



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני הרכב כבוד השופטים:
רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]
בטינה טאובר
תמר נאות פרי

המערערת

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד ד"ר ערן בר
פרקליטות מחוז חיפה - פלילי

נגד

המשיב

פלוני

ע"י ב"כ עו"ד עראף ועו"ד גב' נסרה (סניגוריה ציבורית)

1

2

פסק דין

(נוסח מותר בפרסום בהתאם להחלטה מיום 26.10.17)

3

4

5

השופטת תמר נאות פרי:

6

בפנינו ערעור מטעם המדינה (להלן: "המערערת") על הכרעת הדין שניתנה ביום 30.3.2017 על ידי בית המשפט השלום בעכו (כבוד השופט וויליאם חאמד) בת"פ 13-11-32325, במסגרתה הורה בית המשפט קמא על זיכוי מחמת הספק של הנאשם (להלן: "המשיב") מהעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום.

7

8

העובדות בכתב האישום –

9

1. העובדות כפי שפורטו בכתב האישום, היו הבאות: ביום 9.11.2013, שהתה המתלוננת X.X, ילידת 2006 (להלן: "המתלוננת") ביחד עם הוריה בבית מלון (להלן: "המלון"). בשעה 14:00 לערך, עמד המשיב בסמוך למעלית בקומה 0 במלון (להלן: "קומה 0"), ובעת שהמתלוננת ניגשה לעבר המעלית, החל לשוחח עמה ובהמשך תפס אותה בידיה ובמותניה, משך אותה לעבר גופו תוך שהוא מסובב אותה ומנסה להצמיד את גבה לעבר בטנו ללא הסכמתה החופשית של המתלוננת, וזאת לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. המתלוננת התנגדה למעשי המשיב וניסתה להשתחרר מאחיזתו ואז המשיב הושיט לעברה שטר של 20 ₪. בהמשך, המתלוננת השתחררה מאחיזתו של המשיב וניסתה להימלט מהמקום ואז המשיב תפס אותה פעם נוספת במותניה, ומשך אותה לעבר גופו ללא הסכמתה החופשית וזאת לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. המתלוננת התנגדה למעשי המשיב וצעקה לו "די, די", עד אשר הצליחה להשתחרר מאחיזתו ולברוח מהמקום.

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

2. על פי הנתען בכתב האישום, במעשיו כמפורט לעיל ביצע המשיב במתלוננת, שטרם מלאו לה 14 שנים, מעשים מגונים שלא בהסכמתה החופשית, ובהתאם יוחסו לו בכתב האישום שתי עבירות של מעשה מגונה – לפי סעיף 348(א) בנסיבות 345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

20

21

22

23

24



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

3. אין חולק שהמשיב שהה במלון יחד עם קבוצה מטעם המפעל בו הוא עובד (להלן: "המפעל").

הכרעת הדין בבית המשפט קמא -

4. בהכרעת הדין מצא בית המשפט קמא להורות על זיכוי של המשיב מחמת הספק. בית המשפט קמא סקר בפירוט את הסוגיות השונות שדרשו ליבון במסגרת הכרעת הדין, ולאחר שבחן את מכלול הראיות שהוצגו בפניו – מצא לקבוע כי נותר ספק סביר ביחס לאשמתו של המשיב, ולכן הורה על זיכוי. על מנת שלא להאריך בדברים יתר על המידה, יאמר רק כי בית המשפט בחן את הגרסאות של המתלוננת והמשיב, אשר שניהם לא העידו בבית המשפט, ונדרש לשאלת משקלן של גרסאות אלו והסיבות לכך שהללו לא העידו בבית המשפט (המתלוננת – בהיותה קטינה, והמשיב – מאחר ובחר שלא להעיד). בית המשפט אף נדרש לסוגיית מחדלי החקירה הנטענים בתיק ומשקלם, וכן סקר את העדויות של יתר העדים שנשמעו בפניו. בסיכומה של הכרעת הדין, מצא כאמור בית המשפט קמא לקבוע כי נותר עדיין ספק סביר ביחס לאשמתו של המשיב.

טענות המערערת בערעור -

5. המערערת טענה כי ממצאי הערכאה הדיונית שגוים הם, כי נפלו פגמים בהערכת מהימנות העדים ובאופן הסקת המסקנות מהראיות, וכי בנסיבותיו של תיק זה, לאור העובדה כי הן המתלוננת והן המשיב לא נחקרו בפני בית המשפט קמא – אין לערכאה קמא עדיפות על פני ערכאת הערעור. המערערת טענה כי קביעותיו השונות של בית המשפט קמא אינן מבוססות בחומר הראיות ואף עומדות בסתירה מוחלטת לו, ופירוטה כיצד שגה, לדעתה, בית המשפט קמא לגבי כל אחת ואחת מהסוגיות שנבחנו בהכרעת הדין. המערערת מפרטת כי גרסת התביעה הייתה אמינה וסדורה, כי חוקרת הילדים אשר חקרה את המתלוננת (להלן: "החוקרת") העריכה כי גרסתה מהימנה, כי יתר עדי התביעה תמכו בגרסה זו, ומנגד – הושם הדגש על כך שהמשיב נמנע מלהעיד, ונוכח גרסאותיו התמוהות שנמסרו במשטרה, הימנעות זו חייבת להיזקף לחובת גרסת ההגנה ולטובת גרסת המערערת. עמדת המערערת היא כי הוכחה מעל לכל ספק סביר אשמתו של המשיב – ומכאן כי יש להורות על הרשעתו בעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום ועל החזרת התיק לבית המשפט קמא לצורך גזירת הדין.

טענות המשיב -

6. בא כוחו של המשיב ביקשנו לאמץ את קביעותיו של בית המשפט קמא ולהותירן על כנן. הוא ביקש להפנות לגרסתו העקבית של המשיב, וטען כי על רקע היותו של המשיב אדם "גבולי" מבחינה מנטלית, העובדה כי הצליח לשמור על עקביות בגרסתו מעידה ביתר שאת על אמינותה. בהתייחס לכך שהמשיב נמנע מלהעיד בבית המשפט, ציין בא כוחו כי על פי סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ"), העובדה כי הנאשם בחר שלא להעיד לא יכולה לשמש סיוע לעדות המתלוננת, ובמיוחד לאור מצבו ומגבלותיו. עוד הפנה בא כוחו של המשיב לפגמים שנפלו סביב ההחלטה שלא להעיד את המתלוננת. בא כוחו של המשיב התייחס גם לסתירות בחלקים מגרסת המתלוננת, כמו גם לכך שלשיטתו, גרסת המתלוננת "זוהמה" שעה שהיא "הוכנה" לחקירה על ידי הוריה. עוד הצביע בא כוחו של המשיב על מחדלי חקירה אשר יש גם בהם כדי להחליש את גרסת המתלוננת, ולחייב את הזיכוי של המשיב מחמת הספק, כפי שקבע בית המשפט קמא.



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

דיון והכרעה -

7. לאחר עיון מעמיק בראיות, צפייה בתיעוד החזותי המוסרט, ושקילת טענות הצדדים - אמליץ לחבריי הנכבדים להרכב, לדחות את הערעור. סבורה אני שהתוצאה הסופית אליה הגיע בית המשפט קמא, היא התוצאה המשפטית הנכונה, הגם שלגבי חלק מהמחלוקות אני רואה את הדברים באופן שונה מעט מאשר האופן שבו בית המשפט קמא ראה את הדברים. אפרט את עמדתי בהתייחס לנדבכים השונים של הכרעת הדיון וההשגות של המערער לגבי כל אחד במובחן.

אי התערבות בקביעות עובדתיות -

8. בטרם ניכנס בעובי הקורה, ראשית הערה מקדימה ביחס לכלל אי-ההתערבות בקביעות עובדתיות (ע"פ 5777/15 פלוני נ' מדינת ישראל (8.8.2017)). כפי שקורה לעיתים קרובות בתיקים שעניינן עבירות מין נטענות, עסקינן בשתי גרסאות: מחד גיסא - גרסת המתלוננת, ומאידך גיסא - גרסת המשיב. ואולם, במקרה הנדון, לא נשמעו בפני בית המשפט קמא לא עדות המתלוננת (בשל כך שלא ניתן אישור להעדתה), ואף לא עדות המשיב (אשר בחר שלא להעיד בבית המשפט). בנסיבות האמורות, בכל הנוגע למובן הצר של בחינת גרסאות המתלוננת והמשיב, ברי כי אין לבית המשפט קמא יתרון מובנה על ערכאת הערעור, ובהקשר זה צודקת המערער בטענתה לפיה עסקינן בסיטואציה חריגה לכלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור (וראו את ע"פ 8630/14 פלוני נ' מדינת ישראל (19.2.2017), שם נפסק כי הרציונל מאחורי כלל אי-ההתערבות מבוסס על יתרונה המובהק של הערכאה הדיונית, אשר שומעת ורואה את העדים, וביכולתה להתרשם בצורה מיטבית ממהימנותם באופן בלתי אמצעי, אך כאשר יתרון זה מתבטל או מצטמצם, יקל הדבר על ערכאת הערעור להתערב בממצאי העובדה, כגון במקרים בהם הערכאה הדיונית קבעה ממצאים בהתבסס על התרשמות ממשמך, מחפץ או מעדות מצולמת - וראו את ההנמקות והאסמכתאות דשם).

9. עם זאת, יש לזכור כי הכרעתו של בית המשפט קמא לא נסובה אך ורק על ניתוח הדברים שמסרו המשיב והמתלוננת (זה בחקירותיו במשטרה, וזו בפני החוקרת). ההכרעה מבוססת גם על ניתוח שאר הראיות שהובאו בפני בית המשפט וגם על ניתוח העדויות של עדים שכן נשמעו בפניו של כב' השופט קמא (הוריה של המתלוננת, שלושה שוטרים, הקב"ט של המלון (להלן: "הקב"ט"), אחת מעובדות המפעל (להלן: "העובדת") והחוקרת). לכן, לא ניתן לקבל את טענת המערער לגבי אי תחולה "מוחלטת" של הלכת אי-ההתערבות. יתכן ויש צורך "להגמיש" את הלכת אי-ההתערבות במקרה הנוכחי, שכן שני המעורבים הישירים באירוע לא נשמעו בפני בית המשפט קמא; אך אין מקום לדחות כליל את ההלכה, ועיקריה עדיין חולשים על המקרה ומחייבים אותנו, עת בוחנים אנו את הראיות באספקלריה של ערכאת ערעור.

הפער בין הגרסה של המתלוננת לבין גרסת המשיב -

10. למעשה, לא הייתה מחלוקת מלכתחילה לגבי כך שהייתה אינטראקציה מסוימת בין המתלוננת לבין המשיב, שהינו אדם מבוגר, זר, גבוה ורחב, במקום מבודד יחסית בתוך המלון, ליד המעליות בקומה 0. המתלוננת הגיעה למקום לאחר ריצה במורד המדרגות, ציפתה למצוא שם את אביה שאמור היה להגיע במעלית, והופתעה לגלות כי האב לא ממתין לה במקום בו סוכם שייפגשו. מכאן, שלא



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1 יכולה להיות מחלוקת כי נקודת המוצא מבחינת הלך רוחה של המתלוננת הייתה סיטואציה מלחיצה
2 ולא שגרתית.

3 אין אף מחלוקת כי אותה אינטראקציה בין המשיב לבין המתלוננת כללה מגע פיזי, אם כי
4 הצדדים היו חלוקים לגבי היקפו ומהותו.

5 ישנה אף מחלוקת לגבי השאלה האם פנתה המתלוננת אל המשיב בדברים לפני המגע הפיזי, ואם
6 כן – מה בדיוק אמרה לו, אם כי אין חולק שבמהלך האירוע אמר המשיב למתלוננת דברים מסוימים.
7 נתון אחרון שדומה כי לא יכול להיות במחלוקת, הוא כי המתלוננת הייתה מאוד נסערת לאחר
8 האירוע, רצה לחדר של המשפחה, בכתה, והגיבה קשה כאשר ראתה שוב את המשיב לאחר מכן עת
9 בוצע הברור במלון (וראו באשר למצב הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע את עדות אביה של
10 המתלוננת, עמ' 15 לפרוטוקול וכן ת/15, את עדות הקב"ט, עמ' 28 לפרוטוקול וכן ת/17, את ת/14,
11 ואת דברי המתלוננת לחוקרת).

12 11. מכאן, שהמחלוקת מלכתחילה הייתה מצומצמת, וכללה בעיקר את השאלות: מה בדיוק היה
13 אופי המגע בין המשיב לבין המתלוננת ומה נאמר במהלך האינטראקציה.

14 תחילת הדיון תהא בסקירה מפורטת של גרסת המתלוננת למול גרסת המשיב לגבי המחלוקת
15 מעלה, ולאחר מכן אסביר מדוע מסכימה אני עם עמדת בית המשפט קמא לפיה קיימת אפשרות (אף
16 אם קלושה) שגרסת ההגנה משקפת את מצב הדברים לאשורם ומדוע קיים ספק לגבי יסודות העבירות
17 הנטענות.

גרסת המתלוננת –

18
19 12. כפי שכבר צוין, גרסתה של המתלוננת הובאה בפני בית המשפט קמא באמצעות עדותה של
20 החוקרת, לאחר שזו האחרונה לא אישרה את עדותה של המתלוננת עצמה. חקירתה הראשונה של
21 המתלוננת התקיימה ביום האירוע, בשעות הערב, בתחנת המשטרה. בהמשך לאותה החקירה קיימה
22 החוקרת גם הליך של "הובלה והצבעה" ביחד עם המתלוננת במלון, כיומיים לאחר האירוע. בתום
23 החקירה של המתלוננת, החוקרת לא הכריעה בשאלה אם המתלוננת תוכל להעיד בבית המשפט,
24 וקבעה כי בהמשך, ככל ויעלה הצורך, תידרש לשאלה זו ותכריע בה. בסמוך למועד שמיעת הראיות,
25 החוקרת מסרה כי איננה מאשרת את חקירת המתלוננת, מן הטעם כי לא התאפשר לה לשוב ולהיפגש
26 עם המתלוננת ולהעריך את יכולתה להעיד, נוכח התנגדות הוריה של המתלוננת. בהתאם, החוקרת
27 היא שהעידה בפני בית המשפט והמתלוננת לא נשמעה.

28 13. גרסת המתלוננת הייתה כי סמוך לפני האירוע היא והוריה סעדו את ארוחת הצהריים בחדר
29 האוכל במלון, עלו לחדרם, והמתלוננת ואביה לבשו בגדי ים במטרה ללכת לחוף הים. המתלוננת
30 והוריה שהו בקומה הראשונה של המלון, אשר מתחתיה מצוי הלובי של המלון והקומה שמתחת ללובי,
31 אשר כונתה קומה 0, היא הקומה אשר ממנה יש יציאה לאזור הבריכה במלון וכן יציאה לכיוון חוף
32 הים. אביה של המתלוננת מתנייד בכיסא גלגלים, וכאשר הגיעו השניים למעלית בקומה הראשונה,
33 האב התכוון לרדת במעלית והמתלוננת ביקשה ממנו שירשה לה לרדת לקומה 0 במדרגות, כך שהם
34 יפגשו ביציאה מהמעליות בקומה 0, ומשם ימשיכו לים. בעת שהגיעה המעלית לקומה הראשונה,
35 המתלוננת החלה לרדת בגרם המדרגות, בסברה כי אביה יכנס למעלית. אלא, שבשל עומס, האב



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1. התעכב והמתין למעלית הבאה, כך שהמתלוננת הגיעה לפניו לאזור המעליות בקומה 0 וחיכתה לו.
2. המתלוננת מסרה כי בסמוך למעליות בקומה 0 עמד המשיב וכי לאחר שהיא הגיעה למקום ונעמדה
3. כדי להמתין למעלית, המשיב החל לדבר איתה (כאשר את תוכן דבריו לא זכרה המתלוננת) ואז החל
4. תופס בגופה, בבטנה ובידיה, וניסה למשוך אותה לכיוון בטנו. ממשיכה ומספרת המתלוננת כי כאשר
5. הצליחה להשתחרר מאחיזתו פעם אחת, הוא ניסה לתת לה שטר כסף של 20 ₪ (להלן: "השטר"), ואז
6. הוא שב ותפס בה, עד שהצליחה להשתחרר בשנית וברחה מהמקום, רצה במעלה המדרגות עד שהגיעה
7. חזרה לחדר של המשפחה ופגשה שם באמה.

גרסת המשיב –

9. 14. המשיב מסר את גרסתו בשלוש הזדמנויות שונות – הראשונה בזמן, נמסרה לקב"ט במלון מיד
10. בסמוך לאחר האירוע. החקירה השנייה בזמן, הייתה בסביבות השעה 22:00 ביום האירוע, בתחנת
11. המשטרה, בפני חוקר "רגיל". השלישית בזמן, הייתה יומיים לאחר האירוע, בתחנת המשטרה, בידי
12. חוקר מיוחד. נתייחס אל הדברים שמסר בשלוש ההזדמנויות כאל שלוש "הודעות". המשיב עצמו בחר
13. שלא להעיד להגנתו.

14. 15. סיכום גרסת המשיב, כפי שעולה משלוש ההודעות הינה כי הוא עמד בסמוך לאזור המעליות
15. בקומה 0, כאשר כוונתו הייתה לקנות משקה או סיגריות במכונות למכירת מוצרים שהיו בסמוך.
16. המתלוננת הגיעה למקום וביקשה את סיועו במציאת אביה, ושאלה "איפה אבא". המשיב אמר לה
17. "לכי מפה", הסביר לה כי הוא "לא אבא שלה", נתן לה מכה או דחיפה עם היד שלו, ואמר לה להיכנס
18. חזרה למעלית. המשיב, החזיק את דלת המעלית על מנת שהמתלוננת תיכנס למעלית, אך היא סירבה
19. והתעקשה שלא להיכנס. המשיב אף טען כי תוך כדי האירוע עברו במקום אישה שעובדת עמו במפעל,
20. בלוויית שני בחורים נוספים, והוא ביקש מהאישה לעזור לילדה למצוא את אבא שלה, אך אותה אישה
21. סירבה, צחקה עליו ועזבה את המקום. המשיב הכחיש כי תפס את המתלוננת בידיה או במתניה או
22. משך או חיבק אותה, וטען כי רק נתן לה מכה או דחיפה עם היד שלו באזור המרפק שלה. המשיב אישר
23. כי החזיק בידו שטר, אך הכחיש כי התכוון לתת אותו למתלוננת או כי ניסה לתת לה את השטר.

חידוד המחלוקת -

25. 16. מן האמור עולה, כי עיקר הפער בין הגרסאות נסוב סביב השאלה האם המתלוננת פנתה למשיב
26. בבקשה כי יעזור לה למצוא את אביה, וסביב שאלת מהותו המדויקת של המגע הפיזי בין המשיב לבין
27. המתלוננת במהלך האירוע וכוונתו של המשיב באותו מגע פיזי.

האם התקיימה שיחה בין המתלוננת לבין המשיב?

29. 17. בתחילה מסרה המתלוננת כי המשיב החל לתקוף אותה מיד עם הגיעה לאזור המעליות, כלומר
30. שהשניים לא החליפו מילים. בהמשך, מסרה כי המשיב כן אמר לה דברים מסוימים, ורק אז החל
31. לתקוף אותה ולתפוס אותה – אך היא לא זכרה את תוכן הדברים. אני מסכימה עם עמדת בית המשפט
32. קמא ועם טענת המערערת לפיה קיימת אפשרות שילדה שנחקרת, לא תזכור את כל פרטי האירוע
33. בשלב הראשוני של החקירה וכי יתכנו אי דיוקים לגבי הסדר הכרונולוגי של הדברים, אשר אינם
34. משליכים בהכרח על מהימנות הגרסה של הילדה. לכן, העובדה שבשלב הראשון, המתלוננת לא סיפרה



