

**ע"פ 8978/18 - פלוני נגד מדינת ישראל, פלונית**

**בבית המשפט העליון בשבתו בית משפט לערעוּרים פְּלִילִים**

**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 ההחלטה והגזר דין מיום 22.2.2017  
ומיום 19.11.2018 של בית משפט לנוער בבית  
המשפט המחויז בנצחבתף"ח 23431-03-14  
על ידי כבוד השופטים: א' הלמן-סגן, א' קולה וד'  
צראפתי

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

בשם המערער: עו"ד שרון דניאל, עו"ד דנה שביט

בשם המשיבה 1: עו"ד רוד חלאוה

בשם המשיבה 2: עו"ד תמי קלנברג

בשם שירות המבחן לנוער: גב' טלי סמואל  
עמוד 1

**השופט נ' סולברג:**

1. ערעור על הכרעת הדין מיום 19.11.2018 ועל גזר הדין מיום 22.2.2017, שניתנו על-ידי בית המשפט המחוזי לנוער בナンרת בתפ"ח 23431-03-14 (השופטים א' הלמן-סגן א' קולה וד' צרפת), במסגרת הורשע המערער בביצוע עבירות אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מעשה סדום בניסיבות אינוס לפי סעיף 347(ב) לחוק, מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק, והושת עליו עונש מאסר בפועל למשך 22 חודשים בגין ימי מעצרו, ומאסר על תנאי. כמו כן, חביב 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 טויל שניתי. לפנות ערב, הזמןנה פלונית אוכל מסעדה באזהר, 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 יידוטית, שבסיומה מסרה למערער את מספר הטלפון שלה. מעט לאחר שעזב את האכסניה, התקשר המערער לפלונית והשניים קבעו להיפגש שוב באותו ערב. סמוך לשעה 21:30, הגיע המערער לאכסניה,פגש בפלונית, והובילה לפינת החי שבאותה שעה הייתה שוממה וחשוכה. פלונית ביקשה שיישבו במקום מואר, והשניים התישבו על מנוון מזגן מחוץ לאחד המבנים במקום. מיד כשהתישבו, חיבק המערער את פלונית ואחז בישבנה. היא ביקשה ממנו להזיז את ידו, אך הוא התעלם מבקשתה. בשלב זה, ביקשה פלונית מהמערער להחזיר לה בחזרה לאכסניה, אך הוא השיב, כי "לא בא בשליל 10 דקות". הוא פתח את רגליה בכוח, נעמד מולה, הוציא את איבר מינו ממכוונו והחל לשפשפו על איבר מינה, מעל לבגדיה. פלונית התנגדה, ניסתה לסגור את רגליה בכוח, וביקשה מהמערער להפסיק; בקשותיה נפלו על אוזניים ערלות. המערער התעלם מתנגדתה, הכנס את ידו אל מתחת חולצתה, ואחז בছזה בכוח, תוך שהוא מסב לה כאב. בשלב זה, השיכב המערער את פלונית על אבן סמוכה, ואמר לה: "תני לי להכנס לركפה וחצי אני גומר". פלונית סירבה בתקוף, בכתה, וקרה כי היא "רוזה את אמא". חרף סירובה, הוריד המערער את מככניו, הכנס את איבר מינו לפיה, ודחף את ראשה לכיוונו עד אשר גרם לה תחושת חנק. עודנה בוכה וمبוקשת כי יקח אותה חזרה לאכסניה, הוריד המערער את מככנייה וחתוניה של פלונית, שם קונדום על איבר מינו, וביצע בה את זמנה עד אשר הגיע לסייע מני. אחר הדברים האלה, עישן המערער סיגירה, התלבש, והחל ללקת לכיוון האכסניה. פלונית, שפחה להיווצר בגופה, התלבשה ומירהה אותו. לאחר שהגיעו לשער האכסניה, נסע המערער מהמקום עם חבר.

**השתלשות 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' צרפת; ובימים 3.2.2015 נסתימה. סמוך לאחר מכן, ביום 15.2.2015, הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר טיעון לפיו יודה המערער בעבודות כתב אישום מתוקן, ללא הסכמה לעניין העונש. כך היה, וביום 20.7.2015 הורשע המערער על-פי הودאותו.

4. עobar לשמיית הטיעונים לעונש, ביקש המערער לחזור בו מהודאותו. בית המשפט נעתר לבקשתו, והרשעתו בוטלה. מחלוקת פרישתו לגמלאות של השופט ת' כתילי, נקבע כי סגנית הנשיא א' הלמן תחליפו בראשות הרכב. בעקבות זאת ביקש המערער, כי עדותה של פלונית ישמע מחדש, על מנת שהשופטת הלמן תוכל להתרשם ממנה באופן ישיר. בית המשפט דחה את הבקשה, וקבע שנוכח הפגיעה שעלווה להיגרם לפלונית בעקבות שחזור האירועים

פעם נוספת, יש להסתפק בתייעוד המוקלט של עדותה המקורי.

5. פרשת ההגנה נשמעה לפני הרכב החדש, הצדדים הגיעו את סיכומיהם, ביום 22.2.2017 והרשע המערער ברוב דעתו (השופט הלמן והשופט קולה, בוגדור, בוגדור לדעתו הוחלקת של השופט צרפת). התוצאה המזוכה שלאליה הגיע השופט צרפת הושתתה על מספר אדנים: סתרות וסימני שאלה שהתעוררו בעדותה של פלונית; התנהגותה של פלונית לאחר האירוע, ובפרט, התכתבות במסרונים עם המערער, שבמהלכה אמרה לעליו כי "או שתעננה או שאני מתקשרת למושטרה אתה מסובך"; מחדלים בחקירת המערער במשטרה, כולל פגעה בזכותו קטין חזוד לפיקוח הנוער (שיפטה, 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 צרפת ציין, כי אכן גם גרסתו של המערער לאירועים מעוררת קשיים, אולם אלה "אנם נוגעים לעיקרי עובדות או לסוגיות המרכזיות העומדות להכרעה" (פסקה 103). נכון האמור קבע, כי גרסת המערער לא נסתירה, ולכל הפחות די בה כדי לעורר ספק סביר באש灭. הודהש, כי התנהגותו המיניפולטיבית של המערער, שעל מנת לקיים יחס מיון עם פלונית הובילה להאמין שהוא מעוניין במערכת ייחסים רגשית ארוכת טווח, מלמדת על "עיר נטול ערכיהם ונעדיר מוסר בסיסי, המרכז בעצמו ואינו נותן דעתו לנזק שעלולה לגרום לתנהגותו המרממת" (פסקה 83). אלא שבקכן אין כדי ללמד על העדר הסכמה מצדה של פלונית לקיום יחס מיון, ובשלידה המוסרית מהתנהגותו של המערער אין די כדי להביא להרשעתו בפליליים.

6. כאמור, חרב הספקות הללו, נותר השופט צרפת בדעת מיעוט. השופט קולה קבע, כי אכן לא די בהתנהגותו המיניפולטיבית של המערער כדי להרשיעו, אולם היא מלמדת על אופיו ועל 'פער הכוחות' בין הצדדים, שדרכו "יש להשקו על האירוע מושא כתב האישום" (פסקה 16). בנסיבות העניין, קבע השופט כי דזוקה גרסתו של המערער היא זו אשר רצופה בקשימים וסתירות השוללים את קבלתה, ואילו סימני השאלה המתעוררים מגרסתה של פלונית אינם נוגעים "לLIBET האירועים" וניתן להסבירם באופן הגיוני. אשר ליסוד הנפשי, ציין השופט קולה בפתח חוות דעתו, כי "מתחלת סברתי, שיש לזכות את [המערער] ولو מן הספק וזאת בגל נתוני האישים [...] לא הבין [המערער] את ממשות 'הלא' של [פלונית]" (פסקה 3). אולם, לאחר בוחנה ושキלה של הדברים, הגיע לכל מסקנה שהתקיים במערער יסוד נפשי של מודעות לחוסר הסכמתה של פלונית, לכל הפחות בהתאם לסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, לפיו 'עכיה עניין' כמוות כמודעות. השופט הלמן הצרפה לדעתו של השופט קולה, תוך ניתוח גרסאותיהם של פלונית ושל המערער, והוסיף נימוקים משלו לתמיכה בתוצאה המрешעה.

7. ביום 19.11.2018 גזר בית המשפט המחויז את דיןו של המערער. בפתח הדברים, עמד בית המשפט על השתלשות האירועים מאז הרשעתו. ציין, כי בתחילת הדרכו סרב המערער לשף פעולה עם שירות המבחן, ולא ניתן היה לקבל תסקير בעניינו עבור לדין שבו נשמעו הטיעונים לעונש. בדיון זה, פנה המערער לבית המשפט ותיאר את התדרדרות הקשה שחלה במצבו מאז ניתנה הכרעת הדין. בין היתר ציין, כי החל לשמש בסמים, והרשע בעברות אלימות ורכוש שבגיןណ גדו לתשעה חודשים מאסר בפועל. המערער תאר, כיצד חוות פגעה נפשית ממשית בתקופת שהייתה בכלל, אשר הובילה למספר ניסיונות אובדן וলישומו בטיפול פסיכיאטרי רפואי. על רקע האמור בקש המערער, כי בית המשפט יפנה אותו פעם נוספת לשירות המבחן על מנת לבחון אפשרות שליליך שיקומי, וזאת תוך שהוא מתחייב לשף פעולה. על אף שלדיון קדמו דחויות רבות, נערך 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 שיילובו של המערער בקהילה 'הדר', במסלול טיפול יעודי לפוגעים מינית שלהם רקע של שימוש בסמים. אולם שבועיים בלבד לאחר שנקלט בקהילה, הסתימה שהייתה שם, וזאת נכון העדר שיתוף פעולה מצדו, ולאחר רצף של אירועים חריגים אשר כללו אלימות מילולית וונדליזם. בהמשך,

הוגש תסניר נוסף, שבו צוין כי המערער זוקק לתהיליך של גמילה פיזית טרם שיולבו בתכנית טיפולית נוספת. על רקע התנגדותו הנחרצת של המערער להשתלב באשפוזית שהוצאה לו, התרשם שירות המבחן, כי מוצח האפיק הטיפולי, ולא נותר אלא לקבוע עונש מתאים. לחיפוי הוציא, כי אם יחליט בית המשפט שיש מקום להמשיך באפיק השיקומי, יופנה המערער תחילה לבדיקה ולחווות דעת פסיכיאטרית. באת-כחו של המערער ביקשה לילך בדרך זו, אולם נוכח הזמן הרב שחלף מאז ההרשעה, והעדר בשלות אצל המערער להמשיך בתהיליך הטיפולי, נדחתה הבקשה.

8. לאחר הסקירה דלעיל, עמד בית המשפט על טיעוני הצדדים לעונש ופנה לגזר את דיןו של המערער. ראשית נקבע, כי על העונש ליתן ביטוי הולם לפגיעה החמורה של המערער בשלומה, בגופה ובנפשו של פלוני, ובعرaci החברה. עם זאת צוין, כי המערער היה קטין בעת ביצוע העבירות, ולפיכך תכילת הענישה המרכזית היא שיקומית. בהקשר זה הדגיש בית המשפט, כי תמנת תהליך השיקום שעבר המערער עד שלב גזר הדין "אינה חד מימדי". אף שהמערער לא עבר כברת דרך ארוכה, הוא השתתף בטיפול במשך תקופה בלתי מבוטלת, וכישלון הטיפול נועד מידת מה בקשיים קוגניטיביים ונפשיים. אשר למدينות הענישה הנוגגת, מצא בית המשפט, כי לעצם קטינותו של הנאשם יש משקל נכבד בעת גזרת דיןו, וזאת אף כאשר בנסיבות ברף החומרה הגבוהה ביוטראנסקין, ובכלל זה בעבירות מין. בקשת השיקולים שאותם יש לשקלןמנה בית המשפט את גילו של הנאשם בעת ביצוע העבירות, מידת הבנותו את חומרת מעשי, מידת החרטה ונטילת האחריות על המעשים, עברו הפלילי וסיכוי שיקומו. בណז דין ציין בית המשפט, כי המערער היה בן 17 ושלושה חודשים בעת ביצוע המעשים, והוא אומר "על סף חודשי קטינות אחרים". הוא לא נטל אחריות על ביצוע העבירות, ולא הביע חרטה על מעשייו. מנגד, על רקע מצבו הקוגניטיבי, וקשייו בהבנת סיטואציות חברתיות נקבע, כי יש בסיס להנחה שהמערער לא הבין באופן מלא את חומרת הפגיעה והטרואה שגרם לפלוני, גם שאין חולק, כי הבין את עצם הפסול שבמעשייו והוא כשיר לעמוד לדין. עוד נזקפו לצוטתו: העדר עבר פלילי בעת ביצוע העבירות, והעובדה כי הן בוצעו ללא תכנון מוקדים; הזמן הרוב שחלף מאז ביצוע העבירות, והתמצאות ההליך המשפטי; הקושי המשמעותי של המערער להתמודד עם המאסר, כפי שועלה מהמאסר שהושעת עליו בגין עבירות האלים והרכוש שבבן הורשע, ובפרט מקשי הסתגלותו והניסיונות האובדן מצדו; נסיבות חייו הקשות, לרבות קשייו של הוריו לתקוף באופן מלא ולספק לו תמייה. לבסוף, עמד בית המשפט על מידת הפגיעה שנרגמה לפלוני, לפי האמור בתסניר, נפגעת העבירה. פלוני סובל ממתסנים פוטט טריאומטיים ומפגיעה בדמיות העצמי. לצד זאת צוין, כי המשיכה בחיה, מצב רוחה השתperf, והוא נמצא בקשר זו. התסניר נערך ביום 17.9.2015, עobar לחזרתו של המערער מהודאותו, ומסתברת ההנחה שימושלו שלוש שנים נוספות, נמשכה מגמת השיפור האמורה. סוף דבר, בהתחשב מכלול השיקולים, גזר בית המשפט על המערער 22 חודשי מאסר בפועל בגיןימי מעצרו, לצד מאסרים על תנאי. כמו כן, חויב המערער לשלם לפלוני פיצוי כספי בסך של 40,000 ₪.

#### עיקר טענות הצדדים בערעור

9. ביום 19.12.2018 הגיע המערער את הערעור שלנו פנינו, אשר מופנה הן נגד הכרעת הדין, הן נגד גזר הדין. לשיטתו, מקרה זה הוא מסווג המקרים החיגים שמצוידים את התרבותה של ערכאת הערעור במצאי העובדה שנקבעו בערכאה הדינית. טענה זו מבוססת על מספר נימוקים: ראשית נטען, כי קביעת מצאי העובדה בחווות הדעת המרשיעות של שופטי הרוב הסתמכה במידה רבה על "השכל הישר והיגיון החיצים". בקביעות מעין אלה, אין לערכאה הדינית יתרון על ערכאת הערעור. שניית, השופטת הלמן לא הייתה חלק מההרerbב בשלב שבו נשמעה עדותה של פלוני, וקבעת מצאי מהימנות ועובדה על-ידה מעוררת קושי מובהה, אשר מצדיק בחינה עמוקה מצד ערכאת הערעור. שלישיית, שופטי הרוב קבעו כי גרטתו של המערער אינה מהימנה, במידת רבה בהסתמך על סתיות שמצווא בחקרו הראשון במשפטה. חקירה זו נערכה לאחר לילה נתול שינה מצד המערער, מבלי שניתן אישור הנדרש לפי חוק הנור, וקבעת מצאים על-פה היא "שგיאה היורדת לשורשו של עניין".

10. לוגוףם של דברים טוען המערער, כי מהראיות בתיק עולה תמונה ברורה – יחסין המין קויינו בהסכם, ותلونתה של פלונית הוגשה על רקע הפגיעה שחשנה כשלמהה שהמערער שיקר לה באמרו שהוא מעוניין ב'קשר רציני' עמה. המערער אינו מכחיש, כי התנהגותו פסולה, וראיה לגינוי בפני המוסרי. אולם לדידיו, השיפוט המוסרי של מעשי הכהה את עיניהם של שופטי הרוב, והובילם לניתוח שגוי של הריאות, אשר הביא להרשעתו.

11. את גרסתו מגען המערער בכמה ראיות, אשר לטענו לא זכו למענה הולם בהכרעת הדיון. נטען, כי גרסתה של פלונית רצופה סתיירות – הן סתיירות 'פנימיות' בין גרסאותיה השונות, הן סתיירות 'חיצונית' – בין גרסאותיה, לבין עדויות אחרות. כך למשל, בחקירתה הראשונה במשטרה טענה פלונית, כי המערערלקח אותה בכוח מ'זרת המזגן', ל'זירת האבן'. לעומת זאת, בבית המשפט העידה, כי עברה אל האבן מיזמתה, והמערער נשכח לדיה. שתי הגרסאות הללו סותרות את גרסת המערער, לפיו הוא זה אשר עבר ראשון לשכב על האבן, ופלונית הגיעה בעקבותיו. בהקשר זה, עמד המערער על כך שבמקרים שונים בהם עומתה פלונית עם הסתיירות בין גרסתה לגדסתו, טענה שאינה זוכרת. כך היה לדוגמה, כשעומתה פלונית עם טענת המערער לפיה בעת קיימן האוראל' אמרה לו: "תעשה את העבודה". המערער גורס, כי בתשובות אלה ביחס לפרטים מהוותים מהairoו, יש לכל הפחות כדי לעורר ספק בנסיבות גרסתה. סתיירות נוספות בין הגרסה שמסירה פלונית בעדותה, לבין עדותה של חברותה, שהיתה הראשונה לשמען מפני פלונית על האIROU. בעדותה סיפה החבורה, כי היא זוכרת בבירור של פלונית סיפה לה שהיא צעקה, שהמערער סתום את פיה עם ידיו, והוא השאיר אותה ערומה במקום האIROU. המערער מצביע על כך שלא רק שפלונית לא סיפה הסבר לסתירות הללו כטעומתה עמן, אלא אף טענה לחברתה משקרת, כאשר ברור שאון לה כל אינטרס לעשות כן. לטענתו, לא ניתן להתעלם מכך, ויש בדברים כדי לעורר את מהימנותה של פלונית.

12. עוד נטען, כי גרסתה של פלונית אינה מתישבת עם התנהגותה לאחר האIROU. בפרט מדגיש המערער את חילופי המסרונים סמור לאחר חזרתה של פלונית לאכסניה, ואת עדותו של חבר לכיתה, שראה את פלונית ואת המערער בהגיעם לשער האכסניה. בהודעתה, שהוגשה בהסכם, ציין החבר כי פלונית נראית לו "שמחה מבסיטה רגילה כזו" (נ/8, שורה 40). דברים אלה עומדים בסתיירה לעדותה של פלונית עצמה, שטענה שהיתה נסערת ורעדת בעת שובה לאכסניה. חילופי המסרונים סמור לאחר מכך סותרים אף הם את גרסתה של פלונית, וקיימים על המנייע האמתי שבביסיס פנימית למשטרת. לאחר שעזב המערער את המקום, ניסתה פלונית להתקשר אליו, אך לא נענתה. בעקבות זאת שלחה לו הודעה טקסט, כהאי לישנא: "חתיقت מגעיל ידעתי שאתה מחפש את זה". לאחר שאף להודעה זו לא ניתנה תשובה, שלחה הודעה נוספת: "או שתענה או שאני מתקשרת למשטרת ואתה מסובך". לא זו אף זו, טוען המערער, בהודעתה הראשונה במשטרה נמנעה פלונית מספר על ההודעות, בניסיון להסתירן. לאחר שעומתה עמן בחקירות נוספות, ונשאלה מה רצתה להשיג באמצעות שליחתן, ענתה: "תגובה שזה לא היה אונס. שהוא באמת התקcio למילים האלו [...]" בחור שאומר בואי נתחיל בקשר רציני לא עושה את המעשים שהוא עשה, חשוב לציין שעל הכל התנגדתי ושום דבר לא עשה בהסכם והכל הוא עשה בכך" (הודעה נ/6 שורות 10-13). המערער טוען, כי הדברים אלה מתיישבים דוקא עם גרסתו, לפיו עסקין בחורה צעירה שנפגעה מהתנהגותו ומהצורה שבה 'תמן' אותה לקיים עמו יחסין מין, אך לא בבחורה שנאנסה.

13. עוד טוען המערער, כי שגה בית המשפט בכך שקבע שגרסתו אינה מהימנה, וזאת בהסתמך על סתיירות שנמצאו בחקירתו הראשונה. חקירה זו נערכה בשעה 5:00 לפנות בוקר, לאחרليلת נטול שינה. עייפותה בחקירה ניכרת, עד כדי כך שבשלב מסוים נרדם אל מול פניו של החוקר. בняgod להוראות חוק הנוער – לחקירתו של המערער בשעה מאוחרת זו לא קדם אישור בכתב מטעם קצין מוסמך. גם למיושש זכותו להחקיר בנסיבות הוריו בהתאם לסעיף 9(א) לחוק הנוער, לא זכה המערער. לטענתו, שופטי הרוב לא נאותו להסיק את המסקנה המתבקשת מפגמים אלה. השופט קוולה

אמנם הביע חוסר נוחות מאופן החקירה, אך סבר כי מדובר ב"פגם טכני", שאין בו כדי לפגוע בקבילותה או במשקלה של ההודעה. השופט הלמן הבעה ביקורת אף היא, אך לטענת המערער אין די בכך, והשופט העניקה משקל רב להודעה. המערער סבור, כי נוכח הפגמים בחקירה, היה מקום לקבוע, שככל מקרה של ספק או חוסר בהירות העולה מהדברים בחקירה זו, צריך לפעול לטובתו, כפי שאכן קבע השופט צרפתி בדעת המיעוט.

14. לבסוף נטען, כי אף אם פלונית לא הסכימה לקיום המגע המיני, היה על בית המשפט לקבוע שהמערער לא הבין זאת. הינו, לא התקיים במערער היסוד הנפשי הנדרש של מודעות לחוסר ההסכמה, ולכן לא ניתן להרשיעו. הוגש, כי על-פי חוות דעת מקצועית מאות הפסיכולוג ד"ר דוד גיל, סובל המערער מליקות שכלית גבולית, וזה יכולה להפריע לו לפרש בצורה נכונה סיטואציות חברתיות. השופט קולה אף ציין בפתח פסק דיןו, כי: "מתחליה סברתי, שיש לזכות את [המערער] וכן מן הספק וזאת בגין נתוני האישים וכעולה מחוות דעתו של הפסיכולוג ד"ר גיל ולפיה, לא הבין [המערער] את משמעותו הלא' של [פלונית]" (פסקה 3). אולם, הספק שקיים בלבו של השופט קולה" נפטר כמו מאלו" והוא הגיע למסקנה שהמערער הבין היטב את המצב ו- "לא בשל בשום אמצעי להגעה למטרתו-לסיפוקו" (שם). אולם דווקא מסקנותיו זו של השופט קולהשגיה, אינה מעוגנת היטב בהכרעת הדין. בפרט, מדגיש המערער, כי חוות הדעת של ד"ר גיל אומצה במסגרת גזר הדין, כהצדקה להקל עליו.

15. לחופין טוען המערער, כי נסיבותו המיוחדות מצדיקות הקלה בעונשו, כך שיוטל עליו עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות. בפרט, מצין המערער את הטרגדיה המשפחתית שהוואה כשאחיו נפטר ממחלה קשה בגל צעיר; את הזמן הרוב שהחלף מעת ביצוע המעשים; ואת הקושי שלו להתמודד עם החיים בכלל במסגרת העונש שקיבל בגין עבירות אחרות, עד כדי כך שהוגדר כאסיר 'טוען הגנה' על רקע חשש מפני פגיעה עצמית ופגיעה על-ידי אסירים אחרים. עוד טוען המערער, כי יש לבטל או למצער להפחית את שיעור הפיצוי שחויב לשללים לפלונית, וזאת נוכח קשייה הכלכליים של משפחתו וגובה הפיצוי החיריג ביחס לפיצויים המושתים בהליכים בבית המשפט לנוער.

16. ב"כ המשיבה מצדה טוענת, כי יש לדחות את הערעור, על שני רכיביו. טוען, כי העניין שלפניינו אינו נופל בוגדר המקרים החרים שמדובר בהם מהכל הידוע, לפיו אין ערכאת הערעור מתערבת במצבים העובדים שקבעה הערוכה הדינונית. אולם, בית המשפט אכן נעזר ב'iscal' הישר ובהגון הח'ים', אולם אין זה כלי שעומד לבדו, והשימוש בו ככלעצמו אינו מצדיק סטייה מהכלל האמור. אף השינוי במתובב בתום פרשת התביעה, והעובדה שהשופט הלמן לא התרשמה ישירות מעדותה של פלונית אינם מצדיקים זאת. ההחלטה האם לשמעו 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 דין קבע בית המשפט, כי נוכח החשש מפני פגיעה במצבה הנפשי של פלונית, וכיון שעודותה הוקלה, אין הצדקה להעידה מחדש. בהחלטה זו אין כדי להחריג את העניין שלפניינו מכל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור. ב"כ המשיבה הדגישה, כי השופט הלמן שמעה את יתר העדויות, ובפרט את עדותו של המערער, שאוותה מצאה בلتיה מהימנה. אשר לעדותה של פלונית, צוין, כי אף השופט צרפתி ציין במפורש את הרושם האמין והחייב שעה ממנה. בנסיבות אלה, אין להתערב במסקנות הערוכה הדינונית.

17. גם לגוף הדברים סבורה ב"כ המשיבה, כי אין עילה להתערבות במצבה העיקרי שקבע בית המשפט המחויז, לפיו פלונית לא הסכימה לפחות יחסית עם המערער. טוען, כי בבחינת עדותה של קרבען עבירות מין, יש להתמקד ב"גרעין האמת" שבגרסתה, מבלתי לדרוש עדות קוהרנטיות ורציפה ביחס לכל הפרטים, וזאת נוכח הטראותה הרגשית הקשה שיוצרת הפגיעה המינית והשפיעה על מסירת העדות. בגרסתה של פלונית, גרעין האמת הוא חוסר ההסכמה שביטהה פעמיים אחר פעם במהלך האירוע. היא הסיטה את ידו של המערער כشنגע בישבנה, ביקשה שיחזרה לאכסניה,

סגרה את רגילה כשניהם לפתחן, התחננה שיפסיק כshedar ל גופה, בכתה וקרה כי היא רוצה את אמה. גרעין אמרת זה חזר על עצמו בכל הגרסאות שמסירה, הן כחסיפה על האירוע לחברתה ולמורתה מעין, הן בהודעותיה במשטרה, הן בעדותה לפניה בית המשפט. הנסיבות עליהן מצביע המערער אין מטלות דופי בגרעין האמת שבגורסתה.

18. עוד טענה ב"כ המשיבה, כי בסוד התרשםתו השילית של בית המשפט מגרסת המערער עומדת עדותו בבית המשפט, כשהשתירות בהודעתו הראשונה במשטרה אף מחזקות התרשםות זו. כך למשל, הגרסה שיפסיק המערער בעדותו, לפיה חיפש להכיר את פלונית, והדברים התקללו לכדי קיום יחס' מיין, נדחתה על-ידי כל חברי ההרכב. גם בחינת הגיונה הפנימי של עדותו של המערער מוליכה למסקנה, כי אין לקבללה. בפרט הדגישה ב"כ המשיבה, כי לפי גרסתו, פלונית יזמה את יחס' המין האוראליים, וזאת על אף שלשיתו-הוא קדמו לכך בכיוון מצדה, והתנגדות לנגיונותיו בישבנה ובשדייה. ב"כ המשיבה סבורה, כי "הדברים מדברים בעדם".

19. אשר לערעור על חומרת העונש, טענה ב"כ המשיבה כי דין להידוחות. המערער אינו מצביע על עילה המצדיקה התערבות בגזר הדין. בית המשפט המחויז נתן דעתו לטענות שעלייהן נסמרק הערעור, והקל במידה משמעותית בעונשו של המערער, שומרת מעשיו מצדיקה עונש חמור בהרבה. לא זו אף זו, המערער אף קיבל הזדמנות להילך שיקום, אולם זה לא צלח. נוכח האמור, אין כל הצדקה להקל בעונשו.

20. בדיון שהתקיים לפניינו, שבו הצדדים על עיקרי טענותיהם. ב"כ המערער ביקש להציג, כי הביקעים והסתירות בעדותה של פלונית אינם נוגעים לשאלות של "מניעים", או להערכת ההיגיון שבהתנהגותה, אלא למאמנות גרסתה. נוכח הקשיים בגרסתה, טען ב"כ המערער כי לא ניתן להתגבר על הפגם שבאי-העדתה לפני המותב החדש, וטען שיש להחזיר את הדיון בבית המשפט המחויז לצורך שמיית עדותה, ולהலופין לזכות את המערער. מנגד, טענה ב"כ המשיבה, כי במקודם הבהירה שלא להuide את פלונית מחדש, עמד החשש לפגיעה נוספת במצבה הנפשי. צוין, כי הצורך להעדתה התעורר לאחר שהמערער חזר בו מהודאותו, ובשלב שבו כבר היחה בתהליך של הורתת האירוע מאחוריה. מאותם שיקולים, לא יעלה על הדעת להחזיר את התקיק בבית המשפט המחויז היום – 5 שנים לאחר האירוע – ולדרוש הימנה להuide בשנית.

#### דין והכרעה

21. לאחר שעניינו בפסק הדיון של בית המשפט המחויז ובמכלול החומר שהונח לפניינו, ובוחנתי את טענות בא-כך הצדים, אלו שבכתב ואלו שבבעל-פה, מזה ומזה – הגיעתי לכל מסקנה כי דין הערעור, על שני רכיביו, להידוחות, וכן גם אציג לחבבי שנעשה.

#### התערבות בנסיבות מהימנות ועובדת

22. כלל גדול הוא, כי אין זו דרך של ערכאת הערעור להתערב ולשנות מן הממצאים העובדתייסוממצאים מהימנותשנקבעעלידי הערכאחדונית (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 הערכאחדונית, בכך שהיא שומרת את העדים ומתרשותם מהם באופן ישר (ע"פ 99/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ד (4) 632, פסקה 5 (2000)). טעם זה מקבל משנה תוקף כאשר במקודם העניין עדותה של קרבן עבירתomin, שמטבעה עוסקת בנושא טראומטי ואניימי. במקרים אלה, מבט 'חיצוני', מתוך ציפייה לעדות קוהרנטית וסדורה,

עלול לספק תמונה חלקית ובלתי מדויקת (ע"פ 6375/02 בbeko ב' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, פסקה 8 (2004); ע"פ 2694/09 פלוני ב' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.6.2010)).

23. מהטעם שביסוד הכלל, נגزو מספר חריגים: כאשר נקבעו הממצאים בהסתמך על ראיות כתובות, או על ראיות חפניות אחרות, להבדיל מעדות שנמסרה בעל-פה, אין להחיל את הכלל, על כל פנים לא בדוקנות, שכן אין לערכאה הדינית יתרון על פני ערכאת הערעור. כך גם כאשר הסתמכה הערכאה הדינית בקביעת מציאות על שיקולים שבاهיגיון או בסבירה, כי אז אין להכרעתה עדיפות על זו של ערכאת הערעור. חריגים נוספים נוגעים למצבים שבהם הערכאה הדינית התעלמה לחלוון מראיות מסוימות או מפרטיהם מהותיים בחומר הראיות, או אימצה גרסה 'מושפרת וחסרת היגיון' (פסקת החיריגים לכלל, ראו: ע"פ 2977/06 פלוני ב' מדינת ישראל, פסקה 4 (17.3.2008); ע"פ 8146/09 אבשלום ב' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011)).

24. בעניינו, הורשע המערער ברוב דעות, כאשר אחת מחוויות הדעת המרשויות נכתבה על-ידי השופט הלמן, שלא התרשמה באופן ישיר מעדותה של פלונית. לモטור לץין, כי "מן הראו הוא כי השופט שהזין לעדויות מקור ראשון הוא שיכריע את דין של הנאשם" (ע"פ 4844/09 מסעדי ב' מדינת ישראל, פסקה 8 (31.5.2010)). אלא שראו לחוד, ומizio לחוד. לעיתים, נדרש שופט להכיר בעניין מסוים על אף שלא התרשם ישירות מן העדויות. זאת אירע בעניינו. האם בנסיבות אלה יסог כלל אי-התערבות, יותר מקום לבחינה ראשונית מודקדת של הממצאים שנקבעו? הטעם המרכזי העומד בסיסו כלל אי-התערבות אינו מתקיים במצב דברים זה במלוא עוזו ותוקפו. יתרונו של שופט הערכאה הדינית שלא התרשם מן העדות – מוגבל, ובמידה רבה נכהה עליו להכיר בשאלות של מהימנות ועובדיה על-פי "שיקולים שבاهיגיון" בלבד (ע"פ 8703/96 עמר ב' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 764, פסקה 2 (1997)). כאמור לעיל, בהכרעות מעין אלו, מתחם הביקורת על קביעות הערכאה הדינית – מתרחב. יחד עם זאת, שומה על ערכאת הערעור להיזהר בבדיקות הולתאות את היקפה לנسبות 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. ודוקן: יתרונה של הערכאה הדינית אינם מתמזה בקליטה בלתי אמצעית של עדות זו או אחרת. כוחה בהתרשותם כוללת מכלי ראשון במילוי המשפט מהחל ועד כליה. כך מתאפשר לתהות על קנקן של הנפשות הפועלות. העדויות השונות אינן מנוטקות, ולא מבודדות אחת מן השניה, כל אחת עצמה; הן מקיימות יחס גומלין מורכבים. קביעת ממצאים מהימנותם ביחס לעדות אחת נשמעה, עשויה להשליק על מהימנות רעوتה, גם אם זו לא נשמעה ישירות. בעניין שלפניו, ישבה השופט הלמן בשלושה מתווך שתדיוני הוכחות; שמעה את פרשת ההגנה כולה, ובתווך כך את עדותו של המערער. דינם של הממצאים שקבעה על סמך גרסתו, כדי כל קביעת מהימנות וממצאי עובדה. ביקורתנו תתמקד להלן, בעיקר, על סמך מה שנטען לפניו, במקרים שנקבעו לגבי עדותה של פלונית, וזאת על רקע המכשול.

