

ע"פ 4415/16 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 4415/16

ע"פ 4444/16

לפני:

כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז

מדינת ישראל

המערער בע"פ 4415/16
והמשיבה בע"פ 4444/16:

נ ג ד

פלוני

המשיב בע"פ 4415/16 והמערער
בע"פ 4444/16:

ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט
המחוזי בירושלים בתפ"ח 34828-01-04 שניתנו על ידי
כב' השופטים י' צבן - סג"נ, ר' כרמל ור' פרידמן-פלדמן
כ"ח בטבת התשע"ז (26.01.17)

תאריך הישיבה:

עו"ד יאיר חמודות

בשם המערער בע"פ 4415/16
והמשיבה בע"פ 4444/16:

עו"ד אריאל עטרי

בשם המשיב בע"פ 4415/16
והמערער בע"פ 4444/16:

מר אברהם כהן

מתורגמן לערבית:

פסק-דין

שני ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' סגן הנשיא י' צבן והשופטים ר' כרמל ו- ר' פרידמן-פלדמן) בתפ"ח 34828-01-14 אשר זיכה את המשיב בע"פ 4415/16 (המערער בע"פ 4444/16 - ולהלן: המשיב) משורה של עבירות מין שיוחסו לו, הרשיע אותו בעבירת הדחה בחקירה לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) וגזר עליו מאסר בפועל החופף לתקופה שבה שהה במעצר.

כתב האישום

1. נגד המשיב הוגש ביום 17.1.2014 כתב אישום המייחס לו ביצוע שורה של עבירות מין בקטינה ילידת 0.0.96 (להלן: המתלוננת). על פי כתב האישום, המשיב עבד כנהג אוטובוס תלמידים (להלן: האוטובוס) ובין השנים 2008-2013 הסייע את המתלוננת ואת אחיותיה. בכתב האישום נטען כי במהלך שנת הלימודים 2008-2009 (התשס"ט), לפני שמלאו למתלוננת 12 שנים, בעל המשיב את המתלוננת ללא הסכמתה ואיים עליה לבל תספר לאיש את שאירע. בסמוך לאחר האירוע המדובר בעל המשיב את המתלוננת באוטובוס פעם נוספת בניגוד לרצונה תוך שהוא מאיים עליה וגורם לה לחבלות. כחודש לאחר מכן, כך נטען, ביצע המשיב במתלוננת מעשה סדום ובעל אותה מספר פעמים נוספות. כמו כן נטען כי לבקשת המשיב העבירה לו המתלוננת תמונות של עצמה בתנוחות מיניות וסרטים בהם היא נראית מחדירה חפצים לאיבר מינה. בנוסף על כך נטען כי המשיב הורה למתלוננת לצלם מגעים מיניים עם אחותה ועם אחיה וגם הפעם מילאה המתלוננת אחר דרישתו והעבירה לו את הסרטים שצילמה. לבסוף נטען כי במהלך עימות שנערך בין המשיב למתלוננת בתחנת המשטרה הפציר בה המשיב לחזור בה מהטענות שהעלתה כלפיו.

בתשובה לכתב האישום הודה המשיב בקיום יחסי מין עם המתלוננת, אך טען כי הדבר נעשה בהסכמתה ולאחר שמלאו לה 16 שנים. עוד טען המשיב כי לא ידע מה גילה של המתלוננת בעת קיום היחסים והכחיש כי תקף אותה או איים עליה בדרך כלשהי.

פסק דינו של בית המשפט קמא

2. בהכרעת דינו זיכה בית המשפט קמא את המשיב מכל העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, פרט לאחת. אמנם, כך קבע בית המשפט קמא, גרסתו של המשיב הייתה כבושה ומתפתחת והוא נתפס לא אחת בשקרים. עם זאת, כך נקבע, גרסתה של המתלוננת באשר לאירועים המתוארים בכתב האישום מעוררת אף היא קשיים לא מבוטלים ואינה מתיישבת עם ראיות שהוצגו ומהן עולה לכאורה כי היא הסכימה למעשים המיניים המתוארים בכתב האישום ושיתפה עמם פעולה. נוכח קשיים אלו בגרסת המתלוננת קבע בית המשפט קמא כי מתעורר ספק סביר באשר לאמיתות טענתה של המתלוננת לפיה קיימה עם המשיב ועם אחרים יחסים מיניים בניגוד לרצונה.

עוד קבע בית המשפט קמא כי לא הוכח מעבר לכל ספק סביר שמערכת היחסים המינית בין המשיב למתלוננת החלה טרם שמלאו למתלוננת 15 שנים. אמנם, כך נקבע, מאמרות שמסר המשיב בחקירה עולה כי החל לקיים יחסי מין עם המתלוננת בטרם מלאו לה 16 שנים, ומסקנה זו מתיישבת עם התאריכים המופיעים על גבי חלק מהסרטים

שמסרה המתלוננת לידי. עם זאת, הראיה היחידה לכך שהמעשים המיניים המתוארים בכתב האישום החלו טרם שמלאו למתלוננת 15 היא עדותה של המתלוננת עצמה ובשל הקשיים שמעוררת עדות זו לא ניתן לקבוע ממצאים מרשיעים על בסיסה בלבד. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי המשיב והמתלוננת החלו לקיים יחסי מין בסוף שנת 2011 או בתחילת שנת 2012, בהיותה של המתלוננת כבת 15 לערך.

סיכומו של דבר - בית המשפט המחוזי קבע כי אין די ראיות על מנת להסיר את הספקות המתעוררים בנוגע לאשמתו של המשיב בעבירות המין המיוחסות לו בכתב האישום ולפיכך יש לזכותו מעבירות אלו. עם זאת, קבע בית המשפט קמא כי מהראיות שהוצגו עולה בבירור שהמשיב הפציר במתלוננת במהלך העימות שנערך ביניהם לחזור בה מהטענות שהעלתה כלפיו ולהכחיש את הקשר המיני ביניהם, ומטעם זה יש להרשיעו "בעבירה של הדחה בעדות לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין" (עמ' 34 להכרעת הדין).

3. בגזר הדין קבע בית המשפט קמא כי עבירת ההדחה שבה הורשע המשיב היא עבירה הנושאת חומרה וכי מתחם העונש ההולם בגינה נע בין שנת מאסר מאחורי סורג ובריח למאסר על תנאי וקנס. כנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ציין בית המשפט קמא את עברו הפלילי של המשיב, הכולל הרשעה בעבירות של שיבוש הליכי משפט, תקיפה והתחזות. עוד ציין בית המשפט קמא לחומרה את הבדלי המעמדות והפרשי הגילאים בין המשיב למתלוננת בעת ביצוע העבירה. מנגד וכשיקולים לקולא, ציין בית המשפט קמא את העובדה שהמשיב עמד בפני סיכון שיוורשע בעבירות חמורות וירצה בגינן מאסר ממושך, וכן את העובדה ששהה תקופה ממושכת במעצר מאחורי סורג ובריח וב"מעצר בית" מלא. בהתחשב במכלול השיקולים הצריכים לעניין גזר בית המשפט קמא על המשיב מאסר בפועל לתקופה החופפת את התקופה שבה במעצר וכן 8 חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 3,000 ש"ח.

הן המשיב והן המדינה מערערים על הכרעת הדין ועל גזר הדין של בית המשפט קמא, ובדיון שהתקיים ביום 26.1.2017 הסכימו הצדדים בהמלצתנו כי תחילה יוכרע ערעור המדינה (ע"פ 4415/17) ורק לאחר מכן יידון ערעורו של המשיב (ע"פ 4444/16).

טענות הצדדים בערעור המדינה

4. המדינה אינה מערערת על זיכוי של המשיב מעבירות המין שיוחסו לו בכתב האישום ואינה מבקשת להתערב בממצאי העובדה והמהימנות שעל בסיסם הוחלט לזכותו. ואולם, לטענתה, בהינתן הממצא העובדתי שקבע בית המשפט קמא ולפיו המשיב קיים יחסי מין עם המתלוננת וגרם לה לצלם את עצמה מחדירה חפצים שונים לאיבר מינה טרם שמלאו לה 16 שנים, היה על בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) ולהרשיע את המשיב בבעילה אסורה, בהסכמה, של המתלוננת בניגוד לסעיף 346(א)(1) לחוק העונשין, ובגרם בעילה אסורה, בהסכמה, לפי סעיפים 346(א)(1) ו-350 לחוק העונשין. לטענת המדינה, נוכח חומרת מעשיו של המשיב והעובדה שניצל את תפקידו כנהג הסעות על מנת לקיים יחסי מין עם תלמידה שהייתה נתונה להשגחתו, יש חשיבות רבה להרשעתו בעבירות שהוכח כי ביצע ולכך שייתן את הדין על מעשיו. עוד טוענת המדינה כי ההחלטה שלא להרשיע את המשיב בבעילה אסורה בהסכמה של המתלוננת, מטילה על כתפיה את האחריות ליחסי המין שקיימה עם המשיב, על ההשלכות החמורות הכרוכות בכך.

המדינה מוסיפה וטוענת כי העבירות שהיא מבקשת להרשיע את המשיב בהן כעת הן עבירות פחותות, אשר

"נבלעות" בעבירות המין שיוחסו לו בכתב האישום ולא יכול להיות חולק כי הוא אשם בביצועו. עוד טוענת המדינה כי למשיב ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפני הרשעה בעבירות אלו והוא אף התגונן מפניהן בפועל. מטעמים אלה סבורה המדינה כי מתקיימים במקרה דנן כל התנאים הדרושים להרשעתו בעבירות מין שלא נכללו בכתב האישום ולפיכך, שגה בית המשפט קמא משלא עשה שימוש בסמכות הנתונה לו לעשות כן. המדינה מוסיפה וטוענת כי העובדה שלא ביקשה מבית המשפט קמא לעשות שימוש בסמכותו על פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו שכן הלכה היא כי השימוש בסמכות האמורה אינו מותנה בהגשת בקשה מטעם התביעה. עוד טוענת המדינה כי סעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי מקנה לערכאת הערעור סמכות עצמאית להרשיע בעבירה שלא נכללה בכתב האישום והיא מבקשת כי יעשה שימוש בסעיף זה במקרה דנן. לחלופין עותרת המדינה להחזיר את התיק לבית המשפט קמא על מנת שיבחן את האפשרות להרשיע את המערער בעבירות של בעילה אסורה בהסכמה וגרם בעילה אסורה בהסכמה וזאת על פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.

5. המשיב טוען מנגד כי אין מקום להרשיעו בבעילה אסורה בהסכמה ובגרם בעילה אסורה בהסכמה של המתלוננת. לטענתו המדינה כלל אינה רשאית לערער על פסק דינו של בית המשפט קמא, שכן היא אינה מבקשת לבטלו. לגופו של עניין טוען המשיב כי ערכאת הערעור אינה רשאית להרשיע בעבירות שלא נכללו בכתב האישום מקום שבו הערכאה הדיונית נמנעה מכך. לחלופין טוען המשיב כי גם אם יש לבית משפט זה סמכות להרשיעו בעבירות שלא נכללו בכתב האישום יש לעשות שימוש בסמכות זו רק במקרים חריגים ונדירים ביותר ואין מקום לנהוג כך במקרה דנן. זאת, כך נטען, משום שלא הוכח מעבר לכל ספק סביר כי הוא אשם בביצוע העבירות שהמדינה מבקשת להרשיע אותו בהן כעת, ומשום שלא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני הרשעה בעבירות אלו.

דיון

6. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי דין ערעור המדינה להידחות.

כידוע, כתב האישום הוא המסמך המכונן של ההליך הפלילי ויש לו השפעה מהותית על יכולתו של הנאשם להתגונן (ראו: רע"פ 2581/14 יקותיאלי נ' מדינת ישראל, בפסקה 26 (12.2.2015) (להלן: עניין יקותיאלי); ע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קליין, בפסקה 42 (4.9.2007)). לפיכך גם נודעת חשיבות רבה לאופן ניסוחו של כתב האישום, וככלל יימנע בית המשפט מהרשעה הסוטה מהאמור בו. לכלל זה יתכנו חריגים וישנם מצבים שבהם רשאית הערכאה הדיונית להרשיע נאשם בעבירות שלא פורטו בכתב האישום ובהתבסס על עובדות שלא נטענו בכתב האישום (סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי; עניין יקותיאלי, בפסקה 27; ע"פ 2456/06 בוכמן נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (20.9.2007); דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 196-197 (1998) (להלן: עניין משולם)). סמכות זו נתונה גם לערכאת הערעור בסעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי המורה כדלקמן:

הרשעה בעבירה שונה

216. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו, אף אם היא שונה מזו שהורשע בה בערכאה הקודמת, ואף אם אותן עובדות לא נטענו בערכאה הקודמת, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב

7. הסמכות הקבועה בסעיף זה פורשה בפסיקה באופן מרחיב ביותר ונפסק כי היא מאפשרת לערכאת הערעור להרשיע "בכל עבירה שיש לה בסיס בחומר הראיות" (ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 78 (02.04.2012) (להלן: עניין פלוני)), לרבות עבירות חמורות מאלו שבהן הורשע הנאשם ועבירות שמהן זוכה, וזאת גם כאשר לא הוגש ערעור מדינה (ראו: ע"פ 54/79 בורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 197, 206 (1979) (להלן: עניין בורוביץ); ע"פ 4503/99 אפרים נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 604, 621-622 (2001); דנ"פ 4052/01 פטר נ' מדינת ישראל, פסקאות 5-6 (2.7.2001); ע"פ 385/87 תלאויני' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 140, 150-152 (1988) (להלן: עניין תלאוי); ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל, בפסקאות 150-151 (11.12.2014); עוד ראו: עניין משולם, בעמ' 199-200; ע"פ 4398/09 איהאב חמוד נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (01.08.2011)). על כן, לא מקובלת עלי טענת המערער לפיה ערכאת הערעור אינה רשאית להרשיע בעבירות שלא פורטו בכתב האישום מקום שבו הערכאה הדיונית נמנעה מכך. פרשנות זו אינה מתיישבת עם לשונו הבלתי מסויגת של סעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי ועם האופן שבו פורש סעיף זה בפסיקה והיא אף אינה מתיישבת עם הוראות סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי הקובעות כי "בית המשפט [לערעורים] רשאי להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפניו מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת או לקבוע כי אין בו יסוד למסקנותיה".

8. זאת ועוד, סעיף 213(3) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי ערכאת הערעור מוסמכת "ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת לתתה" והלכה מימים ימימה היא כי "בשבתו לערעור, חייב בית משפט לערעורים ליתן אותו פסק דין אשר היה צריך להינתן בדרגה הראשונה ... ואף בלי הוראה מפורשת בחיקוק מוטלת חובה זו על בית משפט לערעורים מטבע ברייתו, בהיותו דרגת ערעור" (בג"ץ 86/58 בוגנים נ' ראש המטה הכללי, פ"ד יב 1653, 1663 (1958); עוד ראו: עניין תלאוי, בעמ' 151; ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 525, 528 (1992); ע"פ 535/88 מרובקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 265, 282-283 (1990); עניין בורוביץ, בעמ' 205-206). טענת המערער לפיה ערכאת הערעור מנועה מלהרשיע בעבירה שלא פורטה בכתב האישום בכל מקום שבו הערכאה הדיונית נמנעה מלעשות כן, אינה מתיישבת עם הלכה זו.

9. ואולם, היקף הסמכות לחוד והיקף הפעלתה לחוד. הלכה היא כי על ערכאת הערעור לנקוט זהירות רבה בהפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי וכי היא תעשה כן במשורה ורק כאשר לא מתעורר ולו צל צילו של ספק שמא קופחה זכותו של הנאשם ונשללה ממנו האפשרות להתגונן מפני העבירה השונה אותה מבקשים לייחס לו בשלב הערעור (עניין פלוני, בפסקה 78; ע"פ 8584/13 שטארה נ' מדינת ישראל, בפסקה 31 (30.6.2014); ע"פ 9469/12 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, בפסקה 25 (5.2.2015); עניין משולם, בעמ' 197). דרישה נוספת היא כי להרשעה בעבירה השונה יהיה בסיס בחומר הראיות, דהיינו, כי אשמתו של הנאשם בעבירה זו תוכח מעבר לכל ספק סביר. ודוק - בדומה לדרישה לוודא כי הגנתו של הנאשם לא קופחה, גם בבחינת השאלה האם הוכחה אשמתו של הנאשם בעבירה השונה יש לדקדק. שהרי אין לנאשם זכות לערער על הרשעה בעבירה שונה לפי סעיף 216 ולפיכך אין מקום להרשעה כאמור, מקום שבו חומר הראיות אינו מבסס באופן ברור ומעבר לכל ספק סביר את אשמתו של הנאשם בביצוע העבירה השונה.

האם עלה בידי המדינה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי המערער ביצע את העבירות שאותן היא מבקשת לייחס לו כעת? לדעתי יש להשיב בשלילה על שאלה זו.

10. עבירת הבעילה האסורה בהסכמה קבועה בסעיף 346(א)(1) לחוק העונשין המורה כדלקמן:

בעילה אסורה בהסכמה

346(א)(1) הובעל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים, והיא אינה נשואה לו, או הובעל קטינה שמלאו לה שש עשרה שנים וטרם מלאו לה שמונה עשרה שנים, תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין, דינו - מאסר חמש שנים;

במקרה דנן מבקשת המדינה להרשיע את המשיב בחלופה הראשונה הקבועה בסעיף, קרי, בבעילה אסורה בהסכמה של קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים. כן עותרת המדינה להרשיע את המשיב בכך שגרם לבעילה של קטינה כאמור, וזאת על פי החלופה הקבועה בסעיף 350 לחוק העונשין הקובע כי "לענין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר". המדינה מסתמכת בהקשר זה על קביעתו של בית המשפט קמא לפיה המשיב קיים יחסי מין עם המתלוננת וגרם להחדרת חפצים לאיבר מינה טרם שמלאו לה 16 שנים. המשיב טוען מנגד כי קביעתו האמורה של בית המשפט קמא אינה מבוססת די הצורך ועל כן לא ניתן להרשיעו בהסתמך עליה, ובפרט בעבירות שלא נכללו בכתב האישום.

נראה לי כי הצדק בעניין זה עם המשיב.

11. בית המשפט קמא קבע כי המשיב והמתלוננת החלו לקיים יחסים מיניים בסוף שנת 2011 או בתחילת שנת 2012, בעת שהמתלוננת הייתה כבת 15 לערך, דהיינו, אחרי 23.6.2011 ולפני 23.6.2012. הראיה המרכזית שעליה סמך בית המשפט קמא את קביעתו זו היא התאריכים שהופיעו בקבצי המחשב של הסרטים שמסרה המתלוננת למשיב ובהם היא נראית מבצעת מעשים מיניים בעצמה ובאחרים. סרטים אלה נמסרו למשטרה על ידי המשיב במהלך חקירתו, על גבי מתקן הֶסְסֶןִיד ("דיסק און קי") והם הועתקו על ידי המשטרה לתקליטורים שאותם הגישה המדינה כמוצג בבית המשפט קמא (ראו: עמ' 5 להכרעת דינו של בית המשפט קמא; וכן עמ' 17-18 לפרוטוקול הדיון מיום 30.9.2014 בבית המשפט קמא). במהלך המשפט טענה באת כוח המדינה כי מאפייני הקבצים שמסר המשיב כוללים, בין היתר, את התאריך שבו נוצרו וציינה כי אם תהיה מחלוקת בסוגיה זו היא תוכיח את הדבר באמצעות עד מומחה (שם, וכן עמ' 75 לפרוטוקול הדיון מיום 4.11.2014 בבית המשפט קמא). סנגורו של המשיב טען בתגובה כי הוא חולק על ההנחה שהתאריכים המופיעים במאפייני הקבצים שהעביר המשיב למשטרה הם התאריכים שבהם נוצרו וזאת, בין היתר, משום שתאריכים אלו נקבעו על בסיס התאריך שהופיע במחשב שבאמצעותו הועתקו וייתכן שתאריך זה היה שגוי (ראו: עמ' 18 לפרוטוקול הדיון מיום 30.9.2014 בבית המשפט קמא; עוד ראו עמ' 24 ו-27 לסיכומי ההגנה בבית המשפט קמא; ועמ' 12 לפרוטוקול הדיון בערעור מיום 26.1.2017). לא למותר לציין כי בעוד שהמדינה לא תמכה את טענותיה בעדות של מומחה, טענותיה המכחישות של המשיב בסוגיה זו נתמכו בעדות של מומחה מחשבים מטעמו אשר הסביר כי מאפייניו של קובץ מחשב עלולים להשתנות כאשר הוא מועתק למכשיר אחר ולפיכך לא ניתן לקבוע בוודאות שמאפייניו של קובץ מועתק זהים למאפייני הקובץ המקורי מבלי שהוא נבחן (ראו: עמ' 852 ש' 25 עד עמ' 853 ש' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 19.1.2016 בבית המשפט קמא). חרף הטענות שהעלה המשיב בהקשר זה בחרה המדינה, כאמור, שלא להגיש חוות דעת מומחה מטעמה אשר יעיד לעניין התאריך שבו נוצרו קבצי המחשב שנמסרו על ידי המשיב למשטרה (וראו בהקשר זה עמ' 910-913 לפרוטוקול הדיון מיום 9.3.2016 בבית המשפט קמא) ולפיכך, קביעתו של בית המשפט קמא באשר למועד ייצור הסרטים אינה מבוססת דיה.

עוד ראוי לציין כי אחותה של המתלוננת, אשר מופיעה בחלק מאותם סרטים, העידה כי היא אינה זוכרת מתי צולמו (ראו: עמ' 388 ש' 24 עד עמ' 389 ש' 20 פרוטוקול הדיון מיום 20.4.2015 בבית המשפט קמא) ואחיה של המתלוננת אשר מופיע אף הוא בסרטים לא העיד. המתלוננת העידה כי אחד מהסרטים צולם בתקופה שבה למדה בבית הספר "****" אליו הלכה טרם שמלאו לה 16, אך כאשר נשאלה מתי בדיוק צולם הסרט ובאיזה כיתה הייתה באותה העת השיבה כי איננה זוכרת (ראו: עמ' 75 ש' 30 עד עמ' 76 ש' 8 ועמ' 96 ש' 21 עד עמ' 97 ש' 1 לפרוטוקול הדיון מיום 4.11.2014 בבית המשפט קמא). המשיב מצדו הכחיש כי המתלוננת מסרה לו סרטים ותמונות בעלי תוכן מיני טרם שמלאו לה 16 (ראו: עמ' 17-14 לתמליל חקירתו השנייה של המשיב מיום 9.1.2014 שסומן כמוצג ת/18 (להלן: תמליל ת/18)). מן האמור לעיל עולה המסקנה כי לא הוצגו בפני בית המשפט קמא ראיות אשר יש בכוחן לבסס מעבר לכל ספק סביר את הממצא לפיו חלק מהסרטים הנ"ל צולמו בטרם שמלאו למתלוננת 16 שנים.

12. האדן הראייתי השני שעליו מבוססת קביעתו של בית המשפט קמא בנוגע למועד שבו החלו המשיב והמתלוננת לקיים יחסי מין, הוא אמרות של המשיב במהלך חקירתו במשטרה לפיהן החל לנהל מערכת יחסים מינית עם המתלוננת שנתיים עד שנתיים וחצי לפני המועד שבו נחקר. אמרות אלו נמסרו בתחילת שנת 2014 ומכך גזר בית המשפט קמא את המסקנה כי מערכת היחסים המינית בין המשיב והמתלוננת החלה בתחילת שנת 2012 לערך, כלומר, לפני יום 23.6.2012 שבו מלאו למתלוננת 16 שנים. מן הטעמים שאפרט להלן הגעתי אל המסקנה כי גם אמרות אלו אין בכוחן לבסס מעבר לכל ספק סביר את הקביעה העובדתית של בית המשפט קמא באשר למועד שבו החלו המשיב והמתלוננת לקיים יחסים מיניים.

13. בית המשפט קמא הסתמך בהקשר זה על אמרות שמסר המשיב בשלוש חקירות - שתיים מהן נגבו ביום 9.1.2014 והשלישית ביום 14.1.2014. באשר לאחת האמרות מיום 9.1.2014 ולאמרה מיום 14.1.2014 טען הסנגור כי אין לייחס להן משקל משום שנמסרו לאחר שחוקרי המשטרה הטעו את המשיב לחשוב כי אין משמעות למועד שבו החל לקיים יחסי מין עם המתלוננת (ראו: עמ' 31 לסיכומי ההגנה בבית המשפט קמא וסעיף 14(ז) להשלמת הטיעון מטעם המשיב בערעור). עיון בתמלילים של שתי החקירות האמורות (מוצגים ת/18 ו- ת/27) מלמד כי יש טעם רב בטענה זו.

14. בפתח חקירתו השנייה של המשיב ביום 9.1.2014 הוא נשאל באשר למועד שבו בירר פרטים בנוגע להליך רפואי לאיחוי קרום הבתולין של המתלוננת וטען כי הדבר אירע פחות משנה לפני מועד החקירה, קרי, במהלך שנת 2013 (ראו: עמ' 12 לתמליל ת/18). בהמשך נשאל המשיב בנוגע למועד שבו החלה המתלוננת לשלוח לו סרטים ותמונות בעלי תוכן מיני וגם הפעם טען כי משלוח הסרטים והתמונות החל במהלך שנת 2013 ולכל היותר במחצית השנייה של שנת 2012, כלומר, לאחר שמלאו למתלוננת 16. או אז ניהלו שני החוקרים שיח ביניהם, בנוכחות המשיב, ממנו עלה כי אין משמעות "חוקית" או "משפטית" לגיל שבו החל המשיב לקיים יחסי מין עם המתלוננת וכי מדובר בנתון חסר משמעות. בשל חשיבות הדברים לענייננו נביאם כלשונם:

חוקר 2: מתי? מתי בפעם הראשונה אתה שכבת איתה?

חוקר 1: לא לא, עזוב.. זה גם לא מעניין.

חוקר 2: לא.. [לא ברור]

חוקר 1: אתה יודע למה לא מעניין? לא.. תגיד, מבחינה חוקית זה מעניין אותך?

חוקר 2: לא

חוקר 1: מבחינה משפטית זה מעניין אותך? אני לא צריך לדעת ...

(עמ' 20 ש' 12-22 לתמליל ת/18)

ובהמשך אותה החקירה אף אמרו חוקרי המשטרה למשיב באופן מפורש כי אין משמעות לגילה של המתלוננת בעת שהחל לקיים עמה יחסי מין אם יחסי המין היו בהסכמה. הם הוסיפו ואמרו לו כי גם אם קיים עמה יחסי מין בטרם שמלאו לה 16 שנים הוא לא יורשע בעבירה פלילית ככל שהיחסים היו בהסכמה. רק לאחר הדברים הללו אמר המשיב כי החל לקיים יחסי מין עם המתלוננת שנתיים לפני מועד החקירה. בשל חשיבות הדברים יובאו גם הם להלן כלשונם:

חוקר 1: התיק הוא תיק אונס, ואתה צריך לשכנע אותנו כי התיק הוא יחסים מיניים בהסכמת שני הצדדים.

משיב: יש ראיות.

חוקרת: כן.

[...]

חוקר 1: זה שאני אומר לך כי אתה והילדה הזאת לא שנה אחת אתה שוכב איתה.. ואני [...] אוכיח לך למה.

משיב: הרי אני אומר לך שלא שנה.

חוקר 1: גם לא שנתיים.

משיב: לא

חוקר 1: ואני אוכיח לך.

[...]

חוקר 2: לא מעניין אותי בת שש עשרה בת שבע עשרה.. בת שמונה עשרה [...] אונס .. אונס אתה אומר שזה לא אונס, בסדר?

משיב: או קיי..

חוקר 2: כאשר.. לא אונס בהסכמה.. סיימנו [...] אם הייתה בת ארבע עשרה או חמש עשרה או שש עשרה בשבילנו זה אותו דבר.

חוקרת: זה זה.

חוקר 2: אין אונס..

משיב: נכון.

חוקר 2: אבל אנחנו רוצים לדעת את האמת מההתחלה עד הסוף.

משיב: הרי אני מספר לך את האמת.

חוקר 2: ... מאה אחוז.. אבל אנחנו יודעים חוץ מהדברים האלה כי העניין הוא לא השנה הזאת, גם השנה שעברה וגם השנה שהייתה לפניה.

משיב: לא.

חוקר 2: לא מעניין אותי, זה לא משנה לי.

משיב: בסדר.

חוקר 2: אבל אנחנו יודעים שזה לא..

חוקר 1: לא מעניין [...] אבל אני לא יכול לצאת לבית משפט עם עדות של שמונים שבעים אחוז..

[...]

משיב: הרי העניין שהיא הייתה קטנה ולא מבינה דבר, וכאשר היא גדלה והבינה את הנושא אז קרה הדבר הזה, רק..

חוקר 1: וואלק יא דוד שלי הבנו.

[...]

חוקר 2: אנחנו יודעים, אם היא הייתה בת ארבע עשרה או חמש עשרה או שש עשרה זה אותו דבר מבחינתנו זה אותו דבר.

משיב: טוב.

חוקר 2: אבל אנחנו יודעים כי הדבר הזה אינו רק חודש וחודשיים ולא שנה ו..

משיב: יא דוד שלי אני הרי אומר לך..

חוקר 2: זה כבר ארבע שנים.

משיב: לא.

חוקר 2: בערך.

משיב: ארבע שנים לא.

חוקר 2: אז שלושה?

משיב: לא, לא..

חוקר 2: לא.. לא פחות משלושה..

משיב: לא, בגלל שאין אולי שנתיים וחצי.. אני לא יודע..

חוקר 2: יעני.. לרוב זה שנתיים ו..

[...]

משיב: אחרי שמצאתי את [...] אין יעני שנה.. שנה ו.. כלומר מלפני שנה כאשר היא הייתה הולכת איתי, האם אתה מבין אותי?

[...]

חוקר 2: שנה היא כבר שלא..

משיב: שנה, ושנה מקודם.

חוקר 2: ויש לך שנה מקודם.

משיב: זה כבר שנתיים..

חוקר 2: כלומר אתה בשנה הזאת, לא שנה שעברה אלא השנה שהייתה לפני זאת היא השנה שהייתה שוכב איתה אז.

משיב: אז.. התחיל המצב שיש איתה..

חוקר 2: כלומר אתה והיא הייתם שנתיים, שנתיים וחודשיים בערך לאחורה הייתם שוכבים ביחד.

משיב: בערך, בדיוק.

חוקרת: יש איזה שנתיים?

משיב: שנתיים שנתיים וקצת.

חוקר 2: משהו כזה..

משיב: ... שנתיים בדיוק.. נכון..

חוקר 2: נכון

משיב: זה הדבר הנכון..

(עמ' 39 ש' 14 עד עמ' 46 ש' 26 לתמליל ת/18 - ההדגשות שלי)

עמוד 10

15. בחקירה שנערכה 5 ימים לאחר מכן, ביום 14.1.2014, אישר המשיב פעם נוספת כי הקשר המיני עם המתלוננת החל שנתיים לפני מועד החקירה, ואולם מתשובותיו ניתן להבין כי הוא דבק בגרסה שמסר בחקירתו הקודמת וכי הוא מצוי תחת הרושם השגוי שיצרו אצלו החוקרים כי יחסי מין עם קטינה אינם מהווים עבירה פלילית כל עוד נעשו בהסכמה:

חוקרת: טוב, אני רוצה להבין, יעני אתה [...] אתה כבר ארבע שנים שוכב עם [המתלוננת] בהסכמה שלה?

משיב: [מצקצק בלשונו] לא ארבע שנים.

חוקרת: [...] ארבע שנים.. אז מה?

משיב: שנתיים.

חוקרת: לא זה מה שאמרת.

משיב: איך? אחרי שראיתי את הסרט.. שלה היא ואח שלה, אחרי זה, אחרי זה בכמה חודשים.

חוקרת: זה לא מה שאמרת בפעם ההיא.

משיב: זה כן מה שאמרתי.

[...]

חוקרת: שנייה רגע, שנייה רע, אנחנו התחלנו לספור וספרנו.. אתה מתבלבל בשנים, אוקי.. ספרנו אותם ובדקנו.. ואגב, אנחנו יש אצלנו דבר שמוכיח כמה זמן היא כבר יצאת איתך באוטובוס ולא כמו שאתה אומר, והראיות נמצאות אצלנו.

משיב: או קיי אבל לא היה מצב.. לא היה ביני לבינה דבר אם היה [...] אני מבחינתי אמרתי כבר..

חוקרת: [...] כלומר כמה זמן אתה כבר איתה? [...] שאתה עושה קשר מיני?

משיב: שנתיים.

חוקרת: רק שנתיים?

משיב: [מהנהן בראש]

חוקרת: באמת?

משיב: אהה, שנתיים.

חוקרת: זה לא מה שאמרת בפעם ההיא..

משיב: טוב.. את בפעם ההיא הישבת את זה שנתיים וחצי, את הישבת בפעם ההיא שנתיים וחצי אבל אני...

חוקרת: על הכיפק.

משיב: אבל אני שחזרתי את החשבונות כאשר הייתי לבדי בחדר [...] אני חישבתי את זה.. זה כבר שנתיים.

חוקרת: באיזה חדר?

משיב: כאשר הייתי בכלא.

[...]

חוקרת: אתה יודע [המתלוננת] קטינה.

משיב: מה זאת אומרת קטינה?

חוקרת: כי היא מתחת לגיל שמונה עשרה.

משיב: מתחת לגיל שמונה עשרה, כן. אבל הכל היה בהסכמה שלה.

(עמ' 66 ש' 19 עד עמ' 68 ש' 4 לתמלול חקירת משיב מיום 14.1.2014 שסומן כמוצג ת/27 - ההדגשה שלי)

16. כבר נפסק כי מאבק אפקטיבי ונחוש בפשיעה מחייב את חוקרי המשטרה לעשות שימוש בתחבולות שונות שהן בבחינת "הכרח בל יגונה" (ראו: ע"פ 3237/15 און נ' מדינת ישראל, בפסקה 5 לחוות דעתי (1.6.2016) (להלן: עניין און)). לפיכך, חוקרי משטרה רשאים לומר לחשוד גם דברים שאינם אמת ולטעון בפניו, למשל, כי יש ראיות להוכחת אשמתו גם אם אין בנמצא ראיות כאלה (שם, עוד ראו: ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57, 75 (1984)). ואולם ישנן תחבולות, ואף זאת כבר נפסק, שאינן הוגנות ואינן לגיטימיות ועל כן אם נעשה בהן שימוש הן עלולות להביא לפסילת הודאה שמסר חשוד. כך, למשל, אין להשתמש בתחבולה המפרה את זכותו של החשוד להימנע מהפללה עצמית (ראו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 291 (1996); עוד ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 78 (2009)). אמנם, שימוש בתחבולה כזו לא מוביל בכל מקרה לפסילת ההודאה שניתנה בעקבותיה. עם זאת, פגיעה בזכות השתיקה ובזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית מהווה שיקול נכבד בעת בחינת קבילותה של הודאה כזו וככל שבית המשפט מגיע למסקנה כי יכולתו של חשוד לבחור אם להודות בעבירות המיוחסות לו נפגעה בצורה משמעותית וחמורה, הוא יורה על פסילת ההודאה (ראו: בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 520-522 (2006) (להלן: עניין יששכרוב); עוד ראו: ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 541 (2002)).

17. בעניין יששכרוב נפסק כי פגם באזהרה אשר לא פגע באופן חמור ביכולתו של החשוד לבחור האם להודות במיוחס לו לא יביא לפסילת הודאתו (שם, בעמ' 522; עניין און, בפסקה 7 לפסק דיני). ואולם, המקרה שבפנינו שונה תכלית השינוי וחמור בהרבה ממקרה שבו נפל פגם באזהרה. מדובר ביצירת רושם מטעה באשר למצב החוקי, אשר יש בה כדי לנטרל את ההגנות שאותן מיועדת האזהרה לספק. ואכן, ניתן להיווכח כי מרגע שהמשיב סבר, בעקבות דברי החוקרים, כי די לו בטענה שהיחסים היו בהסכמה על מנת להדוף את האישום הפלילי וכי לגילה של המתלוננת אין משמעות בהקשר זה, הוא היה נכון להסכים להערכה לפיה היחסים נמשכו כשנתיים טרם החקירה ולא שנה בלבד כפי שטען תחילה. דבריו אלה הם שהיוו בסיס נוסף לקביעתו של בית המשפט קמא לפיה המשיב קיים יחסי מין אסורים עם המתלוננת טרם שמלאו לה 16 שנים. בהינתן הנסיבות אשר הובילו את המשיב לאשר הערכה זו, ספק רב אם ניתן

לסמוך על כך ממצא עובדתי כלשהו וזאת בשל הפגיעה הממשית שנגרמה בנסיבות אלה לזכות העומדת למשיב כחשוד להימנע מהפללה עצמית (ראו והשוו: ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85, 107 (1981); עוד ראו והשוו: ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, כ(2) 539, 545-546 (1966)). ואולם, גם אם נמצא לומר כי אין באמירות המטעות של החוקרים להביא לפסילת אמרותיו בהקשר זה, דומה כי קשה לחלוק על כך שיש בהן, למצער, כדי לגרוע באופן משמעותי ממשקלן הראייתי של האמרות הנ"ל ככל שהדבר נוגע למועד שבו החל לקיים יחסי מין עם המתלוננת. על כן, לא ניתן להסתפק באמרות אלה לביסוס הרשעת המשיב בעבירות של בעילה אסורה בהסכמה, וגרם בעילה אסורה בהסכמה, של קטינה שטרם מלאו לה 16 שנים. מסקנה זו יפה ביתר תוקף בהינתן העובדה כי מדובר בעבירות אשר לא נכללו בכתב האישום ואשר הרשעתו בהן מתבקשת לראשונה על ידי המדינה רק בשלב הערעור.

18. נותרה אפוא ההודעה שמסר המשיב בחקירתו הראשונה מיום 9.1.2014 בה הודה המשיב לראשונה בקיום יחסי מין עם המתלוננת. במהלך חקירה זו נערך עימות בינו ובין המתלוננת אשר תומלל באופן חלקי הן על ידי המדינה והן על ידי המשיב (מוצג ת/א4), ויש שוני מהותי בין שתי גרסאות התמלול. מהכרעת הדין של בית המשפט קמא לא עולה איזו מהגרסאות אומצה על ידו. במקום אחד מצטט בית המשפט קמא את דברי המשיב כפי שנרשמו בתמליל שהוגש מטעמו ובמקום אחר הוא נסמך על דברים שנרשמו בתמליל המדינה תוך אזכור טענתו של המשיב לפיה תמליל זה אינו משקף נכונה את הדברים שמסר בחקירה (ראו: עמ' 31 להכרעת הדין). מכל מקום, כיום המדינה אינה מכחישה עוד את טענת המשיב כי נפלו שגיאות בתמליל מטעמה ואינה טוענת עוד שהתמליל שהוגש מטעמו שגוי או בלתי מדויק (ראו: סעיפים 20-21 לטיעוניה המשלימים בערעור). לפיכך, אתיחס מכאן ואילך לגרסת החקירה כפי שתומללה בתמליל מטעם המשיב. על פי תמליל זה אמר המשיב בחקירתו הראשונה מיום 9.1.2014 את הדברים הבאים:

משיב: אני מודה בזה.

חוקרת: במה אתה מודה?

משיב: שאני שכבתי איתה.

חוקרת: אתה כבר מגיל 11.5 שוכב איתה.

משיב: לא, לא.

חוקרת: מה אתה חושב, מאיזה גיל?

חשוד: שנתיים.

[...]

חוקרת: [פונה למתלוננת] השנה שלפני, בדאר אל טפל הייתה שוכבים ביחד?

מתלוננת: כן.

חוקרת: [פונה למשיב] מה אתה אומר, הבחורה אוהבת אותך?

משיב: בדאר אל טפל הייתה שנה, באלמוסתקבל גם שנה. הייתה נוסעת איתי את יכולה לשאול את הילדים, את יכולה

לשאל אותם. היא הייתה נוסעת איתי [ארבע המילים האחרונות אינן מופיעות בתמליל המדינה]

חוקרת: באיזה כיתה הייתה?

משיב: לא יודע.

חוקרת: מישהי אוהבת אותך לא יודע באיזה כיתה היא..

משיב: לא יודע.

חוקרת: 11.5

משיב: לא, בכלל לא. לא, לא.

חוקרת: אז 12 וחצי.

משיב: לא.

[שלוש השורות האחרונות אינן מופיעות בתמליל המדינה]

משיב: 16 שנה..

[...]

חוקר: אז לפני שנתיים וחצי.

משיב: אני כבר מודה בכל מה שקרה.

[...]

חוקר: בגלל שאני רוצה לרשום, מתי התחלת איתה ביחסי המין?

משיב: שנתיים וחצי לפי החישוב שלה [שלוש המילים האחרונות אינן מופיעות בתמליל המדינה]

[...]

חוקר: כמה פעמים עשית איתה יחסי מין?

משיב: 10-20 פעמים.

חוקר: פעם ראשונה שעשית איתה יחסי מין מתי זה היה?

משיב: פעם ראשונה? [משפט זה אינו מופיע בתמליל המדינה]

חוקר: אמרנו לפני שנתיים וחצי [על פי תמליל המדינה משפט זה נאמר על ידי המשיב]

(עמ' 5-9 לתמליל ת/4א שהוגש על ידי המשיב - ההערות שלי)

19. מהתמליל המובא לעיל עולה כי אף שהמשיב אישר תחילה כי חלפו שנתיים מאז שהחל לקיים יחסי מין עם המתלוננת הוא ציין שהיא הייתה אז כבת 16 שנים וכאשר הוטח בו כי מדובר בשנתיים וחצי השיב: "שנתיים וחצי לפי החישוב שלה" (כאשר הכוונה לחוקרת המשטרה שהייתה עמו בחדר). כפי שצוין לעיל, המילים "לפי החישוב שלה", נשמטו מהתמליל שערכה המדינה אך משהמדינה מסכימה כי יש להיזקק בהקשר זה לתמלול מטעם המשיב, מן הראוי לייחס משמעות להסתייגותו זו. המשקל הראייתי של דברי המשיב בחקירתו הראשונה מיום 9.1.2014, בהם ציין מיוזמתו פרק זמן של שנתיים, אינו זניח. עם זאת, משהוסיף וציין כי המתלוננת הייתה אז כבת 16 ומשהסתייג מהרחבה כלשהי של פרק זמן זה לא שוכנעתי כי די באמירתו זו על מנת לבסס מעבר לכל ספק סביר את אשמתו בביצוע העבירות הפליליות שבהן מבקשת המדינה להרשיעו בשלב הערעור.

20. סוף דבר - המסקנה מכל האמור לעיל היא כי אין די ראיות על מנת לבסס מעבר לכל ספק סביר את אשמתו של המשיב בביצוע עבירות של בעילה אסורה בהסכמה וגרם בעילה אסורה בהסכמה של קטינה מתחת לגיל 16. בהינתן מסקנתי זו לא ראיתי צורך להידרש לשאלה האם קופחה זכותו של המשיב להתגונן מפני העבירות שאותן מבקשת המדינה לייחס לו כעת. כמו כן אינני סבורה כי יש מקום להחזיר את הדיון אל בית המשפט המחוזי על מנת שיבחן אפשרות להרשעת המשיב בעבירות אלו מתוקף סמכותו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.

על כן אציע לחבריי לדחות את ערעור המדינה בע"פ 4415/16 בו עתרה כי נרשע את המשיב בעבירות הנ"ל בשלב הערעור מתוקף סמכותנו שבסעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות ולתוצאה אליה הגיעה, מטעמיה.

אכן, כפי שציין בית משפט קמא, גרסתו של המשיב הייתה מתפתחת והוא נתפס לא אחת בשקרים, והחשדות כלפיו לא הוסרו. ואולם בכל אלה אין כדי לבסס מסקנה של אשמה מעבר לספק סביר, כנדרש. בסופו של יום, כמבואר היטב

עמוד 15

על ידי חברתי, נותר ספק סביר באשר לאשמתו של המשיב, וספק זה מחייב את זיכוי. זה לא מכבר הערתי לענין זה כי -

"יש לזכור כי מצוות המחוקק היא כי 'לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר' (סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). רבות מאוד נכתב על סוגיית 'הספק הסביר', ואין צורך לחזור ולהאריך בכך כאן (ראו למשל: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 652, 221 (1993); דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377 (1997); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (25.1.2007), להלן: ענין וקנין); ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, (31.5.2007), להלן: ענין נימר; מ' לינדנשטראוס, על הספק הסביר - סוגיות נבחרות (תשס"ד) והאסמכתאות הרבות המובאות שם). אדגיש רק כי מדובר בעקרון בעל אופי חוקתי הנגזר מזכות היסוד של האדם לחירות אישית (סעיפים 1 ו-5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), והנטל על התביעה להוכיח אשמה פלילית מעבר לספק סביר הוא אמצעי ראשון במעלה להתמודד עם החשש להרשעת שווא אשר עלולה לשלול מאדם שלא כדין את חירותו ואת שמו הטוב...

הדרישה להוכחה מעבר לספק הסביר נועדה גם להגן על אמון הציבור בהגנותו של ההליך הפלילי (ענין וקנין, פסקה 45). כלל זה מעוגן גם בתפיסה חברתית מוסרית, בעלת תחולה אוניברסלית, לפיה עדיף כי אשם יזוכה מחמת הספק מהרשעה של חף מפשע (רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 23 לפסק דינו של השופט א' לוי (14.12.2006); ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 738, 729 (1984); וראו הסקירה בנושא בענין וקנין, פסקאות 45-50 והאסמכתאות הרבות שם). זו גם גישת המשפט העברי מימים ימימה, וידועים לענין זה דבריו של הרמב"ם: 'ולזכות אלף חוטאים יותר טובונכספמהרוגזכאי אחד' (ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ (תרגום משה אבן תיבון)...". (ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דיני (6.9.2016)).

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

לנוכח התוצאה אליה הגענו יודיע המשיב (המערער בע"פ 4444/16) עד ליום 26.10.2017 האם הוא עומד על ערעורו.

ניתן היום, כ"ה בתשרי התשע"ח (15.10.2017).

שופט

שופט

שופטת