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

- 1 שהיו בינה לבין המשיב חילופי דברים, ורק לאחר מכן אישרה שהיו חילופי דברים - אינה מחייבת
2 הסקת מסקנה לחובת גרסתה.
- 3 עם זאת, המתלוננת אישרה בשלב מאוחר יותר, שהמשיב כן אמר לה דברים "מסוימים" והיא
4 לא זוכרת מה נאמר – והדבר מחייב את המסקנה שהגרסה של המשיב, לגבי כך שנאמרו דברים ואף
5 לגבי תוכן הדברים (גרסה שחזרה על עצמה בכל שלוש ההודעות), אינה גרסה שאפשר בוודאות לשלול
6 והיא גרסה אפשרית.
- 7 18. בנוסף, יש לראות כי גרסת המשיב הייתה שהמתלוננת חיפשה את אביה, שאלה אותו "איפה
8 אבא", והוא אמר לה "לכי מפה" ושהוא "לא אבא שלה". היות ואין חולק שהמתלוננת המתינה לאביה
9 וככל הנראה הייתה מוטרדת מכך שהוא בושש להגיע – הגרסה של המשיב לגבי כך שהיא שאלה איפה
10 אבא בוודאי שאינה משוללת יסוד.
- 11 בית המשפט קמא כינה את ההתייחסות של המשיב להיעדרו של האב "פרט מוכמן", כלומר –
12 שהמשיב לא יכול היה לדעת שהמתלוננת מחפשת את האב, אלמלא היא אכן שאלה אותו לגבי מקום
13 הימצאו (ויש להדגיש כי הוא מסר גרסה זו לקב"ט מיד בסמוך לאחר האירוע). המערערת סבורה כי
14 המשיב יכול היה לדעת שהמתלוננת מחפשת את אביה, כי הוא הבחין בה קודם לכן בחדר האוכל (ולכן,
15 זה אינו "פרט מוכמן" ואין בו כדי לתמוך באמינות גרסת המשיב).
- 16 לשיטתי, ההסבר של המערערת אינו מניח את הדעת, ושותפה אני לדעת בית המשפט קמא לגבי
17 המשמעות של נתון זה (למרות שאולי אין המדובר ב"פרט מוכמן" במובן הרגיל של המונח). קשה
18 להניח שהגרסה של המשיב לפיה המתלוננת חיפשה את האב, שעה שהיא באמת חיכתה לו, סומכת על
19 כך שהוא ראה אותה קודם לכן בחדר האוכל והניח שאם המתלוננת נמצאת עכשיו לבד, היא בטח
20 מחפשת את האב (ויש גם לשאול, מדוע שניח שהיא מחפשת דווקא את האב ולא את האם, וראו כי
21 בחדר האוכל סעדו השלושה יחדיו – כפי שמסרה המתלוננת, ת/12ג(1), עמ' 8, שורות 33-32). כלומר,
22 שעסקין ב"צירוף מקרים" בו המתלוננת באמת מחכה לאבא שלה שהיא אמור להגיע במעלית,
23 והמשיב טוען שהיא שאלה אותו "איפה אבא" וביקשה סיוע באיתור האב. לטעמי, הדבר מלמד על כך
24 שהגרסה של המשיב, הינה גרסה אפשרית.
- 25 רוצה לומר, שלא ניתן לשלול בבירור את גרסתו של המשיב לפיה המתלוננת ביקשה ממנו סיוע
26 בחיפוש אחר אביה, והוא ניסה לשכנעה לעלות למעלית כדי לחפש את אביה למעלה – כפי שקבע בית
27 המשפט קמא.
- 28 **מה היה בדיוק אופן המגע הפיזי בין המשיב לבין המתלוננת ?**
- 29 19. לטענת המערערת, המתלוננת חזרה באופן עקבי בגרסתה על הטענה לפיה לאירוע היו שני שלבים.
30 בשלב הראשון, המשיב תפס במתלוננת וניסה להצמידה אל גופו, היא הצליחה להשתחרר מאחיזתו,
31 ואז התרחש השלב השני, במהלכו המשיב שוב אחז במתלוננת ושוב ניסה להצמידה אל גופו – אך היא
32 הצליחה להשתחרר מאחיזתו פעם נוספת וברחה בחזרה לחדר. לטענת המערערת, תיאור דו-שלבי זה
33 היה מהימן והוא שולל את האפשרות שהמגע בין השניים יכול היה להיות כפי שמתאר המשיב. לשיטת
34 המערערת, ההתנהגות הדו-שלבית שוללת את האפשרות שהמשיב "רק" ניסה לשכנע את המתלוננת
35 להיכנס למעלית, כפי שהוא טוען, ולא יכול להיות שהמתלוננת פירשה לא נכון את המעשים.



