|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 3966/19 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט י' עמית |
|  | כבוד השופטת ע' ברון |
|  | כבוד השופט ע' גרוסקופף |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | פלוני |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבה: | מדינת ישראל |

|  |
| --- |
| ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 9.12.2018 ומיום 28.4.2019 בתפ"ח 54658-08-16 שניתן על-ידי כבוד השופטים **ח' מאק-קלמנוביץ, א' דראל ו-ע' זינגר** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | כ"ח בכסלו התש"ף | (26.12.2019) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד אמיר נבון, עו"ד גוון ישראלי |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה: | עו"ד ארז בן ארויה |
|  |  |
| מתורגמן לשפה הערבית: | עבדול עבד רחמן |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1)(א)(1)

מיני-רציו:

\* דחיית ערעור על פס"ד מחוזי בו הורשע המערער בעבירת אינוס ונגזרו עליו ארבע וחצי שנות מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי, ופיצוי בסך 40,000 ₪ למתלוננת; לא נמצא בטענות המערער טעם המצדיק לסטות מההלכה לפיה לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית.

\* ראיות – מהימנות – בחינתה על-ידי ערכאת הערעור

\* דיון פלילי – ערעור – אי-התערבות בממצאים עובדתיים

\* ראיות – עדות – קורבן עבירת מין

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: התערבות ערכאת ערעור

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין

.

ערעור על פס"ד מחוזי בו הורשע המערער בעבירת אינוס ונגזרו עליו ארבע וחצי שנות מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי, ופיצוי בסך 40,000 ₪ למתלוננת. רקע: בין המערער, תושב אזור יהודה ושומרון, לבין המתלוננת, אזרחית ישראלית, אין היכרות מוקדמת, אך לשניהם היכרות מוקדמת עם אדם אחר (חסיין). על פי האמור בכתב האישום, המערער אנס את המתלוננת בביתו, לאחר שהיא הגיע לביתו לבילוי ביחד עם חסיין, לאחר ששלושתם, אכלו ושתו משקאות אלכוהוליים. קו ההגנה של המערער היה כי לא היה כל מגע מיני בין השניים. וכי מדובר בדפוס פעולה של המתלוננת של מין בשכר או סחיטה.

.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט י' עמית בהסכמת השופטים ע' ברון וע' גרוסקופף) דחה את הערעור מהטעמים הבאים:

ראשית, ביהמ"ש דוחה את בקשת המערער להוספת ראיות בשלב הערעור מכיוון שהבקשה אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו לכך בפסיקה.

לגופו של עניין, הכרעת הדין התבססה בעיקר על עדותה של המתלוננת ומצבה הנפשי בסמוך לאחר האירוע, וראיות נוספות שהיוו חיזוק לגרסתה (חוות דעת מז"פ, תמליל שיחת הטלפון עם חסיין לאחר האירוע, ועדויות השוטרים במחסום א-זעים בנוגע למצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר האירוע).

לא נמצא בטענות המערער טעם המצדיק לסטות מההלכה לפיה לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית. בהקשר זה ביהמ"ש מציין בתמצית את שלוש הגישות הקיימות בפסיקה לגבי הלכת אי ההתערבות בעבירות מין- האחת כי כוחו של כלל אי ההתערבות יפה במיוחד כשעסקינן בעדויות של נפגעי עבירות מין. זאת, מהטעם שבעבירות אלה קביעת הממצאים מתבססת בעיקר על גרסאות סותרות של שני המעורבים בפרשה, ומכאן המשקל המיוחד להתרשמות הבלתי אמצעית של ביהמ"ש מ"אותות האמת" המתגלים בעדותם; השנייה, בעבירות מין יש מקום כי ערכאת הערעור "תבחן דווקא בקפדנות יתרה את מסקנותיה של הערכאה הדיונית" וגישה שלישית, היא גישת הביניים (לה שותף השופט עמית), לפיה, אין למעשה סתירה בין שתי הגישות, וכי בחינה קפדנית של מסקנות הערכאה המבררת יכולה להיעשות גם כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת.

לאחר מכן, ביהמ"ש בוחן את גרסת המתלוננת למול גרסת המערער כמו גם את עדותו של חסיין ומקבל את קביעתו של בימ"ש קמא באשר למהימנות המתלוננת. די בכך כדי לדחות את טענות המערער ולהותיר את ממצאי המהימנות והעובדה של ביהמ"ש קמא על מכונם. למעלה מן הצורך, ביהמ"ש דן בטענות המערער באשר לראיות הנוספות עליהן נסמך בימ"ש קמא ולא מוצא בהם הצדקה להתערבות בקביעותיו של בימ"ש קמא. לפיכך נקבע כי יש להותיר הרשעתו של המערער על כנה.

כן לא נמצא להתערב בגזר הדין. גזר דינו של בימ"ש קמא מפורט, ועומד על כל טענות הצדדים. המתלוננת נאנסה על ידי אדם שלא מוכר לה, בביתו, תוך שימוש בכוח, ונגרם לה בשל כך נזק נפשי קשה, כפי שעולה מתסקיר נפגעת העבירה. אדרבה, דומה כי העונש שהושת על המערער אף נוטה לקולה, לאחר שביהמ"ש התחשב בגילו של המערער (59); במצבו הרפואי; בהיותו נעדר עבר פלילי; ובתקופה בה שהה במעצר בפיקוח אלקטרוני (כשנה). לא נמצא אפוא כי יש להקל עוד יותר בעונשו של המערער.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

**השופט י' עמית**:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטים **א' דראל**, **ע' זינגר**, **וח' מאק-קלמנוביץ**) (הכרעת הדין מיום 9.12.2018 וגזר הדין מיום 28.4.2019), בו הורשע המערער בעבירת אינוס ונגזרו עליו ארבע וחצי שנות מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי, ופיצוי בסך 40,000 ₪ למתלוננת.

**עובדות כתב האישום**

2. נגד המערער הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת אינוס לפי [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977. בין המערער, תושב אזור יהודה ושומרון, לבין המתלוננת, אזרחית ישראלית, אין היכרות מוקדמת, אך לשניהם היכרות מוקדמת עם אדם אחר בשם חסיין (להלן: **חסיין** או **אבו טארק**).

על פי האמור בכתב האישום, ביום 15.8.2016 בשעה 22:45 בלילה בקירוב נפגשו המתלוננת וחסיין בירושלים, ונסעו ברכבה של המתלוננת לביתו של המערער ביריחו. שלושתם ישבו בחצר הבית, אכלו ושתו משקאות אלכוהוליים, ובהמשך חסיין והמערער רחצו בבריכה בחצר הבית. לאחר מכן המתלוננת נכנסה לשירותים, וכשיצאה, המערער דחף אותה לחדר השינה והפיל אותה על המיטה. המערער הוריד את מכנסיה ותחתוניה של המתלוננת בכוח ופשט את מכנסיו. המערער נישק את המתלוננת בפיה, נשכב לצידה, אחז בחזקה בידיה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. לאחר מכן שינה את תנוחתו ונשכב מעל לגופה של המתלוננת. המתלוננת ניסתה לקום אך המערער דחף אותה על המיטה, אחז בחזקה בידיה והחדיר שוב את איבר מינו לאיבר מינה עד אשר הגיע לסיפוק ושפך את זרעו בגופה של המתלוננת. במהלך האירוע צעקה המתלוננת למערער שיעזוב אותה והתנגדה למעשיו בכך שניסתה להדוף אותו מעליה בידיה וברגליה, אך הוא חסם את פיה בידו.

מיד לאחר שהמערער הגיע לסיפוקו הוא קם מהמיטה ואמר למתלוננת "קומי אנחנו צריכים ללכת". המתלוננת יצאה מהבית במהירות ונכנסה לרכבה. חסיין רץ אחריה אך המתלוננת נעלה את רכבה ונסעה לכיוון ירושלים. הנסיעה התארכה כיוון שהמתלוננת לא הכירה את הדרך, ובמהלכה התקשרה המתלוננת אל חסיין ואמרה לו, בין היתר, "למה עשיתם לי כך" "החיה הזה שאצלך". המתלוננת הגיעה אל מחסום "א-זעים" נסערת ובוכה ופנתה לכוח משטרה שנכח במקום.

3. במענה לכתב האישום, המערער הודה שנפגש עם חסיין ועם המתלוננת בביתו ביריחו, אך הכחיש כי קיים עם המתלוננת יחסי מין או ביצע כלפיה עבירה כלשהי. מגרסאותיהם של המערער, המתלוננת, וחסיין עלה סיפור מסגרת זהה – שלושתם סיפרו כי ההיכרות המוקדמת בין חסיין למערער הייתה מצומצמת; כי המתלוננת לא הכירה את המערער עובר לאירוע; כי מטרת המפגש הייתה בילוי משותף; כי הם שתו אלכוהול; כי המתלוננת עזבה את הבית בלילה באופן פתאומי; וכי היא טעתה בדרך חזרה מיריחו לירושלים. נקודת המחלוקת בין הגרסאות - נוכח חזית המחלוקת הרחבה שהציג המערער בקו ההגנה שלו ולפיה כלל לא קיים יחסי מין עם המתלוננת - היא אם התקיים מגע מיני בין המערער למתלוננת.

**פסק דינו של בית המשפט המחוזי**

4. בהכרעת הדין מיום 9.12.2018 בית משפט קמא קבע כי המעשים המיוחסים למערער הוכחו מעבר לספק סביר, והרשיע את המערער במיוחס לו בכתב האישום. הראיה המרכזית שהונחה לפני בית משפט קמא הייתה עדותה של המתלוננת. בית משפט קמא התרשם כי "העדה תיארה את שעבר עליה ולא מצאנו סיבה לפקפק בעדותה". בנוסף, בית המשפט עמד על התהיות העולות מעצם הסיטואציה בה שני גברים בחברה שמרנית מבלים עם אישה הצעירה מהם בשנים רבות, ללא היכרות משמעותית מוקדמת, שמעבירים את זמנם בשתיית אלכוהול, צפייה בסרטונים וטבילה בבריכה, וקבע, כי היעדר הסברים מספקים מצד המערער מהווה תמיכה לגרסתה של המתלוננת. נקבע כי עזיבתה הפתאומית של המתלוננת את הבית מעוררת תמיהה, והמערער לא נתן לכך הסבר המניח את הדעת.

5. מעבר לעדותה, בית משפט קמא קיבל את חוות הדעת מהמחלקה לזיהוי פלילי כ"ראיה עצמאית ומשמעותית" (להלן: **חוות דעת מז"פ**). חוות הדעת דנה בחומר הנדגם מתחתוניה של המתלוננת ובחומר הנדגם מגופה בסמוך לאחר האירוע, והושווה לפרופיל הדנ"א של המערער, ונקבע כי "לא ניתן לשלול ולא ניתן לחייב את תרומתו של [המערער – י.ע] לתערובת כפי שהתקבלה במוצג זה". בבדיקה נוספת בה בודדו מתערובת הדנ"א את כרומוזום y והשוו אותו לנתונים במאגר הכולל 481 זכרים, נמצאה התאמה אחת לזכר ששם משפחתו זהה לשם משפחתו של המערער. באשר לממצא זה נקבע כי "לא ניתן לשלול ולא ניתן לחייב את [המערער – י.ע] או כל זכר קרוב משפחה שמקורו באותה שושלת אבהית, כמקור לחומר שאופיין ממוצג זה בבדיקה זו". בית משפט קמא קבע כי אין בחוות הדעת כשלעצמה להוכיח את אשמת המערער ברמה הנדרשת במשפט פלילי, אבל היא ראיה עצמאית ומשמעותית בעלת משקל שיש בה כדי לסבך את המערער ולתרום להוכחת אשמתו במידה ניכרת.

6. הראיות הנוגעות לתגובתה ולהתנהלותה של המתלוננת לאחר האירוע תומכות בגרסתה. כך, תמליל שיחת הטלפון בין המתלוננת לחסיין במהלך נסיעתה חזרה מיריחו (להלן: תמליל שיחת הטלפון) ועדויות השוטרים שהיו הראשונים לפגוש אותה במחסום לאחר האירוע והעידו על מצבה הנפשי הנסער. באשר לתמליל שיחת הטלפון, בית המשפט ציין כי אין ראיה לכך שהקובץ משקף את השיחה במלואה כיוון שהועבר למשטרה על ידי המתלוננת ולא הופק מהטלפון שלה על ידי חוקר. אולם, נוכח עדותה של המתלוננת לפיה לא הקדימה בשיחה פניה מנומסת ואמירת שלום, ונוכח עדותו של חסיין שמסר תיאור דומה לשיחה שהתנהלה בינו לבין המתלוננת, נקבע כי תוכן השיחה, הטחת האשמה כלפי חסיין והמערער, וכינוי המערער "חיה" תומך בטענות המתלוננת.

7. בית המשפט קמא אף התייחס לדו"ח פעולה שנערך ביום 16.8.2016 ובו נכתב כי המתלוננת הגיעה מירושלים ליריחו יחד עם אדם בשם "חוסן אבו טורי" שאנס אותה בבית יחד עם עוד בחור שאינה יודעת את שמו (להלן: **דו"ח הפעולה**). בית המשפט קבע כי "אין ספק כי התיאור שנרשם במסמך זה אינו מדויק, הן ברישום שמו של חסיין והן בכך שבתיאור שנרשם יוחס גם לו אונס של המתלוננת". נקבע כי מסמך זה אינו אלא תיאור ראשוני המהווה מטבעו עדות שמיעה, ועל כן אין משמעות של ממש לפערים אלו.

8. עניין נוסף שעמד בפני בית משפט קמא היה תלונה דומה שהגישה המתלוננת כשנה עובר לאירוע הנוכחי נגד אדם בשם ג'מאל וקרוב משפחתו זכריה, שחסיין הכיר ביניהם לבין המתלוננת. התלונה נסגרה מחוסר ראיות (להלן: **התלונה הקודמת**). המערער טען כי החוט המקשר בין התלונה הקודמת לאירוע הנוכחי הוא מעורבותו של חסיין, והשתמע מטענתו כי חסיין "מכר" את המתלוננת בכך שתיאם את הפגישה בינה למעורבים האחרים באופן שיצר אצלם ציפייה שהפגישה תכלול מפגש מיני עם המתלוננת, בין אם סברו שהדבר נעשה בהסכמתה ובין אם לאו. בהמלצת בית המשפט, ג'מאל וזכריה לא העידו מטעם ההגנה בתיק הנוכחי, והצדדים הגיעו להסכמה לפיה "הייתה תלונה של המתלוננת נגד שני החשודים בתיק אחר קודם, שנחשדו בעבירות אינוס של המתלוננת. בתיק הנ"ל נחקר גם חוסיין שהוא עד בתיק שלנו. לאחר סיום חקירת המעורבים, נסגר התיק מחוסר ראיות".

בית משפט קמא קבע כי גם אם היה תיאום מוקדם שנעשה על ידי חסיין בשני האירועים כנטען, אין בכך כדי לשלול את אחריותו של המערער למיוחס לו - שהרי המערער לא טען שקיים יחסי מין עם המתלוננת בהסכמתה, ומשום שהסכמתה של המתלוננת נדרשת בזמן האירוע המיני עצמו, ואין בתיאום מוקדם כדי להתיר את המעשה.

