

ע"פ 2350/15 - איוב שהאב נגד מדינת ישראל, ק.י

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2350/15

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופטת ע' ברון

המערער: איוב שהאב

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל
2. ק.י

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ב-תפ"ח 10327-01-13 (כב' השופטים ש' דותן, צ' צפת וא' זמיר) מיום 12.1.2015 ומיום 4.3.2015.

תאריך הישיבה: כ"ו בטבת התשע"ו (7.1.2016)

בשם המערער: עו"ד אודליה שפירא; עו"ד לין סיני
בשם המשיבות: עו"ד עדי צימרמן

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

עמוד 1

1. זהו ערעור על הכרעת הדין ולחלופין על גזר הדין שניתנו ב-תפ"ח (מחוזי ת"א) 10327-01-13 (כבוד השופטים ש' דותן, צ' צפת ו-א' זמיר). המערער הורשע בביצוע ניסיון לאינוס ומספר עבירות של מעשים מגונים, הכל תוך גרימת חבלה (לפי סעיף 345(א)(1) בנסיבות סעיף 345(ב)(3) ובצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), ולפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(3) לחוק, בהתאמה). נגזרו על המערער ארבע וחצי שנות מאסר בפועל, בניכוי הימים שבהם שהה במעצר; שנת מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר, לבל יעבור עבירת מין או אלימות מסוג פשע; שישה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר, לבל יעבור עבירת מין או אלימות שאינן מסוג פשע; ופיצוי לנפגעת העבירה, היא המשיבה 2 (להלן: המתלוננת) בסך של 50,000 ש"ח.

כתב האישום ותשובת המערער

2. על פי הנטען בכתב האישום, ביום 11.11.2012 טיילה המתלוננת באזור המרינה בהרצליה, ויצרה קשר טלפוני עם מסעדת "אל גאוצ'ו" בעיר (להלן: המסעדה); היא ביקשה לדבר עם אחי המערער, מר חמדאן שהאב (להלן: חמדאן), ומשזה לא היה בנמצא הופנתה אל המערער, שהזמין אותה למקום. המתלוננת הגיעה אל המסעדה ושתתה קפה בעוד שהמערער שתה יין, וכעבור זמן מה הלכו השניים למועדון "המסבאה" הסמוך (להלן: המועדון; ויוער כי שמו הוא למעשה "המשבעה", ולא "המסבאה" כלשון כתב האישום) שבו עבד המערער, שטען כי עליו לתקן משהו במקום. לבקשתו, עלתה המתלוננת עם המערער למשרדי המועדון המצויים בקומה השנייה של המבנה, שם התיישב תחילה המערער ליד מחשב ואילו המתלוננת התיישבה על הספה; ואולם בהמשך הבחינה המתלוננת כי המחשב כבוי והמערער אינו משתמש בו כלל. לאחר מכן אמר המערער למתלוננת: "את יודעת שבעל הבית מזדיין פה עם מלצריות", שאז החלה לחשוש מפניו, ובשל כך אמרה המתלוננת למערער כי היא יורדת למטה.

בשלב זה השכיב המערער את המתלוננת בכוח על הספה, תוך שהוא מציין באוזניה כי מצלמות האבטחה במקום אינן עובדות. המערער ניסה להרים את חולצתה של המתלוננת מספר רב של פעמים, ונגע בכוח בחזה, מעל החולצה ומתחתיה. כמו כן הפשיל המערער בכוח את מכנסי המתלוננת עד לקו הברכיים, הסיט הצידה בכוח את תחתוניה, והחדיר בכוח כמה מאצבעותיו לאיבר מינה. כל זאת במשך מספר שעות, שבמהלכן נאבקה המתלוננת במערער, ניסתה למנוע את המעשים ולהדוף אותו ממנה, תוך שהיא מתחננת על נפשה. חרף זאת המשיך המערער ותקף את המתלוננת בכוח, נשך אותה באוזנה, היכה אותה בכל גופה וגרם לה לחבלות.

בהתאם לאמור הואשם המערער בעבירות של אינוס תוך גרימת חבלה, לפי סעיף 345(א)(1) בנסיבות סעיף 345(ב)(3) לחוק, ובמעשים מגונים תוך גרימת חבלה (מספר עבירות), לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(3) לחוק.

3. המערער כפר בעובדות כתב האישום.

המערער טען כי הוא אינו מכיר את המתלוננת כלל, וכפר בהתקיימות שרשרת האירועים המתוארת בכתב האישום, לרבות שיחת הטלפון, המפגש עם המתלוננת במסעדה, המעבר למועדון, והמעשים האסורים הנטענים. כן

העלה המערער טענת אליבי, וטען כי בערב האירוע נושא כתב האישום הוא עבד במסעדה משעה 17:00 עד שעה 22:30, ואז נסע עם אחד מאחיו אל מקום מגוריו, ג'סר א-זרקא, לחתונתו של אח אחר מבני המשפחה (המונה 13 אחים).

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. בהכרעת הדין, שניתנה מפי כבוד השופט א' זמיר בהסכמת חברותיו להרכב, נדונו שתי שאלות עובדתיות מרכזיות: האחת, אם הצליחה המשיבה להוכיח את עצם קרות האירוע נושא תלונת המתלוננת; השנייה, ככל שיוכח כי האירוע התרחש - אם הוכח שהמערער הוא שביצע את המעשים הנטענים. בית המשפט המחוזי ענה על שתי השאלות הללו בחיוב; ועם זאת נמצא כי התעורר ספק סביר ביחס לקיום עובדה אחת בכתב האישום, היא החדרת אצבעות המערער לאיבר מינה של המתלוננת, ומשום כך זוכה המערער מעבירת האינוס ותחת זאת הורשע בעבירת ניסיון לאינוס.

5. באשר לשאלת קיום האירוע נושא התלונה, לאחר בחינת מכלול הראיות ובראשן עדות המתלוננת, שוכנע בית המשפט המחוזי כי המתלוננת הותקפה מינית. בתוך כך עמד בית המשפט על השתלשלות האירועים, הן במהלך ערב יום 11.11.2012 והן לאחריו. נקבע כי המתלוננת עבדה כטבחית במסעדה במשך מספר חודשים בשנת 2010, עד אשר עברה אירוע מוחי שבגיניו חדלה מלעבוד, ושם התיידדה עם חמדאן, שעבד לצידה במטבח. גם לאחר תום עבודתה במקום המשיכה המתלוננת לפקוד את המסעדה מעת לעת, והכירה באופן שטחי את המערער, שעבד במועדון הסמוך. ביום המדובר, שהיה גשום, היתה המתלוננת בסביבת המסעדה וביקשה "להעביר את הזמן" עד אשר תאסוף אותה חברה לביתה בנתניה. היא צלצלה למסעדה וביקשה לדבר עם חמדאן, אך זה לא היה במקום והשיחה הועברה למערער, שהציע למתלוננת לבוא ולשתות קפה. כשהגיעה למסעדה בערך בשעה 22:30 המערער כבר שתה יין, והמתלוננת הכינה קפה; ולאחר השעה 23:00, כאשר לא היה עוד איש במסעדה, הגיע רכב עם אספקה של ירקות והמתלוננת סייעה למערער להכניסם למטבח. לאחר מכן התלוותה המתלוננת למערער, הגם שהרגישה שלא בנוח, אל המועדון הסמוך - שהיה סגור באותו ערב - ועלתה עימו למשרד המצוי בקומה השנייה. שם סגר המערער את הדלת והעמיד פנים שהוא עובד על המחשב, אך המתלוננת שמה לב כי המחשב כבוי; המערער אמר למתלוננת שהוא "נדלק עליה" כבר בעבר, והחל לגעת בה, חרף התנגדותה ובמשך מספר שעות. המערער ניסה להפשיט את המתלוננת, נגע בה בכוח בחזה ובמקומות אחרים בגוף, היכה אותה, ניסה לטובב אותה, ולפי עדותה אף הכניס בחוזקה את אצבעותיו לתוך איבר מינה.

בשלב מסוים לאחר השעה 03:00 לפנות בוקר, שכנעה המתלוננת את המערער לצאת לשאוף אוויר בחוץ, בהבטיחה לו כי לאחר מכן תיתן לו את מבוקשו. במקביל הצליחה המתלוננת לטלפן לידידה, מר רונן דהן (להלן: רונן) ולבקשו שיבוא לאסוף אותה. בעוד המתלוננת והמערער עומדים מחוץ למועדון, כשהמערער אוחז בזרועה של המתלוננת, הגיע רונן עם רכבו, והמערער הרפה מזרועה של המתלוננת והניח לה לעלות לרכב. במהלך הנסיעה לא השיבה המתלוננת לשאלתו של רונן על שאירע לה והוא לא היקשה, אך רונן העיד כי היא נשמעה מבוהלת בטלפון, וכי נראתה קפואה ושלא כהרגלה במהלך הנסיעה; כעבור מספר ימים התקשר לשאול לשלומה ואז סיפרה לו כי הותקפה. כבר למחרת האירוע, ביום 12.11.2012, כאשר הופיעו סימנים כחולים של חבלות במקומות שונים בגופה, שיתפה המתלוננת מספר אנשים במה שחוויתה: בנה הבכור בן ה-17 (להלן: ר.י.), שהעיד כי אימו היתה אותו יום "לבנה" ו"מדוכאת" וכי ראה סימנים כחולים על גופה, ביד, בבטן ובגב; בעלה לשעבר, שאליו צלצלה המתלוננת והוא העיד כי "חש טון של מצוקה בקולה" וכי כשהגיע לביתה של המתלוננת היא הראתה לו סימנים של חבלות; עורכת דינה, גב'

שרית יונסי (להלן: עו"ד יונסי), שאף אליה צלצלה המתלוננת באותו בוקר וסיפרה כי בלילה מישהו ניסה לאנוס אותה, היכה אותה והחדיר אצבעות לאיבר מינה, והיא יעצה לה לפנות מיד למשטרה; וכן שכנתה של המתלוננת, יפה, שמסרה עדות במשטרה אך לא העידה בבית המשפט. ר.י. העיד כי שמע את אמו מספרת ליפה על כך שמישהו זרק אותה על המיטה במשרד המועדון והיכה אותה, וראה שאמו הראתה ליפה את הסימנים על גופה. עוד באותו בוקר, המתלוננת פנתה לצלמת פרטית בנתניה, על מנת לתעד את החבלות בגופה.

בהמשך אותו יום יצרה המתלוננת קשר עם הבעלים של המועדון, מר ג'ילט יוסף סרמני (להלן: ג'ילט), ונסעה יחד עם ר.י. לפגוש אותו במועדון. בית המשפט המחוזי מצא כי מכלול העדויות בנוגע לפגישה זו מחזק באופן ברור את גרסת המתלוננת שלפיה היא נמצאה בלילה הקודם במשרד המועדון. כך, ר.י. העיד כי מטרייתה של אמו נותרה במקום; וכך העיד גם ג'ילט, שעל עדותו הושם משקל מיוחד בהיותו עד אובייקטיבי שאינו מעורב באירוע ונטול אינטרס לסייע למי מהצדדים, מלבד התרשמות בית המשפט המחוזי כי ג'ילט אינו מעוניין לפגוע בעובדו לשעבר, המערער. עוד העיד ג'ילט כי המתלוננת ידעה לתאר מראש בדיוק כיצד המשרד נראה ואמרה שמטרייתה הושארה שם, וכשעלו למשרד מצאו במקום גם כוס יין, הגם שג'ילט עצמו אינו שותה, ובשלב זה השתכנע כי המתלוננת דוברת אמת. ג'ילט הוסיף בעדותו וסיפר כי הוא זה שניתק את המצלמות המותקנות במקום מוקדם יותר ביום התקיפה, הואיל וחבר שלו הגיע לשם עם שתי בחורות.

6. בית המשפט המחוזי נתן אמון בעדות המתלוננת, שוכנע כי היא הותקפה וקבע כי הוא מקבל את גרסתה, באשר למרבית התקיפות הנטענות, "ללא כל ספק"; ואולם נותר אצלו ספק סביר ביחס לאחד מפרטי התקיפה, הוא החדרת אצבעות התוקף לאיבר מינה של המתלוננת - המעשה המקים עבירת אינוס. זאת בשל חוסר האחידות, בנקודה זו, בין תיאוריה השונים של המתלוננת את האירוע.

המתלוננת פנתה למשטרה בתחנת נתניה ביום שלישי, 13.11.2012, יומיים לאחר אירוע התקיפה. בהודעתה מאותו יום מסרה תיאור של האירוע, ללא שציינה את אקט החדרת האצבעות. בהודעתה השנייה מיום 18.11.2012, שניתנה בתחנת גלילות לאחר שהתיק הועבר לשם, תיארה המתלוננת עניין זה רק לאחר שנשאלה שאלה ספציפית ומדריכה מאת החוקרת בדבר החדרת אצבעות לאיבר המין, תוך שהיא מציינת כי "אני לא זוכרת הכל בדיוק בדיוק", וכי עניין החדרת האצבעות "היה בשניות". בחקירתה השלישית מיום 12.12.2012 מסרה תיאור מפורט של החדרת האצבעות לאיבר המין, בציינה כי הדבר נמשך כ-30 שניות; ואילו ביום 2.1.2013, שבו נערך עימות בין המתלוננת למערער, שוב נמנעה המתלוננת לציין נושא זה, הגם שפירטה בפני המערער את כל יתר המעשים. עוד ציין בית המשפט כי אמנם עו"ד יונסי העידה שהמתלוננת סיפרה לה בבוקר יום 12.11.2012 שהמערער החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה, ואולם בהודעתה במשטרה מיום 3.1.2013 השתמשה עו"ד יונסי בלשון מסויגת ועמומה יותר, באומרה כי "הבנתי ממנה שהוא עשה משהו עם היד שלו לאיבר המין שלה".

כעולה מהאמור, וכן לנוכח מחדלי חקירה מצד המשטרה שבגדרם, בין היתר, נשאלה המתלוננת שאלות מדריכות ולא נשלחה לבדיקה רפואית בסמוך לאחר התקיפה - בית המשפט קבע כי התעורר ספק סביר ביחס לאקט החדרת אצבעות התוקף לאיבר מינה. בית המשפט הדגיש כי אין במסקנה זו כדי לגרוע מאמינות עדותה של המתלוננת, וכי קיומו של ספק בנקודה זו אין משמעותו קביעה שהמתלוננת אינה דוברת אמת; ואולם מצא כי לא ניתן לקבוע שהתגבשה עבירת האינוס.

7. באשר לשאלת זהות התוקף, בית המשפט המחוזי ציין כי המתלוננת נקבה בחקירתה במשטרה בשם "בהא", הוא שמו של אח נוסף של המערער וחמדאן (שאף נעצר על ידי המשטרה, ולאחר מכן שוחרר); וכי במסדר זיהוי תמונות שנערך לה במשטרה - ובו הוצגה תמונתו של בהא, אך לא זו של המערער - הצביעה המתלוננת על תמונתו של בהא ללא היסוס וחתמה על ידה. חרף זאת, בית המשפט השתכנע מעבר לכל ספק סביר כי המדובר בטעות בתום לב וכי מי שהתקיף את המתלוננת היה המערער, וזאת ממספר טעמים.

ראשית, המתלוננת ציינה שהתוקף היה אח של חמדאן כבן 31, נשוי עם ארבעה ילדים - תיאור שהמערער עונה עליו, אך לא כן בהא. שנית, ג'ילט העיד כי ברגע שהמתלוננת סיפרה לו על האירוע ידע כי המדובר במערער משום שהוא העובד היחיד שהיו לו מפתחות למועדון, שהיה סגור אותו ערב; ג'ילט הוסיף עוד כי בעת שהמתלוננת ביקרה עימו במשרד הם צפו יחד בסרט מצלמות האבטחה מבוקר יום 11.11.2012, בו נראה המערער קם משינה על הספה בתחתוניו. כשראתה אותו המתלוננת היא נרתעה לאחור והראתה סימני פחד - ובית המשפט קבע כי יש להעדיף זיהוי ספונטני זה על פני הזיהוי במסדר התמונות. כן נקבע כי יש ליתן עדיפות אף לזיהוי פנים אל פנים שערכה המתלוננת בעת העימות עם המערער במשטרה. בנוסף, כעולה מעדות המערער ומדו"ח נוכחות שהגישה מנהלת המסעדה, גב' פטריסיה מוניקה מצגר (להלן: פטריסיה), המערער עבד בערב האירוע במסעדה, ולא עבד שם אח אחר של חמדאן, ולפיכך נקבע כי הוא שענה לשיחה מאת המתלוננת והזמין אותה למקום. זאת ועוד. עדויותיהם של המערער ושל אָחיו שהעידו, חמדאן וכן אח נוסף, מר יאסר שהאב (להלן: יאסר), התאפיינו בסתירות שעניינן נסיונות שונים להסביר את מקומות הימצאותו בעת תקיפת המתלוננת ואת אופן הגעתו לחגיגה המשפחתית בג'סר א-זרקא, ובית המשפט לא נתן בהן אמון. ולבסוף, נקבע כי לא הוכחה טענת האליבי, משהוכח שהמערער עבד במסעדה עד לשעה 23:00, משלא הוכח אם וכיצד הגיע משם לג'סר א-זרקא ומשבצילומי אירוע החתונה לא נראה המערער כלל, ולא הובאה עדות ולו של אחד האורחים באירוע.

8. בית המשפט המחוזי התייחס בהכרעת הדין גם למחדלים שאירעו במשטרה בנוגע לחקירת התלונה. כך צוין כי התיק הועבר מתחנת נתניה לתחנת גלילות בעצלתיים, ללא שנערכו פעולות שיש לעשותן באופן מיידי כגון בדיקה רפואית למתלוננת וצילום של החבלות שעל גופה, תחקור עדים כגון ספק הירקות ותפיסת סרטי מצלמות האבטחה של המסעדה, שנמחקו לאחר שבוע ימים; כי לא ברור מדוע חלפו שלושה שבועות מעת שחרורו של בהא ממעצר ועד למעצרו של המערער; כי לא נערך מסדר זיהוי חי קודם לעימות בין המתלוננת למערער; כי ככל הנראה לא נערך איכון למכשיר הטלפון של המערער, על מנת לעמוד על מקום הימצאו בערב האירוע התקיפה; ועוד. נקבע כי אין במחדלים אלה כדי להועיל למערער, משום שדי ב"יש" הראייתי כדי להוכיח כי הוא היה זה שתקף את המתלוננת באותו לילה מתוך רצון וניסיון לאנסה, אך ייתכן שהיה בפרטים החסרים כדי לשפוך אור על התקיימות עבירת האינוס, שלא הוכחה.

9. בגדרי גזר הדין קבע בית המשפט המחוזי מתחם ענישה אחד למסכת המעשים שבה הורשע המערער, בהתאם להסכמת הצדדים כי היא מהווה "אירוע אחד" לצורך סעיף 40(ג) לחוק. בית המשפט עמד על הערכים החברתיים שנפגעו ממעשי המערער, ובהם כבוד האדם, שלמות הגוף והנפש, הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה של אדם על גופו; ועל מידת הפגיעה בערכים אלה שגרם המערער, לנוכח הימשכות האירוע מספר שעות, הפעלה חוזרת ונשנית של כוח והחבלות שנגרמו למתלוננת. בנוסף לקח בית המשפט בחשבון בעת קביעת מתחם הענישה ההולם את נסיבות ביצוע העבירה, ובעיקר תכנון האירוע על ידי המערער ותמרון המתלוננת כדי להביאה למשרד המועדון, וכן את מדיניות הענישה הנוהגת - והעמיד את המתחם ההולם על 4-6 שנות מאסר.

בקביעת העונש בתוך המתחם התחשב בית המשפט בהיעדר עבר פלילי למערער; בחלופי הזמן מעת ביצוע

העבירות עד למתן גזר הדין, כשנתיים וחצי שבמהלכן שהה המערער בתנאים מגבילים שבעטיים נמנע ממנו לפרנס את משפחתו; ובנסיבות חייו הקשות, הכוללות אישה הסובלת מבעיות נפשיות חמורות וזקוקה מדי פעם לאשפוז, שישה ילדים ששניים מהם סובלים אף הם מבעיות רפואיות, ועוני חמור. בהתאם לכך נקבע עונש המצוי בקרוב לרף התחתון של המתחם, והעומד על ארבע וחצי שנות מאסר, ולצידו סנקציות נוספות כמפורט בפסקה 1 לעיל. עוד נקבע כי מתקופת המאסר ינוכו הימים שבהם שהה המערער במעצר (30.12.2012-4.4.2013), כאמור בהחלטת כבוד השופטת ש' דותן מיום 9.6.2015, המתקנת את התאריכים שצוינו בגזר הדין).

הטענות בערעור

10. בטיעונו לפנינו בכתב ובעל פה, המערער אינו טוען כנגד עצם התקיימות האירוע שבו הותקפה המתלוננת; עם זאת נטען כי בית המשפט המחוזי לא הסביר מדוע הורשע המערער בניסיון לאינוס, משזוכה מעבירת האינוס, וכי אף לא ניתן לקבוע כי בוצעה עבירת הניסיון. מרבית טענותיו של המערער ממוקדות בשאלת זהות התוקף, ועיקרן הוא כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו שהוכח מעבר לספק סביר כי המערער הוא שביצע את המעשים, וזאת במיוחד לנוכח הספק שנמצא ביחס לשאלת האינוס. לטענתו, המערער והמתלוננת לא עבדו במסעדה או במועדון בזמנים חופפים ומשכך לא ייתכן כי הכירו זה את זה, בעוד שאחיו בהא עבד יחד עם המתלוננת בעת שהועסקה במסעדה והיתה ביניהם היכרות. זאת, בצירוף העובדה שהמתלוננת נקבה בשמו של בהא בפני שלושה חוקרי משטרה שונים, ואף הצביעה על תמונתו במסדר זיהוי התמונות - כאשר נטען כי בהא אינו דומה כלל למערער - מעלה ספק סביר באשר לזהות התוקף. נטען כי הספק נגזר גם מכך שהמתלוננת ציינה פרטים נוספים המצביעים על המערער רק לאחר שיחה עם חמדאן וכי שינתה את גירסתה באשר לזהות התוקף רק בעקבות שאלה מדריכה של חוקרת המשטרה. עוד נטען כי בית המשפט שגה כאשר קבע כי אין במחדלי החקירה של המשטרה כדי להשליך על אשמת המערער כולה.

לחלופין משיג המערער על גזר הדין, וטוען כי יש להפחית מחומרת העונש כך שלא יעלה על שמונה-עשר חודשים. נטען כי העונש שהושת חמור מדי לנוכח מחדלי החקירה של המשטרה; נסיבותיו האישיות של המערער, לרבות אשפוזו של אשתו במחלקה לבריאות הנפש, הוצאת ילדיו של המערער למשפחות אומנה לאחר תחילת מאסרו, ותנאי עוני קשים שאף הביאו לניתוק החשמל בבית; הקפדתו על תנאי המעצר לאורך תקופה ארוכה; וסטיית העונש מהנהוג במקרים דומים. עוד נטען כי בניגוד לאמור בפסק הדין, המעשים לא כללו תכנון מוקדם, באשר המתלוננת היא שיזמה את הגעתה למקום.

11. המשיבה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי על שני חלקיו. ביחס להכרעת הדין נטען כי היא מבוססת רובה ככולה על ממצאי מהימנות ועובדה, בהם אין מקום להתערב; וכי בית המשפט בחן את העדויות לעומקן ובזהירות רבה, והא ראייה שהחליט לזכות את המערער מעבירת האינוס. עוד נטען כי לגירסת המתלוננת נמצאו חיזוקים משמעותיים, לרבות עדויות מרובות וצילומי החבלות, וכי זהותו של המערער עולה בבירור מתוך חומר הראיות, כמפורט בפסק הדין, כמו גם ההיכרות המוקדמת בינו לבין המתלוננת. לגבי התגבשות עבירת ניסיון האינוס נטען כי המערער הפשיל את מכנסיה של המתלוננת חרף התנגדותה, ניסה להסיר את חולצתה וחזייתה בכוח, אמר לה כי הוא מעוניין לסובב אותה ו"לזיין אותה בתחת" והיכה אותה בניסיון לעשות זאת - מעשים העולים כדי ניסיון אינוס. בנוגע למחדלי החקירה נטען כי אין מדובר בכאלה היורדים לשורשו של עניין ומקפחים את הגנת הנאשם.

ביחס לגזר הדין טוענת המשיבה כי העונש שהושת על המערער הולם את נסיבות המקרה, ובהן ריבוי העבירות,

חומרת המעשים, הימשכותם על פני שעות, האלימות שנלוותה להם, תכנון מוקדם וניצול אמונה של המתלוננת. כן נטען כי העונש אינו חמור בהשוואה לרף הענישה במקרים דומים.

12. יצוין כי בד בבד עם הגשת הערעור הגיש המערער בקשה לעיכוב ביצוע גזר הדין. הבקשה נדחתה בהחלטת השופט מ' מזוז מיום 29.4.2015, בעיקר מן הטעם שהכרעת הדין מבוססת על ממצאי מהימנות, ולפיכך סיכויי הערעור אינם מן המשופרים. עוד הוטעם כי החשש שהמערער ירצה מאסר שווא טרם ההכרעה בערעור הוא קטן, וזאת לנוכח חומרת המעשים.

דיון והכרעה

13. לאחר עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בכתבי הטענות ובחומר הראיות, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שנערך לפנינו, אציע לחברי לדחות את הערעור על שני ראשיו. וכעת אפרט.

הערעור על הכרעת הדין

14. המערער אינו כופר כאמור בכך שהמתלוננת עברה "אירוע טראומטי", בלשון באת-כוחו, בערב יום 11.11.2012 ואל תוך הלילה. עם זאת רבות מטענותיו של המערער מופנות נגד האמון שנתן בית המשפט המחוזי בעדותה של המתלוננת. כך נטען, כי הספק שנמצא ביחס לעניין החדרת האצבעות לאיבר מינה צריך לפעול לטובת המערער גם בנוגע ליתר פרטי התקיפה, וכן בנושא זיהוי התוקף. לצד זאת, חלק ניכר מן הערעור עוסק בקביעות עובדתיות של בית המשפט, למשל בדבר קיומה של היכרות מוקדמת בין המתלוננת למערער ובדבר המועד שבו נודעו לה הפרטים על אודותיו שהובילו לזיהויו כמי שביצע את התקיפה.

בפתח הדברים יש אפוא לשוב ולהזכיר את ההלכה המושרשת שלפיה אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ועובדה, והדברים ידועים. לערכאה הדיונית יתרון מובנה בכגון דא, בזכות התרשמותה הבלתי-אמצעית מן הראיות והעדויות שהובאו לפניה, ובפרט שעה שמדובר בעבירות מין. כך למעט בנסיבות חריגות המצדיקות התערבות - למשל כאשר נפלה בהחלטת הערכאה הדיונית שגיאה הניכרת לעין, או מקום שהמסקנות אינן מתיישבות עם הגיונם של דברים (ראו למשל, ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל, בפסקאות 44-45 (25.8.2016); ע"פ 5795/14 של מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקאות 15-17 (3.9.2015); ע"פ 9020/14 מזרחי נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (9.7.2015); ע"פ 1933/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (11.2.2015)). חריגים אלה אינם מתקיימים בענייננו.

הבסיס העיקרי שעליו מבקש המערער להסתמך על מנת לערער את מהימנות גירסתה של המתלוננת לאירועים הוא הימצאות הביטוי "ספק סביר" בהכרעת הדין, שבו נאחז המערער כמוצא שלל רב. בעניין זה דעתי כדעת המשיבה, כי מכך שבית המשפט מצא ספק סביר ביחס להתקיימות אחד מרכיבי כתב האישום לא נגזר כי היה עליו לזכות את המערער מהעבירות כולן. נהפוך הוא, בית המשפט בחן היטב, בדקדוק וזהירות, אלו מן העובדות הנטענות הוכחו כדבעי, ואלו לא. המערער אינו מניח לפנינו כל טעם ממשי כדי לפקפק במערך העובדתי המפורט, הקוהרנטי וההגיוני שנפרש בהכרעת הדין, על יסוד עדותה של המתלוננת כמו גם הראיות הנוספות התומכות בה ומחזקות אותה.

על רקע זה ניגש לבחינת שתי השאלות העיקריות המועלות בערעור - אם הוכחה עבירת הניסיון לאינוס, ואם הוכח כי המערער הוא שביצע את המעשים.

עבירת ניסיון האינוס

15. באשר להרשעת המערער בעבירת הניסיון לאינוס, יוער כי יש ממש בטענה שהיה מקום לקיים דיון בהתקיימות העבירה בגדרי הכרעת הדין, ואילו בית המשפט המחוזי לא הסביר אלא בגזר הדין הכיצד הורשע המערער, תחת זיכוי מעבירת האינוס, בעבירת הניסיון. ואולם מכך לא נובע כי נפלה שגגה בעצם ההרשעה בעבירה, שכן בדין נקבע כי הוכח שהמערער ביצע ניסיון לאינוס את המתלוננת.

סעיף 25 לחוק מגדיר מהו ניסיון לבצע עבירה: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". לפי פרשנותו של סעיף זה בפסיקה, עבירת ניסיון מתגבשת כאשר מחד גיסא המעשה הפיזי לא הושלם, אך הוכחה התנהגות החורגת מגדרי "הכנה" גרידא; ומאידך גיסא ישנה כוונה חד-משמעית להשלים את העבירה. בפסיקתו של בית משפט זה נקבעו שתי דרכים חלופיות להטלת אחריות בגין ניסיון לבצע עבירה: על פי מבחן "הקרבה המספקת", שעניינו במעשה המקרב את תהליך ביצוע העבירה המושלמת; או על פי מבחן "החד משמעות", שמתקיים כאשר ביצוע התחלתי מגלה בצורה חד משמעית את כוונת העושה - הכל לפי מכלול הנסיבות והגיונם של הדברים (ראו למשל, ע"פ 460/16 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 23 (5.5.2016); ע"פ 8200/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (3.9.2012) (להלן: ע"פ 8200/11); ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' סנקר, בפסקאות 37-40 (12.7.2010)).

16. מהתשתית העובדתית שנקבעה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי מסכת המעשים שבוצעה כלפי המתלוננת מהווה ניסיון לאינוס, לפי כל אחד משני המבחנים שהותוו בפסיקה. כך, המתלוננת שבה ופירטה באופן אחיד ועקבי כי התוקף ניסה שוב ושוב להסיר את חולצה וחזייתה ולהפשיל את מכנסיה; כי הוא היכה אותה במטרה לרכך את התנגדותה למעשים; וכי אמר לה שבכוונתו לבעול אותה - ועד אז לא יניח לה ללכת. כך לדוגמה, הודעתה הראשונה במשטרה מיום 13.11.2012, יומיים לאחר אירוע התקיפה:

"הוא נהייה אגרסיבי והתחלתי לפחד שהוא יהרוג אותי כדי שאני לא אספר לאח שלו ולכן התחלתי לשכנע אותו 'למה לעשות את זה בכוח, תירגע, אפשר לעשות את זה אחרת'. היה נרגע ועוד פעם. רציתי לשכנע שאני אהיה בקשר איתו כדי שיירגע. אז הוא נרגע ואז היה עולה בחזרה. היה אומר לי 'אני חם אני רוצה לזיין אותך אני לא אתן לך ללכת בלי זה בואי נזדיין' ונשך אותי באוזן ואני לא רציתי והוא רצה להוריד לי את המכנסיים ואני מושכת אותם בחזרה [...] אחרי המלחמה הזאת ירד לי כל הכוח. אמרתי לו 'אני מוכנה אבל לא בכוח' אז הוא אמר לי 'את לא משקר לי?' ואז תפס אותי ביד והתחלנו לרדת במדרגות" (ת/4 ש' 31-39; ההדגשה הוספה-ע'ב').

וכך הודעתה במשטרה מיום 12.12.2012:

"הוא אמר לי אני לא עוזב אותך אני רוצה לזיין אותך [...] הוא היה עם תחתונים ואני הרגשתי את הזה שלו ממש קשה. הוא עלה עלי הרבה פעמים ואני עם הידיים עושה לו מלחמה ואמרתי לו תירגע. הרבה פעמים אמרתי לו עוד מעט

נעשה תירגע. הוא היה נרגע קצת ועוד הפעם. ככה היינו שעות" (ת/6 ש' 131-132, 138-140; ההדגשות הוספו-ע'ב'),
וראו גם הודעתה של המתלוננת במשטרה מיום 18.11.2012 (ת/5 ש' 14-30); ועדותה בבית המשפט (עמ' 18-20
לפרוטוקול 18.5.2013).

תיאוריה של המתלוננת את האירוע מדברים בעד עצמם. בניגוד לאקט החדרת האצבעות, המתלוננת ציינה את
הפרטים הנזכרים לעיל בכל אחת מההזדמנויות שבהן גוללה את שעבר עליה, הן בהודעותיה במשטרה והן בעדותה בבית
המשפט; ולמקרא הדברים הללו ברי כי נגלתה כוונה חד-משמעית להשלים את ביצוע העבירה, וכן כי נעשו מעשים
גלויים המהווים תחילת הוצאת הכוונה הפלילית אל הפועל. זאת לנוכח דבריו המפורשים של המערער למתלוננת
במהלך האירוע, ובצידם מעשים ברורים של ביצוע התחלתי לרבות הפשלת המכנסיים בכוח, סיבוב המתלוננת לאחור
והצמדת גופו אליה בכוח (ראו והשוו ע"פ 8200/11; ע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 236 (1999);
ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183 (1994)). ויודגש כי המעשים נפסקו רק בזכות תושייתה של
המתלוננת, שהצליחה לשכנע את המערער כי יצאו החוצה לשאוף אוויר רק מחמת הבטחתה כי לאחר מכן יחזרו פנימה
ויקיימו יחסי מין; ובמקביל הצליחה להזעיק את רונן בחשאי (עמ' 20 לפרוטוקול 16.5.2013, ש' 13-31). עוד יוזכר כי
המערער החזיק את ידה של המתלוננת בחוזקה בעת שעמדו בחוץ - וגם מכך ניתן ללמוד כי בשלב זה סבור היה
שהמפגש הכפוי ביניהם טרם בא לקצו; והוא הרפה מידה של המתלוננת רק כשרונן הגיע למקום ולמערער לא נותרה
ברירה אלא להניח לה.

זהות התוקף

17. כזכור, בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי נזכרים שורה של טעמים שבגינם נקבע כי הוכח מעבר לכל
ספק סביר שהמערער הוא שתקף את המתלוננת. לאחר עיון במכלול הראיות נחה דעתי כי לא נפל פגם בהכרעת הדין
גם בסוגיה זו.

טרם שאדרש לכל אחד מהטעמים המבססים את זהותו של התוקף, יצוין כי באת-כוח המערער הקדישה פרק
נרחב מטעונה לפנינו לשאלת ההיכרות המוקדמת בין המתלוננת למערער. נטען כי לא הייתה תקופת חפיפה בין
עבודותיהם באותו מקום (בין אם במסעדה או במועדון הסמוך) ומשכך לא ייתכן כי הכירו זה את זה, וכי אין יסוד ראייתי
לקביעה העובדתית של בית המשפט המחוזי כי מקור ההיכרות בביקוריה של המתלוננת במקום לאחר שחדלה מלעבוד
בו. כך או אחרת, לא מצאתי בעניין זה כל רבותא; גם אם לא הייתה היכרות מוקדמת בין השניים, אין בכך כדי להשליך
כהוא זה על השתלשלות העניינים כפי שהוכחה בערכאה הדיונית, ואף לא על זהות המערער כמבצע המעשים - אף לא
אחד מבין העיגונים לכך שהמערער הוא שביצע את התקיפה מותנה בקיומה של היכרות מוקדמת בינו לבין המתלוננת.
עם זאת יוער כי יש בחומר הראיות בסיס לסברה שהמתלוננת והמערער הכירו זה את זה, גם אם באופן שטחי, קודם
לאירוע התקיפה. כך, בעת העימות ביניהם במשטרה אמרה המתלוננת כי היא מכירה את המערער "מהמסעדה. זאת
אומרת ראיתי אותו כמה פעמים עם חמדאן והוא גם עובד באל גאוצ'ו" (ת/8, עמ' 2 ש' 35-36; ראו גם עמ' 13
לפרוטוקול 16.5.2013 ש' 25-32). אין חולק כי המתלוננת פקדה את המסעדה גם לאחר תום תקופת עבודתה בה,
ולכן ודאי שלא ניתן לקבוע כי "בלתי אפשרי" שהיא הכירה את המערער, כפי שהוא טוען, גם אם לא עבדו יחד באותו
מקום ובאותו זמן. כמו כן, המתלוננת סיפרה כי המערער אמר לה ש"נדלק עליה" כבר כשעבדה במסעדה (עמ' 19
לפרוטוקול 16.5.2013 ש' 2) - וגם מכאן נלמדת היכרות קודמת, ובמיוחד לנוכח עדותה של פטריסיה כי המערער עבד
במסעדה באופן בלתי-סדיר ובפרקי זמן משתנים לאורך כשנתיים (עמ' 185-186 לפרוטוקול 27.5.2013; ת/15 ש'
12-9). בנוסף, יש ממש במסקנה שגזר בית המשפט המחוזי בדבר היכרות ולו מינימלית בין השניים, בעקבות התנהגותו

של המערער בעימות שנערך להם במשטרה:

"בתום העימות - ת/8, ת/8א, ת/8ב - הוא פונה למתלוננת ומבקש ממנה לבקש מפטריסיה (בעלת המסעדה) שתדאג לו לסיגריות; 'פמיליאריות' מעין זו בין זרים גמורים כביכול, ועוד בין חשוד למתלוננת, שאינה מוכרת לו לדבריו, תומכת בגרסת המתלוננת אודות היכרות מוקדמת, גם אם שטחית" (בפסקה 6 לפסק דינו של בית המשפט קמא).

18. הפרטים המזהים שסיפקה המתלוננת על אודות המערער - בתחילה המתלוננת נקבה בשמו של אחיו של המערער, בהא. ואולם כבר בהודעתה הראשונה במשטרה מיום 13.11.2012 המתלוננת פירטה בפני חוקרי המשטרה פרטים נוספים על אודות התוקף. חלק מהפרטים הללו נכונים גם ביחס לבהא וגם ביחס למערער, כגון שהתוקף הוא אח של חמדאן; וחלקם נכונים ביחס למערער אך אינם נכונים ביחס לבהא - למשל, כי התוקף בן 31 שנים; כי הוא נשוי עם ארבעה ילדים; וכי הוא עובד גם במסעדה וגם במועדון (ת/4 ש' 84-89). המערער מתאים לתיאור זה במדויק. לעומת זאת, בהא צעיר מהמערער בעשור, בהיותו יליד 1990 לעומת המערער שנולד ב-1980, והוא נשוי טרי ללא ילדים (למצער נכון למועד האירועים הרלוונטיים). ככל הנראה בהא עבד במסעדה בעבר אך לא במועד האירוע, ולא עבד במקביל גם במועדון (לפי עדותו של חמדאן, עמ' 243, 247 לפרוטוקול 10.6.2013). בהודעתה במשטרה מיום 12.12.2012 אף הבהירה המתלוננת את הדברים: "מי שעשה לי את זה הוא לא הצעיר. הוא נשוי עם ילדים. אחד מהם התחתן לא מזמן, אולי שנה או יותר, והוא ילד בן 23 אולי או משהו כזה. מי שעשה לי את זה לא ילד בן 23 והוא נשוי עם ילדים" (ת/6 ש' 26-28). עוד יצוין כי המתלוננת הוסיפה בגדרי התיאור הראשוני של התוקף, כי חמדאן סיפר לה שאחיו שהא בעבר בבית הסוהר בשל נהיגה ברכב ללא רישיון (ת/4 ש' 85) - והמערער הודה במשטרה כי פרט זה נכון לגביו (ת/14א ש' 41).

המערער טוען כי הפרטים המובילים לזיהויו נודעו למתלוננת רק בדיעבד, בעקבות שיחה טלפונית עם חמדאן; ואולם לטענה זו אין יסוד בחומר הראיות. כך, המתלוננת העידה כי צלצלה לחמדאן לפני שפנתה לראשונה למשטרה, אך המערער הוא זה שענה לטלפון והיא לא שוחחה אפוא עם חמדאן כלל (עמ' 29-30 לפרוטוקול 16.5.2013). לפי עדותה, המערער הוא שסיפר לה במהלך ערב 11.11.2012 כי יש לו ילדים, וכשציין זאת הבינה שזה אותו אח של חמדאן ששמעה עליו כבר מפי חמדאן, שיש לו ארבעה ילדים והוא עובד גם במסעדה וגם במועדון (עמ' 16 לפרוטוקול 16.5.2013, ש' 25-27; עמ' 62 ש' 8-20). חמדאן מצידו העיד כי הוא שוחח בעצמו עם המתלוננת ביום 12.11.2012, אך פרטים על אחיו לא נדונו בשיחה: "אמרת לי לה למה חיפשת אותי. אמרה לי: במשפט יגידו לך. ככה אמרה לי. ולא אמרה לי אח שלך, ולא ידעתי בכלל מאח שלי כלום [...] לא ידעתי [שהמתלוננת מאשימה את אחד האחים באונס] לא על בהא ולא על אף אחד. ובהא חשבתי שעצרו אותו משהו אחר, ולא אמר לנו כלום" (עמ' 242 לפרוטוקול 10.6.2013, ש' 16-17, 29-31).

בין אם יש להעדיף את גירסתה של המתלוננת לשיחה ובין אם את זו של חמדאן - כך או כך אין יסוד לטענה כי הפרטים על התוקף נודעו למתלוננת רק לאחר האירוע. לעומת זאת, יש בסיס מוצק לקביעה כי המתלוננת שמעה מפי חמדאן על המערער לפני האירוע, וקישרה בין הפרטים ששמעה לאדם שאותו פגשה ולפרטים שסיפר לה על עצמו; ורק בשמו שגתה המתלוננת.

19. זיהוי פנים אל פנים - בנוסף לציון שמו של בהא, המערער מדגיש כי המתלוננת אף זיהתה את בהא במסדר זיהוי תמונות שנערך לה במשטרה (ת/1א). לאחר שהבינו חוקרי המשטרה כי המערער הוא ששהה במסעדה ובמועדון

בעת האירוע ולפיכך ייתכן כי הוא שביצע את המעשים ולא בהא, כפי שיפורט מיד בסמוך, ערכו עימות פנים אל פנים בין המתלוננת למערער, ואז זיהתה אותו המתלוננת כמי שתקף אותה.

בנוגע למסדר זיהוי התמונות יצוין כי בניגוד לטענת המערער בדבר היעדר דמיון בינו לבין אחיו בהא, ישנו דמיון ניכר בין המערער לבין תמונתו של בהא שהוצגה למתלוננת; בתמונה אחרת (ת/30) ניכרים יותר ההבדלים ביניהם - אך התמונה שיש לבחון היא זו שעליה הצביעה המתלוננת. ניתן להתבלבל בין האחים בנקל, ולא כל שכן כאשר התמונה מוצגת לצד שבע תמונות נוספות, שלעומתן מתבלט הדמיון בין האחים. במצב דברים זה מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי בהצביעה על בהא התבלבלה המערערת, וכי יש להעדיף את הזיהוי החי על פני זה שבמסדר התמונות.

20. ראיות שמסרו ג'ילט ופטריסיה - לצד העיגונים הבאים מפי המתלוננת לכך שמי שתקף אותה הוא המערער, יש לטענה תימוכין משמעותיים גם בחומר הראיות האובייקטיבי; למעשה, זהותו נגלתה למשטרה מתוך חומר הראיות עצמו ולא מדברי המתלוננת, שאז שוחרר בהא ונעצר המערער תחתיו.

למקרא ההודעה במשטרה שמסר ג'ילט (הוא הבעלים של המועדון) ביום 18.11.2012 ברור כי אין לו ספק במי דברים אמורים, שהרי הם נסבו על עובד ספציפי, שהפנתה אליו פטריסיה (מנהלת המסעדה השכנה) ושעובד גם אצלה; שיש לו מפתחות למועדון; ושישן על הספה שבמשרד מדי פעם; ועוד מסר ג'ילט שהגיע לחבר בחזרה את מצלמות האבטחה רק בשעות הצהריים ביום 12.11.2012 - למחרת אירוע התקיפה - משום שידע מבחינתו שהמערער ישן במקום ולא רצה להעירו (ת/17 ש' 51). עם זאת יוער כי ג'ילט מתייחס לאורך הודעתו לעובד בשם "איאד" - לא בהא ולא איוב (שמו של המערער); בהודעה נוספת שנתן במשטרה ביום 12.12.2012 נשאל ג'ילט אם הוא בטוח לגבי שמו של העובד והשיב "כולם קוראים לו ככה" (ת/18 ש' 32) - ובעקבות זאת ערכה המשטרה בירור, שהעלה כי המערער מוכר במסעדה ובמועדון בשם "איאד", הגם שזה איננו שמו הרשום (ראו עדותה של פטריסיה, עמ' 185 לפרוטוקול 27.5.2013, ש' 17-21). לגופו של עניין, המערער אינו חולק על כך שהוא העובד היחיד שהיו לו מפתחות למשרד המועדון (שהיה סגור באותה עת) ושהוא נהג לישון על הספה הנמצאת שם (עמ' 140-141, 155 לפרוטוקול 27.5.2013).

ג'ילט מסר גם את סרטי מצלמות האבטחה במועדון מהימים הרלוונטיים. כאמור ג'ילט ניתק את המצלמות והן לא עבדו בערב 11.11.2012, מטעמים שאינם קשורים במערער (ת/17 ש' 15-18; עמ' 143 לפרוטוקול 27.5.2013, ש' 18-15). ואולם בסרט מיום המחרת (ת/10, סרטון 21_02 מיום 12.11.2012) נראית המתלוננת במשרד משוחחת עם ג'ילט וצופה עימו במסך טלוויזיה; לא ניתן להבחין במה שמופיע על גבי המסך, אך המתלוננת וג'ילט העידו כי צפו בסרט מצלמות האבטחה מבוקר 11.11.2012, שם נראה המערער קם משינה על הספה שבמשרד, כשהוא בתחתוניו, ופותח את הדלת לג'ילט (ת/10, סרטון 159_02 מיום 11.11.2012). בסרטון ניתן לראות בבירור את המתלוננת נרתעת אחורנית, וג'ילט העיד כי זהו הרגע שבו נראה המערער על המסך - והוסיף: "זה אני זוכר כי היה לה פחד" (עמ' 144 לפרוטוקול 27.5.2013, ש' 4-5). כמו בית המשפט המחוזי, אף אני מוצאת כי יש ליתן משקל לזיהוי ספונטני זה, המלווה בתגובה גופנית בולטת, ובמיוחד לנוכח העובדה שהמתלוננת צפתה במערער בדיוק כפי שהיה בלילה הקודם - בלבוש מינימלי ועל אותה הספה.

ראיה עצמאית נוספת היא דו"ח הנוכחות של המערער במסעדה, כלומר פלט שעון הנוכחות שהגישה מנהלת

המסעדה פטריסיה - שאף היא כמו ג'ילט הביעה סימפטיה כלפי המערער והערכה לעבודתו, והדברים מחזקים את אמינות הראיות שהם מסרו. בדו"ח הנוכחות מופיעות השעות שבהן עבד המערער בערב 11.11.2012 - והן 17:00-23:00 (ת/13); לשאלה אם ייתכן שמישהו אחר, עובד או לקוח, החתים את השעון בשמו של המערער - השיבה פטריסיה "אין מצב" ו"אין דבר כזה" (עמ' 194-195 לפרוטוקול 27.5.2013). מכאן קבע ובצדק בית המשפט כי המערער עבד אותו ערב במסעדה, ומשלא עבד שם באותה עת אח נוסף מבני המשפחה, המערער הוא "האח של חמדאן" שענה לשיחה מאת המתלוננת ושהזמין אותה למקום.

21. אי-הוכחת טענת האליבי - לא עלה בידי המערער להוכיח כי בערב 11.11.2012 שהה במקום אחר, ולא במסעדה ובמועדון. שניים מבין אחיו של המערער (שאינם חמדאן או בהא) התחתנו בג'סר א-זרקא למחרת, ביום 12.11.2012, כאשר ערב קודם נערכה חגיגת ה"חינה" - ולטענת המערער הוא נכח בה. ואולם לא נמצאו תימוכין לטענה זו. בתמונות ובסרט וידאו שצולמו באירוע החינה - בשונה מהחתונה - המערער אינו נראה בין האורחים (ת/26 ו-ת/27; פסקאות 25-27 להכרעת הדין). יתרה מכך, הטענה אינה מתיישבת עם השכל הישר, הואיל והוכח כאמור כי המערער עבד באותו ערב במסעדה עד לשעה 23:00, וצלם האירוע, מר עומר מסראווה, העיד כי החינה הסתיימה בשעת חצות (עמ' 214 לפרוטוקול 10.6.2013, ש' 2-3; עמ' 218 ש' 18-22. ראו גם עדותו של חמדאן, עמ' 240 ש' 28-30). לעומת זאת, ביום המחרת שבו נערכה החתונה, מראה דו"ח הנוכחות במסעדה כי המערער יצא מהעבודה בשעה 15:00 (ת/13).

העדים היחידים שהובאו כדי לתמוך בטענה שהמערער נכח באירוע היו שניים מאחיו, חמדאן ויאסר. ואולם בית המשפט קמא לא נתן אמון בעדויותיהם, שהתאפיינו בסתירות. כך למשל, בעניין הגעתו של המערער מהמסעדה לג'סר א-זרקא, נשמעו כמה גרסאות שונות: חמדאן טען בעדותו כי הוא ויאסר אספו את המערער לחינה בשעה 23:00 (עמ' 241, 251 לפרוטוקול 10.6.2013), בעוד שבהודעתו במשטרה טען חמדאן כי "אחים שלי הביאו אותו" (ת/28 ש' 37); יאסר העיד כי הוא בא לאסוף את המערער באותה שעה, ואינו זוכר אם חמדאן היה ברכב או לא, אך לא ציין כל אח אחר (עמ' 228 לפרוטוקול 16.9.2014); ואילו המערער טען כי הוא לא עבד ביום 11.11.2012 כלל (הודעה במשטרה מיום 30.12.2012, ת/14(א) ש' 68-69), וכי אף אחד מאחיו לא אסף אותו והוא לקח מונית כבר ביום שבת, וככל הנראה הכוונה ליום קודם לחינה, 10.11.2012 (חקירה במשטרה מיום 2.1.2013, ת/14(ב) עמ' 14). לעומת זאת, בעדותו בבית המשפט טען המערער כי יאסר בא לאסוף אותו (עמ' 254 לפרוטוקול 19.6.2014 ש' 12-24). מבוקש בערעור כי נעניק משקל נמוך לסתירות שבדברי המערער, לנוכח יכולתו הקוגניטיבית הנמוכה וקשיי השפה, היות שנחקר בעברית שאינה שפת אמו. לא ראיתי להידרש לעניין זה הואיל ולנוכח כל האמור לעיל, אף אם ינתן לסתירות משקל נמוך כאמור ממילא לא יהיה בכך כדי להועיל למערער.

22. העולה מן המקובץ הוא שבדין הורשע המערער בעבירות של ניסיון לאינס תוך גרימת חבלה ומספר עבירות של מעשים מגונים תוך גרימת חבלה, כפי שנקבע בהכרעת הדין נושא הערעור.

לבסוף ולעניין מחדלי החקירה, אציין כי אין לי אלא להצטרף לדבריו של בית המשפט המחוזי. אכן יש מקום לביקורת על התנהלותה של המשטרה בפרשה זו, שמחדליה סיכלו, בין היתר, את האפשרות ללבן עד תומה את שאלת האינס; ואולם הלכה מושרשת היא כי כאשר קיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של נאשם - באותן עבירות שבהן הורשע - הרי שאין בקיומם של מחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזיכוי (ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, בפסקה 48 (10.7.2013); ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, בפסקה ז' (18.5.2006)) - וכך הוא בענייננו.

23. דינו של הערעור על גזר הדין להידחות אף הוא. כידוע, התערבות בעונש שגזרה הערכאה הראשונה לא תיעשה אלא במקרים חריגים של סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ראו למשל, ע"פ 5143/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 19 (31.1.2016)); ע"פ 6802/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (6.1.2015)). המקרה דנן אינו משתייך למקרים אלה. יותר מכך, מצאתי כי גזר הדין מאזן כראוי, באופן מבוסס ומנומק, בין השיקולים השונים הצריכים לעניין; ולפיכך אין מקום להתערבותנו. אפרט בקצרה.

טענותיו של המערער מופנות הן כלפי מתחם הענישה שנקבע והן כלפי העונש שנגזר בתוך המתחם. ביחס למתחם נטען כי הוא חורג מהנהוג במקרים דומים וכי נסיבות ביצוע העבירה אינן חמורות כפי שנקבע, הואיל ולא היה תכנון מוקדם; ואילו ביחס לעונש נטען כי לא ניתן משקל מספק לנסיבותיו האישיות של המערער, להקפדתו על תנאי המעצר ולמחדלי החקירה של המשטרה.

24. המעשים שאותם ביצע המערער הם חמורים. המערער ניצל את תמימותה של המתלוננת כדי להביאה למקום מבודד וסגור, וביודעו כי לא יהא תיעוד להתרחשות. הוא השתמש במתלוננת ככלי לסיפוק יצריו המיניים ופגע בה פגיעה קשה, שכללה תקיפה מינית לצד מעשי אלימות. אלה נמשכו לאורך פרק זמן משמעותי, שבמהלכו התעלם המערער מתחנוניה של המתלוננת ומהפצרותיה כי יחדל ממעשיו; והדברים לא הידרדרו לכדי מעשים חמורים יותר רק בזכות תושייתה. ויודגש שהעונש בגין ניסיון לבצע עבירת אינוס זהה לזה של העבירה המושלמת (סעיף 34 לחוק).

מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי, 4-6 שנות מאסר, הולם את חומרת המעשים. המתחם גם אינו חורג מהנהוג במקרים דומים - ראו למשל, ע"פ 7110/14 ג'ידאוי נ' מדינת ישראל (16.11.2015), שם נקבע מתחם של 4-8 שנים בגין ניסיון לאינוס בנסיבות דומות, וללא העבירות הנוספות שבהן הורשע המערער בעניינינו; ע"פ 1384/15 אזברגה נ' מדינת ישראל (16.12.2015), שם נקבע מתחם של 4-7 שנות מאסר בגין ניסיון לאינוס וניסיון למעשה סדום, תוך שהודגש:

"בית משפט זה פסק כי ככלל, הרף התחתון של מתחם העונש בעבירת ניסיון לאינוס יהיה זהה לרף התחתון בעבירת האינוס, דהיינו - עונש המינימום הקבוע בחוק לעבירת האינוס בסעיף 355 לחוק העונשין (4 שנות מאסר). הטעמים לכך נעוצים הן באשמתו המוסרית הדומה של הנאשם, והן בפגיעה הנפשית הקשה העלולה להיגרם לנפגע" (שם, בפסקה 10).

25. בהתייחס לנסיבות ביצוע העבירה, אין בידי לקבל את הטענה כי המעשים לא כללו תכנון מוקדם. אמת, המתלוננת הגיעה למסעדה מיוזמתה; ואולם מהלך ביצוע העבירות כלל תכנון מסוים, החל מהגעתה של המתלוננת למסעדה. כך שעה שהמערער הוביל את המתלוננת למקום מבודד שיקשה עליה לחמוק ממנו או להזעיק עזרה, בעודו מעמיד פנים שמטרותיו תמימות - לעבוד על דבר מה במשרד, הגם שהמחשב שמולו ישב היה כבוי. המערער לא רק ידע מראש שהמצלמות באותו מקום כבויות, אלא אף ציין זאת בפני המתלוננת, משהביעה התנגדות לקיים עימו יחסי מין והוא החל לכפות אותם עליה; והדברים זרעו פחד בתודעתה (עמ' 42-43 לפרוטוקול 16.5.2013).

כך, גם אין מקום להתערבות בקביעת בית המשפט המחוזי בגזר הדין, כי מחדלי החקירה בענייננו אינם מצדיקים הקלה בעונש: "בפרשה הנוכחית, שעה שמחדלי החקירה פגעו בעיקר במתלוננת, ושעה שהיה בהם כדי לתרום להיווצרותו של ספק ולזיכוי מעבירת האינוס המושלמת, לא מצאתי מקום לתת להם משקל גם בעת קביעת המתחם" (פסקה 9 לגזר הדין).

26. העונש שנגזר על המערער מצוי סמוך לרף התחתון של המתחם שנקבע, ועומד על ארבע וחצי שנות מאסר. זאת בעיקר בשל נסיבותיו האישיות של המערער שאינן קשורות בביצוע העבירה (לפי סעיף 40יא לחוק), ובהן נסיבות חייו הקשות היות שאשתו סובלת מבעיות נפשיות ונזקקת לאשפוז מדי פעם, ושניים מששת ילדיהם סובלים אף הם מבעיות רפואיות. עוד התחשב בית המשפט בכך שלמערער אין עבר פלילי; יוער כי הדבר עומד לכאורה בסתירה לדברי המערער במשטרה (ת/14א)) כי שהה בעבר בבית סוהר, אך על פי רישומו הפלילי אין לו הרשעות קודמות. כן ניתן משקל לחלוף הזמן מעת ביצוע העבירות עד למתן גזר הדין, כשנתיים וחצי שבמהלכן שהה המערער בתנאים מגבילים שבעטיים נמנע ממנו לפרנס את משפחתו.

הנה כי כן, בית המשפט המחוזי הביא בחשבון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, לחומרה ולקולה; ולא מצאתי כל דופי באיזון שערך ביניהם. המערער מציין בערעורו כי לאחר מאסרו הוצאו ילדיו מהבית על ידי רשויות הרווחה, וכן שהחשמל בבית נותק בהיעדר יכולת כספית לשלם את חשבון החשמל. לא מצאתי שיש בדברים אלה כדי לשנות מן האיזון שערך בית המשפט המחוזי לעניין העונש, ושתוצאתו היתה כאמור הצבת העונש ההולם בקצה הנמוך של המתחם. עוד יצוין בהקשר זה, כי מהערכת המסוכנות שהוגשה לנו בעניינו של המערער, עולה כי הוא אינו מתמודד עם משמעות מעשיו, אינו מביע אמפתיה למתלוננת ורואה את עצמו כקורבן העיקרי בסיטואציה. מסוכנותו המינית הוערכה ברמה בינונית.

27. סוף דבר, אם תישמע דעתי נדחה את הערעור הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, א' בכסלו התשע"ז (1.12.2016).

שופטת

שופט

שופט
