



ע"פ 2973/21 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2973/21

ע"פ 2941/21

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

מדינת ישראל

המערערת בע"פ 2941/21

והמשיבה בע"פ 2973/21:

נ ג ד

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

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

כ"ג בטבת התשפ"ב (27.12.2021)

תאריך הישיבה:

עו"ד אופיר טישלר

בשם המערערת בע"פ 2941/21

והמשיבה בע"פ 2973/21:

עו"ד לירון מלכה

בשם המשיב בע"פ 2941/21

והמערער בע"פ 2973/21:

גב' ברכה וייס

בשם שירות המבחן למבוגרים:

פסק-דין



השופט ד' מינץ:

לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים ר' פרידמן-פלדמן, א' אברבנאל ו-ח' זנדברג) בתפ"ח 48074-04-19. ערעור המדינה (ע"פ 2941/21) הופנה נגד הכרעת הדין מיום 22.9.2020 וגזר הדין מיום 16.3.2021, וערעור המערער בע"פ 2973/21 והמשיב בע"פ 2941/21 (להלן: המשיב) הופנה נגד גזר הדין.

כבר בפתח הדברים ייאמר, כי דעתי היא שיש לקבל את ערעור המדינה על הכרעת הדין ולהחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי על מנת שיגזור את דינו של המשיב מחדש בהתאם. לפיכך לא תינתן הדעת להלן על גזר הדין, לא לשבט ולא לחסד.

הרקע לערעורים

1. ביום 24.4.2019 הוגש נגד המשיב כתב אישום המייחס לו עבירות של אינוס לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) בצירוף סעיף 345(א)(1) לחוק, ושל מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות המנויות 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-4.5 שנים, עם אביה ואחיה בבית כנסת בירושלים. נ' יצאה מבית הכנסת ושהתה לבדה מחוצה לו. המשיב הגיע אליה, התכופף לעברה, הרים אותה וחביק אותה כשידיו על כתפיה. הוא אמר לה לחבק אותו ולאחר מכן אמר לה לשכב כשהוא מסתכל לעברה. נ' ניסתה לברוח ממנו ללא הועיל. על כן, נ' שכבה על גבה והמשיב שכב עליה. הוא הכניס את יד ימין שלו מתחת לשמלתה ולמכנס שלבשה והחדיר את אצבעו לאיבר מינה. בכך הוא גרם לה כאב רב. המשיב הוציא את איבר מינו ממכנסיו, אונן והגיע לפורקן על שמלתה של נ'. במעשים אלה נטען כי בעל המשיב את נ', קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים, שלא בהסכמתה, וכן עשה בה מעשה מגונה שלא בהסכמתה.
3. בחקירותיו במשטרה המשיב לא מסר גרסה לגבי המעשים המיוחסים לו, אולם בתשובתו לכתב האישום הודה במרבית העובדות שפורטו בו. בין היתר אישר המשיב כי הוא הגיע לבית הכנסת, התכופף לעבר נ', הרים אותה וחביק אותה. הוא גם אישר שאמר לה לחבק אותו ולשכב כשהוא מסתכל לעברה. עם זאת, הוא כפר בכך ש-נ' ניסתה לברוח, וטען שהיא שכבה על גבה ובתום האירוע המתואר בכתב האישום היא עזבה את המקום. המשיב גם אישר כי הוא הכניס את ידו מתחת למכנסיה של נ' ונגע בין רגליה, אך לא החדיר את אצבעו לאיבר מינה. לגרסתו, הוא הוציא את ידו מיד במטרה להגיע לפורקן בעצמו ואכן עשה כן, אך לא על שמלתה אלא בסמוך אליה באופן ששמלתה התלכלכה. על רקע דברים אלה נטען על ידי באת-כוחו של המשיב כי יש לזכותו מעבירת אינוס ולהרשיעו רק בעבירה של מעשה מגונה. באת-כוח המדינה התנגדה למתן הכרעת דין חלקית, ובית המשפט אימץ עמדה זו וקבע את התיק לשמיעת 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 החוקרת. כן הוגשו לבית המשפט תיעוד חזותי של חקירתה של נ' ותמליל החקירה. המשיב בחר שלא להעיד.



5. בתום הליך ההוכחות ניתנה הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט עמד על עיקרי העדויות שניתנו על ידי העדים השונים ועל הראיות שהוגשו באמצעותם, וציין כי בתום שמיעת העדויות נותרו הצדדים חלוקים בשתי שאלות: האם הוכחה עבירת האינסוס; והאם המשיב הגיע לפורקן על שמלתה של נ'. בהקשר זה צוין כי טענות המדינה התבססו על דברים שנשמעו מפי נ' על ידי הוריה, על עדותה של האם שהבחינה באדמומיות באזור איבר המין של נ' ובעיקר על דבריה של נ' לפני חוקרת הילדים. המשיב מצדו טען כי על אף שחוקרת הילדים קבעה שעדותה של נ' מהימנה, היה עליה לסייג את הערכתה היות שישנן סוגיות שלא בוררו עם נ' עד תום. כך ובין היתר, נ' העידה כי חוותה כאב, אולם חוקרת הילדים הסתפקה בדברים אלה ולא הרחיבה או שאלה שאלות נוספות בעניין. כמו כן, חוקרת הילדים קבעה כי המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה של נ', אך קביעה זו היא מסקנה מוטעית המבוססת על פרשנותה לדבריה של נ' ולא על דבריה של נ' בעצמה. נוכח האמור, המשיב טען כי יש קושי ראייתי בחקירת נ' על ידי חוקרת הילדים ולא ניתן להסתמך עליה בקביעת ממצאים בשאלות השנויות במחלוקת. הוא הוסיף כי עמדה זו מתחזקת כתוצאה מהעובדה שבמזכר שנערך על ידי חוקר משטרה צוין כי הוא פנה לחוקרת הילדים בבקשה לערוך השלמת חקירה ל-נ' על מנת לחדד את סוגיית החדרת האצבע לאיבר המין. המשיב עוד טען כי חקירתה של נ' זוהמה משום שאמה של נ' שוחחה עמה לפני חקירתה על ידי חוקרת הילדים ושאלה אותה שאלות רבות בקשר לאירועים.

6. בית המשפט קבע כי מצפייה בתיעוד החזותי של חקירתה של נ' עולה כי היא תיארה באופן די ברור את האירוע שחוותה, את מעשיו של המשיב ואת תחושותיה. היא אף התייחסה בפירוט לתיאורו של המשיב ולבגדיו, וכך גם למקום האירוע. כן עולה מתיעוד החקירה כי חוקרת הילדים ניסתה לחדד נקודות אשר לא היו ברורות דיין, בהתאם ליכולת הבנתה של נ' ושיתוף הפעולה שלה עמה. 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'. בתוך כך דחה בית המשפט את טענותיו של המשיב לעניין זיהום החקירה. זאת נוכח העובדה שתיאור הדברים על ידי נ' לפני חוקרת הילדים די דומה לתיאור הדברים על ידי הוריה; נוכח העובדה שההורים העידו כי פרט לדברים שנמסרו להם בסמוך לאחר האירועים הם לא שוחחו על הדברים עם נ'; ונוכח תיאור הדברים בעדותה המצולמת של נ'.

7. באשר לשאלה הראשונה שעמדה במחלוקת בין הצדדים, קבע בית המשפט כי לא הוכח מעבר לספק סביר שהמשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה של נ'. נקבע כי מקריאת עדותה של נ' עולה שמסקנת חוקרת הילדים לפיה אדם זר הכניס את אצבעו לאיבר מינה, היא בבחינת פרשנות לדבריה שאיננה הפרשנות האפשרית היחידה. במסגרת החקירה, כאשר נשאלה נ' לאן הכניס המשיב את אצבעו השיבה תחילה "לטוסיק". ניסיון לברר את המיקום המדויק לא צלח, שכן נ' הצביעה פעם אחת על החלק האחורי ופעם אחת על החלק הקדמי של "הטוסיק" כדבריה. מדברים אלה ניתן להסיק שהמשיב אכן נגע באיבר מינה, אך אין פירוש הדבר שמדובר בהכרח בהחדרת אצבע לאיבר המין. ייתכן שהיא התכוונה לומר כי המשיב הכניס אצבע מתחת לבגדיה ותחתוניה. גם העובדה שנגרם לה כאב אינה מעידה בהכרח על החדרת האצבע. מקום הכאב לא הוברר, והדברים מתיישבים גם עם אפשרות של נגיעה תוך הפעלת לחץ מחוץ לאיבר המין. בית המשפט הוסיף והתייחס לשינויים בגרסאות שמסרה האם בעדויותיה השונות. בהודעתה של האם במשטרה היא מסרה כי הבחינה ב"קצת אדמומיות" באזור הדגדגן וכן הבחינה באודם. לעומת זאת, בעדותה בבית המשפט מסרה כי הבחינה באודם משמעותי באזור של הדגדגן. ובדברים שסיפרה האם לאב מיד לאחר האירוע לא תיארה את הדברים כפי שהעידה עליהם וגם השוטר שהגיע לבית המשפחה בערב האירוע לא שמע עליהם. בנסיבות אלה, נקבע כי אין מקום להעדיף את גרסת האם בבית המשפט על פני התיאור שמסרה במשטרה. מה גם, שהאם העידה כי מאז שהפסיקה להחליף ל-נ' חיתולים לא בדקה את המקום ואיננה יודעת אם האדמומיות הייתה קודם לכן. משכך, גם על עדות האם לא ניתן לבסס קביעה ברמת הוודאות הנדרשת, לפיה המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה של נ' ואין בדבריה ראיה אף לא לראשית חדירה.



8. ביחס לשאלה השנייה שעמדה במחלוקת בין הצדדים, נקבע כי לא הוכח במידה הנדרשת שהמשיב הגיע לפורקן על נ', ולפיכך מדובר במעשה מגונה בפומבי, להבדיל ממעשה מגונה באדם. אין מחלוקת שבמהלך האירוע המשיב רכן על גופה של נ', ואף אין מחלוקת שעל שמלתה של נ' נמצא זרע של המשיב. ברם, מתיאור הדברים על ידי נ' בחקירתה, לא ברור האם באותה עת בה אונן והגיע לפורקן הוא עדיין רכן מעליה.

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

10. ביום 16.3.2021 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המשיב. לאחר שסקר את עיקרי תסקיר שירות המבחן, את הראיות לעונש ואת הטיעונים לעונש; לאחר שעמד על מדיניות הענישה הנהוגה; ולאחר שסקר את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה - קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם עומד על 3.5 עד 6 שנות מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים. בהמשך לכך, בית המשפט התחשב לקולא בהודאתו של המשיב, הגם שמתסקיר שירות המבחן עלה שהוא לא הביע אמפתיה למצוקתה של נ', ובכך שאין לו הרשעות קודמות. כן ציין בית המשפט כי אין להתחשב לחומרה במסגרת גזירת הדין בעובדה ש-המשיב ניהל הליך הוכחות, שכן זוהי זכותו ובסופו של דבר הוא הורשע על פי הגרסה שמסר במענה לכתב האישום. בהתחשב בנסיבות אלה, נקבע כי יש להעמיד את העונש בתחתית מתחם העונש ההולם. בשום לב לכל האמור, בית המשפט השית על המשיב מאסר בפועל למשך 3.5 שנים; מאסר על תנאי למשך שמונה חודשים לבל יעבור עבירת מין מסוג פשע תוך 3 שנים; ופיצוי ל-נ' בסך של 50,000 ש"ח.

מכאן הערעורים שלפנינו. כאמור, משהגעתי למסקנה כי יש מקום לקבל את ערעור המדינה על הכרעת הדין ולהחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי 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 שזיכה את המשיב מעבירת האינוס. כבר בפתח ערעורה הבהירה המדינה כי היא אינה חולקת על ממצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי, אשר מצא את עדותה של נ' מהימנה ואף קבע כי היא חוותה את הדברים שתוארו על ידה. אלא שלגישתה, שגה בית המשפט כשקבע שלא ניתן להסיק מעדותה של נ' כי המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה ושניתן לפרש את דבריה באופן שמתיישב עם נגיעה והפעלת לחץ על איבר המין מבחוץ בלבד. מתיעוד חקירתה של נ' עולה באופן ברור וחד משמעי כי המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה, וכל פרשנות אחרת אינה סבירה ואינה הולמת תיאור זה. בנסיבות אלה, ישנה חשיבות עקרונית להתערבות ערכאת הערעור בקביעותיו של בית המשפט המחוזי.

12. עוד הדגישה המדינה בהקשר זה כי כאשר הראיה המרכזית בתיק היא עדותה של ילדה בת 4.5 לפני חוקרת ילדים, עדות ברורה וקוהרנטית באופן יוצא דופן לגילה; כאשר חוקרת הילדים מסרה כי נ' העידה על כך שהמשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה ולהתרשמותה נ' סיפרה את אשר חוותה ודבריה מהימנים; כאשר בית המשפט המחוזי התרשם אף הוא באופן דומה לעניין מהימנותה; וכאשר עדותה של נ' נתמכת בראיות סיוע חיצוניות בדמות עדויותיהם של הוריה של נ' ושקריו של המשיב, ומנגד המשיב העדיף שלא למסור גרסה מפורטת שיש בה כדי להתמודד עם גרסתה של נ' ולא העיד בבית המשפט - היה על בית המשפט המחוזי לתת משקל מלא לעדותה של נ' ולהרשיע על בסיסה את המשיב



בהתאם.

13. המדינה הוסיפה כי בהניחו בטעות שלא ניתן להסיק שכוונת דבריה של נ' הייתה כי המשיב החדיר את אצבעו לאיבר המין שלה, נקלע בית המשפט המחוזי לטעות נוספת כשלא נתן משקל הולם לעדות אמה של נ' בנקודה זו. האם סיפרה בהודעתה במשטרה כי בליל האירוע נ' סיפרה לה כי המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה, ובעקבות הדברים ערכה לה בדיקה גופנית והבחינה באדמומיות בולטת במקום. בעדותה בבית המשפט מסרה תיאור מפורט אף יותר ביחס להתרחשות בליל האירוע. עדותה של האם מהווה אפוא סיוע חיצוני ברור וחד-משמעי לעדות בתה. היא נוגעת ללב ליבה של יריעת המחלוקת ומסבכת את המשיב במובן זה שהיא לא מתיישבת עם גרסתו ביחס לאירוע החדרת האצבע לאיבר המין. הגם שאין בכוחה של עדות האם כשלעצמה כדי להוכיח את החדרת האצבע, ככל שתתקבל הטענה כי שגה בית המשפט המחוזי במסקנתו ביחס לעדותה של נ', יש בה משום ראיית סיוע. המדינה הוסיפה עוד כי תלונתה המיידית של נ' מבססת את דרישת הסיוע באופן עצמאי.

14. המדינה ציינה כי היא ערה לכלל שהתגבש בפסיקה בדבר אי-ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, אולם היא סבורה כי בעניין זה מתקיימים חריגים שבעטיים מתאיין יתרונה של הערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור. ראשית, עדותה של נ' לא נשמעה לפני בית המשפט מאחר שחוקרת הילדים אסרה זאת, ועל כן עדותה לפני חוקרת הילדים - הראיה המרכזית - מתועדת ומוסרטת. שנית, נימוקיו של בית המשפט המחוזי לא התבססו על ממצאי מהימנות, אלא על שיקולים שבהיגיון וסברה.

15. נוסף על טענותיה לעניין עבירת האינוס מלינה המדינה גם על כך שבית המשפט המחוזי הרשיע את המשיב בעבירה של מעשה מגונה בפומבי ולא בעבירה של מעשה מגונה באדם (בקטין). לגישה, שגה בית המשפט המחוזי 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 מחייב מגע פיזי של נאשם בקורבנו והוא כולל גם מקרים שבהם הנאשם משפיע על הקורבן לעשות מעשה בגופו שלו וכן מעשה שנעשה בגופו לפני הקורבן. מקום בו נאשם מכון את האקט המיני כלפי אדם מסוים תוך אינטראקציה עמו, יש להרשיעו בעבירה של מעשה מגונה באדם ולא מעשה מגונה בפומבי. משכך, אין כל חשיבות לשאלה היכן שפך המשיב את זרעו.

16. בתשובתו לערעור המדינה טען המשיב כי הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מבוססת על עובדות ועל התרשמות ממהימנות העדים שהעידו לפניו שבהן אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב. נימוקי בית המשפט לא התבססו על שיקולים שבהיגיון ובסברה, אלא על עדותה של נ' בשילוב המתבקש עם תשובותיה של חוקרת הילדים ועם ניסיונותיה של חוקרת הילדים להבהיר את שאלת החדרת האצבע. בית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מחוקרת הילדים וקבע כי ניסיונותיה להבהיר את נושא החדרת האצבע ונושא הכאב לא צלחו. המערערת ניסתה לנתק באופן מלאכותי בין עדותה של נ' לבין עדותה של חוקרת הילדים, אולם השתיים משולבות זו בזו ואין לבחון אותן במנותק. פרשנותה של חוקרת הילדים, כפי שהתרשם בית המשפט המחוזי, מוטעית ואינה עולה בקנה אחד עם עדותה של נ'.

17. המשיב הדגיש כי חוקרת הילדים זנחה פרטים מהותיים בחקירתה של נ' ולא ידעה להשיב על אודותיהם. כך לגבי השאלה היכן הרגישה נ' כאב; כך לגבי השאלה האם הנגיעה הייתה מתחת לתחתוניה אם לאו; וכך לגבי השאלה האם נ' ניסתה לברוח מהמשיב אם לאו. בהינתן כל אלה קבע בית המשפט המחוזי כי מסקנת חוקרת הילדים היא בבחינת פרשנות לדבריה של נ' שאינה הפרשנות האפשרית היחידה, ואין מקום להתערב בכך. המדובר אפוא



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

18. המשיב הוסיף כי בית המשפט שמע באופן בלתי אמצעי את עדות אמה של נ' וקיבל כראיה את אמירותיה במשטרה, ועל סמך התרשמותו קבע כי גם עליה לא ניתן לבסס קביעה ברמת הוודאות הנדרשת, כי הוא החדיר את אצבעו לאיבר מינה של נ' ואף לא לראשית חדירה. המדינה התעלמה ממכלול הראיות ומהסתירות שעלו בין הודעת האם במשטרה לבין עדותה בבית המשפט, ובין דבריה לדברי אביה של נ'. תיאוריה של המדינה לפיהם נ' סיפרה לאמה כי גבר זר החדיר אצבע לאיבר מינה, מנותקים מהמסד הראייתי בתיק ועלולים להטעות את בית המשפט.

19. ובאשר לשאלה האם הגיע המשיב לפורקן על שמלתה של נ', נטען כי עדותה של נ' הייתה מעורפלת בכל הנוגע למיקומו של המשיב ביחס אליה בעת שאונן והגיע לפורקן. אף אין מחלוקת כי נ' לא ראתה שיוצא למשיב משהו מאיבר המין. בנסיבות אלה, צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי אין להרשיעו בהקשר זה בעבירה של מעשה מגונה בקטין.

דיון והכרעה

20. לאחר עיון בטענות הצדדים בערעוריהם, ולאחר שמיעת הצדדים בדיון שהתקיים לפניו, הגעתי כאמור לכלל מסקנה כי דין ערעור המדינה על הכרעת הדין להתקבל, הן ביחס לעבירות האינוס והן ביחס לעבירת המעשה המגונה בקטין, וכך אציע לחבריי שנעשה. ותחילה לעניין עבירת האינוס.

עבירת האינוס

21. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי זיכה את המשיב מעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום. זאת, כמפורט בהכרעת הדין, בעיקר על יסוד הקביעה שמסקנת חוקרת הילדים לפיה אדם זר הכניס את אצבעו לאיבר מינה של נ', היא בבחינת פרשנות לדבריה שאיננה הפרשנות האפשרית היחידה. כפי שיבואר להלן, בעניין זה דעתי שונה.

22. בטרם אתייחס לגופם של דברים אדגיש, כי אמנם אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, וזאת בשל יתרונה המובנה של האחרונה, אשר התרשמה ישירות ובלא אמצעים מקשרים מהעדים ומהראיות, על פני ערכאת הערעור (ראו לדוגמה לאחרונה: ע"פ 2040/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (21.12.2021); ע"פ 6819/20 עמר נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (9.12.2021); ע"פ 8120/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (2.12.2021)). יחד עם זאת, לכלל זה ישנם חריגים שבכוחם להרחיב את הפתח להתערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה, ובכלל זה מקרים שבהם הממצאים מתבססים על מסמכים בכתב ולא על עדויות בעל פה, או כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על שיקולים טהורים שבהגיון, ומקרים בהם הערכאה הדיונית מסיקה מסקנות שונות מהעובדות. ההצדקה לכך היא כי במקרים מעין אלו אין לערכאה הדיונית יתרון מובנה על פני ערכאת הערעור בהערכת טיב הראיות שלפניה (ראו: ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (6.6.2012); ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (10.7.2013); ע"פ 8328/17 ג'בר נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (28.7.2019); עם זאת, יוער כי בפסיקה הובעו דעות שונות באשר לאופן החלת כלל אי ההתערבות בעבירות מין, וראו: ע"פ 8050/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (31.10.2018) אך אין לכך נפקות ממשית לענייננו). בשים לב לכך שהכרעת הדין בכל הנוגע לדבריה של נ' נסמכה על צפייה בעדותה לפני חוקרת הילדים, מבלי ש-נ' נשמעה באופן ישיר



ובלתי אמצעי על ידי בית המשפט המחוזי, שוכנעתי כי מקרה זה נמנה על המקרים החריגים בהם מתאפשרת התערבות ערכאת הערעור בממצאים.

23. ולגופו של עניין. לאחר צפייה חוזרת ונשנית בהקלטות עדות נ' לפני חוקרת הילדים, קריאת תמליליה ועיון בתמליל עדות החוקרת לפני בית המשפט המחוזי, הגעתי לכלל מסקנה כי מסקנת החוקרת כי המשיב הכניס את אצבעו לאיבר מינה של נ', הינה המסקנה האפשרית הבלעדית. נקודה זו חוזרת שוב ושוב לאורך עדותה של נ', באופן מפורש תוך הדגמה ברורה על ידה, וכפי שיפורט להלן, אינני סבור כי ניתן לפרש את דבריה באופן שונה.

24. השאלה הראשונה ששאלה חוקרת הילדים את נ' לגופם של האירועים הייתה "האם קרה משהו בבית הכנסת". במענה לשאלה זו, ומבלי שנשאלה דבר נוסף בעניין, תיארה נ' את האירועים באופן הבא:

"... אח שלי היה בתוך הבית כנסת, גם אבא שלי... ו... ואני הייתי בחוץ, ואיש אחד ראה אותי והוא אמר לי לשכב ואז הוא הוציא את ה... את הבולבול שלו וחשבתי שהוא... שהוא הולך לעשות עליי פיפי ואחר כך הוא ברח. וגם הוא הכניס לי אצבע לפה (הנחקרת מדגימה)."

באומרה דברים אלה הצביעה נ' לעבר איבר מינה, והדבר תועד בבירור בצילום החקירה. חוקרת הילדים לא הסתפקה בכך, והוסיפה וביקשה מ-נ' שתבהיר לאן בדיוק הכניס אותו אדם את אצבעותיו. נ' השיבה "טוסיק" ובתוך כך הצביעה, לבקשת חוקרת הילדים, על איבר מינה.

25. בהמשך הדברים, לאחר שחוקרת הילדים ו-נ' שוחחו על נושאים אחרים, שוב חזרה חוקרת הילדים ושאלה על מקום הכנסת האצבעות. וכך נשאלו הדברים:

"ח': ... את יודעת, בטוסיק יש לנו שתי מקומות (כך במקור), יש לנו מאחורה של הטוסיק ויש לנו מקדימה של הטוסיק."

תוך כדי דבריה אלה של חוקרת הילדים, נ' אכן הצביעה פעם אחת על החלק האחורי של גופה ופעם אחת על החלק הקדמי. ואולם, צפייה בתיעוד החזותי של החקירה מעלה כי לא ניתן להסיק שחל אצלה בלבול באשר למקום החדירה או שהיא סותרת את עצמה. צפייה בסרטון מדגישה כי היא אף הגיבה לדבריה של חוקרת הילדים, ומיד כאשר התבקשה להבהיר שוב להיכן הכניס אותו אדם את אצבעו, היא ציינה בנחרצות "מקדימה", והדגימה זאת.

26. לשאלת חוקרת הילדים כיצד היא יודעת שהוא הכניס את האצבע שלו, נ' השיבה "כי ראיתי את האצבע שלו נכנסה לטוסיק". לשאלת חוקרת הילדים איזו אצבע הוא הכניס, הדגימה נ' באופן ברור למצלמה כי מדובר באצבע המורה של יד ימין. גם בהמשך כאשר נשאלה "כמה מהאצבע נכנסה", היא השיבה "רק אחד" (בסברה ככל הנראה כי השאלה התייחסה למספר האצבעות).

27. נ' גם סיפרה כי אותו אדם נגע בה מתחת לבגדיה. היא אף ציינה, מיוזמתה ומבלי שנשאלה על כך על ידי חוקרת הילדים, שהכנסת האצבע גרמה לה לכאב רב. וכדבריה:



"ח': ... הוא הכניס את האצבע מעל הבגדים או מתחת לבגדים שלך?

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 [הכניס לך את האצבע לטוסיק] מעל הבגדים או מתחת לבגדים?

נ': מתחת... וגם זה היה לי כואב שהוא הכניס לי את הטוסיק... את האצבע לטוסיק."

בהמשך הדברים שוב שאלה חוקרת הילדים את נ' האם המשיב הכניס לה אצבע 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. צפייה בחקירה מלמדת בבירור כי נ' מספרת על אירוע שבו אדם זר החדיר אצבע לאיבר מינה, ואין בעובדה ש-נ' עשתה שימוש במילה "טוסיק" או בעובדה שבשלב מסוים בחקירה נ' הצביעה על החלק האחורי ועל החלק הקדמי של גופה במענה לשאלת חוקרת הילדים, כדי לפגום במסקנה זו.

29. ויוזכר, במועד חקירתה הייתה נ' בת כ-4.5 שנים בלבד. לא ניתן לצפות כי תיאור הדברים מפיה יהיה זהה לתיאור אירועים המצופה מאדם מבוגר ואף לא מנערה. זאת בפרט על רקע האירועים הקשים שחוותה, שאירעו פחות משלושה ימים עובר לחקירתה. בית משפט זה עמד על כך לא פעם, ובין היתר בע"פ 4583/13 ס' נ' מדינת ישראל (21.9.2015) אמר כך:

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

דברים אלה אמורים ביתר שאת בענייננו שעה שחרף גילה של נ' והאירועים הקשים שחוותה, היא תיארה את הדברים באופן סדור וקוהרנטי.

30. לא בכדי התרשמה חוקרת הילדים ממהימנותה של נ', ולא בכדי הסיקה את המסקנה כי לדבריה של נ', המשיב החדיר אצבע לאיבר מינה. לא מדובר בפרשנות אפשרית לדברים. אלה היו דבריה של נ' בחקירתה, אשר הובעו באופן התואם את גילה ואת האירועים שחוותה. וכפי שהיטיבה חוקרת הילדים לתאר את הדברים בחקירתה 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 טוסיק [...] היא אומרת הוא הכניס לי את האצבע לפה והיא מדגימה [...] אני מבקשת ממנה להצביע על המקום הזה ואני שואלת אותה מה השם של המקום הזה. מאחר וילדה בת 4 לא יכולה להגיד קוראים למקום הזה איבר מין אני לא מצפה שילדה בת 4 תגיד לי קוראים למקום הזה איבר מין [...] ילדה בת 4 לא יכולה לבוא ולהגיד לי איבר מין. הילדה הצביעה לי על האזור [...] אני לא מצפה מהילדה שתתפשט מולי ושתוריד את המכנסיים והיא ניסתה לעשות את זה, דרך אגב [...] היא מדגימה והיא מראה, היא ממש מראה לי איפה הוא הכניס את האיבר והיא גם בנוסף לזה אומרת שהיא ראתה את האצבע שלו." (פרוטוקול חקירתה של חוקרת הילדים מיום 9.6.2020, עמודים 123-125).

לא למותר לציין כי בית המשפט המחוזי קבע כי יש לקבל את התרשמותה של חוקרת הילדים ממהימנותה של נ'.

31. סיכומו של דבר, אין בידי לקבל את קביעת בית המשפט המחוזי כי מסקנת חוקרת הילדים, כי נ' העידה באופן ברור בחקירתה כי המשיב החדיר אצבע לאיבר מינה, היא בבחינת "פרשנות אפשרית" בלבד לדבריה של נ'. מדובר במסקנה מתבקשת, ברורה וחד-משמעית העולה מעדותה של נ' לפני חוקרת הילדים.

32. בהתאם לסעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים), על מנת להרשיע את המשיב בעבירת האינוס על בסיס עדותה של נ', אשר תועדה והוגשה כאמור באמצעות חוקרת הילדים, דרושה תוספת ראייתית מסוג סיוע. דרישת הסיוע נועדה למתן את הפגיעה בזכותו של נאשם שהרשעתו נסמכה על עדות שלא עמדה לחקירה נגדית ונגבתה על ידי חוקר ילדים מפיו של קטין. משכך, נקבע בפסיקה כי דרישת הסיוע אינה מסתכמת בסיוע "טכני" אלא נדרש סיוע מהותי (ראו למשל: ע"פ 1697/20 שורדיקר נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (24.8.2021); ע"פ 6808/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (16.5.2019); ע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-14 ו-48 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (17.9.2018) (להלן: עניין נחמני)).

33. על מנת שראיה תיחשב ראיה מסייעת עליה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: עליה לנבוע ממקור עצמאי ונפרד מהראייה הטעונה סיוע; עליה לסבך את הנאשם בביצוע העבירה או למצער לנטות לסבך אותו; ועליה להתייחס לנקודה ממשיית השנויה במחלוקת בין בעלי הדין (ראו למשל: ע"פ 4203/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (29.7.2020); ע"פ 6140/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (9.5.2012)). בפסיקה נקבע כי קיים קשר הדוק בין משקלה של ראית הסיוע לבין משקלה של העדות הטעונה סיוע, כך שכל שניתן לעדות העיקרית משקל גבוה יותר, ניתן יהיה להסתפק בראית סיוע שמשקלה נמוך יותר (וראו: ע"פ 2686/15 בנטו נ' מדינת ישראל, פסקה 53 (5.3.2017); ע"פ 7792/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 56 (28.9.2016); ע"פ 5348/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (3.4.2016)).

34. לטענת המדינה, עדות אמה של נ' מהווה ראיה מסייעת לעדות בתה. בית המשפט המחוזי לא דן בטענה זו לנוכח קביעותיו לעניין עדותה של נ', ובחן את עדות האם כראיה עצמאית. קביעתו כי לא ניתן להרשיע את המשיב על יסוד עדות האם נשענה על ההבדלים שמצא בית המשפט בין הודעתה של האם במשטרה לבין עדותה בבית המשפט בכל הנוגע לאדמומיות בה הבחינה באיבר מינה של נ'. בית המשפט שם את הדגש על כך שבהודעה במשטרה ציינה האם כי הבחינה ב"קצת אדמומיות", ואילו בעדותה בבית המשפט תיארה את הדברים באופן יותר נחרץ. ברם, לאחר



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

35. הודעתה של האם במשטרה ניתנה כחודש לאחר האירועים מושא כתב האישום. במסגרת הודעה זו תיארה האם את הדברים הבאים:

"אני הייתי בבית, זה היה שישי בערב, בעלי לקח את הילדים לבית הכנסת אני נשארת בבית, הבן הגדול שלי נכנס הביתה שאלתי אותו מה קרה הוא אמר שאבא הלך עם [נ']. אחרי עשר דקות או רבע שעה בעלי נכנס עם [נ'], בעלי לקח אותי רגע למטבח ועדכן אותי שמישהו עשה משהו ל[נ'] שהוא רץ איתה ביחד לחפש אותו באיזור של הבית כנסת ושהוא לא ראה אף אחד ושנחנו מתקשרים למשטרה. הוא אמר לי עד שהשוטר מגיע אנחנו מתנהלים כרגיל, התחלנו קידוש וארוחה, השוטר התקשר בעלי ירד איתו למטה אני המשכתי את הארוחה כרגיל עם הילדים. באיזה שהוא שלב [נ'] אמרה שיש לה פיפי והיא ביקשה שאני אבוא איתה. שהלכתי איתה היא אמרה הוא גם הכניס לי יד או אצבע לא זוכרת מה מבין שניהם היא אמרה. שאלתי אותה אם מתחת למכנסים היא אמרה שכן, אחרי שהיא עשתה פיפי השכבתי אותה על המיטה שלי כדי לראות שהוא לא פצע אותה, אמרתי לה להוריד את הבגדים ולפסק רגליים שאני אסתכל על איבר המין שלה, חוץ מקצת אדמומיות באיזור של הדגדגן הבחנתי באודם. האזור אצלה מאוד לבן והאדמומיות בלטה על עורה הלבן, שאלתי אותה אם כואב לה, היא לא ענתה לי, ואז היא ביקשה שאני אחבק אותה. רצתי למטה לבעלי להגיד לו על היד שלו מה שהיא אמרה לי..."

אמה של נ' ציינה אמנם כי הבחינה ב"קצת אדמומיות", אולם לא ניתן להתעלם מהמשך הדברים: היא הבחינה באודם באזור של הדגדגן, שבלט לנוכח צבע עורה של נ'. דברים אלה משתלבים יפה עם עדותה של האם בבית המשפט, שנמסרה כחצי שנה לאחר הודעתה במשטרה, בה נאמרו הדברים הבאים:

"ת. [...] באיזה שהוא שלב בארוחה [נ'] אמרה שהיא צריכה פיפי, שהיא צריכה ללכת לשירותים אז אמרתי לה שהיא יכולה ללכת אז היא אמרה שהיא מפחדת ושאיני אבוא איתה. אז כשהלכתי איתה לשירותים היא אמרה שהיא הכניס לה יד ושזה כואב לה. אז פשוט הרמתי אותה מהשירותים, לקחתי אותה לחדר שלי, הדלקתי את האור, השכבתי אותה על המיטה, אמרתי לה שאני רוצה, שאני רוצה להסתכל, שאני רוצה לראות. הורדתי לה את המכנסים על הרגליים כמו בהחלפת חיתול וראיתי שאדום שמה, אדום ומגורד כזה.

ש. אנחנו רוצים שתדייקי, איפה ראית, מה?

ת. האזור של הדגדגן שלה, של איבר המין. האזור שלה מאוד לבן, [נ'] היא ילדה מאוד בהירה ולא היה ספק שהוא עשה שמה משהו. שאלתי אותה עוד פעם אם זה כואב לה והיא לא ענתה לי והיא רק ביקשה שאני אחבק אותה חזק, זה מה שעשיתי. אמרתי לה שתישאר על המיטה שלי, שתישאר מכורבלת, זה מקום שהם אוהבים להתכרבל. יצאתי מהחדר אמרתי ל[מ'] שישמור על [ע'] ורצתי למטה [לבעלי] שדיבר עם השוטר וסיפרתי 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 ממך שעניין האודם עלה לראשונה מטעמך ולשוטר למטה אמרת לו דבר כזה? שאדום לה למטה,



שאחרי הבדיקה שעשית אדום?

[...]

ת. לשוטר למטה אני לא זוכרת אם אמרתי שאדום או לא אבל אני זוכרת בבירור את התמונה שהילדה שלי שוכבת על המיטה שלי ואדום לה שמה ומגורד לה שמה [...] זה אני בטוחה במיליון אחוז.

ש. כשאת אומרת אדום ומגורד למה את מתכוונת? מה זה מגורד?

ת. משופשף. (שם, עמ' 17-18).

ובהמשך:

"בית המשפט: [...] את אומרת שראית אדום באותו ערב אצל הילדה, אני לא נכנסת לשאלה אדום חזק או אדומיות, איפה בדיוק היה האדום? האדום מה שראית שאת אומרת חריג. איפה ראית משהו חריג?

ת. באזור של הדגדגן, באזור של השפתיים. ש, אני לא יודעת איך לתאר את זה.

[...]

בית המשפט: שוב, באזור השפתיים, דגדגן, על השפתיים, בתוך השפתיים, סליחה שאנחנו נכנסים לפרטים האלה אבל יש לזה חשיבות. ככל שאת 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 לחלוטין בהודעתה במשטרה ובעדותה בבית המשפט, משמעות הדברים ברורה ואחידה: היא הבחינה באדמומיות בולטת באזור הדגדגן של בתה לאחר האירוע המתואר בכתב האישום. בנסיבות אלה, אינני תמים דעים עם מסקנת בית המשפט המחוזי כי לא ניתן להסתמך על עדותה של האם בשל אי-קוהרנטיות מסוימת בדבריה. לא למותר לציין כי המחלוקת נטועה במשמעות הדברים שמסרה האם בהודעתה במשטרה, ומשעה שההודעה במשטרה הובאה הן לפני בית המשפט המחוזי והן לפנינו באותו האופן, אין בעניין זה לערכאה הדיונית כל יתרון על בית משפט זה. מכל מקום, אף אם אין בעדותה של האם בדבר האדמומיות כדי לבסס קביעה ברמת וודאות גבוהה לפיה המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה של נ' - כדעת בית המשפט המחוזי - הרי שבמידה לא ניתן לומר שמדובר בראיה בעלת משקל אפסי.

37. ומכאן אפוא לשאלה האם עדותה של האם יכולה לשמש ראיה מסייעת לעדותה של נ'. כפי שיבואר להלן, דעתי היא כי התשובה לכך חיובית.

ראשית, עדות האם היא ראיה הנובעת ממקור עצמאי ונפרד מעדותה של בתה.



שנית, מדובר בראיה המסבכת את המשיב בביצוע העבירה. המשיב אישר בתשובתו לכתב האישום כי הוא הכניס את ידיו מתחת למכנסיה של נ' ונגע בין רגליה אך לא החדיר את אצבעו לאיבר מינה. ואולם, האדמומיות אותה זיהתה האם בדגדגן של נ' עומדת בסתירה לגרסה זו, ועל כן היא מסבכת את המשיב בכל הנוגע להחדרת האצבע. בהקשר זה יוזכר כי לצורך הרשעה בעבירת אינוס, אין מקום לערוך בירור דקדקני ביחס לשאלת עומק החדירה. עמד על כך רק לאחרונה השופט ג' קרא בעניין ע"פ 1126/19 פלוני נ' מדינת ישראל (23.11.2021) ויפים הדברים גם לענייננו:

"הלכה למעשה, מבקש המערער כי בית המשפט יערוך בירור אנטומי, באשר לחלקו המדויק של איבר המין בו נגע המערער עת בעל את הקטינה. לבירור כזה 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 מינה (כמפורט בפס' 18 לעיל). משנמצא כי העדות אמינה, ונקבע כממצא שבעובדה כי המערער הכניס את אצבעו לתוך איבר מינה של הקטינה, אין כל מקום לערוך בירור דקדקני מעבר לכך, באשר לשאלה האם החדירה הייתה מעבר לשפתיים החיצוניות או הפנימיות; האם היא כללה כניסה לנרתיק; וכן הלאה. מובן כי אין למנוע מנאשם לערוך בפני בית המשפט את כלל הבירורים העובדתיים הדרושים על מנת לנהל את הגנתו. ואולם, אין כל נפקות לשאלות האנטומיות שניסה המערער להעלות, ודי בקביעה כי המערער חדר עם אצבעו מעבר לשפתיים החיצוניות של איבר המין, כדי להרשיעו בעבירת האינוס. לדברים משנה תוקף בתיקים כבענייננו, כאשר נפגעת העבירה הייתה קטינה בעת התרחשות המעשים [...]. זאת בפרט נוכח העובדה שגדלה וחונכה בחברה חרדית, וכי מעדויותיה עולה כי עולם המונחים האנטומיים שלה נאיבי ותמים (כינתה את איבר מינה 'ישבן מקדימה' ואת הדגדגן 'לבלב'), ושהיא הייתה מבולבלת מאוד כתוצאה ממעשי המערער [...]. קשה מלכתחילה להניח כי נפגעת עבירה כזו תוכל לתאר באופן מדויק אנטומית את המעשים שבוצעו בה, ובהחלט ניתן להסתפק בתיאורים הנהירים, המפורטים והאותנטיים כפי שנמסרו." (פסקה 23; ראו גם: ע"פ 2375/15 מדינת ישראל נ' נס, פסקה 40 (22.2.2018)).

בהתאם לכך קבעה הפסיקה כי כל נגיעה פנימית בחלק מחלקי איבר המין, מעבר לחלקיו החיצוניים, כגון מעבר לשפתיים החיצוניות, מהווה חדירה העשויה להקים את עבירת האינוס (עניין נחמני, פסקה 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל). על רקע זה, די אפוא באדמומיות שנצפתה על ידי אמה של נ' באזור הדגדגן, בצירוף הכחשתו של המשיב את החדרת האצבע לאיבר מינה, כדי להוליך למסקנה כי מדובר בראיה מסבכת.

ושלישית, עדותה של האם מתייחסת לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין בעלי הדין.

38. סיכומו של דבר, יש בחומר הראיות כדי להביא להרשעתו של המשיב בעבירת האינוס, בהתייחס למהימנות עדותה של נ' כי המשיב החדיר אצבע לאיבר מינה, בצירוף עדותה של האם אשר עולה כדי ראיה מסייעת מספקת. לנוכח מסקנה זו אינני רואה לנכון לדון בשאלה אם ישנן ראיות סיוע נוספות, בהתייחס לשתיקתו של המשיב, שקריו הנטענים ומיידיות תלונתה של נ' להוריה. בתמצית רק יצוין, כי על אף ששתיקת נאשם, במקרה הרגיל, עשויה לשמש סיוע לראיות התביעה, בהתאם להוראות סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שתיקת נאשם לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק הגנת ילדים.

39. בטרם סיום חלק זה אציין כי נוסף על הפערים שמצא בין עדויותיה של האם, עמד בית המשפט המחוזי על טעמים נוספים שבגינם עדות האם לא יכולה לשמש כראיה עצמאית להרשעתו של המשיב, ובכלל זה העובדה שהאם לא סיפרה לאב מיד לאחר האירוע על האדמומיות שראתה, שגם השוטר שהגיע לבית המשפחה בערב האירוע לא שמע



על כך, ושהאם לא יכולה הייתה לאשר שהאדמומיות לא הופיעה עובר לאירוע מאחר שלא בדקה את איבר מינה של נ' קודם לכן. ואולם גם אם מטעמים כאלה ואחרים לא ניתן היה בנקל לעשות שימוש בעדות האם כראיה עצמאית להרשעת המשיב, מדובר בראיית סיוע ממשית המספקת תמיכה חיצונית לעדותה של נ'. כלל הוא כי אין כל דרישה שראיית הסיוע תהווה ראיה מפלילה בפני עצמה (ראו למשל: עניין נחמני, פסקה 15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל), שאחרת לא היה כל צורך בראיה העיקרית הטעונה סיוע.

מעשה מגונה בקטין

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

41. לא אחת פסק בית משפט זה, כי יתכנו מקרים שבהם עבירה של מעשה מגונה לא תדרוש מגע פיזי של מבצע העבירה בקורבן העבירה, ודי בכך שהמעשה כוון לקורבן העבירה. עמד על כך חברי השופט א' שטיין בע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2019) (להלן: ע"פ 4802/18) כדלקמן:

"[...] עבירה של מעשה מגונה בקטין נבדלת מזו של מעשה מגונה בפני קטין בפרט חשוב. במקרה של מעשה מגונה בקטין, המבצע כופה על הקטין - שאינו כשיר לתת הסכמה למתרחש - השתתפות באקט או בשיח בעלי אופי מיני. במקרה של מעשה מגונה בפני קטין, המבצע גורם לקטין לצפות באקט בעל אופי מיני או לשמוע שיח מיני כלשהו, כאשר הקטין איננו נוטל שום חלק באותו אקט או שיח. במקרה הראשון, החמור הרבה יותר, העברין מבזה את הקטין מינית, או שואב את סיפוקו או את גירוי המיני, מכך שהוא כופה על הקטין אינטראקציה פיזית או מילולית בעלת אופי מיני. במקרה השני, החמור פחות, העברין שואב את סיפוקו או את גירוי המיני רק מכך שהקטין צופה באקט בעל אופי מיני או שומע שיח מיני. פסקי הדין שצוטטו לעיל, ובפרט ע"פ 7725/11 וע"פ 9603/09, אימצו הבחנה זו במילים אלו או במילים דומות. כפי שאמרה השופטת ד' ברק-ארז, '[...] מעשה מגונה באדם הוא מעשה שנעשה בו עצמו - אך לאו דווקא בגופו' [...]."

"[...] מחוקקנו ראה במגע פיזי בין מבצע העבירה לקורבנו תנאי מספיק להתהוות העבירה של מעשה מגונה. דא עקא, המחוקק לא ראה במגע כאמור תנאי הכרחי שבלעדיו העבירה של מעשה מגונה איננה מתגבשת. הווה אומר: די היה בכך שהמעשה המגונה יהא מכון אל הקורבן." (פסקאות 28 ו-30; ההדגשות במקור).

וראו גם: ע"פ 4125/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (14.9.2021); ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן ופסקאות 3-4 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (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 פלוני נ' 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 של מעשה מגונה באדם בגין צילום מתלוננות ונשים נוספות באמצעות מצלמה, לרבות איברי המין שלהם ומקומות מוצנעים אחרים בגופן, כאשר בחלק



מהמקרים המערער און תוך כדי הצילום ובחלקם און בביתו תוך כדי צפייה בצילומים (ע"פ 9603/09). בהתאם לכך, למשל, 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 ואף נגע באיבר מינו (ע"פ 9012/08). ובהתאם לכך, למשל, קבע בית משפט זה כי יש להרשיע אדם בעבירה של מעשה מגונה באדם בגין הוצאת איבר מינו וביצוע מעשה און תוך שאחז במתלוננת, כאשר צוין כי אף בהיעדר המגע היה מקום להרשיעו בעבירה זו (ע"פ 2281/09). ובהתאם לכך, למשל, בית משפט זה קבע במקרה בו המערער קיים עם המתלוננת שיחות בעלות תוכן מיני מובהק, הראה לה סרטים בעלי תכנים פורנוגרפיים ודרש ממנה להשאיר את דלת השירותים פתוחה בעת שהיא עושה את צרכיה, הוא ביצע מעשה מגונה בקטין ולא מעשה מגונה בפני קטין (ע"פ 4802/18).

43. בענייננו, אין מחלוקת בין הצדדים כי במסגרת האירועים מושא כתב האישום, בסמוך למועד שבו המשיב נגע ב-נ', הוא הוציא את ידו ממכנסיה במטרה להגיע לפורקן בעצמו, וביצע זאת בסביבתה באופן שבו שמלתה אף התלכלכה כתוצאה מכך. בנסיבות אלה, ובשים לב לפרשנות שהוענקה בפסיקה לעבירה של מעשה מגונה באדם, לא יכול להיות חולק כי בענייננו מתקיימים היסודות העובדתיים של העבירה. השאלה האם המשיב און והגיע לפורקן בעת שרכן מעליה אם לאו, אין לה כל נפקות להכרעה בהקשר זה, וכך גם לא לשאלה האם הגיע לפורקן על נ' ואם היא הבחינה בכך שיוצא משהו מאיבר מינו.

סיכום

44. התוצאה היא אפוא שאציע לחבריי כי נקבל את ערעורה של המדינה במובן זה שהמשיב יורשע בעבירה של אינוס לפי סעיף 345(ב)(1) בצירוף סעיף 345(א)(1) לחוק, ובעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) יחד עם סעיף 345(א)(1) לחוק. כן אציע לחבריי כי ההליך יוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שיגזור את דינו על יסוד העבירות בהן הורשע בהתאם לפסק דין זה.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

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

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

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



לחזור עליהן. אוסיף אך כי לשיטתי יש לייחס משקל ממשי לאמירותיה של נ' בדבר הכאב החזק שגרם לה המשיב במהלך האירוע.

כך, במסגרת חקירתה בפני חוקרת הילדים, ציינה נ', בתשובה לשאלה אם המשיב נגע בה מעל לבגדיה או מתחתיהם, כי המשיב הכניס את אצבעו מתחת לבגדיה והוסיפה, מבלי שנשאלה על כך באופן ישיר, כי "וגם זה היה לי כואב שהוא הכניס לי את הטוסיק... את האצבע לטוסיק". בהמשך, כשנשאלה על הכאב שגרם לה המשיב, סיפרה נ' כי "זה היה כואב כל כך עד שרציתי לצרוח לו באוזן" (ראו: עמ' 8 לתמליל החקירה שורה 34). כמו כן, האם ציינה בעדותה בבית המשפט המחוזי כי בליל האירוע, נ' אמרה לה שהמשיב "הכניס לה יד ושזה כואב לה" (פרוטוקול הדיון מיום 4.11.2019, עמ' 14-15).

3. דבריה של נ' ביחס לכאב העז שגרם לה המשיב בעת שהכניס את אצבעו לאיבר מינה (שכונה על-ידה בשל גילה הצעיר "טוסיק", כפי שהסבירה חוקרת הילדים בעדותה), אינם מותירים מקום לספק סביר בדבר המסקנה הנלמדת מהם. נ' לא טענה כי המשיב הכאיב לה באופן כללי, או בשלבים אחרים במהלך התקיפה, אלא קשרה באופן ספונטני בין הכאב לבין הכנסת האצבע לאיבר מינה. הקישור האמור בין החדרת האצבע לאיבר המין לבין כאב הנלווה לו, על-ידי ילדה-פעוטה בת 4 שנים וחצי בלבד, מבלי שנשאלה על כך באופן ישיר, מלמד על האוטנטיות של התיאור, ומוליך כאמור למסקנה היחידה האפשרית הנגזרת ממנו. אותנטיות זו מתחזקת אף לנוכח התיאור התחושתני החזק של נ' את עוצמת הכאב - "עד שרציתי לצרוח לו באוזן".

עוד יצוין כי דבריה של נ' בדבר הכאב שגרם לה המשיב מתיישבים היטב עם גרסת האם, הן בהודעתה במשטרה והן בעדותה בבית המשפט, בדבר האודם שזיהתה באיבר מינה של נ' סמוך לאחר הפגיעה. דבריה האמורים של נ' בנדון וגרסתה זו של האם תומכים האחד בשני ומחזקים את מהימנות דבריהן.

4. לנוכח האמור, קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי מקום הכאב לא הוברר, וכי הדברים מתיישבים גם עם אפשרות של נגיעה תוך הפעלת לחץ אף מחוץ לאיבר המין מוקשים בעיני. זאת, בעיקר, אך לא רק, לנוכח דבריה המפורשים של נ' "היה לי כואב שהוא הכניס לי... את האצבע לטוסיק" -... ויודגש, נ' השתמשה במילה "הכניס" ולא במילה "נגע" או "לחץ" - ביטוי המדבר בעדו. יתר על כן, אף גרסת המשיב אינה תומכת בסברה שהעלה בית המשפט המחוזי, שכן לגרסתו של המשיב הוא אך נגע בה בין רגליה, ומיד משך את ידו משם - וזאת מבלי לרמוז כי הכאיב לה או הפעיל לחץ כלשהו על איבר מינה.

5. אשר על כן, ומשעה שבית המשפט המחוזי קבע כי יש לקבל את קביעת המהימנות של חוקרת הילדים כלפי נ', הרי שלשיטתי לא היה בסיס לקביעה שלפיה מדבריה של נ' ניתן להסיק יותר ממסקנה אפשרית אחת, אלא כי המסקנה היחידה העולה מדבריה היא כי המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה, ובכך אף הכאיב לה בעוצמה כזו עד שביקשה לצרוח לתוך אוזנו.

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



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

כידוע, אופיו של ההליך הפלילי, ממוקד, בראש ובראשונה, בשאיפה הראויה להרשיע אך ורק את מי שהוכח מעל לכל ספק סביר שעבר את העבירה המיוחסת לו. מטרה זו דורשת מקורבנות העבירה להיות חשופים לבחינה ביקורתית של גרסתם, הן מצד הנאשם ובא-כוחו, והן מצד רשויות החקירה ובתי המשפט. על רקע האמור, לא בכדי נפגעי עבירה בכלל, ונפגעי תקיפה מינית בפרט, אשר נאלצים להתמודד עם השלכות האירוע הטראומטי על חייהם, בוחרים לעיתים להתמקד בהליכים טיפוליים הממוקדים בהם ובהחלמתם, ולהימנע מהגשת תלונה ומהתמודדות עם המשאבים הנפשיים שההליך המשפטי דורש מהם. משכך, אני סבורה כי לצד פעולות שונות הנעשות להתאמת ההליך הפלילי גם לצרכיהם של נפגעי העבירה (ככל שהדבר אינו פוגע בזכויות הנאשם להליך הוגן), יש לחזק את ידיהם של נפגעי העבירה אשר מוצאים בתוכם את הכוחות ותעצומות הנפש להתייצב אל מול תוקפיהם, ולהביא בכך, כך יש לקוות, לא רק מזור לנפשם הפצועה, אלא אף לעשיית צדק במובן הרחב ולמניעת פגיעות אחרות על-ידי אותו נאשם בקורבנות פוטנציאליים.

במקרה הנדון, כאמור, נ' הפגינה אומץ רב בהתמודדותה ובנכונותה לשתף פעולה עם ההליך המשפטי האמור. יש לקוות כי עם סיום ההליך, יוכלו נ' ובני משפחתה לשוב ולהפנות את כל מרצם פנימה, אל הליכים הממוקדים בהם ובטובתם.

ש ו פ ט ת

השופט א' שטיין:

אני מסכים לכל האמור בפסק דינו של חברי, השופט דוד מינץ, וכמובן גם לתוצאת פסק הדין.

הערותיה של חברתי, השופטת י' וילנר, אף הן מקובלות עליי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

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

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט


