



## ע"פ 3049/17 - א ב נגד מדינת ישראל, פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3049/17

לפני:

כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופטת י' וילנר

המערער:

א ב

נגד

המשיבים:

1. מדינת ישראל  
2. פלוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים  
מיום 20.2.2018 בת"פ 14230-10-15 שניתן על ידי  
כבוד השופטים ד' מינץ, ע' שחם וא' דורות

בשם המערער:

עו"ד רועי בראונר

בשם המשיבים:

עו"ד דפנה שמול

**פסק-דין**

השופט נ' הנדל:



1. מונח בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (תפ"ח 14230-10-15, כב' השופטים ד' מינץ, ע' שחם וא' דורות), בו הורשע המערער בעבירות של מעשה סדום ושל מעשה מגונה. המערער נידון לארבע שנות מאסר בפועל, תוך ניכוי ימי מעצרו, למאסר על תנאי ולפיצוי בסך 30,000 ₪.

על פי עובדות כתב האישום, בהן הורשע המערער, יליד שנת 1967, בשלושה אירועים שונים בשנת 2010 הוא ביצע מספר עבירות מין במתלונן, שהיה קטין בן כחמש עשרה באותה העת. האירועים הראשון והשני התרחשו בפער של מספר ימים, וכללו מעשה מגונה וגרם מעשה סדום בהתאמה. האירוע השלישי ארע מספר חודשים לאחר מכן, וכלל מעשה מגונה גם הוא.

המערער הורשע בעבירות של מעשה סדום, לפי סעיף 350 בצירוף סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"); ובמעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק. המערער זוכה מעבירת ההטרדה המינית של קטין מתחת לגיל 15, לפי סעיף 5(א) בנסיבות סעיף 3(א)(6) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

2. טענותיו העיקריות של המערער נגד הכרעת הדין הן כי שגה בית המשפט המחוזי בהעדפת גרסת המתלונן על פני גרסתו. לגישתו, בית המשפט מצא את גרסתו כלא מהימנה בשל היותה כבושה, אך בעשותו כן לא נתן דעתו לנסיבות שהובילו לכך: מחדלי הרשות החוקרת, ובפרט היעדר בירור גילו של המתלונן בעת האירועים, וביצוע העימות בין המערער לבין המתלונן מול אדם שלישי. לטענת המערער, בשל מחדלים אלו הוא נאלץ למסור גרסה שקרית במשטרה.

המחדל הראשון, היעדר בירור גיל המתלונן, הוביל לכך שהמערער נאלץ להכחיש את קרות האירועים, בהבנה שאף אם הם נעשו בהסכמה מדובר בעבירה. זאת למרות שבפועל גילו של המתלונן בזמן הרלוונטי היה שש עשרה שנה, ולכן מגע מיני בהסכמה אינו מהווה עבירה. המחדל השני, ביצוע העימות בנוכחות אדם שלישי, הוביל, לשיטת המערער, גם הוא למסירת גרסה שקרית בשל חששו מפגיעה בו ובבני משפחתו במידה ויחשפו נטיותיו ההומוסקסואליות ברבים. מחדל זה מנע, לטענתו, את אפשרותו לעמוד על חפותו ולהוכיח שהמעשה בוצע בהסכמה.

לענין מהימנות המתלונן, לגישת המערער גרסתו מלאה בסתירות ובאי דיוקים. הוא סבור כי המניע לשקריו המתלונן נעוץ בחשש מחשיפת נטיותיו המיניות ברבים. לבסוף, טוען המערער כי לכל הפחות עולה ספק סביר בנוגע לרכיב הסכמת המתלונן למעשים. ספק זה עולה מן המפורט לעיל, מהנתון שהמתלונן לא טען שהמעשים נעשו בכפייה אלא רק בחוסר שיתוף פעולה מצידו בשל חששו מהמערער, ומעדותו של מר זילבר, "ראש הקבוצה" אליה השתייך המתלונן (להלן: זילבר), ממנה עולה כי אין מדובר בכפייה.

לענין גזר הדין, המערער גורס כי בית המשפט החמיר עמו יתר על המידה, והשית עליו עונש מאסר בפועל שאינו הולם את המעשים ואת חומרתם. זאת בהתחשב הן בנסיבותיו האישיות והן בנסיבות ביצוע העבירה.

3. טענותיו של המערער בענין הכרעת הדין קשורות לקביעות עובדתיות ולמצאי מהימנות של הערכאה דלמטה. כלל מושרש היטב הוא שנוכח היתרון המובנה של הערכאה המבררת, שלה, ורק לה, האפשרות להתרשם בצורה ישירה מהעדים בחושיה, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידה. זאת, פרט לחריגים שאינם



רלוונטיים לעניינינו. כמובן שאין עסקינן בכלל מופשט ומלאכת היישום חשובה היא. במקרה דנן, בית משפט קמא בחן את הראיות בצורה יסודית, תוך עמידה על טיעוני שני הצדדים. נתון זה מעלה את המשוכה של הביקורת העובדתית על ידי ערכאת הערעור.

באשר לכבישת העדות, על שכמו של המערער נטל כפול: ראשית, עליו להסביר מדוע כבש את עדותו; ושנית, נדרש הסבר לטעמים שהביאו אותו למסור את הגרסה המאוחרת בעיתוי שמסר. לעניין הנטל הראשון, המערער כבש את עדותו והכחיש את האירועים בצורה גורפת במשך שנתיים, עד לעדותו בפני בית המשפט. לטענתו, מחדלי החקירה הם שהובילו לכך. ביחס להסבר לכבישת העדות, הקושי הוא כי המערער לא הציג את "הסבר הגיל" במהלך עדותו בפני בית משפט קמא. לא נטען על ידו כי לו ידע שלנוכח גילו של המתלונן המעשה אינו מהווה עבירה הוא היה מוסר גרסה אחרת, לפיה אכן התקיים מגע מיני. יוצא כי זוהי אינה אלא טענה מפולפלת שהסגור מעלה. ניתן היה לצפות כי לו עניין זה היה עומד בלב הכחשתו של המערער הוא היה מציג את ההסבר כבר מהשלב שבו שינה את גרסתו והודה שהיה מגע מיני בינו לבין המתלונן. כפי שיפורט להלן, גם המחדל השני אליו טוען המערער אינו מהווה הסבר מספק לכבישת העדות. ההסבר האחרון לכבישת העדות, השתייכותו החברתית של המערער לחברה שמרנית, נדחה על ידי בית משפט קמא משום שזו לא השתנתה במהלך השנים.

לעניין הנטל השני, קרי הנסיבות שהובילה למסירת הגרסה האמתית, המערער טוען כי הפרזות המתלונן הן הסיבה לכך. ואולם, גרסת המתלונן נותרה זהה, לפחות בליבתה, עוד משלבי החקירה הראשוניים. והעיקר בנדון הוא שמתן הסבר הוא אינו עניין לוגי אלא פסיכולוגי. רוצה לומר כי על בית המשפט לבחון את ההסבר לא כאפשרות תיאורטית, אלא כגורם שבפועל מסביר את הגרסאות השונות שנמסרו ואת עיתוין. כאן בית המשפט המחוזי דחה את הסבריו של המערער לאחר בחינת גרסתו בפני בית המשפט ביחס לגרסאות הקודמות שמסר.

4. לעניין טענתו של המערער לפיה העימות בוצע בנוכחות אדם שלישי, בית המשפט המחוזי נתן דעתו לטענה, וקבע כי המערער נראה נינוח וכי לא הייתה התערבות חיצונית בעימות. המסקנה מנומקת אפוא, ואף הגדיל בית המשפט ואמר כי גם ללא כבישת העדות עדותו של המערער אינה מהימנה, בין היתר משום שהוא שינה את גרסאותיו לאירועים לאורך שלבי ההליך. בניגוד לכך, עדות המתלונן נמצאה מהימנה. נקבע שהגם ויתכנו בעדותו אי דיוקים, הם זעירים וככול הנראה נובעים מהיותו קורבן עבירה; וממילא, המתלונן שמר על הגרעין הקשה של עדותו זהה. בנוגע לעדותו של זילבר, אין בה לערער את עיקרי עדותו של המתלונן, ובפרט לאור העובדה שדיווחי המתלונן אליו נפלו ככול הנראה על אוזניים ערלות. יתרה מכך, מעיון בחומר לא עולה כי זילבר שמע מהמתלונן כי המגע המיני היה בהסכמה, אלא הוא הניח זאת. זאת ועוד, לפי הגרסה המאוחרת של המערער, לפיה המתלונן יזם את המגע המיני כולו, אין זה ברור מדוע המתלונן הלך על המערער כאשר בכוחו היה להפסיק את המגע כיוזמו.

לבסוף, בניגוד לטענות המערער, לא נראה כי עולה ספק סביר בדבר הסכמת המתלונן למעשים. יש להדגיש כי בנסיבות העניין, לרבות פערי הגילאים בין המתלונן לבין המערער וגילו של המערער במועד הרלוונטי, לא נדרשת התנגדות נחרצת מצד קורבן העבירה כדי לענות על הדרישה בדין, לפיה על המעשה להיעשות בהסכמתו החופשית של הקורבן. במקרה דנן בית משפט קמא קבע כי המתלונן שיתף פעולה בשל פחד מהמערער וכי מצב זה היה נהיר למערער, בין היתר משום שבחלק מהאירועים המתלונן הביע אי הסכמתו למעשי המערער באופן המפורש ביותר. יש לזכור כי על פי החלק הכללי של חוק העונשין עצימת עיניים – והחלטה של עושה עבירת המין להימנע מבירור הנסיבות,



מובילה לכך שרואים אותו כאילו שהיה מודע להן (סעיף 20(ג)(1) לחוק). ממילא בעניינינו, אין אנו מצויים במדרג של עצימת עיניים אלא במודעות ממשית. ונזכיר שוב כי בסופו של דבר עסקינן בממצאי מהימנות שלא הוצג טעם משכנע לסטות מהם, נוכח התרשמותו של בית המשפט המברר.

בהתאם לטיעוני המשיבה, ניתן למצוא חיזוק נוסף לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בכך שטענותיו של המערער אינן עולות בקנה אחד זו עם זו. כך למשל, הטענה, שנטענה לראשונה בשלבים מאוחרים של ההליך, לפיה המתלונן הוא היוזם של המגע המיני כולו, אינה דרה בכפיפה אחת עם טענתו הקודמת של המערער לגבי טעות במצב הדברים בעניין הסכמת המתלונן למגע המיני. אין זה ברור כיצד ניתן שתהיה טעות בדבר שאלת ההסכמה אם המתלונן הוא היוזם של המגע המיני.

באשר לערעור על גזר הדין, מדובר בריבוי מעשים מיניים בקטין. בית המשפט המחוזי איזן כראוי את שיקולי המעשה ואת שיקולי העושה, ואף ניתן לומר כי העונש אינו חמור כלל וכלל. נלקח בחשבון כי המערער נעדר עבר פלילי וכי הוא אב לשמונה ילדים. מן הצד האחר, יש לראות את העבירה גם בעיני הנפגע. מתפקידו של בית המשפט להילחם נגד התופעה הפסולה של ביצוע עבירות מין כלפי קטינים על ידי אנשים בגירים. במעשה שכזה קיימים מרכיבים של תקיפה, פגיעה באוטונומיה והחפצת האדם באשר הוא. בראייה זו העונש אינו חמור ולא מצדיק התערבות של ערכאת הערעור. יובהר כי הסנגור לא טען בדיון לעניין רכיב הפיצוי, על אף האמור בהודעת הערעור - וראוי שכך. בנסיבות העניין פיצוי בסך 30,000 ש"ח למתלונן הוא סכום מתון.

5. הייתי מציע לחברי לדחות את הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:



אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

על המערער להתייבב לתחילת ריצוי עונשו בבימ"ר ניצן, ביום 6.5.2018 לא יאוחר מהשעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, כ"ז בניסן התשע"ח (12.4.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט