



ע"פ 1778/20 - סמיר אבו גודה נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1778/20

לפני:

כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

סמיר אבו גודה

המערער:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט
המחוזי בבאר שבע (השופטים א' ואגו, א' אינפלד ו-א'
חזק) בתפ"ח 54153-08-17 מיום 24.9.2019 ומיום
23.1.2020

י"ט באדר התשפ"א (3.3.2021)

תאריך הישיבה:

עו"ד ארז שלו

בשם המערער:

עו"ד עינת גדעוני

בשם המשיבה:

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (השופטים א' ואגו, א' אינפלד ו-א' חזק) בתפ"ח 54153-08-17 מיום 24.9.2019 ומיום 23.1.2020 במסגרתם הורשע המערער בעבירות של אינוס תוך גרימת חבלה גופנית



(עבירה לפי סעיף 345(ב)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק)) ובניסיון למעשה סדום (עבירה לפי סעיף 347(ב) לחוק בנסיבות סעיף 345(א)(1) וסעיף 25 לחוק) וזוכה מעבירה של שיבוש הליכי משפט, ונגזרו עליו, בין היתר, 9 שנות מאסר בפועל.

עיקרי כתב האישום וגרסת המערער

1. ביום 12.8.2017, בלילה שבין יום שישי ליום שבת, יצאה א.מ. (להלן: המתלוננת), ילידת 1997, חיילת בשירות חובה, יחד עם מספר חברות, ביניהן חברתה נ.א. לבלות במועדון "הפורום" בבאר שבע (להלן: המועדון). המתלוננת ונ.א. שתו אלכוהול בביתה של נ.א. טרם יציאתן והוסיפו לשתות במועדון. בסמוך לשעה 03:00 התפנתה המתלוננת בתא שירותי הנכים בשירותי הנשים במועדון. דקות ספורות לאחר מכן הבחינה כי איבדה את ארנק "תעודת החוגר" הצה"לית שלה, שבתוכו החזיקה גם כרטיס אשראי וכסף מזומן (להלן: תעודת החוגר או התעודה). היא עדכנה בכך את חברותיה, שסייעו לה בחיפושים אך הן לא מצאו את התעודה.

2. המתלוננת פנתה למערער, עובד ניקיון במועדון, שהיה העובד הראשון שנקרה בדרכה, וסיפרה לו על אובדן התעודה. במעמד זה מסרה למערער את מספר הטלפון הנייד שלה כדי שיתקשר אליה אם התעודה תימצא. לאחר כחצי שעה התקשר המערער אל המתלוננת ואמר לה שמצא את תעודת החוגר ושתבוא אליו אל שירותי הנשים כדי לקבלה. המתלוננת הגיעה לאזור השירותים ופגשה שם את המערער. החל מנקודת זמן זו נבדלות גרסאות הצדדים באשר להמשך השתלשלות האירועים.

3. על פי כתב האישום, המערער הוביל את המתלוננת לתוך תא שירותים וסגר את הדלת מבפנים, בעודו אוחז ביד אחת את תעודת החוגר שמצא. המתלוננת חטפה מידו את התעודה והכניסה אותה לכיס מכנסיה. המערער החל לנשקה על שפתיה ולא עצר גם כשאמרה שאינה רוצה בכך וניסתה להדוף אותו ממנה. הוא הפשיל מטה את מכנסיה ותחתוניה, חשף את איבר מינו, סובב את המתלוננת כשהוא אוחז בזרועותיה אף שאמרה לו שוב ושוב שאינה רוצה בכך, וניסה בכוח, מספר פעמים, להחדיר את איבר מינו לפיה הטבעת שלה. המתלוננת הצליחה להיחלץ מאחיזתו של המערער ולהסתובב עם פניה אליו והמערער החדיר את איבר מינו לאיבר מינה, חרף התנגדותה אשר כללה גם נשיכת המערער בחזהו, עד שבא לסיפוקו. במעשיו גרם המערער למתלוננת כאבים עזים וחבלה באיבר מינה ובידה. המתלוננת הדפה בשלב זה את המערער לאחור, יצאה מחדר השירותים, סידרה את לבושה והזעיקה בטלפון הנייד את חברתה נ.א. לעזור לה. השתיים עזבו את המועדון לביתה של חברה אחרת ומשם הגיעה המתלוננת עם נ.א. בשעת בוקר מוקדמת לבית החולים סורוקה כשהיא סובלת מכאבים. בבית החולים אובחנו אצלה שטף דם תת עורי באמת יד ימין, שריטה קטנה בנרתיק ושטף דם תת-רירי. בבדיקה נמצא זרעו של המערער על תחתוניה של המתלוננת וכן תאי זרע שלא שויכו לאיש בנרתיקה.

4. עוד נטען בכתב האישום כי המערער ביצע מספר פעולות בטרם הסגיר את עצמו למשטרה כדי להקשות על חקירת המשטרה וכדי לשבש הליכים. עם סיום המשמרת במועדון, נסע המערער מלווה באשתו ובאמו וסיפר להן כי מיהי שיכורה נשכה אותו בחזה בזמן העבודה וכאשר הגיע המערער לחקירתו במשטרה הציג אדמומיות בחזהו, אשר לא צולמה על ידי חוקרי המשטרה. כמו כן, הוא מחק ממכשיר הטלפון הנייד שלו את כל התקשורת עם המתלוננת וסיפר לגיסו, שהביאו לתחנת המשטרה, כי בזמן העבודה במועדון רב עם בחורה שנתנה לו אגרוף והוא בתגובה דחף אותה. כן מסר המערער לגיס את מספר הטלפון הנייד של המתלוננת וביקש שידבר איתה כדי להגיע להסדר כלשהו. הגיס אכן התקשר למתלוננת, ביקש לברר מה קרה בינה לבין המערער ושב וחזר על הצעה לדבר ולהגיע להסדר כלשהו עמו.



5. בחקירותיו הראשונות במשטרה הכחיש המערער כל קשר מיני בינו לבין המתלוננת, אך בהמשך, בתשובתו לכתב האישום ובעדותו בבית המשפט לא הכחיש אינטראקציה מינית בינו לבינה. לטענתו המתלוננת הגיעה ונכנסה מרצונה החופשי לתא השירותים והיא זו שיזמה ועודדה אקט מיני בין השניים. המתלוננת "התנפלה" עליו, נשכה ונישקה אותו. היא חפצה לקיים עמו יחסי מין ואף הפשילה מכנסיה. המערער הוציא את איבר מינו מרוכסן מכנסיו וכאשר שמע ממנה כי היא במחזור, ביקש לקיים עמה יחסי מין אנאליים. לאחר שהמתלוננת סירבה לכך, היא הביאה אותו לסיפוק באמצעות ידיה והוא שפך את זרעו בתחתוניה. המערער גם הכחיש כל ניסיון לשבש הליכי חקירה או משפט וטען כי נסע לחברון עם אשתו לצורך בדיקה רפואית ולא היה לו חלק בשיחה כלשהי של גיסו עם המתלוננת.

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

6. בהכרעת דינו ציין בית המשפט המחוזי שמרבית ההתרחשויות המפורטות בכתב האישום אינן במחלוקת בין הצדדים. המחלוקת העובדתית מתמקדת בפרק הזמן בין כניסת המתלוננת לתא השירותים ועד ליציאתה משם. מה שהתרחש באותו פרק זמן מתואר רק מפי שני הנוכחים באירוע – המתלוננת והמערער. הראיות האובייקטיביות, המאששות מגע מיני ופיזי כלשהו בין השניים – שרידי הזרע של המערער על תחתוניה של המתלוננת וסימן נשיכה בחזה המערער – יכולות להתיישב הן עם גרסת המתלוננת והן עם הסבריו של המערער, ברמת סבירות כזו או אחרת. על כן, ההכרעה תקום ותיפול על מידת האמינות אשר תיוחס על ידי בית המשפט לכל אחת מהגרסאות שהוצגו.

7. עוד בטרם הערכת מהימנותם של המערער והמתלוננת, ציין בית המשפט כי ניסיון החיים והשכל הישר מקשים על אימוץ גרסתו של המערער. למתלוננת היה מניע מובהק ואינטרס ברור באינטראקציה עם המערער באותו הלילה, שאינם קשורים לרצון במגע מיני עמו. לאחר אובדן תעודת החוגר, היא חפצה לקבלה חזרה מידי המערער, עובד הניקיון במועדון שמצא אותו, אדם שאין לה עמו היכרות מוקדמת ושאלה בו כל עניין אישי. קביעת הפגישה עמו, אף אם נערכה במקום לא אופייני – בשירותי המועדון, אינה בלתי הגיונית. זאת משום ששם איבדה המתלוננת את תעודת החוגר, באזור זה פגשה את המערער כאשר חיפשה את התעודה ושם היא נמצאה.

8. מנגד, הפניות המקדימות בטלפון מצד המערער יכולות להצביע על עניין שהתעורר אצלו במתלוננת, שלא באופן ספונטני ובעת הפגישה בתא השירותים, אלא קודם לכן. התקשרויות אלה אף יכולות להעיד על ראשית תכנון מקדים מצד המערער ליצירת קשר עם המתלוננת, המלמדת על חריגה מייעודה התמים של פגישה לשם החזרת תעודת חוגר. ניסיון החיים מלמד כי גרסת המערער, לפיה המתלוננת, חיילת צעירה, המבלה במועדון יחד עם חברותיה, נפגשת עם עובד הניקיון, שמצא את החוגר שאיבדה ועמו אין לה כל היכרות, "התנפלה" עליו, נשכה אותו וחפצה לכפות עליו קיום יחסי מין, בעודה מצויה במחזור חודשי, ומשאינו נעתר לה היא מחליטה להביאו לסיפוקו באמצעות ידיה, אינה סבירה. גרסת המערער היא גרסה אפשרית, אך היא קשה לאימוץ, וסבירותה היחסית אל מול זו של גרסת המתלוננת נמוכה.

9. כמו כן, בכל הנוגע למהימנות גרסאותיהם של השניים, הגרסה הסופית שמסר המערער להתרחשות האירועים היא גרסה כבושה. עד לשלהי הודעתו במשטרה מיום 20.8.2017, מסר המערער גרסה שונה לחלוטין מגרסתו הסופית, גרסה שאין לה הקשר מיני כלשהו. כאמור על פי גרסתו הראשונית, המתלוננת נקטה כלפיו באלימות ואף נשכה אותו, ללא כל פרובוקציה מצדו. הגרסה



הסופית התגבשה לקראת סוף גביית הודעתו במשטרה, ומשלב זה החל המערער לטעון כי אכן היה מגע מיני בינו לבין המתלוננת, אך היא זו שיזמה אותו.

10. טענת המערער כי שינוי הגרסה בא לאחר ששוחח עם בני משפחתו תוך כדי מעצרו ורק אז השתכנע שעליו להתגבר על רגשי הבושה והמבוכה ולחשוף את האמת, נדחתה על ידי בית המשפט. שינוי הגרסה, כך נקבע, התרחש באופן ברור ומובהק בשלב שבו עימת אותו חוקר המשטרה עם ממצא הדנ"א שלו שנמצא בתחתוני המתלוננת. רק לאחר שנדרש המערער להסביר כיצד הגיע חומר ביולוגי שלו לתחתוניה, החל לטעון כי המתלוננת שיחקה באיבר מינו ולפני כן ביקשה לקיים עמו מגע מיני, בקשה לה סירב מכיוון שהייתה במחזור החודשי שלה. הטענה כי בדיוק באותו שלב החליט להישמע לעצתם של בני משפחתו ולפרוש את מה שהתרחש "באמת", נמצאה על ידי בית המשפט כבלתי מתקבלת על הדעת. הנסיבות והעיתוי של העלאת גרסתו הסופית מסבכים ומכבידים, ובמסגרת ה"תחרות" של "מילה מול מילה" מצויה גרסתו של המערער בנקודת מוצא נחותה ומוחלשת.

11. לעומת המהימנות הנמוכה שייחס בית המשפט המחוזי למערער, גרסתה של המתלוננת נמצאה כמהימנה וראויה למתן משקל מירבי. גרעין עדותה של המתלוננת לא השתנה מתחילת הפרשה ועד סופה. במהלך עדותה לא ניסתה המתלוננת לייפות נקודות שהיו "בעייתיות" מבחינתה, כדוגמת צריכת האלכוהול, וחוסר ההלימה בין גרסתה לפיה המערער הולך אותה מהכיוור לתא השירותים ובין סרטוני מצלמות האבטחה המגלים כי היא הלכה אל התא באופן עצמאי. המתלוננת גם אישרה שיתכן וטעתה או התבלבלה בקשר לשימוש בטמפון באותו יום. היא גם לא העצימה את תיאור התנגדותה למעשי המערער וצינה כי לא הדפה אותו ממנה מתוך קיפאון. מעבר לכך, במהלך עדותה, כאשר ניסתה להבהיר עד כמה בלתי סבירה גרסתו של המערער, לפיה היא זו ש"כפתה" עליו את קיום יחסי המין, חשפה המתלוננת כי היא כלל אינה נמשכת לגברים. מעבר לאותות האמת הפנימיים שניכרו בעדותה של המתלוננת, בית המשפט אף התרשם שגרסתה הבסיסית קוהרנטית ורציפה, הן לאורך אמרותיה במשטרה והן במהלך העימותים שקיימה עם המערער.

12. מלבד האמון הרב שנתן בעדות המתלוננת, מצא בית המשפט כי גם הראיות החיצוניות חיזקו ואיששו את גרסתה. ראשית, על בגדיה של המתלוננת, לרבות התחתונים שלה, ועל איבר מינה החיצוני נמצאו תאי זרע של המערער. ממצאים אלה, קבע בית המשפט, מתיישבים היטב עם עדותה, לפיה המערער החדיר את איבר מינו לאיבר מינה, על אף שלא יכלה לזכור האם המערער בא על סיפוקו בתוך איבר מינה או מחוצה לו. אמנם, ממצאים אלו יכולים להתיישב, בסבירות מסוימת, גם עם גרסתו של המערער, לפיה המתלוננת "שיחקה" עם איבר מינו והוא הגיע לפורקן מחוץ לגופה. אולם, לא כך הם פני הדברים באשר לממצא של צפייה מיקרוסקופית בתאי זרע מתוך המטוש שנלקח מפנים נרתיקה של המתלוננת. בדיקת המעבדה לא הצליחה לשייך את הדנ"א של תאי הזרע עם אדם כלשהו, לרבות המערער. אך מכלול הנסיבות מאשש את הקביעה כי הסבירות לכך שאין זה זרעו של המערער היא אפסית. יתר הזרע שאותר על בגדיה וגופה של המתלוננת הוא של המערער והמתלוננת שללה מגע מיני עם גבר אחר בסמיכות לעת הרלוונטית ובכלל. ממצא אובייקטיבי זה של תאי זרע מחזק את טענת המתלוננת על החדרת איבר מינו של המערער לאיבר מינה ואינו מתיישב עם גרסתו של המערער על אודות "משחק עם איבר המין" שבסיומו הגיע לסיפוקו.

13. שנית, על פי עדות הרופאה שבדקה את המתלוננת בבית החולים, ד"ר איריס שוהם (להלן: ד"ר שוהם), הממצא החבלתי שנמצא באיבר מינה של המתלוננת הוא אינדיקציה לפגיעה מאיבר גלילי חלול, דבר המתיישב עם החדרת איבר מין זכרי בזקפה.



הרופאה לא סברה כי החדרת טמפון (המתלוננת לא שללה כי השתמשה בטמפון באותו יום) יכולה להסביר את אותו ממצא חבלתי. המתלוננת גם שללה אפשרויות אחרות שיכלו, תיאורטית, לגרום לחבלה. החבלה באיבר מינה של המתלוננת, מצא בית המשפט, מחזקת את עדותה ומתיישבת היטב עם גרסתה העקבית, אשר בה כללה את תיאור הכאב העז שחשה כאשר פגע בה המערער.

14. שלישית, בסמוך לאחר האירוע, המתלוננת הייתה במצב נפשי קשה והתנהלה כמי שעברה פגיעה מינית. מעדותה של נ.א., כמו גם מהודעות הטקסט ששלחה המתלוננת אליה, עולה כי בסמוך לאחר האירוע הזעיקה המתלוננת את נ.א. והשתיים יצאו מחוץ למועדון. נ.א. הבחינה במצבה הקשה של המתלוננת, אשר בכתה והייתה נסערת. גם ש.ט., המפקדת של המתלוננת, העידה כי כאשר פגשה את המתלוננת בשעות הערב למחרת האירוע, הבחינה בהתנהגות מוזרה מצידה, בבכי ובסימנים של סגירות ומופנמות.

15. לעומת זאת, בית המשפט לא קיבל את טענות ההגנה לפיהן סתירות וחולשות מסוימות בגרסתה של המתלוננת מקימות ספק סביר. להלן תיאור התייחסותו של בית המשפט לסתירות והחולשות שמצא הסניגור בגרסת המתלוננת:

א. לטענת ההגנה, המערער למד מפי המתלוננת כי היא מצויה במחזור. מכך ביקש בא-כוח המערער להסיק כי המגע המיני בין השניים היה בהסכמה וכי המתלוננת שיתפה את המערער במידעזה מיוזמתה. אלא שהמערער נגעל וכך התגלגלו הדברים למגע מוגבל שבסופו הביאה המתלוננת את המערער לסיפוקו באמצעות ידיה. לעומת זאת, המתלוננת כפרה בכך ששיתפה אותו בעובדה שהיא במחזור. בית המשפט קבע כי אין חשיבות רבה לשאלה האם המתלוננת סיפרה למערער כי היא במחזור, אם לאו. בהחלט אפשרי, צוין, כי המתלוננת אמרה למערער כי היא במחזור, בתקווה שהצהרה זו תרחיק אותו מעליה ותרתיעו מהמשך המעשה. מכל מקום, עצם ידיעת המערער אינה מלמדת דבר וטענתו כי המתלוננת היא שאמרה לו כי היא במחזור אף בעייתית מבחינת הגרסה שהציג לפיה המערער חפשה למשכו למגע מיני עמה.

ב. המתלוננת סיפרה בתחילה כי לא השתמשה בטמפון ביום האירוע וכי בעת האירוע השתמשה בתחבושת היגיינית. בשלב מאוחר יותר לא שללה את האפשרות שהייתה בים מוקדם יותר באותו יום ואולי השתמשה בטמפון. בית המשפט ציין כי אין בסתירה מינורית זו כדי לפגוע במהימנותה של המתלוננת. יחד עם זאת ישנה חשיבות מסוימת לשאלה זו, שכן הועלתה האפשרות שהשריטה או הממצא החבלתי באיבר מינה של המתלוננת נגרמו עקב החדרת הטמפון, ולא כתוצאה ממעשי המערער. ברם, ד"ר שוהם ציינה בעדותה כי אפשרות זו היא אפשרות תיאורטית בלבד ושהיא לא נתקלה בממצאים דומים אשר נגרמו כתוצאה מהחדרת טמפון. לפיכך, אין לראות בסתירה זו פגם הפוגע במהימנות המתלוננת, ולא ניתן לבסס באמצעותה כל הסבר חלופי סביר לממצאים החבלתיים באיבר מינה שנמצאו בבדיקה הרפואית.

ג. סתירה ברורה בין גרסתה של המתלוננת לבין המציאות האובייקטיבית הייתה בשלב כניסתה לתא השירותים ותזמון כניסת המערער ביחס להגעת המתלוננת. סרטון האבטחה מעלה כי המתלוננת הגיעה לתא השירותים וככל הנראה אף נכנסה לתא פנימה, טרם שהמערער בכלל הגיע לתחילת המסדרון המוביל לשירותים. עובדות כ-8 שניות עד שהמערער הגיע לשירותים, הלך לכיוון התא וככל הנראה נכנס לתוכו. בית המשפט ציין כי קשה עד בלתי אפשרי להבחין בפרטי הכניסה או היציאה לתא עצמו, אולם התייעוד מתיישב עם גרסתו של המערער. לפי גרסה זו, המתלוננת המתינה לו בתא, לאחר תיאום טלפוני לשם החזרת תעודת החוגר. המתלוננת לא הכחישה את בעייתיות סרטון האבטחה ביחס לגרסה שהציגה, לפיה הובלה על ידי המערער לתא ולא נכנסה אליו.

מיוזמתה, אך עמדה על כך שאינה מבינה כיצד הסתירה בין גרסתה לבין המציאות הנחזית בסרטון נוצרה. בית המשפט אכן ציין כי לא ניתן הסבר ברור לפער בין סרטון האבטחה לבין עדות המתלוננת, אך קיימת אפשרות שהמערער והמתלוננת נפגשו בפתח התא ושם הוא הוביל אותה או אחז בה והולך אותה לתוך התא. ייתכן גם שלאחר מעשה, בחוויה הסובייקטיבית שלה, העצימה המתלוננת את אותה הובלה מעבר לממדיה. ברם, זוהי השערה בלבד ואין ראיות לבססה או להפריכה. מכל מקום, נקבע כי נוכח המארג הראייתי הרחב התומך בגרסתה של המתלוננת, אין לראות בפער זה בגרסתה משום "החלשה קריטית ומכרעת של איתנות גרסתה ושל אמיתות הנרטיב הבסיסי שהיא טוענת לו" (עמ' 41 להכרעת הדין).

ד. בא-כוחו של המערער הקדיש חלק ניכר מטיעונו וייחס משמעות לשימוש בביטוי "ניסיון" על ידי המתלוננת כאשר תיארה את הפגיעה בה. הסניגור ביקש ללמוד מכך כי נותר ספק באשר למהות העבירה שנעברה וכי בעבור כך יש להקל עם הנאשם ולייחס לו ניסיון בלבד ולא עבירה מוגמרת. בית המשפט דחה טענה זו וציין כי המתלוננת הבהירה שכאשר דיברה על ניסיון להחדיר את איבר מינו של הנאשם התכוונה לניסיונו לכפות עליה יחסי מין אנאליים. אולם, המערער ניסה וגם הצליח לחדור לאיבר מינה.

16. מעבר לטענות ההגנה באשר לגרסת המתלוננת, בית המשפט גם דחה את טענות בא-כוח המערער בנוגע למחדלי חקירה שנפלו בחקירת המשטרה – אי צילום הנשיכה בחזה, פגיעה נטענת בזכותו של המערער להיוועצות עם עורך דין וחקירת המערער ללא מתורגמן. באשר לצילום הנשיכה בחזה, ציין בית המשפט כי אכן ראוי היה שהפציעה תתועד, אך גם אם היעדר התיעוד יוגדר כמחדל חקירה, אין בכך כל נפקות ובוודאי לא פגיעה בהגנת המערער. אין מחלוקת בין הצדדים לגבי קיומה של אדמומית בחזהו של המערער וגם מבחינת המשיבה קיימת אפשרות שהמערער ננשך על ידי המתלוננת במהלך האירוע. נתון זה לא היה מסייע בקביעה עובדתית משמעותית כלשהי. בכל הנוגע לזכות ההיוועצות, המערער הוזהר כחוק במסגרת חקירתו הראשונה וחוקר המשטרה הזכיר בפניו את זכותו לייצוג, גם על ידי סניגור ציבורי. המערער אמר שאינו חפץ בכך. הדבר אף מתועד בדיסק החקירה של חקירתו הראשונה של המערער במשטרה (ת/1). לבסוף, גם הטענה כי היה מקום לספק למערער מתורגמן במהלך החקירות נדחתה. בית המשפט התרשם מצפייה בחקירות הנאשם ומעדותו בבית המשפט כי אלה אינם מאששים את טענותיו ביחס לקשיי שפה, בוודאי לא במידה שהייתה מצריכה הזמנת מתורגמן על ידי החוקר.

