

## עפ"ג 4483/05/13 - פלוני נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ג 4483-05-13

בפני: כב' ס. הנשיא השופטת ר. יפה-כ"ץ, אב"ד

כב' השופט י. צלקובניק

כב' השופטת י. רז-לוי

פלוני

המערער:

ע"י ב"כ עו"ד ליאור רונן

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ע"י ב"כ עו"ד א. שקף, פמ"ד

ערעור על פסק-דינו של בימ"ש השלום באשדוד

(בפני כב' השופטת ג. שלו)

בת.פ. 47878-07-11 מיום 07/05/12 ו-20/03/13

### פסק דין

#### ס. הנשיא השופטת ר. יפה-כ"ץ, אב"ד:

1. המערער הורשע, לאחר שמיעת הראיות, בביצוע עבירה של מעשה מגונה בבתה הקטינה (הייתה כבת 9 ו-7 חודשים) של מי שהייתה בת זוגו בעת הרלבנטית, ובעבירות של הדחה בחקירה ותקיפת בת זוג שהופנו כלפי בת זוגו הנ"ל, ונדון ל-12 חודשי מאסר בפועל; שני עונשי מאסר מותנים; פיצוי בסך 5,000 ₪; וחתימה על התחייבות. הערעור מופנה כנגד ההרשעה, ולחילופין כנגד חומרת העונש.

2. ב"כ המערער מפנה את ערעורו כנגד קביעותיו העובדתיות של בימ"ש קמא. לטעמו, ביהמ"ש לא הבין נכונה את חוקרת הילדים שהעידה באשר למקום בו ליטף המערער את הקטינה, ואף לא הבין את דברי הקטינה בקלטת חקירתה, כאשר הן מסרו, שהמערער לא ליטף את הקטינה ב-איבר המין אלא מעליו, היינו בבטן התחתונה. במעשים אלה, לא הייתה למערער כל כוונה מינית, והם אינם עונים על דרישות החוק בהתייחס למעשים מגונים. כן, טען, כי הודייתו של המערער במשטרה, בכל הנוגע לליטופים במקומות אסורים, אף היא הובנה לא נכון; כי הדברים יצאו מפי החוקר ולא מפי המערער; וכי לא שינה גרסתו בביהמ"ש. הסנגור הוסיף, כי גרסאות הקטינה ואמה היו תמוהות ומלאות סתירות, ועל כן לא היה מקום להעדיפן על גרסת המערער.

אשר לעבירת ההדחה בחקירה נטען, כי המערער לא ניסה להדיח את בת זוגו לבל תגיש נגדו תלונה במשטרה, וכל שעשה היה לבקש ממנה לא להרוס את חייו עם תלונה, בקשה לגיטימית, לטעמו.

אשר לחומרת העונש טען הסנגור, כי העונש שהוטל, בנסיבותיו המיוחדות של האירוע, ובנסיבותיו המיוחדות של המערער, מחמיר עד למאוד. הוא הדגיש, כי למערער אין הרשעות קודמות; המעשים אינם מהמדרג החמור של עבירות המין; והמערער, שהיה איש קבע, פוטר ממקום עבודתו בשל האירועים נשוא התיק שבפנינו וניהול המשפט.

3. ב"כ המשיבה, טענה, כי אין להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי ביהמ"ש קמא, ממצאים המבוססים על חומר הראיות והעדויות שהובאו בפניו. כן, טענה כי העונש אף הוא ראוי ועומד ברף הענישה שנקבע במקרה דומים בפסיקה.

## דין

### הכרעת הדין

4. בכתב האישום נטען, כי מראשית שנת 2011 היה המערער בן זוגה של א.י., והתגורר עמה ועם בתה הקטינה (ילידת 2001, להלן: "הקטינה"; ובהתאמה "האם" או "בת הזוג") בביתן באשדוד.

בתאריך 19/07/11, יום ג' בשבוע, סמוך לשעה 21:00, שיחק המערער במחשב, בחדרה של הקטינה, ששכבה אותה עת במיטתה. המערער התיישב ליד הקטינה וליטף את שיערה, אח"כ ליטף את גבה החשוף, כשחולצתה מופשלת, ומשלא נרדמה, שב וליטף את גבה, כשהוא מציע לכבות את האור. לאחר כיבוי האור, שוב התיישב המערער ליד הקטינה, במיטתה, וליטף את גופה, את ידיה, את בטנה באזור החזה ואת שדיה, מתחת לחולצתה, ליטף את רגליה ושפשף את איבר מינה מעל לתחתוניה, וזאת לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. המערער שאל את הקטינה אם כיף לה, ונענה בשלילה; כן, שאל אם תרצה שיגע בה גם למחרת, והיא ענתה שלא, שכן זה לא צנוע. הקטינה קראה לאמה, שנרדמה בסלון, והמערער ביקש שלא תספר לה את מה שעשה.

למחרת, סיפרה הקטינה לאמה על האירוע, והאם הודיע למערער כי תפנה למשטרה. בתגובה, שידל אותה המערער בדברים שלא תעשה זאת, כשהוא מתנצל ומציע לפצות את הקטינה בבילוי וקניות בקניון. בכך, נטען, ניסה להניע את האם לבל תמסור הודעה בחקירה על פי דין.

בהמשך, וביום 24/07/11, סמוך לאחר חצות, ובעקבות חשיפת האירוע ובטרם הוגשה תלונה למשטרה, התפתח ויכוח בין המערער לבין האם, במהלכו תקף המערער את האם, בת זוגו, בכך שסטר לה בחוזקה.

נוכח מעשים אלה יוחסו למערער עבירות של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14 לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין; הדחה בחקירה לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין; ו- תקיפת בת זוג לפי סעיף 379 בצירוף סעיף 382(ב)(1) לחוק העונשין.

5. בימ"ש קמא, לאחר ששמע את העדים וצפה בקלטת של חקירת הקטינה קבע, כי הוא דוחה את עדותו של המערער ומקבל במלואן את עדויות הקטינה ואמה, ואף מצטרף למסקנת חוקרת הילדים באשר למהימנות הקטינה.

ביהמ"ש קבע, כי חרף גילה המאוד צעיר של הקטינה, היא השאירה רושם אמין בעדותה, בעיקר בעניינים הנוגעים באירוע עצמו, תוך שדייקה בתשובותיה, "**לא מתלהמת ולא מגזימה**" (עמ' 92 לפרוטוקול). כמו חוקרת הילדים, שבטופס עדות הילד שהגישה, התרשמה ש"**הקטינה מדווחת על אירוע אותו חוותה**" (עמ' 4 בטופס עדות הילד שהוגש), גם ביהמ"ש התרשם "**כי הקטינה נותנת תיאור מדויק ככל הניתן של האירועים, כי אין לה מניע להפליל את הנאשם וכי היא אף אינה מושפעת מתגובותיה החריפות של המתלוננת** (היא האם - ר.י.כ.) **לאחר האירוע**" (עמ' 93 לפרוטוקול). אכן, חלק ניכר מעדותה של הקטינה נסב סביב בגידותיו של המערער באמה, אך ביהמ"ש התרשם (שוב, כמו חוקרת הילדים), כי הדבר נובע ממעורבותה של הקטינה בחיי אמה, נוכח הקשר החזק ביניהן, הגם ש"**המוטיבציה העודפת לספר על עניינים אלו, אינה משפיעה או מעידה על מוטיבציה להחמיר את המעשים שביצע הנאשם**" (שם).

אשר למיקום הליטופים, קבע ביהמ"ש, לאחר צפייה בקלטת החקירה של הקטינה, כי הסנגור הפנה רק לחלק קטן מעדותה בו הצביעה על אזור הבטן התחתונה, אולם "**שניות ספורות לפני כן, הדגימה הקטינה את התנועה שעשה הנאשם כתנועת ליטוף עם קצות האצבעות על כל אזור המפשעה, מהבטן התחתונה כלפי מטה בין הרגליים וחזרה למעלה, ואף הדגישה בפני חוקרת הילדים, כי הליטוף באזור איבר המין בוצע באותו אופן כמו ברגליים**" (עמ' 95 לפרוטוקול). ואכן, צפייה בקלטת מעידה, כי ביהמ"ש היטיב לתאר את עדותה של הקטינה ודייק בתיאוריו אלה.

אכן, חוקרת הילדים לא זכרה כל פרט מעדות הקטינה, אך לא בכדי היא הפנתה את הצדדים ואת ביהמ"ש לצפות בקלטת כדי לראות את ההדגמות של הקטינה.

ויוער, כי ביהמ"ש היה זהיר בקביעותיו, ונוכח התרשמותו מעדות הילדה קבע, כי לא הוכח שהמערער "שפשף" את איבר מינה של הקטינה, אלא "ליטף" אותו.

גם בכל הנוגע לעדויות המערער, היטיב ביהמ"ש להביאן ולנתחן בהכרעת דינו, תוך שהוא מפנה לסתירות שבין העדויות השונות, בעיקר לשינוי הגרסה לאחר למידת חומר החקירה ובשלב מתן העדות בביהמ"ש. כך, באמרה הראשונה שמסר המערער במשטרה (אמרה מיום 24/07/11 בשעה 03:30) הודה המערער, כי "**אני דגדגתי אותה, אני נגעתי לה בשערות בראש לפני השינה, סיפרתי לה סיפור, תוך כדי כך אני נגעתי לה במקומות אסורים.. א' אמרה לי שזה לא צנוע, אני אמרתי לה סליחה... נגעתי לה בחזה ובאזור איבר המין... ליטפתי אותה בחזה... אני נגעתי לה מתחת לפטמות.. דגדגתי אותה ברגליים ונגעתי לה קצת באיבר המין... אני שפשפתי לה את איבר המין..."**

דברים דומים נאמרו על ידי המערער גם בחקירתו השנייה (מיום 26/07/11 בשעה 10:25), כשהודה ש"**גם דגדגתי אותה באזור החזה ונגעתי לה קרוב לשדיים, ובאיזשהו שלב נגעתי לה באזור איבר המין שלה, ושהבחנתי שאני עושה טעות הפסקתי מיד. היא אמרה לי שזה מעשה לא צנוע, ואני ביקשתי ממנה**

**סליחה, וביקשתי מהילדה לא לספר לאמא שלה מפאת הבושה... ליטפתי את אבר המין שלה מעל התחתון שלה...".** וכאשר נשאל אם גם נגע בשדיה אישר, ש"יכול להיות שנגעתי, לא הרגשתי כי אין לה כלום, היא ילדה קטנה...".

נוכח דברים אלה, כאשר החוקרים שגבו את האמרות, אישרו כי כל מה שנכתב - נכתב מפי המערער, אין תימה כי ביהמ"ש מצא את גרסתו החדשה של המערער כפי שנמסרה בפניו, כאילו לא נגע באיבר מינה של הקטינה אלא רק עד אזור הבטן התחתונה, וכי דבריו לא נכתבו בהתאם לנאמר - כמופרכת. ביהמ"ש הוסיף, כי מעבר לרושם העגום שהותירה עדותו של המערער, הרי שכל טענותיו כנגד אי הדיוקים, כביכול, שיש באמרות, לא הועלו בחקירות של החוקרים.

6. כלל יסודי ומושרש, הוא כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בקביעות שבעובדה ובמצאי מהימנות של ערכאה דיונית. הדעה הרווחת בפסיקה, שמצאה ביטוי בעשרות רבות של פסקי דין, היא כי כוחו של כלל זה יפה במיוחד בעדויות של קרבנות עבירות מין, שכן בעבירות אלה קביעת הממצאים מתבססת בעיקר על גרסאות סותרות של שני המעורבים בפרשה, ומכאן המשקל המיוחד להתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מ"אותות האמת" (במובן הצר של המילה) של הנאשם ושל קורבן העבירה. כוחו של כלל זה כה חזק וכה הושרש בפסיקה, שאף נקבע כי גם הצפייה בקלטות חקירת המתלוננת לא מבטלת עדיפות הערכאה הדיונית שהתרשמה ישירות מהמתלוננת (ע"פ 5714/08 פלוני נ' **מדינת ישראל** מיום 1.9.2010). יחד עם זאת, נדמה כי לאחרונה נשמעות גם דעות אחרות, כאשר דווקא בעבירות מין נקבע על ידי כב' הנשיא גרוניס, שיש מקום כי ערכאת הערעור "**תבחן דווקא בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית**", וכי אין לקבוע א-פריורית כלל של התערבות מצומצמת בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (השופט גרוניס (כתוארו אז) בע"פ 3250/10 **מדינת ישראל נ' פלוני**, מיום 12.1.2012; וכן, ר' דברי כב' השופט הנדל בע"פ 7653/11 **ידען נ' מדינת ישראל**, 26.7.2012). ישנה גם גישת ביניים, שבאה לידי ביטוי בחוות דעתו של כב' השופט זילברטל בעניין **פלוני** המוזכר לעיל (ע"פ 7653/11), דעה אליה הצטרף גם כב' השופט עמית בעניין ע"פ 4487/10 **רוני גילי נ' מדינת ישראל** (מיום 06/11/12, וכן ר' בעניין ע"פ 8146/09 **אבשלום נ' מדינת ישראל**, מיום 8.9.2011). וכך קבע כב' השופט זילברטל בעניין **פלוני** הנ"ל:

**"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 עסקינן 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 מהעדות 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 גם כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת".**

7. אולם במקרה דנן איננו נדרשים לגישות השונות בפסיקה, שכן צפייה בקלטות חקירת הקטינה על ידי חוקרת הילדים, כפי שאף ציינתי לעיל, מלמדת, כי ביהמ"ש היטיב להבין את הנאמר על ידי הקטינה וכי אין כל מקום לפרשנות אחרת מזו שניתנה על ידו לדברים.

כך, אין כל מקום להתערב בממצאים העובדתיים שקבע ביהמ"ש באשר למהימנותו של המערער או בהקשר למהימנות בת זוגו, היא אמה של הקטינה. ביהמ"ש התרשם מעדותם באופן בלתי אמצעי וקביעותיו בעניין זה מבוססות היטב בחומר שהובא בפניו.

אשר לאם הקטינה, יש לומר, כי ביהמ"ש מצא בדבריה, שהיו אמינים, לא רק חיזוק לעדות הקטינה, אלא גם בסיס לעבירות שביצע המערער כלפיה. ביהמ"ש ציין, כי עדות האם עשתה עליה רושם אמין, חרף העובדה שניכר היה שהיא כועסת על המערער, ולכן גם הרימה קולה כלפיו מספר פעמים במהלך הדיון. ביהמ"ש היה ער לכך, שיתכן והאם העצימה את מעשי המערער כלפי הקטינה, אולם קבע, כי **"הדבר נובע מתחושה קשה של אם ש"איפשרה" לאדם לפגוע בבתה הקטנה, ולא מתוך רצון להעליל על הנאשם עלילת שווא"**.

ועוד. ביהמ"ש גם היטיב לנתח את הוראות החיקוק שיוחסו למערער, ובצדק קבע, כי העובדות שהוכחו מהוות אותן עבירות שיוחסו לו בכתב האישום, הן עבירת המין כלפי הקטינה והן העבירות של הדחה בחקירה ותקיפת בת-זוג שהופנו כנגד אמה. בעניין זה די אם אעיר, שאין לקבל את טענת הסנגור, כאילו אין כל פסול בפנייתו של המערער לבת-זוגו לבל תתלונן כלפיו כדי שלא תהרוס את חייו, שכן פנייה שכזו מהווה, על פניה, עבירה של הדחה בחקירה, כשם שקבע גם ביהמ"ש קמא.

כדי להתערב בקביעות הערכאה הדיונית בענין הערכת העדויות וקביעת העובדות, אין די בהצבעה על שורה של תמיהות, אפילו אם חלקן נותרו, לטעמו של הסנגור, בלא הסבר. השאלה היא האם ה"ש" הראייתי מספיק כדי לבסס מסקנה של אחריות הנאשם למעשה הפלילי, והאם התמיהות בעלות משקל כזה המקעקע את מידת הביטחון והוודאות במעורבות הנאשם במעשה המיוחס לו. לכך ניתנה תשובה מפורשת של ביהמ"ש. הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי ביהמ"ש מבוססים היטב בחומר הראיות שהובא בפניו, וביהמ"ש בחן כל אחת מטענותיו של הסנגור אל מול הראיות שהובאו בפניו ומסקנותיו מבדיקה זו מבוססים היטב בחומר הראיות. לפיכך, הייתי ממליצה לחבריי לדחות את הערעור בהתייחס להכרעת הדיון.

## **גזר - הדין**

8. בטרם גזירת דינו של המערער, קיבל ביהמ"ש גם תסקיר מטעם שירות המבחן, גם חוות דעת מטעם המרכז להערכת מסוכנות, וגם חוות דעת מטעם הממונה על עבודות השירות.

עולה מהתסקיר, כי המערער כבן 40 היום, גרוש ואב לילד בן 11 הנמצא במשמורת אמו. הבן שוהה בפנימייה המיועדת לילדים עם צרכים מיוחדים, והמערער נמצא בקשר עמו הן במהלך השבוע והן בסופי השבוע כשהוא יוצא לחופשות.

טרם ההליך שבפנינו, עבד המערער בצבא קבע, במשך 11 שנים, בבסיס \_\_. המערער הוערך על ידי מפקדיו כחייל חיובי, אחראי ומקצועי בתחומו. בשל ההליך המשפטי, שוחרר המערער מן הצבא וכיום מתקיים מקצבת מ"ל.

המערער הודה בפני שירות המבחן בחלק מהמעשים, אך שלל כל כוונה מינית ושלל כל אלימות כלפי בת זוגו. הוא נוטה להשליך נסיבות התנהלותו על בת-זוגו ורצונה הנקמני של הקטינה-הקרבת להוציא אותו מחיי אמה ומחייה. לדבריו, תמיד נהג להרדים את הילדה ב"דיגדוגים", שהוגדרו לאחר מכן כ"ליטופים", וזאת לדרישתה של הקטינה. הוא הכחיש כל מגע עם איבר המין, והתקשה להביע אמפתיה כלפי הקטינה, תוך שבלטה אצלו תחושת קורבנות וכעס על הקטינה.

היות והמערער שלל כל בעייתיות בהתנהגותו ושלל כל צורך בטיפול, נמנע שירות המבחן מלבוא בהמלצה טיפולית בעניינו. יחד עם זאת, **"ולאור הערכתנו כי קיים סיכון להישנות התנהגות דומה בעתיד בהתבסס על הכחשתו הכוונות המיניות, אנו ממליצים על הטלת ענישה מוחשית שעשויה להוות גורם הרתעתי משמעותי ומצמצם סיכון"**.

שירות המבחן שוחח גם עם האם, וזו מסרה כי הנזק שנגרם לבתה גדול ומשפיע על תפקודה גם כיום. צוין, כי את ההתדרדרות הרגשית של הקטינה תיארה האם במסגרת הליך המעצר, כאשר גם אז שוחח עמה שירות המבחן, כאשר הדבר קיבל ביטוי בהרטבה בלילות, הסתגרות, פגיעה בביטחון העצמי וצמצום הקשרים החברתיים שלה.

המרכז להערכת מסוכנות התרשם מאישיות בלתי בשלה בכלל ובתחום המיני בפרט אצל המערער; מצא כי יש לו נטייה לראות עצמו בצורה אידיאלית; כי הוא לוקח אחריות חלקית בלבד על מעשיו ומשליך האחריות על בת-זוגו, ששלחה אותו להרדים את הקטינה; כן, משליך אחריות אף על הקטינה, שרצתה "להעיפו" מהבית; וחסר כל אמפתיה לקרבן (אמר כי: **"מה שעשיתי לא ישפיע על החיים של הילדה"**). לאחר שקלול כל הפקטורים הרלבנטיים, מצא מעריך המסוכנות, כי רמת המסוכנות המינית של המערער הינה נמוכה - בינונית.

הממונה על עבודות שירות מצא, כי המערער יכול לרצות מאסר בדרך של עבודות שירות, במידה ויוחלט על כך.

9. אכן, יש ממש בדברי ב"כ המשיבה, לפיהם ערכאת הערעור ממעטת להתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית, אולם נדמה שהמקרה שבפנינו מצדיק התערבות מה. אכן, המעשים שעשה המערער כלפי הקטינה חמורים והותירו בה חותם, אולם בקשת עבירות המין נדמה כי המעשים אינם מן החמורים, כאשר מדובר בליטוף איבר המין מעל הבגדים ובליטוף החזה, כאשר המעשים הופסקו מיד

לבקשת הקטינה. אמנם, מדובר במי שהיה בן-זוגה של אם הקטינה, ואמנם המערער אף תקף את בת-זוגו בסערת הוויכוח על חשיפת המעשים בקטינה, כאשר המערער אף ביקש שלא יתלוננו עליו, אולם, גם מעשים אלה הינם ברף הנמוך של העבירות מהסוג הנ"ל.

כזכור, מדובר במי שאין לו הרשעות קודמות; הוא פוטר מעבודתו בצבא בשל המעשים נשוא התיק שבפנינו; והערכת המסוכנות המינית לגביו הינה נמוכה-בינונית.

לפיכך, הייתי מציעה לחבריי לקצר מעט מתקופת המאסר בפועל שנגזרה על המערער ובמקום 12 חודשי מאסר להורות כי יידון ל-9 חודשי מאסר לריצוי בפועל. יתר הוראות גזר הדין יעמדו על כנן.

**ניתן היום, יט' באדר א' תשע"ד, 19 בפברואר 2014, במעמד הצדדים.**

<b>ס.הנשיא, רויטל יפה- כ"ץ אב"ד</b>	<b>יורם צלקובניק, שופט</b>	<b>יעל רז-לוי, שופטת</b>
---	--------------------------------	--------------------------