלו התש"פ (11.12.2019)

בשם המערער: עו"ד שרון דניאלי; עו"ד דנה שביט

בשם המשיבה 1: עו"ד ורד חלאוה

בשם המשיבה 2: עו"ד תמי קלנברג

בשם שירות המבחן לנוער: גב' טלי סמואל

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על הכרעת הדין מיום 22.2.2017 ועל גזר הדין מיום 19.11.2018, שניתנו על-ידי בית המשפט המחוזי לנוער בנצרת בתפ"ח 14-03-23431 (השופטים א' הלמן – סג"נ א' קולה וד' צרפתי), במסגרתם הורשע המערער בביצוע עבירות אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מעשה סדום בנסיבות אינוס לפי סעיף 347(ב) לחוק, ומעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק, והושת עליו עונש מאסר בפועל למשך 22 חודשים בניכוי ימי מעצרו, ומאסר על תנאי. כמו כן, חויב המערער בתשלום פיצוי בסך של 40,000 ₪ לקרבן העבירות (להלן: פלונית).

2. על-פי המתואר בכתב האישום, ביום 5.3.2014 שהתה פלונית, קטינה כבת 16 שנים, באכסניה ברמת הגולן יחד עם בני כיתה, במסגרת טיול שנתי. לפנות ערב, הזמינה פלונית אוכל ממסעדה באזור, וביקשה כי ישלח לאכסניה. זמן קצר לאחר מכן, הגיעו המערער ואדם נוסף עם האוכל, ופלונית יצאה לפוגשם בשער האכסניה. בין המערער, לבין פלונית התפתחה שיחה ידידותית, שבסופה מסרה למערער את מספר הטלפון שלה. מעט לאחר שעזב את האכסניה, התקשר המערער לפלונית והשניים קבעו להיפגש עוד באותו ערב. סמוך לשעה 21:30, הגיע המערער לאכסניה, פגש בפלונית, והובילה לפינת החי שבאותה שעה היתה שוממה וחשוכה. פלונית ביקשה שישבו במקום מואר, והשניים התיישבו על מנוע מזגן מחוץ לאחד המבנים במקום. מיד כשהתיישבו, חיבק המערער את פלונית ואחז בישבנה. היא ביקשה ממנו להזיז את ידו, אך הוא התעלם מבקשתה. בשלב זה, ביקשה פלונית מהמערער להחזירה לאכסניה, אך הוא השיב, כי "לא בא בשביל 10 דקות". הוא פתח את רגליה בכוח, נעמד מולה, הוציא את איבר מינו ממכנסיו והחל לשפשפו על איבר מינה, מעל לבגדיה. פלונית התנגדה, ניסתה לסגור את רגליה בכוח, וביקשה מהמערער להפסיק; בקשותיה נפלו על אזניים ערלות. המערער התעלם מתחנוניה, הכניס את ידיו אל מתחת חולצתה, ואחז בחזה בכוח, תוך שהוא מסב לה כאב. בשלב זה, השכיב המערער את פלונית על אבן סמוכה, ואמר לה: "תני לי להכניס לך דקה וחצי אני גומר". פלונית סירבה בתוקף, בכתה, וקראה כי היא "רוצה את אמא". חרף סירובה, הוריד המערער את מכנסיו, הכניס את איבר מינו לפיה, ודחף את ראשה לכיוונו עד אשר גרם לה תחושת חנק. עודנה בוכה ומבקשת כי יקח אותה חזרה לאכסניה, הוריד המערער את מכנסיה ותחתונה של פלונית, שם קונדום על איבר מינו, וביצע בה את זממו עד אשר הגיע לסיפוק מיני. אחר הדברים האלה, עישן המערער סיגריה, התלבש, והחל ללכת לכיוון האכסניה. פלונית, שפחדה להיוותר בגפה, התלבשה ומיהרה אחריו. לאחר שהגיעו לשער האכסניה, נסע המערער מהמקום עם חבר.

השתלשלות ההליכים בבית המשפט המחוזי

3. כתב האישום נגד המערער הוגש בחודש מרץ 2014. ביום 8.9.2014, החלה להישמע פרשת התביעה לפני השופטים ת' כתילי, א' קולה וד' צרפתי; וביום 3.2.2015 נסתיימה. סמוך לאחר מכן, ביום 15.2.2015, הודיעו הצדדים, כי הגיעו להסדר טיעון לפיו יודה המערער בעובדות כתב האישום מתוקן, ללא הסכמה לעניין העונש. כך היה, וביום 20.7.2015 הורשע המערער על-פי הודאתו.

4. עובר לשמיעת הטיעונים לעונש, ביקש המערער לחזור בו מהודאתו. בית המשפט נעתר לבקשה, והרשעתו בוטלה. מחמת פרישתו לגמלאות של השופט ת' כתילי,

נקבע כי סגנית הנשיא א' הלמן תחליפו בראשות ההרכב. בעקבות זאת ביקש המערער, כי עדותה של פלונית תישמע מחדש, על מנת שהשופטת הלמן תוכל להתרשם ממנה באופן ישיר. בית המשפט דחה את הבקשה, וקבע שנוכח הפגיעה שעלולה להיגרם לפלונית בעקבות שחזור האירועים פעם נוספת, יש להסתפק בתייעוד המוקלט של עדותה המקורית.

5. פרשת ההגנה נשמעה לפני ההרכב החדש, הצדדים הגישו את סיכומיהם, וביום 22.2.2017 הורשע המערער ברוב דעות (השופטת הלמן והשופט קולה, בניגוד לדעתו החולקת של השופט צרפתי). התוצאה המזכה שאליה הגיע השופט צרפתי הושתתה על מספר אדנים: סתירות וסימני שאלה שהתעוררו בעדותה של פלונית; התנהגותה של פלונית לאחר האירוע, ובפרט, התכתבות במסרונים עם המערער, שבמהלכה איימה עליו כי "או שתענה או שאני מתקשרת למשטרה ואתה מסובך"; מחדלים בחקירת המערער במשטרה, כולל פגיעה בזכויותיו כקטין חשוד לפי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער); וספק לגבי קיום היסוד הנפשי הנדרש, וזאת בדגש על מאפייני אישיותו של המערער, כפי שנלמדו מחוות דעת פסיכולוגית. השופט צרפתי ציין, כי אמנם גם גרסתו של המערער לאירועים מעוררת קשיים, אולם אלה "אינם נוגעים לעיקרי עובדות או לסוגיות המרכזיות העומדות להכרעה" (פסקה 103). נוכח האמור קבע, כי גרסת המערער לא נסתרה, ולכל הפחות די בה כדי לעורר ספק סביר באשמתו. הודגש, כי התנהגותו המניפולטיבית של המערער, שעל מנת לקיים יחסי מין עם פלונית הובילה להאמין שהוא מעוניין במערכת יחסים רגשית ארוכת טווח, מלמדת על "צעיר נטול ערכים ונעדר מוסר בסיסי, המרוכז בעצמו ואינו נותן דעתו לנזק שעלולה לגרום התנהגותו המדמה" (פסקה 83). אלא שבכך אין כדי ללמד על העדר הסכמה מצדה של פלונית לקיום יחסי המין, ובסלידה המוסרית מהתנהגותו של המערער אין די כדי להביא להרשעתו בפלילים.

6. כאמור, חרף הספקות הללו, נותר השופט צרפתי בדעת מיעוט. השופט קולה קבע, כי אמנם לא די בהתנהגותו המניפולטיבית של המערער כדי להרשיעו, אולם היא מלמדת על אופיו ועל 'פעור הכוחות' בין הצדדים, שדרכו "יש להשקיף על האירוע מושא כתב האישום" (פסקה 16). בנסיבות העניין, קבע השופט כי דווקא גרסתו של המערער היא זו אשר רצופה בקשיים וסתירות השוללים את קבלתה, ואילו סימני השאלה המתעוררים מגרסתה של פלונית אינם נוגעים "לליבת האירועים" וניתן להסבירם באופן הגיוני. אשר ליסוד הנפשי, ציין השופט קולה בפתח חוות דעתו, כי "מתחילה סברתי, שיש לזכות את [המערער] ולו מן הספק וזאת בגלל נתוניו האישיים [...] לא הבין [המערער] את משמעות ה'הלא' של [פלונית]" (פסקה 3). אולם, לאחר בחינה ושקילה של הדברים, הגיע

לכלל מסקנה שהתקיים במערער יסוד נפשי של מודעות לחוסר הסכמתה של פלונית, לכל הפחות בהתאם לסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, לפיו 'עצימת עיניים' כמוה כמודעות. השופטת הלמן הצטרפה לדעתו של השופט קולה, תוך ניתוח גרסאותיהם של פלונית ושל המערער, והוסיפה נימוקים משלה לתמיכה בתוצאה המרשיעה.

7. ביום 19.11.2018 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער. בפתח הדברים, עמד בית המשפט על השתלשלות האירועים מאז הרשעתו. צוין, כי בתחילת הדרך סרב המערער לשתף פעולה עם שירות המבחן, ולא ניתן היה לקבל תסקיר בעניינו עובר לדיון שבו נשמעו הטיעונים לעונש. בדיון זה, פנה המערער לבית המשפט ותיאר את ההתדרדרות הקשה שחלה במצבו מאז ניתנה הכרעת הדין. בין היתר ציין, כי החל להשתמש בסמים, והורשע בעבירות אלימות ורכוש שבגינן נדון לתשעה חודשי מאסר בפועל. המערער תאר, כיצד חווה פגיעה נפשית ממשית בתקופת שהייתו בכלא, אשר הובילה למספר ניסיונות אובדניים ולשילובו בטיפול פסיכיאטרי תרופתי. על רקע האמור ביקש המערער, כי בית המשפט יפנה אותו פעם נוספת לשירות המבחן על מנת לבחון אפשרות של הליך שיקומי, וזאת תוך שהוא מתחייב לשתף פעולה. על אף שלדיון קדמו דחיות רבות, נעתר בית המשפט לבקשת המערער והורה על הגשת תסקיר מטעם שירות המבחן. בתסקיר, עמד שירות המבחן על מצבו הרגשי הסוער של המערער, ועל נכונותו להשתלב בטיפול ארוך טווח. לבקשת שירות המבחן, הורה בית המשפט על שילובו של המערער בקהילת 'הדרך', במסלול טיפולי יעודי לפוגעים מינית שלהם רקע של שימוש בסמים. אולם שבועיים בלבד לאחר שנקלט בקהילה, הסתיימה שהייתו שם, וזאת נוכח העדר שיתוף פעולה מצדו, ולאחר רצף של אירועים חריגים אשר כללו אלימות מילולית וונדליזם. בהמשך, הוגש תסקיר נוסף, שבו צוין כי המערער זקוק לתהליך של גמילה פיזית טרם שילובו בתכנית טיפולית נוספת. על רקע התנגדותו הנחרצת של המערער להשתלב באשפוזית שהוצעה לו, התרשם שירות המבחן, כי מוצה האפיק הטיפולי, ולא נותר אלא לקבוע עונש מתאים. לחלופין הוצע, כי אם יחליט בית המשפט שיש מקום להמשיך באפיק השיקומי, יופנה המערער תחילה לבדיקה ולחוות דעת פסיכיאטרית. באת-כוחו של המערער ביקשה לילך בדרך זו, אולם נוכח הזמן הרב שחלף מאז ההרשעה, והעדר בשלות אצל המערער להמשיך בתהליך הטיפולי, נדחתה הבקשה.

8. לאחר הסקירה דלעיל, עמד בית המשפט על טיעוני הצדדים לעונש ופנה לגזור את דינו של המערער. ראשית נקבע, כי על העונש ליתן ביטוי הולם לפגיעה החמורה של המערער בשלומה, בגופה ובנפשה של פלונית, ובערכי החברה. עם זאת צוין, כי המערער היה קטין בעת ביצוע העבירות, ולפיכך תכלית הענישה המרכזית היא שיקומית. בהקשר זה הדגיש בית המשפט, כי תמונת תהליך השיקום שעבר המערער עד שלב גזר הדין "אינה

חד מימדיית". אף שהמערער לא עבר כברת דרך ארוכה, הוא השתתף בטיפול במשך תקופה בלתי מבוטלת, וכישלון הטיפול נעוץ במידת מה בקשיים קוגניטיביים ונפשיים. אשר למדיניות הענישה הנוהגת, מצא בית המשפט, כי לעצם קטינותו של נאשם יש משקל נכבד בעת גזירת דינו, וזאת אף כאשר במעשים ברף החומרה הגבוה ביותר עסקינן, ובכלל זה בעבירות מין. בקשת השיקולים שאותם יש לשקול מנה בית המשפט את גילו של הנאשם בעת ביצוע העבירות, מידת הבנתו את חומרת מעשיו, מידת החרטה ונטילת האחריות על המעשים, עברו הפלילי וסיכויי שיקומו. בנדון דידן ציין בית המשפט, כי המערער היה בן 17 ושלושה חודשים בעת ביצוע המעשים, הווי אומר "על סף חודשי קטינות אחרונים". הוא לא נטל אחריות על ביצוע העבירות, ולא הביע חרטה על מעשיו. מנגד, על רקע מצבו הקוגניטיבי, וקשייו בהבנת סיטואציות חברתיות נקבע, כי יש בסיס להנחה שהמערער לא הבין באופן מלא את חומרת הפגיעה והטראומה שגרם לפלונית, הגם שאין חולק, כי הבין את עצם הפסול שבמעשיו והוא כשיר לעמוד לדין. עוד נזקפו לזכותו: העדר עבר פלילי בעת ביצוע העבירות, והעובדה כי הן בוצעו ללא תכנון מקדים; הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירות, והתמשכות ההליך המשפטי; הקושי הממשי של המערער להתמודד עם המאסר, כפי שעולה מהמאסר שהושת עליו בגין עבירות האלימות והרכוש שבהן הורשע, ובפרט מקשיי הסתגלותו והניסיונות האובדניים מצדו; נסיבות חייו הקשות, לרבות קשייו של הוריו לתפקד באופן מלא ולספק לו תמיכה. לבסוף, עמד בית המשפט על מידת הפגיעה שנגרמה לפלונית, לפי האמור בתסקיר נפגעת העבירה. פלונית סובלת מתסמינים פוסט טראומטיים ומפגיעה בדימויה העצמי. לצד זאת צוין, כי המשיכה בחייה, מצב רוחה השתפר, והיא נמצאת בקשר זוגי. התסקיר נערך ביום 17.9.2015, עובר לחזרתו של המערער מהודאתו, ומסתברת ההנחה שמשחלפו שלוש שנים נוספות, נמשכה מגמת השיפור האמורה. סוף דבר, בהתחשב במכלול השיקולים, גזר בית המשפט על המערער 22 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו, לצד מאסרים על תנאי. כמו כן, חויב המערער לשלם לפלונית פיצוי כספי בסך של 40,000 ₪.

עיקר טענות הצדדים בערעור

9. ביום 19.12.2018 הגיש המערער את הערעור שלפנינו, אשר מופנה הן נגד הכרעת הדין, הן נגד גזר הדין. לשיטתו, מקרה זה הוא מסוג המקרים החריגים שמצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי העובדה שנקבעו בערכאה הדיונית. טענה זו מבוססת על מספר נימוקים: ראשית נטען, כי קביעת ממצאי העובדה בחוות הדעת המרשיעות של שופטי הרוב הסתמכה במידה רבה על "השכל הישר והיגיון החיים". בקביעות מעין אלה, אין לערכאה הדיונית יתרון על ערכאת הערעור. שנית, השופטת הלמן לא היתה חלק מההרכב בשלב שבו נשמעה עדותה של פלונית, וקביעת ממצאי מהימנות ועובדה על-ידה מעוררת קושי מובנה, אשר מצדיק בחינה מעמיקה מצד ערכאת הערעור.

שלישית, שופטי הרוב קבעו כי גרסתו של המערער אינה מהימנה, במידה רבה בהסתמך על סתירות שמצאו בחקירתו הראשונה במשטרה. חקירה זו נערכה לאחר לילה נטול שינה מצד המערער, מבלי שניתן האישור הנדרש לפי חוק הנוער, וקביעת ממצאים על-פיה היא "שגיאה היורדת לשורשו של עניין".

10. לגופם של דברים טוען המערער, כי מהראיות בתיק עולה תמונה ברורה – יחסי המין קוימו בהסכמה, ותלונתה של פלונית הוגשה על רקע הפגיעה שחשה כשלמדה שהמערער שיקר לה באמרו שהוא מעוניין ב'קשר רציני' עמה. המערער אינו מכחיש, כי התנהגותו פסולה, וראויה לגינוי בפן המוסרי. אולם לדידו, השיפוט המוסרי של מעשיו הכהה את עיניהם של שופטי הרוב, והובילם לניתוח שגוי של הראיות, אשר הביא להרשעתו.

11. את גרסתו מעגן המערער בכמה ראיות, אשר לטענתו לא זכו למענה הולם בהכרעת הדין. נטען, כי גרסתה של פלונית רצופה סתירות – הן סתירות 'פנימיות' בין גרסאותיה השונות, הן סתירות 'חיצוניות' – בין גרסאותיה, לבין עדויות אחרות. כך למשל, בחקירתה הראשונה במשטרה טענה פלונית, כי המערער לקח אותה בכוח מ'זירת המזגן', ל'זירת האבן'. לעומת זאת, בבית המשפט העידה, כי עברה אל האבן מיוזמתה, והמערער נשכב לידה. שתי הגרסאות הללו סותרות את גרסת המערער, לפיה הוא זה אשר עבר ראשון לשכב על האבן, ופלונית הגיעה בעקבותיו. בהקשר זה, עמד המערער על כך שבמקרים שונים בהם עומתה פלונית עם הסתירות בין גרסתה לגרסתו, טענה ש'אינה זוכרת'. כך היה לדוגמה, כשעומתה פלונית עם טענת המערער לפיה בעת קיום המין האוראלי אמרה לו: "תעשה את העבודה". המערער גורס, כי בתשובות אלה ביחס לפרטים מהותיים מהאירוע, יש לכל הפחות כדי לעורר ספק במהימנות גרסתה. סתירות נוספות מתעוררות בין הגרסה שמסרה פלונית בעדותה, לבין עדותה של חברתה, שהיתה הראשונה לשמוע מפי פלונית על האירוע. בעדותה סיפרה החברה, כי היא זוכרת בבירור שפלונית סיפרה לה שהיא צעקה, שהמערער סתם את פיה עם ידיו, ושהוא שאיר אותה ערומה במקום האירוע. המערער מצביע על כך שלא רק שפלונית לא סיפקה הסבר לסתירות הללו כשעומתה עמן, אלא אף טענה שחברתה משקרת, כאשר ברור שאין לה כל אינטרס לעשות כן. לטענתו, לא ניתן להתעלם מכך, ויש בדברים כדי לערער את מהימנותה של פלונית.

12. עוד נטען, כי גרסתה של פלונית אינה מתיישבת עם התנהגותה לאחר האירוע. בפרט מדגיש המערער את חילופי המסרונים סמוך לאחר חזרתה של פלונית לאכסניה, ואת עדותו של חבר לכיתה, שראה את פלונית ואת המערער בהגיעם לשער האכסניה.

בהודעתו, שהוגשה בהסכמה, ציין החבר כי פלונית נראתה לו "שמחה מבסוטה רגילה כזו" (נ/8, שורה 40). דברים אלה עומדים בסתירה לעדותה של פלונית עצמה, שטענה שהיתה נסערת ורעדה בעת שובה לאכסניה. חילופי המסרונים סמוך לאחר מכן סותרים אף הם את גרסתה של פלונית, ומעידים על המניע האמיתי שבבסיס פנייתה למשטרה. לאחר שעזב המערער את המקום, ניסתה פלונית להתקשר אליו, אך לא נענתה. בעקבות זאת שלחה לו הודעת טקסט, כהאי לישנא: "חתיכת מגעיל ידעתי שאתה מחפש את זה". לאחר שאף להודעה זו לא ניתנה תשובה, שלחה הודעה נוספת: "או שתענה או שאני מתקשרת למשטרה ואתה מסובך". לא זו אף זו, טוען המערער, בהודעתה הראשונה במשטרה נמנעה פלונית מלספר על ההודעות, בניסיון להסתירן. לאחר שעומתה עמן בחקירות נוספות, ונשאלה מה רצתה להשיג באמצעות שליחתן, ענתה: "תגובה שזה לא היה אונס. שהוא באמת התכוון למילים האלו [...] בחור שאומר בואי נתחיל בקשר רציני לא עושה את המעשים שהוא עשה, חשוב לציין שעל הכל התנגדתי ושום דבר לא נעשה בהסכמה והכל הוא עשה בכוח" (הודעה נ/6 שורות 10-13). המערער טוען, כי דברים אלה מתיישבים דווקא עם גרסתו, לפיה עסקינן בבחורה צעירה שנפגעה מהתנהגותו ומהצורה שבה 'תמרן' אותה לקיים עמו יחסי מין, אך לא בבחורה שנאנסה.

13. עוד טוען המערער, כי שגה בית המשפט בכך שקבע שגרסתו אינה מהימנה, וזאת בהסתמך על סתירות שנמצאו בחקירתו הראשונה. חקירה זו נערכה בשעה 5:00 לפנות בוקר, לאחר לילה נטול שינה. עייפותו בחקירה ניכרת, עד כדי כך שבשלב מסוים נרדם אל מול פניו של החוקר. בניגוד להוראות חוק הנוער – לחקירתו של המערער בשעה מאוחרת זו לא קדם אישור בכתב מטעם קצין מוסמך. גם למימוש זכותו להחקר בנוכחות הוריו בהתאם לסעיף 9(א) לחוק הנוער, לא זכה המערער. לטענתו, שופטי הרוב לא נאותו להסיק את המסקנה המתבקשת מפגמים אלה. השופט קולה אמנם הביע חוסר נוחות מאופן החקירה, אך סבר כי מדובר ב"פגם טכני", שאין בו כדי לפגוע בקבילותה או במשקלה של ההודעה. השופטת הלמן הביעה ביקורת אף היא, אך לטענת המערער אין די בכך, והשופטת העניקה משקל רב להודעה. המערער סבור, כי נוכח הפגמים בחקירה, היה מקום לקבוע, שכל מקרה של ספק או חוסר בהירות העולה מהדברים בחקירה זו, צריך לפעול לטובתו, כפי שאכן קבע השופט צרפתי בדעת המיעוט.

