

ע"פ 2973/21 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לעורורים פליליים

ע"פ 2973/21

ע"פ 2941/21

לפני:
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנאר
כבוד השופט א' שטיין

מדינת ישראל

המערערת בע"פ 2941/21

:2973/21

נ ג ז

המשיב בע"פ 2941/21 והמערער פלוני
בע"פ 2973/21

עורורים על פסק דין של בית המשפט המחוזי
בירושלים (השופטים ר' פרידמן-פלדמן, א' אברבנאל
ו-ח' זנדברג) בתפ"ח 48074-04-19

תאריך הישיבה: כ"ג בטבת התשפ"ב (27.12.2021)

בשם המערערת בע"פ 2941/21
והמשיב בע"פ 2973/21

בשם המשיב בע"פ 2941/21
והמערער בע"פ 2973/21

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה ויס

פסק דין

עמוד 1

© verdicts.co.il - פסק דין

כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין

לפנינו שני ערעורים על פסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים ר' פרידמן-פלדמן, א' אברבנאל ו-ח' זנדרגן בתפ"ח 19-04-48074. ערעור המדינה (ע"פ 2941/2020) הופנה נגד הכרעת הדין מיום 22.9.2020 וגזר הדין מיום 16.3.2021, וערעור המערער בע"פ 2973 והמשיב בע"פ 2941 (להלן: המשיב) הופנה נגד גזר הדין.

כבר בפתח הדברים יאמר, כי דעתנו היא שיש לקבל את ערעור המדינה על הכרעת הדין ולהחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי על מנת שיגזור את דיןו של המשיב מחדש בהתאם. לפיכך לא תינתן הדעת להלן על גזר הדין, לא לשפט ולא לחסド.

הרקע לערעורים

1. ביום 24.4.2019 הוגש נגד המשיב כתב אישום המיחס לו עבירות של איינוס לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) בצוות סעיף 345(א)(1) לחוק, ושל מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות המניות בסעיף 345(ב)(1) יחד עם סעיף 345(א)(1) לחוק.

2. על פי עובדות כתב האישום, ביום שישי 22.3.2019 סמוך לשעה 18:30, שהתה הילדה נ' (להלן: נ'), בת כ-5.5 שנים, עם אביה ואחותה בבית כניסה בירושלים. נ' יצאמה מבית הכנסת ושהתה לבדה מחוץ לו. המשיב הגע אליה, התכווף לעברה, הרים אותה וחיבק אותה כשיידי על כתפייה. הוא אמר לה לחבק אותו ולאחר מכן אמר לה לשכב כשזהו מסתכל לעברה. נ' ניסתה לברוח ממנו ללא הועיל. על כן, נ' שכבה על גביה והמשיב שכב עלייה. הוא נכנס את ידו ימינו מתחת למכתה ולמכנס שלבשה והחדיר את אצבעיו לאיבר מיניה. בacr הוא גرم לה כאב רב. המשיב הוציא את איבר מינו ממכוני, אונן והגיע לפורקן על שמלה של נ'. בנסיבות אלה נתען כי בעל המשיב את נ', קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים, שלא בהסכם, וכן עשה בה מעשה מגונה שלא בהסכם.

3. בחקירהו במשטרה המשיב לא מסר גרסה לגבי המעשים המיוחסים לו, אולם בתשובתו לכתב האישום הודה ב מרבית העובדות שפורטו בו. בין היתר אישר המשיב כי הוא הגיע לבית הכנסת, התכווף לעבר נ', הרים אותה וחיבק אותה. הוא גם אישר שארם לה לחבק אותו ולשכב כשהוא מסתכל לעברה. עם זאת, הוא כפר בכך ש-נ' ניסתה לברוח, וטען שהיא שכבה על גביה ובתום האירוע המתואר בכתב האישום היא עזבה את המקום. המשיב גם אישר כי הוא נכנס את ידו מתחת למכנסיה של נ' ונגע בין רגליה, אך לא החדר את אצבעיו לאיבר מיניה. לגרסתו, הוא הוציא את ידו מיד במטרה להגיע לפורקן בעצמו וכן עשה כן, אך לא על שמלה אלא בסמוך אליה באופן שמלתיה התלככה. על רקע דברים אלה נתען על ידי בא-כוכו של המשיב כי יש לזכותו מעבירות איןום ולהרשיעו רק בעבירה של מעשה מגונה. באת-כוכ המדינה התנגדה למטען הכרעת דין חלקלית, ובית המשפט אישץ עדמה זו וקבע את התקיק לשמייעת ראיות.

4. במסגרת ההליך נשמעו ראיות מטעם המדינה: עדות שני הוריה של נ', עדותם של שוטרים שונים ועדותה של חוקרת הילדים אשר חקרה את נ' בסמוך לאחר האירועים המתוארים בכתב האישום. עדותה של נ' נאסרה על ידי חוקרת הילדים, ועל כן הובאה עדותה באמצעות החקירה. כן הוגשו לבית המשפט תיעוד חזותי של חוקחתה של נ' ותמליל החקירה. המשיב בחר שלא להעיד.

5. בתום הליך הוכחחות ניתנה הכרעת דין של בית המשפט המחויז. בית המשפט עמד על עיקרי העדויות שניתנו על ידי העדים השונים ועל הראיות שהוגשו באמצעותם, ציין כי בתום שמייעת העדויות נותרו הצדדים חלוקים בשתי שאלות: האם הוכחה עבירות האינוס; והאם המשיב הגיע לפורקן על שמלתה של נ'. בהקשר זה ציין כי טענות המדינה התבבססו על דברים שנשמעו מפי נ' על ידי הוריה, על עדותה של האם שהבינה באדמות איבר המין של נ' ובעיקר על דבריה של נ' לפני חוקרת הילדים. המשיב מצדיו טען כי על אף שחוקרת הילדים קבעה שעודותה של נ' מהימנה, היה עליה לסייע את הערכתה להיות שישנן סוגיות שלא בוררו עם נ' עד תום. כך ובין היתר, נ' העידה כי חוויתה כאב, אולם חוקרת הילדים הסתפקה בדברים אלה ולא הרחיבה או שאלות נוספות בעניין. כמו כן, חוקרת הילדים קבעה כי המשיב החדר את אצבעו לאיבר מינה של נ', אך קבעה זו היא מסקנה מוטעית המבוססת על פרשנותה לדבריה של נ' ולא על דבריה של נ' עצמה. נכון אמרו, המשיב טען כי יש קושי ראוי בחקרות נ' על ידי חוקרת הילדים ולא ניתן להסתמך עליה בקביעת ממצאים בשאלות השניות במחלוקת. הוא הוסיף כי עמדה זו מתחזקת כתוצאה מהעובדה שבמזכר שנערך על ידי חוקר משטרה צוין כי הוא פנה לחוקרת הילדים בבקשת לעורר השלמת חקירה ל-נ' על מנת לחaddr את סוגיית החדרת האצבע לאיבר המין. המשיב עוד טען כי חקירתה של נ' זהומה משום שאמה של נ' שוחחה עמה לפני חוקרת הילדים ושאלת אותה שאלות רבות בקשר לאיורים.

6. בית המשפט קבע כי מצפיה בתייעוד החזוית של חקירתה של נ' עולה כי היא תיארה באופן די ברור את האירוע שחוותה, את מעשיו של המשיב ואת תחשותיה. היא אף תיארה בפירוט לתיאורו של המשיב ולבדיו, וכן גם למקום האירוע. כן עולה מתייעוד החקירה כי חוקרת הילדים ניסתה לחaddr נקודות אשר לא היו ברורות דין, בהתאם לכ יכולת הבנתה של נ' ושיטתוף הפעולה שלה עצמה. מה גם, שהמשיב אישר בתשובתו לאישום כי פגע מינית-ב-נ' ואף אישר עובדות אליהן התייחסה נ' בעדותה. פרטים אחרים שנמסרו על ידי נ' לא הוכחו על ידו. משכך, נקבע כי יש לקבל את קביעת המהימנות של חוקרת הילדים לגבי נ'. בתרוך כך דחלה בית המשפט את טענותיו של המשיב לעניין זיהום החקירה. זאת נכון העובדה שתיאור הדברים על ידי נ' לפני חוקרת הילדים די דומה לתיאור הדברים על ידי הוריה; נכון העובדה שההורם העידו כי פרט לדברים שנמסרו להם בסמוך לאחר האירועים הם לא שוחחו על הדברים עם נ'; וכן תיאור הדברים בעדותה המצלמת של נ'.

7. באשר לשאלת הראונה שעדודה במחלוקת בין הצדדים, קבע בית המשפט כי לא הוכח מעבר לספק סביר שהמשיב החדר את אצבעו לאיבר מינה של נ'. נקבע כי מקרים עדותה של נ' עולה שמסקנת חוקרת הילדים לפיה אדם זר הכנס את אצבעו לאיבר מינה, היא בבחינת פרשנות לדבריה שאינה הפרשנות האפשרית היחיד. במסגרת החקירה, כאשר נשאלת נ' لأن הכנס המשיב את אצבעו השיבתה תחילה "لتוטסיק". ניסיון לבירר את המיקום המדויק לא צלח, שכן נ' הצביעה פעמי אחת על החלק האחורי ופעמי אחת על החלק הקדמי של "התוטסיק" לדבריה. מדברים אלה ניתן להסיק שהמשיב אכן נגע באיבר מינה, אך אין פירוש הדבר שמדובר בהכרח בחדרת אצבע לאיבר המין. יתרון שהיא התכוונה לומר כי המשיב הכנס אצבע מתחת לבגדיה ותחתוניה. גם העובדה שנגרכם לה כאב אינה מעידה בהכרח על החדרת האצבע. מקום הכאב לא הוביל, והדברים מתוישבים גם עם אפשרות של נגיעה תוך הפעלת לחץ מוחץ לאיבר המין. בית המשפט הוסיף והתייחס לשינויים בגרסאות שמסרה האם בעדויותיה השונות. בהודעתה של האם במשפטה היא מסרה כי הבדיקה ב"קצת אדמות" באזור הדגדן וכן הבדיקה באודם. לעומת זאת, בעדותה בבית המשפט מסרה כי הבדיקה באודם משמעותית באזור של הדגדן. ובדברים שמספרה האם לאב מיד לאחר האירוע לא תיארה את הדברים כפי שהעידה עליהם וגם השוטר שהגיע לבית המשפט בעבר האירוע לא שמע עליהם. בנסיבות אלה, נקבע כי אין מקום להעדייף את גרסת האם בבית המשפט על פני הтирור שמסרה במשפטה. מה גם, שהאם העידה כי מאז שהפסיקה להחליף לנ' חיתולים לא בדקה את המקום ואינה יודעת אם האדמות הייתה קודם לכך. משכך, גם על עדות האם לא ניתן לבסס קביעעה ברמת הودאות הנדרשת, לפיו המשיב החדר את אצבע לאיבר מינה של נ' ואין בדבריה ראייה אף לא לראשית חדרה.

8. ביחס לשאלת השניה שעמדה בחלוקת בין הצדדים, נקבע כי לא הוכח במידה הנדרשת שהמשיב הגיע לפורקן על נ', ולפיכך מדובר במעשה מגונה בפומבי, להבדיל מעשה מגונה באדם. איןחלוקת שבמהלך האירוע המשיב רכן על גופה של נ', ואף איןחלוקת שעלה شاملתה של נ' נמצא זרע של המשיב. ברם, מתיאור הדברים על ידי נ' בחקירتها, לא ברור האם באוותה עת בה אונן והגיע לפורקן הוא אכן רכן מעלה.

9. לנוכח כל האמור, בית המשפט המחויז הרשע את המשיב בעבירה אחת של מעשה מגונה באדם (בקטין) ובעבירה נוספת של מעשה מגונה בפומבי; וזיכה אותו מעבירות האינוס.

10. ביום 16.3.2021 גזר בית המשפט המחויז את דינו של המשיב. לאחר שסקר את עיקרי תסקير שירות המבחן, את הריאות לעונש ואת הטיעונים לעונש; לאחר שעמד על מדיניות הענישה הנהוגה; ולאחר שסקר את הנسبות הקשורות ביצוע העבירה - קבע בית המשפט כי מתוך העונש ההולם עומד על 3.5 עד 6 שנות מאסר בפועל, לצד עונשים נלוים. בהמשך לכך, בית המשפט התחשב לקלала בהזדאותו של המשיב, הגם שמתסקיר שירות המבחן עליה שהוא לא הביע אמפתיה למצוקחתה של נ', ובכך שאין לו הרשות קודמות. כן ציין בית המשפט כי אין להתחשב לחומרה בנסיבות גזירת הדין בעובדה שהמשיב ניחל הילך הוכחות, שכן זהוי זכותו ובסופו של דבר הוא הורשע על פי הגרסה שמסר בمعנה לכתב האישום. בהתחשב בנסיבות אלה, נקבע כי יש להעמיד את העונש בתחרית מתוך העונש ההולם. בשים לב לכל האמור, בית המשפט השית על המשיב מאסר בפועל למשך 3.5 שנים; מאסר על תנאי למשך שמונה חודשים לפחות יעבור עבירות מן מסווג פשע תוך 3 שנים; ופייצוי לנ' בסך של 50,000 ש"ח.

מכאן העורורים שלפנינו. כאמור, משהגעתו למסקנה כי יש מקום לקבל את ערעור המדינה על הכרעת הדין ולהחזיר את הילך בבית המשפט המחויז על מנת שיגזור את דינו של המשיב, לא ארחיב את הדיבור ביחס לטענות הצדדים לעניין גזר הדין.

טענות הצדדים

11. לטענת המדינה, שגה בית המשפט בכך שיזכה את המשיב מעבירות האינוס. כבר בפתח ערעורה הבהיר המדינה כי היא אינה חולקת על מצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט המחויז, אשר מצא את עדותה של נ' מהימנה ואף קבע כי היא חוויתה את הדברים שתוארו על ידה. אלא שלגשתה, שגה בית המשפט כשקבע שלא ניתן להסיק מעדותה של נ' כי המשיב החדר את אצבעו לאיבר מינה ושניתן לפרש את דבריה באופן שמתישב עם נגיעה והפעלת לחץ על איבר המין מבוחץ בלבד. מתייעוד חקירתה של נ' עולה באופן ברור וחד משמעי כי המשיב החדר את אצבעו לאיבר מינה, וכל פרשנות אחרת אינה סבירה ואני הולמת תיאור זה. בנסיבות אלה, ישנה חשיבות עקרונית להתרבות ערכאת הערעור בקביעותו של בית המשפט המחויז.

12. עוד הדגישה המדינה בהקשר זה כי כאשר הראייה המרכזית בתיק היא עדותה של ילדה בת 4.5 לפני חוקרת ילדים, עדות ברורה וקוורנטית באופן יוצא דופן לגיליה; כאשר חוקרת הילדים מסרה כי נ' העידה על כך שהמשיב החדר את אצבעו לאיבר מינה ולהתרשםותה נ' סיפרה את אשר חוותה ודבריה מהמין; כאשר בית המשפט המחויז התרשם אף הוא באופן דומה לעניין מהימנותה; וכאשר עדותה של נ' נתמכת בראיות סייע חיצונית בדמות עדויותיהם של הוריה של נ' ושקרו של המשיב, ומנגד המשיב העדייף שלא למסור גרסה מפוררת שיש בה כדי להתמודד עם גרסתה של נ' ולא העיד בבית המשפט - היה על בית המשפט המחויז לתת משקל מלא לעדותה של נ' ולהרשע על בסיסה את המשיב.

בהתאם.

13. המדינה הוסיפה כי בהנि�חו בטעות שלא ניתן להסיק שכונת דבריה של נ' הייתה כי המשיב החדר את אצבען לאיבר המין שלו, נקלע בית המשפט המחויז לטעות נספת כשלא נתן משקל הולם לעדות אמה של נ' בנסיבות זו. האם סיפרה בהודעתה במשפטה כי בלילה האירוע נ' סיפרה לה כי המשיב החדר את אצבען לאיבר מינה, ובעקבות הדברים ערכה לה בדיקה גופנית והבחינה באדמומיות בולטת במקום. עדותה בבית המשפט מסרה תיאור מפורט אף יותר ביחס להתרחשויות בלילה האירוע. עדותה של האם מהוות אפוא סיוע חיצוני ברור וחד-משמעות לעדות בתה. היא נוגעת לבביה של ירידת המחלוקת ומסבכת את המשיב במובן זה שהוא לא מתישבת עם גרטתו ביחס לאיירוע החדרת האצבען לאיבר המין. הגם שאין בכוחה של עדות האם כשלעצמה כדי להוכיח את החדרת האצבען, ככל שתתקבל הטענה כי שגה בית המשפט המחויז במסקנותו ביחס לעדותה של נ', יש בה ממשום ראיית סיוע. המדינה הוסיפה עוד כי תלונתה המיידית של נ' מבססת את דרישת הסיווע באופן עצמאי.

14. המדינה ציינה כי היא ערלה לכלל שהתגבש בפסקה בדבר אי-ההתערבות בנסיבות עובדה ומהימנות של הערכאה הדינונית, אולם היא סבורה כי בעניין זה מתקיימים חריגים שבעתים מתאיין יתרונה של הערכאה הדינונית על פני ערכאת העreau. ראשית, עדותה של נ' לא נשמעה לפני בית המשפט מאחר שחקורת הילדים אסורה זאת, ועל כן עדותה לפניה חקרת הילדים - הראה המרכזית - מתועדת ומוסרת. שנית, נימוקיו של בית המשפט המחויז לא התבססו על ממצאים מהימנות, אלא על שיקולים שבاهיגון וסבירה.

15. נוסף על טענותיה לעניין עבירות האינוס מלינה המדינה גם על כך שבית המשפט המחויז הרשיע את המשיב בעבירה של מעשה מגונה בפומבי ולא בעבירה של מעשה מגונה באדם (בקטין). לגישה, שגה בית המשפט המחויז שגיאה משפטית בכך שקבע כי לא ניתן היה להוכיח שהמשיב הגיע לפורקן על גופה של נ' ומשכך לא ניתן להרשיעו בעבירה של מעשה מגונה בקטין. בהתאם להלכה הפסוקה, המונח "מעשה מגונה באדם" אינו מחיב מגע פיזי של נאשם בקורבנו והוא כולל גם מקרים שבהם הנאשם משפייע על הקורבן לעשות מעשה בגופו שלו וכן מעשה שנעשה בגופו לפני הקורבן. מכיון בו נאשם מכ凶 את האקט המוני כלפי אדם מסוים תוך אינטראקציה עמו, יש להרשיעו בעבירה של מעשה מגונה באדם ולא מעשה מגונה בפומבי. משכך, אין כל חשיבות לשאלת היכן שפרק המשיב את זרעו.

16. בתשובתו לערעור המדינה טען המשיב כי הכרעת דיןו של בית המשפט המחויז מבוססת על עובדות ועל התרשומות ממהימנות העדים שעמדו לפני שבחן אין ערכאת העreau נוהגת להתערב. נימוק בית המשפט לא התבസו על שיקולים שבاهיגון וסבירה, אלא על עדותה של נ' בשילוב המתבקש עם תשובותיה של חקרת הילדים ועם ניסיונותיה של חקרת הילדים להבהיר את שאלת החדרת האצבען. בית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מחקרת הילדים וקבע כי ניסיונותיה להבהיר את נושא החדרת האצבען ונושא הכאב לא צלחו. המערערת ניסתה לנתק באופן מלאכותי בין עדותה של נ' לבין עדותה של חקרת הילדים, אולם השתיים משלבות זו בזו ואין לבחון אותן בנזוק. פרשנותה של חקרת הילדים, כפי שהיאתרשם בית המשפט המחויז, מוטעית ואני עולה בקנה אחד עם עדותה של נ'.

17. המשיב הדגיש כי חקרת הילדים זנחה פרטים מוחשיים בחקירתה של נ' ולא ידעה להסביר על אודוטיהם. כך לגבי השאלה היכן הרגישה נ'ocab; כך לגבי השאלה האם הנגיעה הייתה מתחתת לתוחתוניה אם לאו; וכך לגבי השאלה האם נ' ניסתה לבrhoח מהמשיב אם לאו. בהינתן כל אלה קבע בית המשפט המחויז כי מסקנת חקרת הילדים היא בבחינת פרשנות לדבריה של נ' שאינה הפרשנות האפשרית היחידה, ואין מקום להתערב בכך. המذובר אפוא

בהתרשומות של בית המשפט מחוקרת הילדים אשר העידה לפניו, והמדינה לא הצביעה על נימוק המצדיק התערבותה בהתרשומות זו.

18. המשיב הוסיף כי בית המשפט שמע באופן בלתי אמצעי את עדות אמה של נ' וקיבל כראה את אמירותיה במשפטה, ועל סמך התרשומות קבע כי גם עליה לא ניתן לבסס קביעה ברמת הווודאות הנדרשת, כי הוא החדר את אצבעו לאיבר מינעה של נ' ואף לא בראשית חדירה. המדינה התעלמה מכלול הראיות ומהסתירות שעלו בין הودעת האם במשפטה לבין עדותה בבית המשפט, ובין דבריה לדבריה אביה של נ'. תיאוריה של המדינה לפיהם נ' סיפרה לאמה כי גבר זר החדר אצבע לאיבר מינעה, מנוטקים מהמסד הראייתי בתיק ועלולים להטעות את בית המשפט.

19. ובאשר לשאלת האם הגיע המשיב לפורקן על שמלה של נ', נטען כי עדותה של נ' הייתה מעורפלת בכלל הנוגע למיקומו של המשיב ביחס אליה בעת שאונן והגיע לפורקן. אף אין מחלוקת כי נ' לא ראתה שיווץ למשיב משה מאיבר המין. בנסיבות אלה, צדק בית המשפט המחויז בקבעו כי אין להרשיעו בהקשר זה בעבירה של מעשה מגונה בקטין.

דין והכרעה

20. לאחר עיון בטענות הצדדים בערעוריהם, ולאחר שמייעת הצדדים בדיון שהתקיים לפניינו, הגעתנו כאמור לכל מסקנה כי דין ערעור המדינה על הכרעת הדין להתקבל, הэн ביחס לעבירות האינוס והן ביחס לעבירות המעשה המגונה בקטין, וכך יצא לחברי שנעשה. ותחילה לעניין עבירת האינוס.

UBEIRAT HA'AINOS

21. כאמור לעיל, בית המשפט המחויז זיכה את המשיב מעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום. זאת, כאמור בהכרעת הדין, בעיקר על יסוד הקביעה שמסקנת חוקרת הילדים לפיה אדם זר הכנס את אצבעו לאיבר מינעה של נ', היא בבחינת פרשנות לדבריה שאינה הפרשנות האפשרית היחידה. כפי שיבואר להלן, עניין זה דעתך שונה.

22. בטרםأتיחס לגופם של דברים אציג, כי אמנם אין זו דרך של ערכאת הערעור להתערב במצבים עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדינית, וזאת בשל יתרונה המובנה של האחونة, אשר התרשמה ישירות ולא מיצעים מקרים מהעדים ומהראיות, על פני ערכאת הערעור (ראו לדוגמה: ע"פ 20/2040 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (21.12.2021); ע"פ 20/6819 عمر נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (9.12.2021); ע"פ 19/8120 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (2.12.2021)). יחד עם זאת, לככל זה ישנים חריגים שבכוחם להרחיב את הפתחה להתערבות ערכאת הערעור במצבים עובדה, ובכלל זה מקרים שבהם הממצאים מתבססים על מסמכים בכתב ולא על עדויות בעלפה, או כאשר מצאי הערכאה הדינית מבוססים על שיקולים טהורים שבហגון, ומקרים בהם הערכאה הדינית מסיקה מסקנות שונות מהעובדות. הצדקה לכך היא כי במקרים מעין אלו אין לערכאה הדינית יתרון מובנה על פני ערכאת הערעור בהערכת טיב הראיות שלפניה (ראו: ע"פ 10/2439 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (6.6.2012); ע"פ 12/5633 נימן נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (10.7.2013); ע"פ 17/8328 ג'בר נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (28.7.2019); עם זאת, יוער כי בפסקהbove דעות שונות באשר לאופן החלטת כל אי התערבות בעבירות מן, וראוי: ע"פ 17/8050 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (31.10.2018) אך אין לכך נפקות ממשית לעניינו). בשום לב לכך שהכרעת הדין בכל הנוגע לדבריה של נ' נשמכה על צפיה בעדותה לפני חוקרת הילדים, מבלי ש-נ' נשמעה באופן ישיר

ובلتוי אמצעי על ידי בית המשפט המוחזק, שוכנעתי כי מקרה זה נמנה על המקרים החרגים בהם מתאפשרת התערבות ערכאת הערעור במצבים.

23. ולגופו של עניין. לאחר צפיה חוזרת ונשנית בהקלות עדות נ' לפני חוקרת הילדים, קריית תמליליה ועין בתמליל עדות החוקרת לפניה המשפט המחויזי, הגעתו לכל מסקנה כי מסקנתה החוקרת כי המשיב הכנס את אצבען לאייר מינה של נ', הינה המסקנה האפשרית הבלעדית. נקודה זו חוזרת שוב ושוב לאורן עדותה של נ', באופן מפורש תוך הדגמה ברורה על ידה, וכך שיפורט להלן, אכן סביר כי ניתן לפרש את דבריה באופן שונה.

24. השאלה הראשונה ששאלה חוקרת הילדים את נ' לגופם של האירועים הייתה "האם קרה משהו בבית הכנסת". בمعנה לשאלת זו, וambilי שנסאלה דבר נוסף בעניין, תיארה נ' את האירועים באופו הבא:

... אֵחֶלְיָה בַּתּוֹר הַבַּיִת כְּנַסֶּת, גַּם אֲבָא שְׁלִי... ו... וְאַנְיַהְיֵי בְּחוֹזָן, וְאִישׁ אֶחָד רָאָה אָוֹתָי וְהָוָא אָמַר לֵי לְשַׁכְּבָן וְאֵז
הָוָא הָזְצִיא אֶת ה... אֶת הַבּוֹלְבּוֹל שְׁלֹו וְחַשְׁבַּטְיָה שְׁהָוָא... שְׁהָוָא הַוְּלָר לְעַשְׂתָּעַלְיָ פִּיפִי וְאַחֲרָכָךְ הָוָא בְּרָתָח. וְגַם הָוָא הַכְּנִיס
לֵי אַצְּבָע לְפָה (הַנְּחַקְּרָתָה מַדְגִּימָה).

באומרה דברים אלה הצבעה נ' לעבר איבר מינה, והדבר תועד בבירור בצלום החקירה. חוקרת הילדים לא הסתפקה בכך, והוסיפה ובקשה מ-נ' שתבהיר لأنן בדיקת הכנס אותנו אדם את אצבועותיו. נ' השיבה "טוסיק" ובתווך לכך הצבעה, לבקשת חוקרת הילדים, על איבר מינה.

25. בהמשך הדברים, לאחר שחוקרת הילדים ו-נ-י שוחחו על נושאים אחרים, שוב חזרה חוקרת הילדים ושאלת על מהות הנסיבות האציגות. וכך נשאלו הילדים:

"ח': ... את ידעת, בטוטסיך יש לנו שתי מהומות (בר במקור). יש לנו מאהורה של הטוטסיך ויש לנו מהדיימה של הטוטסיך."

תוך כדי דבריה אלה של חוקרת הילדים, נ' אכן הצביעה פעמיים אחת על החלק האחורי של גופה ופעם אחת על החלק הקדמי. ואולם, צפיה בתייעוד החזותי של החוקרה מעלה כי לא ניתן להסיק שחל אצלה בלבול באשר למקומות החדריה או שהיא סותרת את עצמה. צפיה בסרטון מדגישה כי היא אף הגיבה לדבורה של חוקרת הילדים, מיד כאשר התבקשה להבהיר שוב להיכן הכנסו אותו אדם את אצבעו, היא ציינה בנהרצות "מקדים", והדגימה זאת.

27. נ' גם ספירה כי אותו אדם נגע בה מתחת לבגדיה. היא אף ציינה, מיזמתה וambil שנסאלת על קר על ידי חוקרת הילדים, שהכנסת האכבע גרמה לה לכאב רב. ודבריה:

"ח': ... הוא הכנס את האצבע מעל הבגדים או מתחת לבגדים שלר?

נ': הוא... הוא לא הוציא לי את המכנסיים.

ח': מה?

נ': הוא לא הוציא לי את המכנסיים.

ח': הוא לא הוציא לך את המכנסיים? אז הוא נגע לך בטוסיק מעל הבג... לא, רגע לא צריך להוריד מכנסיים, אז הוא [הכנס לזר את האצבע לטוסיק] מעל הבגדים או מתחת לבגדים?

נ': מתחת... וגם זה היה לי כאב שהוא הכנס לי את הטוסיק... את האצבע לטוסיק."

בהמשך הדברים שוב שאלה חוקרת הילדים את נ' האם המשיב הכנס לזר האצבע לטוסיק מעל הבגדים, ועוד בטרם הספיקה להשלים את השאלה - השיבה נ' "מתחת".

28. מכל האמור עולה בבירור, כי עדותה של נ' בקשר להכנסת האצבע הייתה קוהרנטית לכל אורך חקירת חוקרת הילדים. צפיה בחקירה מלמדת בבירור כי נ' מספרת על אירוע שבו אדם זר החדר אצבע לאיבר מינית, ואין בעובדה ש-נ' עשתה שימוש במילה "טוסיק" או בעובדה שבשלב מסוים בחקירה נ' הצבעה על החלק האחורי ועל החלק הקדמי של גופה בمعנה לשאלת חוקרת הילדים, כדי לפגום במסקנה זו.

29. ויזכר, במועד חקירותה הייתה נ' בת כ-4.5 שנים בלבד. לא ניתן לצפות כי תיאור הדברים מפייה יהיה זהה לתיאור אירועי המצופה מאדם מבוגר אף לא מנערה. זאת בפרט על רקע האירועים הקשים שחוותה, שאירעו פחות משלושה ימים ע過ר לחקרתה. בית משפט זה עמד על כך לא פעם, ובין היתר בע"פ 4583/13 סץ נ' מדינת ישראל (21.9.2015) אמר כך:

"קטינום, בגילאים כה צעירים, אינם מודעים בדרך כלל, לטיבם של המעשיהם שנעשו בגופם, ובמרבית המקרים הם אף חסרים את אוצר המילים המתאים, כדי לתארם. לעיתים, ומפתח גילם הצעיר, משתבשת אצלם תפיסת הזמן, כמו גם יכולת לפרט באופן כרונולוגי את הדברים שחוו [...]". לאור המאפיינים הייחודיים לעדותם של קטינום, דומה, כי אין ליתן משקל משמעותי לסתירות, לפרשנות, או ל"חוללים" המתגלים בעדויותיהם. זאת, כל עוד הערכאה הדיוונית השכילה לבחון בקפדנות רבה את עדותו של הקורבן הרך בשנים, ואיתרה בה 'גרעיןאמת' מבוסס ואמין". (פסקה 26).

דברים אלה אמוריםビיתר שאת בעניינו שעעה שחרף גילה של נ' והאירועים הקשים שחוותה, היא תיארה את הדברים באופן סדרי וקוהרנטי.

30. לא בכדי התרשמה חוקרת הילדים ממהימנותה של נ', ולא בכדי הסיקה את המסקנה כי לדבריה של נ', המשיב החדר אצבע לאיבר מינית. לא מדובר בפרשנות אפשרית לדברים. אלה היו דבריה של נ' בחקרתה, אשר הובעו באופן התואם את גילה ואת האירועים שחוותה. וכי שהiyיטה חוקרת הילדים לתאר את הדברים בחקרתה בבית המשפט:

"מדובר בילדה בת 4, ילדה בת 4 לא יודעת להגיד איבר מין. בכל משפחה לאיבר מין קוראים בשם אחר, ופה הילדה אומרת כמו שפה של ילדה בת 4 נורמלית טוטיק [...] היא אומרת הוא הכנסי לי את האכבע לפה והוא מדגימה [...] אני מבקשת ממנה להצביע על המקום הזה ואני שואלת אותה מה השם של המקום הזה. לאחר מכן ילדה בת 4 לא יכולה להגיד קוראים למקום הזה איבר מין אני לא מצפה שילדתה בת 4 תגיד לי קוראים למקום הזה איבר מין [...] ילדה בת 4 לא יכולה לומר ולהגיד לי איבר מין. הילדה הצביעה לי על האзор [...] אני לא מצפה מהילדה שתתפסת מולי ושטוריד את המכונסיהם והוא ניסתה לעשות את זה, דרך אגב [...] היא מדגימה והיא מראה, היא ממש מראה לי איפה הוא הכנס את האיבר והוא גם בנוספ' לזה אומרת שהוא ראתה את האכבע שלו". (פרוטוקול חקירתה של חוקרת הילדים מיום 9.6.2020, עמודים 123-125).

לא לモתר לציין כי בית המשפט המחויז קבע כי יש לקבל את התרשומה של חוקרת הילדים ממהימנותה של נ'.

31. סיכומו של דבר, אין בידי לקבל את קביעות בית המשפט המחויז כי מסקנת חוקרת הילדים, כי נ' העידה באופן ברור בחקרתה כי המשיב החדר אכבע לאיבר מינה, היא בבחינת "פרשנות אפשרית" בלבד לדבריה של נ'. מדובר במסקנה מתבקשת, ברורה וחד-משמעות העולה מעדותה של נ' לפני חוקרת הילדים.

32. בהתאם לסעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים), על מנת להרשיע את המשיב בעבירות האינוס על בסיס עדותה של נ', אשר תועדה והוגשה כאמור באמצעות חוקרת הילדים דרישהה תוספת ראייתית מסווג סיוע. דרישת הסיוע נועדה לממן את הפגיעה בזכותו של נאם שהרשעתו נסמכה על עדות שלא עמדה לחקירה נגדית ונגבתה על ידי חוקר ילדים מפני של קטין. משכך, נקבע בפסקה כי דרישת הסיוע אינה מסתכמה בסיווג "טכני" אלא נדרש סיוע מהותי (ראו למשל: ע"פ 1697/20 שורדייך נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (24.8.2021); ע"פ 18/2018 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (16.5.2019); ע"פ 16/2013 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-14 ו-48 לפסק דין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (17.9.2018) (להלן: עניין נחמני)).

33. על מנת שראיה תהחשב ראה מסוימת עליה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: עליה לנבוע ממוקור עצמאי ונפרד מהראיה הטעונה סיוע; עליה לסביר את הנאשם במעשה העבירה או למצער לננות לסבר אותו; ועליה להתייחס לנקודה ממשית השנייה בחלוקת בין בעלי הדין (ראו למשל: ע"פ 19/2013 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (29.7.2020); ע"פ 11/2014 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (9.5.2012)). בפסקה נקבע כי קיים קשר הדוק בין משקלה של ראיית הסיוע לבין משקללה של העדות הטעונה סיוע, כך שככל שניתן לעדות העיקרית משקל גובה יותר, ניתן יהיה להסתפק בראיות סיוע משקללה נמוך יותר (וראו: ע"פ 15/2016 בנטו נ' מדינת ישראל, פסקה 53 (5.3.2017); ע"פ 7792/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 56 (28.9.2016); ע"פ 15/2016 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 ((3.4.2016)).

34. לטענת המדינה, עדות אמה של נ' מהוות ראייה מסוימת לעדות בתה. בית המשפט המחויז לא דן בטענה זוلنוכח קביעותיו לעניין עדותה של נ', ובוחן את עדות האם כראיה עצמאית. קביעתו כי לא ניתן להרשיע את המשיב על יסוד עדות האם נשענה על ההבדלים שמצוין בית המשפט בין הودעתה של האם במשטרת לבן עדותה בבית המשפט בכל הנוגע לאדমומיות בה הבדיקה באיבר מינה של נ'. בית המשפט שם את הדגש על כך שבהודעה במשטרת ציינה האם כי הבדיקה ב"קצת אדמוניות", ואילו בעדותה בבית המשפט תיארה את הדברים באופן יותר נחרץ. ברם, לאחר

עjon בתמליל עדותה של האם בבית המשפט ובהודעתה במשטרת, אינני שותף למסקנה כי קיימים פערים בין הגרסאות.

35. הودעתה של האם במשטרת ניתנה כחודש לאחר האירועים מושא כתוב האישום. במסגרת הودעה זו תיארה האם את הדברים הבאים:

"אני הייתה בבית, זה היה שישי בערב, בעלי לκח את הילדים לבית הכנסת אני נשארתי בבית, הבן הגדול שלי נכנס הביתה שאלאו אותו מה קרה הוא אמר שאבא הλך עם [נ']. אחריו עשר דקות או רביע שעיה בעלי נכנס עם [נ'], בעלי לκח אותו רגע למטבח ועדיין אותו שימושו עשה משהו [נ'] שהוא רץ איתה ביחס לחפש אותו באיזור של הבית הכנסת ושוא לא ראה אף אחד ושאנחנו מתקשרים למשטרת. הוא אמר לי עד שהשוטר מגיע אנחנו מתנהלים כרגע, התחלנו קידוש וארוחה, השוטר התקשר בעלי ירד אליו למיטה אני המשכתי את הארוחה כרגע עם הילדים. באיזה שהוא שלב [נ'] אמרה שיש לה פפי והיא בקשה שאני אבואה אתה. שהלכתי אליה היא אמרה הוא גם הכנס ל'יד או אצבע לא זוכרת מה מבין שניהם היא אמרה. שאלאו אותה אם מתחת למכנסיים היא אמרה שכן, אחרי שהיא עשתה פפי השכבותי אותה על המיטה שלי כדי לראות שהוא לא פצע אותה, אמרתי לה להוריד את הבגדים ולפסיק רגליהם שאני אסתכל על איבר המין שלה, חוץ מקטצת אדמדמות באיזור של הדגדן הבחןתי באודם. האזר אצללה מאד לבן והאדמדמות בלטה על עורה הלבן, שאלאו אותה אם כאב לה, היא לא ענתה לי, אז היא בקשה שאני אחבק אותה. רצתי למיטה לעלי להגיד לו על היד שלו מה她说ה אמרה לי...".

אמה של נ' צינה אמnum כי הבדיקה ב"קצת אדמדמות", אולם לא ניתן להתעלם מהמשמעות הדברים: היא הבדיקה באודם באיזור של הדגדן, שבולט לנוכח צבע עורה של נ'. דברים אלה משלבים יפה עם עדותה של האם בבית המשפט, שנמסרה כחזי שנה לאחר הودעתה במשטרת, בה נאמרו הדברים הבאים:

"ת. [...] באיזה שהוא שלב בארוחה [נ'] אמרה שהיא צריכה פפי, שהיא צריכה ללכת לשירותים אז אמרתי לה שהיא יכולה ללכת אז היא אמרה שהיא מפחדת ושאני אבואה אותה. אז כשהלכתי אליה לשירותים היא אמרה שהוא נכנס לה יד ושהזה כאב לה. אז פשוט הרמתי אותה מהשירותים, לקחתי אותה לחדר שלי, הדלקתי את האש, השכבתי אותה על המיטה, אמרתי לה שאני רוצה, שאני רוצה להסתכל, שאני רוצה לראות. הורדתי לה את המכנסיים על הרגליים כמו בהחלפת חיתול וראיתי שאדם שמה, אדם ומгорוד כזה.

ש. אנחנו רוצים שתתדייקו, איפה ראית, מה?

ת. האיזור של הדגדן שלה, של איבר המין. האיזור שלה מאד לבן, [נ'] היא ילדה מאוד בהירה ולא היה ספק שהוא עשה שמה משהו. שאלאו אותה עוד פעם אם זה כאב לה והוא לא ענתה לי והוא רק בקשה שאני אחבק אותה חזק, זה מה שעשית. אמרתי לה שתישאר על המיטה שלי, שתישאר מכורבלת, זה מקום שהם אוהבים להתרכבל. יצאתי מהחדר אמרתי ל[מ'] שישמר על [ע'] ורצתי למיטה [לבעלי] שדיבר עם השוטר ומספרתי לו שהוא פשוט נגע. זה לא היה רק מעל הבגדים, הוא ממש נגע בה". (פרוטוקול הדיון מיום 4.11.2019, עמ' 14-15).

ובהמשך הדברים:

"ש. [...] אני מבינה מכך שעניין האודם עלה לראשונה מטעמן ולשוטר למיטה אמרת לו דבר כזה? אדם לה למיטה,

שאחרי הבדיקה שעשית אדום?

[...]

ת. לשוטר למטה אני לא זכרת אם אמרתי שאדום או לא אבל אני זכרת בבירור את התמונה שהילדה שלי שכבת על המיטה שלי אדום לה שמה ומgorod לה שמה [...] זה אני בטוחה במילוון אחז.

ש. כשאת אומרת אדום ומgorod למה את מתכוונת? מה זה מגורוד?

ת. משופשף. " (שם, עמ' 17-18).

ובהמשך:

"בית המשפט: [...] את אומרת שראית אדום באותו ערב אצל הילדה, אני לא נכנסת לשאלת אדום חזק או אדומות,
איפה בדיקוק היה האדום? האדום מה שראית שאת אומרת חרג. איפה ראיית מהו חרג?
ת. באזרע של הדגדן, באזרע של השפטים. ש, אני לא יודעת איך לתאר את זה.

[...]

בית המשפט: שוב, באזרע השפטים, דגדן, על השפטים, בתוך השפטים, סליחה שאנחנו נכנסים לפרטים האלה אבל
יש להזחיבות. ככל שאות מסוגלת בכלל להגיד.

ת. הצדדים היו מאוד אדומים [...] וגם שמה בפנים. כן." (שם, עמ' 35).

36. הנה כי כן, אף אם האם לא הביעה את הדברים באופן זהה לחלוtin בהודעתה במשטרה ובעדותה בבית המשפט, משמעות הדברים ברורה ואחדיה: היא הבחינה באדומות בולטות באזרע הדגדן של בתה לאחר האירוע המתואר בכתב האישום. בנסיבות אלה, אני תמים דעתים עם מסקנת בית המשפט המחויז כי לא ניתן להסתמך על עדותה של האם בשל אי- Kohrenheits מוסימת בדבריה. לא לモותר לציין כי המחלוקת נטוועה במשמעות הדברים שמסירה האם בהודעתה במשטרה, ומשעה שההודעה במשטרה הובאה הן לפני בית המשפט המחויז והן לפנינו באותו האופן, אין בעניין זה לערכאה הדינונית כל יתרון על בית משפט זה. מכל מקום, אף אם אין בעדותה של האם בדבר האדומות כדי לבסס קביעה ברמת וודאות גבוהה לפיה המשיב החדר את אצבעו לאיבר מיניה של נ' - כדעת בית המשפט המחויז - הרי שבוודאי לא ניתן לומר שמדובר בראיה בעלת משקל אפסי.

37. ומכאן אפוא לשאלת האם עדותה של האם יכולה לשמש ראייה מסוימת לעדותה של נ'. כפי שיבואר להלן,
דעתי היא כי התשובה לכך חיובית.

ראשית, עדות האם היא ראייה הנובעת ממוקור עצמאי ונפרד מעדותה של בתה.

שנית, מדובר בראיה המסביר את המשיב בביצוע העבירה. המשיב אישר בתשובתו לכתב האישום כי הוא הכנס את ידיו מתחת למכתשיה של נ' ונגע בין רגליה אך לא החדר את אצבעו לאיבר מינוה. ואולם, האדמדומיות אותה זיהתה האם בדיגון של נ' עומדת בסתריה לגרסה זו, ועל כן היא מסובכת את המשיב בכל הנוגע להחדרת האצבע. בהקשר זה יזכיר כי לצורך הרשעה בעבירות אינוס, אין מקום לעורך בירור דקדקני ביחס לשאלת עומק החדרה. עמד על כך רק לאחרונה השופט ג' קרא בענין ע"פ 1126/19 פלוי נ' מדינת ישראל (23.11.2021) ויפים הדברים גם לעניינו:

"הלה למעשה, מבקש המערער כי בית המשפט יעורך בירור אנטומי, באשר לחלקו המדויק של איבר המין בו נגע המערער עת בעל את הקטינה. לבירור זהה אין מקום ואף אין נפקות משפטית. כפי שתואר לעיל, הקטינה תיארה במפורש ובפירוט תוך תיאור תחושתה הסובייקטיבית כי המערער בעל אותה, והכניס את אצבעו לתוך איבר מינוה (כמפורט בפסק' 18 לעיל). משנמצא כי העדות אמינה, ונקבע כמצאות שבעובדת כי המערער הכנס את אצבעו תוך איבר מינוה של הקטינה, אין כל מקום לעורך בירור דקדקני מעבר לכך, באשר לשאלת האם החדרה הייתה מעבר לשפטים החיצוניים או הפנימיים; האם היא כללה כניסה לנרתיק; וכן הלאה. מובן כי אין למנוע מנאשם לעורך בפני בית המשפט את כלל הבירורים העובדתיים הדרושים על מנת לנחל את הגנתו. ואולם, אין כל נפקות לשאלות האנטומיות שניסה המערער להעלות,DOI בקביעה כי המערער חדר עם אצבעו מעבר לשפטים החיצוניים של איבר המין, כדי להרשווע בעבירת האינוס. לדברים משנה תוקף בתיקים כבעניינו, כאשר נפגעת העבירה הייתה קטינה בעת התרחשות המעשים [...]. זאת בפרט נוכת העבודה שגדלה וחונכה בחברה חרדיות, וכי מדויוקה עוללה כי עולם המונחים האנטומיים שלה נאיבי ותמים (כינתה את איבר מינה 'ישבן מקדים' ואת הדיגון 'לבלב'), ושhai היה מבולבלת מאוד כתוצאה מעשי המערער [...]. קשה מלכתחילה להניח כי נפגעת עבירה כזו תוכל לתאר באופן מדויק אנטומית את המעשים שבוצעו בה, ובמהלט ניתן להסתפק בתיאורים הנחיים, המפורטים והוותניטים כפי שנמסרו." (פסקה 23; ראו גם: ע"פ 2375/15 מדינת ישראל נ' נס, פסקה 40 (22.2.2018)).

בהתאם לכך קבעה ההחלטה כי כל נגיעה פנימית בחלק מחלקי איבר המין, מעבר לחלקי החיצוניים, כגון מעבר לשפטים החיצוניים, מהויה חדרה העשויה להקים את עבירת האינוס (ענין נחמני, פסקה 9 לפסק דין של השופט (כתאראו אז) נ' הנדל). על רקע זה, די אפוא באדמדומיות שניצפהה על ידי אמה של נ' באזרם הדיגון, בצירוף הנסיבות של המשיב את החדרת האצבע לאיבר מינוה, כדי להוליך למסקנה כי מדובר בראיה מסובכת.

ושלישית, עדותה של האם מתיחסת לנקודה ממשית השנייה במחלוקת בין בעלי הדין.

38. סיכומו של דבר, יש בחומר הראיות כדי להביא להרשעתו של המשיב בעבירת האינוס, בהתייחס למஹימנות עדותה של נ' כי המשיב החדר אצבע לאיבר מינוה, בتزירוף עדותה של האם אשר עוללה כדי ראייה מסיימת מספקת. לנוכח מסקנה זו איני רואה לנכון לדון בשאלת אם ישנן ראיות סיווע נוספת, בהתייחס לשתקתו של המשיב, שקרו הנטענים ומידיות תלונתה של נ' להוריה. בתמצית רק יzion, כי על אף ששתיקת נאשם, במקרה הריגל, עשויה לשמש סיווע לראיות הטעיה, בהתאם להוראות סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שתיקת נאשם לא תשמש סיווע לצורך סעיף 11 לחוק הגנת ילדים.

39. בטרם סיום חלק זה אציין כי נוסף על הפערים שמצוין בין עדויותיה של האם, עמד בית המשפט המחווז על טעמים נוספים שבಗינם עדות האם לא יכולה לשמש כראיה עצמאית להרשעתו של המשיב, ובכלל זה העובדה שהאם לא סיפרה לאב מיד לאחר האירוע על האדמדומיות שראתה, גם השוטר שהגיע לבית המשפט בערב האירוע לא שמע

על כך, ושהאם לא יכולה הייתה לאשר שהADMiot לא הופיעה עובר לאיור מאחר שלא בדקה את איבר מינה של נ' קודם לכך. ואולם גם אם מטעמים כאלה ואחרים לא ניתן היה בכך לעשות שימוש בעדות האם כראיה עצמאית להרשעת הנאשם, מדובר ברأיה סיווע ממשית המספקת תמייה חיצונית לעדותה של נ'. כלל הוא כי אין כל דרישת שראיית הסיווע תהווה ראייה מפלילה בפני עצמה (ראו למשל: עניין נחמני, פסקה 15 לפסק דיןו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל), שאחרת לא תהיה כל צורך בראיה העיקרית הטעונה סיווע.

מעשה מגונה בקטין

40. כאמור לעיל, בנוסף על הרשעתו של הנאשם בעבירה שלמעשה מגונה בקטין, הוא הורשע גם בעבירה של מעשה מגונה בפומבי. נקבע כי משעה שלא הוכח במידה הנדרשת שה הנאשם הגיע לפורקן על נ', לא ניתן להרשיעו בגין כך בעבירה שלמעשה מגונה בקטין. ואולם לדעתנו, בעניין זה נפל בית המשפט המחויז לכלל טעות משפטית המצדיקה התערבות.

41. לא אחת פסק בית משפט זה, כי יתכו מקרים שבהם עבירה שלמעשה מגונה לא תדרוש מגע פיזי של מבצע העבירה בקרובן העבירה,DOI בכר שהמעשה כוון לקרובן העבירה. עמד על כך חברי השופט א' שטיין בע"פ 18/4802 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2019) (להלן: ע"פ 18/4802) כדלקמן:

"[...] עבירה שלמעשה מגונה בקטין נבדלת מזו שלמעשה מגונה בפניו בפרט חשוב. במקרים שלמעשה מגונה בקטין, המבצע כופה על הקטין - שאינו כשיר לתת הסכמה למתרחש - השתתפות באקט או בשיח בעלי אופי מיני. במקרה שלמעשה מגונה בפניו בקטין, המבצע גורם לקטין לצפות באקט בעל אופי מיני או לשם שיח מיני כלשהו, כאשר הקטין איננו נוטל שום חלק באותו אקט או שיח. במקרה הראשוני, החמור הרבה יותר, העברין מבזה את הקטין מינית, או שואב את סיוףקו או את גירויו המיני, מכך שהוא כופה על הקטין אינטראקציה פיזית או מילולית בעלת אופי מיני. במקרה השני, החמור פחות, העברין שואב את סיוףקו או את גירויו המיני רק מכך שהקטין צופה באקט בעל אופי מיני או שומע שיח מיני. פסק הדין שצוטטו לעיל, ובפרט ע"פ 7725/11 וע"פ 9603/09, אימצו הבדיקה זו במיללים אלו או במיללים דומים. כפי שאמרה השופטת ד' ברק-ארץ, '[...] מעשה מגונה באדם הוא מעשה שנעשה בו עצמו - אך לאו דווקא בגופו [...]'].

[...] מחוקקנו ראה ברגע פיזי בין מבצע העבירה לקרובינו תנאי מספיק להתחווות העבירה שלמעשה מגונה. דא עקא, המחוקק לא ראה ברגע כאמור תנאי הכרחי שבנסיבות העבירה שלמעשה מגונה איננה מתגבשת. הווה אומר: DOI היה בכר שהמעשה המוגונה יהא מכוון אל הקרובן". (פסקאות 28 ו-30; ההדגשות במקור).

וראו גם: ע"פ 4125 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (14.9.2021); ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 לפסק דיןו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'יבראן ופסקאות 3-4 לפסק דיןה של השופט ד' ברק-ארץ (24.1.2013); ע"פ 460/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (5.5.2016); ע"פ 9012/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (23.1.2012) (להלן: ע"פ 9012/08); ע"פ 2281/09 מדינת ישראל, פסקה 41 (16.4.2012) (להלן: ע"פ 2281/09); ועוד.

42. בהתאם לכך, למשל, בית משפט זה דחה ערעור על הרשעה בעבירות שלמעשה מגונה באדם בין צילום מתлонנות ונשים נוספות באמצעות מצלמה, לרבות איברי המין שלהם ומיקומות מוצנעים אחרים בגוף, כאשר חלק

מהמקרים המערער אונן תוך כדי הצלום ובחלקם אונן בביתו תוך כדי צפיה בצלומים (ע"פ 9603/96). בהתאם לכך, בית משפט זה דחה טענה בדבר היעדר מגע פיזי עם הקורבן בערעור על הרשעה בעבירה של מעשה מגונה באדם בנסיבות שבהן הציג המערער לשני קטינים תמונה פורנוגרפית, שאל אותם אם ברצונם לראות את איבר מינו וכך נגע באיבר מינו (ע"פ 9012/08). ובהתאם לכך, למשל, קבע בית משפט זה כי יש להרשות אדם בעבירה של מעשה מגונה באדם בגין הוצאת איבר מינו וביצוע מעשה אונן תוך שאחז במתלוננת, כאשר צוין כי אף בהיעדר המגע היה מקום להרשותו בעבירה זו (ע"פ 2281/09). ובהתאם לכך, למשל, בית משפט זה קבע במקורה בו המערער קיים עם המתלוננת שיחות בעלות תוכן מיני מובהק, הראה לה סרטים בעלי תכנים פורנוגרפיים ודרש ממנו להשאיר את דלת השירותים פתוחה בעת שהיא עושה את צרכיה, הוא ביצע מעשה מגונה בקטין ולא מעשה מגונה בפני עצמו (ע"פ 4802/18).

43. בעניינו, אין מחלוקת בין הצדדים כי במסגרת האירועים מושא כתוב האישום, בסמוך למועד שבו המשיב נגע ב-נ', הוא הוציא את ידו ממכנסיה במטרה להגיע לפורקן בעצמו, וביצע זאת בסביבתה באופן שבו שמלה אף התלכלכה כתוצאה מכך. במקרים אלה, ובשים לב לפרשנות שהוונקה בפסקה לעבירה של מעשה מגונה באדם, לא יכול להיות חולק כי בעניינו מתקיימים היסודות העובדיים של העבירה. השאלה האם המשיב אונן והגע לפורקן בעת שרkan מעלה אם לאו, אין לה כל נפקות להכרעה בהקשר זה, וכך גם לא לשאלת האם הגיע לפורקן על נ' ואם היא הבדיקה בכך שיווצר מהו מאיבר מינו.

סיכום

44. התוצאה היא אפוא שאציע לחבריו כי קיבל את ערעורה של המדינה מובן זה שהמשיב יורשע בעבירה של איinos לפי סעיף 345(ב)(1) בצוירוף סעיף 345(א)(1) לחוק, ובUBEירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות המנווית בסעיף 345(ב)(1) יחד עם סעיף 345(א)(1) לחוק. כן יצא לחבריו כי ההליך יוחזר לבית המשפט המחויז על מנת שיגזור את דיןו על יסוד העבירות בהן הורשע בהתאם לפסק דין זה.

שופט

השופט י' וילנברג:

1. אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו המקיפה של חברו, השופט ד' מינץ.

בפרט אצין, כי אף לשיטתי, לאחר בחינת הראיות שעמדו בפני בית המשפט המחויז, ובעיקר לאחר הצפיה בסרטון שבו תועדה חקירתה של נ' על-ידי חוקרת הילדים, מסקנתה של חוקרת הילדים שלפיה המשיב הניס את אצבעו לאיבר מינה של נ', היא המסקנה האפשרית הבלעדית העולה מדבריה של נ'.

2. חברו, השופט מינץ, פירט בחוות דעתו את כלל האינדיקציות המוליכות למסקנה האמורה, ולא ראיתי צורך

לחזר עליהן. אוסף אך כי לשיטתו יש לייחס משקל ממשי לאמירותיה של נ' בדבר הכאב החזק שגרם לה המשיב במהלך האירוע.

כן, במסגרת חקירתה בפני חוקרת הילדים, צינה נ', בתשובה לשאלת אם המשיב נגע בה מעל לבגדיה או מתחתיים, כי המשיב הכנס את אצבעו מתחת לבגדיה והוסיפה, מבלי שנשאלת על כך באופן ישיר, כי "וגם זה היה לו כאב שהוא הכנס ל... את האצבע לטוסיק". בהמשך, נשאלת על הכאב שגרם לה המשיב, סיפרה נ' כי "זה היה כאב כל כך עד שרציתי לצרוח לו באוזן" (ראו: עמ' 8 לתמליל החקירה שורה 34). כמו כן, האמ צינה במהלך בתי המשפט המחויזי כי בליל האירוע, נ' אמרה לה שהמשיב "הכנס ל... יד ושה כאב לה" (פרוטוקול הדיון מיום 4.11.2019, עמ' 14-15).

3. דבריה של נ' ביחס לכאב העז שגרם לה המשיב בעת שהכנס את אצבעו לאיבר מינעה (שכונה על-ידה בשל גילה הצער "טוסיק", כפי שהסבירה חוקרת הילדים בעודתה), אינם מותרים מקום לספק סביר בדבר המסקנה הנלמדת מהם. נ' לא טענה כי המשיב הכאב לה באופן כללי, או בשלבים אחרים במהלך התקיפה, אלא קשלה באופן ספונטני בין הכאב לבין הכנסת האצבע לאיבר מינעה. הקישור האמור בין החדרת האצבע לאיבר המין לבין כאב הנלווה לו, על-ידי יلدיה-פעיטה בת 4 שנים וחצי בלבד, מבלי שנשאלת על כך באופן ישיר, מלמד על האותנטיות של התיאור, ומוליך כאמור למסקנה היחידה האפשרית הנגזרת ממנו. אותנטיות זו מתחזקת אף לנוכח התיאור התחשתי החזק של נ' את עצמת הכאב - "עד שרציתי לצרоч לו באוזן".

עוד ניתן כי דבריה של נ' בדבר הכאב שגרם לה המשיב מתישבים היטב עם גרסת האם, הן בהודעתה במשטרת והן בעודתה בבית המשפט, בדבר האודם שזיהתה באיבר מינעה של נ' סמוך לאחר הפגיעה. דבריה האמורים של נ' בנדון וגרסתה זו של האם תומכים האחד בשני ומחזקים את מהימנות דבריהן.

4. לנוכח האמור, קביעותו של בית המשפט המחויזי כי מקום הכאב לא הוברר, וכי הדברים מתישבים גם עם אפשרות של נגיעה תוך הפעלת לחץ אף מחוץ לאיבר המין מוקשים עבini. זאת, בעיקר, אך לא רק, לנוכח דבריה המפורשים של נ' "היה לו כאב שהוא הכנס ל... את האצבע לטוסיק" ... וידגש, נ' השתמשה במילה "הכנס" ולא במילה "נגע" או "לחץ" - ביטוי המדבר בעדו. יתר על כן, אף גרסת המשיב אינה תומכת בסברה שהעליה בית המשפט המחויזי, שכן לגרסתו של המשיב הוא אך נגע בה בין רגלייה, ומיד משך את ידו משם - וזאת מבלי לרמז כי הכאב לה או הפעיל לחץ כלשהו על איבר מינעה.

5. אשר על כן, ומשעה שבית המשפט המחויזי קבע כי יש לקבל את קביעת מהימנות של חוקרת הילדים לפני נ', הרוי שלשטיי לא היה בסיס לקבעה שלפיה מדובר מדבריה של נ' נתן להסיק יותר מסקנה אפשרית אחת, אלא כי המסקנה היחידה העולה מדבריה היא כי המשיב החדר את אצבעו לאיבר מינעה, ובכך אף הכאב לה בעוצמה כזו עד שביקשה לצרоч לתוך אוזנו.

6. בשולי הדברים, אך לא בשולי' חשיבותם, אבקש לחזק את ידיהם של נ' הצערה והוריה, על האומץ הרב שהיה

דרוש להם כדי לצלוח את הילך החקירה ואת ההליך המשפטי הארוך.

כידוע, אופיו של ההליך הפלילי, מוקד, בראש ובראשונה, בשאייה הרואה להרשות ארך ורק את מי שהוכח מעל לכל ספק סביר שעבר את העבירה המיוחסת לו. מטרת זו דורשת מקורבות העבירה להיות חשופים לבחינה ביקורתית של גרטם, הן מצד הנאשם ובא-כחו, והן מצד רשות החקירה ובתי המשפט. על רקע האמור, לא בכספי, נפגעי עבירה בכלל, ונפגעי תקיפה מינית בפרט, אשר נאלצים להתמודד עם השלכות האירעו הטרואומטי על חייהם, בוחרים לעיתים להתמקד בהליכים טיפוליים המוקדים בהם ובהלמתם, ולהימנע מהגשת תלונה ומהתמודדות עם המשיבים הנפשיים שההליך המשפטי דורש מהם. משכך, אני סבורה כי לצד פעולות שונות הנעשות להתקנת היליך הפלילי גם לצרכיהם של נפגעי העבירה (ככל שהדבר אינו פוגע בזכויות הנאשם להיליך הוגן), יש לחזק את ידיהם של נפגעי העבירה אשר מצויים בתוכם את הכוחות ותעצומות הנפש להתיצב אל מול תוקפיהם, ולהביא בכר, כר יש לקוות, לא רקழר לנפשם הפצואה, אלא אף לעשיית צדק במובן הרחב ולמנעת פגיעות אחרות על-ידי אותו נאשם בקורבנות פוטנציאליים.

במקרה הנדון, כאמור, נ' הפגיעה אומץ רב בהתמודדותה ובנכונותה לשותף פעולה עם היליך המשפטי האמור. יש לקוות כי עם סיום היליך, יוכל נ' ובני משפחתה לשוב ולהפנות את כל מרצם פנימה, אל הליכים המוקדים בהם ובטובתם.

שפט

השופט א' שטיין:

אני מסכימ לכל האמור בפסק דין של חברי, השופט דוד מינץ, וכਮובן גם לתוכצת פסק הדין.

הערותיה של חברותי, השופט י' וילנר, אף הן מקובלות עלי.

שפט

הוחלט כאמור בפסק דין של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, י"א בשבט התשפ"ב (13.1.2022).

שפט

שפט

שפט