#### בחינת גרסתה של פלונית

25. המערער טוען, כי העמדת גרסתה של פלונית בבחן 'השליש והיגיון החיים' מובילת למסקנה, כי לא ניתן לקבללה, והמסקנה המתחייבת היא שיחסו המין התקיימו בהסכם. טענתו זו מבוססת הן על סתיות פנימיות בגרסאות שונות שמסירה פלונית, הן על סתיות חיצונית בין גרסתה לבין עדויות אחרות. לאחר בחינת הדברים, סבורני כי הסתיות, ככל שקיימות, אינן מערערות את עמוד התווך שעליו נשענת גרסתה – העדר הסכמה למשעי המערער. אבל את דברי, תוך התייחסות לנקודות המרכזיות שהעלה המערער.

26. המערער סבור שיש ליחס משקל משמעותי לסתירות שנמצאו בין הגרסה שהציגה פלונית בבית המשפט המחויזי, לבין מה שמספרה לחברתה סמור לאחר האירוע. בעדותה צינה החברה, שפלונית סיפרה לה כי "כל הזמן התנגדה וכל הזמן צעה" (פרוטוקול מיום 3.2.2015, עמוד 93), וכי המערער "השאיר אותה עומה בלבד והיא הייתה צריכה להתלבש ולהזור לאכסניה" (שם, עמוד 94). בנוסף, בחקירה הנגדית, אישרה החברה כי פלונית סיפרה לה שהמעערער "סתם לה את הפה עם היד שלו" (שם, עמוד 98). שלוש האמירות הללו אין עלות בקנה אחד עם הגרסה שמסרה פלונית, לפיה היא לא צעה; המערער סתם את פיה עם שפטו, ולא עם ידו; ובתום האירוע הם חזרו יחד לשער האכסניה. השופט הלמן, כמו גם השופט קולה, קבעה, כי "ניתן להסביר את העצמת הנסיבות, שאפנו את מעשה האינוס, באופן המקל על [פלונית] להסביר לעצמה ולאחריהם כיצד נקלעה למצב זהה, וכן להרחיק את התהיות שמא הביאה על עצמה את המעשים או האם יכולה היה להמנוע אותם לו התנגדה יותר מאשר או נמלטה מהמקום" (פסקה 17). המערער גורס, כי הסבר זה יכול היה להתקבל אילו היו הסתרות עומדות בפני עצמן. אולם, הסבר זה אינו מתישב עם העובדה שכשעומתה פלונית עם הסתרות, ונשאלת האם חברתה משקרת, השיבה בחיוב. אין בידי לקבל טענה זו. ההסבר שניין לסתירות בפסק הדין מ Niehsch את הדעת. סתרות אלה אכן יורדות כלל לשורש גרסתה של פלונית. גם אם תגובתה, כשבועמתה עם הסתרות בחקירה הנגדית הייתה 'מתוגוננת', לא מצאתי כי יש בכך כדי לעורר את ההסבר שהוזג לאוון סתרות, או להטיל דופי במהימנותה.

27. כך גם אני סבור שעודותו של החבר, לפיה נראית לפלונית "שמחה, מבסופה, רגילה צו" בעת חזרתה לאכסניה, פוגעת במהימנות גרסתה. ודוק, כלל אין בטוח שניין לראות בכך 'סתירה' כפי שմבקש לטען המערער. אמרת, בגרסתה סיפרה פלונית, כי הייתה נסערת ואף רעדה שעיה שחרזה לאכסניה. אולם, השיחה עם החבר הייתה קצרה, והתרחשה בשעת ליל. יתרון כי לא הבחן בסערת הרגשות שבה הייתה פלוניתנתונה. על כל פנים, גם אם לא רעדה בעת השיחה איתם, ברוי שאי זו סתירה המצדיקה קביעה ממצאים מרחיקי לנכון לגבי מהימנותה.

28. עוד טוען המערער, כי קשיי משמעותו עללה מגרסאות סותרות שהציגה פלונית לעניין המעבר מ'אזור המזגן' אל 'אזור האבן'. כשמשרה את הودעתה במשפטה, מספר שעות לאחר האירוע, תיארה פלונית את המעבר כדלהלן: "הוא תפס את הידיים שלו לתוך החזה שלו ולחץ לי עליהם זהה כאב ואני בקשתה די והתחלתי לבכות. אחריו זה הוא לקח אותי והשכיב אותי על אבן צו מלאה ברצלים והשכיב אותי עליה" (נ/4, שורות 42-43). לעומת זאת, בעדותה בבית המשפט סיפרה פלונית, כי "הוא הכנס את הידיים לחזה וביקשתי שיפסיק והתהננתי שיחזר אותי כי זה לא بشביי יכול כל הדברים האלה וזה הוא לחץ לי על החזה וככאב לי, ובכיתה וביקשתי שיפסיק. ואחר כך קמתי בכוכ וזו היה שם אבן מלא מסמרים צואת על הרצפה אז ישבתי שם והוא שכב לידיו והתחלתי לבכות" (פרוטוקול מיום 8.9.2014, עמוד 8). היינו, בגרסתה הראשונה, 'לקח' אותה המערער מ'אזור המזגן' והשכיבה על האבן, בעוד שבגרסתה המאוחרת עברה אל האבן מיזמתה, והמערער הגיע בעקבותיה. שתי הגרסאות אינן עלות בקנה אחד עם גרסת המערער בעודותו, לפיה: "הכנסתי לה יד ליציצי, נגעתי לה ביציצי כמה שניות והזقتה את היד. תוך כדי שהתנסקנו [...] היא הכנסה 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 והתחליה לבכות" (פרוטוקול מיום 3.2.2016, עמוד 110).

29. המערער טוען שהקשיי שמתעורר מחמת הסתרות בגרסתה של פלונית מטעצם, נוכח התנגדותה לאחר המעבר אלהבן. בפרט תמה המערער – אם אכן עברה לאחר ש'קמה בכוח' מהמזגן – מדוע הלכה דזוקה לאבן, ולא עזבה את המקום? כשנשאלה על כך בעדותה, השיבה פלונית: "למה שאני אברחה? איך את יכולה לבРОוח כשאת חושבת שיש לך סדין בכיס? שהוא יעשה לך ממשו שהוא ירדוף אחריך למה אני יודעת מה הוא יעשה?" (פרוטוקול מיום

8.9.2014, עמוד 37). מקור ההשערה שברשותו של המערער היתה סיכון לא הובהר, וגרסתה של פלונית לעניין זה לא התקבלה בבית המשפט המחויז. יחד עם זאת, קבעה השופטת הלמן, כי על מנת לקבל את גרסתה של פלונית לא נדרש הסבר חותך לשאלת מדוע לא עדבה את המקום בעת המעבר לזרת האבן. כלשונה: "קשה לשפט התנהוגות של קורבנות עבירות בגין [...]" בשלב זה יכול היה התייחס [פלונית] להאמין כי [המערער] יקשיב לצרכיה וימנע מלבעת בה, בדרך שלא הייתה מוסכמת עלייה" (פסקה 22). המערער מלין על הסבר זה, בהיותו מנוגד להסביר שהצגתה פלונית עצמה. לטענתו, הפער בגרסהה מהוועה ראה נספת לחסוך מהימנותה, ומחזק את גרסתו, לפיה פלונית עברה בעקבותיו - מרצוניה - אל "זרת האבן". לא מצאתי ממש בטענה זו. קביעתה של השופטת הלמן מעוגנת היטב בגישה הנוגגת בפסקה לגבי עדות של קורבנות עבירות מין, לפיה לא ניתן להתבונן בהתנהוגותם דרך משקפי התבוננה, ואין לבחנה בכליו של הגיאון הקרים. העובדה, כי קרבן העבירה שתקהה, קפאה, לא התנתקה ולא ברחה, אף חיפשה את קרבתו של התוקף, אין בה כדי להיעיד כי הסכימה למשעים (ע"פ 316/85 גראנוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, פסקה 7 (1986); ע"פ 3217/14 פלוני' מדינתישראל, פסקה 29 (31.7.2016)). גם בסתיירויות בגרסהה של קרבן העבירה, ובפרט בסתיירויות בין הגרסה שמסרה בחקירתה הראושנה, סמוך לאיורע הטרואומטי, לבן זו שמסרה בבית המשפט, אין כדי לשולח את מהימנותה הספרה (ע"פ 3273/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כג; ע"פ 8886/14 פלוני' מדינתישראל, פסקה 37 (15.03.2016); ועוד: שלומית אלמוג "טרואה", נראטיב ומשפט" ספר דליה דורנר 143, 152-154 והתפניות שם (2009)). יודגש, אין באמור כדי להפחית מן הרף הראייתי הנדרש על מנת להרשיע בעבירות מין; נאש ירושע רק כאשר הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר. אלא שהוכחה זו תחתך על-פי הערצת ליבת גרסתה של קרבן העבירה, ובcheinה האם היא מלמדת על התקיימותם של יסודות העבירה. عمדה על כך השופט ט' שטרסברג-כהן: "השאל האינטלקטואלי מושג אידיוקטואלי מתאפשרת רק במקרים מסוימים, לא אם הוא מושג אידיאלי, ואמהגרעיה הקשה של האירועים והתמונה הכלכלתית המתאפשרת רק במקרים מסוימים מושג אידיאלי, ברכל לספק" (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(6) 205, פסקה 28 (2002)). בעניינו, אין בסתייר בין גרסאותיה של פלונית, או בעמיות שנותרה אופפת את המעבר לזרת האבן, כדי להשפיע על התמונה הכלכלתית שהצטירה, לפיה פלונית לא הסכימה למשעים שעשה בה המערער.

30. לבסוף טוען המערער, כי המסרונים שלחה לו פלונית מUIDים על המנייע האמתי שבבסיס תלונתה, ומקיים שלעצמן את הספיק הצדיק את זיכוי. כזכור, עם שובה לאכטניה התקשרה פלונית למערער. משלא ענה, שלחה לו הודעה: "חתיقت מגעיל ידעת שאתה מחפש את זה", ובהמשך לה: "או שתעננה או שאני מתקשרת למשטרה ואתה מסובך". המערער בתשובה, ענה: "מה יש לי לא לענות לך מעשה? [כך במקור – נ' ס']" ולאחר שכתבה פלונית: "התקשרתי לא ענית", השיב לה: "אין לך מה לסביר אותי שכנו את רצית את זה בבדיקה כמוני"; וחסם את האפשרות לקבל ממנה מסרונים נוספים.

31. כשנאללה בחקירתה מיום 10.3.2014 מדוע שלחה את המסרונים, ענתה פלונית: "כי הוא אמר לי בואי נהיה בקשר רציני ונחיה בקשר טלפוני" ובתגובה לשאלת רצתה להשיג בкар, השיבה: "תגובה שזה לא היה אונס. שהוא באמת התקoon למיילים כאלה". כשתהשאלה להסביר, הוסיף:: "בחור שאומר בואי נתחיל בקשר רציני לא עווה את המעשים שהוא עשה, חשוב לציין שעל הכל התנדתי ושם דבר לא נעשה בהסכם והכל הוא עשה בכוכ" (נ/6, שורות 10-13). למחירת היום, הגיעו פלונית לחקירה נוספת על מנת למסור הבירה, והסבירה כך: "התקoonתי להשיג את תגובתו מדוע הוא גרם לי לך ומדוע הוא כפה את עצמו עלי, ומדוע הוא עשה 'פגע וברח' כלומר מדוע הוא פגע בי ונעלם מבלתי לומר מילה [...]" החלטתי לשלוח לו הודעות כי רציתי לדעת מדוע הוא עשה לי מה שעשה ולמה הוא התנהג אליו" ב;zורה צזו, כי הרגשטי מאד מושפלת ונוחותה כי הוא פגע بي והלך מבלתי לומר כלום וזה הוסיף מלח על הפציעים ופגע בי עוד יותר" (נ/7, שורות 4-2, 11-13). כשנאללה אם הייתה מגישה את התלוינה גם אילו היה המערער עונה לה, השיבה: "בטח, מה זה קשור, מבלתי לחשב פעמים היויתי מגישה תלונה בכל מקרה, והמטרה של ההודעות שלי הייתה

לביר מודיעו הוא פגע ולמה הוא עשה לי את זה ורציתי להבהיר לו שהוא עשה לי את זה בנגד הסכמי ולא מרצוני החופשי למרות שהוא ידע זהה לא בהסכמה כי הוא הפעיל עלי כוח ונטרל את התנגדות שלו" (שם, שורות 15-17).

32. המערער טוען, כי ההתקבות מלמדת על כך שהפגיעה שחשפה פלונית הייתה על כך שגילתה שchipsh "את זה"- הינו, את קיום יחס המין - ושיקר לה בדבר העניין שגילתה בקשר עמה. האIOS על פניה למשטרה מוכיח, כי יסוד התלונה בפגיעה זו. לשיטתו, הסבירה של פלונית, שניתנו לאחר שבחיקירתה הראשונה לא דיווחה על קיום ההתקבות, מחזקים את גרסתו, שכן עולה מהם כי הפגיעה נגרמה עקב היחס המשפיל לו זכתה מהמעערר לאחר קיום יחס המין. לטענת המערער, השופט הלמן לא תהיiosa למסורתם ולתוכנם, אף השופט קולה לא מחס להם את המשקל המתבקש.

33. השופט קולה קבוע, כי המסرونים "אין מסرونים קושי של ממש". להתרשותם, ההסבר שישפה פלונית כן ומשכנע. לדבריו: "אולי ניסתה [פלונית] בمعنى 'שכנוע עצמו' בלתי מציאותי בעיליל, לשכנע את עצמה, שאכן לאナンסה ולא נבעל בניגוד לרצוניה" (פסקה 36). מסקנה אפשרית זו, מבוססת בין היתר, על התרשותם מפלונית בעת מסירת עדותה, בה חזרה על ההסביר שישפה לשילחת ההודעות. השופט הלמן אמן לא תהיiosa למסורתם במפורש, אך כן תהיiosa להתקנותה של פלונית לאחר האירוע, ועודה על כך שאי בה כדי לערער את מהימנות גרסתה. כך קבועה לעניין זה: "את התקנותה [של פלונית] לאחר האירוע אין לשפטו בדייבד, עניינו של אדם מבוגר, המפעיל שיקול דעת בסיטואציה שלולה. [פלונית], נערה צעירה, חסרת ניסיון, שלא קיימה לפि הנטען, יחס מיון בעבר וציפתה לקבל תשומת לב וחיבת מנער שאך היכרה, חווותה אירוע טראומטי, אשר בסיוויו גם הבינה כי הולכה שולל באמצעות הבתוות שווה. חשוב היה לה לשוחח עם [המעערר] ולהבין מדוע נגש בה בczora co. תחוות הפגיעה וההשפעה רק גברו כאשר נוכחה לדעת כי איןנו מעוניין בכל קשר עימה. ולהיפך, לו היה שומר עמה על קשר וחוור על המילים היפות שהופיעו בפניו קודם לכן, יתכן והיתה מתמודדת באופן שונה עם האירוע, הגם שהתקפתה למשים שלא היו לרצוניה" (פסקה 37).

34. נימוקיה של השופט הלמן מקובלים עלי במלואם. אל לנו לטעות – על ספסל הנאשמים ישב המערער; מקום של פלונית על דוכן העדים. התקנות קרבן העבירה לאחר האירוע אינה מוקד הדין, ואין לדקדק בבחינתה אלא מקום שיש בכוחה להאר ישירות על מעשה העבירה. עודה על כך השופט ע' ברון בציינה: "יתכן שעצם הציפייה להתקנות מסוימת מצד נפגעת העבירה היא שמסיטה את הדין מהמועד שלו – קיומה או אי-קיומה של תקיפה מינית – אל בינה של התקנות הנפגעת, ככליעתים קרובות אין בשנייה כדי להשליך על הראונה" (ע"פ 842/14 שערבי נ' מדינת ישראל, פסקה 30(3.2.2017)). כך בעניינו. הניסיון לתקשר למעערר, חיפוש הקרבה, הפגיעה שחשפה, המסرونים, ואף האIOS המשתמע – אין בהם כדי ללמד על הסכמתה של פלונית לקיום יחס המין. לא כשלעצמם, לא בהצטרכם למכלול הראות שנפרשו לפניינו.

#### גרסת המערער והפוגמים בחיקירתו הראשונה

35. גרסת המערער לאירועים חופפת לגרסתה של פלונית במספר נקודות. משתי הגרסאות עולה, כי תחילת התנסקו, ולאחר מכן נגע המערער בישבנה של פלונית, וזה הסיטה את ידו. כמו כן מוסכם, כי המערער נגע לפלונית בחזה. בגרסה שישפה בחיקירתו הראשונה, אישר כי הכאב לה (כפי שטענה פלונית בגרסתה), אולם בעדותו בבית המשפט חזר בו. בנוסף אין חולק, כי בשלב מוקדם ביקשה פלונית מהמעערר שייקח אותה חזרה לאכסניה, אך הוא לא שעה לדבריה. שניהם מסכימים גם, כי עובר לפחות לקיום יחס המין האוראלים, בכתה פלונית וקראה כי היא רוצה את אמה. אין חולק אףוא כי ראשיתו של האירוע – ביוזמה אגרסיבית מצד המערער, בא-הסכם מצד פלונית, באמירות

36. בנסיבות אחרות, סותרת גרסת המערער באופן חייתי את זו של פלונית. כך, על-פי גרסתו, חלק משמעותי מארגוני העשוי ביזמתה. גרסתו, עוד ב'זירת המזגן', אחרא שנגע בישבנה ובשדייה, הוציא פלונית את איבר מינו ושפפה אותו. מעשה זה לא נזכר בגרסה הראשונה של פלונית, וכשועמתה עם הטענה בחקירתה הנגדית סירה, כי האמור אירע ב'זירת האבן' ובניגוד לרצוניה. אשר למעשה אווראל סיפר המערער בגרסהו, כי הדבר נעשה גם הוא ביזמתה של פלונית, מיד לאחר שככחה וקרה לאמה. כך לדבריו: "נסכבתי עמו בראש על האבן. היא באה שמה את הראש על החזה שלי, נשכבה עלי והתחילה לבכות. אני אמרתי לה מה קרה? היא אמרה שהיא רוצה את אמא. תוך כדי שהיא בכתה היא לקחה את היד שלה וינגבה את הדמעות שלה שאני ארגש כאילו שהוא בוכה. אני אמרתי לה אני לא אעשה לך מהו בלי שתרצxi [...]" כשהיא בכטה קמתי והבאתי לה חיבור, ישבתי על הברכיים, היא באה הורידה את המכנסיים והתחתונים והוא ירדה לי" (פרוטוקול מיום 3.2.2016, עמוד 111-110). לבסוף, ובכך עיקר, טען המערער כי חסרי המין התקיימו בהסכםתה של פלונית: "נסכבנו, התנשקנו ונגעתי לה באיבר המין מעל הטיצ' [...]" היא הסכימה שאני אוריד לה את הטיצ'. באתי להוריד לה את התחתונים היא אמרה לי אל תוריד את התחתונים תזיז אותם הצדה. החזית את התחתונים הצדה, אני שאלתי אותה אם ללבוש קונדום? היא אמרה לי שכן. לבשתי את הקונדום באתי להכנס את איבר המין שלי לאיבר המין שלה, תוך כדי זה לא צזה מצאת את איבר המין שלה. היא אמרה לי תוציא רק רגע, תפסה את איבר המין [של] הכנסה אותו לאיבר המין שלה ואחריו 10-15 דקות אני סיימת" (שם, עמוד 111).

37. ברוב דעות קבוע בית המשפט המחויז, כי גרסתו של המערער לאירועים אינה מהימנה, וכי יש להעדיף את גרסתה של פלונית. השופט קולה ציין, כי לעיתים נראה שהמעערער "מנסה לתעתע" בבית המשפט, וכי התרשם שעסקין ב"בחור מניפולטיבי, שהאמת איננה נר לרגליו (ךכל בלשון המעתה)" (פסקה 63). השופט הלמן הוסיףה, כי עדותם: "הוثيرה עלי רושם בלתי מהימן, עדותו הייתה פתתלה והסבירו דוחקים ובלתי אמינים" (פסקה 3). (יווצר, כי שלא כפי שהיא לגבי עדותה של פלונית, התרשמה השופטת הלמן באופן ישיר ובלתי אמצעי מעדותו של המערער). גם לגוף הדברים, מצא בית המשפט, כי גרסתו של המערער אינה מיניחת הדעת. בפרט, הוא לא סיפק כל הסבר לשינויים הפთאומיים והקיצוניים בהתנגדותה של פלונית, 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 בעיקריה מהימנה ועקבית. לטענותו, התרבותותמצינו בקייעת המהימנות של בית המשפט המחויז מצדקת, שכן היא נסמכת בעיקריה על סתיות בין עדותו של המערער, לבין הגרסה שמסר בחקירה הראשונה, שכאמר לעיל נרכחה תוך הפרת הוראות חוק הנעור. מתיעוד החקירה, שהתקיימה בשעה 5:00 לפנות בוקר, קל להבחן 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 סביר המערער, כי לא ניתן לזקוף לחובתו סתיות שהתעוררו בין גרסאותיו המאוחרות יותר לבין הגרסה שמסר בחקירה הראשונה. לטענותו, בדיון קבוע השופט צרפת, כי לעניין סתיות אלה "ספקות אם עולים, צרכים לפעול בנסיבות לטובה [המעערער]" (פסקה 94), ושהга בית המשפט בכך שייחס להן משקל, כל שכן משקל מהותי.

39. אין בידי לקבל את טענות המערער בעניין זה. קביעת המשקל שיש לייחס לראייה מסוימת נתועה בלבד הדעת המסורה לערכאה הדינית. שופטי הרוב היו מודעים היטב לנسبות הביעתיות שבחן החקירה המשפטית, והביעו את מורת רוחם מכך. יחד עם זאת קבעו, כי אין בנסיבות אלה כדי לאין את המשקל שיש לייחס לדברים שאמר

המערער. קביעה זו נסמכה, בין היתר, על כך שהדברים שמסר המערער בתחילת, ולאחר מכן התגער מהם,עוולים בקינה אחד עם הوذעתה של פלונית במשפטה. יתר על כן, כפי שטענה המשיבה, עיון בפסק הדין מעלה, כי ממצאי המהימנות ביחס למערער נקבעו במידה רבה על סמך עדותם בבית המשפט, ולא רק על סמך חקירות הראשונה במשפטה. כך, למשל, כשהנתבקש המערער במהלך העדרו להבהיר אילו פרטיהם מתווך אלה שמסר בחקירה אינם מדויקים, מיאן לעשות זאת, ועננה באופן מתפתל (ראו את היציטוט בעמודים 341-344 להכרעת הדין). יתר על כן, גם בערעור לפניו, לא מספק המערער הסבר מניח את הדעת ל'שינוי הלבבות' הנטען של פלונית. בניסיבות אלה, לא מצאתו כי נפל גם בשיקול הדעת של בית המשפט המחויז, ודאי לא "שגיאה היורדת לשורשו של עניין" בטענת המערער.

#### חוות הדעת של ד"ר יגיל והיסוד הנפשי של המערער

40. לטענת המערער, בהכרעת הדין לא ניתן משקל הולם למאפייני אישיותו, כפי שאלהו עולמים מחוות הדעת הפסיכולוגית שנערכה על-ידי ד"ר יגיל, והוגשה מטעם ההגנה. בחוות הדעת צוין, כי פעילותו השכלית הממצועת של המערער היא "ברמה גבולית", ופקודו תואם את האבחנה, שמופיעה במדריך הפסיכיאטרי החדש (DSM-5), תחת הכוורת 'Intellectual Disabilities' ('לקויות שכלית', או 'לקויות שכליות התפתחותיות'). ד"ר יגיל התרשם, כי הילוקוי בכישרו השכלי "מפריע לו בתהליכי של תקשורת חברתיות מבוססת רגש [...] למשה, עקב רמה נמוכה של מודעות לנורמות החברתיות המקובלות, יחד עם רמה נמוכה של רגשות לזרות, ומודעות לרמזים ולמסרים בתקשורת הבין-אישית – הוא עלול להיקלע למצבים שבהם הוא יפרש את הסיטואציה בצורה לא מותאמת וכתוואה לכך יפעל באופן שאינו תואם את המצופה ממנו" (נ/10, עמוד 10). המערער סבור, כי בהתייחס לאמר שגה בית המשפט בשני מישורים: ראשית, חוות הדעת מערערת את הקביעה, לפיה המערער הוא נער מניפולטיבי, אשר מנסה 'להתלב' בבית המשפט; שנית, יש בחוות הדעת כדי לתמוך בטענת הסכמתה, ולזקוטו נוכח העדר קיומו של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה. המערער לקובע שהוא לא היה מודע לחוסר הסכמתה, ולזקוטו נוכח העדר קיומו של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה. עוד טוען מפנה לכך חוות הדעת אומצת במסגרת גזר הדין, ושימושה כნסיבה המצדיקה הקלה עם המערער בעונשו. עוד טוען המערער, כי על צדקת זיכוי יש ללמידה מדבריו של השופט קולה בתחילת פסק דין, לפיהם: "מתיחילה סברת, שיש לזכות את [המערער] ولو מן הספק וזאת בגל נתוני האישים וכעולה מחוות דעתו של הפסיכולוג ד"ר יגיל, לפיה לא הבין [המערער] את משמעות 'הלא' של [פלונית]" (פסקה 3).

41. דין טענותו של המערער להידחות. בחוות דעתו מצין ד"ר יגיל, כי ברأיו עמו, נמנע המערער מלהתיחס במפורש לאירוע שבגינו הוועד לדין. התרשםותו מובוססת אפוא על התקףוקוד הקוגניטיבי הכללי של המערער. אין בהתרשםות זו כדי לפגום בקביעת בית המשפט, אשר מעוגנת היטב בנסיבות המקירה הקונקרטי, על ראיותיו. הקביעה לעניין מניפולטיביות ותחוקם מצדיו של המערער, נסמכת במידה רבה על הצורה שבסתיר, כי ניסה 'لتמן' את פלונית לקיים עמו יחסי מין, תוך הבטחת הבטחות שווה 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 בחקירותו, וכיון כי: "באשר למוגבלותו השכלית הנטענת, הרי שככל הכבוד הרاءו לחوات הדעת, [המערער] העיד בפנינו והתרשםותיו שלי הייתה, כי הגם שיכול ומדובר בנער בעל יכולת שכלית בינונית, הרי שבשים פנים ואופן, לא ניתן להגדירו כמוגבל שכלית, או אפילו כמעט לכך!" (פסקה 94). ודוק, קביעתו של בית המשפט אין עניינה ברמתו הקוגניטיבית של המערער לצורך הערכת יכולתו הלימודית. הקביעה נדרשה לצורך התרשםות בית המשפט מהצורה שבה הבין המערער את השאלות שהפנו אליו באין כוח הצדדים ובית המשפט, כמו גם לצורך הבנת המשמעות שיש לייחס לשובוטיו. חוות הדעת – כבודה במקומה מונח, אולם היא אינה תחליף לשיקול דעתו של שופט המתרשם ישרות מתשובותיו של עד.

42. גם לעניין התקיימות היסוד הנפשי, לא מצאתי טעם טוב להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחויז. נזכיר, כי לשם הרשות המערער, די ביסוד נפשו של 'עצמאות עניים', קרי, בחשד שקין בלבו כי פלונית אינה מעוניינת ברגע המיני, חשב שאותו נמנע המערער מלברר (סעיף 20(ג)(א) לחוק העונשין). די בגרסתו של המערער כדי לראות את תמרורו האזהרה הרבים, שהיא בהם על מנת להקים חישד זה: התנגדות פלונית למגע בישבנה ובשדייה; בקשתה לחזור לאכסניה לאחר זמן קצר; בכיה בנקודות שונות וקריאתה לאמה; אמירתה שהוא 'לא צאת', אותה הסביר המערער בעדותו: "שאני אומר הוא לא צאת כאילו היא מתכוונת שהוא לא רוצה לשכב והוא לא רוצה כלום [...]; חוסר הרצון והעדר הסכימה שעולמים מהתנהוגותה בנקודות שונות. ככלות ניתן לקבל בסביבות אלה את טענת המערער, כי מהתנהוגותה הסיכון הסכימה מצדיה? המערער טען, כי למד על הסכמתה של פלונית מכך של 'לא התנגדה', ומכך שהשיבה בחויב על שאלתו האם לשים קונדום. מעבר לכך שעל-פי גרסתה, שהתקבלה בעיקרה בבית המשפט המחויז, בהחלה התנגדה, ברוי, כי אין בהתנהוגות זו כדי ללמד על הסכימה נוכח תמרורי האזהרה שהופיעו באוטות ובמופתים לפני המערער. ודוק: כוונת הדברים איננה שהיא על המערער להבין את חוסר הסכמתה של פלונית, או כי אדם סביר בנעלו היה מבין זאת, אלא כי בהינתן האמור אין יסוד לטענות כי לא קיין בו לחש לעניין חוסר הסכמתה, או כי נחה דעתו לחשך זה איינו מבוסס.

בהקשר זה, אני רואה לייחס חשיבות לדבריו של השופט קולה, לפיהם בתחילת הדרך חשב לזכות המתנער נוכח הספק שעוררה בו חווות הדעת של ד"ר ריגל. אדרבה. כפי שציין השופט קולה, לאחר ששקל בדברים הגע למסקנה כי ספק זה "נפטר כמו מלאו"; ככלעומיסבורני כי בדיון הגיע למסקנה זו. כך גם קיבלת הטענה לעניין מוגבלות השכלית כנסיבה מוקלה בגזר הדין, אינה עומדת בסתרה להתקיימות היסוד הנפשי. כפי שנקבע בגזר הדין, מוגבלות זו של המערער, הריהירלוננטית לעניין המשקל שיש לייחס לאי-הצלחת האפיק הטיפול, כמו גם יכולתו "להבין באופן מלא את עצמת הפגיעה והטראותה הנגרמים [פלונית]" (פסקה 64 לגזר הדין). הדבר אינו עומד בסתרה ליכולתו להבין את העדר הסכמתה של פלונית, ורק שהוא זאת בפועל.

#### סיכום ביניהם – ערעור על הכרעת הדין

43. בית המשפט המחויז הגיע למסקנה שהרשעתו של המערער הוכחה מעבר לספק סביר. מסקנתו – נcona.

משנדחו טענותיו של המערער, יש לקבוע כי בדיון הורשע, וכך אכן לחבבי לעשות.

#### ערעור על גזר הדין

44. כאמור לעיל, בהינתן דחית הערעור על הכרעת הדין בבקשת המערער לחולפון, כי נורה על הקלה בעונשו, כך שיטול עליו עונש מאסר לרצוי בדרך של עבודות שירות, ועל הפחתת הפניי הכספי שעליו לשלם לפלונית. לא ראייתי הצדקה להעתיר בבקשתו זו.

45. בכלל, אין ערכאת הערעור מטעבת בשיקול הדעת שהפעילה הערכת הדינונית בגזירת העונש. התערבות כאמור שמורה למכבים חריגים, שבהם נפלה טעות מהותית בהחלטת הערכת הדינונית, או שהעונש שגורר באופן 3091/08/3 קיצוני ממדיניות הענישה הנהוגת במקרים דומים (ע"פ 1242/97 גראנברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009)). העניין שלפנינו אינו בא בגדיר אותם מכבים חריגים.

46. המערער אינו מצביע על פגם בגזר הדין של בית המשפט המחויז, על טעות מהותית שנפלה בו, לא כל שכן. למעשה, חזר המערער על עיקרי הטענות שטען לעונש בבית המשפט המחויז, לרבות טענותיו לעניין הטלטלה שחווה מהמאסר אשר אותו הוא מרצה בימים אלה, ההשפעה הקשה שתהיה לעונש המאסר עליו, קטינותו במועד האירוע,

וזמן הרב שחלף ממועד הרשותו. בכך הוא מוסיף את החרטה שחש על הפגיעה שגרמה התנהגותו לפולונית, הגם שהוא עומד על חפותו. המערער אינו טוען, כי בית המשפט המחויז נמנע מלתת דעתו על הדברים, אלא כי בהתחשב בנסיבות, החמיר עמו יתר על המידה. כלשונו של המערער: "אמנם בית המשפט קמא לא התעלם מעיקרים של הדברים, אך בסופו של דבר שליחתו של המערער למסר בפועל ממש שגואה".

47. אין בדי לקבל טענה זו. בית המשפט לחס משקל משמעותי לנسبותיו האישיות של המערער; עונש המאסר שנגזר עליו - שימושו 22 חודשים - הוא קל שבקלים, בהתחשב בחומרת מעשיו. להקל עמו יותר, עד כדי ביטול עונש המאסר מאחריו סORG ובריח - לא נכון.

48. לא מצאתи הצדקה להטערב בשיעור הפיזי הכספי שהמעערער חוויב בתשלומו. טענתו, לפיה מדובר בסכום גבולה ביותר ביחס לסכומי הפיזי המוטלים על קתינים בהלכים בבית המשפט לנוער" נטעה בעלמא, ללא כל אסמכתאות, והיא אינה משכנית. הפיזי משקף רק מקצת מן הראי, בשים לב למעשה העבירה ולתוכאתו, בגופה ובנפשה של פולונית.

49. סוף דבר, אציע לחבר לייחות את הערעורעל הכרעת הדין ועל גזר הדין אחד.

ש | פ | ט

השופט ד' ברק-ארז:

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

כפי שציין חבר, עיון מדויק בוחמר הראיות, כמו גם בנסיבות העבודה שקבע בית המשפט המחויז, מלמד כי יש בסיס של ממש להרשעה במקרה זה. אכן, דעת הרוב כלל אף את הכרעתה של שופטת שלא נכחה עצמה במהלך עדותה של המתלוננת (על רקע פרישתו של אחד השופטים מן הרכב המקורי). אולם, כפי שציין חבר, עדותה של המתלוננת הוקלטה, כך שהשופטת נשפה באופן ממש למהלך העדות, גם אם בתנאים שאינם אופטימליים, וזאת בנוסף לחשיפתה לשאר העדים עצמה (בכל חלקי ההליך האחרים שבהם כבר נמנתה עם הרכב).

יתר על כן, זהה ענייני נקודה חשובה ביותר, להשპט, המחלוקת בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט, שצדדה בזכותו של המערער מחמת הספק, הייתה בעיקרו של דבר נורמטיבית, ולא עובדתית. אף שופט המיעוט שצדד בזכותו ציין כי גרסתה של המתלוננת הייתה מהימנה עליו. הוא מצין במפורש כי נאמן לעליו שאמרה למערער "לא". אלא, וכך נאמר בהמשכה של דעת המיעוט: "לא ניתן לשלו לאפשר את גרסת הנאשם, כי בשלב מאוחר יותר, קרי לאחר שהמשיכו הנאשם והמתלוננת להתנתק ולגעת האחד בשניה, חל 'שינוי' לבבות חיובי' אצל המתלוננת, באופן שהיא שינה דעתה והביעה כי היא מעוניינת לקיים יחסי עם הנאשם" (שם, בפסקה 101 לדעת המיעוט). זאת ועוד, בהמשך נכתב כך: "ה הנאשם הסביר כי למרות בכיה של המתלוננת במהלך האינטראקציה שקדמה לקיום יחסי המין בין השניים, ואפילו גילוי דעתה שאינה מעוניינת לשכב איתובאותו שלב, הוא למד כי היא מעוניינת בהמשך לכך באינטראקציה המינית עמו... כמו

כן היא לא הביעה התנגדות מילולית או אחרת ליזמותו וכאשר שאל אותה אם לשים קונדום, היא השיבה בחיוב" (שם, בפסקה 102). דברים אלה מלמדים, כך אני חוששת, על חילופי יוצרים. נערה שלא הביעה הסכמתה לקיום יחסי מין אמורה להיות מוחזקת כמו שלא הסכימה להם. הדברים מתעצימים (אם כי ודאי לא תלוים בכך) כאשר מדובר במפגש אקראי ולא היכרות מוקדמת עם נערה קטינה. דומה שככל מילה נוספת נוספת היא מיותרת.

בשלב זה, הגיע לעיוני פסק דין החולק של חברי השופט ד' מינץ. בדומה לו, אף אני רואה בחומרה הפרת זכויותו של קטן בחקירה. אין חולק כי רשות האכיפה צריכה לפעול על-פי דין – בכל מקרה וביתר שאת כאשר החשש הוא קטן. יחד עם זאת, כפי שכבר נפסק, קיומם של פגמים בחקירה אינם מolid בהכרח סعد של זכי, ובנסיבותיו של מקרה זה לא שוכנעתי כלל כי ראוי שכך יהיה. חשוב להוסיף ולהציג, כי הטעם להחלטה שלא לחזור ולהיעיד את המתלוננת היה נועז במצבה הנפשי הקשה ובעמיסה הרגשית הכרוכה בחזרה על מסכת העדות המייסרת מבחינתה. כפי שכבר הודגש בפסקתו של בית משפט זה, "שחוור האירועים האלימים על-ידי קורבן עבירות מין שחוווה אותם מהווה שלעצמם טראומה מחודשת המתבטאת בחיטוט בפרטיו הפרטימ של חוות אiomה" (ראו: ע"פ 993/00 נורן מדיניתישראל, נ(6) 205, 233 (2002)). בנסיבות העניין, העdots החוזרת הייתה עלולה לגרום לשחוור כפול מסווג זה. לטעמי, אין מקום להורות על זיכוי של המערער מטעם זה – כאשר מובהת בחשבן החלופה שעמדה כאמור לנגד עינו של בית המשפט המחויז, ושהשלכתה הייתה קשה מנשוא מבחינתה של המתלוננת.

ניתן להציג על המערער, שהוא קטן באותה עת גם כן, יכולותיו כנראה אין מן הגבוזות. אולם, כפי שציין חברי השופט סולברג בצדק, עונשו אינו כבד בהתחשב בחומרת המעשים. הפגיעה במתלוננת מתוארת כקשה. המערער המבקש את התחשבותנוicut – לא חמל על המתלוננת.

## שופט

### השופט ד' מינץ:

שני עניינים הטרידו את מנוחתי במיוחד בפסק דין של בית המשפט המחויז ובהתנהלותו הדיונית אשר הובילו אותו למסקנה שונה מחברי.

1. העניין הראשון הוא החלטת בית המשפט המחויז שלא לשמע את עדותה של המתלוננת בשנית, וזאת החלפת ראש המותב. העניין השני הוא נסיבות חקירות המערער: לאחר לילה ללא שינה; ללא נוכחות הוריו; ללא מתן אפשרות להתייעץ עם עורך דין טרם חקירתו; ללא דיווח לסניגוריה הציבורית על מעצרו עבור חקירתו; הכל מבלי שניתנו האישורים הנדרשים לפי חוק הנוגע (שפיטה, עינוי ודרך טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוגע).

2. באשר לעניין הראשון. הכל הוא שלפני כל שופט היושב בדיון תיפرس המסכת הראיתית במלואה והוא יתרשם מכלול הראיות מכל ראיון. עם זאת, סעיף 233 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח חדש), תשמ"ב-1982(להלן: החסד"פ) קובע לאמור:

"כל עוד לא הוחל ב痼יית ראיות רשיי שופט אחר להמשיך המשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו; הוחל ב痼יית ראיות ונבצר מושפט מסיבת כלשהי לסייע את המשפט, רשיי שופט אחר להמשיך המשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו, ורשיי הוא, לאחר שנותן הזדמנויות לבעלי הדיון להשמיע טענותיהם לעניין, לנוכח בריאות שגבה קודמו כאמור כайлן גבה אותן בעצמו או לחזור ולגבותן, כולן או מקצתן."

וסעיף 234 לחס"פ מורה כי "הוראות סעיף 233 יחולו, בשינויים המחייבים, גם כשהורכב בית המשפט שלושה שופטים או יותר".

1. הסעיף נועד להסדיר את רציפות הדיון המשפטי, כאשר נקבע מושפט (או הרכב שופטים או חלקו) שהחל לשמע את הראיות, מלהשלים את מלאכתו בתיק שהוא לפני. ההכרעה בשאלת האם לשמע מחדש עדויות שנשמעו לפני השופט הראשון, נתונה לשיקול דעתו של השופט החדש (ע"פ 484/15 רוני נ' מדינת ישראל(1.12.2015); ע"פ 4844/09 מסעא 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 קריאה עדות שלא נשמעות לפניו, ולהזכיר בדיון תוך שהוא מסתמן על אותה ראייה (ע"פ 8703/96 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 746 (1997)(להלן: עניין עmr)). במקרה שהנסיבות מחייבות את החלפת המותב, ההכרעה בשאלות של מהימנות תעשה על יסוד שיקולים של הגיון (עניין עmr, בעמ' 767; בג"ץ 5660/10 עמותת איתך נ' ראש ממשלה ישראל(22.8.2010)). על כן, השאלה אם יכול ורשיי שופט שלא שמע את מלאה המסכת הראיתית להרשיע את הנאשם, היא שאלה התלויה בנסיבות הספציפיות של כל עניין ועניין.

2. הויל ומדובר כאמור בעניין שבשיקול דעת, גם קשה לשרטט גבולות ברורים ולהתוות כללים נוקשים לממן תשובה לשאלת האם ראיי ונכון להחזיר את גלגול שמיית הראיות לאחר ולפרוס את המסכת הראיתית, כולה או מקצתה, פעם נוספת לפני בית המשפט. עם זאת ומוביל למסותה רשותה סגורה באשר לשיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בעת מתן החלטה להימנע משמיית המסכת הראיתית מחדש, אפשר למסות את השיקולים הבאים: את משקלן הסוגלי המוחלט והיחסיו של הראיות שנשמעו לפני השופט הראשון בתוך המסכת הראיתית הכלולות; את יכולתו של בית המשפט שלא שמע את העדות להזכיר בשאלות של מהימנות על יסוד שיקולים של הגיון; את השלב שבו נקבע מושפט להמשיך לשמע את הראיות; שיקול התועלת אל מול הנזק שעלול להיגרם לנאים או לקרבות העבירה אם תישמע העדות בשנית אם לאו; את תרומתו של הנאשם לנובצות השופט לפניו נשמעו ראיות בתחילת.

3. כדי לעמוד על נסיבות העניין שלפניו, נביא את השתלשלות העניינים שהובילו להחלטת בית המשפט להימנע משמיית עדותה של המתלוונת בשנית.