14. לבסוף נטען, כי אף אם פלונית לא הסכימה לקיום המגע המיני, היה על בית המשפט לקבוע שהמערער לא הבין זאת. היינו, לא התקיים במערער היסוד הנפשי הנדרש של מודעות לחוסר ההסכמה, ולכן לא ניתן להרשיעו. הודגש, כי על-פי חוות דעת מקצועית מאת הפסיכולוג ד"ר דוד יגיל, סובל המערער מלקות שכלית גבולית, וזו יכולה להפריע לו לפרש בצורה נכונה סיטואציות חברתיות. השופט קולה אף ציין בפתח פסק

דינו, כי: "מתחילה סברתי, שיש לזכות את [המערער] ולו מן הספק וזאת בגלל נתוניו האישיים וכעולה מחוות דעתו של הפטיכולוג ד"ר יגיל ולפיה, לא הבין [המערער] את משמעות ה'לא' של [פלונית]" (פסקה 3). אמנם, הספק שקינן בלבו של השופט קולה "נפתר כמו מאליו" והוא הגיע למסקנה שהמערער הבין היטב את המצב ו-"לא בחל בשום אמצעי להגיע למטרתו-לסיפוקו" (שם). אולם דווקא מסקנתו זו של השופט קולה שגויה, ואינה מעוגנת היטב בהכרעת הדין. בפרט, מדגיש המערער, כי חוות הדעת של ד"ר יגיל אומצה במסגרת גזר הדין, כהצדקה להקל עמו.

15. לחלופין טוען המערער, כי נסיבותיו המיוחדות מצדיקות הקלה בעונשו, כך שיוטל עליו עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות. בפרט, מציין המערער את הטרגדיה המשפחתית שחוהה כשאחיו נפטר ממחלה קשה בגיל צעיר; את הזמן הרב שחלף מעת ביצוע המעשים; ואת הקושי שלו להתמודד עם החיים בכלא במסגרת העונש שקיבל בגין עבירות אחרות, עד כדי כך שהוגדר כאסיר 'טעון הגנה' על רקע חשש מפני פגיעה עצמית ופגיעה על-ידי אסירים אחרים. עוד טוען המערער, כי יש לבטל או למצער להפחית את שיעור הפיצוי שחוייב לשלם לפלונית, וזאת נוכח קשייה הכלכליים של משפחתו וגובה הפיצוי החריג ביחס לפיצויים המושתים בהליכים בבית המשפט לנוער.

16. ב"כ המשיבה מצדה טוענת, כי יש לדחות את הערעור, על שני רכיביו. נטען, כי העניין שלפנינו אינו נופל בגדר המקרים החריגים שמצדיקים סטייה מהכלל הידוע, לפיו אין ערכאת הערעור מתערבת בממצאים העובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית. אמנם, בית המשפט אכן נעזר ב'שכל הישר ובהגיון החיים', אולם אין זה כלי שעומד לבדו, והשימוש בו כשלעצמו אינו מצדיק סטייה מהכלל האמור. אף השינוי במושב בתום פרשת התביעה, והעובדה שהשופטת הלמן לא התרשמה ישירות מעדותה של פלונית אינם מצדיקים זאת. ההחלטה האם לשמוע מחדש עדות לאחר שינוי בהרכב המותב מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט לפי סעיפים 233 ו-234 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. בנדון דידן קבע בית המשפט, כי נוכח החשש מפני פגיעה במצבה הנפשי של פלונית, וכיוון שעדותה הוקלטה, אין הצדקה להעידה מחדש. בהחלטה זו אין כדי להחריג את העניין שלפנינו מכלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור. ב"כ המשיבה הדגישה, כי השופטת הלמן שמעה את יתר העדויות, ובפרט את עדותו של המערער, שאותה מצאה בלתי מהימנה. אשר לעדותה של פלונית, צוין, כי אף השופט צרפתי ציין במפורש את הרושם האמין והחיובי שעלה ממנה. בנסיבות אלה, אין להתערב במסקנות הערכאה הדיונית.

17. גם לגוף הדברים סבורה ב"כ המשיבה, כי אין עילה להתערבות בממצא העיקרי שקבע בית המשפט המחוזי, לפיו פלונית לא הסכימה לקיים יחסי מין עם המערער. נטען, כי בבחינת עדותה של קרבן עבירות מין, יש להתמקד ב"גרעין האמת" שבגרסתה, מבלי לדרוש עדות קוהרנטית ורציפה ביחס לכלל הפרטים, וזאת נוכח הטראומה הרגשית הקשה שיוצרת הפגיעה המינית והשפעתה על מסירת העדות. בגרסתה של פלונית, גרעין האמת הוא חוסר ההסכמה שביטאה פעם אחר פעם במהלך האירוע. היא הסיטה את ידו של המערער כשנגע בישבנה, ביקשה שיחזירה לאכסניה, סגרה את רגליה כשניסה לפתחן, התחננה שיפסיק כשחדר לגופה, בכתה וקראה כי היא רוצה את אמה. גרעין אמת זה חזר על עצמו בכל הגרסאות שמסרה, הן כשסיפרה על האירוע לחברתה ולמורתה מעיין, הן בהודעותיה במשטרה, הן בעדותה לפני בית המשפט. הסתירות עליהן מצביע המערער אינן מטילות דופי בגרעין האמת שבגרסתה.

18. עוד טענה ב"כ המשיבה, כי ביסוד התרשמותו השלילית של בית המשפט מגרסת המערער עומדת עדותו בבית המשפט, כשהסתירות בהודעתו הראשונה במשטרה אך מחזקות התרשמות זו. כך למשל, הגרסה שסיפק המערער בעדותו, לפיה חיפש להכיר את פלונית, והדברים התגלגלו לכדי קיום יחסי מין, נדחתה על-ידי כלל חברי ההרכב. גם בחינת הגיונה הפנימי של עדותו של המערער מוליכה למסקנה, כי אין לקבלה. בפרט הדגישה ב"כ המשיבה, כי לפי גרסתו, פלונית יזמה את יחסי המין האוראליים, וזאת על אף שלשיטתו-הוא קדמו לכך בכי מצדה, והתנגדות לנגיעותיו בישבנה ובשדיה. ב"כ המשיבה סבורה, כי "הדברים מדברים בעדמם".

19. אשר לערעור על חומרת העונש, טענה ב"כ המשיבה כי דינו להידחות. המערער אינו מצביע על עילה המצדיקה התערבות בגזר הדין. בית המשפט המחוזי נתן דעתו לטענות שעליהן נסמך הערעור, והקל במידה משמעותית בעונשו של המערער, שחומרת מעשיו מצדיקה עונש חמור בהרבה. לא זו אף זו, המערער אף קיבל הזדמנות להליך שיקום, אולם זה לא צלח. נוכח האמור, אין כל הצדקה להקל בעונשו.

20. בדיון שהתקיים לפנינו, שבו הצדדים על עיקרי טענותיהם. ב"כ המערער ביקש להדגיש, כי הבקיעים והסתירות בעדותה של פלונית אינם נוגעים לשאלות של "מניעים", או להערכת ההיגיון שבהתנהגותה, אלא למהימנות גרסתה. נוכח הקשיים בגרסתה, טען ב"כ המערער כי לא ניתן להתגבר על הפגם שבאי-העדתה לפני המותב החדש, וטען שיש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך שמיעת עדותה, ולחלופין לזכות את המערער. מנגד, טענה ב"כ המשיבה, כי במוקד ההחלטה שלא להעיד את פלונית מחדש, עמד החשש לפגיעה נוספת במצבה הנפשי. צוין, כי הצורך להעדתה התעורר לאחר

שהמערער חזר בו מהודאתו, ובשלב שבו כבר החלה בתהליך של הותרת האירוע מאחוריה. מאותם שיקולים, לא יעלה על הדעת להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי היום – 5 שנים לאחר האירוע – ולדרוש הימנה להעיד בשנית.

דיון והכרעה

21. לאחר שעיינתי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי ובמכלול החומר שהונח לפנינו, ובחנתי את טענות באי-כוח הצדדים, אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, מזה ומזה – הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור, על שני רכיביו, להידחות, וכך גם אציע לחברי שנעשה.

התערבות בממצאי מהימנות ועובדה

22. כלל גדול הוא, כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב ולשנות מן הממצאים העובדתיים וממצאי המהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ע"פ 3914/05 אלחרר נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (10.11.2008); ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 6 (3.7.2007)). טעמו של כלל זה בעדיפותה של הערכאה הדיונית, בכך שהיא שומעת את העדים ומתרשמת מהם באופן ישיר (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, פסקה 5 (2000)). טעם זה מקבל משנה תוקף כאשר במוקד העניין עדותה של קרבן עבירת מין, שמטבעה עוסקת בנושא טראומטי ואינטימי. במצבים אלה, מבט 'חיצוני', מתוך ציפייה לעדות קוהרנטית וסדורה, עלול לספק תמונה חלקית ובלתי מדויקת (ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, פסקה 8 (2004); ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.6.2010)).

23. מהטעם שביסוד הכלל, נגזרו מספר חריגים: כאשר נקבעו הממצאים בהסתמך על ראיות כתובות, או על ראיות חפציות אחרות, להבדיל מעדות שנמסרה בעל-פה, אין להחיל את הכלל, על כל פנים לא בדווקנות, שכן אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור. כך גם כאשר הסתמכה הערכאה הדיונית בקביעת ממצאיה על שיקולים שבהיגיון או בסברה, כי אז אין להכרעה עדיפות על זו של ערכאת הערעור. חריגים נוספים נוגעים למצבים שבהם הערכאה הדיונית התעלמה לחלוטין מראיות מסוימות או מפרטים מהותיים בחומר הראיות, או אימצה גרסה 'מופרכת וחסרת היגיון' (לסקירת החריגים לכלל, ראו: ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (17.3.2008); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011)).

24. בענייננו, הורשע המערער ברוב דעות, כאשר אחת מחוות הדעת המרשיעות נכתבה על-ידי השופטת הלמן, שלא התרשמה באופן ישיר מעדותה של פלונית. למותר

לציין, כי "מן הראוי הוא כי השופט שהאזין לעדויות ממקור ראשון הוא שיכריע את דינו של הנאשם" (ע"פ 4844/09 מסעאד נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (31.5.2010)). אלא שראוי לחוד, ומצוי לחוד. לעיתים, נדרש שופט להכריע בעניין מסוים על אף שלא התרשם ישירות מן העדויות. כזאת אירע בענייננו. האם בנסיבות אלה יסוג כלל אי-ההתערבות, ויותר מקום לבחינה ראשונית מדוקדקת של הממצאים שנקבעו? הטעם המרכזי העומד ביסוד כלל אי-ההתערבות אינו מתקיים במצב דברים זה במלוא עוזו ותוקפו. יתרונו של שופט הערכאה הדיונית שלא התרשם מן העדות – מוגבל, ובמידה רבה נכפה עליו להכריע בשאלות של מהימנות ועובדה על-פי "שיקולים שבהיגיון" בלבד (ע"פ 8703/96 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 764, פסקה 2 (1997)). כאמור לעיל, בהכרעות מעין אלו, מתחם הביקורת על קביעות הערכאה הדיונית – מתרחב. יחד עם זאת, שומה על ערכאת הערעור להיזהר בביקורתה ולהתאים את היקפה לנסיבות העניין. עדות אחת שלא נשמעה במישרין, אינה מצדיקה להתערב מעתה בכלל המסקנות שקבע אותו שופט. אף במסקנות שנקבעו על סמך אותה עדות צריכה ההתערבות להעשות במשורה, במקרים בהם מצביע המערער על פגם בהסקת המסקנות. ודוק: יתרונה של הערכאה הדיונית אינו מתמצה בקליטה בלתי אמצעית של עדות כזו או אחרת. כוחה בהתרשמות כוללת מכלי ראשון במהלך ניהול המשפט מהחל ועד כלה. כך מתאפשר לתהות על קנקן של הנפשות הפועלות. העדויות השונות אינן מנותקות, ולא מבודדות אחת מן השנייה, כל אחת לעצמה; הן מקיימות יחסי גומלין מורכבים. קביעת ממצאי מהימנות ביחס לעדות אחת שנשמעה, עשויה להשליך על מהימנות רעותה, גם אם זו לא נשמעה ישירות. בעניין שלפנינו, ישיבה השופטת הלמן בשלושה מתוך ששת דיוני ההוכחות; שמעה את פרשת ההגנה כולה, ובתוך כך את עדותו של המערער. דינם של הממצאים שקבעה על סמך גרסתו, כדין כל קביעת מהימנות וממצאי עובדה. ביקורתנו תתמקד להלן, בעיקר, על סמך מה שנטען לפנינו, בממצאים שנקבעו לגבי עדותה של פלונית, וזאת על רקע המכלול.

בחינת גרסתה של פלונית

25. המערער טוען, כי העמדת גרסתה של פלונית במבחן 'השכל הישר והיגיון החיים' מובילה למסקנה, כי לא ניתן לקבלה, והמסקנה המתחייבת היא שיחסי המין התקיימו בהסכמה. טענתו זו מבוססת הן על סתירות פנימיות בגרסאות שונות שמסרה פלונית, הן על סתירות חיצוניות בין גרסתה לבין עדויות אחרות. לאחר בחינת הדברים, סבורני כי הסתירות, ככל שקיימות, אינן מערערות את עמוד התווך שעליו נשענת גרסתה – העדר הסכמה למעשי המערער. אבאר את דברי, תוך התייחסות לנקודות המרכזיות שהעלה המערער.

26. המערער סבור שיש לייחס משקל משמעותי לסתירות שנמצאו בין הגרסה שהציגה פלונית בבית המשפט המחוזי, לבין מה שסיפרה לחברתה סמוך לאחר האירוע. בעדותה ציינה החברה, שפלונית סיפרה לה כי "כל הזמן התנגדה וכל הזמן צעקה" (פרוטוקול מיום 3.2.2015, עמוד 2015, עמוד 93), וכי המערער "השאיר אותה ערומה לבד והיא היתה צריכה להתלבש ולחזור לאכסניה" (שם, עמוד 94). בנוסף, בחקירה הנגדית, אישרה החברה כי פלונית סיפרה לה שהמערער "סתם לה את הפה עם היד שלו" (שם, עמוד 98). שלוש האמירות הללו אינן עולות בקנה אחד עם הגרסה שמסרה פלונית, לפיה היא לא צעקה; המערער סתם את פיה עם שפתיו, ולא עם ידו; ובתום האירוע הם חזרו יחד לשער האכסניה. השופטת הלמן, כמו גם השופט קולה, קבעה, כי "ניתן להסביר את העצמת הנסיבות, שאפשר את מעשה האינוס, באופן המקל על [פלונית] להסביר לעצמה ולאחרים כיצד נקלעה למצב כזה, וכן להרחיק את התהיות שמא הביאה על עצמה את המעשים או האם יכולה היתה למנוע אותם לו התנגדה ביתר שאת או נמלטה מהמקום" (פסקה 17). המערער גורס, כי הסבר זה יכול היה להתקבל אילו היו הסתירות עומדות בפני עצמן. אולם, הסבר זה אינו מתיישב עם העובדה שכשעומתה פלונית עם הסתירות, ונשאלה האם חברתה משקרת, השיבה בחיוב. אין בידי לקבל טענה זו. ההסבר שניתן לסתירות בפסק הדין מניח את הדעת. סתירות אלה אינן יורדות כלל לשורש גרסתה של פלונית. גם אם תגובתה, כשעומתה עם הסתירות בחקירה הנגדית היתה 'מתגוננת', לא מצאתי כי יש בכך כדי לערער את ההסבר שהוצג לאותן סתירות, או להטיל דופי במהימנותה.

27. כך גם אינני סבור שעדותו של החבר, לפיה נראתה לו פלונית "שמחה, מבסוטה, רגילה כזו" בעת חזרתה לאכסניה, פוגעת במהימנות גרסתה. ודוק, כלל איני בטוח שניתן לראות בכך 'סתירה' כפי שמבקש לטעון המערער. אמת, בגרסתה סיפרה פלונית, כי היתה נסערת ואף רעדה שעה שחזרה לאכסניה. אולם, השיחה עם החבר היתה קצרה, והתרחשה בשעת ליל. יתכן כי לא הבחין בסערת הרגשות שבה היתה פלונית נתונה. על כל פנים, גם אם לא רעדה בעת השיחה איתו, ברי שאין זו סתירה המצדיקה קביעת ממצאים מרחיקי לכת לגבי מהימנותה.

28. עוד טוען המערער, כי קושי משמעותי עולה מגרסאות סותרות שהציגה פלונית לעניין המעבר מ'זירת המזגן' אל 'זירת האבן'. כשמסרה את הודעתה במשטרה, מספר שעות לאחר האירוע, תיארה פלונית את המעבר כדלהלן: "הוא תפס את הידיים והכניס את הידיים שלו לתוך החזה שלי ולחץ לי עליהם וזה כאב ואני ביקשתי די והתחלתי לבכות. אחרי זה הוא לקח אותי והשכיב אותי על אבן כזו מלאה ברזלים והשכיב אותי עליה" (נ/4, שורות 42-43). לעומת זאת, בעדותה בבית המשפט סיפרה פלונית, כי "הוא הכניס את

הידיים לחזה וביקשתי שיפסיק והתחננתי שיחזיר אותי כי זה לא בשבילי כאילו כל הדברים האלה ואז הוא לחץ לי על החזה וכאב לי, ובכיתי וביקשתי שיפסיק. ואחר כך קמתי בכוח ואז היה שם אבן מלא מסמרים כזאת על הרצפה אז ישבתי שם והוא שכב לידי והתחלתי לבכות" (פרוטוקול מיום 8.9.2014, עמוד 8). היינו, בגרסתה הראשונה, 'לקח' אותה המערער מהמזגן והשכיבה על האבן, בעוד שבגרסה המאוחרת עברה אל האבן מיוזמתה, והמערער הגיע בעקבותיה. שתי הגרסאות אינן עולות בקנה אחד עם גרסת המערער בעדותו, לפיה: "הכנסתי לה יד לציצי, נגעתי לה בציצי כמה שניות והוצאתי את היד. תוך כדי שהתנשקנו [...] היא הכניסה את היד שלה לאיבר המין שלי הוציאה את איבר המין שלי ועשתה לי ביד. אחרי כמה שניות הלכתי לכיוון האבן [...] נשכבתי עם הראש על האבן. היא באה שמה את הראש שלה על החזה שלי, נשכבה עלי והתחילה לבכות" (פרוטוקול מיום 3.2.2016, עמוד 110).

29. המערער טוען שהקושי שמתעורר מחמת הסתירות בגרסתה של פלונית מתעצם, נוכח התנהגותה לאחר המעבר אל האבן. בפרט תמה המערער – אם אכן עברה לאחר ש'קמה בכוח' מהמזגן – מדוע הלכה דווקא לאבן, ולא עזבה את המקום? כשנשאלה על כך בעדותה, השיבה פלונית: "למה שאני אברח? איך את יכולה לברוח כשאת חושבת שיש לו סכין בכיס? שהוא יעשה לך משהו שהוא ירדוף אחרייך למה אני יודעת מה הוא יעשה?" (פרוטוקול מיום 8.9.2014, עמוד 37). מקור ההשערה שברשותו של המערער היתה סכין לא הובהר, וגרסתה של פלונית לעניין זה לא התקבלה בבית המשפט המחוזי. יחד עם זאת, קבעה השופטת הלמן, כי על מנת לקבל את גרסתה של פלונית לא נדרש הסבר חותך לשאלה מדוע לא עזבה את המקום בעת המעבר לזירת האבן. כלשונה: "קשה לשפוט התנהגות של קורבנות עבירות מין בדיעבד [...] בשלב זה יכולה היתה [פלונית] להאמין כי [המערער] יקשיב לצרכיה וימנע מלגעת בה, בדרך שלא היתה מוסכמת עליה" (פסקה 22). המערער מלין על הסבר זה, בהיותו מנוגד להסבר שהציגה פלונית עצמה. לטענתו, הפער בגרסתה מהווה ראייה נוספת לחוסר מהימנותה, ומחזק את גרסתו, לפיה פלונית עברה בעקבותיו – מרצונה – אל 'זירת האבן'. לא מצאתי ממש בטענה זו. קביעתה של השופטת הלמן מעוגנת היטב בגישה הנוהגת בפסיקה לגבי עדות של קורבנות עבירות מין, לפיה לא ניתן להתבונן בהתנהגותם דרך משקפי התבונה, ואין לבחנה בכליו של ההיגיון הקר. העובדה, כי קרבן העבירה שתקה, קפאה, לא התנגדה ולא ברה, ואף חיפשה את קרבתו של התוקף, אין בה כדי להעיד כי הסכימה למעשים (ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, פסקה 7 (1986); ע"פ 3217/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (31.7.2016)). גם בסתירות בגרסאות של קרבן העבירה, ובפרט בסתירות בין הגרסה שמסרה בחקירתה הראשונה, סמוך לאירוע הטראומטי, לבין זו שמסרה בבית המשפט, אין כדי לשלול את מהימנות הסיפור שסיפרה (ע"פ 3273/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כג; ע"פ 8886/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (15.03.2016); ראו גם: שולמית

אלמוג "טראומה, נראטיב ומשפט" 99 דליה דורנר 143, 152-154 וההפניות שם (2009). יודגש, אין באמור כדי להפחית מן הרף הראייתי הנדרש על מנת להרשיע בעבירות מין; נאשם יורשע רק כאשר הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר. אלא שהוכחה זו תחתך על-פי הערכת ליבת גרסתה של קרבן העבירה, ובחינה האם היא מלמדת על התקיימותם של יסודות העבירה. עמדה על כך השופטת ט' שטרסברג-כהן: "השאלה איננה אם קיימים אי-דיוקים ואי-התאמות בפרטים, אלא אם המיקשה כולה היא אמינה, ואם הגרעין הקשה של האירועים והתמונה הכוללת המתקבלת מן העדות והחיוזקים לה מאפשרים מסקנה בדבר אשמת הנאשם מעבר לכל ספק" (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, פסקה 28 (2002)). בענייננו, אין בסתירה בין גרסאותיה של פלונית, או בעמימות שנותרה אופפת את המעבר לזירת האבן, כדי להשפיע על התמונה הכוללת שהצטיירה, לפיה פלונית לא הסכימה למעשים שעשה בה המערער.

30. לבסוף טוען המערער, כי המסרונים ששלחה לו פלונית מעידים על המניע האמיתי שבבסיס תלונתה, ומקימים כשלעצמם את הספק הסביר המצדיק את זיכויו. כזכור, עם שובה לאכסניה התקשרה פלונית למערער. משלא ענה, שלחה לו הודעה: "חתיכת מגעיל ידעתי שאתה מחפש את זה", ובהמשך לה: "או שתענה או שאני מתקשרת למשטרה ואתה מסובך". המערער בתשובה, ענה: "מה יש לי לא לענות לך מעושה? נכך במקור – ג' ס'"] ולאחר שכתבה פלונית: "התקשרתי לא ענית", השיב לה: "אין לך מה לסבך אותי שכבנו את רצית את זה בידיוק כמוני"; וחסם את האפשרות לקבל ממנה מסרונים נוספים.

31. כשנשאלה בחקירתה מיום 10.3.2014 מדוע שלחה את המסרונים, ענתה פלונית: "כי הוא אמר לי בואי נהיה בקשר רציני ונהיה בקשר טלפוני" ובתגובה לשאלה מה רצתה להשיג בכך, השיבה: "תגובה שזה לא היה אונס. שהוא באמת התכוון למילים כאילו". כשנתבקשה להסביר, הוסיפה: "בחור שאומר בואי נתחיל בקשר רציני לא עושה את המעשים שהוא עשה, חשוב לציין שעל הכל התנגדתי ושום דבר לא נעשה בהסכמה והכל הוא עשה בכוח" (נ/6, שורות 10-13). למחרת היום, הגיעה פלונית לחקירה נוספת על מנת למסור הבהרה, והסבירה כך: "התכוונתי להשיג את תגובתו מדוע הוא גרם לי לכך ומדוע הוא כפה את עצמו עלי, ומדוע הוא עשה 'פגע וברח' כלומר מדוע הוא פגע בי ונעלם מבלי לומר מילה [...] החלטתי לשלוח לו הודעות כי רציתי לדעת מדוע הוא עשה לי מה שעשה ולמה הוא התנהג אליי בצורה כזו, כי הרגשתי מאוד מושפלת ונחותה כי הוא פגע בי והלך מבלי לומר כלום וזה הוסיף מלח על הפצעים ופגע בי עוד יותר" (נ/7, שורות 2-4, 11-13). כשנשאלה אם היתה מגישה את התלונה גם אילו היה המערער עונה לה, השיבה: "בטח, מה זה קשור, מבלי לחשוב פעמיים הייתי מגישה תלונה בכל מקרה, והמטרה של ההודעות שלי היתה לברר מדוע הוא פגע ולמה הוא עשה לי את זה ורציתי להבהיר לו שהוא

עשה לי את זה בניגוד להסכמתי ולא מרצוני החופשי למרות שהוא ידע שזה לא בהסכמתי כי הוא הפעיל עלי כוח ונטרל את ההתנגדות שלי" (שם, שורות 15-17).

32. המערער טוען, כי ההתכתבות מלמדת על כך שהפגיעה שחשה פלונית היתה על כך שגילתה שחיפש "את זה" – היינו, את קיום יחסי המין – וששיקר לה בדבר העניין שגילה בקשר עמה. האיום על פנייה למשטרה מוכיח, כי יסוד התלונה בפגיעה זו. לשיטתו, הסבריה של פלונית, שניתנו לאחר שבחקירתה הראשונה לא דיווחה על קיום ההתכתבות, מחזקים את גרסתו, שכן עולה מהם כי הפגיעה נגרמה עקב היחס המשפיל לו זכתה מהמערער לאחר קיום יחסי המין. לטענת המערער, השופטת הלמן לא התייחסה למסרונים ולתוכנם, ואף השופט קולה לא יחס להם את המשקל המתבקש.

33. השופט קולה קבע, כי המסרונים "אינם מעוררים קושי של ממש". להתרשמותו, ההסבר שסיפקה פלונית כן ומשכנע. לדבריו: "אולי ניסתה [פלונית] במעין 'שכנוע עצמי' בלתי מציאותי בעליל, לשכנע את עצמה, שאכן לא נאנסה ולא נבעלה בניגוד לרצונה" (פסקה 36). מסקנה אפשרית זו, מבוססת בין היתר, על התרשמותו מפלונית בעת מסירת עדותה, בה חזרה על ההסבר שסיפקה לשליחת ההודעות. השופטת הלמן אמנם לא התייחסה למסרונים במפורש, אך כן התייחסה להתנהגותה של פלונית לאחר האירוע, ועמדה על כך שאין בה כדי לערער את מהימנות גרסתה. כך קבעה לעניין זה: "את התנהגותה [של פלונית] לאחר האירוע אין לשפוט בדיעבד, בעיניו של אדם מבוגר, המפעיל שיקול דעת בסיטואציה שלווה. [פלונית], נערה צעירה, חסרת ניסיון, שלא קיימה לפי הנטען, יחסי מין בעבר וציפתה לקבל תשומת לב וחיבה מנער שאך הכירה, חוותה אירוע טראומטי, אשר בסיומו גם הבינה כי הולכה שולל באמצעות הבטחות שווא. חשוב היה לה לשוחח עם [המערער] ולהבין מדוע נהג בה בצורה כזו. תחושת הפגיעה וההשפלה רק גברו כאשר נוכחה לדעת כי איננו מעוניין בכל קשר עימה. ולהיפך, לו היה שומר עמה על קשר וחוזר על המילים היפות שהשמיע בפניה קודם לכן, יתכן והיתה מתמודדת באופן שונה עם האירוע, הגם שהתפתח למעשים שלא היו לרצונה" (פסקה 37).

34. נימוקיה של השופטת הלמן מקובלים עלי במלואם. אל לנו לטעות – על ספסל הנאשמים יושב המערער; מקומה של פלונית על דוכן העדים. התנהגות קרבן העבירה לאחר האירוע אינה מוקד הדיון, ואין לדקדק בבחינתה אלא מקום שיש בכוחה להאיר ישירות על מעשה העבירה. עמדה על כך השופטת ע' ברון בציינה: "יתכן שעצם הציפייה להתנהגות מסוימת מצד נפגעת העבירה היא שמסיטה את הדיון מהמוקד שלו – קיומה או אי-קיומה של תקיפה מינית – אל בחינה של התנהגות הנפגעת, כשלעיתים קרובות אין בשנייה כדי להשליך על הראשונה" (ע"פ 842/14 שרעבי נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (7.2.2017)). כך בענייננו. הניסיון להתקשר למערער, חיפוש הקרבה, הפגיעה שחשה, המסרונים, ואף

האיום המשתמע – אין בהם כדי ללמד על הסכמתה של פלונית לקיום יחסי המין. לא כשלעצמם, לא בהצטרף למכלול הראיות שנפרשו לפנינו.

גרסת המערער והפגמים בחקירתו הראשונה

35. גרסת המערער לאירועים חופפת לגרסתה של פלונית במספר נקודות. משתי הגרסאות עולה, כי תחילה התנשקו, ולאחר מכן נגע המערער בישבנה של פלונית, וזו הסיטה את ידו. כמו כן מוסכם, כי המערער נגע לפלונית בחזה. בגרסה שסיפר בחקירתו הראשונה, אישר כי הכאיב לה (כפי שטענה פלונית בגרסתה), אולם בעדותו בבית המשפט חזר בו. בנוסף אין חולק, כי בשלב מוקדם ביקשה פלונית מהמערער שייקח אותה חזרה לאכסניה, אך הוא לא שעה לדבריה. שניהם מסכימים גם, כי עובר לקיום יחסי המין האוראליים, בכתה פלונית וקראה כי היא רוצה את אמה. אין חולק אפוא כי ראשיתו של האירוע – ביוזמה אגרסיבית מצד המערער, באי-הסכמה מצד פלונית, באמירות ברורות מצדה.

36. בנקודות אחרות, סותרת גרסת המערער באופן חזיתי את זו של פלונית. כך, על-פי גרסתו, חלק משמעותי מן המעשים נעשה ביוזמתה. לגרסתו, עוד ב'זירת המזגן', אחרי שנגע בישבנה ובשדיה, הוציאה פלונית את איבר מינו ושפשפה אותו. מעשה זה לא נזכר בגרסתה הראשונה של פלונית, וכשעומתה עם הטענה בחקירתה הנגדית סיפרה, כי האמור אירע ב'זירת האבן' ובניגוד לרצונה. אשר למין האוראלי סיפר המערער בגרסתו, כי הדבר נעשה גם הוא ביוזמתה של פלונית, מיד לאחר שבכתה וקראה לאמה. כך לדבריו: "נשכבתי עם הראש על האבן. היא באה שמה את הראש על החזה שלי, נשכבה עלי והתחילה לבכות. אני אמרתי לה מה קרה? היא אמרה שהיא רוצה את אמה. תוך כדי שהיא בכתה היא לקחה את היד שלי וניגבה את הדמעות שלה שאני ארגיש כאילו שהיא בוכה. אני אמרתי לה אני לא אעשה לך משהו בלי שתרצי [...] כשהיא בכתה קמתי והבאתי לה חיבוק, ישבתי על הברכיים, היא באה הורידה את המכנסיים והתחתונים והיא ירדה לי" (פרוטוקול מיום 3.2.2016, עמוד 110-111). לבסוף, ובכך עיקר, טען המערער כי יחסי המין התקיימו בהסכמתה של פלונית: "נשכבנו, התנשקנו ונגעתי לה באיבר המין מעל הטייץ [...] היא הסכימה שאני אוריד לה את הטייץ. באתי להוריד לה את התחתונים היא אמרה לי אל תוריד את התחתונים תיזז אותם הצדה. הזזתי את התחתונים הצדה, אני שאלתי אותה אם ללבוש קונדום? היא אמרה לי שכן. לבשתי את הקונדום באתי להכניס את איבר המין שלי לאיבר המין שלה, תוך כדי זה לא כזה מצאתי את איבר המין שלה. היא אמרה לי תוציא רק רגע, תפסה את איבר המין [שלי] הכניסה אותו לאיבר המין שלה ואחרי 10-15 שניות אני סיימתי" (שם, בעמוד 111).

37. ברוב דעות קבע בית המשפט המחוזי, כי גרסתו של המערער לאירועים אינה מהימנה, וכי יש להעדיף את גרסתה של פלוניית. השופט קולה ציין, כי לעתים נראה שהמערער "מנסה לתעתע" בבית המשפט, וכי התרשם שעסקינן ב"בחור מניפולטיבי, שהאמת איננה נר לרגליו (כך בלשון המעטה)" (פסקה 63). השופטת הלמן הוסיפה, כי עדותו: "הותירה עלי רושם בלתי מהימן, עדותו היתה פתלתלה והסבריו דחוקים ובלתי אמינים" (פסקה 3). (יזכר, כי שלא כפי שהיה לגבי עדותה של פלוניית, התרשמה השופטת הלמן באופן ישיר ובלתי אמצעי מעדותו של המערער). גם לגוף הדברים, מצא בית המשפט, כי גרסתו של המערער אינה מניחה את הדעת. בפרט, הוא לא סיפק כל הסבר לשינויים הפתאומיים והקיצוניים בהתנהגותה של פלוניית, לפי גרסתו. רגע אחד היא מתנגדת למגעו, ומיד לאחר מכן היא מוציאה את איבר מינו ומשפשת אותו; רגע אחד היא בוכה וקוראת לאמה, ורגע אחר כך יוזמת את קיום יחסי המין האוראליים.

38. לשיטת המערער, יש לקבל את גרסתו, שהיתה בעיקרה מהימנה ועקבית. לטענתו, התערבות מצידו בקביעת המהימנות של בית המשפט המחוזי מוצדקת, שכן היא נסמכת בעיקרה על סתירות בין עדותו של המערער, לבין הגרסה שמסר בחקירתו הראשונה, שכאמור לעיל נערכה תוך הפרת הוראות חוק הנוער. מתיעוד החקירה, שהתקיימה בשעה 5:00 לפנות בוקר, קל להבחין בעייפות ובבלבול אצל המערער, שבשלב מסוים אף נרדם אל מול פניו של החוקר. לא זו אף זו, בתיעוד החקירה נפלו פגמים, כך שהתמלול אינו תואם את דבריו של המערער כפי שאלה נשמעים בהקלטה בחלקים מסוימים. בנסיבות הללו סבור המערער, כי לא ניתן לזקוף לחובתו סתירות שהתעוררו בין גרסאותיו המאוחרות יותר לבין הגרסה שמסר בחקירה הראשונה. לטענתו, בדין קבע השופט צרפתי, כי לעניין סתירות אלה "ספקות אם עולים, צריכים לפעול בנסיבות לטובת [המערער]" (פסקה 94), ושגה בית המשפט בכך שייחס להן משקל, כל שכן משקל מהותי.

39. אין בידי לקבל את טענות המערער בעניין זה. קביעת המשקל שיש לייחס לראיה מסוימת נטועה בלב שיקול הדעת המסור לערכאה הדיונית. שופטי הרוב היו מודעים היטב לנסיבות הבעייתיות שבהן נערכה החקירה המשטרית, והביעו את מורת רוחם מכך. יחד עם זאת קבעו, כי אין בנסיבות אלה כדי לאיין את המשקל שיש לייחס לדברים שאמר המערער. קביעה זו נסמכה, בין היתר, על כך שהדברים שמסר המערער בתחילה, ואחר כך התנער מהם, עולים בקנה אחד עם הודעתה של פלוניית במשטרה. יתר על כן, כפי שטענה המשיבה, עיון בפסק הדין מעלה, כי ממצאי המהימנות ביחס למערער נקבעו במידה רבה על סמך עדותו בבית המשפט, ולא רק על סמך חקירתו הראשונה במשטרה. כך, למשל, כשנתבקש המערער במהלך עדותו להבהיר אילו פרטים מתוך אלה שמסר

בחקירה אינם מדויקים, מיאן לעשות זאת, וענה באופן מתפתל (ראו את הציטטות בעמודים 341-344 להכרעת הדין). יתר על כן, גם בערעור לפנינו, לא מספק המערער הסבר מניח את הדעת ל'שינוי הלכות' הנטען של פלונית. בנסיבות אלה, לא מצאתי כי נפל פגם בשיקול הדעת של בית המשפט המחוזי, ודאי לא "שגיאה היורדת לשורשו של עניין" כטענת המערער.

חוות הדעת של ד"ר יגיל והיסוד הנפשי של המערער

40. לטענת המערער, בהכרעת הדין לא ניתן משקל הולם למאפייני אישיותו, כפי שאלה עולים מחוות הדעת הפסיכולוגית שנערכה על-ידי ד"ר יגיל, והוגשה מטעם ההגנה. בחוות הדעת צוין, כי פעילותו השכלית הממוצעת של המערער היא "ברמה גבולית", ותפקודו תואם את האבחנה, שמופיעה במדריך הפסיכיאטרי העדכני (DSM-5), תחת הכותרת 'Intellectual Disabilities' ('לקויות שכליות', או 'לקויות שכליות התפתחותיות'). ד"ר יגיל התרשם, כי הליקוי בכושרו השכלי "מפריע לו בתהליכים של תקשורת חברתית מבוססת רגש [...] למעשה, עקב רמה נמוכה של מודעות לנורמות החברתיות המקובלות, יחד עם רמה נמוכה של רגישות לזולת, ומודעות לרמזים ולמסרים בתקשורת הבין-אישית – הוא עלול להיקלע למצבים שבהם הוא יפרש את הסיטואציה בצורה לא מותאמת וכתוצאה מכך יפעל באופן שאינו תואם את המצופה ממנו" (נ/10, עמוד 10). המערער סבור, כי בהתייחס לאמור שגה בית המשפט בשני מישורים: ראשית, חוות הדעת מערערת את הקביעה, לפיה המערער הוא נער מניפולטיבי, אשר מנסה 'להתל' בבית המשפט; שנית, יש בחוות הדעת כדי לתמוך בטענת המערער, כי גם לאחר שהתקבלה גרסתה של פלונית, היה על בית המשפט לקבוע שהוא לא היה מודע לחוסר הסכמתה, ולזפותו נוכח העדר קיומו של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה. המערער מפנה לכך שחוות הדעת אומצה במסגרת גזר הדין, ושימשה כנסיבה המצדיקה הקלה עם המערער בעונשו. עוד טוען המערער, כי על צדקת זיכוי יש ללמוד מדבריו של השופט קולה בתחילת פסק דינו, לפיהם: "מתחילה סברתי, שיש לזכות את [המערער] ולו מן הספק וזאת בגלל נתוניו האישיים וכעולה מחוות דעתו של הפסיכולוג ד"ר יגיל, לפיה לא הבין [המערער] את משמעות 'הלא' של [פלונית]" (פסקה 3).

41. דין טענותיו של המערער להידחות. בחוות דעתו מציין ד"ר יגיל, כי בראיון עמו, נמנע המערער מלהתייחס במפורש לאירוע שבגינו הועמד לדין. התרשמותו מבוססת אפוא על התפקוד הקוגניטיבי הכללי של המערער. אין בהתרשמות זו כדי לפגום בקביעת בית המשפט, אשר מעוגנת היטב בנסיבות המקרה הקונקרטי, על ראיותיו. הקביעה לעניין מניפולטיביות ותחכום מצדו של המערער, נסמכת במידה רבה על הצורה שבה סיפר, כי ניסה 'לתמרן' את פלונית לקיים עמו יחסי מין, תוך הבטחת הבטחות שווא לגבי כוונותיו

ליצור עמה 'קשר רציני'. המערער כינה את התנהגותו הפעלת "פוליטיקה של גברים", ובית המשפט התרשם, כי לא מדובר בהתנהגות של מי שאינו מבין בתקשורת בין המינים. בין היתר, התחשב בית המשפט בצורה בה התבטא המערער בחקירותיו, וציין כי: "באשר למוגבלותו השכלית הנתענת, הרי שבכל הכבוד הראוי לחוות הדעת, [המערער] העיד בפנינו והתרשמותי שלי היתה, כי הגם שיכול ומדובר בנער בעל יכולת שכלית בינונית, הרי שבשום פנים ואופן, לא ניתן להגדירו כמוגבל שכלית, או אפילו כמתקרב לכך!" (פסקה 94). ודוק, קביעתו של בית המשפט אין עניינה ברמתו הקוגניטיבית של המערער לצורך הערכת יכולתו הלימודית. הקביעה נדרשה לצורך התרשמות בית המשפט מהצורה שבה הבין המערער את השאלות שהפנו אליו באי כוח הצדדים ובית המשפט, כמו גם לצורך הבנת המשמעות שיש לייחס לתשובותיו. חוות הדעת – כבודה במקומה מונח, אולם היא אינה תחליף לשיקול דעתו של שופט המתרשם ישירות מתשובותיו של עד.

42. גם לעניין התקיימות היסוד הנפשי, לא מצאתי טעם טוב להתערב בקביעותו של בית המשפט המחוזי. נזכיר, כי לשם הרשעת המערער, די ביסוד נפשי של 'עצימת עיניים', קרי, כחשד שקינן בלבו כי פלונית אינה מעוניינת במגע המיני, חשד שאותו נמנע המערער מלברר (סעיף 20(ג)(א) לחוק העונשין). די בגרסתו של המערער כדי לראות את תמרורי האזהרה הרבים, שהיה בהם על מנת להקים חשד זה: התנגדות פלונית למגע בישבנה ובשדיה; בקשתה לחזור לאכסניה לאחר זמן קצר; בכיה בנקודות שונות וקריאתה לאמה; אמירתה שהיא 'לא כזאת', אותה הסביר המערער בעדותו: "כשאני אומר היא לא כזאת כאילו היא מתכוונת שהיא לא רוצה לשכב והיא לא רוצה כלום [...]; חוסר הרצון והעדר הסכמה שעולים מהתנהגותה בנקודות שונות. כלום ניתן לקבל בנסיבות אלה את טענת המערער, כי מהתנהגותה הסיק הסכמה מצדה? המערער טען, כי למד על הסכמתה של פלונית מכך ש"לא התנגדה", ומכך שהשיבה בחיוב על שאלתו האם לשים קונדום. מעבר לכך שעל-פי גרסתה, שהתקבלה בעיקרה בבית המשפט המחוזי, בהחלט התנגדה, ברי, כי אין בהתנהגות זו כדי ללמד על הסכמה נוכח תמרורי האזהרה שהופיעו באותות ובמופתים לפני המערער. ודוק: כוונת הדברים איננה שהיה על המערער להבין את חוסר הסכמתה של פלונית, או כי אדם סביר בנעליו היה מבין זאת, אלא כי בהינתן האמור אין יסוד לטענתו כי לא קינן בו חשד לעניין חוסר הסכמתה, או כי נחה דעתו שחשד זה אינו מבוסס. בהקשר זה, איני רואה לייחס חשיבות לדבריו של השופט קולה, לפיהם בתחילת הדרך חשב לזכות את המערער נוכח הספק שעוררה בו חוות הדעת של ד"ר יגיל. אדרבה. כפי שציין השופט קולה, לאחר ששקל בדברים הגיע למסקנה כי ספק זה "נפתר כמו מאליו"; כשלעצמי סבורני כי בדין הגיע למסקנה זו. כך גם קבלת הטענה לעניין מוגבלותו השכלית כנסיבה מקלה בגזר הדין, אינה עומדת בסתירה להתקיימות היסוד הנפשי. כפי שנקבע בגזר הדין, מוגבלותו זו של המערער, הריהי רלוונטית לעניין

המשקל שיש לייחס לאי-הצלחת האפיק הטיפולי, כמו גם ליכולתו "להבין באופן מלא את עוצמת הפגיעה והטראומה הנגרמים ל[פלוננית]" (פסקה 64 לגזר הדין). הדבר אינו עומד בסתירה ליכולתו להבין את העדר הסכמתה של פלוננית, ולכך שהבין זאת בפועל.

סיכום ביניים – ערעור על הכרעת הדין

43. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה שהרשעתו של המערער הוכחה מעבר לספק סביר. מסקנתו – נכונה. משנדחו טענותיו של המערער, יש לקבוע כי בדין הורשע, וכך אציע לחברי לעשות.

ערעור על גזר הדין

44. כאמור לעיל, בהינתן דחיית הערעור על הכרעת הדין ביקש המערער לחלופין, כי נורה על הקלה בעונשו, כך שיוטל עליו עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות, ועל הפחתת הפיצוי הכספי שעליו לשלם לפלוננית. לא ראיתי הצדקה להעתר לבקשתו זו.

45. ככלל, אין ערכאת הערעור מתערבת בשיקול הדעת שהפעילה הערכאה הדיונית בגזירת העונש. התערבות כאמור שמורה למצבים חריגים, שבהם נפלה טעות מהותית בהחלטת הערכאה הדיונית, או שהעונש שגזרה חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009)). העניין שלפנינו אינו בא בגדר אותם מצבים חריגים.

46. המערער אינו מצביע על פגם בגזר הדין של בית המשפט המחוזי, על טעות מהותית שנפלה בו, לא כל שכן. למעשה, חוזר המערער על עיקרי הטענות שטען לעונש בבית המשפט המחוזי, לרבות טענותיו לעניין הטלטלה שחוה מהמאסר אשר אותו הוא מרצה בימים אלה, ההשפעה הקשה שתהיה לעונש המאסר עליו, קטינותו במועד האירוע, והזמן הרב שחלף ממועד הרשעתו. לכך הוא מוסיף את החרטה שחש על הפגיעה שגרמה התנהגותו לפלוננית, הגם שהוא עומד על חפותו. המערער אינו טוען, כי בית המשפט המחוזי נמנע מלתת דעתו על הדברים, אלא כי בהתחשב בנסיבות, החמיר עמו יתר על המידה. כלשונו של המערער: "אמנם בית המשפט קמא לא התעלם מעיקרם של הדברים, אך בסופו של דבר שליחתו של המערער למאסר בפועל ממש שגויה".

47. אין בידי לקבל טענה זו. בית המשפט יחס משקל משמעותי לנסיבות האישיות של המערער; עונש המאסר שנגזר עליו – שמשכו 22 חודשים – הוא קל שבקלים,

בהתחשב בחומרת מעשיו. להקל עמו יותר, עד כדי ביטול עונש המאסר מאחורי סורג ובריח – לא נוכל.

48. לא מצאתי הצדקה להתערב בשיעור הפיצוי הכספי שהמערער חויב בתשלומו. טענתו, לפיה מדובר בסכום "גבוה ביותר ביחס לסכומי הפיצוי המוטלים על קטינים בהליכים בבית המשפט לנוער" נטענה בעלמא, ללא כל אסמכתאות, והיא אינה משכנעת. הפיצוי משקף רק מקצת מן הראוי, כשים לב למעשה העבירה ולתוצאתו, בגופה ובנפשה של פלונית.

49. סוף דבר, אציע לחברי לדחות את הערעור על הכרעת הדין ועל גזר הדין כאחד.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט נ' סולברג.

כפי שציין חברי, עיון מדוקדק בחומר הראיות, כמו גם בממצאי העובדה שקבע בית המשפט המחוזי, מלמד כי יש בסיס של ממש להרשעה במקרה זה. אכן, דעת הרוב כללה אף את הכרעתה של שופטת שלא נכחה בעצמה במהלך עדותה של המתלוננת (על רקע פרישתו של אחד השופטים מן ההרכב המקורי). אולם, כפי שציין חברי, עדותה של המתלוננת הוקלטה, כך שהשופטת נחשפה באופן ממשי למהלך העדות, גם אם בתנאים שאינם אופטימליים, וזאת בנוסף לחשיפתה לשאר העדים בעצמה (בכל חלקי ההליך האחרים שבהם כבר נמנתה עם ההרכב).

יתר על כן, וזוהי בעיני נקודה חשובה ביותר, להשקפתי, המחלוקת בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט, שצידדה בזיכוי של המערער מחמת הספק, הייתה בעיקרו של דבר נורמטיבית, ולא עובדתית. אף שופט המיעוט שצידד בזיכוי ציין כי גרסתה של המתלוננת הייתה מהימנה עליו. הוא מציין במפורש כי נאמן עליו שאמרה למערער "לא". אלא, וכך נאמר בהמשכה של דעת המיעוט: "לא ניתן לשלול כאפשרית את גרסת הנאשם, כי בשלב מאוחר יותר, קרי לאחר שהמשיכו הנאשם והמתלוננת להתנשק ולגעת האחד בשנייה, חל 'שינוי לבבות חיובי' אצל המתלוננת, באופן שהיא שינתה דעתה והביעה כי היא מעוניינת לקיים יחסי מין עם הנאשם" (שם, בפסקה 101 לדעת המיעוט). זאת ועוד,

בהמשך נכתב כך: "הנאשם הסביר כי למרות בכייה של המתלוננת במהלך האינטראקציה שקדמה לקיום יחסי המין בין השניים, ואפילו גילוי דעתה שאינה מעוניינת לשכב איתו באותו שלב, הוא למד כי היא מעוניינת בהמשך לכך באינטראקציה המינית עמו... כמו כן היא לא הביעה התנגדות מילולית או אחרת ליוזמותיו וכאשר שאל אותה אם לשים קונדום, היא השיבה בחיוב" (שם, בפסקה 102). דברים אלה מלמדים, כך אני חוששת, על חילופי יוצרות. נערה שלא הביעה הסכמתה לקיום יחסי מין אמורה להיות מוחזקת כמי שלא הסכימה להם. הדברים מתעצמים (אם כי ודאי לא תלויים בכך) כאשר מדובר במפגש אקראי וללא היכרות מוקדמת עם נערה קטינה. דומה שכל מילה נוספת היא מיותרת.

בשלב זה, הגיע לעיוני פסק דינו החולק של חברי השופט ד' מין. בדומה לו, אף אני רואה בחומרה הפרת זכויותיו של קטין בחקירה. אין חולק כי רשויות האכיפה צריכות לפעול על-פי דין – בכל מקרה וביתר שאת כאשר החשוד הוא קטין. יחד עם זאת, כפי שכבר נפסק, קיומם של פגמים בחקירה אינו מוליד בהכרח סעד של זיכוי, ובנסיבותיו של מקרה זה לא שוכנעתי כלל כי ראוי שכך יהיה. חשוב להוסיף ולהדגיש, כי הטעם להחלטה שלא לחזור ולהעיד את המתלוננת היה נעוץ במצבה הנפשי הקשה ובמעמסה הרגשית הכרוכה בחזרה על מסכת העדות המייסרת מבחינתה. כפי שכבר הודגש בפסיקתו של בית משפט זה, "שחזור האירועים האלימים על-ידי קורבן עבירת מין שחוה אותם מהווה כשלעצמו טראומה מחודשת המתבטאת בחיטוט בפרטי הפרטים של חוויה איומה" (ראו: ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, נו(6) 205, 233 (2002)). בנסיבות העניין, העדות החוזרת הייתה עלולה לגרום לשחזור כפול מסוג זה. לטעמי, אין מקום להורות על זיכוי של המערער מטעם זה – כאשר מובאת בחשבון החלופה שעמדה כאמור לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי, ושהשלכתה הייתה קשה מנשוא מבחינתה של המתלוננת.

ניתן להצטער על המערער, שהיה קטין באותה עת גם כן, ויכולותיו כנראה אינן מן הגבוהות. אולם, כפי שציין חברי השופט סולברג בצדק, עונשו אינו כבד בהתחשב בחומרת המעשים. הפגיעה במתלוננת מתוארת כקשה. המערער המבקש את התחשבותו כעת – לא חמל על המתלוננת.

שופט

השופט ד' מין:

שני עניינים הטרידו את מנוחתי במיוחד בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ובהתנהלותו הדייונית אשר הובילו אותי למסקנה שונה מחבריי.

1. העניין הראשון הוא החלטת בית המשפט המחוזי שלא לשמוע את עדותה של המתלוננת בשנית, נוכח החלפת ראש המותב. העניין השני הוא נסיבות חקירת המערער: לאחר לילה ללא שינה; ללא נוכחות הוריו; ללא מתן אפשרות להתייעץ עם עורך דין טרם חקירתו; ללא דיווח לסניגוריה הציבורית על מעצרו עובר לחקירתו; הכול מבלי שניתנו האישורים הנדרשים לפי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער).

2. באשר לעניין הראשון. הכלל הוא שלפני כל שופט היושב בדין תיפרס המסכת הראייתית במלואה והוא יתרשם ממכלול הראיות מכלי ראשון. עם זאת, סעיף 233 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח חדש), תשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) קובע לאמור:

"כל עוד לא הוחל בגביית ראיות רשאי שופט אחר להמשיך במשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו; הוחל בגביית ראיות ונבצר משופט מסיבה כלשהי לסיים את המשפט, רשאי שופט אחר להמשיך במשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו, ורשאי הוא, לאחר שנתן הזדמנות לבעלי הדין להשמיע טענותיהם לענין, לנהוג בראיות שגבה קודמו כאילו גבה אותן בעצמו או לחזור ולגבותן, כולן או מקצתן."

וסעיף 234 לחסד"פ מורה כי "הוראות סעיף 233 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם כשהורכב בית המשפט משלושה שופטים או יותר."

3. הסעיף נועד להסדיר את רציפות הדיון המשפטי, כאשר נבצר משופט (או הרכב שופטים או חלקו) שהחל לשמוע את הראיות, מלהשלים את מלאכתו בתיק שהיה לפניו. ההכרעה בשאלה, האם לשמוע מחדש עדויות שנשמעו לפני השופט הראשון, נתונה לשיקול דעתו של השופט החדש (ע"פ 484/15 ורני נ' מדינת ישראל (1.12.2015); ע"פ 4844/09 מסעאד נ' מדינת ישראל (31.2.2010); ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2006)). מדובר במקרים יוצאי דופן, שכורח הנסיבות יחייב את בית המשפט לקבל כראיה עדות שלא נשמעה לפניו, ולהכריע בדין תוך שהוא מסתמך על אותה ראיה (ע"פ 8703/96 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 746 (1997) (להלן: עניין עמר)). במקרה שהנסיבות מחייבות את החלפת המותב, ההכרעה בשאלות של מהימנות תעשה על יסוד שיקולים של היגיון (עניין עמר, בעמ' 767; בג"ץ 5660/10 עמותת איתן נ' ראש ממשלת ישראל (22.8.2010)). על כן, השאלה אם יכול ורשאי שופט שלא שמע את מלוא המסכת

הראייתית להרשיע את הנאשם, היא שאלה התלויה בנסיבות הספציפיות של כל עניין ועניין.

4. הואיל ומדובר כאמור בעניין שבשיקול דעת, גם קשה לשרטט גבולות ברורים ולהתוות כללים נוקשים למתן תשובה לשאלה, אימתי ראוי ונכון להחזיר את גלגל שמיעת הראיות לאחור ולפרוס את המסכת הראייתית, כולה או מקצתה, פעם נוספת לפני בית המשפט. עם זאת ומבלי למנות רשימה סגורה באשר לשיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בעת מתן החלטה להימנע משמיעת המסכת הראייתית מחדש, אפשר למנות את השיקולים הבאים: את משקלן הסגולי המוחלט והיחסי של הראיות שנשמעו לפני השופט הראשון בתוך המסכת הראייתית הכוללת; את יכולתו של בית המשפט שלא שמע את העדות להכריע בשאלות של מהימנות על יסוד שיקולים של היגיון; את השלב שבו נבצר מהשופט להמשיך לשמוע את הראיות; שקלול התועלת אל מול הנזק שעלול להיגרם לנאשם או לקרבנות העבירה אם תישמע העדות בשנית אם לא; את תרומתו של הנאשם לנבצרות השופט לפניו נשמעו הראיות בתחילה.

5. כדי לעמוד על נסיבות העניין שלפנינו, נביא את השתלשלות העניינים שהובילו להחלטת בית המשפט להימנע משמיעת עדותה של המתלוננת בשנית.

תחילת העניין בחזרת המערער מכפירתו בישיבת בית המשפט ביום 15.2.2015 בה הודה בביצוע העבירות המפורטות בכתב אישום מתוקן. זאת לאחר שכתום הדיון שהתקיים ביום 3.2.2105 בו הושלמה פרשת התביעה, נקבעה ישיבת יום 15.2.2015 לתחילת שמיעת פרשת ההגנה. אלא שכאמור ביום 15.2.2015 המערער הודה בביצוע העבירות ובית המשפט קבע כי הוא ביצע את העבירות המיוחסות לו. בהמשך לכך נתבקש תסקיר שירות מבחן לגבי המערער, בין היתר בהיותו קטין, בשאלת עניין הרשעתו בדיון בדיון הבא שהתנהל ביום 20.7.2015 חזר המערער על הודאתו והצדדים ביקשו על סמך המלצת שירות המבחן שבאותו שלב כבר ניתנה, להרשיעו בדיון, וכך נעשה. ישיבת טיעונים לעונש נקבעה ליום 24.9.2015, אך ב"כ המערער ביקשה ביום 20.9.2015 לדחות את מועד הדיון בשל רצונה ללמוד את תסקיר שירות המבחן ולהתעמק בו. ביום 18.10.2015 התבקשה דחיית מועד נוספת לשם ביצוע בדיקה נוירולוגית למערער. מאותה סיבה גם נתבקשה דחייה נוספת ביום 12.11.2015, אך בקשה זו נדחתה בשל פרישתו הקרובה של אב בית הדין, השופט כתילי מכס השיפוט. הדיון נקבע לבסוף ליום 23.11.2015. אלא שבאותו יום, הוגשה בקשה, הפעם על ידי ב"כ המשיבה, להמיר את הישיבה לשמיעת טיעונים לעונש לישיבת תזכורת. זאת מהטעם שהמערער הצטייד באותו שלב עם חוות דעת על אודות מוגבלויותיו והשפעותיהן על מעשיו. הוסבר כי בדעת המשיבה ללמוד את חוות הדעת עובר להשמעת טיעוניה לעונש. בקשה זו נדחתה. או אז,

בדיון שהתקיים באותו יום בהמשך למתן החלטה זו, הודיע המערער כי ברצונו לחזור בו מהודאתו. מבוקשו זה ניתן לו ובית המשפט הודיע על החלפת אב בית הדין, השופט כתילי בשופטת הלמן. עוד נקבע באותה החלטה כי הצדדים יטענו לפני ההרכב החדש אם ישנו צורך לשמוע את כל פרשת התביעה מחדש. ואכן ביום 29.11.2015 התקיים דיון במסגרתו ביקשה ב"כ המערער שכל ההרכב יפסול עצמו לישיב בדיון, או לחלופין שתשמע עדותה של המתלוננת פעם נוספת.

6. בהמשך לכך לאחר קבלת טיעוני ב"כ הצדדים, ביום 17.12.2015 ניתנו שתי החלטות. האחת, דחיית בקשת המערער שההרכב כולו יפסול עצמו מלהמשיך בשמיעת הראיות; השנייה, מניעת שמיעת עדות המתלוננת פעם נוספת. החלטה זו התבססה על חומרת העבירה; העובדה שעדות המתלוננת הוקלטה ותומללה ולכן לא יהיה קושי לשופטת הלמן להתרשם מעדותה אף מבלי שהיא תישמע בשנית; מדובר בקרבן עבירת מין שהעדתה בשנית עלולה להזיק לה; שניים מחברי ההרכב שמעו את העדות באופן בלתי אמצעי ולכן ההכרעה לא תהיה רק על הגיון ומארג הראיות. אלא שאם ניישם את המבחנים שפורטו לעיל על המקרה דנן, ספק בעיני אם החלטה זו הייתה נכונה.

7. הינה כי כן, בהחלטת בית המשפט לא נשקלה התועלת של שמיעת העדות של המתלוננת להגנתו של המערער אל מול הנזק שעלול להיגרם למתלוננת. כל שאמר בית המשפט בעניינו של המערער היה כי העבירות המיוחסות לו הן חמורות, שיקול שהיה צריך להוביל להשמעת העדות בשנית. לא נשקלה העובדה שהמערער לא תרם לנבצרות השופט כתילי להמשיך לישיב בדיון. אדרבה, בהחלטה לא הועברה ביקורת כלשהי על התנהלותו הדיונית של המערער. גם לא נלקח בחשבון השלב הדיוני של המשפט, בו טרם החלה פרשת ההגנה. אף לא ניתן המשקל הראוי לחשיבות עדות המתלוננת במארג הראייתי הכולל. אך למעלה מכך, נראה לי כי אין בעובדה ששניים מהשופטים התרשמו באופן בלתי אמצעי מהמתלוננת וכי היה ביכולתה של השופטת הלמן לשמוע את הקלטת עדותה, כדי להוביל למסקנה שהכרעת בית המשפט – ברובה – תהיה מבוססת על ממצאי מהימנות ולא רק על בסיס היגיון.

8. לעניין זה, יפים דברי חברי השופט סולברג, בע"פ 2840/17 ניאזוב נ' מדינת ישראל (4.9.2018) (להלן: עניין ניאזוב), אמנם בעניין התערבות ערכאה ערעורית בממצאי עובדה של ערכאה מבררת, אבל הם רלוונטיים גם לענייננו:

"כידוע, לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות ובהערכת מהימנות העדים של הערכאה המבררת. הרציונל לכלל הזה ברור, והוא נובע מכך שהערכאה הדיונית – שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדים שהעידו לפניה, מאופן מסירת עדותם, ומאותות

האמת שנתגלו בעדויות – נהנית מיתרון על-פני ערכאת הערעור, המסוגלת להתרשם מן העדים רק באופן עקיף (ראו למשל: ע"פ 8187/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (19.8.2013); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001)). דברים אלו נכונים ביתר שאת כאשר בעדות של קורבן עבירת מין עסקינן: "במקרה כזה, מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר לעתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן – כל אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 6735/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (2004)). " (שם פסקה 61).

מוצא אני אפוא במקרה זה "נחמה פורתא" בכך שהשופטת הלמן יכולה להתרשם משמיעת קלטת עדותה של המתלוננת, שכן "שמיעה" מעין זו אינה מקנה התרשמות מאופן מסירת העדות, ומ"אותות האמת" העולים ממנה, מטון הדיבור, אופן הדיבור, שפת הגוף "וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן" של המתלוננת.

אמנם, אין חולק כאמור כי ההכרעה אם לאפשר שמיעת עדות מתלוננת פעם נוספת, נתונה לשיקול דעתו של השופט החדש היושב בדין, ולא בנקל תתערב ערכאת הערעור בהחלטה זו. ברם, בנסיבות מקרה זה סבור אני כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא אפשר שמיעת עדות המתלוננת. אכן, עניין זה כשלעצמו לא היה מביא בהכרח לזיכוי המערער, אלא שהוא מצטרף למחדלים חמורים ומשמעותיים בחקירת המערער במשטרה, כפי שיבואר להלן.

9. בעניין זה, לא הייתה מחלוקת כי המערער נחקר ללא נוכחות הוריו מבלי שניתן אישור לכך על ידי קצין מוסמך, בניגוד לסעיף 9 לחוק הנוער; לא הייתה מחלוקת כי לא נמסרה הודעה לסנגורו של המערער או לסניגוריה הציבורית לפי העניין, בניגוד לסעיף 9ט לחוק הנוער; לא הייתה מחלוקת שהמערער נחקר בשעות הלילה המאוחרות ובשעות הבוקר המוקדמות ללא אישור קצין מוסמך, בניגוד לסעיף 9י לחוק הנוער.

10. אמנם, הלכה היא מקדמת דנן, כי אין במחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזיכוי של נאשם, אם למרות המחדלים הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו (ע"פ 8447/11 טולימאן נ' מדינת ישראל (24.9.2012); ע"פ 8187/11 פלוני נ' מדינת ישראל (19.8.2013); ע"פ 8050/17 פלוני נ' מדינת ישראל (31.10.2018)). השאלה היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ע"פ

2694/14 חדאד נ' מדינת ישראל (6.9.2016); עניין ניאזוב, פסקה 73). יש אפוא לבדוק את מכלול הראיות ואם עומדת לפני בית המשפט תשתית ראייתית מהימנה ורחבה המובילה להרשעת הנאשם, חרף קיומם של מחדלי החקירה (ע"פ 8680/11 פלוני נ' מדינת ישראל (5.6.2013); ע"פ 8148/11 מנשה נ' מדינת ישראל (15.4.2013); ע"פ 3947/12 סאלח נ' מדינת ישראל (21.1.2013)). כמו כן, חלק מהוראות חוק הנוער עליהן הצביע המערער הן יחסיות ומאפשרות חריגה מהן בהתקיימן של הנסיבות הקבועות בחוק (וראו: ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל (30.12.2014)).

11. ברם, לדעתי, בענייננו, הצטברות המחדלים הרבים וחומרתם, ובעיקר ההשלכה הישירה אשר יש להם על הרשעת המערער – שכן חלק משמעותי מהנימוקים שהובילו את בית המשפט המחוזי למסקנה שיש להרשיע את המערער היה הסתירות שנתגלו בין הגרסה שמסר המערער באותה חקירה לבין עדותו בבית המשפט (ראו למשל: פסקאות 42, 45, 49, 56, 57, 61, 68 בחוות דעתו של השופט קולה; פסקאות 20ג, 20ד, 20ה, 27 לחוות דעתה של השופטת הלמן) – בהצטבר אי-השמעת עדותה של המתלוננת בשנית, אינם מאפשרים הותרת הרשעתו על כנה. התייחסותו של בית המשפט המחוזי למחדלים של המשטרה לא הייתה לעניות דעתי מספיקה ולמעט הבעת מורת רוח מהם וראייתם "כפגמים טכניים", לא ניתן להם המשקל המתאים.

12. ואדגיש, מדובר ברמיסה בוטה של זכויותיו של קטין כפי שהן מעוגנות במסגרת חוק הנוער, ללא כל נימוק והסבר ראוי. מדובר כאמור במערער שהיה נער כבן 17 בעת האירוע. הוא נעצר באישון לילה ונחקר בשעות הקטנות של הלילה. החקירה התבצעה ללא נוכחות הוריו מבלי שניתנה לו האפשרות להיוועץ עמם, ומבלי שניתנה לו תשובה עניינית לשאלה ששאל, במהלך החקירה, מדוע לא מאפשרים לאדם קרוב להיות נוכח בחקירתו. כמו כן, חרף העובדה שהיה ראוי כי החוקרים יעמדו על מיצוי זכות ההיוועצות עם עורך דין, שעה שמדובר בקטין (ע"פ 5962/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (2.5.2012)) לא נמסרה הודעה לסנגורו או לסנגוריה הציבורית. גם לא ברור מדוע הדבר נעשה ומה הייתה הבהילות הרבה לחקור את המערער באופן שבו נחקר.

13. אף צפיתי בחקירתו המתועדת של המערער בווידאו ואודיאו עת נעצר על ידי המשטרה (ת/2), המגלה תמונה מטרידה ביותר. בחקירה זו, על אף שהיא התנהלה "על מי מנוחות", ניכרת עייפותו של המערער, אשר לא פעם נרדם במרוצת חקירתו. החוקר אף נאלץ להעירו בגערה. עדותו התנהלה כאשר היה "נים ולא נים תיר ולא תיר דקרו ליה ועני ולא ידע אהדורי סברא" (ישן ולא ישן, ער ולא ער. כשקוראים לו הוא עונה. ואם שואלים אותו דבר שמצריך מחשבה אינו יודע להשיב) (בבלי, תענית י"ב ע"ב). במצב

שכזה מוקשה בעיני כאמור להרשיע אדם, בהתבסס בין היתר על הגרסה שמסר בנסיבות אלו, ועל הסתירות הקיימות בין גרסה זו לבין עדותו בבית המשפט. בית המשפט גם לא נתן משקל מספק לקיומן של סתירות משמעותיות בין ההודעות כפי שתועדו על ידי החוקר לבין העולה מהתיעוד, סתירות אשר אין חולק על קיומן.

14. אכן, כל אחד ממחדלי החקירה שפורטו, כשלעצמו, לא היה מוביל לזיכוי של המערער. יש אף לומר כי הצטברותם של כל מחדלי החקירה לא הייתה מובילה בהכרח לזיכוי כאמור. ברם, בהצטבר מחדלי החקירה וחומרתם ובכלל זה אי עמידה על זכויותיו הבסיסיות של המערער בעת חקירתו בניגוד לחוק הנוער; הסתמכותו של בית המשפט על הסתירות שנתגלו בין גרסתו השנויה במחלוקת של המערער לפני חוקר המשטרה לבין גרסתו בבית המשפט; אי שמיעת עדותה של המתלוננת בשנית לפני השופטת הלמן; חוות דעתו המזכה מפאת הספק של השופט צרפתי, לא הייתי מותיר את הרשעתו של המערער על כנה.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק הדין של השופט נ' סולברג, נגד דעתו החולקת של השופט ד' מין.

ניתן היום, ט' בשבט התש"פ (4.2.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט