

## ע"פ 9447/12 - המערער: פלוני נגד המשיבה: מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 9447/12

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב  
מיום 27.11.2012 ב-תפ"ח 39479-01-10 שניתן על  
ידי כבוד השופטים: נ' אחיטוב, מ' דיסקין ו-ר' בן-יוסף

תאריך הישיבה: י"ב בשבט התשע"ד (13.01.2014)

בשם המערער: עו"ד שגיא נעמה, עו"ד אנואר פריג'

בשם המשיבה: עו"ד רחלי זוארץ-לוי

**פסק-דין**

---

המשנה לנשיא מ' נאור:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטים נ' אחיטוב, מ' דיסקין ור' בן-יוסף),

עמוד 1

אשר הרשיע את המערער בביצוע מספר רב של מעשים מגונים בבתה הקטינה של בת-זוגו וגזר עליו ארבע שנות מאסר. הערעור הוא הן על הכרעת הדין, הן על גזר הדין.

רקע עובדתי

1. המערער הועמד לדין בגין תשע עבירות של מעשה מגונה בכוח בן משפחה לפי סעיף 351(ג)(1), יחד עם סעיף 348(ג)(1) בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין); ושל מעשה מגונה בן משפחה לפי סעיף 351(ג)(3), יחד עם סעיף 348(ג) בחוק העונשין.

2. בתקופה הרלוונטית היה המערער בן-זוגה של מ'. אמה של ס' (להלן - המתלוננת), קטינה כבת 17 באותה עת. בכתב האישום מתוארים תשעה אירועים נפרדים. האירועים התרחשו במשך שלושת החודשים האחרונים של שנת 2009, בבית שבו התגוררו המתלוננת ואמה. על-פי המתואר, במהלך האירועים נשק המערער את המתלוננת ללא הסכמתה, נגע בחזה ובאבר מינה, נצמד אליה, הניח את ידה על אבר מינו ואף ניסה באחד המקרים להחדיר את אצבעו לאבר מינה. המתלוננת הביעה את התנגדותה העזה להתנהגותו של המערער בכל אחד מהמקרים, אשר פסק ממעשיו, בסופו של דבר, לנוכח התנגדותה זו.

במסגרת תשובתו לכתב האישום, הכחיש המערער את המתואר בו.

3. מהעדויות שנשמעו בפני בית המשפט המחוזי, עלה כי המתלוננת סבלה מליקויים שונים ואף הוכרה על-ידי הביטוח הלאומי כבעלת 60% נכות. אף שכדברי בית המשפט "קוגניטיבית רמתה של העדה אינה גבוהה ושפתה אינה עשירה", הוא מצא את עדותה של המתלוננת "משכנעת באמיתותה, [ב]אמינותה ו[ב]מהימנותה" וקבע כי "גרסתה... הייתה סדורה וקוהרנטית, מושמעת במינוריות וללא הגזמה בתיאורים, תוך הדגמות וציטוטים ולכן נראה שיצאה מלבה ובכך מצאה מסילות ללבנו."

את עדותו של המערער ואת גרסתו מצא בית המשפט בלתי מהימנות. בית המשפט ציין, בין היתר, כי עדותו הייתה כבושה, כללה סתירות מהותיות ולפיכך "אינה ראויה לאמון ומצטיירת כשקרית במרבית מרכיביה." על כן העדיף בית המשפט את עדות המתלוננת על פני עדותו של המערער.

בית המשפט מצא תימוכין להרשעת המערער בעדויות נוספות: הן בעדותה של מנהלת בית הספר שבו למדה המתלוננת, אשר העידה על מצבה הנפשי הירוד של המתלוננת; הן בעדותו של יועץ בית הספר, אשר נכח בשיחה שבמסגרתה סיפרה המתלוננת למנהלת בית הספר ולו על אודות המעשים. עוד העיד היועץ כי המתלוננת סיפרה לו גם בנפרד על האירועים.

4. עם זאת, בית המשפט קבע כי לא הוכח בפניו כי התקיים היסוד המחמיר הנחוץ לשם הרשעה בעבירות לפי סעיף 351, דהיינו שהנאשם עונה להגדרת "בן משפחה" של המתלוננת. בית המשפט עמד על כך שאמנם התקיימה בין הנאשם לבין אם המתלוננת מערכת יחסים קרובה, שבמסגרתה ישן המערער מפעם לפעם בביתה של

האם, קיים עמה יחסי אישות והאם אף סייעה למערער כלכלית; אולם, לנוכח משך הזמן הקצר, יחסית, שבו נמשכה מערכת היחסים בין המערער לבין אם המתלוננת (שישה חודשים) ובשל העדר ראיות מספקות על אודות קשר קרוב ויום-יומי בין המערער לבין ילדי בת-זוגו, המתלוננת ואחיה, הרי שהתקיימותו של יסוד זה לא הוכחה מעבר לספק סביר.

5. מנגד, קבע בית המשפט כי הוכח בפניו כי בשלושה מבין תשעת המקרים הפעיל המערער כוח - הגם שלא עוצמתי - כנגד המתלוננת. בשלושת מקרים אלה הרשיע בית המשפט את המערער בעבירות של מעשה מגונה בכוח לפי סעיף 348(ג1) בחוק העונשין; וביתר ששת המקרים, הורשע המערער בעבירות של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) בחוק העונשין. זאת, על-פי סמכותו של בית המשפט בסעיף 184 בחוק הסדר הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, להרשיע נאשם בעבירות אחרות מאלה המופיעות בכתב האישום, אשר אשמתו בהן נתגלתה במהלך המשפט, ובלבד שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן כנגדן.

6. במסגרת גזירת דינו של המערער, עמדו לנגד בית המשפט חומרת העבירות שבהן הורשע המערער, מערכת היחסים ששררה בין אם המתלוננת לבין המערער בעת ביצוע העבירות, פער הגילים בין המתלוננת לבין המערער, טיב המעשים המיניים שבהם הורשע והעובדה שמדובר בסדרת מקרים (להבדיל מאירוע בודד), כל אלה בצד שיקולי החומרה; ונסיבותיו האישיות ומצבו הנפשי, בצד הקולא. לאחר שקילת גורמים אלה, גזר בית המשפט על המערער ארבע שנות מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו); עונשי מאסר מותנים של 18 חודשים ו-12 חודשים, כשהתנאי שלא יעבור עבירות מין מסוג פשע ועוון (בהתאמה); וכן פיצוי למתלוננת בסך של 20,000 ש"ח.

7. בית המשפט עיכב את ביצוע המאסר בפועל ב-21 ימים. בית משפט זה (השופט ע' ארבל) אישר, ביום 16.12.2012, עיכוב ביצוע נוסף עד לקבלת החלטה אחרת בעניינו של המערער, או עד ליום 30.12.2012 - אם לא יגיש המערער עד למועד זה ערעור יחד עם בקשה לעיכוב ביצוע (בש"פ 9041/12). הערעור הוגש ביום 30.12.2012. ביום 6.1.2013 החליט בית משפט זה (השופט צ' זילברטל) לדחות את הבקשה לעיכוב ביצוע וקבע כי המערער ירצה את עונשו החל מיום 20.1.2013.

#### טענות המערער

8. טענות המערער כנגד הרשעתו מכוונות בעיקרן לעניינים של עובדה ומהימנות. טענתו המרכזית היא כי שגה בית המשפט בכך שנתן אמון מלא בעדותה של המתלוננת. כתימוכין לטענה זו צירף בא-כוח המערער לערעורו ראיות חדשות המבססות לשיטתו את חוסר תמימותה של המתלוננת ואת המניפולטיביות שלה, וכפועל יוצא את חוסר המהימנות שיש לייחס לה. לסוגיית הראיות החדשות ובפרט לאופן הגשתן, אתייחס בהמשך. עוד טען המערער לסתירות שנפלו בגרסתה של המתלוננת עת נחקרה במשטרה. נטען כי מדובר בגרסה כבושה, הואיל וחלפו כחודש וחצי ממועד המקרה האחרון עד התלונה במשטרה. נפח מרכזי מהודעת הערעור הוקדש לשאלת ה"מניע" של המתלוננת להגשת התלונה. בא-כוח המערער טען כי המניע היה כלכלי גרידא: המתלוננת ציפתה לקבל "הטבות" ו"מתנות" שונות מהמערער. בתחילה חששה כי אם תגיש את התלונה, לא תקבל את אותן "מתנות" שהובטחו לה על-ידו. עם זאת, כאשר הבינה כי המתנות וטובות ההנאה לא תסופקנה לה, החליטה לטענתו להגיש את התלונה כ"נקמה" על כך. בהמשך, הוסיף המערער מניעים אפשריים נוספים אשר יתכן שהובילו את המתלוננת להגיש את התלונה.

לנוכח הפגמים המתוארים במהימנות המתלוננת, טוען המערער כי לא היה מקום להעדיף את גרסת המתלוננת

על-פני גרסתו שלו, אשר נתמכה גם על-ידי עדותה של בת זוגו, ג'. מדובר, כך נטען, באחד מאותם מקרים חריגים שבהם על בית המשפט של הערעור להתערב בממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית.

9. אשר לגזר הדין, טוען המערער כי בית משפט קמא החמיר עמו יתר על המידה. לשיטתו, בין היתר לנוכח נסיבותיו האישיות הקשות ומצבו הנפשי הירוד, היה מקום לייחס משקל משמעותי יותר לשיקולי הקולא ולגזור עליו עונש מאסר קצר משמעותי. נסיבות נוספות שבהן מן הראוי היה להתחשב לקולא, כך טען, הן מצבו הרפואי והנפשי הגרוע של ילדו בן החמש וכן העובדה שהיה עצור במשך שלושה חודשים ומצוי במעצר בית בתנאים מגבילים במשך למעלה משנתיים וחצי נוספות. לאור כל נסיבות אלה, מבקש המערער להקל בעונשו ולהסתפק בתקופות המעצר והמאסר שריצה עד כה - כחמישה עשר חודשי מאסר.

דין והכרעה

הערעור על הכרעת הדין

10. ערעור זה מופנה כנגד ההכרעה העובדתית של בית משפט קמא. נתקפות במסגרתו, בין היתר, קביעות המהימנות שבפסק הדין. טוען המערער בפניו כי היה להעדיף את גרסתו על-פני גרסתה של המתלוננת, בניגוד למסקנתו של בית המשפט בהכרעת הדין בעניינו. כידוע, ערכאת הערעור לא נוטה להתערב בממצאי עובדות ומהימנות של הערכאה הדיונית. הטעם לכך נעוץ, בין היתר, בהתרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית, אשר שמעה את העדים ואשר בפניה הוצגו הראיות. עמדה על כך השופטת ע' ארבל בע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל (16.4.2012):

"יכולתה של הערכאה הדיונית לתור באופן ישיר אחר אותות האמת שנתגלו בעדויות ולהסיק מהם מסקנות בעניינים של מהימנות מצדיקה כי בית משפט של הערעור ימשוך ידו מהתערבות במסקנותיה, למעט מקרים חריגים. ההסתכלות באופן בלתי אמצעי על תגובות העד, הבעת פניו, התרגשותו, אופן דיבורו, המשולבת עם בחינת תוכן הדברים ושקילתם במסגרת הכוללת היא הדרך בה מתגבשת מסקנתם של השופטים." (שם, בפסקה 11).

ראו עוד, לאחרונה: ע"פ 9687/11 סיורי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (2.11.2013); ע"פ 5145/12 אבו זאיד נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (28.1.2013). לסקירת הטעמים שבבסיס הלכה זו, ראו: ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 634-632 (2004).

11. הלכה זו רלוונטית במיוחד כשמדובר בהערכת מהימנות של קורבנות עבירות מין. זאת, כדבריו של השופט נ' סולברג, "מכיוון שעדות קורבן עבירות מין נוגעת לרוב בחוויה אינטימית וטראומטית, ולכן יש ליתן משקל למאפיינים נוספים מלבד תוכן דבריו של קורבן העבירה, דוגמת שפת גופו, טון הדיבור, תגובתו לשאלות הנשאלות, כאשר לערכאת הערעור אין למעשה דבר לבד מן הפרוטוקול ומסמכים המתעדים את האמור" (ע"פ 2661/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (19.11.2012)). מכל אלה התרשמה הערכאה הדיונית, ועל בסיסם קבעה את ממצאי המהימנות. על כן, למעט במקרים חריגים, לא תתערב ערכאת הערעור בממצאים אלה. ראו עוד: ע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (5.6.2013).

12. אכן הכלל האמור אינו מוחלט. במקרים חריגים, שבהם אין מבוססת הכרעת הערכאה הדיונית על ראיות שבהערכתן יש לה יתרון (כגון ראיות בכתב או ממצאים המבוססים על שיקולים שבהיגיון), או כאשר נפלו טעויות מהותיות בהכרעת בית המשפט, עשויה ערכאת הערעור להתערב בהחלטת הערכאה הדיונית. ראו, למשל: ע"פ 8902/11 חזיזה נ' מדינת ישראל, פסקה 44 (15.11.2012). לאחר שעיינתי בהודעת הערעור על צרופותיה וקראתי בעיון את פסק הדין מושא הערעור ואת העדויות שנשמעו בפני בית המשפט, אני סבורה שמקרה זה אינו מצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור. הכרעת הדין של בית משפט קמא הושתתה על יסודות איתנים ונקבעו בה מסקנות המבוססות באופן בלתי אמצעי על התרשמות מן העדים.

13. בית המשפט עמד על כך ש"ליבתה של גרסת התביעה טמון, מטבע הדברים, בעדותה של המתלוננת... בנסיבות אלה, על מהימנות ואמינות עדותה... יקום או יפול דבר." בית המשפט מצא את עדותה, כאמור, מהימנה; זאת, בין היתר, לנוכח יכולתה להציג ברמת פירוט גבוהה תיאור של התרחשות הדברים, בהתייחס ללבושה, למקום המדויק שבו המערער והיא ישבו, לאופן שבו נגע בה והסיר את חזייתה - ולאופן שבו הגיבה. למרות חקירה נגדית נמרצת של באת-כוח הנאשם, נותרה המתלוננת איתנה בעמדתה באשר לאופן התרחשות הדברים. לא זו בלבד שהמתלוננת "ידעה להשיב באופן שניכר בו שהוא תיאור אמיתי של חוויות שעברה", אלא שהיא גם הדגימה, על דוכן העדים, את מעשיו של המערער, הדגמה שממנה התרשם בית המשפט כי מעידה היא על האותנטיות של דבריה. בפני התיאור המילולי שתיארה המתלוננת את מעשיו של הנאשם, כפי שהובעו בעדותה ומשתקפים בפרוטוקול. בשונה מכך, בית המשפט המחוזי, בשמעו את העדות, צפה בהדגמת המעשים על דוכן העדים. הדגמה זו היוותה יסוד מבין היסודות שעליהם השתית בית המשפט את מסקנתו בדבר המהימנות שייחס למתלוננת.

14. אל מול גרסה זו של המתלוננת, העמידה ההגנה בעיקר את גרסת המערער, בצירוף לעדויות נוספות אשר נועדו לתמוך בה. דא עקא, שהן עדות המערער, הן עדויות יתר עדיו, לא ספקו את התוצאה המבוקשת. בית המשפט מצביע בצדק רב על כך שגרסתו של המערער הלכה והתפתחה וכי עדותו הייתה כבושה. יתרה מכך, מהשוואת דבריו של המערער בחקירה במשטרה לעדותו בבית המשפט, עולה כי נטייתו בבית המשפט הייתה לצמצם משמעותית את קרבתו למתלוננת ולאמה, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דבריו בחקירה. כך, לדוגמה, היה באשר לתיאורו את הקשר הרומנטי בינו לבין אם המתלוננת. בחקירתו במשטרה, אמר שהקשר ארך כחודשיים בערך. הם נפגשו, כך אמר, אחת לשבוע - בסוף השבוע או באמצע השבוע - כשבכל פעם הוא ישן אצלה עד ליום המחרת (ת/7, עמ' 1, ש' 32 עד עמ' 2, ש' 11). בעדותו בפני בית המשפט העיד המערער כי נפגש עמה פעם בשבוע-שבועיים (פרוטוקול, בעמ' 100, ש' 13-14) וכי ישן אצלה "אולי שלוש פעמים" (פרוטוקול, עמ' 100, ש' 19). בחקירה הנגדית עומת המערער עם סתירות אלה בין חקירתו במשטרה לבין עדותו, אולם לא עלה בידיו לספק הסבר ממשי.

15. לא זו בלבד, אלא שהמערער הציג לראשונה בבית המשפט טענת "אליבי" שנועדה לבסס את חוסר יכולתו לבצע את המעשים המיוחסים לו, מן הטעם שבמועדים אלה היה ב"עבודה", באיסוף בקבוקים. המערער העיד כי "זו לא [הייתה] עבודה מסודרת, אין שעות מסוימות" (פרוטוקול, בעמ' 119, ש' 10). המערער העיד גם את חברו, ג.ח., אשר אמר היה לתמוך ב"אליבי" שלו לתקופה הרלוונטית. עדות זו נתבררה, כדברי בית המשפט, כ"חסרת ערך" וככזו שאין בה כדי להוות אליבי; זאת, משום שלא עלה בידיו של העד להצביע על ימים ושעות קבועים שבהם עבד בצוותא עם המערער, ועל כן לא היה בה כדי לבסס את היות המערער בעבודה במועדים שבהם נטען שביצע את המעשים. אין כל ספק שהעלאת טענות חדשות אשר מתבררות כחסרות תוחלת יש בה כדי לכרסם במהימנותו של המערער. כרסום זה הפך לממשי עוד יותר עת התברר כי בת-זוגו של המערער, אשר העידה מטעמו, הודתה בחקירה הנגדית כי הקשר בין המערער לבין אם המתלוננת ארך שישה חודשים, וכי המערער עצמו אמר לה כך (פרוטוקול, בעמ' 124, ש' 124).

16-20) - זאת בניגוד לגרסה שבה דבק המערער, שלפיה ארך הקשר כחודשיים בלבד.

הדברים מדברים בעד עצמם. אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט כי גרסת ההגנה על שלל עדיה אינה ראויה לאמון.

16. אף שניתן היה לחתום בכך את הדברים ולדחות את הערעור על הכרעת הדין, אתייחס גם לטענות הנוספות שהעלה המערער בהודעת הערעור. אולם קודם לכן, נחוצה התייחסות לאופן שבו תמך המערער את טענותיו - באמצעות ראיות חדשות.

ראיות חדשות

17. במסגרת הערעור הפנה בא-כוח המערער למספר רב של ראיות אשר לא הוצגו בפני בית משפט קמא. ראיות אלה צורפו להודעת הערעור כנספחים, וזאת מבלי שהוגשה בקשה לצירוף ראיות חדשות בערעור ובלי שהגשת הראיות אושרה. כשנה לאחר הגשת הודעת הערעור, הגיש בא-כוח המערער ביום 25.12.2013 "בקשה להורות על גביית ראיות לשם עשיית צדק בהתאם לסעיף 211" בחוק סדר הדין הפלילי. יצוין כי בקשה זו הוגשה במקביל להגשת עיקרי טיעון, שהרשמת הורתה על הגשתם. בבקשה לא פורטו נימוקים והוסבר בה כי היא מבוססת על נימוקי הערעור. ביום 26.12.2013 קבע בית משפט זה (הרשם ג' שני) כי לא ניתן להגיש בקשה להוספת ראיות חדשות כפי שהבקשה הוגשה וכי המערער נדרש להגיש "בקשה מנומקת העומדת בפני עצמה, לגביית ראיות נוספות." בקשה מנומקת הוגשה על-ידי בא-כוח המערער ביום 29.12.2013. בית משפט זה (הרשם ג' שני) קבע, ביום 30.12.2013, כי הבקשה תובא להכרעה בפני ההרכב שידון בערעור, ושעל המדינה להגיש תשובה בכתב לבקשה להוספת ראיות חדשות. התשובה הוגשה כנדרש ביום 9.1.2014.

18. אפתח בכך שלא היה מקום להגיש את הראיות ולא היה מקום להתייחס אליהן בהודעת הערעור, כאילו הותרה הגשתן. ניתן היה להורות למערער להגיש הודעת ערעור מתוקנת, אגב דחיית מועד שמיעת הערעור. לפנים משורת הדין לא נעשה כך. ככלל, ערכאת הערעור אינה נוהגת לקבל ראיות חדשות. ערעור יש להגיש על בסיס הראיות שהוצגו בערכאה הדיונית. עם זאת, מורה סעיף 211 בחוק סדר הדין הפלילי כי בית המשפט של הערעור רשאי לגבות ראיות בעצמו או להורות לערכאה הקודמת לגבות ראיות, ובלבד שהדבר נחוץ לעשיית צדק (ראו, למשל: ע"פ 10221/06 ג'ורן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (17.1.2008) וההפניות שם). ממילא, מדובר בסמכות שבשיקול דעת המוקנית לבית המשפט ואין מדובר בזכות קנויה של המערער, אשר נדרש להגיש בקשה מנומקת המצביעה על הסיבות שבגינן יש לשיטתו לקבל את הראיות החדשות. בצרפו את הראיות להודעת הערעור, עשה המערער דין לעצמו ו"החדיר" את הראיות לבית המשפט באופן פסול.

19. בפסיקה הותוו שלושה שיקולים שעל בית המשפט לשקול בבקשות מסוג זה: ראשית, האם לא הוצגו הראיות בערכאה הדיונית מסיבה מוצדקת שאינה תלויה במבקש, או שמא בשל התרשלותו. ככל שהייתה למבקש אפשרות להשיג את הראיות הנוספות בעת ניהול ההליך בערכאה הדיונית, לא יטה בית המשפט של הערעור לאפשר את הגשתן. אם לא הייתה אפשרות כאמור, הרי שעשוי בית המשפט לאפשר את קבלת הראיות, בכפוף לשיקולים האחרים (עניין ג'ורן, פסקה 13). במקרה דנן, עיון בבקשה מלמד כי בא-כוח המערער לא התייחס כלל להיבט זה, ולא

ציין מדוע לא הוצגו הראיות המבוקשות בערכאה הדיונית. מבקשתו (סעיפים 1, 12 ו-13), כמו גם מתגובת המשיבה לבקשה, עולה כי הראיות שנתבקשה הוספתן היו כולן חלק מתיק החקירה, שהיה בידיה של באת-כוחו הקודמת של המערער. לכאורה, די בכך כדי לקבוע כי לא הייתה כל מניעה שהמערער יציג את הראיות בפני הערכאה הדיונית ועל כן שאין מקום להתיר את קבלתן כעת (השוו, לעניין מסמכים המצויים בתיק החקירה: רע"פ 5621/11 אלקובי נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (5.2.2012) (להלן - עניין אלקובי)).

20. עם זאת, מבין השיטין עולה כי בבקשתו, מרמז בא-כוח המערער לטענה של "כשל בייצוג" - דהיינו, רשלנות של באת-כוחו הקודמת של המערער באי הגשת הראיות בערכאה הדיונית (ראו: עמ' 4, ש' 16; עמ' 7, ש' 14-15; עמ' 11, ש' 26 לפרוטוקול הדיון מיום 13.11.2014; פסקות 25 ו-28 להודעת הערעור). דא עקא, שבפסיקה נקבע כי בטענות מסוג זה יש לנקוט זהירות יתרה, כאשר לא בקלות יטה בית המשפט לקבלן (ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (6.4.2009) (להלן - עניין פלוני)). טענת כשל בייצוג מטילה אפוא נטל כבד על הטוען, לבססה היטב (ע"פ 678/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק-דינה של השופטת ע' ארבל (3.7.07)). עוד נקבע בפסיקה כי במקרה של טענה בדבר כשל בייצוג, יש לצרף להודעת הערעור תצהיר מטעמו של עורך-הדין שייצג בערכאה הדיונית, המפרט את הסיבות לאי הגשת הראיה (ראו: עניין אלקובי, פסקה 14; עניין פלוני, פסקה 27).

בענייננו, לא זו בלבד שלא צורף להודעת הערעור תצהיר של באת-כוח המערער בבית המשפט המחוזי, אלא שטענת הכשל בייצוג נטענה בעקיפין בלבד, בחצי פה ובאופן בלתי מנומק. למעשה, בכל פעם שנשאל על-ידי בית משפט זה על כך שמדובר בטענה של כשל בייצוג, הסביר ב"כ המערער כי אינו טוען כך וכי מדובר, לשיטתו, בבקשה לפי סעיף 211 בחוק סדר הדין הפלילי.

המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי המערער לא הסביר מדוע לא הוצגו הראיות המדוברות בערכאה הדיונית. הראיות הן חלק מחומר החקירה שעותק ממנו היה בידי באת כוח המערער. לא היה לו אפוא כל קושי להציג בבית המשפט המחוזי - ועל כן די בכך כדי לדחות את הבקשה שהוגשה להוספת ראיות חדשות. המלים "בקשה לפי סעיף 211 בחוק סדר הדין הפלילי" אינן מילות קסם המאפשרות לעשות מה שעשה כאן בא-כוח המערער. עם זאת, למען שלמות התמונה, אתייחס גם לשיקולים האחרים הרלוונטיים לבחינת ראיות חדשות בערעור.

21. שני השיקולים הנוספים, שבהם יתחשב בית המשפט של הערעור בשקלו האם לאפשר קבלתן של ראיות חדשות, הם האינטרס בדבר השמירה על עקרון סופיות הדיון; וטיבן של הראיות הנוספות וההסתברות, או הסיכוי, שהגשתן אכן יהיה בה כדי לשנות את התוצאה שאליה הגיעה הערכאה הדיונית (ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל נה(4) 249, 257 (2001); ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (2011)). הנטל להוכיח קיומו של סיכוי ממשי לשינוי התוצאה מונח לפתחו של המבקש להגיש ראיות חדשות, כשלנוכח חריגות ההליך, נטל זה הוא גבוה במיוחד.

22. מעיון בבקשה להגשת ראיות נוספות, עולה כי אין היא מתייחסת לשיקולים אלה באופן מפורש. חלף זאת, היא מפרטת לפרטי-פרטים על אודות מהות הראיות שהתבקשה הגשתן ועל דבר חשיבותן לערעור. בא-כוח המערער טוען כי ראיות אלה סותרות את עדות המתלוננת ויש בהן "כדי לפגום משמעותית במהימנות המתלוננת ולכרסם בגרסתה." כאמור לשיטתו, יש לאשר הגשת הראיות "לשם עשיית צדק, מניעת עיוות דין וקיפוח הגנתו של המערער" (פסקה 51 לבקשה). בדיון בפנינו המשיך וטען, בהסתמך על החלטתו של השופט א' רובינשטיין בבש"פ 6817/10

מסארוה נ' מדינת ישראל (25.7.2013), כי השיקול המרכזי הוא "מהותן של הראיות והשפעתן על תוצאות המשפט" (שם, בפסקה ו') ולכן יש לאשר הגשת הראיות.

23. ראשית, יש להבהיר כי אמנם אין חולק שהשיקול בדבר מידת המהותיות של הראיות ושל הסיכוי הגלום בהן לשנות את התמונה המשפטית הוא שיקול מרכזי בהחלטה אם לאפשר הגשת ראיות נוספות. אולם, וזאת חשוב להדגיש, אין בו כדי לייתר את השיקולים האחרים. ביסודה, הפעלת סמכות שבשיקול דעת - כגון זו המסורה לבית המשפט של הערעור לאשר הגשת ראיות חדשות - נשענת על שקילת כל השיקולים הרלוונטיים והגעה להחלטה המאזנת כראוי בין שיקולים אלה. אכן, יתכנו מקרים שבהם שיקול מסוים יקבל משקל משמעותי יותר; אולם, לא ניתן לקבל החלטה - ובאותה מידה, לא ניתן לטעון בפני בית המשפט כי שומה עליו לקבל החלטה - תוך התעלמות משיקולים רלוונטיים (השוו, בשינויים המחייבים, להחלטות המתקבלות על-ידי רשות מינהלית: ד' ברק-אז המשפטי המינהלי 728-726 (2009)). לפיכך, אין בסיס לטענה שיש לאשר ראיות רק בשל היותן מהותיות ורלוונטיות. בקשה להגשת ראיות נוספות חייבת להתייחס לכל שלושת השיקולים. על הבקשה להצביע מדוע לשיטת המבקש נוטה הכף, באיזון בין השיקולים, לטובת התרת הראיות בשלב הערעור.

24. מעיון בבקשה מתברר גם כי חלק ניכר מהראיות שהגשתן מתבקשת הן ראיות בלתי קבילות. בקשה להגשת ראיות נוספות מכוח סעיף 211 בחוק סדר הדין הפלילי אינה משמשת צינור להגשת ראיות שאינן קבילות. קבילות היא אפוא בבחינת "תנאי סף" לקבלת ראיות חדשות, כאשר ראיות בלתי קבילות תדחנה, אף אם הן רלוונטיות. בענייננו, בא-כוח המערער הודה בכך והסכים לנוכח זאת "לוותר" על חלק מהמסמכים שנתבקשה הגשתם. דא עקא, שעל-אף הסכמתו זו, המשיך בא-כוח המערער להישען במסגרת טיעונו בעל-פה על ראיות בלתי קבילות, כגון על סירובה של המתלוננת להיבדק בפוליגרף (שם, בעמ' 5, ש' 13-16; פסקות 29-32 להודעת הערעור). כידוע, הן תוצאת בדיקת פוליגרף והן סירובו של אדם - בין אם נאשם, בין אם עד - לעבור בדיקה זו, אינם ראיות קבילות (ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 495 (1993); רע"פ 7755/01 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 913, 922 (2002)). ראיות אלה אינן יכולות להתקבל אפוא במסגרת בקשה להגשת ראיות חדשות. המערער נדרש להרים את הנטל המוטל עליו, לבסס את טענותיו, באמצעות ראיות קבילות. אין מקום להתייחס לכל הראיות הבלתי קבילות.

נותרנו אפוא עם יתר הראיות, אשר לטענת בא-כוח המערער יש לקבלן משיקולי צדק. המדובר בארבעה מסמכים הלקוחים כולם מתיקה האישי של המתלוננת בבית הספר.

25. עיינתי בראיות האמורות אף שלא צורפו כדין. אין בידי לקבל את המסקנות שמבקש המערער לגזור מהן. כפי שיפורט להלן, פרשנות המערער לאמור בהן מוציאה לא אחת את הדברים מהקשרם. ראיות אלה אינן מכרסמת במהימנות המתלוננת, כפי שנטען בפנינו. בסופו של יום, אין בראיות כדי לשנות את התמונה ולנוכח זאת, יש לדחות את הבקשה לגביית ראיות חדשות.

26. הראייה הראשונה שגבייתה נתבקשה היא שאלון שמולא על-ידי מחנכת הכיתה שבה למדה המתלוננת, במסגרת הפנייתה לוועדת השמה שאמונה על שקילת המשך דרכה החינוכית. לטענת המערער, דבריה של המחנכת - כפי שהובעו בתשובותיה בשאלון - מצביעים על אישיותה ה"מניפולטיבית ו[ה]מתוחכמת" של המתלוננת, אשר "מנצלת חולשות של אחרים לתועלתה, פוגעת בהם, בוחרת את הקורבנות שלה בקפידה מראש ומודעת היטב למעשיה זאת



בניגוד לתמונה אשר הצטיירה בעיני בית משפט קמא" (פסקה 1(א) לבקשה). עוד נטען כי "הלך הנפש של המתלוננת... אינו מתיישב עם המעשים [ש]אותם היא טוענת שהמערער ביצע" (פסקה 1(ב)).

27. דא עקא, שמקריאת האופן שבו תוארה המתלוננת בשאלון על-ידי מחנכת הכיתה, עולה כי בטיעונו זה הוציא המערער את דברי המחנכת מהקשרם. אין חולק כי המתלוננת סבלה מדימוי עצמי נמוך ומבעיות רגשיות, ושהתנהגותה ילדותית. אכן, צוין שלעתים היא מעליבה תלמידים ופוגעת בהם, התנהגות שיוחסה בעיקר לתסכול או למצב רוח רע. אולם, בניגוד לטענת המערער, אינו מוצאת כי כל אלה מצביעים על היותה "מניפולטיבית" או "נצלנית" ומה שתואר אינו פוגע במהימנותה. הוא הדין באשר להלך נפשה של המתלוננת. המערער מבקש להיבנות מדברי המחנכת, שבתקופה האחרונה היה מצב רוחה של המתלוננת טוב. השאלון מולא על-ידי המחנכת בנובמבר 2009, כשהמעשים שבביצועם הורשע המערער החלו במהלך אוקטובר 2009, דהיינו מספר שבועות קודם לכן. בהחלט יתכן שהמתלוננת לא החצינה את רגשותיה במהלך שהותה בכיתה והמשיכה לשדר "עסקים כרגיל" לסובבים אותה. יוער כי יש בכך כדי לתת מענה לתמיהה שהביע המערער - מדוע לא חשפה המתלוננת דבר במשך כחודש וחצי לאחר התרחשות האירועים. אין מקום לדקדק בענייני הנפש ובאופן שבו שתפה המתלוננת את האנשים שסביבה במתרחש. מדובר בתופעה שכיחה, שנפגעות עברות מין נוטות "להיסגר" ולוקח להן זמן להיחשף (ע"פ 5271/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (17.5.2011); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 925 (2001)). סיכומם של דברים, אין בראיה זו כדי לשנות את התמונה הכוללת ועל כן אין מקום לאשר את הגשתה במועד זה.

28. הראיה השנייה היא מסמך שכותרתו "הסכם לעזיבת ב"ס" ואשר מתעד שיחה שבה השתתפו המתלוננת, אמה וגורמים מבית הספר. מהמסמך עולה שהוצע למתלוננת לעבור לבית ספר אחר - שמו. המתלוננת הביעה את סירובה לעבור לבית הספר המוצע, אולם האם הסכימה לשקול את המעבר ולהצטרף לסיור מסודר בבית הספר שהוצע, על-אף סירובה של המתלוננת, לאחר שהוסבר לאם תהליך המעבר והודגש בפניה כי תהייה הסעות אל בית הספר ובחזרה ממנו. לשיטת המערער, מבסס מסמך זה שיקול נוסף שבגללו הגישה המתלוננת את תלונתה: "כמיהתה של המתלוננת, לרחמים, אמפתיה והגנה וסיכול שליחתה לבית הספר" (פסקה 48 לבקשה). אין בטענה זו ממש. המסמך המדובר מתעד שיחה שבה הביעה המתלוננת את דעתה באשר למעבר לבית ספר אחר. אין בו כל אינדיקציות לתחושות שמנסה המערער לייחס למתלוננת בהקשר זה. הוא אף אינו מבסס כל תמיכה לטענה שהמתלוננת החליטה להגיש תלונה שקרית כנגד המערער במטרה לסכל את העברתה לבית ספר אחר. זאת ועוד, ספק בעיני האם בהגשת התלונה יש כדי להשיג את המטרה המיוחלת, שכן לא ברור מה הקשר בינה לבין המעבר לבית ספר חדש.

29. הראיה השלישית היא קבוצת מזכרים שכתבה מנהלת בית הספר בעניינה של אם המתלוננת, אשר מציגים את האם, כך לטענת המערער, "כאישה מפיצת שקרים, שאינה בוחלת באמצעים להשיג את מטרותיה" (פסקה 49 לבקשה). מזכרים אלה אכן חושפים לכאורה תמונה עצובה, שהאם סיפרה לבתה, המתלוננת, כי מנהלת בית הספר קיימה עמה שיחה בנוכחות עובדים סוציאליים בנוגע להוצאתה של המתלוננת מהבית ושליחתה לפנימייה - כאשר בפועל לא היו דברים מעולם. המנהלת העמידה את הדברים על דיוקם בשיחת טלפון שקיימה עם האם ואשר תועדה במזכרים. לדבריה, בפגישה נכחו רק האם והיא, ובשום שלב לא עמדה על הפרק הוצאת המתלוננת מביתה. עם זאת, העובדה שהאם לא אמרה את האמת במקרה זה, אין בה כדי לתמוך בגרסת המערער, שהאם "שמה את בתה המתלוננת ככלי בידה בכך שהניעה אותה להגיש תלונת שווא כדי לנקום במערער על כך שעזב את האם וחזר לבת זוגתו" (שם). בית המשפט הסביר כיצד התגלגלה התלונה. אחת המורות שמה לב לכך שהמתלוננת עצובה לאחרונה וסיפרה על כך למנהלת בית הספר. המנהלת זימנה את המתלוננת לשיחה וניסתה לדובב אותה. היא עודדה אותה להיחשף, ובעקבות זאת סיפרה לה המתלוננת את סודה - כי נפגעה מינית על-ידי המערער. המתלוננת סיפרה למנהלת

כי שיעורי החינוך המיני שבהם השתתפה בבית הספר עוררו בה מחדש את זיכרון המעשים וגרמו לה תחושת אי נוחות. בעקבות זאת יזמה המנהלת פגישה עם האם, בנוכחות המתלוננת ויועץ בית הספר. בפגישה סופר לאם על אודות מעשי המערער. פגישה זו היא שהובילה להגשת התלונה. לא האם יזמה את העניין.

30. המסקנה שאין מקום להתיר הגשת ראייה זו כעת נשענת גם על העובדה שהעלאתה במסגרת ערעור אינה האכסניה הנכונה להצגתה. ראייה זו היא צורך להגיש באמצעות מנהלת בית הספר, עת העידה. מן הראוי היה לעמת את האם, בעדותה בבית המשפט, עם המקרה ועם מזכריה של המנהלת. יתכן שהיה בכך כדי לשפוך אור על השאלות המתעוררות - מדוע שקרה בסיטואציה המתוארת ומה היו מטרותיה בכך. אולם, זאת לא עשה המערער, כשבחקירה הנגדית של באת-כוחו את האם, אין לכך כל זכר. והעיקר: אף אם שקרה האם בנקודה זו - אשר, כאמור, לא התבררה עד תום בבית המשפט ועל כן אין אנו קובעים בה מסמרות - אין בכך כדי לסייע למערער.

31. הראיה הרביעית והאחרונה היא מסמך שמתעד, לטענת המערער, שיחה בין יועץ בית הספר לבין המתלוננת. מעיין במסמך עולה כי למעשה, מדובר בשיחה בין מנהלת בית הספר לבין יועץ בית הספר. בשיחה זו מספרת המנהלת ליועץ כי המתלוננת סיפרה לה כי האם מקללת אותה וכי אחיה מכה אותה. המערער מבקש להיבנות מאמירה זו כתימוכין לכך שאין לייחס מהימנות לאמה של המתלוננת, אשר "לא יכלה להשלים עם עזיבתה על ידי המערער וכנקמה שילחה בו את בתה בהגשת תלונת סרק" (פסקה 50 לבקשה). כאמור, לא נקמה הייתה המניע, והתלונה הוגשה לאחר שהמתלוננת נחשפה בבית הספר. גם בראיה זו אין אפוא כדי לסייע למערער.

32. סיכומם של דברים, וכמפורט בפסקה 25 לעיל, מסקנתי היא כי אין מדובר במקרה חריג המצדיק הגשת ראיות חדשות במהלך הערעור, אין מדובר בכשל בייצוג ואין בראיות אלה כדי "לשנות את התמונה", ממילא מסקנתי היא כי לא היה כשל בייצוג של המערער בערכאה הדיונית.

#### הטענות שבערעור

33. לאחר הסרת סוגיית הראיות החדשות מעל הפרק, נותרו בפנינו שתי טענות עיקריות שהועלו במסגרת הודעת הערעור. ראשית, טוען המערער כי גרסת המתלוננת הייתה גרסה כבושה וכי המניע שהוביל להגשת התלונה היה כלכלי - אכזבתה מכך שלא קיבלה מהמערער את אותן "מתנות" שציפתה לקבלן. לא מצאתי בטענה זו ממש. אשר לטענה בדבר עדות הכבושה, אשר מבוססת על העובדה שהמתלוננת הגישה את תלונתה כחודש וחצי לאחר המקרה האחרון, הרי שטענה זו נטענה בפני בית משפט קמא ונדחתה משני טעמים. ראשית, בשל ההסבר הסביר שסיפקה לכך המתלוננת - חששה פן המערער יפגע בה; שנית, אין זה חריג שקורבנות עברות מין שומרות בליבן את דבר המעשים שנעשו בהן ולוקח להן זמן רב לחשוף מעשים אלה. לכל אלה יש לצרף את העובדה, שעולה הן מעדותה של המתלוננת והן מעדויות צוות בית הספר, כי ה"טריגר" שהוביל את המתלוננת לחשוף את המעשים היה שיעורי החינוך המיני שעברו בבית הספר. המתלוננת ניאותה להיחשף, כאמור, רק לאחר דרבון ועידוד של המנהלת. לאור כל אלה, אין ספק בעיני כי אין לזקוף לחובת המתלוננת את ההמתנה בת כחודש ומחצה עד להגשת התלונה.

34. ומכאן למניע להגשת התלונה. בחקירותיו במשטרה ובעדותו בפני בית משפט קמא, נטען על-ידי המערער כי התלונה הוגשה נגדו בשל יצר הנקמנות של אם המתלוננת. בערעור בפנינו, הוצגה גרסה חדשה באשר למניעים שהובילו לתלונה: טוען המערער כי התלונה הוגשה בשל אכזבתה של המתלוננת מכך שלא קיבלה מהמערער את ה"מתנות" שהבטיח לה (פסקה 65 להודעת הערעור). עוד טען המערער כי המתלוננת הגישה את התלונה "גם כדי להשיג תשומת לב, רחמים והגנה" (שם, פסקה 110). בהמשך, מציג בא-כוח המערער שורה ארוכה של מניעים אלטרנטיביים נוספים להגשת התלונה. כל אלה הם ספקולציות שאכן שוללות את המניע הפשוט - שהמעשים נעשו כפי שקבע בית המשפט.

35. שנית, טוען המערער כי בעדותה ובחקירתה תיארה המתלוננת ארבעה מקרים בלבד, ועל כן לא היה מקום להרשיעו בתשע עבירות של מעשה מגונה. מעיון בהכרעת הדין, עולה כי מפורטים בה 7 מקרים שאותם תיארה המתלוננת. אלו הם גם המקרים היחידים שאותם תיארה המתלוננת בעדותה. אכן, יתכן שהיה מקום לדוק פורטא במספר העברות שעליהן העידה המתלוננת.

עם זאת, המתלוננת העידה באופן כללי על המעשים אשר ביצע בה המערער, ובמסגרת זו אמרה במפורש כי מדובר ב-9 מקרים המופיעים בכתב האישום, ואף במקרים נוספים. לכל המקרים מאפיינים דומים, שעליהם עמדה המתלוננת בתיאורה (נגיעות בחזה, ניסיונות להורדת חזייתה, נשיקות; ראו עמ' 12 לפרוטוקול, ש' 12-13), שבעה מבין תשעה מקרים אלה הוצגו בפירוט בהמשך עדותה. מעיון בעדותה עולה כי למעט המקרה הראשון שכלל את המאפיינים הדומים המתוארים והם בלבד - ואשר הוצג, יש להניח, בשל ראשוניותו והיותו זה "פתח" את מסכת ההתעללות - הרי שכל יתר המקרים המתוארים כללו מעשים "נוספים" כגון ליקוק פטמותיה של המתלוננת, נגיעות באבר מינה ובישבנה, הפעלת כוח ואף הנחת ידה על אבר מינו של המערער. אילו המערער עצמו היה מלכתחילה בדעה כי נפל פגם בכך שהמתלוננת לא העידה על כל תשעת המקרים המפורטים בכתב האישום, היה צריך להעלות טענה זו במסגרת חקירתה הנגדית של המתלוננת, או, למצער, בעת הסיכומים. דא עקא, שטענה זו לא הועלתה בפני בית משפט קמא, והועלתה לראשונה בפנינו במסגרת הערעור.

משציינה המתלוננת 9 מקרים והעידה בפירוט על רובו של כתב האישום, איני רואה מקום להתערב בהרשעה. בין כך ובין כך גם אם הרשעתו של המערער הייתה בגין שבעה מקרים בלבד, דעתי היא כי העונש שהוטל עליו הולם ואף מקל במידת מה, כך שהדבר לא היה מוביל לכל שינוי בגזר הדין.

36. על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור על הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

37. למערער טענות רבות על חומרת גזר הדין שנגזר עליו, 4 שנות מאסר בפועל. לטענת בא-כוחו, לא ניתן משקל מספק לשיקולים העומדים לקולא: נסיבותיו האישיות של המערער ומצבו הנפשי. קונקרטי, כוונתו היא לתסמונת הפוסט-טראומטית שממנה, כך על-פי בא-כוח המערער, סובל המערער כתוצאה מתאונת דרכים שבה היה מעורב בשנת 1990 ואשר במסגרתה נהרגו שניים מבני משפחתו המורחבת. בעקבותיה, כך נטען, הוא מקבל טיפול פסיכיאטרי וקצבת נכות מהביטוח הלאומי. שנית, היה מקום ליתן משקל גם לכך שהוא אב לילד כבן חמש הסובל מבעיות שונות.

38. אין בידי לקבל טענות אלה. בית המשפט עמד על החומרה היתרה של מעשיו של המערער, אשר היוו מסקנת מקרים שהתפרסה על פני כשלושה חודשים וגרמו לפגיעה קשה במתלוננת, כפי שעלה מתסקיר קרבן העבירה. עם זאת, בית המשפט לא מיצה את הדין והתחשב בנסיבותיו האישיות של המערער, במצבו הנפשי ובטיב המעשים המיניים שבהם הורשע. בשקלולם של אלה, הועמד רכיב המאסר בפועל על ארבע שנים. בניגוד לטענת המערער, אין מדובר בעונש חריג והוא עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה במקרים דומים שכללו מעשים מרובים (ראו, למשל: ע"פ 1864/12 פלוני נ' מדינת ישראל (23.1.2013) שבו נגזרו 53 חודשי מאסר; ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל (24.1.2013) שבו נגזרו 5 שנות מאסר). מדובר במקרה חמור, שבו ניצל המערער את העדרה של בת זוגו מביתה, כדי לבצע מעשים מיניים בבתה. העובדה שהמתלוננת סובלת ממוגבלות קוגניטיבית מסוימת מחזקת עוד יותר את מידת החומרה שיש לייחס למעשים. ריבויים של מעשים אלה, לצד השימוש בכוח במהלך שלושה מהם, מעידים אף הם על חומרת המעשים.

39. אציע לחברי לדחות את הערעור על שני ראשיו, הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

השופט ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, ב' באדר א, התשע"ד (2.2.2014).