



ע"פ 7063/14 - עמאד רבאיעה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7063/14

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז

המערער: עמאד רבאיעה

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 16.6.2014 ומיום 30.09.2014 בתפ"ח 46089-11-13 שניתן על ידי כבוד סגן הנשיא י' צבן, כב' השופט ר' כרמל, כב' השופט ר' פלדמן-פרידמן

תאריך הישיבה: ח' בתשרי התשע"ו (21.9.2015)

בשם המערער: עו"ד גבריאל טרונישוילי

בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

פסק-דין

השופטת א' חיות:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים י' צבן, ר' כרמל ו- ר' פרידמן-פלדמן) בתפ"ח 46089-11-13 אשר הרשיע את המערער בביצוע עבירות מין באישה שהסיע במוניתו (להלן: המתלוננת) וגזר עליו 4 שנים מאסר בפועל, שנה מאסר על-תנאי ופיצוי בסך 10,000 ש"ח למתלוננת.

עובדות כתב האישום

1. נגד המערער הוגש ביום 25.11.2013 כתב אישום המייחס לו עבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: החוק) ושתי עבירות מעשה מגונה בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 348(א), 345(א)(2) ו- 345(א)(4) לחוק. על פי הנטען בכתב האישום, ביום 19.11.2013 בשעות הערב יצאה המתלוננת לבלות בחברת אחד מידידה, א.מ. שמו (להלן: א.), בפאב במרכז העיר ירושלים שם שתתה משקאות משכרים. בתום הבילוי סמוך לשעה 2:30 לפנות בוקר, נכנסה המתלוננת למוניתו של המערער, התיישבה במושב הנוסע הקדמי וביקשה ממנו כי יסיע אותו לשכונת הר-נוף. המערער, אשר הציג עצמו בשם "דניאל" שאל את המתלוננת האם היא שתויה והיא השיבה בחיוב. בשלב מסוים במהלך הנסיעה נרדמה המתלוננת והמערער עצר את המונית במקום צדדי, הכניס את ידו מתחת לחצאיתה ולתחתוניה והחדיר את אצבעו לאיבר מינה. המתלוננת התעוררה באמצע מעשיו של המערער אולם הוסיפה להעמיד פני ישנה, וזוה בכיסאה וניסתה לבדוק היכן היא נמצאת מבלי שהמערער יבחין בכך. בשלב זה ראתה המתלוננת כי המערער חשף את איבר מינו ושאלה אותו לפרש מעשיו. בתגובה שאל המערער את המתלוננת האם היא "רוצה אהבה" והמתלוננת השיבה בשלילה וביקשה ממנו שייקח אותה ליעדה. המערער ניגב את ידיו במגבון לח, סגר את רוכסן מכנסיו והמשיך בנסיעה.

בשל פחדה מפני המערער, כך על פי כתב האישום, העמידה המתלוננת פנים כי לא הבחינה במעשיו ושהה להעמיד פני ישנה. משסבר המערער כי המתלוננת רדומה משך בידה וניסה להניח אותה על איבר מינו מעל מכנסיו. בתגובה משכה המתלוננת את ידה וצעקה לעברו: "מה אתה חושב שאני זונה?" ושהה ודרשה כי יסיע אותה ליעדה. בהמשך ביקש המערער מהמתלוננת כי תמסור לו את מכשיר הטלפון הנייד שלה אך המתלוננת שבה להעמיד פני ישנה והמערער הכניס את ידו מתחת לחולצתה ונגע באחד משדיה תוך שהוא מושך את חולצתה כלפי מטה ומנשק אותה בשדה השני. בתגובה, וזוה המתלוננת ועשתה עצמה מתעוררת, ומשפקחה את עיניה הבחינה כי המערער מחזיק במכשיר הטלפון הנייד שלה וביקשה ממנו פעם נוספת כי ייקח אותה ליעדה. המערער המשיך בנסיעה ושאל את המתלוננת האם "הכל בסדר" והיא השיבה לו בחיוב. לאחר מכן דרש המערער מהמתלוננת כי תשלם לו עבור הנסיעה והיא בתגובה ביקשה ממנו כי יסיע אותה לשער הפנימיה בה היא לומדת (להלן: הפנימיה). כאשר המונית הגיעה לשער הפנימיה יצאה ממנה המתלוננת מבלי לשלם, נכנסה בשער הפנימיה, ניגשה בבהלה לשומר שעמד בשער באותה עת (להלן: השומר) וביקשה ממנו לצלם את הנהג באמצעות הטלפון הנייד שהיה ברשותו. באותו הזמן יצא המערער מן המונית והחל לצעוק לעבר המתלוננת כי תשלם לו עבור הנסיעה. המתלוננת בתגובה צעקה לעבר המערער כי היא יודעת מה אירע וכי היא מתקשרת למשטרה והמערער בתגובה צעק לעברה כי הוא מתקשר בעצמו למשטרה בשל סירובה לשלם לו. זמן קצר לאחר מכן הגיעה ניידת משטרה למקום ועיכבה את המערער לחקירה.

גרסת המערער



2. במענה לאישומים נגדו טען המערער כי לאחר כניסת המתלוננת למונית הוא אמר לה כי הנסיעה תעלה 50 ש"ח ולמרות שאמרה שיש בכיסה רק 45 ש"ח הסכים להסיעה. לטענתו, המתלוננת ביקשה ממנו לעצור בדרך ליד כספומט על מנת שתוכל להשלים את הסכום החסר. עוד טען המערער כי נדף מהמתלוננת ריח של אלכוהול וכי בתחילת הנסיעה היא צחקה, שיחקה ברדיו ובכסף הקטן שהיה מונח ברכב ושאלה אותו לשמו ולמצבו המשפחתי. כמו כן, שאלה אותו המתלוננת האם יש לו משהו לעשן והוא השיב לה כי הוא אדם דתי ואינו מתעסק בכך. בנוסף, טען המערער כי בעת שהניח את ידו הימנית על ידית ההילוכים שיחקה המתלוננת עם טבעת שענד על אצבעו. לאחר מכן נרדמה המתלוננת, אולם במהלך הנסיעה התעוררה משום שביקשה להקיא. המערער טען כי הוא עצר את המונית וחיכה למתלוננת שתקיא אך לשווא. לאחר מכן נמשכה הנסיעה והמתלוננת נרדמה פעם נוספת. המערער טען כי הוא ניסה להעירה על מנת לשאול אותה לאן היא רוצה להגיע אולם היא המשיכה לישון וצחקה תוך כדי שינה. כדי לדעת מהו יעדה המדויק, נטל המערער את מכשיר הטלפון שהיה ברשות המתלוננת וביקש ממנה להתקשר למישהו ממשפחתה כדי שידריך אותו. בשלב זה כעסה עליו המתלוננת והחלה לנווט מבלי לדעת את הדרך וחזרה לישון. המערער עצר שנית את רכבו, הביא למתלוננת מים מתא המטען ושאל עובר אורח להיכן לנסוע. משהגיעו לכניסה לפנימייה בהר נוף, כך טען המערער, המתלוננת ירדה מהרכב ואמרה לו כי היא אינה מוכנה לשלם לערבי וכי אם ידרוש ממנה תשלום תתלונן נגדו כי הכה אותה, גנב ממנה והניח עליה ידיים. המערער הוסיף וטען כי רק לאחר שהגיעה המשטרה לשער הפנימייה יצאה אליו המתלוננת וזרקה לעברו את הכסף בעבור הנסיעה. לטענתו, המתלוננת הייתה שתויה לחלוטין במהלך הנסיעה ולאחריה והוא אף צילם אותה. המערער הכחיש כי נגע במתלוננת באופן מיני במהלך הנסיעה וטען כי פרט לכך שנגע בכתפה ובאמצעות מרפקו בניסיון להעירה ולשאול אותה להיכן היא רוצה להגיע לא הניח עליה את ידיו.

הכרעת הדין

3. ביום 16.6.2014 לאחר ניהול הוכחות, הרשיע בית המשפט קמא את המערער במיוחס לו בכתב האישום בקבעו כי הוכח מעל לספק סביר כי הוא הכניס את אצבעותיו לתוך איבר מינה של המתלוננת וכי לאחר מכן אף הכניס את ידו מתחת לחולצתה ונגע בשדיה.

בית המשפט קמא נתן אמון בגרסת המתלוננת בנוגע לאירועים המתוארים בכתב האישום וקבע כי אף שהיא מעוררת שאלות וקשיים כאלה ואחרים מדובר בגרסה גלויה, סדורה וקוהרנטית אשר יש בה כדי לבסס את הרשעת המערער. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער לפיה אין לתת אמון בגרסת המתלוננת בשל היותה שתויה בזמנים הרלבנטיים ועמד על כך שעל אף היותה שתויה בעת שעלתה למוניתו של המערער עלה בידי המערער למסור פרטים רבים אודות הנסיעה שאושרו גם על ידי המערער עצמו. מכאן, כך קבע בית המשפט קמא, שהמתלוננת לא הייתה שתויה עד כדי אובדן חושים והייתה מודעת למתרחש. בית המשפט הוסיף וקבע כי גרסתה של המתלוננת מקבלת חיזוק מעדותו של השומר אותה מצא בית המשפט עניינית ונטולת פניות, לפיה המתלוננת הגיעה נסערת לשער הפנימייה ומיד ציינה בפניו את המעשה המיני שעשה בה המערער. תימוכין נוספים לגרסתה של המתלוננת מצא בית המשפט קמא גם בעדותו של שוטר הסיוור שהוזעק לשער הפנימייה ורשם מזכר בו ציין כי המתלוננת הייתה נסערת וטענה באנגלית שהמערער נגע באיבר מינה, וכן בעדותו של א. אשר דיבר עם המתלוננת בבוקר שלמחרת האירוע ומסר כי הייתה נסערת מאוד וביקשה שיגיע למשטרה מבלי לומר מדוע. בית המשפט קמא קבע כי מדובר באמירות ספונטניות ואותנטיות המחזקות, כאמור, את גרסת המתלוננת.



אשר לעובדה שהמתלוננת העמידה פני ישנה במהלך הנסיעה ולא ניסתה לצאת מהמונית ולהימלט ציין בית המשפט קמא כי מעדותה של המתלוננת עולה שהיא נהגה כך על מנת שלא לחשוף בפני המערער את מודעתה למעשה שעשה בה, וזאת נוכח חששה כיצד יגיב אם תתעמת אתו בנושא לבדה באישון לילה. הסבר זה, כך קבע בית המשפט, אכן עשוי לעורר תמיהה אך עם זאת ניתן להבין מדוע העדיפה המתלוננת להגיע בשלום לשער הפנימיה על פני כל פתרון אחר וכבר נפסק לא אחת שאין לצפות מנערה שנקלעה לסיטואציה מינית במקום מבודד ובאמצע הלילה, להגיב בהיגיון צרף. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי התנהלותה של המערער במהלך הנסיעה אינה פוגמת במהימנות גרסתה. כמו כן, קבע בית המשפט קמא כי העובדה שהמתלוננת מסרה בהודעתה במשטרה כי המערער נגע בחזה ואילו במהלך העימות עם המערער ובטופס הבדיקה הרפואית טענה כי המערער רק ניסה לגעת בחזה אינה פוגמת במהימנות גרסתה. זאת, כך נקבע, משום שרק במסגרת הודעתה במשטרה התבקשה המתלוננת למסור פירוט מלא לגבי האירועים ולפיכך העובדה שמסרה במהלך העימות וטופס הבדיקה הרפואית גרסה מעט שונה אין לראות בה סתירה מהותית. באשר להיעדרן של ראיות פורנזיות להוכחת אשמתו של המערער קבע בית המשפט קמא כי אין לכך משקל של ממש שכן הלכה היא כי בבוא בית המשפט לקבוע ממצאי עובדה הדגש אינו מושם על היעדרן של ראיות כאלה ואחרות להוכחת האשמה ועל בית המשפט להתמקד ב"יש הראייתי" ובשאלה האם די בו כדי לבסס הרשעה.

אשר לגרסת המערער קבע בית המשפט כי יש בה סתירות ותמיהות. כך, למשל, סיפר המערער כי במהלך הנסיעה שיחקה המתלוננת בטבעת שענד על ידו הימנית בעת שהניח אותה על ידית ההילוכים, אך בית המשפט ציין כי מן הראיות עולה שהוא כלל אינו עונד טבעת על ידו הימנית אלא על ידו השמאלית ובמענה לתמיהת החוקרת בעניין זה הוציא המערער טבעת מכיסו וענד אותה על ידו הימנית. עוד קבע בית המשפט כי טענתו של המערער לפיה המתלוננת ביקשה ממנו לעצור ליד כספומט על מנת שתשלים את הסכום החסר לתשלום הנסיעה, היא טענה שנסתרה מתוך דבריו שלו לפיהם עוד בתחילת הנסיעה הסכים שהמתלוננת תשלם בעבור הנסיעה רק 45 ש"ח שהיו בכיסה. כמו כן, קבע בית המשפט קמא כי טענה זו הוכחה על ידי המתלוננת אשר טענה באופן ספונטאני בעדותה כי הדבר אינו אפשרי מאחר שהיא כלל אינה מחזיקה בחשבון בנק. אשר לטענתו של המערער לפיה המתלוננת צעקה עליו כי היא אינה מוכנה לשלם לו מפני שהוא ערבי קבע בית המשפט קמא כי טענה זו אינה מתיישבת עם עדותו של השומר לפיה לא שמע את המתלוננת משתמשת בביטויים מעין אלה כלפי המערער ועם העובדה שהמערער לא טען זאת בתלונה הראשונית שמסר לשוטרי הסיור שהגיע לשער הפנימיה. עוד ציין בית המשפט קמא בהקשר זה כי מעדותה של המתלוננת עולה כי היא לא ידעה כלל במהלך הנסיעה שהמערער - שהציג את עצמו בשם "דניאל" - הוא ערבי וכי שמעה על כך לראשונה מהשוטרים. בהתייחס לכך שהמערער נשאר ליד שער הפנימיה עד להגעת המשטרה קבע בית המשפט קמא כי עובדה זו מצביעה לכאורה על היעדר תחושת אשם מצדו. עם זאת, כך קבע בית המשפט, אין לייחס לכך משקל רב מדי שכן המערער סבר באותה העת כי המתלוננת שיכורה ואינה מודעת לגמרי למעשים המיניים שעשה בה. כמו כן ובהתייחס לטענתו של המערער לפיה צילם את המתלוננת בזמן הנסיעה, קבע בית המשפט כי יש לתמוה מדוע ראה המערער צורך לנהוג כך ומכל מקום טענתו בעניין זה נסתרה בהיעדרן של התמונות אותן טען כי צילם.

מטעמים אלו כולם קבע בית המשפט קמא כי יש להעדיף את גרסת המתלוננת על פני גרסת המערער והחליט להרשיע אותו בעבירות של אינוס וביצוע מעשים מגונים תוך ניצול מצב של חוסר הכרה לפי סעיפים 345(א)(4) ו-348(א) לחוק.

4. בגזר דינו מיום 30.9.2014 עמד בית המשפט קמא על חומרתה היתרה של עבירת האינוס וקבע כי המערער ניצל את המצב שהמתלוננת הייתה שרויה בו ואת האמון שנתנה בו כנהג מונית, כדי לבצע בה עבירות מין. בית המשפט קמא עמד על כך שמתסקיר נפגעת העבירה שהוגש עולה כי המתלוננת סובלת מתסמונת פוסט טראומה המקרינה על כל מישורי חייה וכי אירועי אותו הלילה הובילו אותה להתרחקות ממשפחתה, פרידה מבן זוגה ולמשבר אמון עמוק בדת ובבני אדם. לפיכך, ובהתחשב ברמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם במקרה דנן נע בין 3-7 שנות מאסר בפועל. בהתייחס לנסיבות האישיות של המערער שקל בית המשפט המחוזי לקולא את העובדה כי מדובר באדם המנהל אורח חיים נורמטיבי ללא עבר פלילי וכי בעקבות מעשיו נפגעה משפחתו ונפגעה פרנסתו. כמו כן, ציין בית המשפט קמא כי המערער התנצל על מעשיו. בהתחשב בנסיבות אלו ובתקופה הממושכת בה שהה המערער במעצר בית, גזר בית המשפט על המערער עונש של 4 שנות מאסר בפועל, שנה מאסר על תנאי ותשלום פיצוי למתלוננת בסך 10,000 ש"ח.

המערער הגיש ערעור על פסק-דינו של בית המשפט קמא. בד בבד עם הערעור הגיש בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר שהוטל עליו וביום 27.4.2015 קיבל בית משפט זה (כב' השופט ח' מלצר) את הבקשה והורה על עיכוב ביצוע עונש המאסר עד להכרעה בערעור.

תמצית טענות הצדדים

5. המערער שב וכופר במעשים המיוחסים לו בכתב האישום ולטענתו השאלות והקשיים העולים מעדותה של המתלוננת מקימים ספק סביר באשר לאופן התרחשות האירועים ומצדיקים את זיכוי מן העבירות בהן הורשע. לשיטת המערער בית המשפט קמא לא נתן את המשקל הראוי לשכרותה של המתלוננת בזמנים הרלבנטיים ולעובדה כי אינה זוכרת פרטים רבים מהאירוע והוא סבור כי מצבה של המתלוננת מחזק את גרסתו לפיה התנהגה באופן לא מכובד. מכל מקום, המערער סבור כי עדותה של המתלוננת רצופה תמיהות וקשיים גם בהתעלם ממצב השכרות שבו הייתה נתונה. אשר להרשעתו בכך שנגע בחזה של המתלוננת טוען המערער כי המתלוננת מסרה שלוש גרסאות שונות בעניין זה. פעם טענה כי נישק אותה בחזה, פעם כי ניסה לנשק אותה בחזה ופעם כי ניסה לגעת לה בחזה. עוד טוען המערער כי גרסתה של המתלוננת בקשר לנגיעות בחזה היא בלתי סבירה שכן מהתיאור שמסרה עולה כי המערער אחז בידו האחת את מכשיר הטלפון הנייד שלה, בידו השנייה נגע בשדה הימני תוך שהוא מנשק אותה בשדה השמאלי - וכל זאת במהלך הנסיעה ובעודה לבושה במספר שכבות ביגוד. בהקשר זה מוסיף המערער וטוען כי אין מקום להרשיעו בעבירת מעשה מגונה תוך ניצול מצב של חוסר הכרה שכן בית המשפט קמא קבע כי בעת ביצוע המעשה הנתען המתלוננת הייתה בשליטה מלאה חרף שכרותה ורק העמידה פני ישנה.

6. כמו כן טוען המערער כי שגה בית המשפט משקיבל את גרסתה התמוהה של המתלוננת לפיה העמידה פני ישנה כיוון שפחדה מתגובת המערער אם ידע כי היא מודעת לכך שביצע בה מעשים מיניים. זאת, כך טוען המערער, משום שלגרסת המתלוננת בשלב מסוים בנסיעה ועוד בטרם ביצע בה את המעשה המגונה המיוחס לו היא צעקה לעברו "מה אתה חושב שאני זונה" והדבר



מוכיח כי הבינה שהוא יודע כי היא מודעת לכוונותיו המיניות ולא חששה מפניו. עוד טוען המערער כי אין זה סביר כלל וכלל שביצע במתלוננת עבירות מין ואילו היא לא הביעה כל התנגדות, העמידה פני ישנה ואף לא ניסתה להימלט ממנו הגם שהיו לה הזדמנויות לעשות כן. בנוסף, טוען המערער כי אין היגיון בטענת המתלוננת לפיה רק העמידה פני ישנה מאחר שלשיטתה שלה המערער ביצע בה מעשים מיניים רק בעת שישנה. חיזוק נוסף לגרסתו מוצא המתלונן בכך שלא נמצאו ראיות פורנזיות להוכחת אשמתו - הן במגבון המשומש שנמצא ברכבו, הן בציפורניו והן בבדיקה הגופנית שנערכה למתלוננת. זאת למרות שממצאים אלה נלקחו מיד לאחר קרות האירוע ומבלי שניתן היה לחבל בהם. נוסף על כך טוען המערער כי שגה בית המשפט בהתעלמו מפגמים מהותיים שנפלו בחקירת המשטרה בעניינו אשר פגעו ביכולתו להוכיח את חפותו. מטעמים אלו סבור המערער כי אין די בתשתית הראייתית שהונחה כדי להוכיח את אשמתו מעל לכל ספק סביר וכי יש להורות על זיכויו מהעבירות המיוחסות לו.

לחלופין סבור המערער כי ככל שהכרעת הדין תיוותר על כנה יש מקום להפחית מן העונש שגזר עליו בית המשפט קמא. המערער מדגיש כי המעשים שביצע לא לוו באלימות וכי גם לגרסת המתלוננת הפסיק אותם מיד כשהביעה התנגדות ולפיכך מעשיו הם ברף חומרה נמוך. כמו כן מדגיש המערער כי הוא נשוי ואב לילדים וכי היה נתון במעצר יותר מחודש ובמעצר בית מלא במשך שנה וחצי.

7. המדינה טוענת מנגד כי הכרעת הדין המרשיעה מבוססת על ממצאי מהימנות מובהקים אשר בהם, ככלל, אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב. המדינה מוסיפה וטוענת כי המתלוננת מסרה הסבר הגיוני ומשכנע להתנהלותה במהלך הנסיעה ולשיטתה, נוכח העובדה כי מדובר בעולה חדשה מארה"ב שמצאה את עצמה לבדה בשעת לילה ברכבו של מי שאינה יכולה לצפות את התנהגותו, ניתן להבין מדוע נהגה כפי שנהגה. כמו כן טוענת המדינה כי הסבריה של המתלוננת מתאפיינים גם בהגיון סובייקטיבי כמי שהאמינה כי כל עוד לא תיצור פרובוקציה המערער לא יהווה סיכון עבורה. המדינה מוסיפה ומציינת כי לגרסתה של המתלוננת נמצאו תימוכין בעדויותיהם של א., השומר, ושומר הסיור שהגיע לשער הפנימיה ולשיטתה מצבה הנפשי הנסער של המתלוננת לאחר האירוע ותלונתה הספונטאנית בפני השומר מיד עם הגיעה לשער הפנימיה, מחזקים מאוד את גרסתה. כמו כן, מדגישה המדינה כי המתלוננת ידעה למסור פרטים רבים לגבי הנסיעה שקיבלו אישור בדברי המערער עצמו ובראיות חיצוניות ומכאן שבדין קבע בית המשפט קמא כי על אף שכרותה הייתה המערערת מודעת למתרחש סביבה.

חיזוקים נוספים למהימנות המתלוננת מוצאת המדינה בכך שהיא לא ניסתה "להשחיר" את המערער ולהפריז בתיאור מעשיו, הייתה כנה בקשר להיותה שתויה והודתה ביושר כי אינה זוכרת פרטים מסוימים. עוד טוענת המשיבה כי אין ולא היה למתלוננת כל מניע להעליל על המערער ואף בכך יש כדי לחזק את אמינותה. באשר לטענת המערער לפיה מסרה המתלוננת גרסאות שונות בכל הנוגע לנגיעות בחזה, טוענת המדינה כי בחקירתה הראשונה מסרה המתלוננת כי המערער נגע ונישק אותה בחזה וכי נתנה הסבר מניח את הדעת לאמירותיה המאוחרות לפיהן היה מדובר בניסיון בלבד. מכל מקום מוסיפה המדינה וטוענת כי סתירות אלה אינן יורדות לשורש גרסת המתלוננת ואין בהן כדי לשנות את הגדרת מעשיו של המתלוננת כעבירות מושלמות של מעשה מגונה. עוד טוענת המדינה כי בניגוד לטענת המערער לפיה לא נמצאו ראיות פורנזיות להוכחת אשמתו, מטופס הבדיקה הרפואית של המתלוננת עולה כי סביב קרום בתלויה נמצא אודם ומכל מקום, אין בהיעדרם של ממצאים פורנזיים כדי לתמוך בגרסת המערער. המדינה אף סבורה כי בצדק דחה בית המשפט את גרסתו של המערער לפיה המתלוננת בדתה את תלונתה ממניע גזעני ומשום שלא רצתה לשלם עבור הנסיעה והיא מפנה בטיעוניה בהרחבה לסתירות שמצא בית המשפט בגרסה זו. לבסוף טוענת המדינה כי טענות המערער בכל הנוגע למחדלי חקירה אף הן דינן להידחות.



8. בחוות הדעת מיום 19.8.2015 שהגיש המרכז להערכת המסוכנות לקראת הדיון בערעור צוין בין היתר, כי המערער אינו לוקח אחריות על העבירה בגינה הורשע ובעקבות כך אינו מגלה אמפטיה לקורבן או תובנה לנזק שנגרם לה. בשל הכחשתו זו וגישתו ההגנתית צוין כי לא ניתן לעמוד באופן מהימן על המניעים שהובילו לביצוע העבירה. לאחר שכלול גורמים נוספים וביניהם העובדה שההליך הפלילי משמש כגורם הרתעה עבור המערער קבע המרכז להערכת מסוכנות כי רמת מסוכנותו המינית של המערער הינה נמוכה-בינונית.

9. ביום 24.9.2015 ובהמשך לדיון שהתקיים בערעור ביום 21.9.2015, הודיעה המדינה כי היא סבורה שיש מקום לזכות את המערער מביצוע מעשים מגונים תוך ניצול מצב של חוסר הכרה לפי סעיפים 348(א) ו- 345(א)(4) לחוק ולהרשיעו חלף זאת בעבירה של ביצוע מעשים מגונים לפי סעיף 348(ג). בהודעתה מציינת המדינה כי לאחר בחינת נסיבות המקרה והוראות החוק הרלוונטיות היא הגיעה למסקנה כי לא היה מקום לקבוע כי בעת ביצוע המעשים המגונים על ידי המערער הייתה המתלוננת שרויה במצב שמנע ממנה לתת את הסכמתה החופשית. המדינה סבורה כי אין בשינוי סעיף העבירה בו הורשע המערער כדי להשפיע בהכרח על העונש שנגזר עליו שכן ליבת האירוע נעוצה במעשה האינוס שבו הורשע ולגביו אין כל שינוי. עם זאת, מסכימה המדינה להפחתה סמלית בעונשו של המערער משום שהעונש המרבי בגין העבירה העדכנית בה היא מבקשת להרשיע את המערער נמוך מן העונש בגין העבירה בה הורשע בבית המשפט המחוזי. המערער מצדו ממשיך לטעון לחפותו ועומד על כל טענותיו בערעור.

דיון והכרעה

אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ואת מכלול הראיות הצריכות לעניין, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל בחלקו, כפי שיפורט להלן.