9. ביחס לעדותו של חסיין, בית המשפט סבר כי עדותו לא רק שלא הבהירה את התהיות העולות מהאירוע אלא עוררה כשלעצמה שאלות קשות: מהו טיב היחסים בינו לבין המערער והמתלוננת, ולשם מה ובאילו נסיבות יזם את המפגש ביניהם. תהיות אלו התחדדו נוכח קיומה של התלונה הקודמת שגם בה הוא היה מעורב. נקבע כי "התמיהות שעלו בנוגע לחלקו של חסיין בתיק הנוכחי (וגם בתיק הקודם) מביאות לכך שלא ניתן לראות בו עד אובייקטיבי ובלתי תלוי, ועדותו אינה מסייעת להכרעה בין הגרסאות הסותרות של המתלוננת והנאשם (המערער – י.ע)".

10. המערער העיד כחלק מפרשת ההגנה וכאמור סיפר סיפור מסגרת זהה, מלבד קיומו של המפגש המיני. בית המשפט קבע כי האירוע, כפי שתואר על ידי המערער, נעדר היגיון פנימי, והמערער לא נתן הסברים מספקים המיישבים את התהיות העולות ממנו. מטעם ההגנה העיד גם אדם המכונה אבו ריאד, שלו היכרות קודמת עם חסיין והמערער, ולדבריו, בינו לבין המתלוננת התקיימה מערכת יחסים אינטימית והמתלוננת אף ביקשה להינשא לו. המתלוננת הכחישה כליל את היכרותה עם אבו ריאד, אך בית המשפט קבע כי גם אם המתלוננת לא מסרה אמת בעניין זה, מדובר בעניין שולי שאין בו כדי להשליך על מהימנות עדותה.

11. על בסיס קביעות אלו נמצא המערער אשם במיוחס לו והורשע בעבירה של אינוס כאמור לעיל.

12. במסגרת גזר הדין בית המשפט הביא בחשבון את גילו המבוגר של המערער; מצבו הרפואי; היעדר הרשעות קודמות; אורח חייו המשפחתי והעסקי הנורמטיבי; ושהייתו במשך כשנה במעצר בפיקוח אלקטרוני. מאידך גיסא נשקלה העובדה שהמערער לא נטל אחריות על מעשיו ולא הביע חרטה. לאחר בחינת מכלול השיקולים הושתו על המערער מאסר בפועל למשך ארבע וחצי שנים (בניכוי ימי מעצרו); מאסר על תנאי למשך שנה אחת אם המערער יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר כל עבירת מין מסוג פשע; ופיצוי למתלוננת בסך 40,000 ₪.

מכאן ערעורו של המערער, הנסב הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

**טענות הצדדים**

13. טענתו העיקרית של המערער הופנתה כלפי קביעתו של בית משפט קמא לפיה "תמיכה נוספת לגרסת המתלוננת ניתן למצוא בעצם הסיטואציה נשוא כתב האישום, ובהעדר הסברים מספקים מצד הנאשם למצב שנוצר". לטענתו, האמון שניתן לגרסת המתלוננת נובע בעיקר ממסקנתו של בית המשפט כי מדובר באירוע תמוה ובכך שהמערער לא סיפק הסברים לאותן תהיות. המערער טען כי גם אם מדובר בסיטואציה חריגה בנוף השמרני בחברה אליה משתייכים שחקני העלילה, הרי שבאותן תהיות יש בכדי לערער את גרסתה של המתלוננת, לכל הפחות כשם שהן מערערות את גרסתו של המערער. בהקשר זה נטען שהחשיפה לפרטי התלונה הקודמת מזינה את תחושת העמימות ומעצימה את התהיות העולות מהאירוע הנוכחי, כך שמתעורר ספק מובהק באשמתו של המערער.

14. לטענת המערער, המארג התמוה הכולל את האירוע הנוכחי והתלונה הקודמת לא רק יוצר תמונה עמומה כאמור, אלא מגבש תמונה בהירה המגלה דפוס פעולה המשותף לחסיין ולמתלוננת, ולפיו חסיין מציע לגברים אמידים בילוי עם המתלוננת בידיעתה. לטענתו, די באפשרות זו בכדי לסדוק את המהימנות שניתנה לגרסת המתלוננת. בהקשר זה נטען כנגד קביעתו של בית המשפט לפיה אין לתת משקל לעדותו של חסיין בשל התהיות שעוררה, במקום להסיק שיש בתהיות אלה להביא למסקנה שמדובר בדפוס פעולה שיטתי של חסיין ושל המתלוננת.

15. בשלב זה אציין כי ביום 5.8.2019 הגיש בא כוחו הנוכחי של המערער בקשה להגשת ראיות נוספות (להלן: **הבקשה להוספת ראיות** או **הבקשה**), בטענה לכשל בייצוג בערכאה הדיונית, שגרם לכך שהגנת המערער לא מוצתה באופן המתבקש. המערער ביקש לבטל את ההודעה המוסכמת אליה הגיעו הצדדים בהמלצת בית המשפט, להגיש את חומר החקירה בתיק של התלונה הקודמת, ולהעיד את העדים הרלוונטיים שלטענתו יתרמו להבנת דפוס הפעולה הנטען.

16. מעבר לטענותיו כנגד מהימנות המתלוננת, המערער טען כנגד קביעתו של בית משפט קמא כי "ראיה מרכזית נוספת היא חוות דעת מז"פ בנוגע לדנ"א שהופק **מתאי זרע** (הדגשה – י.ע) שנמצאו על תחתוניה של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע. למעשה אין מדובר בתמיכה בלבד, אלא בראיה עצמאית ומשמעותית". במסגרת הבקשה להוספת ראיות ביקש המערער להוסיף חוות דעת חדשה מטעמו, לפיה הדנ"א שנמצא על תחתוניה של המתלוננת ובאיבר מינה לא הכיל תאי זרע; וכי משלא ניתן היה לקבוע זהות בין החומר הנדגם לפרופיל של המערער, אין לחוות דעת המז"פ משמעות ואין להשתמש בה כראיה מכל סוג שהוא, אפילו לא של תוספת ראייתית.

17. עוד נטען כי לא ניתן להשתמש בתמליל שיחת הטלפון כראיה. זאת, כיוון שהמתלוננת דיווחה על קיומו של קובץ השיחה מספר ימים לאחר האירוע, וכי השיחה לא הופקה ישירות מהמכשיר של המתלוננת על ידי חוקר, אלא המתלוננת היא זו ששלחה אותו לתביעה באמצעות יישומון "WhatsApp". במסגרת הבקשה, ביקש המערער להגיש שלוש ראיות שבכוחן לערער, לטענתו, את הנחתו של בית המשפט כי שיחת הטלפון התקיימה בסמוך לאירוע: **הראשונה**, חוות דעת מומחה לפיה על פי החתימה האלקטרונית על הקובץ לא ניתן לקבוע מתי נוצר הקובץ, ועל פי שם הקובץ אף ניתן לשער כי הוא נוצר כקובץ שני וביום 21.8.2016 (ביום בו המתלוננת דווחה לתביעה כי ברשותה הקלטה זו). **השנייה**, הודעות שונות של המתלוננת שלא הוגשו שכוללות סתירות רבות בעדותה, ובעיקר את דבריה כי לא ביצעה עשר שיחות טלפון מכל סוג שהוא מיום 15.8.2016 (יום האירוע) ועד ליום 21.8.2016. ראיה זו משמעותית לאור גרסת המתלוננת שהשיחה הוקלטה באמצעות יישומון שמקליט כל שיחה באופן אוטומטי ומוחק אותן אחרי כל עשר הקלטות. **השלישית**, עתירה לצו שיורה לחברת הסלולר הרלוונטית למסור נתונים אודות שיחות יוצאות ונכנסות אותן ביצעה המתלוננת משעה 3:00 בלילה ביום האירוע ועד ליום 20.8.2016 בשעות הערב.

18. טענה נוספת נטענה במסגרת הערעור, לפיה אין התייחסות בפסק דינו של בית משפט קמא לכך שנסיעתה של המתלוננת מביתו של המערער ועד למחסום א-זעים ארכה כשלוש שעות, כאשר משך הנסיעה הממוצע הינו 25 דקות. במסגרת הבקשה להוספת ראיות המערער עתר לצו שיורה לחברות הסלולר לבדוק את איכונם של שני המכשירים שהיו ברשות המתלוננת במהלך אותן שלוש שעות.

19. עוד נטען, כי יש משמעות מהותית לפערים שעלו מדו"ח הפעולה בו צוין שהמתלוננת דיווחה ששני אנשים אנסו אותה, ושמו של האחד מהם הוא "חוסן אבו טורי" בצירוף מספר הטלפון שלו, ונטען כי לא מדובר בעדות מפי השמועה אלא באמירות ראשונות של קורבן עבירה. בנוסף, נטען כי מעדותה של חוקרת בשם מעיין עולה כי במזכר שערכה ביום 16.8.2016 סמוך לאירוע צוין כי המתלוננת "מטופלת בכדורים נגד דיכאון בעקבות הנתק עם ילדיה ולאחרונה לא לקחה את הכדורים", והנושא לא נחקר לעומק בבית משפט קמא. בשל כך ביקש המערער במסגרת הבקשה להוספת ראיות לקבל לידיו את תיקה הסוציאלי או הרפואי של המתלוננת.

20. באשר לגזר הדין, נטען כי העונש שהוטל על המערער חורג ממדיניות הענישה הראויה. בא כוח המערער טען כי אמנם מדובר בעבירת אינוס המצדיקה לרוב הטלת עונש מאסר בפועל, אולם נסיבותיו האישיות של המערער ונסיבות ביצוע העבירה מצדיקות קביעת רף ענישה נמוך יותר, ולכל הפחות יש למקם את עונשו ברף התחתון של המתחם שנקבע. בא כוח המערער ציין כי המערער בן 57, ללא עבר פלילי, בעל משפחה ועסקים, והדגיש כי הוא סובל מבעיות רפואיות בעיניו הגורמות לעיוורון.

21. המשיבה טענה כי יש לדחות על הסף את בקשת המערער להוספת ראיות מכיוון שהבקשה אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו בפסיקה, ומכל מקום אין בכוחן לשנות מהמסקנה המרשיעה. עוד נטען, בין היתר, כי המערער התנהל בשלב הערעור באופן פסול ומגמתי בכך שהעלה טענות רבות המסתמכות על חומר חקירה שלא הוגש בבית משפט קמא.

22. לגוף הערעור, המשיבה הצביעה על כך שהכרעת הדין מבוססת על קביעות מהימנות שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן. נטען, כי במקום להתמודד עם תוכן עדותה של המתלוננת, המערער מיקד את טענותיו בחוסר יכולתה לספק הסברים אודות התהיות העולות מהסיטואציה ובתהיות העולות מהתלונה הקודמת, וזאת כדי להטיל דופי במהימנותה ולרמוז אודות אורח חייה המתירני. עוד נטען כי אין בסיס לטענת המערער לפיה המניע לתלונה הקודמת היה סחיטה, כי לא הוצגה כל ראיה שתתמוך בכך; כי המתלוננת נחקרה על כך ושללה זאת; כי לא הוגש חומר החקירה בתלונה הקודמת בהתאם להסכמה הדיונית בין הצדדים; וכי סגירת התיק בתלונה הקודמת מחוסר ראיות אין משמעותה תלונת כזב. מכל מקום, נטען כי באשר לאירוע הנוכחי, הטענה ל"סחיטה" ול"דפוס פעולה" אינה עולה בקנה אחד עם הראיות אודות מצבה נפשי לאחר האירוע ועם השכל הישר.

23. בנוגע לגזר הדין, המשיבה סבורה כי אין מקום להתערב בעונש שנפסק. לעמדתה, בהתחשב במידת הפגיעה בערכים החברתיים עקב ביצוע העבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה, מתחם העונש אותו קבע בית משפט קמא נוטה במידה מסוימת לקולה. כמו כן, נטען כי העונש שלבסוף הוטל על המערער קרוב לרף התחתון של המתחם שנקבע, ולא ניתן למנות נסיבות של ממש המצדיקות זאת, במיוחד נוכח היעדר נטילת אחריות מצדו.

**דיון והכרעה**

24. לאחר עיון בפסק דינו של בית משפט קמא ובחומר הראיות, לא מצאתי להתערב בתוצאה אליה הגיע בית משפט קמא. לפיכך, ומהטעמים שיפורטו להלן, אציע לחבריי לדחות את הערעור על שני חלקיו.

**הבקשה להוספת ראיות**

25. ייאמר כבר בפתח הדברים כי לא מצאתי להיעתר לבקשה להוספת ראיות בשלב הערעור, וכי בקשתו של המערער כמוה, למעשה, כפתיחת המשפט מחדש בטענה לכשל בייצוג.

שלושה שיקולים מנחים את בית המשפט בבואו לבחון בקשה לקבלת ראיה חדשה במהלך הליכי ערעור: האם הייתה אפשרות להציג את הראיה בהליך בערכאה הקודמת; עקרון סופיות הדיון; וטיבה של הראיה הנוספת והסיכוי שהגשתה בשלב הערעור תביא לשינוי תוצאות המשפט (ראו, לדוגמה, [ע"פ 1742/91 **פופר נ' מדינת ישראל**,פ"ד (נא)](http://www.nevo.co.il/case/5788915)5 289, 296 (1997); [ע"פ 7556/15](http://www.nevo.co.il/case/21472902) **קונקיוב נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 9 (11.4.2019)).

בענייננו, המערער אינו טוען כי לא היה באפשרותו להציג את הראיות שמבקש להציג עתה, וכדבריו: "המדובר בראיות שסביר והייתה קיימת אפשרות להשיגן במסגרת ההליך בערכאה הדיונית, אך הדבר לא נעשה מסיבות שאינן ברורות". מעיון בפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא עולה כי באת כוח המערער נמנעה באופן מכוון מהגשת הודעות המתלוננת; ויתרה על הגשת חומרי החקירה בתלונה הקודמת; הסכימה להגשת תמליל שיחת הטלפון; ונמנעה מחקירה נגדית של מומחית התביעה.

אלא שהמערער טוען בשלב הערעור כנגד התנהלותה של באת כוחו בערכאה הדיונית. כפי שנקבע בעבר, החלפת ייצוג אינה פתח ל"מקצה שיפורים" בקו ההגנה שננקט על ידי הייצוג בערכאה הדיונית ולהעלאת רעיונות נוספים כחכמה שלאחר מעשה ([ע"פ 678/07](http://www.nevo.co.il/case/6247352) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 8 (3.7.2007); [ע"פ 1385/06](http://www.nevo.co.il/case/6199527) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 27 (6.4.2009); [ע"פ 6986/13](http://www.nevo.co.il/case/8291901) **אוחיון נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 29 (25.6.2015)). טענות המערער בנוגע לכשל בייצוג אינן מבוססות, והלכה היא כי "נטל כבד מוטל על הסנגור החדש להראות כי אכן נפל כשל ממשי בייצוג" ([ע"פ 3683/06](http://www.nevo.co.il/case/6215276) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 6 (25.6.2008)). בנוסף, לא עמד בא כוח המערער בנטל המוטל על המעלה טענה לכשל בייצוג, להביא את עמדתה של באת כוח המערער בערכאה הדיונית, שתוכל להגיב על הביקורת המכוונת כלפיה (ראו [מ"ח 3546/05](http://www.nevo.co.il/case/5901710) **נימני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 10 (22.11.2005)).

גם השיקול שעניינו בטיב הראיה והסיכוי כי זו תביא לשינוי תוצאת ההליך אינו מתקיים, שכן הכרעת הדין התבססה בעיקר על עדותה של המתלוננת ומצבה הנפשי בסמוך לאחר האירוע, והראיות הנוספות היוו חיזוק בלבד לגרסתה, ועל כך ארחיב בהמשך.

**הערעור על הכרעת הדין**

**מהימנות המתלוננת**

26. אקדים אחרית לראשית ואומר כי קביעתו של בית משפט קמא באשר למהימנות המתלוננת מקובלת עליי, ולא ראיתי הצדקה לסטות מההלכה לפיה לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית.

בעבירות מין קיימות שלוש גישות לגבי הלכת אי ההתערבות. על פי הגישה ששלטה בכיפה משך שנים רבות, כוחו של כלל אי ההתערבות יפה במיוחד כשעסקינן בעדויות של נפגעי עבירות מין. זאת, מהטעם שבעבירות אלה קביעת הממצאים מתבססת בעיקר על גרסאות סותרות של שני המעורבים בפרשה, ומכאן המשקל המיוחד להתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מ"אותות האמת" המתגלים בעדותם (ראו, מבין רבים, [ע"פ 2106/15](http://www.nevo.co.il/case/20138627) **אקוע נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (19.4.2016); [ע"פ 2840/17](http://www.nevo.co.il/case/22505950) **ניאזוב נ' מדינת ישראל - פרקליטות המדינה**, [פורסם בנבו] בפסקה 61 והאסמכתאות שם (4.9.2018)).

על פי הגישה השנייה, בעבירות מין יש 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 (בתוארו אז) ב[ע"פ 3250/10](http://www.nevo.co.il/case/5951406) מדינת ישראל נ' פלוני [פורסם בנבו] (12.1.2012); השופט הנדל ב[ע"פ 7653/11](http://www.nevo.co.il/case/5603199) ידען נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (26.7.2012) (להלן: **עניין ידען**)).

גישה שלישית, היא גישת הביניים שאני שותף לה ([ע"פ 4487/10](http://www.nevo.co.il/case/5960048) **רוני גלילי נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקאות 13-12 (6.11.2012)), הובעה בשעתו על ידי השופט זילברטל בעניין **ידען**. לגישה זו, אין למעשה סתירה בין שתי הגישות, וכי "בחינה קפדנית של המסקנות, אין פירושה, בהכרח, מידת התערבות רבה בממצאי מהימנות [...] 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" (עוד לגישה זו ראו [ע"פ 5777/15](http://www.nevo.co.il/case/20966984) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 20 והאסמכתאות שם (8.8.2017); לסקירת הגישות השונות ראו גם [ע"פ 1933/14](http://www.nevo.co.il/case/13055209) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 13 (11.2.2015); [ע"פ 8325/15](http://www.nevo.co.il/case/21026396) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקאות 34-32 (8.6.2017)).

27. אעמוד להלן על חלקים מעדותה של המתלוננת בפני בית משפט קמא. המתלוננת סיפרה כי היא גרושה עם שלושה ילדים, עקרה בגפה מביתה בצפון הארץ לירושלים בניסיון להשתכר בעבודות מזדמנות ולפרוע חובות ישנים. היא הכירה את חסיין בקניון כשנתיים עובר לאירוע, והתנהל קשר של ידידות ביניהם. ביום האירוע המתלוננת התקשרה לחסיין כדי להתייעץ עמו בעניין מסוים, וחסיין הציע לה לנסוע עמו ליריחו לבקר חבר שלו, וביקש שתנהג במכונית שלה כיוון שהוא סובל מבעיות בעיניו.

המתלוננת תיארה את המפגש כערב רווי אלכוהול, נרגילה, ומוזיקה. לשאלת בית המשפט אם התרחשות כזו טבעית לה, ענתה כי הרגישה "רגיל יעני, לא הרגשתי משהו". המתלוננת הכחישה כי היא שרה ורקדה במהלך הערב, מסרה כי מעולם לא רקדה במועדונים, והכחישה שהראתה למערער ולחסיין סרטונים בהם היא נצפתה שרה ורוקדת במועדונים. המתלוננת סיפרה כי המערער וחסיין נכנסו לבריכה והיא הלכה לשירותים, וכשיצאה המערער הציע לה בגדים שמתאימים לרחיצה בבריכה ואז דחף אותה לחדר וביצע בה את המתואר בכתב האישום. לאחר מכן היא יצאה מהבית ולא אמרה דבר למערער ולחסיין. לדבריה, בעקבות האירוע היא הבינה שחסיין מעורב "יש לו קשר לזה. לא הביא אותי סתם. יש תיאום בינו ובין הנאשם (המערער – י.ע). ככה אני חשבתי על זה". כאמור, לאחר המעשה היא התקשרה לחסיין והטיחה בו בעודה בוכה וכועסת "למה עשיתם לי כך", ומאז ניתקה עמו קשר.

28. בא כוח המערער טען כי גרסתה של המתלוננת רוויות סתירות. כך למשל, בהודעתה במשטרה המתלוננת מסרה כי חסיין הוא זה שיזם את השיחה וביקש ממנה לקחת אותה ליריחו, לאחר מספר ימים סיפרה שהיא זו שיצרה קשר עם חסיין, ובעדותה בפני בית המשפט אמרה כי חסיין הוא זה שיצר עמה קשר; בעדותה בפני בית המשפט אמרה שהרגישה בנקודת זמן מסוימת ששתתה משקה אחר שאינו אלכוהול, אך זאת לא מסרה במשטרה; בהודעתה במשטרה אמרה כי היא כבר אינה מטופלת פסיכיאטרית, אך בחקירתה הנגדית סיפרה כי לאחר האירוע הנטען בתלונה הקודמת היא החלה ליטול כדורים כדי לישון, ובמזכר מיום 16.8.2016 מצוין כי המתלוננת "מטופלת בכדורים נגד דיכאון בעקבות הנתק עם ילדיה ולאחרונה לא לקחה את הכדורים".

בחנתי את טענות המערער ולא מצאתי בהן טעם שיצדיק סטייה מכלל אי-ההתערבות. הסתירות עליהן הצביעה ההגנה, אם בכלל, הן בשולי העדות, ומכל מקום, אין בהן כדי לפגום בעדותה של המתלוננת.

כך למשל בנוגע לשאלה מי יזם את השיחה בין המתלוננת לבין חסיין. המתלוננת הסבירה כי אכן התקשרה ראשונה אך חסיין לא ענה לשיחתה, ומאוחר יותר חסיין חזר אליה וביקש להיפגש; בנוגע לעדותה בבית המשפט כי הרגישה ששתתה משהו אחר שאינו אלכוהול, עובדה שלא נזכרה בהודעתה במשטרה, הרי שהדבר נאמר בתשובה לשאלה בחקירה הנגדית אם התחושה שלה בעקבות שתיית האלכוהול הייתה רגילה או "משהו אחר", והמתלוננת השיבה "אני חושבת משהו אחר"; ובאשר לנטילת תרופות פסיכיאטריות, מתשובתה עולה כי אכן נטלה תרופות מספר פעמים והפסיקה עקב תופעות לוואי שחשה. המדובר אפוא בסתירות שוליות, אם בכלל.

29. במסגרת הכרעת הדין, דן בית משפט קמא בעדויות וביתר הראיות שהוצגו בפניו, ועמד על הטעמים שהניעוהו ליתן אמון בגרסת המתלוננת**.** בראש ובראשונה, קבע בית משפט קמא, כי עצם הסיטואציה נשוא כתב האישום והעדר הסברים מספקים מצד המערער לנסיבות המפגש ולמניע להגשת התלונה מהווה תמיכה לגרסתה. בנוסף, נקבע כי חוות דעת מז"פ, תמליל שיחת הטלפון, ועדויותיהם של השוטרים במחסום א-זעים בנוגע למצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר האירוע, מהוות ראיות ממשיות לחיזוק גרסתה**.**

30. המערער טען כי שגה בית משפט קמא בכך שהעדיף את גרסת המתלוננת על פני גרסתו, כיוון שאף המתלוננת לא סיפקה הסברים מספקים לנסיבות המפגש, אלא שגרסתו של המערער, כשלעצמה, אינה מעוררת אמון. המערער מספר כי הוא בקושי מכיר את חסיין, וכי נענה לבקשתו להתארח בביתו למרות שלא רצה בכך. הוא ישב עד השעות הקטנות של הלילה עם חסיין ועם המתלוננת, בחורה הצעירה ממנו כמעט בשני עשורים, ובילה עמם בשתיית אלכוהול ועישון נרגילה. המערער העיד על עצמו כי מעולם לא אירע מקרה דומה בו אירח בביתו נשים שאינו מכיר, ולא ידע ליתן הסבר על נסיבות המפגש.

אלא שלשיטת המערער, המסכת העובדתית מתיישבת עם תרחישים נוספים מלבד האונס, ודי באפשרות שהתקיים תרחיש אחר כדי לעורר ספק סביר. המערער הצביע על מכנה משותף בין התלונה הקודמת לבין האירוע הנוכחי, וטען ל"דפוס פעולה שיטתי" של חסיין והמתלוננת בשני המקרים. לטענתו, קיימת אפשרות כי חסיין הציע למערער מפגש מיני עם המתלוננת תמורת שכר, או שחסיין והמתלוננת יזמו עלילת אונס כדי לסחוט את המערער.

כאמור, הוסכם בין הצדדים שלא להגיש את חומרי החקירה בתלונה הקודמת, אך לצורך הדיון אניח לטובת המערער כי לכאורה ניתן להסיק "דפוס פעולה" של מין בשכר או סחיטה. מעבר לכך ששני התרחישים סותרים את עדותה של המתלוננת, שבית המשפט קמא רחש לה אמון מלא, הרי שגרסת המערער כשלעצמה שוללת מניה וביה את אותם תרחישים. התרחיש של "מין בשכר", לא מתיישב עם גרסת המערער שהכחיש כי חסיין הציע לו מפגש מיני עם המתלוננת, הכחיש שחשב עליה באופן מיני, וטען כי לא קיים יחסים עם המתלוננת. גם תרחיש "הסחיטה" אינו מתיישב עם גרסת המערער. חסר פרט אחד המאפיין את תרחיש הסחיטה, והוא – סחיטה. אין חולק כי המתלוננת לא הפנתה דרישה כלשהי כלפי המערער. המערער אישר כי הוא לא נסחט על ידה, ולא העלה הסבר למניע שעומד מאחורי הגשת התלונה נגדו. מכאן, שתרחיש הסחיטה אינו מתיישב עם השכל הישר. משכך, נשארנו שוב עם שתי גרסאות, כאשר מול גרסתו של המערער לפיה לא אירע דבר באותו לילה, ידוע לנו כי המתלוננת יצאה בכעס מהבית, התקשרה לחסיין והטיחה בו "למה עשיתם לי כך", הגיעה נסערת ובוכייה למחסום א-זעים, והגישה תלונה במשטרה נגד האדם שאירח אותה בביתו.

31. בשלב זה אביא את גרסתו של חסיין לאירועים (במאמר מוסגר אציין כי חסיין העיד כעד תביעה, אך בפתח חקירתו הראשית ביטא בא כוח התביעה את ספקותיו ביחס לאמינותו וסבר כי עדיף שישמש כעד הגנה וייחקר על ידו בחקירה נגדית. באת כוח המערער התנגדה בנימוק שחסיין מצוי בניגוד עניינים חריף).

מעדותו של חסיין עולה כי היכרותו את המתלוננת החלה על רקע קשייה הכלכליים, והקשר ביניהם היה כמו משפחה "כמו אבא, כמו אח גדול". לדבריו אשתו מודעת לקשר ביניהם ואינה רואה אותו כבעייתי נוכח תפקודו המיני הלקוי בשל מחלות שונות מהן הוא סובל. חסיין סיפר כי המתלוננת מעולם לא ביקשה עזרה כספית, אלא לכל היותר הלוואה, ועזרתו התבטאה בכך שהזמין אותה למסעדות, בתי קפה, שטף ותדלק את רכבה. לדבריו, הוא נהנה לעזור לה "היה לי כיף לשבת עם בחורה לשמוע את הבעיות שלה, את הצרות שלה, אולי לנסות באמת לעשות יעני להרגיע אותה, דברים כאלה זה הכל". חסיין התייחס לתלונה הקודמת וסיפר כי המתלוננת ביקשה שיעזור לה למצוא חתן, והוא הכיר לה את ג'מאל שביקש ממנו שימצא לו בחורה טובה למטרת נישואין. לדבריו הם בילו עד מאוחר באותו ערב ושתו הרבה אלכוהול, ולאחר יום או יומיים המתלוננת סיפרה כי נאנסה. בהודעתו במשטרה מיום 16.8.2016 חסיין סיפר כי שבועיים לפני האירוע המתלוננת אמרה לו כי היא תוציא מג'מאל מיליון שקל, וכי המתלוננת התייעצה מספר פעמים בנושא זה עם עו"ד עלאא' שאמר לה "אם תרצי להגיש תלונה במשטרה אני יכול לעשות לך תביעה".

לדברי חסיין, הוא הכיר את המערער באמצעות חבר משותף, ובהזדמנות אחת ביקר עם אותו חבר בבית המערער ביריחו עד השעה 2:00 בלילה, ולדבריו, המערער אירח אותם בצורה מאוד יפה. בנוסף, ביקר מספר פעמים בעסקיו של המערער. חסיין מסר כי המתלוננת יצרה עמו קשר ביום האירוע וביקשה שיצאו לבלות, וכדי לחסוך בעלויות הכרוכות בבילוי, הוא הציע לה לבקר ביריחו בביתו של המערער, כי שם האלכוהול על חשבונו. הם הלכו ביחד לחנות של המערער וחסיין ביקש מבנו של המערער, שהיה בחנות, את מספר הטלפון של המערער. חסיין התקשר למערער וביקש שיארח אותו בביתו ביריחו ביחד עם חברתו שכרגע מחפשת עבודה "אולי נסדר לה איזה עבודה אולי נסדר לה עסק ואנחנו באים לשתות אצלך משהו, היא רוצה לצאת מהצרות שיש לה". כשהגיעו ליריחו הם התבלבלו בסמטאות והמערער עזר להם למצוא את הדרך, והמתלוננת סיפרה שהיא מכירה את האזור כיוון שביקרה שם בעבר.

לדבריו, המערער כיבד אותם בפירות ושתיה והכין להם נרגילה, והמתלוננת ביקשה לשים מוזיקה עם רמקול ולרקוד, אך המערער אמר לה כי אינו יודע לחבר את הרמקול. בשעה 2:00 חסיין ביקש לחזור הביתה וליטול את הכדורים הקבועים שלו, אך המתלוננת הפצירה בו להישאר ואמרה "אני מבסוטה, אני עם בחור נחמד והוא גבר אלגנטי".

בשעה 3:30 המתלוננת אמרה לו שאם הוא יכנס לבריכה היא תלך להחליף בגדים ותצטרף אליו. לדבריו, במשך עשר דקות הוא לא ראה אותה, ולא ידע גם היכן היא נמצאת. לשאלת בית המשפט אם הוא ראה את המערער באותן עשר דקות השיב חסיין באופן לא ברור, וקשה להסיק מדבריו תשובה ברורה. לדבריו, כל הזמן הוא ראה את המערער כשהוא מפנה את השולחן ושוטף את הכלים, אך אישר כי יתכן מצב שבו חסיין נכנס לבית לדקה והיה בשירותים ולא במטבח, ולשאלת בית המשפט ענה לבסוף כי "בעשר דקות אני לא יכול להגיד לך אם [המערער – י.ע] היה בחדר איתה או היה בתוך המטבח, אמרתי לך, הוא היה באזור של הבית". לאחר עשר דקות הוא ראה פתאום את המתלוננת יוצאת מהבית בכעס ואומרת "אני אראה לך י'מניאק אתה וחבר שלך, אני אראה לכם עכשיו אני הולכת למשטרה". בהמשך אמר כי "אני לא אמרתי שהיא אמרה את זה בתוך הבית. היא אמרה לי בטלפון. זה האמת. אני אמרתי את זה אמרה לי בטלפון אבל היא צעקה כשהיא יצאה מהבית יעני היא הייתה בלחץ".

חסיין סיפר כי המערער המשיך במלאכת ניקיון המטבח במשך כעשר דקות ואז הם יצאו בעקבותיה מחשש לשלומה בשל האלכוהול ששתתה. חסיין ניסה להתקשר אליה אך היא לא ענתה, ואז המתלוננת התקשרה אליו ואמרה לו שהיא עכשיו הולכת למשטרה, והוא שאל אותה, לדבריו, "מה קרה, את שתויה". חסיין מסר כי באותו זמן הוא לא העלה על דעתו כי מדובר באונס, וגם לא ביחסי מין בהסכמה, כי לא קדם לכך במהלך הערב מגע ביניהם או רמז לכך. לדבריו, יומיים לפני עדותו חבר טוב בשם אבו ריאד בא לביתו וסיפר לו לראשונה שנפגש עם המתלוננת מספר פעמים, ולדבריו היא "רמאית" ו"שחקנית" ופעם גנבה מכיסו 5,000 ₪. לדברי חסיין, סיפור זה גרם לו לאבד את האמון שרחש למתלוננת ולכן הוא משער כי מטרת התלונה היא "להלביש תיק על זה ועל ג'מאל".

32. הארכתי קמעא בפירוט עדותו של חסיין, כי ניתן היה לצפות כי כמי שנכח במקום ואף יזם את המפגש, עדותו תשפוך אור על מה שאירע בין המערער למתלוננת. אולם, כפי שעמד על כך בית משפט קמא, עדותו של חסיין רק מעצימה את התהיות לגבי התפקיד שמילא באותו מפגש. מכל מקום, אין בעדותו של חסיין כדי לתמוך בגרסת המערער. נהפוך הוא, התיאור של חסיין את נסיבות הסתלקותה של המתלוננת מהבית, תומך בגרסתה, וברי כי התרחש אירוע שגרם לה סערת נפש שבגינו עזבה את הבית בחפזה ובכעס.

33. באשר לעדותו של אבו ריאד, שהמתלוננת הכחישה היכרות עמו, הרי שתוכנה אינו עולה בקנה אחד עם עדותו של חסיין. כך, למשל, אבו ריאד מספר כי חסיין היה מודע לקשר שלו עם המתלוננת ואף בילה עמם במספר הזדמנויות, בעוד שחסיין מספר שאבו ריאד גילה לו לראשונה על הקשר ביניהם כשבועיים לפני מתן עדותו. מטרת הבאתו של אבו ריאד כעד מטעם ההגנה אינה ברורה. עדותו מסתכמת בכך שהוא הכיר את המתלוננת ביחד עם חסיין, וניהל עמה קשר אינטימי. עדות זו אינה תומכת בתזת "דפוס הפעולה" הנטען, כיוון שלא עלה מעדותו טענה למין בשכר או לסחיטה, והמתלוננת לא הגישה תלונה נגדו. נהפוך הוא, לדבריו היא ביקשה להינשא לו. נראה לכאורה כי המטרה לשמה הובא אבו ריאד כעד הגנה הייתה עיסוק פסול בהיסטוריה המינית של המתלוננת כדי להשחיר את דמותה, ולא היה בעדותו כדי להשליך על מהימנותה.

34. לדידי, די באמור לעיל, כדי לדחות את טענות המערער ולהותיר את ממצאי המהימנות והעובדה של בית המשפט קמא על מכונם. למעלה מן הצורך, אפנה לדון בטענות המערער באשר לראיות הנוספות עליהן נסמך בית משפט קמא.

35. **חוות דעת מז"פ**: בבדיקת הדנ"א נבדקה דגימה שהופקה מתחתוניה של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע, וכן דגימת דנ"א שנלקחה מאיבר מינה באמצעות מטוש בבדיקה הרפואית שנערכה לה מספר שעות לאחר האירוע. בבדיקה ביוכימית התגלה חומר החשוד כזרע בתחתוניה של המתלוננת, ובהסתכלות מיקרוסקופית שנעשתה על החומר שנדגם מהתחתונים ומהמטושים לא נצפו תאי זרע. אציין שבדיון שנערך בפנינו ביום 26.12.2019 המשיבה אישרה שיש ספק אם החומר הנדגם מכיל תאי זרע. החומר שנדגם מהמטוש נבדק בבדיקות דנ"א ב-15 אתרי STR, ואתר נוסף לזיהוי מין. בחומר זה התקבלה תערובת פרופילי דנ"א שמקורה יותר מפרט אחד. הפרופיל הבולט שהתקבל בתערובת תאם את פרופיל הדנ"א של המתלוננת, והמסקנות באשר לפרט הנוסף שנמצא בתערובת הדנ"א היא כי "לא ניתן לשלול ולא ניתן לחייב את תרומתו של [המערער – י.ע] לתערובת".

לאור מסקנה זו, איני רואה להידרש לפרטי הפרטים של תהליך הבדיקה ומספר האללים שנמצאו בכל אחד מהאתרים שנבדקו (להסבר מפורט ראו [ע"פ 5459/09](http://www.nevo.co.il/case/5768471) **שוורץ נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקאות 17-20 לפסק דיני (20.7.2015)). המומחית עצמה הסבירה כי כיוון שלא מדובר בדגימה המכילה פרופיל אחד ויחיד אלא תערובות פרופילים, לא ניתן לערוך סטטיסטיקה, ולא ניתן לקבוע ממצא פוזיטיבי הן לחיוב והן לשלילה ביחס לתרומתו של המערער לתערובת הפרופילים. משכך, אני סבור כי אין לממצא זה נפקות ראייתית לחובתו של המערער.

36. בשל הקושי לזהות את הפרופיל הנוסף בתערובת הפרופילים, נערכה בדיקה נוספת שמבודדת מהתערובת את הפרופיל של המתלוננת, ובוחנת את כרומוזום Y בלבד, ב-23 אתרים. מטרת הבדיקה הייתה לבחון אם ישנה התאמה בין הפרופיל שהופק לפרופיל אחר הקיים במאגר. הבדיקה נערכה בעיקר מהדגימה שהופקה מתחתוניה של המתלוננת, שבה ניתן היה לזהות יותר בקלות את כרומוזום Y ללא המיסוך המשמעותי של הדנ"א השייך למתלוננת. בחומר זה התקבל פרופיל דנ"א מכרומוזום Y יחיד וזהה, שהושווה למאגר הפרופילים המכיל 11,393 זכרים, ולא נמצא אף פרופיל תואם. לעומת זאת בהשוואה לנתוני כרומוזום Y (ב-17 אתרים) באוכלוסייה הישראלית המונים 481 פרטים, נמצאה התאמה אחת לפרופיל שהתקבל מהחומר, והיא של אדם הנושא את שם משפחתו של המערער. המסקנה מבדיקה זו היא כי "לא ניתן לשלול את [המערער – י.ע] או כל זכר קרוב משפחה שמקורו באותה שושלת אבהית כמקור לחומר שאופיין ממוצג זה בבדיקה זו". המומחית הבהירה כי פרופיל Y עובר מאב לבן, וכן כל מה שיש בידינו הוא שמדובר בנצר לאותה שושלת.

בהתחשב בכך שהמערער לא נשלל לחלוטין כתורם אפשרי; בהסתברות הנמוכה שהמתלוננת נפגשה עם נצר למשפחת המערער באותו הערב; באזור האינטימי ממנו הדגימה נלקחה; ובהתחשב בגרסת המערער כי לא קיים עם המתלוננת מגע אינטימי כלשהו – דומה כי יש בממצא זה, גם אם אין מדובר בתאי זרע, עוד תוספת ראייתית התומכת בגרסת המתלוננת, הגם שמשקלה נמוך.

37. **תמליל שיחת הטלפון**: תמליל השיחה קצר ואביא אותו בשלמותו:

"המתלוננת: למה עשיתם לי כך?

חסיין: מה קרה לך?

המתלוננת: למה עשיתם לי כך?

חסיין: אני עשיתי לך כך, מה עשיתי לך?

המתלוננת: זה החיואן (החיה) הזה שאצלך

חסיין: הלוו

המתלוננת: אני נמצאת בתחנת המשטרה

חסיין: איזה משטרה?

המתלוננת: פה קרוב.. (לא ברור המשך המשפט)".

כאמור, נטען כי אין ראיה לכך ששיחת הטלפון בין חסיין והמתלוננת אותנטית, זאת בשל הפקתה על ידי המתלוננת בעצמה, ולא מיד בסמוך לאירוע.

אין חולק שהתקיימה שיחה בין המתלוננת לחסיין לאחר האירוע. המערער בעדותו בבית המשפט אישר כי "הוא (חסיין – י.ע) התקשר אליו הטלפון בהתחלה. ואני לא יודע מה התשובה שלה. אבל לא, לא הייתה תשובה, ואמר לה אני יודע שהוא אמר איפה את? איפה את? זהו מה אמר". חסיין בעדותו אישר כי שוחח עם המתלוננת בטלפון במהלך נסיעתה ותוכן השיחה על פי עדותו מתיישב עם תמליל השיחה בקווים כלליים. גם אם הקובץ לא משקף את השיחה במלואה, הרי שלאור התיאור הכללי שחסיין מסר, אף אני סבור, כבית משפט קמא, כי ניתן לראות בהטחת האשמה כלפיו "מה עשיתם לי" כתמיכה נוספת לגרסת המתלוננת.

38. **דו"ח הפעולה ועדויות השוטרים**: השוטרים במחסום א-זעים שהיו הראשונים לפגוש את המתלוננת לאחר האירוע, העידו על מצבה הנפשי הנסער. כך עולה מהמזכר שערכה השוטרת שחף ביום 16.8.2016, ומהודעתו של מפקד המחסום מיום 19.8.2016. עוד עולה מהודעתו כי המתלוננת שאלה אותו אם עבר במחסום ג'יפ X5 לבן, וסיפרה לו שבעל הג'יפ עונה לשם אבו טארק (חסיין – י.ע) הביא אותה והחבר שלו שאינה מכירה אנס אותה באזור יריחו.

כאמור, בדו"ח פעולה שנערך אף הוא ביום 16.8.2016 נכתב כי המתלוננת הגיעה מירושלים ליריחו יחד עם אדם בשם "חוסן אבו טורי" שאנס אותה בבית יחד עם עוד בחור שאינה יודעת את שמו. עורך הדו"ח הגיע למחסום א-זעים לאחר שדווח לו על התלונה על ידי מפקד המחסום, והעביר את המתלוננת לקבלת טיפול רפואי, לבקשתה, לבית החולים הדסה הר הצופים. בדו"ח שנערך בשעה 6:31 באותו בוקר, תיאר את התרשמותו מהמתלוננת כמפוחדת מאוד, בהלם, דיברה בגמגום, ו"על פי דבריה ככל הנראה נאנסה/הותקפה מינית בתוך יריחו". מהדו"ח עולה כי המתלוננת מסרה שהגיעה ליריחו עם אדם בשם "חוסן אבו טורי" בצירוף מספר הטלפון שלו, והוא אנס אותה ביחד עם אדם נוסף שהיא לא יודעת את שמו.

אכן, מדובר בדיווח שגוי שלא עולה בקנה אחד עם גרסת המתלוננת, אולם סבורני, כבית משפט קמא, שאין משמעות גדולה לפערים אלה, כיוון שזהו מסמך המהווה עדות מפי השמועה, ובעיקר נוכח האמור בדו"ח ולפיו המתלוננת "לא מסרה עוד פרטים, בקושי שיתפה איתי פעולה, נראתה מפוחדת ולא הרבתה לתקשר". אזכיר שוב כי הגורם הראשון עמו המתלוננת נפגשה היה מפקד מחסום א-זעים, ובמזכר שערך ביום 19.8.2016 צוינו העובדות התואמות את גרסת המתלוננת.

39. לסיכום, לאור האמור לעיל, נחה דעתי כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא, ויש להותיר הרשעתו של המערער על כנה.

**הערעור על גזר הדין**

40. בית משפט קמא השית על המערער מאסר בפועל למשך ארבע וחצי שנים, בניכוי ימי מעצרו, מאסר על תנאי למשך שנה אחת, ופיצוי למתלוננת בסך 40,000 ₪. הלכה ידועה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בגזר הדין שנקבע על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות מהותית בגזר דינה של הערכאה הדיונית, או כאשר העונש שנגזר חורג במידה קיצונית ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים (ראו, מבין רבים, [ע"פ 3091/08](http://www.nevo.co.il/case/5875466)  **טרייגר נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 11 והאסמכתאות שם (29.1.2009); [ע"פ 5221/13](http://www.nevo.co.il/case/18120105) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפסקה 14 והאסמכתאות שם (27.10.2014)). לאחר עיון בטענות הצדדים, בתסקירי המערער ובתסקיר נפגעת העבירה, איני סבור כי יש עילה המצדיקה את התערבותנו בגזר הדין.

41. גזר דינו של בית משפט קמא מפורט, ועומד על כל טענות הצדדים. המתלוננת נאנסה על ידי אדם שלא מוכר לה, בביתו, תוך שימוש בכוח, ונגרם לה בשל כך נזק נפשי קשה, כפי שעולה מתסקיר נפגעת העבירה. אדרבה, דומה כי העונש שהושת על המערער אף נוטה לקולה, לאחר שבית המשפט התחשב בגילו של המערער; במצבו הרפואי; בהיותו נעדר עבר פלילי; ובתקופה בה שהה במעצר בפיקוח אלקטרוני. לא מצאתי אפוא כי יש להקל עוד יותר בעונשו של המערער.

42. אשר על כן, ומכל הטעמים שבוארו לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופטת **ע' ברון**:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט **ע' גרוסקופף**:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט **ע' עמית**.

5129371 ניתן היום, ‏ו' באייר התש"ף (‏30.4.2020).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313ש ו פ ט | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

19039660\_E13.docx

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852\* ; אתר אינטרנט, [http://supreme.court.gov.i](http://supreme.court.gov.il/)l

י' עמית 54678313-3966/19

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)