

ע"פ 8325/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים
ע"פ 8325/15

לפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט
המחוזי בירושלים מיום 21.9.2015 ומיום 26.10.2015
בתפ"ח 6287-12-13 שניתנו על ידי כבוד השופטים י'
צבן - סג"נ, ר' כרמל ור' פרידמן-פלדמן

תאריך הישיבה: כ"ב בחשון התשע"ז (23.11.2016)

בשם המערער: עו"ד דוד ברהום
בשם המשיבה: עו"ד אופיר טישלר

פסק-דין
*

השופט י' עמית:

המערער, יליד 1993, הורשע בשני מעשי אינוס שביצע באחותו המוגבלת בנפשה ובשכלה (להלן: המתלוננת) ונגזרו עליו 7 שנות מאסר בפועל. הערעור שבפנינו נסב על הכרעת הדין ולחילופין על גזר הדין.

כתב האישום ותמצית ההליך בפני בית המשפט המחוזי

1. המתלוננת היא נערה ילידת 1997 ולה אחות גדולה ושני אחים, אחד מהם הוא המערער המבוגר ממנה בארבע

עמוד 1

שנים, והאח הנוסף צעיר ממנה בשבע שנים. בתקופה הרלוונטית שהתה המתלוננת בפנימייה ממנה יצאה לביקורים בביתה, לסופי שבוע אחת לשבועיים. כפי שעולה מאבחון שנעשה בשעתו למתלוננת, היא סובלת מפיגור קל (TIQ 59), ומקשיים רגשיים עמוקים (להלן: האבחון הפסיכולוגי). על פי אבחון פסיכיאטרי שנעשה לה (להלן: האבחון הפסיכיאטרי), היא סובלת גם מהפרעה סכיזופרנית דו-קוטבית.

2. כתב האישום מתאר שני אירועי אונס, בהפרש של שנה האחד מן השני. האירוע הראשון (בו עוסק האישום השני בכתב האישום) התרחש ביום 1.11.2012 בערב, כאשר הוריהם של המתלוננת והמערער שהו מחוץ לבית המשפחה (להלן: האירוע הראשון). עת שכבה המתלוננת במיטתה, נכנס המערער והחל מלטף את החזה של המתלוננת, מעל ומתחת לבגד. לאחר מכן נשכב המערער על גופה של המתלוננת, מנע ממנה לצעוק, ואמר לה שהיא כמו חברתו, שהוא אוהב אותה ושלא תספר על האירוע. אחר כך הוריד המערער את בגדיה של המתלוננת והכניס את איבר מינו לאיבר מינה, על אף אמירותיה שהמעשים כואבים לה ובקשותיה שיפסיק.

3. אירוע האונס השני (בו עוסק האישום הראשון) התרחש כשנה לאחר האירוע הראשון, ביום שבת, 9.11.2013, שוב בבית המשפחה כשהורים לא היו בבית (להלן: האירוע השני). בעוד המתלוננת ישנה במיטתה בחולצה ובתחתונים נכנס המערער לחדרה כשהוא עירום והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה תוך שהמתלוננת מפצירה בו שיחדל.

4. עבירות האיומים - כשבועיים לאחר מועד האונס הראשון התקשר המערער אל המתלוננת ואמר לה: "תחשבי טוב טוב אם את באה לבית כי אם תבואי לא תמצאי את החיים שלך" (להלן: עבירת האיומים הראשונה). ביום 30.11.2012 התקשר המערער אל טליה, רכזת המשפחתון בפנימייה, ואמר לה "אם אתם לא מחזירים את אחות שלי הביתה אני בא ודוקר את כולכם... אני אפתח לכם את הפנים ואבוא לדקור אותכם" (להלן: עבירת האיומים השנייה).

5. בית משפט קמא קיבל תיאור זה של הדברים, ובהתבסס על חומר הראיות שיתואר להלן מצא את המערער אשם בכל המיוחס לו והרשיע אותו בגין שני מעשי האונס בעבירותלפי סעיף 351(א) בצירוף סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). כן הורשע המערער בשתי עבירות של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין. המערער הואשם אף בעבירה של מעשים מגונים במשפחה לפי סעיף 351(ג)(2) בצירוף סעיף 348(ב) בנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, אך בית המשפט זיכה אותו מעבירה זו.

6. מספר חודשים לאחר שניתנה הכרעת הדין וטרם מתן גזר הדין הובאה המתלוננת לעדות נוספת, לאחר ששינתה את גרסתה וטענה כי המערער חף מפשע וכי בדתה את הדברים. על עדות זו ועל נסיבותיה המיוחדות נעמוד בהמשך, אך נציין כבר עתה שבית משפט קמא (החלטה מיום 21.9.2015) מצא אותה נטולת היגיון ומלאת סתירות ביחס לחומר הראיות, והותיר אפוא את הרשעת המערער על כנה.

אסקור להלן את הראיות העיקריות שעמדו בפני בית משפט קמא.

חקירות המתלוננת בפני חוקרת מיוחדת ועדותה בבית המשפט

7. המתלוננת נחקרה פעמיים בפני קרן לונדון, חוקרת ילדים ובעלי מוגבלויות (להלן: החוקרת המיוחדת או החוקרת). בפעם הראשונה ביום 21.11.2012 (כשלושה שבועות לאחר אירוע האונס הראשון), ובשנייה ביום 17.11.2013 (כשבוע לאחר אירוע האונס השני). בתחילת חקירתה הראשונה סיפרה המתלוננת שהוריה יצאו לחתונה ביום חמישי (תאריך 1.11.2012) והיא נותרה עם המערער בבית, כשזה החל "לגעת בה בכל מקום". היא הוסיפה שהיא פנתה לעטרה (עובדת סוציאלית שעל עדותה נעמוד בהמשך) והיא מבקשת גם מהחוקרת המיוחדת שתעזור לה, שכן בשל חששה מאחיה היא נמנעת מלצאת לבית המשפחה בסוף השבוע. זאת, על אף שלדבריה לא מגיע לה עונש. המשך החקירה הוקדש לניסיונותיה של החוקרת המיוחדת להבין מהמתלוננת את שהתרחש, ניסיונות שהניבו פרי אט-אט. תחילה הסבירה המתלוננת שרק היא והמערער נותרו בבית ושהוא נגע לה בכל הגוף. המתלוננת הזכירה באופן ספציפי "בציצים", "בגב", "ברגל", אך הבהירה - בכל מקום חוץ מ"הקדוש" (הבהרה עליה תחזור פעם נוספת בהמשך החקירה). המתלוננת סיפרה שצרחתה שכואב לה ואמרה שלא נעים לה, אך המערער השתיק אותה והמשיך.

ההתרחשות החלה בזמן שישנה במיטה, כאשר לפתע העיר אותה המערער, מנע ממנה לצאת מן החדר ונשכב מעליה. לדברי המתלוננת המערער אמר לה במהלך האירוע שהוא אוהב אותה, שהיא כמו החברה שלו, כמו הידידה שלו, כמו אחותו. עוד סיפרה המתלוננת שהמערער התקשר אליה לפנימייה מספר ימים לאחר האירוע ואמר לה: "תקשיבי טוב טוב, אם את תבואי לבית שלנו, של ההורים שלי, את לא תמצאי בכלל בכלל את החיים שלך" והוסיפה שהדבר הפחיד אותה ולכן בחרה שלא לחזור באותה שבת לביתה (על שיחה זו מבוסס האישום בעבירת האיומים הראשונה). כאשר החוקרת שאלה את המתלוננת אם אחיהם הצעיר היה בבית במהלך האירועים המתלוננת השיבה בשלילה, אך לאחר מספר שאלות נוספות בנושא אישרה שהאח נכח בעת האירוע ונחשף אליו. כשנשאלה המתלוננת מה ראה אחיה הקטן, ענתה שהוא ראה הכול - כיצד המערער "עשה לה במקום הקדוש", כיצד אמרה לו שיפסיק ושזה לא נעים לה, וכיצד הוא המשיך. המתלוננת סיפרה שהמערער נגע לה במקום הקדוש ושעשה לה משהו לא צנוע, וכן שנגע לה במקום הקדוש עם היד ועם כל הגוף. כאשר החוקרת ביקשה להתעמק בנושא סיפרה המתלוננת שהמערער נגע לה במקום הקדוש עם "הקדוש שלו", ושהדבר כאב לה "בתוך" וכן שלא ירד לה דם. כשנשאלה האם יש לה ניסיון עם מישהו אחר "עם המקום הקדוש" ענתה המתלוננת "חס וחלילה, שאף אחד לא יגע. חס וחלילה". וכאשר נשאלה מה יקרה אם ישאלו את המערער והוא יאמר ששניהם רצו לעשות את זה השיבה "אז אני אגיד את האמת שלא". במהלך החקירה ציינה המתלוננת שהמערער מרביץ ומתחצף להוריו ודורש מהם כסף.

8. כאמור, חקירתה השנייה של המתלוננת התקיימה כשבוע לאחר אירוע האונס השני. החקירה נפתחה בגילויי תסכול מצידה של המתלוננת על כך שדבר לא נעשה כדי לסייע לה מאז האירוע הראשון: "אתם לא עושים כלום. אני לא אספר את האמת, אני סיפרתי לכם את האמת ולא עשיתם כלום אז בשביל מה אני באתי לפה? [...]. מה עשיתם בזה? כלום לא עשיתם בזה. נכון? [...]. אין לי בעיה להגיד לך מה הוא נגע בי [...]. לא באתי לפה בשביל... יומיים שלושה ימים להשאיר אותו ואז להחזיר אותו לבית". [במאמר מוסגר: המערער נעצר בעקבות האירוע הראשון אך שוחרר כעבור שלושה ימים ולא הוגש כנגדו כתב אישום - י"ע].

תלונותיה של המתלוננת נמשכו משך דקות ארוכות, ולבסוף הצליחה החוקרת המיוחדת להרגיעה ועודדה אותה לספר מה קרה. המתלוננת הסבירה שקרה אותו הדבר כמו בשנה שעברה. המשפחה יצאה במהלך יום השבת מהבית והיא נותרה לבדה עם המערער כשזה ביצע בה מעשים שאינם צנועים. לאחר שהחוקרת ביקשה כי המתלוננת תפרט, ורק לאחר שהמתלוננת ביקשה ממוריה (העובדת הסוציאלית בפנימייה בה שהתה המתלוננת) לצאת מהחדר, היא החלה לספר את שאירע: המערער נכנס לחדר כשהמתלוננת ישנה במיטה, הוריד את בגדיו ובמילותיה "זיין אותה". המתלוננת הסבירה שהוא הכניס את האיבר שלו אליה והדבר הכאיב לה, וכשצעקה השתיק אותה. כאשר שאלה

החוקרת האם המתלוננת מתכוונת שהמערער הכניס את האיבר שלו לאיבר שלה למטה ענתה המתלוננת בחיוב, ובהמשך הסבירה שכאב לה בתוך ושחשה כאב עז בבטנה. לאחר שהוא סיים המתלוננת יצאה מהחדר והלכה לסלון לראות טלוויזיה. כאשר נשאלה מה יגיד המערער אם ישאלו אותו, השיבה כי הוא יכול להכחיש ולהגיד שהיה שיכור, אבל הוא לא היה שיכור. לדבריה, היא לא סיפרה לאף אחד על שקרה עד המשך השבוע, כיוון שחירתה למוריה, העובדת הסוציאלית בפנימייה, שהגיעה רק ביום חמישי מאחר ש"היא הרי היחידה שתעזור לי". כששאלה החוקרת מה הייתה רוצה שיקרה עם המידע, ענתה המתלוננת שברצונה שהמערער יישאר בבית והיא תישאר בפנימייה, שם ישמרו עליה והוריה יבואו לבקרה.