תחילת העניין בחזרת המערער מכפירותו בישיבת בית המשפט ביום 15.2.2015 בה הודה בביצוע העבירות המפורטות בכתב אישום מתוקן. זאת לאחר שבתום הדיון שהתקיים ביום 3.2.2105 בו הושלמה פרשת התביעה, נקבעה ישיבת יום 15.2.2015 לתחילת שמיית פרשת הגנה. אלא שכאמר ביום 15.2.2015 המערער הודה בביצוע העבירות בבית המשפט קבע כי הוא ביצע את העבירות המזוהísticas לו. בהמשך לכך נתקשרותו מבחן לגבי המערער, בין היתר בהיותו קטין, בשאלת עניין הרשותו בדיון. בדיון הבא שהתנהל ביום 20.7.2015 חזר המערער על הodataו

והצדדים ביקשו על סמך המלצה שירות המבחן שבאותו שלב כבר ניתנה, להרשו בדיון, וכך נעשה. ישיבת טיפולים לעונש נקבעה ליום 24.9.2015, אך ב"כ המערער ביקשה ביום 20.9.2015 לדחות את מועד הדיון בשל רצונתה ללמידה את תסקירות השירות המבחן ולהתעמק בו. ביום 18.10.2015 הבקשה דחתה מועד נוספת לשם ביצוע בדיקה נירולוגית

למערער. מאותה סיבה גם נتابקשה דחיה נסافت ביום 12.11.2015, אך בקשה זו נדחתה בשל פרישתו הקורובה של אב בית הדין, השופט כתלי מכס השיפוט. הדיון נקבע לבסוף ליום 23.11.2015. אלא שבאותו יום, הוגשה בקשה, הפעם על ידי ב"כ המשיבה, להמיר את הישיבה לשמייעת טיעונים לעונש לשיבת תזכורת. זאת מהטעם שהמערער הצדיך באותו שלב עם חוות דעת על אודות מגבליותיו והשפועותיה על מעשיו. הוסבר כי בדעת המשיבה למדוד את חוות הדעת עובר להشمיעת טיעונייה לעונש. בקשה זו נדחתה. או אז, בדיון שהתקיים באותו יום בהמשך למתן החלטה זו, הודיע המערער כי ברצונו לחזור בו מהודאותו. מבקשו זה ניתן לו ובית המשפט הודיע על החלפת אב בית הדין, השופט כתלי בשופטת הלמן. עוד נקבע באותה החלטה כי הצדדים יטענו לפני הרכב החדש אם ישנו צורך לשמעו את כל פרשת התביעה מחדש. ואכן ביום 29.11.2015 התקיים דיון במסגרת בקשה ב"כ המעורר שכל הרכב יפסול עצמו לישב בדיון, או לחלוףן שתתשמע עדותה של המתلونנת פעם נוספת.

4. בהמשך לכך לאחר קבלת טיעוני ב"כ הצדדים, ביום 17.12.2015 ניתנו שתי החלטות. האחת, דחית בקשה המעורר שהרכב כולם יפסול עצמו מל%;">המשיך בשמייעת הראיות; השנייה, מניעת שמייעת עדות המתلونנת פעם נוספת. ההחלטה זו התבססה על חומרת העבירה; העובדה שעדות המתلونנת הוקלה ותומלה וכן לא יהיה קושי לשופטה החלטה זו להתרשם מעודותה אף מביל' שהוא תישמע בשנית; מדובר בקרובן עבירת מין שהעתה הבשנית עלולה להזיק לה; שניים מחברי הרכב שמעו את העדות באופן בלתי אמצעי וכן ההכרעה לא תהיה רק על הגין ומארג הראיות. אלא שם נישם את המבחן שפורטו לעיל על המקרה דנן, ספק בעניין אם ההחלטה זו הייתה נכונה.

5. הינה כי כן, בהחלטת בית המשפט לא נשקלה התועלת של שמייעת העדות של המתلونנת להגנתו של המעורר אל מול הנזק שלו להיגרם למאתלוננטה. כל שאמר בית המשפט בעניינו של המעורר היה כי העבירות המיוחסות לו הן חמורות, שיקול שהוא צריך להוביל לשימוש העדות בשנית. לא נשקל העובדה שהמערער לא תרם לנכונות השופט כתלי למשיך לישב בדיון. אדרבה, בהחלטה לא העבירה ביקורת כלשהי על התנהלותו הדינית של המעורר. גם לא נלקח בחשבון השלב הדינוני של המשפט, בו טרם הוצאה פרשנת ההגנה. אף לא ניתן המשקל הראוי לחשבות עדות המתلونנת במארג הראיתי הכלול. אך למללה מכך, נראה לי כי אין בעובדה שניים מהשופטים התרשמו באופן בלתי אמצעי מהמתلونנת וכי היה יכולתה של השופטת הלמן לשמעו את הקליטת עדותה, כדי להוביל למסקנה שהכרעת בית המשפט – ברובה – תהיה מבוססת על ממצאי מהימנות ולא רק על בסיס היגיון.

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

"כידוע, לא בנקל תתערב ערכאה ערעורו בקביעות עובדיות ובהערכת מהימנות העדים של הערכאה המבררת. הרצינול לכל זהה ברור, והוא נובע מכך שהערכאה הדינונית – שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדים שהעידו לפניה, באופן 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) 924, 918 (2001)). דברים אלו נוכנים ביותר שאור בעדות של קרובן עבירת מין עסקין: "במקרה זהה, מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי או אינטימי אחד, ולפיכך מתעורר לעיתים קושי במתן עדות ברורה ורהורת. בנסיבות אלה הטוון, באופן הדיבור, שפט הגוף וכל אותן גורמים שאינם שייכים לשירותם העולם התקן – כל אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 6735/02 בקבוק נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419. פסקה 8 לפסק דיןה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות(2004))." (שם פסקה 61).

מושך אני אפוא במקורה זה "נחמה פורטא" בכך שהשופט הלמן יכלה להתרשם ממשמעת קליטת עדותה של המתלוונת, שכן "משמעותה" מעין זו אינה מסקנה התרשומות מאופן מסירת העדות, ומ"אותות האמת" העולמים ממנה, מטוון הדיבור, אופן הדיבור, שפט הגוף "וכל אותן גורמים שאיןם שייכים לשירות לעולם התוקן" של המתלוונת.

אמנם, אין חולק כאמור כי הכרעה אם לא אפשר שמייעת עדות מתלוונת פעם נוספת, נתונה לשיקול דעתו של השופט החדש היושב בדיון, ולא בנקל תتعיר ערכאת הערעור בהחלטה זו. ברם, בנסיבות מקרה זה סבור אני כי שגה בית המשפט המחויז בכאן שלא אפשר שמייעת עדות המתלוונת. אכן, עניין זה כשלעצמם לא היה מביא בהכרח ל甄ci המערער, אלא שהוא מצטרף למחדלים חמורים ומשמעותיים בחקירת המערער במשטרה, כפי שיבואר להלן.

7. בעניין זה, לא הייתה מחלוקת כי המערער נחקר ללאnocחות הוריו מבלי שניתן אישור לכך על ידי קצין מוסמך, בניגוד לסעיף 9 לחוק הנוער; לא הייתה מחלוקת כי לא נמסרה הוודה לסגנוו של המערער או לسنגוריה 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.

8. אמנם, הלכה היא מקדמת דנן, כי אין במחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזכויו של הנאשם, אם למרות המחדלים הונחה תשתיית ראייתית מספקת להוכחת אשמו בעבירות שיווחסו לו (ע"פ 11/11 סולימאן 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 המחדלי 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 תשתיית ראייתית מהימנה ורrobativa 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 12/12 סאלח נ' מדינת ישראל (21.1.2013)). כמו כן, חלק מהוראות חוק הנוער עליהן הצבע המערער הן יחסיות ומאפשרות חריגה מהן בהתאם להנسبות הקבועות בחוק (וראו: ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל (30.12.2014)).

9. ברם, לדעתו, בענייננו, הנסיבות המחדלים הרבים וחומרתם, ובעיקר ההשלכה הישירה אשר יש להם על הרשות המערער – שכן חלק משמעותית מהניסיוקים שהובילו את בית המשפט המחויז למסקנה שיש להרשיע את המערער היה הסתרות שנתגלו בין הגרסה שמסר המערער באותה חקירה לבין עדותו בבית המשפט (ראו למשל: פסקות 42, 45, 49, 56, 57, 61, 68 ב>Showalter של השופט קולה; פסקות 20ג, 20ה, 27 לחווות דעתה של השופט הלמן) – בהצבר או-השמעת עדותה של המתלוונת בשנית, אינם מאפשרים הותרת הרשות על כנה. התייחסותו של בית המשפט המחויז למחדלים של המשטרה לא הייתה לעניין דעתו מספקה ולמעט הבעת מורת רוח מהם וראייתם "כפוגמים טכניים", לא ניתן להם המשקל המתאים.

10. ואציג, מדובר בرمיסה בוטה של זכויותיו של קטין כפי שהן מעוגנות במסגרת חוק הנוער, ללא כל נימוק והסביר ראוי. מדובר במקרה במערער שהוא נער כבן 17 בעת.air העור. הוא נעצר באישוןليلו ונחקר בשעות הקטנות של הלילה. החקירה התבצעה ללאnocחות הוריו מבלי שניתנה לו האפשרות להיוועץ עמו, ובבלתי שניתנה לו תשובה עניינית לשאלת שאל, במהלך החקירה, מדוע לא אפשרים לאדם קרוב להיות נוכח בחקירותו. כמו כן, חרף העובדה שהיא ראיי כי החוקרים יעדכו על מיצוי זכות ההיוועצת עם עורך דין, שעלה שמדובר בקטין (ע"פ 5962/11 פלוני נ'

מדינת ישראל, פסקה 6 (2.5.2012)) לא נמסרה הودעה לסנגרו או לסנגוריה הציבורית. גם לא ברגע מועד הדבר נעשה ומה הייתה הבahlות הרבה לחזור את המערער באופן שבו נחקר.

11. אף צפיתי בחקירותו המתועדת של המערער בוידאו ואודיוואות 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 חקירותו. החוקר אף נאלץ להעירו בגעלה. עדותו התנהלה כאשר היה "נים ולא נים תיר ולא תיר דקרוליה עני ולא ידע אהדריסברא" (ישן ולא ישן, ער ולא ער. שכוראים לו הוא עונה. ואם שואלים אותו דבר שמציריך מחשבה אין יודע להסביר) (בבלי, תענית י"ב ע"ב). במצב שכזה מוקשה עני כאמור להרשיע אדם, בהתבסס בין היתר על הגרסה שמסר בנסיבות אלו, ועל הסתיירות הקיימות בין גרסה זו לבין עדותו בבית המשפט. ביתה המשפט גם לא נתן משקל מספק לקיום של סתיירות משמעותית בין ההודעות כפי שתועדו על ידי החוקר לבין העולה מהתיעוד, סתיירות אשר אין חולק על קיומן.

12. אך, כל אחד ממחדי החקירה שפורטו, כשלעצמם, לא היה מוביל לזכוכיו של המערער. יש אף לומר כי הצלברותם של כל מחדי החקירה לא הייתה מובילה בהכרח לזכוכיו כאמור. ברם, בהצטבר מחדלי החקירה וחומרתם ובכלל זה אי עמידה על זכויותיו הבסיסיות של המערער בעת חקירתו בוגוד לחוק הנורער; הסתמכותו של בית המשפט על הסתיירות שנתגלו בין גרסתו השנייה בחלוקת המערער לפני חוקר המשטרה לבין גרסתו בבית המשפט; אי שימוש עדותה של המתלוננת בשנית לפני השופט הלמן; חוות דעתו המזוכה מפאת הספק של השופט צרפתי, לא הייתה מותיר את הרשותו של המערער על כנה.

שופט

לפייך הוחלט ברוב דעתות כאמור בפסק הדין של השופט נ' סולברג, נגד דעתו החולקת של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, ט' בשבט התש"פ (4.2.2020).

שופט

שופטת

שופט