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

20. עמדתי היא כי בדין קבע בית המשפט קמא שנותר ספק סביר בהתייחס לאופן התרחשותו המדויק של האירוע, מהבחינה הפיזית. ואפרט.
21. לאחר שצפיתי אף אני בתיעוד החזותי של חקירותיה של המתלוננת, לטעמי נותרה אי בהירות מסוימת לגבי תיאור האירוע ואופן המגע הפיזי בין המתלוננת לבין המשיב. אינני בטוחה שהספק מקורו דווקא בתמיחה שאותה העלה בית המשפט קמא, ביחס לאופן תפיסת המתלוננת שעה שהיא תיארה כי עמדה בצמוד לקיר. המתלוננת הסבירה בחקירתה כי היא זוכרת שהמשיב תפס וסובב אותה, וכי היא ניסתה להתרחק ממנו ולצאת מאזור המעליות לכיוון המדרגות מהן באה. לדעתי, הסבריה של המתלוננת בהקשר זה, דווקא מתיישבים עם תיאור המיקומים שלה ושל המשיב עובר לאירוע.
- עם זאת, הגרסה של המתלוננת ביחס לאופן התפיסה על ידי המשיב, לא הייתה מספיק קוהרנטית, על מנת לבסס על דברים אלו גרסה עובדתית ברורה וחד משמעית לצורך הרשעה בפלילים. מהדברים שהיא הסבירה והדגימה לחוקרת, עולה כי למעט המגע של הידיים של המשיב בגופה, לא היה מגע של גוף לגוף בינה ובין המשיב – כלומר, שהמשיב לא הצמיד את גופה אל גופו (ת/12ג1), עמי 17, עמ' 25) ולא ברור היכן בדיוק הוא "תפס" אותה. המתלוננת תיארה שהמשיב "תפס" אותה מצד שמאל, שכן הוא עמד משמאל אליה, וסובב אותה, אך לא הייתה בטוחה האם סובב אותה כשגבה אליו או כשבטנה אליו – נתון עובדתי שהוא בעל משמעות והיה מצופה שהמתלוננת תוכל לזכור ולציין במדויק (ת/12ג1) עמ' 17). בהמשך מסרה שלאחר שהצליחה להשתחרר רגעית, תפס בה המשיב שוב, אך הפעם – כדבריה – הוא לא תפס אותה בידיה, ובנקודה זו, המתלוננת לא הייתה בטוחה בעדותה (ת/12ג1) עמ' 20). עדותה של המתלוננת באשר לשאלה האם המשיב תפס אותה בשתי ידיו או רק ביד אחת, גם היא לא הייתה ברורה לחלוטין (ת/12ג2), עמ' 3).
- כלומר, שלמרות שהמתלוננת אכן הותירה רושם טוב על החוקרת, וניתן אכן להתרשם מתיאוריה הקולחים אשר חזרו על עצמם בחקירה הראשונה וב"הובלה והצבעה" - עדיין לא ניתן להבין באופן מספיק ברור כיצד המשיב "משך אותה לעבר גופו", פעמיים, כפי שמצוין בכתב האישום.
22. את האמור יש לראות על רקע גרסתו של המשיב לפיה הוא ניסה לשכנע את המתלוננת להיכנס למעלית על מנת לסייע לה למצוא את אביה, כאשר הוא מסביר שדחף אותה עם היד שלו, ויכול להיות שניסה לדחוף אותה לעבר המעלית באופן קצת יותר נמרץ, תוך שהיד שלו אוחות במותן שלה או בכתף שלה ולא "רק" במרפק שלה. ככל שהמשיב ניסה להדוף את המתלוננת לעבר המעלית, או אף לתוך המעלית, הפעולה לא שונה בהרבה מהפעולה שהמתלוננת מתארת.
- יתירה מכך. אין בגרסה זו של המשיב כדי לשלול את גרסת המתלוננת לגבי כך שהמגע הפיזי כלל שני "שלבנים", בהינתן שכל האירוע התרחש משך זמן קצר בלבד. כלומר, לא מן הנמנע שהמשיב ניסה לתפוס או לדחוף את המתלוננת באזור המרפק (או אף במותנים), ולכן מסרה המתלוננת כי המשיב חיבק אותה, כאשר לרגע המתלוננת הצליחה להשתחרר אך הוא שב וניסה לאחוז בה במטרה להביאה לעלות למעלית. יש לציין כי הן מגרסת המתלוננת והן מגרסת המשיב עולה כי במהלך ניסיונה של המתלוננת להתרחק מהמשיב, היא נעמדה בפינה של המעליות, וראו כי המתלוננת הדגימה זאת בצורה ברורה בתיעוד ההובלה והצבעה שנערך עמה, ואף המשיב ציין בחקירתו כי היא עמדה בפינת המעליות,