9. עדותה של המתלוננת בבית המשפט התנהלה לבקשת החוקרת המיוחדת כך שהמותב ישב ללא גלימות והמערער שהה במקום אחר בבית המשפט, משם צפה בדיון באמצעות מסך. גביית העדות מפי המתלוננת הייתה משימה מורכבת ביותר ונדרשו שאלות מדריכות רבות וריענוני זיכרון על מנת לייצר רצף התרחשויות קוהרנטי באופן יחסי. חקירתה הנגדית של המתלוננת הייתה בעייתית שכן התעייפה מהמעמד והפכה חסרת סבלנות. נביא להלן את תמונת שני האירועים כפי שניתן לחלץ מדבריה של המתלוננת בעדותה. חקירתה הראשית של המתלוננת החלה בשאלות הנוגעות לאירוע האונס השני, ולאחר מכן נשאלה המתלוננת על האירוע הראשון. נביא את תוכן העדות בהתאם לסדר זה.

10. המתלוננת העידה שהלכה לישון בחדר הוריה לאחר שאלה יצאו, ובבית נותר המערער בלבד. היא התעוררה כשנכנס המערער לחדר וביקשה לצאת, אך המערער לא אפשר זאת. תחילה סיפרה המתלוננת שהמערער ניסה לפגוע בה, ובהמשך הסבירה שעשה לה "דברים לא צנועים". כשהתבקשה לפרט בנושא השיבה כי המערער אנס אותה. על פני שורות ארוכות של פרוטוקול, לא הבהירה המתלוננת כיצד היא מבינה את המונח "אונס" ולא נידבה פרטים נוספים. אך בהמשך, בהדרגה, סיפרה שמעשיו של המערער גרמו לה לכאב בחלק התחתון של גופה ואמרה שאינה יכולה להראות חלק זה בגופה. רק לאחר שאלה מדריכה האם כוונתה למקום אותו כינתה "המקום הקדוש", אישרה שכן הדבר. בהמשך אישרה כי המקום אליו המערער "הכניס לה" הוא המקום ממנו עושים פיפי ומאוחר יותר אמרה כי לשם הוא הכניס את האיבר. עוד סיפרה שלאחר שהמערער הפסיק היא עזבה את החדר ועברה למטבח.

11. באשר לאירוע הראשון, המתלוננת העידה שבאותו מועד נשארו היא והמערער לבד בביתם, והמערער נשכב עליה שעה ששכבה על הספה בסלון לבושה בבגדים. כשנשאלה מה עשה לה המערער השיבה "מה הוא עשה לי? אנס אותי". באת כוח המשיבה ניסתה לחלץ מפיה מה היה סדר האירועים, וכיצד המערער יכול היה לאנוס אותה בעודה בבגדיה, אך המתלוננת אמרה שקשה לה ואינה יכולה לספר. לאחר ריענון זיכרונה מחקירתה עם החוקרת המיוחדת אישרה המתלוננת שהאירוע החל בחדרה, כשהיא עצמה ישנה ולבושה פיג'מה, וכי התעוררה כאשר המערער נכנס. בהמשך אמרה שהמערער אנס אותה, וכשנתבקשה לפרט אמרה שהכניס את האיבר שלו לאיבר שלה, אך זאת רק לאחר שנשאלה "מה קרה עם הקדושים?". המתלוננת סיפרה שביקשה מהמערער שיעזוב אותה, והוסיפה שלאחר שהמערער "עשה את זה" הוא עזב אותה. עוד רוענן זיכרונה בנוגע לאמירתו של המערער שהוא אוהב אותה ושהיא כמו חברתו, והיא אישרה שהדברים אכן נאמרו. לבסוף ריעננה באת כוח המשיבה את זיכרונה של המתלוננת לגבי תוכן האיום שאיים עליה המערער והיא אישרה שאכן כך נאמר. בית המשפט ציין לפרוטוקול במהלך חלק זה של העדות את התרשמותו מהמתלוננת: "העדה שותקת רוב הזמן אבל נכון לומר שהעיניים שלה מדברות, עיניים מעט מצועפות, כואבות, לעיתים נראות אבודות".

12. בחקירתה הנגדית הסבירה המתלוננת שאם אינה לוקחת כדורים "היא משתגעת" והוסיפה שלא היה מקרה בו

לא נטלה את הכדורים, אולם הסכימה שאם לא תיקח את הכדורים היא לא תזכור זאת. כשנשאלה מדוע בחקירתה הראשונה עם החוקרת המיוחדת סיפרה תחילה שהמערער נגע בה ורק לאחר מכן הוסיפה וסיפרה על האונס, הסבירה שבאותה עת פחדה שהדבר יפגע בה, אבל כעת היא חושבת שזה עשוי לעזור. המתלוננת חזרה על עובדת נוכחותו של אחיהם הקטן, שהיה אז בן כ-8 שנים, בזמן האירוע ואת חשיפתו אליו.

ראיות נוספות

13. העדויות הבאות מתייחסות לאירועי שנת 2012:

(-) טליה - העדה היא עובדת סוציאלית שעבדה במשך שלושה שבועות כרכזת במשפחתון בו שהתה המתלוננת במסגרת הפנימייה (הפנימייה מורכבת ממספר משפחתונים שבכל אחד מהם זוג הורים שבביתם שוהות נערות בסיכון). בעדותה סיפרה שבאחד הערבים ישבה עם המתלוננת לפני השינה וזו סיפרה לה שכאשר הוריה נסעו לחתונה היא נותרה בגפה עם אחיה, כשזה הגיע וסגר את הדלת. העדה הוסיפה שהמתלוננת לא סיפרה לה בפירוט על האירוע והיא מצידה העדיפה לא לשאול שכן היא לא האמינה שזה מתפקידה. אולם, המתלוננת הייתה נסערת ובכתה, וסיפרה לה שהמערער עשה לה "דברים לא צנועים" ואמר לה שלא תספר.

העדה היא שקיבלה את שיחת הטלפון מהמערער, בגינה הורשע המערער בעבירת האיומים השנייה. בעדותה סיפרה שהמערער כעס על כך שלא משחררים את המתלוננת לחופשה, וכי במהלך השיחה השתמש בביטויים בנוסח "אני אכסח אתכם", "אני אהרוג אותך" וזכרה יותר במדויק כי אמר ש"יבוא וידקור" אותה. עוד ציינה העדה כי לקראת סוף השיחה נרגע המערער והתנצל, אך היא המשיכה לחוש לחץ בעקבות השיחה, ודיווחה על השיחה למשטרת בית שמש.

(-) עטרה - העדה היא עובדת סוציאלית במשפחתון שבפנימייה. לדבריה, בעקבות שיחה שקיימה עם טליה היא קראה למתלוננת לחדרה, וזו סיפרה לה שאחיה נהג כלפיה באלימות. תיאורה של המתלוננת את שאירע בביתה כלל נגיעות של אחיה במקומות מוצנעים בגופה, כאשר טליה העידה שהמתלוננת בכתה תוך כדי תיאור הדברים. העדה נמנעה מלהיכנס לפרטים שכן הבינה שהאירוע יחקר בהמשך ודיווחה על העניין לפקידת הסעד. עוד סיפרה העדה כי לאחר שהצוות בפנימייה הבטיח למתלוננת שישמור עליה, המתלוננת נרגעה.

(-) אחותם של המערער והמתלוננת - האחות טענה בעדותה שהמתלוננת מעלילה על המערער. העדה לא נמצאה בבית המשפחה עת התרחשו האירועים, וכשנשאלה האם מוכר לה אירוע אחר בו המציאה המתלוננת סיפור השיבה בשלילה.

(-) ד"ר באומן - רופאת נשים שבדקה את המתלוננת בבית החולים בתאריך 27.11.2012, כשלושה שבועות לאחר האירוע הראשון. הבדיקה העלתה שקיימת פגיעה בקרום הבתולים, וכי לא מדובר בפגיעה חדשה. העדה לא יכולה הייתה לקבוע מה גרם לחסר בקרום הבתולים אך בעדותה הבהירה כי החסר נוצר כתוצאה מחדירה של גורם חיצוני לאיבר המין.

14. העדויות הבאות מתייחסות לאירוע האונס בשנת 2013:

(-) מוריה - העדה היא עובדת סוציאלית במשפחתון בו התגוררה המתלוננת, ולדבריה היה לה קשר קרוב עמה והן נהגו לשוחח מדי יום. העדה קראה למתלוננת אליה לאחר שהמדריכה אלירז מסרה לה שהמתלוננת התקשרה אליה במוצאי שבת וסיפרה לה על האירוע. המתלוננת לא הרבתה בפרטים, אך סיפרה שהייתה לבדה בבית כשאחיה נכנס לחדר, הפשיט אותה ואנס אותה. לדברי העדה, לאחר האירוע חלה החמרה של ממש במצבה הנפשי של המתלוננת, שהתבטאה בחוסר גבולות ובסימנים אובדניים כמו נטילת סכינים מהמטבח, אמירות אובדניות, ובכך שהמתלוננת השליכה עצמה לעבר הכביש.

(-) אלירז - העדה היא בת שירות שעבדה כמדריכה במשפחתון. לדבריה, קשריה עם המתלוננת היו טובים וזו שיתפה אותה בקשייה. הקשר חרג משעות פעילות הפנימייה וכאשר המתלוננת שהתה בביתה היא נהגה להתקשר פעמים רבות לעדה. העדה סיפרה כי ביום שבת בתאריך 9.11.2013 התקשרה אליה המתלוננת מספר פעמים אך היא לא ענתה, וכאשר ענתה בסופו של דבר החלה המתלוננת לבכות ואמרה שאירע דבר מאוד עצוב בבית. לאחר שביקשה ממנה להרחיב, המתלוננת סיפרה שאחיה פגע בה בזמן שהוריה היו מחוץ לבית ופירטה שהוא לקח אותה למיטה, פשט את בגדיה ו"נכנס בה". לדברי העדה, היא ידעה משיחות קודמות עם המתלוננת שהמערער פגע בה בעבר, אך זו הייתה הפעם הראשונה בה המתלוננת סיפרה שהמערער פגע בה באופן זה. עוד הוסיפה העדה שלאחר השיחה הייתה למתלוננת ירידה משמעותית בתפקוד.

15. עדויות נוספות:

(-) החוקרת המיוחדת - כשנשאלה החוקרת לגבי חקירתה את המתלוננת בעקבות אירוע האונס הראשון, הסבירה שלדעתה המתלוננת הזכירה את "המקום הקדוש" רק בסוף החקירה, כיוון שהייתה צריכה לעבור הליך של חשיפה הדרגתית עד שתחוש בנוח. העדה הוסיפה שלהערכתה נכון למועד החקירה השנייה המתלוננת לא ערבבה בין האירועים. עוד ציינה, שכחלק מהחקירות "מעמתיים" את הנחקר עם האפשרות שגרסתו תעורר התנגדות, והמתלוננת הגיבה לכך בצורה עקבית וברורה.

(-) גב' מישר - הפסיכולוגית שערכה למתלוננת את האבחון הפסיכולוגי בשנת 2010. העדה הסבירה כי בחלוף ארבע שנים ממועד עריכת האבחון הוא כבר אינו תקף. עוד אמרה שהאבחון נערך באופן חלקי ושאינו מותאם לבעלי פיגור שכלי.

(-) ד"ר וייסברג - הפסיכיאטר שטיפל במתלוננת מאז שנת 2011 ועד מועד המשפט, והוא שערך את האבחון הפסיכיאטרי בשנת 2013. בתשובה לשאלות שנשאל השיב כי בעבר אירע שהמתלוננת סיפרה לו פרט שאינו נכון, וכי אין ביטחון מלא בכך שדבריה של המתלוננת הם תמיד אמת. עם זאת, הבהיר שהמתלוננת "מעולם לא תיארה משהו ברמה כזו ובפירוט כזה כל כך הרבה פעמים, כמו במקרה הזה".

חקירות המערער במשטרה ועדותו בבית המשפט

16. המערער נחקר פעמיים במשטרה, לאחר כל אחד מהאירועים. בחקירותיו הכחיש את אירועי האונס מכל וכל והביע תמיהה לגבי ההאשמות המופנות כלפיו. המערער טען שהוא אוהב את המתלוננת ושהוא לא יפגע בה באופן שתואר. בשתי החקירות אף הכחיש שהוא נמצא ביחידות עם המתלוננת כשזו מגיעה לחופשה בבית. המערער חזר וביקש שיפנו לאביו, שיאשר שדבר שכזה אינו יכול להתרחש, וביקש מספר פעמים שהחוקר יערוך את כל הבדיקות האפשריות על מנת שיוכל להוכיח שמדובר בשקרים. המערער הכחיש שאיים על אחותו, והסביר כי התקשר לטליה מאחר שהוריו דאגו למתלוננת שלא הגיעה הביתה מזה חודש. לטענתו הוא איים בתביעה בלבד ולא בפגיעה בגוף, ובהמשך השיחה אף התנצל.

על גרסתו זו חזר המערער בעדותו. המערער הסביר שלעולם אינו נשאר לבד עם המתלוננת בבית שכן איתם נמצאים בני משפחה אחרים. עוד אמר כי מעולם לא נגע באחותו ושכלל הקשיים שלה הוא מנסה לעזור לה, וכן שהיא בעייתית מגיל צעיר. כשהתבקש להסביר האם הוא יכול לחשוב על סיבה שהמתלוננת תעליל עליו השיב בשלילה.

ראיות נוספות מטעם המערער

17. המערער הגיש דו"ח של ועדת תכנון, טיפול והערכה במשרד הרווחה ובו מתועדים דברי הוריו על כך שהם משנים את מינון התרופות של המתלוננת על דעת עצמם ונותנים לה רק כדור אחד. כן הוגשו מסמכים המסכמים שלושה אשפוזים של המתלוננת במרכז לבריאות הנפש על רקע בעיות התנהגותיות. מסמך נוסף שהוגש הוא דיווח של עטרה מיום 6.11.2012, מספר ימים לאחר אירוע האונס הראשון, בו נכתב כי המתלוננת סיפרה לה שבזמן שהוריה יצאו לחתונה נשאר היא, המערער ואחיהם הקטן בבית. המערער היכה אותה בכל חלקי גופה ואיים עליה בסכין שאם תספר על כך להורים ירצח אותה. כששאלה את המתלוננת האם זו הפעם הראשונה שהדבר קורה, נענתה שמדובר בפעם השלישית. למסמך זה אתייחס בהמשך.

הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי

18. נדבך מרכזי בחומר הראיות הוא עדותה של המתלוננת במשפט. בבואו להעריך עדות זו התייחס בית משפט קמא לזהירות הרבה אותה יש לנקוט בעת בחינת עדותו של עד הלוקה בנפשו או בשכלו. בית המשפט העביר את עדותה של המתלוננת בכור ההיתוך של שלושת המבחנים שנקבעו בע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 266 (1986) (להלן: עניין ברדה), והתרשם שעדותה מהימנה ואמינה. בית המשפט תיאר בהכרעת הדין את כאבה של המתלוננת ואת קשייה אשר ניכרו במהלך עדותה, וקבע שהמתלוננת הצליחה לתאר בעדותה שני אירועים נפרדים. זאת, על אף ריענוני הזיכרון והשאלות המדריכות הרבות שנדרשו. נקבע כי חוסר הרצף, שתיקות המתלוננת, היעדר דיוק ואף חוסר בהירות במקרים מסוימים - כל אלה אינם גורעים מאמינות גרסתה נוכח קשייה הנפשיים והשכליים. חקירותיה של המתלוננת בפני החוקרת המיוחדת, בצירוף עדותה, הבהירו לבית המשפט שהמתלוננת מסוגלת לתאר את האירועים כהווייתם ובאופן משכנע. בית המשפט עמד על כך שהאבחון הפסיכולוגי שנעשה למתלוננת בשנת 2010, בו נמצא כי היא מתקשה בהבנת המציאות, אינו מכרסם בעדותה. בית המשפט הצביע על חיזוקים חיצוניים לעדותה של המתלוננת - הפגיעה בקרום הבתולים, שאמנם אינה מלמדת על מקור הפגיעה אך מבהירה שפגיעה כזו אכן קרתה; שיחותיה של המתלוננת עם סגל הפנימייה, הן לאחר האירוע הראשון והן לאחר האירוע השני; ועדותה של העובדת הסוציאלית מוריה על אודות החמרה משמעותית במצבה הנפשי של המתלוננת. מנגד, גרסת המערער נועדה להרחיק עצמו מן האירוע

באופן מתחמק ומעורר תהיות. לאור כל אלה מצא בית המשפט להרשיע את המערער בשתי עבירות האינוס.

לגבי עבירות האימום, בית המשפט מצא את עדותן של המתלוננת ושל טליה מהימנות ואמינות. לפיכך, הרשיע בית המשפט את המערער גם בשתי עבירות אלה.

העדות המאוחרת של המתלוננת

19. עדות זו ניתנה לאחר הכרעת הדין, בעקבות התבטאויות של המתלוננת לפיהן המערער אינו אשם ולא עשה לה דבר (להלן: העדות המאוחרת). בית משפט קמא התיר להשיב את המתלוננת לדוכן העדים בהתאם לסעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982, המאפשר לבית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד לאחר שהצדדים סיימו את הבאת ראיותיהם. סמכות זו נתפרשה בפסיקה כמשתרעת גם על השלב שבו כבר ניתנה הכרעת-דין, ובטרם ניתן גזר-הדין (ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249 (2001)).

20. המתלוננת העידה כי בשנה שחלפה מאז נמסרה עדותה, היא עזבה את הפנימייה ועברה להתגורר בבית הוריה. לדבריה, עזבה את הפנימייה כאשר מנהל הפנימייה סיפר לה שהמערער "הולך לבית הכלא", שכן ידעה שלא עשה כלום. עוד התברר שהמתלוננת נסעה עם אביה לאתיופיה למשך חודש וחצי לשם קבלת "טיפול אלטרנטיבי" כדבריה, שלאחריו "חזרתי לעצמי. לפני לא הייתי יודעת מה אני מדברת. עכשיו אני יודעת מה אני מדברת". לאחר הנסיעה שבה לפנימייה, שם שמעה על הרשעתו של המערער ובחרה לעזוב. המתלוננת הסבירה שעדותה הקודמת ניתנה תחת השפעת כדורים ושהיא לא ידעה מה היא אומרת. לאורך העדות הכחישה המתלוננת באופן נחרץ את האפשרות שהמערער נגע או פגע בה בדרך כלשהי. בתשובה לשאלות בא כוח המערער הבהירה שהשינוי בגרסתה אינו נובע מפנייה או דרישה של מי מבני משפחתה. עוד טענה שאת דבריה הקודמים אמרה בשל לחץ מצד מוריה העובדת הסוציאלית ומדריכה אחרת (שאת זהותה לא זכרה) אשר אמרו לה מה להגיד. בהמשך, ובתשובה לשאלת בא כוח המערער הסבירה שנגע בה אדם אחר שאינו אחיה, מישהו שמתגורר בשכונה שנכנס לבית בכוח ופגע בה. לדבריה, אותו אדם נכנס לבית כאשר אף אחד אחר לא נכח ואמר לה שבא לשחק, ואז החל לגעת בה. כל זה התרחש בחדר ההורים. היא ציינה שדמותו מוכרת לה, שהוא בן 19 או 20 ושיתכן שתוכל לזהותו שכן היא רואה אותו לעיתים. עוד אישרה המתלוננת שיתכן שבלבלה בעדות הקודמת בין המערער לבין אותו אדם.

החלטת בית המשפט המחוזי בעקבות שמיעת העדות המאוחרת

21. בהחלטתו בעניין העדות המאוחרת קבע בית המשפט שעדות זו מעלה תהיות וסימני שאלה כה משמעותיים עד שלא ניתן לקבלה. ראשית, קיים חוסר היגיון מובנה בכך שלטענת המתלוננת טעותה נוגעת אך לזהות העושה ולא למעשה עצמו. לטענתה, בהשפעת הכדורים אותם נטלה סיפרה שהמערער אנס אותה, אך לאחר ה"טיפול האלטרנטיבי" היא יודעת שהמערער לא עשה זאת, ובכלל מדובר באחר. קושי נוסף נעוץ בכך שהמתלוננת טענה שמדריכות הפנימייה הן שהכתיבו לה את הדברים, טענה שאין לה כל בסיס לאור עדותן הבהירה של המדריכות והעובדות הסוציאליות. מעבר לכך, המתלוננת אף התכחשה לשיחתה עם בת השירות אליז. המתלוננת היא שסיפרה להן על האירועים מיוזמתה שלה, כך שלא היה בסיס לטענה שהופעל עליה לחץ או שהדברים הושמו בפיה. בית המשפט הצביע על כך שבתחילת חקירתה השנייה של המתלוננת בפני החוקרת המיוחדת היא הביעה תסכול רב מכך שלא נעשה דבר

על מנת לסייע לה לאחר חקירתה הראשונה. בית המשפט ראה את התנהגותה זו של המתלוננת כאותנטית וכתומכת בגרסתה הראשונה. לבסוף, קבע בית המשפט שהמתלוננת לא ידעה להסביר מדוע סיפרה שהמערער ביצע בה את המעשים ולא ידעה להסביר הכיצד בפרק הזמן של חודשיים בין שובה מאתיופיה ועד חזרתה לפנימייה לא סיפרה לאיש שאדם אחר הוא שפגע בה. לפיכך, בית המשפט דחה את הגרסה החדשה והותיר את הרשעת המערער על כנה.

גזר הדין

22. בית המשפט עמד על כך שעבירות מין המבוצעות בקטינים על ידי בני משפחתם פוגעות לא רק באוטונומיה של הקורבן ובזכותה על גופה ונפשה, אלא גם בביטחונה של הקורבן בביתה-מבצרה. הפגיעה מתעצמת נוכח זהות התוקף אשר אמור להוות מקור תמיכה, ועל אחת כמה וכמה כאשר הקורבן סובלת ממוגבלות נפשית ושכלית. עוד הזכיר בית המשפט כי בעבירות מין המבוצעות בקטינים יש ליתן משקל בכורה לשיקולי גמול והרתעה ולהעדיף על פני נסיבות אישיות. מעשיו של המערער מגלמים את מלוא האכזריות וההשפלה הטמונים במעשה האונס של קטין חסר ישע במשפחה. עוד ראה בית המשפט בחומרה את האיום שאיים המערער על המתלוננת וכן את האיום שאיים על טליה, שכל חפצה היה למלא תפקידה במסירות.

23. בית משפט קמא סקר את נסיבותיו האישיות של המערער. הלה סיים 12 שנות לימוד ולא התגייס לצבא בשל אי-התאמה. במועד גזר הדין שהה המערער כ-10 חודשים במעצר בית מלא בכפר הנוער בו גם סיים את חוק לימודיו. מתסקיר שירות המבחן עולה שלמערער ידיעה חלקית של קרוא וכתוב, בעיות התנהגותיות במסגרות הלימודיות וקשיי עלייה (המשפחה עלתה ארצה בשנת 2005 מאתיופיה). עוד פורט בתסקיר שהמערער אינו לוקח אחריות על המעשים בהם הורשע ורואה עצמו קורבן. שירות המבחן התרשם מקווים אלימים, אימפולסיביים ואנטי-סוציאליים באישיותו של המערער אך ציין שאין בהתנהגותו מאפיינים עבריינים מושרשים. הומלץ בסופו של התסקיר על ענישה מוחשית ומציבת גבולות.

בדו"ח להערכת מסוכנות נקבע שמסוכנותו של המערער היא בינונית-נמוכה.

24. בית המשפט העמיד את מתחם הענישה הכולל של האירועים על 6-10 שנות מאסר והשית על המערער 7 שנות מאסר בפועל, בניכוי תקופת מעצרו, ומאסר על תנאי ל-12 חודשים אם יעבור עבירת פשע בתוך 3 שנים מיום שחרורו.

על הכרעת הדין ולחילופין, על גזר הדין נסב הערעור.

עיקרי טענות המערער

25. לגישת המערער טעה בית המשפט בהערכתו את עדותה הראשונה של המתלוננת לאור סתירות בגרסתה והיותה מופרכת, על אחת כמה וכמה בהינתן חזרתה מגרסתה בעדותה המאוחרת. נטען כי בחקירתה הנגדית המתלוננת לא ענתה על הרבה מן השאלות שנשאלה ולכן אין לקבל את עדותה. הקשיים שבקבלת הגרסה המקורית נובעים גם

ממצבה הנפשי והשכלי של המתלוננת, שלדעת המערער לא ניתן להם המשקל הראוי. המערער הצביע על האבחון הפסיכולוגי שנערך למתלוננת ולפיו היא סובלת מחסך סביבתי-תרבותי נרחב, אינה פנויה ללמידה, פרט לעניינים בסיסיים הנדרשים להישרדות יומיומית, והיא חושבת באופן נוקשה ומסיקה מסקנות באופן שרירותי עד כדי עיוותים תפיסתיים. עוד הפנה לאבחון הפסיכיאטרי שנערך למתלוננת בו נקבע שהיא סובלת מבעיות התנהגות ומניתוק מהמציאות, וחווה שינויים קיצוניים במצב הרוח ממאניה עד דפרסיה. כן עלה שם שהמתלוננת לא נטלה את התרופות דרך קבע, והיא נוטה להיכנס לאפיזודות תוקפניות מבחינה פיזית ומילולית.

המערער טען כי הגם שהאבחון הפסיכולוגי שנערך בשנת 2010 מאבד מתוקפו לאחר 4 שנים, האירוע הראשון אירע כשנתיים מעריכתו, והאירוע השני כשנה לאחר מכן. מכאן, שהאבחון תקף לגבי התקופה הרלוונטית של האירועים המיוחסים למערער ולחקירות בפני החוקרת המיוחדת. המערער טען כי הוכח שהמתלוננת טווה עלילות שווא והזכיר שני מקרים בהם בדתה סיפורים: באחד טענה שאביה נמצא באתיופיה אף כי אותה שעה נמצא בארץ, ובמקרה אחר טענה כי אחיה-המערער נהרג במהלך שירותו הצבאי. מכך יש להסיק שהמתלוננת בודה דברים מדמיונה ואין אמת גם בטענותיה כנגד המערער.

26. לגישת המערער יש ליתן משקל לעדותה המאוחרת של המתלוננת ולראות בה את הגרסה הנכונה, ולמצער, יש בעדות זו לעורר ספק סביר באשמתו. לטענתו, היה על בית המשפט לבחון גם את העדות המאוחרת בהתאם למבחן המשולש כפי שנקבע בעניין ברדה, ודווקא בעדות זו, בניגוד לעדותה הראשונה בפני בית המשפט, ענתה המתלוננת באופן רהוט, תוך יישור מבט אל השופטים ומתוך מצב תודעתי משופר. על אף שהיו קשיים בעדות זו, טען המערער, היה על בית המשפט להעניק לה יחס דומה לזה שנתן לעדות הראשונה ולקבוע כי לאור הנסיבות המיוחדות של המתלוננת לא היה בקשיים אלה כדי לפגום בעדותה המאוחרת ובאמינותה.

27. המערער התנגד לקבלת אמרות החוץ של המתלוננת בחקירותיה בפני החוקרת המיוחדת, בהיעדר ראיות לחיזוקן, וטען כי בנסיבות העניין ראוי אף היה לדרוש סיוע ולא להסתפק בחיזוק. בית המשפט ראה בשיחותיה של המתלוננת עם צוות הפנימייה כאינדיקציה למצבה הנפשי הירוד של המתלוננת לאחר האירועים, אך לטענת המערער קיים חומר ראיות לפיו המתלוננת "מצוברחת" באופן תדיר, כך שאין להבחין בין מצב רוחה בשגרה למצב רוחה לאחר שני האירועים. כמו כן, לא היה מקום לקבל את הפגיעה בקרום הבתולים של המתלוננת כראיה לחיזוק, שכן זו אינה קושרת באופן אובייקטיבי את המערער לאירועים.

28. המערער הלן על כשלים בתפקודה של החוקרת המיוחדת. כן הלן על רשויות החקירה והתביעה אשר איבדו את ההודעה שנגבתה מאחיו הקטן, אשר לא ברור אם נכח באירוע הראשון ובין כה האח הכחיש את טענות המתלוננת לגבי אירועי אותו היום. עוד הצביע המערער על שורת סתירות שעלו בעדותה של המתלוננת ושלא קיבלו לטעמו מענה ראוי על ידי בית המשפט.

29. אשר לעבירות האיומים, טען המערער כי אין בחומר הראיות כדי לבסס את האיום כנגד המתלוננת, שגרסתה לגביו נובעת מקשייה הנפשיים והשכליים. לגבי האיום השני נטען כי הגם שהתבטא בבוטות כלפי טליה, הרי שאין מדובר באיום כהגדרתו. זאת, כיוון שהמשיבה התקשתה להוכיח את תוכנה המדויק של השיחה ומאחר שהתנצל בסופה של השיחה, מה שמעורר ספק לגבי היסוד הנפשי הנדרש בעבירת איום.

30. אשר לעונש שהושת עליו, טען המערער כי הפסיקה מקלה בענישה כאשר מדובר בעבירות מין בין אחים, וכי עסקין בשתי פגיעות יחידות ולא בהתעללות מתמשכת. המערער הפנה לנסיבות חייו, להיותו עולה חדש בישראל, לגילו הצעיר ולהיעדר עבר פלילי.

תגובת המשיבה

31. המשיבה סמכה ידיה על הכרעתו של בית משפט קמא. לטענת המערער כי למתלוננת נטיות לבדות סיפורים מליבה, ענתה המשיבה שהמתלוננת מעולם לא תיארה אירוע שלא התרחש באופן מפורט ועקבי כמו במקרה המדובר. הסתירות בעדותה הראשונה של המתלוננת אינן מהותיות, מה גם שמבחינה המהימנות של הלוקה בנפשו או בשכלו שונים מאלה החלים על עדויות רגילות, ובכלל, עדויות של נפגעות עבירות מין במשפחה מועדות יותר לסתירות. בנוסף, הצביעה המשיבה על החיזוקים הרבים לעדות המתלוננת.

המשיבה תמכה בנימוקי בית משפט קמא לדחיית עדותה המאוחרת של המתלוננת, וגרסה כי יש להניח שעדות זו נבעה מהיענותה של המתלוננת ללחצים שהפעילו עליה הוריה. זאת, גם נוכח הנסיבות החשודות האופפות את מתן העדות - שהות של חודש וחצי לבד עם אביה באתיופיה.

דיון והכרעה

עדותה של מתלוננת בעבירת מין

32. עדותה של המתלוננת בפני בית המשפט שימשה כראיה עיקרית בהכרעתו. כפי שבית משפט זה שב ואמר בפסקי דין רבים מספור (וקמץ מאלה ניתן למצוא בהפניות המובאות בפסק דיני בע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פס' 18 (8.9.2011) (להלן: עניין אבשלום)), אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ועובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית.

33. משך שנים רבות הדעה הרווחת בפסיקה הייתה שכוחו של כלל אי ההתערבות יפה במיוחד מקום שמדובר בעדויות של נפגעי עבירות מין, וניתן להצביע על עשרות אם לא מאות פסקי דין שחזרו על הלכה זו. לגישה רווחת זו קמו עוררין, ודומה כי הראשון היה השופט (כתוארו אז) גרוניס, שגרס כי בעבירות מין ראוי שערכאת הערעור "תבחן דווקא בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית" (ההדגשה הוספה - י"ע), וכי אין לקבוע א-פרוורית כלל של התערבות מצומצמת בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סה(2) 482, 540 (2012) (להלן: ע"פ 3250/10)). בגישה זו הביעו תמיכה השופט דנציגר (ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פס' 4 (10.7.2013)), והשופט הנדל (ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פס' 2 (26.7.2012) (להלן: עניין ידען)).

34. כבר עמדתי בעבר על כך שהגישה הראויה לטעמי היא גישת הביניים אשר אינה מוצאת סתירה בין שתי העמדות שהוצגו. עמד על כך גם השופט זילברטל בחוות דעתו בעניין ידען (פס' 22):

"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" (ההדגשות הוספו - י"ע).

תיאור זה מציג כהלכה את מלאכת הבחינה של תיקי עבירות מין על ידי ערכאת הערעור (וראו פסק דיני בע"פ 4487/10 גלילי נ' מדינת ישראל, פס' 13-12 (6.11.2012) וכן בע"פ 3435/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 142 לפסק דיני (8.5.2014) (להלן: ע"פ 3435/13)). עוד נזכיר שענייננו בעדותה של נפגעת עבירת מין, שלאור קשייה הנפשיים והשכליים יש להעבירה דרך המבחן המשולש (עליו נפרט להלן). הווה אומר שבית משפט קמא נדרש לבחינה מדוקדקת של העדות בהתאם למבחנים השונים שנקבעו בנושא, וערכאת הערעור נדרשת לשאלה האם מבחנים אלה הופעלו כהלכה.

35. הרחבתי במקום אחר על אופיין המיוחד של עבירות מין, ובמיוחד של עבירות מין בתוך המשפחה, אשר מתבצעות בדרך כלל בחדרי חדרים ואשר מעורבים בהן יחסי תלות ושליטה, פחד והכחשה, ועל כך שניתן להצביע על "מובלעת ראייתית" ייחודית לעבירות מין בכלל ולעבירות מין במשפחה בפרט. איני רואה לחזור על הדברים והקורא מופנה לאמור שם (ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 83-88 (20.10.2010)).

בנוסף לקשיים ולמאפיינים של עדות מתלוננת בעבירות מין במשפחה, הרי שבענייננו עסקינן בעדות נפגעת עבירת מין שהיא בעלת מוגבלות נפשית ושכלית, ועל כך אעמוד להלן.

עדות נפגעת עבירת מין המוגבלת בנפשה ובשכלה

36. הכול כשרים להעיד. עקרון זה, המעוגן בסעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), חל גם על אדם המוגבל בנפשו או בשכלו, שעדותו קבילה, הגם שיש להתייחס למצבו בעת קביעת משקל העדות (ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(3) 769, 776-777 (1999) (להלן: ע"פ 5339/98)). היותה של המתלוננת בעלת פיגור קל וסובלת מבעיות בתחום הנפשי אינה שוללת כשלעצמה את מהימנותה ואמינותה. בעניין ברדה קבע השופט גולדברג את המבחן המשולש להערכת משקלה של עדות אדם המוגבל בנפשו או בשכלו:

"ראשית, מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד ומן האופן בו הוא מעיד, תוך נתינת הדעת לחוות הדעת הרפואית. שנית, מבחנה הפנימי של העדות. רוצה לומר, בדיקת העדות 'על-פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא באלה סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון' [...]. שלישית, והעיקר, מבחנה של העדות על-פי סימני אמת חיצוניים, 'אשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמיתותה' [...], כשהמבחן האחרון בא לשמש 'שסתום ביטחון' לשני המבחנים הראשונים. שאפילו התרשם בית המשפט לטובה מן העד, ומצא בעדותו היגיון פנימי, עדיין קיים חשש ל'הטעיה', שלא יוסר אלא אם נמצא לעדות אימות מהותי ומשמעותי בראיה חיצונית [...]" (עניין ברדה, בעמ' 270-271).

נציין שהלכה זו נקבעה ביחס לעדות אדם הסובל מלקות נפשית, אך הורחבה בהמשך גם לעדות אדם המוגבל בשכלו (ראו לדוגמה ע"פ 5339/98 וע"פ 7169/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל (5.3.2009)). כן ראו גבריאל הלוי "כשרותו להעיד של הלקוי בנפשו או בשכלו" עלי משפט יב 29 (2016). המחבר מצביע במאמרו, בין היתר, על נפקות ההבחנה בין בעלי ליקוי שכלי לבעלי ליקוי נפשי).

כפי שנאמר בעניין ברדה, בעת החלת המבחן הראשון על בית המשפט לקבוע את ממצאיו תוך התחשבות במוגבלותו השכלית או הנפשית של העד. כך למשל, מתן תשובה על ידי העד רק לאחר שאלות חוזרות ונשנות אינו בהכרח פוגע במהימנותו, שכן התנהגות זו עשויה ללמד אך על קשיי תקשורת הנוגעים לליקויו השכלי. גם בהקשר המבחן השני - הערכת הגיונה הפנימי של העדות - פרמטרים כגון מידת הדייקנות של העד והסתירות הפנימיות בעדותו אינם בהכרח ישימים. בית המשפט נדרש לבחון את העדות באספקלריה של מוגבלות העד שבפניו. המבחן השלישי, של אימות מהותי ומשמעותי בראיה חיצונית אינו מהווה כלל גורף ואחיד שמחייב את בית המשפט להיזקק לתוספת ראייתית מסוג מסוים. אלא, לבית המשפט עומד שיקול הדעת לקבוע מהי עוצמת התוספת הראייתית אותה הוא דורש במקרה הספציפי שלפניו (ע"פ 5339/98, פס' 13-14 לפסק דינה של השופטת דורנר).

מן הכלל אל הפרט - עדותה של המתלוננת

37. כאמור, המערער טען ששגה בית משפט קמא בהערכתו את מהימנותה ואת אמינותה של המתלוננת (להבחנה בין מהימנות לאמינות ראו פסק דינו של השופט טירקל בע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769, 787 (2004); פסק דיני בעניין ע"פ 3435/13 בפס' 84 ו-145, ודבריו של השופט דנציגר שם: "גם אם מדובר במתלוננת אשר אינה מבקשת למסור עדות שקר, המציאות כפי שהיא קולטת אותה עשויה להיות מושפעת מהפרעת האישיות או ממחלת הנפש באופן שאינו תואם את ההתרחשויות בפועל").

ברמת המהימנות טען המערער לסתירות כאלה ואחרות שנמצאו בעדותה של המתלוננת, וכן הזכיר את שתיקותיה הרבות במהלך עדותה ואת העובדה שתשובותיה באו לא אחת בעקבות שאלות מדריכות. מבחינת יכולתה של המתלוננת למסור עדות אמינה הפנה המערער לעדותם של הפסיכולוגית שערכה את האבחון למתלוננת ושל הפסיכיאטר המטפל ומהן עולה חשש כי הדברים שאמרה במסגרת עדותה וחקירותיה הינם פרי עיוותים תפיסתיים מהם היא סובלת.

38. חשש זה עמד בפני בית משפט קמא, שהתייחס לסוגיה זו, ומצא שאין בדברים כדי לפגום במהימנותה ובאמינותה של המתלוננת, שלא הפריזה בתיאור המעשים, והבהירה כי המערער לא הכה אותה וכי לא היו אירועים נוספים מעבר לשני האירועים עליהם התלוננה. על כך שהמתלוננת לא ביקשה להרע לאחיה-המערער, ניתן ללמוד מכך, שכאשר נשאלה על ידי החוקרת לאחר האירוע השני מה הייתה רוצה שיעשו למערער, השיבה שהיא מבקשת להישאר בפנימייה ולא לחזור יותר לביתה, כדי שלא להיפגע שוב מהמערער "אתם תשאירו את אח שלי בבית, שישמח, שהכל. כאילו, שיהיה בבית, ואני אהיה ב(שם הפנימיה) ואני, ישמרו עלי שמה". בית המשפט הצביע על עדות הפסיכיאטר שהסביר שהמתלוננת מעולם לא בדתה סיפור כל כך מפורט, עליו חזרה כה הרבה פעמים. לכך יש להוסיף את הבהרותיה של הפסיכולוגית בעדותה, ולפיה אין לפרש את האמור באבחון כאילו המתלוננת איננה מבינה את המציאות, אלא לאופן הפשטני שבו היא מפרשת את הסביבה בחלוקה של "טוב ורע".

מסקנות אלה של בית המשפט לגבי מהימנותה ואמינותה של המתלוננת מקובלות עלי, לאחר שעדותה נבחנה על פי המבחן המשולש.

39. במבחן הראשון, הוא מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד ומן האופן בו הוא מעיד, התרשם בית משפט קמא מכנותה הרבה של המתלוננת ומקשייה הרגשיים בעת מתן העדות. כפי שפירט בהכרעת דינו:

"שעה שהמתלוננת העידה לפנינו, ניתן היה להתרשם מהתנהלותה באופן ישיר ובלתי אמצעי. אכן היה לה קשה מאוד להעיד ולמסור פרטים, במיוחד בכל הנוגע לאקט המיני. [...] הקושי שעבר עליה בתיאור חוויה קשה זו נשקף על פניה ומעיניה לאורך כל מתן עדותה. [...] בענייננו, נדבר מרכזי הנו עדות המתלוננת לפנינו באופן שיכולנו להתרשם מכאבה, מקשייה, מצורת ההתבטאות שלה, מהחשיפה של פרטים אינטימיים, התרשמות שמוליכה למסקנה כי המתלוננת תיארה את אשר חוותה בשני אירועים נפרדים מאת הנאשם, הוא אחיה" (עמ' 24-25 להכרעת הדין).

בית המשפט מצא אפוא את המתלוננת מהימנה ולא הטיל ספק באותנטיות של תחושותיה.

40. גם את המבחן השני, הוא מבחנה הפנימי של העדות, צלחה עדותה של המתלוננת. בהכרעת הדין מציין בית המשפט כי דבריה של המתלוננת היו לעיתים קרובות תוצאה של שאלות מדריכות וריעונוני זיכרון, אך אלה לא פגעו בהגינות של העדות ובאמינותה:

"חוסר הרצף בשעת מתן העדות, השתיקות, העדר דייקנות מושלמת ואף חוסר הבהירות לגבי שאלות נוכחות האח ב' באירוע האחד, אין בהם לפגום, מקום שמדובר במתלוננת כזו, בעדותה ובאמינותה. פגמים אלה לא גרמו ליצירת תמונת שווא ואינם מייחסים אירועים שנוצרו על ידי אחרים, לנאשם. אין בליקוי ממנו סובלת המתלוננת כדי להשפיע על מסוגלותה הכללית לספר את אשר אירע" (עמ' 26-27 להכרעת הדין).

נקבע כי עלה בידי המתלוננת, על אף קשייה הרבים, לתאר שני אירועים נפרדים, המעוגנים בלוחות זמנים, וברזולוציה מספיקה לשם קבלת גרסתה כמהימנה ואמינה. בית המשפט קיבל אפוא את שני חלקיה של העדות, שכל אחד מהם עסק באירוע אחר, על אף הקשיים הגלומים בהם, כמבססים תיאורים אחידים של האירועים שהתרחשו.

41. אשר לסתירות עליהן הצביע המערער בגרסתה של המתלוננת, הרי שאלו נופלות בתוך "המובלעת הראייתית" האופיינית לנפגעי עבירות מין. פעמים רבות נאמר בפסיקה כי "אין לצפות מאדם כי יזכור פרטי אירוע טראומתי כאילו תיעד אותו בזמן אמת, במיוחד כאשר מדובר בקורבן עבירת מין. לפיכך, השאלה איננה אם קיימים אי דיוקים ואי התאמות בפרטים, אלא אם המקשה כולה היא אמינה [...]". (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, פס' 28 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002); וראו ע"פ 4583/13 סך נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט שהם (21.9.2015) שעסק באופן ספציפי בסתירות בעדותו של קטין נפגע עבירת מין). סתירות בנוסח החדר בו בוצעו המעשים או אם ישנה עם פיג'מה בלי או עם תחתונים, הן מסוג הסתירות שקשה לדרוש מהמתלוננת לדייק בהן, כבעלת מוגבלת שכלית, העומדת על דוכן העדים ונדרשת לתאר פרטים על אודות מעשים לא צנועים שעשה בה אחיה. אעמוד להלן על חלק מהסתירות היותר משמעותיות עליהן הצביע המערער:

(-) שימוש בסכין באירוע הראשון - בדיווח של העובדת הסוציאלית עטרה מיום 6.11.2012, נכתב שכאשר המתלוננת סיפרה על אירוע האונס הראשון היא הזכירה שהמערער היכה אותה בכל חלקי גופה ואיים עליה בסכין שאם תספר על כך להורים ירצח אותה. בהתבסס על דיווח זה, טוען המערער כי קיימת סתירה בכל הנוגע לקיומו של סכין באירוע. אולם, המתלוננת עצמה הבהירה מה הייתה כוונתה לגבי האיום בסכין, וזאת בחקירתה בפני החוקרת המיוחדת. כאשר שאלה החוקרת המיוחדת את המתלוננת על האפשרות שהיא סיפרה לעטרה על סכין, אישרה זאת המתלוננת ותיארה מקרה אחר לחלוטין בו המערער איים על הוריה ודרש מהם כסף כשהוא אוחז סכין בידו. בין כה, המתלוננת לא סיפרה בשום שלב מאוחר יותר כי המערער עשה במהלך איזה מאירועי האונס שימוש בסכין כדי לאיים עליה, והיא אף ביטלה את האפשרות שהדבר התרחש משזו הוצגה לה בחקירה הנגדית. משכך, לא מצאתי שמדובר בסתירה מהותית שאינה ניתנת ליישוב בהסבר פשוט.

(-) האם התרחשו אירועים נוספים שלא דווחו - בדיווח הנ"ל ציינה עטרה ששאלה את המתלוננת אם זוהי הפעם הראשונה וזו ענתה שזו הפעם השלישית. במסמך שערכה עטרה ביום 4.6.2013 (בקיץ שבין האירוע הראשון לשני) עולה שהמתלוננת חזרה מביתה וסיפרה שהמערער עשה לה דברים לא צנועים פעם נוספת. לגבי הדיווח הראשון, עטרה עצמה סיפרה בעדותה שבמהלך הפגישה המתוארת בדיווח המתלוננת הייתה נסערת ביותר, בכתה והתקשתה להתרכז. בכל מקרה, באותה פגישה פירטה המתלוננת רק על אירוע אחד, הוא אירוע האונס הראשון, ועליו חזרה בחקירותיה ובעדותה. היא לא שבה והזכירה שהתרחשו אירועים קודמים ולא מצאתי לפיכך לייחס לאמרה לפיה מדובר במקרה שלישי משקל. לגבי הדיווח השני של עטרה, עוד באותו מסמך היא מציינת שלא ברור האם מדובר באירוע חדש או בשחזור של אירועים קודמים. המסקנה שאין מדובר באירוע נוסף מתחזקת נוכח השאלות המפורשות שנשאלה המתלוננת לגבי מספר האירועים שהתרחשו, עליהן ענתה באופן עקבי שהיו שני אירועים ושאינה זוכרת פעם שלישית.

(-) האפשרות שהאירוע השני הוא בכלל אונס באמצעות אצבעות - ביום 24.3.2014, שבוע לפני עדותה של המתלוננת בפני בית המשפט, נפגשה באת כוח המשיבה עם המתלוננת בפנימייה, בנוכחות העובדת הסוציאלית מוריה. המתלוננת תיארה מקרה, אותו באת כוח המשיבה קישרה עם האירוע השני מנובמבר 2013, בו ישנה במיטה עם פיג'מה וללא תחתונים, כאשר המערער נכנס והחל ללטף את פלג גופה העליון. בהמשך סיפרה שהמערער הכניס את ידו לתוך מכנסיה והחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה. לגבי הפעם האחרת אמרה המתלוננת בפסקנות שבאותו אירוע המערער כן החדיר את איבר מינו לאיבר מינה. הגרסה בדבר החדרת האצבעות לא חזרה מפיה של המתלוננת לא בחקירותיה ולא בעדותה, שנערכה שבוע לאחר מכן. בא כוח המערער אמנם שאל את המתלוננת על האפשרות שהמעשה היה באמצעות אצבעות, אך המתלוננת לא השיבה תשובה ברורה בנושא. בעניין זה אני מעדיף את גרסתה בחקירתה השנייה ובעדות, בה חזרה באופן מפורש על כך שהמערער החדיר את איבר מינו [במאמר מוסגר נציין

שעבירת אינוס חלה על החדרה של "איבר מאיברי הגוף" לאיבר המין של האישה, ואצבעות נכנסות להגדרה זו (סעיף 345(ג) לחוק העונשין).

42. ובחזרה לבחינת העדות לפי המבחן המשולש. המבחן השלישי, הבוחן את סימני האמת החיצוניים של העדות, התקיים גם הוא. בית משפט קמא מצא לעדותה של המתלוננת מספר חיזוקים חיצוניים כפי שתואר לעיל: הפגיעה בקרום הבתולים, שיחותיה של המתלוננת עם צוות הפנימייה בזמן אמת לאחר כל אחד מן האירועים ותיאור ההתדרדרות במצבה הנפשי לאחר האירוע השני. לדידי, די בשיחות המתלוננת עם צוות הפנימייה כדי לבסס את עדות המתלוננת מבחינה חיצונית. שיחות אלה מעגנות את לוח הזמנים העולה מתיאוריה של המתלוננת בחקירות ובעדותה, שכן בסמוך לכל אירוע שיתפה המתלוננת אחרים בחוויות שעברו עליה.

43. המערער הצביע על שני סיפורי בדים אותם בדתה המתלוננת וטען כי בדומה, היא טפלה עליו עלילת שווא. בית משפט קמא היה ער לכך ושלל אפשרות זו, הן לאור התרשמותו הישירה מהמתלוננת והן נוכח עדותו של הפסיכיאטר שליווה את המתלוננת. הלה הסביר שעל אף שלא תמיד ברור אם המתלוננת דוברת אמת, הרי שמעולם לא תיארה חווית תקיפה ברמת הפירוט של שני המקרים המדוברים, ומעולם לא חזרה על תיאורים אלה מספר פעמים כה רב כמו בעניין שעל הפרק.

44. אחיהם הקטן של המתלוננת ושל המערער היה כבן שמונה בעת האירוע הראשון, והמערער הלן על כך שזכרון הדברים לגבי חקירתו במשטרה אבד. אכן מדובר במחדל חקירתי, אך אני נכון להניח לזכות המערער כי האח הכחיש את דברי המתלוננת כי היה עד למעשה. אך הסבר להכחשתו ניתן למצוא בדברי המתלוננת בחקירתה הראשונה, שם סיפרה כי האח ראה ו"הוא אומר גועל נפש וזה, הוא אמר ואז אמרתי לו - מה מה קרה? הוא אמר לי - מה עם אח שלך? ככה את עושה וזה אמרתי לו - הוא, הוא חייב אותי. ואז הוא אמר אני אגיד... הוא צרח ואז רצה להגיד לאמא שלי, ואז אח שלי אמר לא להגיד...". ובתשובה לשאלה מה יגיד אחיה הקטן אם ישאלו אותו השיבה "דברתי איתו, אבל נראה לי שהוא לא יגיד לך כי הוא מפחד מאחי (המערער - י"ע)".

45. לא נעלם מעיני כי חקירתה הראשית של המתלוננת רצופה שאלות מדריכות וריעונו זיכרון מחקירתה על ידי החוקרת המיוחדת. כך לדוגמה, לאחר שנשאלה מה קרה עם תחתוניה במהלך האירוע, שאלה עליה לא ידעה לענות, רוענן זיכרונה שבחקירתה סיפרה שהמערער הוריד אותם - גרסה שהמתלוננת אישרה בעדותה. כאשר התבקשה להסביר באיזה חלק של גופה היא חשה כאב בעת מעשי המערער היא הנידה ראשה בשלילה, אך לאחר שנשאלה "באיזה חלק של הגוף מלמעלה עד למטה" ענתה: "למטה" - ביטוי שמהווה כשלעצמו "מעין ריענון זיכרון" משום שנעשה בו שימוש בחקירות מול החוקרת המיוחדת. כן הזכירה באת כוח המשיבה למתלוננת שבחקירתה אמרה שכאב לה "בתוך", וכי תיארה שהפגיעה בה הייתה "במקום הקדוש". כל הפרטים הללו ניתנו על ידי המתלוננת באופן יזום בחקירתה, אך בעדותה אישרה אותם רק לאחר שזיכרונה רוענן ולא ביוזמתה. במצב הדברים הרגיל, היה בכך כדי להפחית ממשקל העדות, אך נוכח מגבלותיה של המתלוננת ושפתה הדלה, איני סבור כי יש בכך כדי להוריד ממשקלה הכולל של העדות.

46. בע"פ 3250/10 הנ"ל, ובדומה למקרה דנן, נדונה חקירתה הראשית של מתלוננת בעבירת אינוס, חקירה שאופיינה בקשיי התבטאות ובפערים תרבותיים. לאחר שאלות חוזרות ונשנות בחקירה ראשית, שלא הניבו תשובה ברורה

בנוגע לאקט החדירה, התיר בית המשפט הצגתן של שאלות מדריכות. בערעור, קבע השופט (כתוארו אז) גרוניס בהסכמת השופט ג'ובראן (ובניגוד לדעתה החולקת של השופטת ארבל), שכאשר עד תביעה מרכזי נשאל שאלות מדריכות בחקירה ראשית, בסוגיות שנויות במחלוקת המצויות בליבת כתב האישום, הרי שיש לתת לעניין זה ביטוי בשלב הערכת הראיות (פס' 18). בענייננו מדובר במתלוננת הסובלת מיכולת ביטוי מצומצמת וממגבלות שכלית, ומקריאת הפרוטוקולים ניכר כי הפערים בחקירתה הראשית נבעו לא רק מקשיים רגשיים אלא גם ממאפיינים אלה. הצורך לנקוט בשאלות מדריכות ולרענן את זכרונה של המתלוננת היה נחוץ, שאלמלא כן עדותה הייתה חסרה עוד יותר ואף יכולתו של בית המשפט להתרשם ממנה הייתה פחותה.

כפי שנאמר על ידי השופט גרוניס בע"פ 3250/10 הנ"ל, יש לדרוש "מחיר ראייתי" על ההיזקקות לשאלות מדריכות בחקירה ראשית של עדה מרכזית, כאשר שאלות אלה עוסקות בסוגיות המצויות בליבת האישומים (שם). אך גם בהינתן הצורך ב"מחיר ראייתי" בדמות דרישה לחיזוק נוסף או להנמקה מפורטת, אלה נמצאים בעדותן של טליה, מוריה, עטרה ואלירז, ולא להוסיף את הודעותיה של המתלוננת, שנגבו על ידי החוקרת המיוחדת, ואשר נזכרו לעיל.

47. המערער טען שיש לבטל את עדותה של המתלוננת כליל עקב העובדה שחקירתה הנגדית הייתה חסרה, בהתאם להלכה לפיה מקום בו מסרב עד להשיב בחקירה נגדית לשאלות, עדותו הראשית תימחק כאילו לא ניתנה כלל, אלא אם החקירה הנגדית כבר החלה ומטרתה הושגה (ראו ע"פ 11426/03 חואמדה נ' מדינת ישראל, פס' 25 והאסמכתאות שם (31.12.2008) (להלן: עניין חואמדה)). אכן, מקריאת הפרוטוקולים עולה כי חקירתה הנגדית של המתלוננת הצריכה מן הסתם סבלנות רבה מצד ההרכב והנוכחים באולם, נוכח מה שנחזה לקורא כחוסר ריכוז וחוסר סבלנות של המתלוננת, שפעמים רבות ענתה באופן סתום מבלי לפרש. אולם, אין המקרה דומה לעניין חואמדה אליו הפנה המערער. ראשית, אין ענייננו בעד המסרב לענות על שאלות בחקירתו הנגדית. המתלוננת ענתה לחלקן הגדול של שאלות בא כוח המערער ועל אף תסכולה הרב מהתמשכות החקירה ומכך שלא הבינה את השאלות - לא חדלה מלנסות ולהשיב לשאלות. שנית ולמעלה מן הצורך, כפי שצויין בהלכה היא שאף אם עד מסרב לענות לשאלות, ניתן לקבל את עדותו במלואה אם החקירה הנגדית כבר החלה ומטרתה הושגה (וראו גם ע"פ 102/62 יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(2) 1205, פס' 3 (1962)). קשה לומר שהחקירה הנגדית, על הקשיים שבה, לא הגשימה את מטרתה. בא כוח המערער הציג שאלות רבות בפני המתלוננת, ועל כולן נענה, גם אם על חלקן באופן לאקוני או בתשובת "לא זוכרת". קשה להצביע על נושאים רבים בחקירה הנגדית בהם לא התקבלה כל תשובה וקשה עוד יותר לקבוע שעל יסודם יש לראות את החקירה הנגדית ככזו שלא השיגה את מטרתה. והא ראה - המערער בטיעונו מפנה פעמים רבות לחקירתה הנגדית של המתלוננת מתוך מטרה להצביע על סתירות כאלה ואחרות בין דבריה שם לדברים שאמרה בהקשרים אחרים.

הקבילות והמשקל של חקירות המתלוננת בפני החוקרת המיוחדת

48. סעיף 20(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005 (להלן: חוק הליכי חקירה והעדה) קובע כדלהלן:

שימוש באמרת אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית

20. (ב) אמרה שנגבתה מאדם עם מוגבלות (בסעיף זה - העד) תהא קבילה כראיה, אם תועדה בהקלטה חזותית, התקבלה חוות דעת מומחה ולפיה העד הוא אדם עם מוגבלות (בסעיף זה - חוות הדעת של המומחה), החוקר המיוחד או חוקר המשטרה, לפי הענין, שגבה את האמרה, העיד על נתינתה, והתקיים אחד מאלה:

(1) האדם שנתן את האמרה מעיד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
הוראות הדין החל בישראל לענין פס' (2) של סעיף 10א(א) לפקודת
הראיות יחולו, לפי הענין, גם על עדות כאמור בפס' זו; בפס' זו, "דין" -
לרבות הלכה פסוקה;"

(2) בית המשפט פטר את האדם ממסירת עדותו, לפני תחילת עדותו או במהלכה, בשל התקיימות כל אלה:

(א) לפי חוות הדעת של המומחה, מתקיים אחד מאלה:

(1) מתן העדות עלול לפגוע בעד;

(2) העד אינו מסוגל להעיד מחמת מוגבלותו השכלית או הנפשית;

סעיף 20(ב)(1) מהווה חריג לכלל האוסר על עדות שמיעה ועמידה בתנאיו מאפשרת את קבלת אמרות החוץ שניתנו בפני החוקר המיוחד. סעיף 20(ב)(2) מהווה אף הוא חריג לכלל, ומאפשר קבלתה של אמרה של אדם עם מוגבלות, גם כשבית המשפט העניק פטור לאותו אדם מעדות בפני בית המשפט. זאת, בהתקיים התנאים המצוינים בסעיף זה ובסעיף 20(ג), הקובע כי החלטה לפטור ממסירת עדות תינתן לאחר שמיעת עדות המומחה שנתן את חוות הדעת ולאחר שניתנה לצדדים האפשרות לטעון בנדון. במקרה של מתן פטור מעדות, קובע סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה כי "אין להרשיע אדם על סמך אמרת אדם שבית המשפט פטר אותו ממסירת עדות כאמור בסעיף זה, אלא אם כן יש לה סיוע בראיה אחרת".

49. מהכרעת הדין עשוי להשתמע כי בית משפט קמא סבר כי סעיף 20(ב)(1) דורש חיזוק לעדותה של המתלוננת: "הוראת סעיף 20 לחוק מאפשרת שימוש באמרת אדם עם מוגבלות שכלית או נפשית. אמרה כזו תהא קבילה מקום שהתקיימו התנאים הקבועים בסעיף 20(ב) לחוק הליכי חקירה והעדה, ובענייננו האמרות התקבלו בהסכמה. מכוח הוראת סעיף 20(ב)(1) בו קיימת הפניה לסעיף 10א לפקודת הראיות, נדרש דבר לחיזוק כאמור בסעיף 10א(ד) לפקודת הראיות".

דומני כי בית המשפט לא דק פורתא בלשון סעיף 20(ב)(1) לחוק הליכי חקירה והעדה. החוק אינו מפנה לסעיף 10א(ד) לפקודת הראיות, אלא להוראות הדין, לרבות ההלכה הפסוקה, של סעיף 10א(א)(2) לפקודת הראיות שזו לשונו:

10א. (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

(1) ...

(2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו; (ההדגשה הוספה - י"ע)

ההפניה לדרישה שנותן האמרה יהיה עד במשפט ושתינתן לצדדים הזדמנות לחקרו, עשויה להיראות "מיותרת" לאור העובדה שסעיף 20(ב) (1) עצמו קובע שכדי לקבל אמרה של אדם עם מוגבלות שנגבתה על ידי חוקר מיוחד נדרש שהאדם שנתן את האמרה יעיד במשפט ושתינתן לצדדים הזדמנות לחקרו. כפילות זו מתבהרת לכאורה כאשר עומדים על כך שסעיף 20(ב) (1) מפנה גם להוראות הדין הנוגעות לסעיף זה, כולל ההלכה הפסוקה. דומה כי המחוקק ביקש להפנות להלכות הנוגעות לעד השותק או לעד המקשקש, לגביהם נקבע כי ניתן לראותם כ"עד" לאחר שניתנה הזדמנות לחקור אותם חקירה נגדית (דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, מז (3) 661 (1973); ע"פ 897/12 סלהב נ' מדינת ישראל, פס' 28 (30.7.2012); ע"פ 7679/14 זהאדה נ' מדינת ישראל, פס' 46 (15.8.2016)). על כך שזו הייתה כוונת המחוקק ניתן ללמוד גם מפרוטוקול ישיבה מס' 506 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, מיום 20.6.2005, מדבריה של העוזרת ליועצת המשפטית של הוועדה בעמ' 41:

"אנחנו חשבנו שכדאי להפסיק בשלב הזה. הוספנו עוד גרסה בעקבות ההערה בדיון הקודם, שרצו להבהיר שזה גם העד השותק או העד המקשקש. במקום לפרט את המקרים - כי אם הפסיקה תוסיף עוד מקרים בעתיד, שלא נגביל את זה".

כשלעצמי אני סבור כי ספק אם ההלכה הפסוקה לגבי העד השותק או העד המקשקש יפה בשלמותה גם לעדותו של בעל מוגבלות שכלית או נפשית. זאת, מאחר שהרציונל שעמד בבסיס חקיקת סעיף 10א - חזרה של עדים מעדותם בשל איומים ולחצים חיצוניים - אינו הרציונל שעמד בבסיס חוק הליכי חקירה והעדה. לכן, אין לקבל את טרונייתו של המערער על כך שבית המשפט השתמש באמרות החוץ של המתלוננת, על אף שלא הוכרזה כעדה עויינת במשפט. מכל מקום, אין להסיק מההפניה בסעיף 20(ב) (1) לחוק הליכי חקירה והעדה אל סעיף 10א(א) (2) לפקודת הראיות, דרישה לתוספת ראייתית של חיזוק.

50. התוספת הראייתית היחידה המוזכרת בסעיף 20 לחוק הליכי חקירה והעדה היא של סיוע, מקום בו אמרת חוץ של בעל מוגבלות בחקירתו מוגשת ללא העדתו בבית המשפט לפי סעיף 20(ד). אך כאשר אדם עם מוגבלות מעיד בפני בית המשפט אין דרישה לתוספת ראייתית על מנת להסתמך על אמרותיו בפני החוקר המיוחד. זאת, בדומה לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: חוק הגנת ילדים). הפסיקה קבעה כי כאשר ילד (משמע, מי שגילו קטן מ-14 שנים לפי סעיף 1 לחוק הגנת ילדים) העיד בפני בית המשפט, חקירתו בפני חוקר הילדים קבילה לפי סעיף 9 לחוק הגנת ילדים, ואין צורך בתוספת ראייתית על מנת לבסס הרשעה על ראיות אלה (ע"פ 5563/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 29 והאסמכתאות שם (27.6.2011)). זאת, בניגוד למצב בו ההרשעה מבוססת אך על עדות הילד בפני חוקר הילדים, שאז נדרשת תוספת ראייתית מסוג סיוע לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים (רע"פ 6533/93 בן אברהם נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 700 (1994)). דומה כי יש מקום להשוואה בין מי שסובל מליקוי שכלי לבין ילד, באשר הלקוי בשכלו הוא מי שגילו השכלי צעיר מגילו הביולוגי. אציין כי המחוקק השווה בין השניים גם בהיבטים אחרים (גבריאיל הלוי "השוואת דינו של בעל הליקוי השכלי לדינו של הקטין - תחולת סייג הקטינות על האחריות הפלילית של בעלי ליקוי שכלי (פיגור שכלי)" משפט רפואי וביו-אתיקה 5 (2013)).

לסיכום, משהעידה המתלוננת, לא היה צורך בחיזוק לאמרותיה בפני החוקרת המיוחדת.

51. וכעת לחקירות גופן. מבלי לחזור על תוכן, שהובא בהרחבה בתחילת הדברים, נאמר שאלה מפורטות ביותר. בחקירותיה (המצולמות) המתלוננת מסרה פרטים שלא היו ידועים לחוקרים מיוזמתה וכתגובה לשאלותיה של החוקרת המיוחדת. פרט למקרים מסוימים ביותר, החוקרת לא הציבה בפני המתלוננת שאלות שנועדו "לחלץ" מפיה תשובות. מעבר לכך, המתלוננת עומתה בחקירותיה עם טענות שנועדו לבחון את יחסה לדברים אותם סיפרה, עליהן הגיבה בצורה בוטחת ועקבית. בית המשפט המחוזי מצא שהמתלוננת הצליחה, בכל אחת מן החקירות, לתאר אירוע נפרד ורציף תוך הדגמתו וביטוי תחושות פיזיות ורגשיות. אף אני התרשמתי כך מחקירות אלו ולא מצאתי מקום להתערב בהערכתן. החקירות, בתוספת לעדותה של המתלוננת, שבה התאפשר לבית משפט קמא להתרשם ישירות מהמתלוננת ומהאופן בו חוותה את המעשים, הם אדן מרכזי להרשעתו של המערער.

עדותה המאוחרת של המתלוננת

52. המתלוננת נחקרה לראשונה בבית המשפט ביום 1.4.2014. כפי שהוצג בראשית הדברים, לאחר עדותה הראשונה, לאחר שכבר ניתנה הכרעת הדין ביום 12.1.2015, ולאחר שחזרה מנסיעתה לאתיופיה עם אביה, שבה המתלוננת ביום 6.7.2015 לדוכן העדים למתן עדות נוספת.

עוד קודם לכן, נחקרה המתלוננת שוב בפני החוקרת המיוחדת אך בשל תקלה, חקירה זו לא הוקלטה. מכל מקום, על פי סיכום פרטי החקירה מיום 4.3.2015 (ת/א/1) עולה כי המתלוננת זכרה את הדברים שאמרה לחוקרת בשתי החקירות שנערכו לאחר שני האירועים, וזכרה את הדברים שאמרה בבית המשפט, אך לדבריה הכול נאמר תחת השפעת הכדורים ומכיוון ש"בית הספר רצו להרוס את המשפחה שלי... הוא לא צריך בית כלא, אני יודעת שאת רוצה להכניס אותו לכלא וזה לא נכון... למה את רוצה להרוס את המשפחה". בשלב מסוים כשהתבקשה להתייחס לדבריה הקודמים, התקשתה, פרצה בבכי ועזבה את החדר.

בעדותה המאוחרת בפני בית המשפט חזרה בה המתלוננת באופן כמעט מלא מהדברים שסיפרה בגרסתה הקודמת, אך לא חזרה בה מכך שנאנסה, אלא טענה כי אדם אחר הוא שפגע בה, וכי ייחסה בשעתו את המעשים לאחיה-המערער בשל לחצים שהופעלו עליה מצד עובדות הפנימייה. כאמור, בית המשפט המחוזי מצא את גרסתה החדשה של המתלוננת בלתי מהימנה בעליל והעניק לה משקל אפסי. ממילא, לא היה מקום להעבירה בכור ההיתוך של המבחן המשולש שנקבע בעניין ברדה.

53. ההאשמות שכיוונה המתלוננת כלפי עובדות הפנימייה, שכביכול הכניסו מילים לפיה כנגד המערער, אינן יכולות לעמוד. בית משפט קמא התרשם מעדותן של צוות הפנימייה, מהן עולה שהמתלוננת היא שיזמה בדרך כלל את הפנייה אליהן ושיתפה אותן במה שעבר עליה בביתה. לפיכך, טענה זו של המתלוננת נמצאה בלתי מהימנה לחלוטין. גם גרסתה המאוחרת של המתלוננת לפיה כביכול התרופות גרמו לה לטעות אך בזהות הפוגע, מעוררת תמיהה כשלעצמה. טרם שינוי הגרסה, עמדה המתלוננת על כך שהמערער הוא שפגע בה, ואף הטיחה בפני החוקרת המיוחדת כי אין טעם לספר על אירוע האונס השני משום שממילא אין מי שיגן עליה מפני מעשיו של המערער.

54. המהימנות הרבה שיוחסה לעדותה הראשונה של המתלוננת ולחקירותיה בפני החוקרת המיוחדת, בנוסף לעקביות שבאה לידי ביטוי על רצף זמן של כמעט שנתיים וחצי בהן חזרה על גרסתה כי המערער הוא שביצע בה את המעשים, מעידים על אמיתותה של גרסה זו. המתלוננת נשאלה בחקירותיה אם יתכן שאחר פגע בה, ושללה אפשרות זו באופן מפורש. גם בעדותה הראשונה נשאלה המתלוננת על אודות אפשרות זו, והבהירה שאף אדם אחר לא פגע בה פרט למערער:

"ש. יכול להיות שמישהו פגע בך וזה לא ט' (המערער - י"ע)

ת. אף אחד לא פגע בי.

ש. אף אחד לא פגע בך?

ת. לא.

ש. גם לא ט'?

ת. הוא פגע בי, אבל אף אחד לא פגע בי חוץ ממנו, הוא רק פגע בי אחרים לא פגעו בי" (עמ' 71 לפרוטוקול).

אין בחומר הראיות כל רמז לכך שיתכן שאחר הוא שפגע בה. דומה כי רק לאחר שנודע לה ממנהל הפנימיה כי המערער הורשע ועומד להיכנס לכלא, היא הבינה כי מאסרו עלול להביא להרס המשפחה, וזו הסיבה האמיתית בגינה חזרה בה מעדותה. המתלוננת אף הכחישה בעדותה המאוחרת כי שוחחה עם אלירז במוצאי שבת, לאחר אירוע האונס השני, וטענה כי המדריכות בפנימייה הן ש"הכתיבו" לה את הדברים. אף לא למותר לציין כי עוד קודם לעדותה הראשונה בפני בית המשפט, היה ניכר כי המתלוננת נמצאת תחת לחץ משפחתי. בתרשומת שערכה באת כוח המשיבה בשיחת הכנה שקיימה עם המתלוננת לפני עדותה (נ/11), נכתב כי המתלוננת ציינה כי היא פוחדת מאביה והוא לוחץ עליה שלא למסור דברים שעלולים להפליל את המערער.

על רקע כל אלה, מקובלת עלי מסקנתו של בית משפט קמא כי העדות המאוחרת של המתלוננת, העומדת גם בניגוד לעדויות הבהירות והאמינות של צוות הפנימייה, מעוררת תהיות של ממש בלשון המעטה, ולא ניתן לייחס לה ערך כלשהו.

התייחסות לגרסתו של המערער

55. בית משפט קמא מצא שהאופן בו ביקש המערער במהלך עדותו להרחיק עצמו מן האירועים מעורר תהיות. כשלעצמי, איני רואה ליתן משקל יתר להכחשתו הגורפת של המערער, שאכן ביקש להרחיק עצמו מהמעשה, כדי כך שאף שלל את האפשרות כי נשאר אי פעם ביחידות עם המתלוננת בביתם. החשוב לענייננו הוא, שבית משפט קמא מצא את עדותו של המערער בלתי מהימנה, ובמצא זה איני רואה להתערב.

עבירות האיומים

56. בחקירתה הראשונה של המתלוננת בפני החוקרת המיוחדת היא הזכירה כי המערער איים עליה, וכי סיפרה על כך לעטרה, העובדת הסוציאלית שליוותה אותה באותה תקופה. אמנם עטרה לא נשאלה על כך בעדותה, אך המתלוננת אישרה בעדותה את דבר האיום וכן את תוכנו, הגם לאחר שרעננו את זכרונה לגבי פרט זה. משכך, איני רואה להתערב במסקנתו של בית המשפט שהתרשם ישירות מעדותה ומצא להרשיע את המערער בעבירה זו. כך גם לגבי עבירת האיומים השנייה אשר הופנתה כלפי טליה.

הערעור על גזר הדין

57. הפסיקה עמדה פעמים רבות על החומרה היתרה והכיעור הרב בעבירות מין בתא המשפחתי, ובפרט בקטינים, והצורך לבטא בענישה את סלידתה של החברה מעבירות אלה, ואת שיקולי הגמול וההרתעה על רקע הנזקים הקשים הנגרמים לנפגעי העבירה (ראו, לדוגמה, ע"פ 6417/10 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2011)); עוד נאמר כי "העונש המוטל על נאשם בעבירות חמורות כגון אלו מטרתו בין היתר להעביר מסר המגן על האוטונומיה של האישה על גופה ועל כבודה, כדי שיהיה בו לעודד נשים לבוא ולהתלונן בעבירות מסוג זה, על אף הקשיים הרבים הכרוכים בכך" (ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל (16.04.2012)).

המערער, אחיה של המתלוננת המבוגר ממנה בארבע שנים, "הבית הבטוח" מבחינתה, ניצל באופן מחפיר את פער הגילאים ביניהם ואת מוגבלותה השכלית והנפשית, שמא מתוך הנחה כי בשל מוגבלותה, מעשיו לא יודעו או שלא יאמינו לדבריה. כאשר נוכח כי יצא "ללא פגע" לאחר מקרה האינוס הראשון, חזר פעם נוספת על מעשיו. ברי כי מעשיו אלה של המערער הסבו למתלוננת נזק נפשי חמור.

58. ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית אלא בנסיבות חריגות, מקום בו נפלה טעות מהותית בגזר הדין או שהעונש שנגזר סוטה באופן ניכר מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (השוו ע"פ **2177/13** פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 60 והאסמכתאות שם (9.7.2015)). באותו מקרה הושת על אח שביצע מעשים מגונים באחותו מאסר בפועל של 8 שנים). בעבירות מין במשפחה קיימת משרעת רחבה של ענישה, הכול בהתאם לנסיבות הייחודיות של כל מקרה ומקרה. העונש שנגזר על המערער אינו חורג ממדיניות הענישה הנוהגת, ואינו חורג ממדיניות הענישה הראויה, באופן המצדיק התערבות ערכאת הערעור.

על כן, לא מצאנו להתערב בגזר הדין.

59. סוף דבר: הערעור נדחה על כל חלקיו.

שׁוֹפֵט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

שופט

השופטת ע' ברון:

שוב אנחנו נחשפים לעבירות מין בתוך המשפחה, מעשי אונס של אח באחותו, והדברים מתעצמים בהיות הנפגעת מוגבלת בנפשה ובשכלה. הנפש פצועה, המעשים מחפירים, והלב נחמץ. שותפה אני לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית כי הכרעת הדין מעוגנת היטב בחומר הראיות, ותמימת דעים עמו כי אף אין מקום להתערב בעונש שהושת על המערער בנסיבות המקרה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ד בסיון התשע"ז (8.6.2017).

שופטת

שופט

שופט