10. הלכה פסוקה היא כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים המצדיקים זאת. עוד נפסק, כי כלל זה כוחו יפה במיוחד בערעורים על פסקי דין העוסקים בעבירות מין אשר מעצם טיבם מתבססים בעיקר על גרסאות שני המעורבים בפרשה שהוצגו בפני הערכאה המבררת, אם כי במקרים כאלה נדרש בית המשפט לבחון בקפדנות יתרה את מסקנותיה (ראו למשל: ע"פ 4487/10 גלילי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (6.11.2012) (להלן: עניין גלילי); ע"פ 5714/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (1.9.2010)). על הרציונל שביסוד ההלכה לפיה לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה המבררת בכלל ובתיקי עבירות מין בפרט, עמדתי בע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419 (2004):

"במקרה כזה [עדות נפגע עבירת מין] מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר לעתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן - כל אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר (שם, עמוד 426)".

המקרה שבפנינו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים בהם יש הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור בקביעותיה של הערכאה המבררת. הרשעתו של המערער בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ניצבת על אדנים מוצקים והיא נסמכת בעיקרה על עמוד 7



עדויות של המתלוננת אותה מצא בית המשפט מהימנה ומשכנעת, וכן על עדויות התומכות ומחזקות גירסה זו. הדין הישראלי מאפשר לבסס את הרשעתו של נאשם בעבירות מין גם על עדות יחידה של המתלוננת ובלבד שבית המשפט יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו (סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות; ע"פ 8031/13 שדרין נ' מדינת ישראל, פסקה 34 וההפניות שם (22.7.2015) (להלן: עניין שדרין)). במקרה דנן לא יכולה להיות מחלוקת על כך שבית המשפט המחוזי עמד בחובה המוטלת עליו בהקשר זה ואף, שכאמור, די במתן אמון מלא ומנומק בגרסת נפגע עבירת המין על מנת למלא אחריה (ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (16.7.2007) (להלן: עניין פלוני 2007)) בענייננו מצא בית המשפט תימוכין וחיזוק למסקנה שאליה הגיע בראיות נוספות שהוצגו (עדויותיהם של השומר, השוטר וא.).

המערער מבקש לקעקע את גרסת המתלוננת בטענה כי היא רצופת קשיים וחסרת היגיון ועל כן אין בה כדי לבסס את הרשעתו. בעניין זה אקדים ואומר את שכבר נפסק לא אחת כי אין די בתמיהות או פרכות שאינן בלב העדות, אפילו אינן מעטות, על מנת להצדיק התערבות בממצאיה של הערכאה המבררת ועל המבקש לערער על ממצאי מהימנות להצביע על עובדות אשר יש בהן כדי להראות שלא היה ביכולתה של הערכאה המבררת להגיע אל הממצאים אותם קבעה (ראו: ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 16 וההפניות שם (3.9.2015)).

לא זה המקרה בענייננו.

11. בית המשפט קמא קבע כי עדותה של המתלוננת אמינה בציינו כי "ההסבר שנתנה [המתלוננת] להעמדת הפנים עשוי לעורר תמיהה, אך הסברה על פחדיה ואי הידיעה כיצד יגיב הנאשם הוא אפשרי והגיוני, שכן היא לבדה באישון לילה עם גבר זר". כבית המשפט המחוזי אף אני סבורה כי אין בהסבריה או בהתנהגותה זו של המתלוננת כדי לפגום במהימנות עדותה. הטענות המועלות מצד המערער לפיהן בסיטואציה שבה הייתה המתלוננת נתונה סביר היה שהמתלוננת תנהג כך ולא אחרת הן במידה רבה "חוכמה שלאחר מעשה" וניסיון לנתח בדיעבד באופן רציונלי ובקור-רוח את הסיטואציה הטראומטית שבה הייתה המתלוננת נתונה. בהינתן הנסיבות שבהן מצאה עצמה המתלוננת אני סבורה כי הדרך שבה נהגה מתוך רצון להגיע למקום מבטחים בשעה לילה מאוחרת אפילו במחיר של פגיעה בה, אינה משוללת הגיון ומקובלת עליי מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי רצון זה הוא שהנחה אותה שעה שבחרה להסתיר מפני המערער את מודעותה למעשיו המיניים. בהתאם לתפישתה את המתרחש באותם רגעים קשים בהם הותקפה, גילתה המתלוננת למעשה תושייה לא מבוטלת והחליטה להגיע לפנימייה תוך שימוש בתחבולה ורק אחר כך להתלונן על הפגיעה שחוותה. בחקירתה של המתלוננת הקשתה עליה התובעת בעניין זה וניסתה לבחון מדוע לא הגיבה לנגיעותיו של המערער, והמתלוננת ענתה:

"כי אני לא רציתי שהוא יחשוד בי. רציתי רק לחזור לפנימייה. וכבר הייתה לי תוכנית איך לעשות את זה. רציתי לוודא שאני אחזור בביטחון" (פרוטוקול הדיון מיום 19.2.2014, עמוד 15, שורה 8 - ההדגשה אינה במקור).

האותנטיות של גרסת המתלוננת בהקשר זה באה לידי ביטוי גם בכך שהיא אינה מגזימה ב"השחרת המערער" ומתארת אותו בציינה כי על פי תפישתה הסובייקטיבית הוא "סוטה" ולא "אנס", אך בעיניה התנהגותו עשויה הייתה להיות בלתי צפויה אם יגלה שהיא מנסה לקרוא לעזרה:



"לא חשבתי שהוא אנס. חשבתי שהוא סוטה ויש הבדל גדול. אבל כשאנשים פוחדים שהם יסתבכו הם נעשים אלימים. ולא ידעתי מה הוא יעשה אם הוא יגלה שאני מנסה לקרוא למשטרה" (פרוטוקול הדיון, עמוד 27, שורה 10).

12. המתלוננת פרשה את גרסתה באשר להתרחשויות המתוארות בכתב האישום באופן עקבי למדי - החל מתלונתה הספונטנית בפני השומר ובפני שוטר הסיוור שהגיע לשער הפנימייה, דרך חקירתה בתחנת המשטרה, המשך בעימות שנערך לה עם המערער וכלה בעדותה בפני בית המשפט קמא. חיזוק לגרסת המתלוננת מצא בית המשפט, בצדק, בעדויותיהם של השומר ושל שוטר הסיוור. מעדותו של השומר עולה כי המתלוננת הגיעה נסערת לשער הפנימייה ואף ביקשה ממנו מיד לצלם את המערער. כמו כן, העיד השומר כי המתלוננת סיפרה לו מיד שהמערער פגע בה מינית ואמרה לו בשפת אמה: "He felt me up with his fingers". נוסף על כך, מדו"ח הפעולה שמילא שוטר הסיוור (ת/3) כמו גם מעדותו עולה כי המתלוננת מסרה בתלונתה הראשונה מיד לאחר האירוע כי המערער החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה. תלונה מיידית ואוטנטית זו יש בה אכן כדי לחזק את אמינותה של המתלוננת ולהעיד על תחושותיה הקשות "בזמן אמת" בשל מעשי המערער אותם חשפה ללא השתהות עת הגיעה סוף סוף לשער הפנימייה בו ראתה "מקום מבטחים" (ראו: עניין שידרין, פסקה 33). טענתו של המערער מנגד לפיה המתלוננת ביקשה להעליל עליו כי ביצע בה מעשים מיניים על מנת להתחמק מתשלום בעבור הנסיעה או בשל מניעים גזעניים נדחתה, ובצדק, על ידי בית המשפט המחוזי. ראשית, אין זה סביר כלל וכלל כי המתלוננת הייתה יכולה להמציא מיד עם ירידתה מן המונית סיפור כה מפורט באשר למעשיו ושנית, לא היה לה על פני הדברים וכפי העולה מן הראיות מניע כלשהו לעשות כן.

13. כמו כן, לא מצאתי ממש בטענותיו של המערער בכל הנוגע לסתירות לכאורה בגרסתה של המתלוננת בעניין המעשה המגונה שביצע בה. מקובלת עליי בעניין זה עמדת המדינה כי אין מדובר בסתירות מהותיות ודאי לא כאלה העשויות לפגום באמיתות 'הגרעין הקשה' של גרסת המתלוננת ולהציגה כבלתי גיונית או בלתי סבירה (ראו והשוו: עניין פלוני 2007, פסקה 14). זאת ועוד, כבר עמדתי לעיל על כך שאין מקום לבחון ב"תבונה שלאחר מעשה" ובפלס הגיון של "האדם הסביר" את התנהגותו של נפגע עבירה, במיוחד בעבירות מין וכן על כך שלעיתים התגובה של נפגע העבירה עשויה להראות תמוהה ובלתי רציונלית בעיני הסובבים אותו אך בכך בלבד אין, בהכרח, כדי לפגום במהימנותו (ראו והשוו למשל: עניין גלילי, פסקה 27; ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (25.1.2007)). המערער מוסיף וטוען כי אין מקום להסתמך על עדותה של המתלוננת גם מן הטעם שהייתה שיכורה בעת האירוע. אין בידי לקבל טענה זו. מהתנהגותה של המתלוננת לאורך הנסיעה ומתפקודה מיד עם רדתה מן המונית עולה כי היא שלטה במעשיה והייתה מודעת למתרחש סביבה ובצדק ציין בית המשפט המחוזי כי המתלוננת זכרה פרטים שונים התואמים את גרסתו של המערער והדבר מבסס את המסקנה אליה הגיע בית המשפט ולפיה שכרותה לא טשטשה את אשר זכרה בבירור מאירועי אותו הלילה.

14. אל מול גרסתה הקוהרנטית של המתלוננת ניצבת גרסה בעייתית שהציג המערער. ראשית, תלונתו הספונטנית של המערער כפי שעולה מדו"ח הפעולה של שוטר הסיוור שהגיע לשער הפנימייה אינה מתיישבת עם גרסתו המאוחרת לפיה המתלוננת סירבה לשלם לו ממניעים גזעניים והטיחה בו כי הוא ערבי. מדו"ח הפעולה עולה לעומת זאת כי המערער מסר שהמתלוננת סירבה לשלם לו על נסיעתה והייתה שתויה וכי זו הסיבה שהיא מסרבת לשלם לו - זאת ותו לא. רק באמירתו במשטרה, שעות ספורות לאחר האירוע אמר המתלונן לראשונה כי "כאשר הגיעה המשטרה... אמרתי לשוטר ראיתי? והיא התחילה לצעוק ערבי גנב אותי, ערבי הרביץ לי... היא אמרה לי ערבי מסריח אתה לא שווה שקל אחד לך תעבוד בעזה". ואולם, מעדותו של שוטר הסיוור שנכח במקום, כמו גם מעדותו של השומר עולה כי השניים כלל לא שמעו את המתלוננת מטיחה דברים כאלה במערער. יתרה מכך, מעדות



המתלוננת עולה כי בעת שירדה מן המונית היא לא ידעה כלל כי המערער ערבי. שנית, בניגוד לעדותו בבית המשפט בה הכחיש המערער כי בינו ובין המתלוננת היה מגע כלשהו למעט ניסיונו להעיר אותה בעזרת המרפק, אמר המערער בחקירתו בתחנת המשטרה שעות ספורות לאחר האירוע: "היא זרקת את עצמה עליי ואז כמעט עשיתי תאונה...". שלישית, לפי גרסתו של המערער, המתלוננת ביקשה שיעצור לה על יד כספומט על מנת שתוכל להשלים את מלוא התשלום הנדרש עבור הנסיעה בעוד שלדברי המערער עצמו הוא הסכים להסיע את המתלוננת תמורת הכסף שהיה בכיסה (45 ש"ח). כמו כן, עולה מעדות המתלוננת כי היא כלל אינה מחזיקה בחשבון בבנק. על סתירות מהותיות אלה שהובאו בתמצית לעיל עמד גם בית המשפט המחוזי, ובצדק הסיק מהן כי גרסתו של המערער אינה מעוררת אמון ואין בה כדי להקים ספק סביר באשר לגרסה שהציגה המתלוננת.

15. היעדרן של ראיות פורנזיות אף הוא אין בו כדי לסתור את גרסתה של המתלוננת ומקובלים עליי בהקשר זה טעמיו של בית המשפט המחוזי בציינו כי על פי ההלכה הפסוקה כוחן של ראיות מסוג זה הוא בהימצאותן ולא בהעדרן (ראו: ע"פ 8798/12 נבון נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (30.7.2013)). יתרה מכך, הימצאותו של מגבון משומש במונית של המערער יש בה כדי לחזק במידת מה את גרסת המתלוננת, גם אם לא נמצאה בו כמות מספקת של החומר הנדרש לצורך בדיקה מלאה של די.אנ.אי. כמו כן, בסיכום הממצאים של הבדיקה הקלינית שנערכה למתלוננת מיד לאחר חקירתה הראשונה בתחנת המשטרה נכתב כי "הבדיקה תקינה, למעט אודם" באיבר המין. על כן טענת המערער להעדר ראיות פורנזיות כלשהן אינה מדויקת. הטענות שהעלה המערער בעניין קיומם של מחדלי חקירה אף הן אינן מצדיקות התערבות בהכרעת דינו של בית המשפט קמא, שכן המחדלים הנטענים על ידו אינם מעלים חשש שמא קופחה הגנתו (ראו והשוו: ע"פ 8529/11 אטרקשייב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (24.5.2012)).

16. בשל כל האמור לעיל אני סבורה כי בדין נתן בית המשפט קמא אמון בגרסתה של המתלוננת והעדיף אותה על פני גרסת המערער ולא מצאתי כי יש מקום להתערב במסקנתו המרשיעה. עם זאת, נוכח העובדה שלגרסתה של המתלוננת עצמה היא הייתה ערה בעת ביצוע המעשים המגונים בהם הורשע המערער (להבדיל ממצבה בעת ביצוע מעשה האינוס), ובשים לב לשינוי שחל בעמדת המדינה בעניין זה כמפורט בהודעתה מיום 24.9.2015, יש מקום להורות על זיכוי של המערער מהרשעתו בעבירה של ביצוע מעשים מגונים תוך ניצול מצב של חוסר הכרה לפי סעיפים 348(א) ו- 345(א)(4) לחוק, ולהרשיעו חלף זאת בעבירה של ביצוע מעשים מגונים לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין.

17. אשר לערעור על גזר הדין.

בית משפט זה כערכאת ערעור אינו נוהג להתערב בגזר דינה של הערכאה קמא, להוציא מקרים חריגים בהם העונש שהוטל החורג באופן משמעותי ממדיניות הענישה הנוהגת או הראויה. עוד נפסק לא אחת כי מדיניות הענישה בכל הנוגע לעבירות מין ראוי לה, ככלל, כי תהא מחמירה (עניין שדרין, פסקה 38 וההפניות שם). במקרה דנן ניצל המערער את האמון שנתנה בו המתלוננת כנהג מונית ואת העובדה שהייתה שתויה ובעודה ישנה במוניתו החדיר את אצבעותיו לגופה. לאחר מכן חיכה המערער עד שסבר כי נרדמה שוב וביצע בה מעשים מגונים נוספים. הדעת אינה סובלת כי נוסע או נוסעת לא יוכלו לחוש בטוחים בהזקקם למונית ויחששו שמא הם עלולים ליפול קורבן ל אלימות מינית מצד הנהג. המתלוננת במקרה זה, כפי שעולה מתסקיר נפגעת העבירה, נותרה חבולה בנפשה, חיה לא שבו למסלולם ויש להניח שיחלוף זמן רב עד שתשתקם ותתאושש מן האירוע הטראומתי שחוותה. באשר לנסיבות האישיות של המערער אלה הובאו בחשבון על ידי בית המשפט קמא בעת מתן גזר הדין ולא ראיתי כי יש בהן כדי להצדיק הקלה נוספת בעונש.



עם זאת בעקבות הודעת המדינה בשלב הערעור ונוכח זיכוי של המערער מעבירה של ביצוע מעשים מגונים לפי סעיף 348(4) לחוק בנסיבות מחמירות לפי סעיף 345(א)(4) והרשעתו בעבירה של ביצוע מעשים מגונים לפי סעיף 348(ג) לחוק, מצאתי כי יש מקום להפחתה מסוימת בעונש המאסר שהוטל על המערער.

אציע, אפוא, לחבר"י כי עונשו של המערער יופחת ויועמד על 40 חודשי מאסר בפועל ואילו יתר חלקי גזר הדין, לרבות הפיצוי שהושת על המערער, יותרו בעינם.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

המערער יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 2.12.2015 עד השעה 10:00 בבית סוהר ניצן, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

ניתן היום, ז' בכסלו התשע"ו (19.11.2015).