17. במכלול הדברים, בית המשפט מצא כי עדותה הגרעינית, המשכנעת והאמינה של המתלוננת נתמכת בראיות פריפריאליות ויש לה חיזוקים רבי משקל, לרבות ראיות פורנזיות-מדעיות. אין בחולשות שהציף המערער, אף לא בעיקרית שבהן הנוגעת לשאלת ההובלה בכפיה לתא השירותים, כדי לקעקע את איתנות ליבת העדות ואת משקלה. מנגד, גרסתו הכבושה של המערער נמצאה בלתי משכנעת וככזו שאין בכוחה לטעת ספק ולהצביע על התכונות של נרטיב חלופי מזכה לליל האירוע. נסיבות שינוי גרסתו של המערער – עת הוטחו בו הממצאים הביולוגיים – מקשות עד מאד על מתן אמון בגרסתו הסופית ועל אימוצה בתור גרסה המעוררת ספק סביר לטובתו. אין בכוחה של גרסה זו לטעת ספק, אף ברף הנמוך אותו נדרש נאשם בפלילים להרים, אל מול איתנותה של גרסת המתלוננת. לפיכך, הרשיעו בית המשפט המחוזי באינוס בנסיבה מחמירה של "גרימת חבלה גופנית" הקבועה בסעיף 345(ב)(3) לחוק העונשין, ובניסיון למעשה סדום. לצד זאת, המערער זוכה מעבירת שיבוש הליכי משפט שיוחסה לו, משלא הוכחה.

גזר הדין



18. לבית המשפט הוגש תסקיר שירות המבחן על אודות המערער ותסקיר נפגעת עבירה לגבי המתלוננת. בתסקיר שירות המבחן נאמר כי המערער התמיד בכפירתו באשמתו וטען לחפותו. בפני קצינת המבחן הוא הביע כעס על המתלוננת, שלשיטתו כפתה עצמה עליו ואילו הוא רק גרם לה הנאה וסיפוק מיני. המערער לא גילה כל אמפתיה למתלוננת ולסבל שנגרם לה. בהיעדר הבנה עמוקה של השלכות מעשיו ולקחת אחריות עליהם, המלצת שירות המבחן הייתה הטלת ענישה מוחשית של מאסר בפועל, אשר יחד עם עבודת המערער את מחיר המעבר על החוק, ובנוסף מאסר מותנה מרתיע ופיצוי כספי למתלוננת. תסקיר נפגעת העבירה העלה כי כתוצאה מהפגיעה המתלוננת אפופה רגשות חרדה ופחד, המלווים את התנהלותה היומיומית. תחושת הביטחון הבסיסית שלה נפגעה והדבר מוצא ביטוי במישורים שונים של חייה. האירוע מקשה עליה מאד לממש את המיטב מחייה העתידיים, להתקדם ולהצליח לתפקד ברבדים שונים. ההמלצה בתסקיר הייתה לכלול בגזר הדין רכיב משמעותי של פיצוי כספי, כהכרה בפגיעה ובנזקים שנגרמו למתלוננת, כדי לסייע לה להיטיב את מצבה ולקבל את הטיפולים שהיא זקוקה להם.

19. במסגרת טיעוניה לעונש עמדה המשיבה על הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשי המערער – השמירה על שלמות גופה ונפשה של המתלוננת, ביטחונה הפיזי והנפשי והאוטונומיה על גופה. כפי שעולה מתסקיר נפגעת העבירה שהוגש, מעשיו של המערער פגעו בערכים אלה בצורה משמעותית. עוד הודגשה הפגיעה החברתית הקשה מעבירות מין כאלה והנסיבות המחמירות בעניינו של המערער, אשר ניצל את מצוקתה של המתלוננת, שפנתה אליו בתמימות על מנת שסייע לה לאתר את החוגר שאיבדה. באשר למדיניות הענישה הנוהגת הצביעה המשיבה על מגמת ההחמרה בפסיקה בכל הנוגע לעבירות מין וגם להתייחסות המחמירה של המחוקק, אשר קבע עונש מזערי לעבירות מין מסוימות. אשר על כן ביקשה המשיבה לקבוע את מתחם הענישה בין 8 ל-12 שנות מאסר ולהשית עונש שיהיה ברף העליון של המתחם, לצד פיצוי כספי משמעותי למתלוננת. מנגד, בא-כוח המערער הציג את נסיבותיו האישיות של המערער, כבן 24 בעת הדיון, נשוי ואב לילד, ללא עבר פלילי, אשר עזב את הלימודים בגיל צעיר על מנת לסייע בפרנסת משפחתו. כן הפנה לפסיקה התומכת במדיניות ענישה מחמירה פחות מהמדיניות אליה הפנתה המשיבה. נטען כי בנסיבות שהוצגו יש לקבוע את המתחם בין 4 ל-7 שנות מאסר.

20. ביום 23.1.2020 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער והשית עליו, בין היתר, 9 שנות מאסר בפועל. בגזר דינו עמד בית המשפט על כך שעבירות מין הן מהעבירות הקשות שבספר החוקים. נוכח הפגיעה החברתית הקשה המאפיינת עבירות מסוג זה, נהוגה ביחס אליהן ענישה מחמירה. מבחינת מיקומם של מעשיו במדרג עבירות המין, ומבלי להמעיט בחומרתם, נמצא כי הם אינם ממוקמים בקצה העליון. אין נסיבות מחמירות נוספות, כגון קטינות המתלוננת או קשר משפחתי. למרות מיקומם של המעשים במקרה דנן בקצה התחתון של המדרג, הפגיעה בערכים המוגנים היא משמעותית, נוכח הנזק הספציפי המשמעותי שנגרם למתלוננת. עוד ציין בית המשפט את התכנון המקדים של המעשה דרך "מינוף" בקשת המתלוננת לסייע לה במציאת תעודת החוגר, את הנזק הקשה שנגרם לה שאותו יכול היה המערער לצפות ואת האלימות שהופעלה על ידי המערער במהלך האירוע. בנסיבות אלה נמצא, בשים לב למנעד המתחמים שנקבעו במקרים דומים, כי מתחם הענישה יועמד על בין 7 ל-12 שנות מאסר בפועל.

21. בבואו למקם את העונש בתוך המתחם, לקח בית המשפט בחשבון כשיקולים לחומרא את העובדה שהמערער התמיד בכפירתו ולא נטל אחריות על מעשיו. כשיקולים לקולא ציין בית המשפט את היעדרן של הרשעות קודמות ואת אורח חייו הנורמטיבי של המערער עובר לאירוע, כמו גם את השפעת העונש על משפחתו. מכלל האמור מצא בית המשפט כי יש למקם את העונש באמצע מתחם הענישה והעמידו על 9 שנות מאסר בפועל, לצד עונש מאסר על תנאי למשך 12 חודשים על כל עבירות אלימות או מין מסוג פשע לתקופה של 3 שנים מיום שחרורו מבית הסוהר, ופיצוי המתלוננת בסך של 70,000 ש"ח.

22. סנגורו של המערער העלה טענות רבות נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי. טענתו העיקרית היא כי בית המשפט שגה כאשר לא קיבל את גרסתו העיקרית של המערער, שהיא הגרסה האמיתית והנכונה בנוגע לתיאור המפגש בינו לבין המתלוננת. בהקשר זה, בית המשפט לא נתן משקל מספיק לסתירות שהתגלו בעדותה של המתלוננת: המקור לידיעת המערער על כך שהמתלוננת הייתה במחזור בעת האירוע; טענתה הראשונית כי לא השתמשה בטמפון ביום האירוע; אופן הגעתה לתא השירותים בו התקיים המפגש בין השניים. כן נטען כי בית המשפט לא נתן משקל מספיק למחדלים שנפלו במהלך החקירה לטענת המערער: גביית עדותו במשטרה ללא עמידה על זכויותיו; חקירתו ללא מתורגמן על אף רמת הבנתו הלקויה את השפה העברית; העובדה שחוקרי המשטרה לא צילמו את שפתו ואת חזהו, אותם נשכה המתלוננת. כמו כן, לא נלקחה בחשבון העובדה שהמתלוננת הייתה מבוססת בעת האירוע ואת העובדה שלא התנגדה ולא זעקה לעזרה, למרות שבשירותים, ממש מחוץ לתא בו התרחש האירוע, נמצאו נשים אחרות. בית המשפט היה צריך להתייחס לדברים אלה כאשר בחן את מהימנות גרסתה של המתלוננת לאירוע.

23. לחלופין ובשולי הערעור נטען כי העונש שהושת על המערער חמור יתר על המידה ויש להפחיתו. בגזר דינו לא לקח בית המשפט המחוזי בחשבון את נסיבותיו האישיות של המערער, ובהן גילו הצעיר, היעדרו של עבר פלילי ומצבו הכלכלי והמשפחתי. מדובר באדם צעיר שבמהלך מעצרו נולד בנו הבכור. העונש שהושת עליו, מבלי להקל בחומרת העבירות, חמור יתר על המידה ואינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה בעבירות מין בנסיבות דומות. בית המשפט המחוזי קבע את מתחם העונש בין 7 ל-12 שנות מאסר והציב את עונשו של המערער בקצה העליון של המדרג ובכך שגה. גם בתוך המתחם שנקבע היה על בית המשפט למקם את עונשו של המערער בקצה התחתון של המדרג.

24. מנגד, המשיבה עמדה על נקודת המוצא, לפיה ערכאת הערעור לא טיטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, למעט במקרים חריגים. בענייננו, הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מבוססת על עדותה של המתלוננת ועל חיזוקים לעדות זו. בית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מהמתלוננת ומצא כי עדותה אמינה ואף פירט ונימק את הטעמים שהביאו אותו ליתן אמון בגרסתה ולהעדיפה על פני גרסתו של המערער. בנסיבות אלה, אין כל הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור בממצאי המהימנות של הערכאה הדיונית ובהכרעת דינה. לגופן של טענות המערער, הסתירות שהציג בגרסת המתלוננת אינן פוגעות ב"גרעין האמת" של עדותה. בפרט, כאשר בית המשפט המחוזי התייחס אליהן בהכרעת דינו והתמודד עמן. המשיבה לא כיחדה כי אכן קיים פער בין גרסתה העקבית של המתלוננת לגבי אופן הגעתה לתא השירותים, לפיה המערער אחז בידה והוביל אותה מאזור הכיורים לתא השירותים בו אנס אותה, לבין המציאות הנשקפת מסרטון האבטחה אשר מגלה כי המתלוננת הגיעה לתא השירותים לפני המערער. עם זאת, לטענתה, אין בפער האמור, אשר ניתן למצוא לו הסברים הגיוניים, כדי לפגוע במהימנות של המתלוננת ובגרסתה הכוללת, שנמצאה על ידי בית המשפט כאמינה ומשכנעת. אין לייחס גם חשיבות לשאלה האם המערער ידע על היותה של המתלוננת במחזור בשעת האירוע מפיה או שגילה זאת בעצמו, בדרך זו או אחרת. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, עצם ידיעת המערער על המחזור היא נייטרלית ואינה מלמדת דבר, לכאן או לכאן. אין מקום לייחס חשיבות רבה לעניין מקור ידיעתו של המערער על היותה של המתלוננת במחזור לעצם ההכרעה במחלוקת - האם האקט המיני כלל חדירה והאם הוא בוצע בהסכמה. באשר לעונש שהושת על המערער, גרסה המשיבה כי אין כל מקום להתערב בו, בין היתר נוכח חומרת המעשה, ניצול תמימותה ומצוקתה של המתלוננת, הפגיעה והנזקים הקשים שנגרמו לה ומדיניות הענישה הנוהגת.

דין והכרעה

25. לאחר עיון בהכרעת דינו ובגזר דינו של בית המשפט המחוזי ובטיעוני הצדדים שבכתב ולאחר שמיעתם בדיון שנערך לפנינו, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להידחות על שני חלקיו, וכך אציע לחבריי שנעשה.

הערעור על הכרעת הדין

26. הלכה מושרשת היא כי ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו על ידי הערכאה המבררת. הלכה זו נותנת ביטוי לעדיפותה המובנית של הערכאה המבררת, המתרשמת באופן בלתי אמצעי מן העדים, מאופן מסירת עדותם, משפת גופם ומהתנהגותם. על ידי התרשמות זו בכוחה של הערכאה הדיונית לתור אחר "אותות האמת" בעדותם של העדים המופיעים לפניה (ראו למשל: ע"פ 662/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (6.4.2021); ע"פ 5626/19 אבטרמרים נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (3.3.2021); ע"פ 3615/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (26.3.2020)). לכלל אי ההתערבות מספר חריגים, אשר בהתקיימם אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור ועל כן נפתח פתח להתערבותה של האחרונה בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הראשונה. חריגים אלה כוללים בין היתר את המקרים הבאים: כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון ובשכל ישר; כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות; כאשר הערכאה הדיונית התעלמה מסתירות מהותיות בעדות עליה נסמכה או מסתירות בין העדות עליה נסמכה לבין עדויות אחרות; כאשר הערכאה הדיונית אימצה גרסה מופרכת וחסרת היגיון; כאשר נפלה טעות מהותית או טעות בולטת לעין בהערכת המהימנות (לדיון נרחב על כלל אי ההתערבות והחריגים לו, ראו: ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-21 (8.9.2011) והאסמכתאות הרבות שם). חריגים אלו אינם חלים במקרה דנן.

27. בנוסף, במקרים שעניינם עבירות מין, בפרט עבירות מין שנעשו בלא שנכחו בזירת האירוע עדים מלבד התוקף והמתלוננת, כבעניינינו, לכלל אי ההתערבות מתווספים שיקולים נוספים. ראשית, האפשרות להיעזר בעדויות אובייקטיביות, חיצוניות לאירוע היא מוגבלת ובנסיבות אלה אין מנוס ממתן משקל רב להתרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מ"אותות האמת" שעלו במהלך עדותם של התוקף והנפגעת. שנית, על אף שעל פי רוב בית המשפט מדקדק בסתירות ואי דיוקים שנפלו בגרסאות העדים, בעבירות מין הגישה היא שונה, לנוכח המצב הנפשי המיוחד של נפגע העבירה. ההנחה היא שעדותה של נפגעת עבירת מין נוגעת לרוב בחוויה טראומטית במיוחד ובשל כך קיים לעיתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בניגוד למקרים אחרים, אין לצפות כי גרסתן של נפגעות עבירות מין תהא שלמה, עקבית, קוהרנטית וחסרת אי-דיוקים. על כן, בבוא בית המשפט לבחון את מהימנות גרסת המתלוננת (או המתלונן) בעבירות מין, הוא יכול להסתפק ב"גרעין האמת" ולעיתים רק ב"גרעין הקשה" של הדברים (ראו למשל: ע"פ 9478/11 פלוני נ' מדינת ישראל (4.9.2014); ע"פ 7590/11 פלוני נ' מדינת ישראל (27.11.2013); ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוני (3.9.2015)). גישה אחרת בפסיקה מדגישה כי דווקא בעבירות מין על ערכאת הערעור לבחון בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקאות 8-9 לפסק דינו של השופט גרוניס (12.1.2012); ע"פ 8279/11 מור נ' מדינת ישראל (1.7.2013)). וכך גם נקבע על ידי חברי השופט נ' הנדל (ע"פ 5633/12 נימן נ' מדינת ישראל (10.7.2013); ע"פ 9608/11 מדינת ישראל נ' פלוני (7.7.2014)). בע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (26.7.2012) הציע השופט צ' זילברטלגישה המיישבת בין שתי הגישות שתוארו, כדלקמן:



"כשלעצמי, אינני סבור שיש סתירה קוטבית בין האמירה, שלפיה כלל אי-ההתערבות חל ביתר שאת לגבי הערכת העדויות בעבירות מין, לבין הדרישה, שבמקרים אלה תבחן ערכאת הערעור בקפדנות יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית. בחינה קפדנית של המסקנות, אין פירושה, בהכרח, מידת התערבות רבה בממצאי מהימנות. אכן, מטבע הדברים שכאשר עסקין באירוע שהתרחש בחדרי חדרים, אין מנוס מהתייחסות מיוחדת ומוגברת להתרשמות בלתי אמצעית של בית המשפט מהעדים, זאת בהעדר אפשרות להיעזר בנתונים ראייתיים משמעותיים נוספים. מבחינה זו, פשיטא, שכאשר ערכאת הערעור אינה יכולה להתרשם מהעדויות בדרך האמורה, בפועל היא תתקשה להעריך ולבקר את ממצאי המהימנות אליהם הגיעה הערכאה המבררת. ואולם, אין בכך כדי לפטור את ערכאת הערעור מלבחון בדקדקנות ובקפדנות מיוחדות את מסקנות הערכאה המבררת, דווקא משום שניתן בידה של האחרונה 'כוח' רב במיוחד, להרשיע אדם על יסוד עדות יחידה ללא תוספת ראייתית. בחינה קפדנית זו יכולה להיעשות כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת" (פסקה 22) (לעמדה דומה, ראו: ע"פ 7874/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (23.11.2017); ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (23.6.2016)).

מכל מקום, לאחר שבחנתי את קביעותיו של בית המשפט המחוזי אל מול טענות המערער, השתכנעתי כי מסקנתו של בית המשפט בדיון יסודה ואין כל עילה להתערבותנו, וזאת לפי כל אחת מן הגישות שתוארו לעיל.

28. בית המשפט המחוזי התרשם באופן בלתי אמצעי מעדותה של המתלוננת ונתן בה אמון מלא. וכך אמר:

"המתלוננת אינה מתיימרת לזכור כל פרט, אינה מנסה לדייק 'בכוח', כאשר אינה בטוחה בפרט כלשהו, מודעת לכך שהייתה שתויה, במידה כזו או אחרת, והיא משלימה עם זה שמאותו לילה נותרו אצלה פערי זיכרון ודברים שנשתכחו. עדותה לא אופיינה בנקמנות וברצון לסבך, עד כמה שניתן, את הנאשם. אין האדרה של גלויי אלימות וכוחניות מצידו, יש ניסיון לדייק במה שעשה, ולא מעבר לכך, וניכר, שהיא מנסה, כמיטב זיכרונה, לפרט את שאירע לאשורו. מה שאינה זוכרת או שאינה בטוחה בו- אינה מנסה להשלים ולא לתר, כדי לרצות את השואל או כדי לחזק את אמינותה. סיכום ההתרשמות מהמתלוננת הינו של עדה מהימנה שהעידה אמת" (עמ' 36-37 להכרעת הדין).

הנה כי כן, התרשמותו הישירה של בית המשפט המחוזי הייתה כי גרסת המתלוננת היא גרסה מהימנה, ש"דבריה מצטיירים כמשקפים, לאשורם, את התרחשויות אותו לילה, באינטראקציה שבינה לבין הנאשם [המערער]" (עמ' 37 להכרעת הדין). מנגד, בית המשפט התרשם באופן שלילי מעדות המערער ומהגרסה החלופית, הכבושה, שסיפק:

"...אם נשאל עצמנו, עד כמה משכנעת הגרסה העדכנית [של המערער], על רקע הגרסאות השקריות והמרחיקות שקדמו להעלאתה, ובאיזו מידה יש בה לטעת ספק, ולהצביע על התכנות נרטיב חלופי מזכה, לאירוע הלילה - תשובתי תהא שלילית בתכלית. הנאשם לימד על עצמו, שאינו מהסס לשקר ולבדות סיפור כוזב לחלוטין (נפלה עלי, נשכה, דחפנו אחד את השני), כשהדבר נוח לו. הסבריו, על כי חרד מתגובת משפחתו, קלושים, כאשר, עסקין בחשדות, מהחמורים שיש, וכאשר אלה הביאו למעצרו. שנוי הגרסה נעשה בהתאמה מלאה לעיתוי הטחת הממצאים הביולוגיים בנאשם ובאופן ש"יסתדר" עם נפקויות אותם ממצאים. נסיבות אלה מקשות, מאד, על מתן אמון בגרסה העדכנית ועל אימוצה בתור נרטיב חלופי ריאלי ומעורר ספקות ... אין בכוחה של גרסת הנאשם לטעת ספק, אפילו ברף הלא גבוה, שנאשם בפלילים צריך להרימו, אל מול איתנותה של גרסת המתלוננת, הנתמכת בראיות



חיצוניות, וכשתלונתה נעדרת כל מניע שהוא להפללת שווא ולרקימת עלילה נגדו" (עמ' 42 להכרעת הדין).

29. לא מצאתי ממש בטענותיו של המערער לסתירות בעדותה של המתלוננת, שיש בהן כדי לעורר ספק סביר המספיק לזיכויו. חלק מטענות המערער לאי דיוקים אינן נוגעות לסתירות כלל וחלקן נוגעות לסתירות שאינן מהותיות או שאינן סתירות של ממש אשר אין בהן כדי לפגוע במהימנות גרסת המתלוננת. חלקן אף מחזקות את מהימנותה של המתלוננת ומלמדות כי ביקשה לדייק ולא ייחסה למערער פרטים או מעשים שלא הייתה בטוחה בהם. אי הדיוקים עליהם הצביע המערער בערעורו אינם יורדים לשורשו של עניין והם נסובים על נושאים שאינם מהותיים, אותם ניתן לתלות בהשפעת האירוע הטראומטי שעבר על המתלוננת. יתרה מכך, בית המשפט המחוזי התייחס אל הסתירות האמורות בעדותה של המתלוננת ונתן דעתו אליהן לגופו של עניין. בכל זאת, אתייחס בקצרה לטענותיו העיקריות של המערער בהקשר זה.

30. כיצד הגיעה המתלוננת לתא השירותים? הסתירה העיקרית עליה הצביע המערער בעדותה של המתלוננת הייתה העובדה שעל פי גרסתה, המערער משך או ליווה אותה לתא השירותים. לעומת זאת, סרטון האבטחה (ת/12) מגלה כי המערער הגיע לשירותי הנשים לפני המערער והלכה לבדה אל התא. רק מספר שניות לאחר מכן הגיע המערער והלך אף הוא אל התא. אין לכחד, קיים פער בין גרסת המתלוננת לבין התיעוד האובייקטיבי מסרטון האבטחה. בעדותה הראשונה שנמסרה בבית החולים מסרה כי "אני התקשרתי לבחור והלכתי לשירותים בתמימות, שירותי בנות מתחם ... והוא המתין לי בתא האחרון של השירותים. הגעתי אליו ואז ראיתי שהוא מחזיק את החוגר שלי ולקחתי את החוגר מהיד ושמתי בכיס שלי. ואז הוא סגר את הדלת..." (נ/2). בחקירתה הראשית תיארה המתלוננת את כניסתה לשירותים כך:

"ש: בואי ננסה, לאט, לאט, עוד פעם, הוא התקשר אלייך ואמר לך לבוא לשירותים, מה קרה אחר כך?

ת: הייתי עם חברות שלי בבר ואמרתי לחברה שלי, נ.א, שנייה אני באה, אני הולכת לקחת את החוגר שלי והיא אמרה לי אני אבוא איתך, אני אבוא איתך, אמרתי לה לא, שנייה אחת ואני באה, לא יודעת מאיפה זה עלי לראש, ללכת לבד, כאילו, אני גם לא הולכת לבד לאף מקום, הלכתי ו... הלכתי לשירותים והוא בא, כאילו, הוא בא, לקח אותי והראה לי את החוגר ככה, לקח אותי לתא ...

ת: כאילו, אני רוצה להגיד גם שבזה אתם תראו שזה לא היה ככה, בווידיאו, מה שקרה שם, אני לא יודעת איך זה לא קרה ככה, כאילו, ככה אני זוכרת את זה.

ש: ככה את זוכרת את הדברים, למרות שאת ראית בווידיאו שזה לא היה בדיוק ככה, בכל זאת, את זוכרת את זה ככה.

ת: כן, כאילו, ניסיתי לחשוב על זה ולקח לי הרבה זמן, אבל זה לא יוצא לי מהראש" (פרוטוקול הדיון מיום 2.1.2018, עמ' 18-19).

מנגד, סרטון האבטחה שצפיתי בו אכן מעלה כי המתלוננת הלכה לכיוון תא השירותים וייתכן שאף נכנסה פנימה עוד לפני שהגיע המערער. יצוין, כי בשל המרחק בין התא לבין מצלמת האבטחה והסתרת זווית הראייה על ידי מעבר נשים אחרות במסדרון, קשה להבחין בכניסה וביציאה מתא השירותים עצמו. בכל מקרה, סרטון מצלמת האבטחה מאשש במידה רבה את גרסתו של המערער לחלק זה של האירוע.



31. המתלוננת לא הכחישה את הפער בין הזיכרון שלה מחלק זה של האירוע לבין סרטון האבטחה וגם לא ניסתה להתאים את עדותה כך שתתאים לתיעוד. וכך סיפרה בעדותה:

"ש: עכשיו, בשלב הזה, בשעה 02:44:24, את נכנסת לתא האחרון.

ת: אז זה לא כדי לחפש.

ש: אלא?

ת: כדי שהוא יביא לי את החוגר.

ש: פה זה אחרי שדיבר איתו?

ת: לא יודעת, אני לא יודעת.

ש: אוקי. נכנסת כדי שיביא לך את החוגר?

ת: כן.

ש: אוקי.

ת: אבל אני זוכרת בראש שהוא לקח אותי.

ש: את זוכרת שהוא לקח אותך.

ת: אני זוכרת שנפגשנו באמצע והוא פשוט תפס לי את היד והראה לי ככה את החוגר, באתי לקחת אותו ו... [...]

ת: ואני לא יודעת, אני אומרת לכם, אני שוברת את הראש על זה" (פרוטוקול הדיון מיום 2.1.2018, עמ' 41-42).

הנה כי כן, המתלוננת לא ניסתה להתאים את עדותה למציאות האובייקטיבית העולה מסרטון האבטחה אלא הבהירה כי כך היא זוכרת את האירוע. במובן מסוים, דווקא התעקשותה של המתלוננת על גרסתה שלה בהקשר זה מחזקת את מהימנותה. המתלוננת לא ניסתה להתאים ולפתח את גרסתה, אלא עמדה על כך שזכרה חלק זה של האירוע באופן שונה.

32. מכל מקום, מוקד האירוע הוא מה שהתרחש בתוך תא השירותים, ולא מה שקדם לכניסתם של השניים אל תוך התא. סתירה זו בעדותה של המתלוננת מצויה בשולי העדות ולא בגרעין. כאמור, עדותם של נפגעי עבירות מין מתאפיינת לעיתים בכך "שהדברים מתערבבים זה בזה, קיים חוסר בהירות בשאלה מה קדם למה, מה בדיוק נאמר בשלב זה או אחר או על ידי מי מן הצדדים וכיוצא בכך" (ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ה' (8.1.2007)). הפסיקה הכירה בכך שקיים קושי אינהרנטי עבור נפגעות עבירות מין לשחזר את פרטיו של אירוע טראומטי ולכן אין לצפות מהן למסור גרסה "מושלמת", שתהא כרונולוגית,



בהירה ונטולת סתירות (ע"פ 3615/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 62 (26.3.2020)). על כן, "הגישה הראייתית הנהוגה בעבירות מין ... היא שאין לדקדק בפרטי העדות, וניתן להסתפק בגרעין האמת המצוי בה, ולעיתים אף בגרעין הקשה בלבד. זאת, גם כאשר העדות לוקה בבלבול, באי-דיוק, ובחוסר בהירות" (ע"פ 1987/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (4.6.2019)). ייתכן, כפי שהציע בית המשפט המחוזי, כי גרסתה של המתלוננת באשר לאופן הגעתה לתא השירותים נבעה מרצון ואולי אף מצורך לשכנע את עצמה כי לא נכנסה, בתמימותה ומרצונה החופשי, אל תוך המלכודת שטמן לה המערער. בכל מקרה, ספק ראייתי זה שמתעורר נוכח הפער בין גרסתה של המתלוננת לבין סרטון מצלמת האבטחה אינו פוגם בגרעין עדות המתלוננת ובמהימנותה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, "...אין לראות בזה [בספק הראייתי], בפני עצמו, ובהינתן המארג הראייתי הרחב, משום החלשה קריטית ומכרעת של איתנות גרסתה ושל אמיתות הנרטיב הבסיסי שהיא טוענת לו" (עמ' 41 להכרעת הדין).

33. טענת המערער כי היה רק ניסיון חדירה. אי בהירות נוספת, לכאורה, בגרסתה של המתלוננת לה טוען המערער היא בשאלה האם הוא רק ניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה או שאכן הייתה חדירה. לטענתו, בחקירתה מסרה המתלוננת כי הוא ניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה ובפעמים אחרות טענה כי הייתה גם חדירה בפועל. לשיטתו, גם סתירה זו יש בה כדי לפגוע במהימנותה של המתלוננת. ברם, ניתוח עדויותיה של המתלוננת במשטרה ובמהלך המשפט מעלה כי גרסתה הייתה עקבית לאורך כל הדרך. בעדותה הראשית בבית המשפט העידה המתלוננת: "אחר כך הסתובבתי ואמרתי לו לא, לא משנה מה, כאילו, אל תיגע בי שם, מאחורה, ושלא יגע בי כלל, כאילו, אני לא עושה דברים כאלה והוא נכנס, כאילו, לאיבר המין שלי כבר ומפה ולא ראיתי כלום" (פרוטוקול הדיון מיום 2.1.2018, עמ' 23-24, ההדגשה הוספה - ד.מ.). ובהמשך, "הרגשתי שהוא נוגע בי והוא ... עם איבר המין שלו והוא חודר אליי" (שם, עמ' 26). גם במסגרת החקירה הנגדית נשאלה המתלוננת באופן מפורש האם המערער השתמש באצבע ולא באיבר מינו ועמדה על כך שהמערער חדר לאיבר מינה עם איבר מינו ולא באמצעות האצבע (שם, עמ' 120-121). אם כן, אין ממש בטענת המערער כי מגרסת המתלוננת לא ברור האם היה ניסיון בלבד או שאכן הייתה חדירה. יתרה מכך, טענת הניסיון אף אינה מתיישבת עם הממצא החבלתי שנמצא בבדיקה הרפואית, לגביו נקבע כי הוא מתיישב עם החדרת איבר מין גברי בזקפה (ת/20) ועם הממצא של צפייה מיקרוסקופית בתאי זרע מתוך המטוש שנלקח מפנים איבר מינה של המתלוננת (ת/22), אף שהדנ"א של תאי הזרע לא שויך עם אדם כלשהו, לרבות המערער.

34. יתר הסתירות או אי הדיוקים עליהם הצביע המערער - מקור ידיעתו על כך שהמתלוננת במחזור והשימוש בטמפון באותו יום - אינם משמעותיים כלל ואין בהם כדי לקעקע את מהימנות גרסתה של המתלוננת, אשר בית המשפט התרשם ממנה באופן בלתי אמצעי וכאמור מצא אותה מהימנה. מעבר לכך, לגרסתה של המתלוננת נמצאו חיזוקים, בין היתר, בממצאים הפורנזיים; בחוות הדעת הרפואית ובעדותה של הרופאה המומחית אשר בדקה את המתלוננת בסמוך לאחר האירוע; בעדותה של נ.א, שהייתה איתה במועדון ובעדותה של ש.ט, אשר העידו, בין היתר, על מצבה הנפשי של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע.

בנסיבות אלה, לא מצאתי כי ישנה הצדקה כלשהי להתערבותנו בממצאי המהימנות שקבע בית המשפט המחוזי.

35. בנוסף על האמור, חלק לא מבוטל מהערעור הוקדש ל"האשמת" המתלוננת בכך שלא הזעיקה עזרה ולא התנגדה דיו למעשיו של המערער. בא-כוחו של המערער ביקש להסיק מכך שהמתלוננת הסכימה לקיום יחסי מין עם המערער. טענות אלה מבטאות תפיסה שאבד עליה הכלח ומוטב היה שלא היו נטענות. באשר ל"סבירות" התנהגותה של נפגעת עבירת מין, במהלך האירוע



ולאחריו, נאמר זה מכבר כי:

"קשת התגובות האפשרויות מצד קורבן עבירה, בייחוד עבירת מין, הינה מגוונת ביותר, ולא ניתן לצפות ממנו להתנהגות 'רציונאלית' דווקא. תובנה זו באה לידי ביטוי בכמה מישורים, למשל קיימת כיום הכרה בכך שלא ניתן לצפות מאישה להתנגד למעשה האינטימי באופן פיזי דווקא ... באותה מידה יש להכיר בכך שלעיתים ההלם והחרדה שבהם מצוי קורבן העבירה עשויים להביאו שלא להימלט בהזדמנות הראשונה הנקרת בדרכו" (ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 429 (2004); ראו גם: ע"פ 9458/05 רחמילוב נ' מדינת ישראל, פסקה ו' (24.7.2006)).

וכן:

"אין לשפוט בכלים של סבירות ורציונאליות את התנהגותו של אדם, השרוי במצוקה ופחד; לעיתים אוחז בו השיתוק ולעיתים חששו שיבולע לו עוד יותר אם יביע התנגדות מביא אותו לאי החצנת אי הסכמתו כליל" (ע"פ 2606/04 בנבדה נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (26.4.2006)).

בענייננו, הסבירה המתלוננת בעדותה כי נכנסה למצב של "קיפאון" וראתה "מסך שחור" לאחר שהמערער החדיר את איבר מינו לאיבר מינה (פרוטוקול הדיון מיום 2.1.2018, עמ' 24), ויש לדחות מכל וכל את טענות המערער בהקשר זה.

36. טענה נוספת בפי המערער נוגעת כאמור למחדלי חקירה שנפלו לכאורה בחקירת המשטרה אשר יש בהם להצדיק את זיכוי. כידוע, נפקותם של מחדלי חקירה תלויה במידת קיפוח הגנתו של נאשם לאור מכלול הראיות (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, פסקה ז' (18.5.2006)). בענייננו, אינני סבור כי נפלו מחדלי חקירה של ממש ובכל מקרה לא קופחה הגנתו של המערער. בדומה לבית המשפט המחוזי ולמשיבה, אף אני סבור כי מוטב היה שסימן האדמומיות בחזהו של המערער היה מתועד על ידי המשטרה. ברם, בא-כוח המערער לא הסביר כיצד היעדר תיעוד זה קיפח את הגנתו של המערער, בפרט שעה שאין מחלוקת עובדתית לגבי קיומו של סימן הנשיכה. הוא בוודאי לא מכריע במחלוקת אם יחסי המין התקיימו בהסכמה אם לאו. אם בכלל, הוא מצביע על כך שהמתלוננת התנגדה למעשי המערער. כמו כן, בית המשפט המחוזי לא התרשם מתיעוד החקירה ומעדותו של המערער לפניו, כי למערער קיימים קשיי הבנה של ממש בעברית. המערער אף לא טען במהלך חקירותיו במשטרה כי הוא מתקשה לנהל את החקירה בעברית ולא ביקש כי יוזמן מתורגמן לחקירתו. גם בטענתו של המערער כי לא הובהרה לו זכותו להיוועץ עם סניגור ציבורי אין ממש. המערער נשאל במפורש בתחילת חקירתו האם הוא רוצה לדבר עם עורך דין לפני החקירה והשיב בשלילה (ת/1, חקירת המערער מיום 13.8.2017).

סופו של דבר אפוא, דין הערעור על הכרעת הדין להידחות.

הערעור על גזר הדין



37. גם חלקו של הערעור ביחס לעונש המאסר שהושת על המערער דינו להידחות. כאמור, המערער טען כי העונש שהושת עליו חמור יתר על המידה ואינו עומד בקנה אחד עם הפסיקה. לשיטתו, את מתחם העונש היה צריך לקבוע בין 4-7 שנות מאסר וגם בתוך המתחם היה מקום להעמיד את עונשו של המערער בקצה הנמוך, נוכח נסיבותיו האישיות, ביניהן גילו, היעדר עבר פלילי ומצבו הכלכלי והמשפחתי. כן טען המערער כי יש מקום להתערב בגובה הפיצוי שחויב לשלם למתלוננת.

38. נקודת המוצא היא כי אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית, או שעה שהעונש שנגזר חורג באופן ממשי מרמת הענישה הנוהגת או הראויה בנסיבות דומות (ראו למשל: ע"פ 1419/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (31.12.2020); ע"פ 8348/19 יפרח נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (18.6.2020)). איניסבור כי המקרה שלפנינו נופל בגדר מקרים חריגים אלה ואין כל הצדקה להתערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

39. כפי שנאמר זה מכבר על ידי בית משפט זה, "עבירות המין, ובראשן החמורות שבהן – העבירות של אינוס ושל מעשי סדום – הן בין העבירות החמורות והמכוערות המנויות בחוק העונשין. הן פוצעות את הקורבנות בגוף ובנפש, ועל כן הולם אותן עונש מאסר ממושך" (ע"פ 2963/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 26 (10.2.2014)). מדובר בעבירות הרומסות את כבודו של הקורבן, המשמש ככלי לטובת סיפוק גחמותיו המיניות של האחר (ע"פ 3991/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (15.1.2020)). בהתאם, לאורך השנים קבע בית משפט זה מדיניות ענישה מחמירה ביותר בעבירות מסוג זה, ענישה שתהלום את סלידתה של החברה מעבירות אלו ותשקף את הנזקים החמורים מהם סובלים נפגעי העבירה. זאת לצד קידום האינטרס הציבורי בהרתעת עברייני מין פוטנציאליים (ראו: ע"פ 2538/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (13.11.2019)). יפים לעניין זה הדברים הבאים:

"הרתעה כללית נגד עבירות מין היא בגדר כורח חברתי שקיבל הכרה בסעיף 40 לחוק העונשין. עבירות מין ... הן עבירות של חדרי-חדרים, נגישות, קלות לביצוע וקשות לגילוי. מציאות זו מעצימה את תמריציהם של עברייני מין לממש את מאווייהם מעוררי הסלידה ולספק את יצריהם על ידי פגיעה ב[חסרי ישע]. הדרך הטובה ביותר להקטין את התמריץ המיני המעוות ועמו את הפיתוי לבצע עבירות מין הסוג שבו עסקינן היא להגדיל את עונש המאסר המוטל על העברייני" (ע"פ 3124/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (14.8.2019)).

לאחר עיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ובפסיקה שהובאה במסגרתו, ולאחר שקילת ממצאי תסקיר נפגעת העבירה שהוגש בעניינה של המתלוננת – לרבות הנזק שנגרם לה כתוצאה ממעשיו של המערער – ומדיניות הענישה המחמירה הנוהגת בעבירות מין, לא מצאתי כי העונש שהוטל על המערער חורג מרמת הענישה הנוהגת.

40. סיכומם של דברים: אציע לחבריי כאמור כי נדחה את הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

עמוד 15



השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, ג' בתמוזתשפ"א (13.6.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט