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1 בטרם הסתיים האירוע והיא הלכה מהמקום. אותה הפינה מצויה בצמוד לדלת של אחת מהמעליות,
2 ולכן גם בתיאור זה יש כדי לחייב את המסקנה שהגרסה של המשיב אפשרית, כלומר - שכוונתו הייתה
3 להביא את המתלוננת לעלות למעלית, ולא לבצע בה מעשה מגונה.

4 23. מכאן, שלא ניתן לשלול באופן ברור את האפשרות שהמגע היה דחיפה לעבר המעלית ולא ניסיון
5 לחבק את המתלוננת או ניסיון להצמיד את הגוף שלה לגוף של המשיב.

מהות המגע ומטרתו -

7 24. יש להבהיר בשלב זה חד משמעית כי יצירת מגע פיזי מטעם אדם בוגר כלפי ילדה זרה היא
8 התנהלות פסולה, קל וחומר ניסיון לתפוס, לדחוף, לשכנע או לכפות באופן פיזי כלשהוא על ילדה זרה
9 להיכנס למקום כלשהוא, ולבטח לתוך מעלית. התנהגות זו ראויה לגינוי ואיננה מקובלת. עם זאת,
10 שעה שקיימת אפשרות (ולו דחוקה) כי זו הייתה פעולתו של המשיב וכי אלו היו כוונותיו – בוודאי שלא
11 ניתן לומר שהוכח מעבר לכל ספק שהוא פעל לביזוי, גירווי או סיפוק מיני.

12 25. לא זאת אף זאת. אף אם הייתי מגיעה למסקנה שגרסת המתלוננת לגבי התיאור הפיזי של המעשה
13 כן הוכחה מעבר לכל ספק סביר, כלומר - שהמשיב ניסה לקרב את גופו לגופה של המתלוננת פעמיים,
14 לא בטוח שהוכח מעבר לכל ספק סביר כי הכוונה הייתה ביזוי, גירווי או סיפוק מיני (ויודגש כי
15 המתלוננת לא טוענת שהגוף שלה נגע בגוף של המשיב, אלא שהוא רק ניסה לקרב את גופו לגופה).
16 המערערת טענה בבית המשפט קמא כי "מטיב המעשה והמעשים החיצוניים של המשיב, ניתן להסיק
17 באופן חד משמעי וברור כי התקיים אצל המשיב גם היסוד הנפשי הנדרש", לפיו עשה את המעשה לשם
18 גירווי, סיפוק או ביזוי מיניים. לא ברור לי על מה סומכת עמדה זו, שכן לא הוכח ברמת ההוכחה
19 הנדרשת כי טיב המעשה מחייב את המסקנה כי עסקינן במעשה מגונה (אף אם נקבל את גרסת
20 המתלוננת), ולא ברור לי מהם "המעשים החיצוניים" הנטענים.

21 26. מכאן שאף לא ניתן היה לקבוע שהוכח היסוד הנפשי של עבירת המעשה המגונה. נותרה אפשרות
22 לפיה אחיזתו של המשיב במתלוננת לא נועדה לשם מעשה מיני אלא מתוך רצונו של המשיב "לשכנע",
23 באופן פיזי ומילולי, את המתלוננת להיכנס למעלית או מתוך רצון אחר – ואפשרות זו מותרת ספק
24 סביר באשר להתקיימות יסודות העבירה.

25 27. בהקשר זה יש לתת משקל לעובדה כי אין עסקינן במשיב "רגיל", ואין מחלוקת כי המשיב סובל
26 ממוגבלות מסוימת. בחוות דעת ועדת האבחון מיום 9.1.2014 צוין כי אצל המשיב קיימת הנמכה
27 חלקית בתחום האינטלקטואלי, וכן הנמכה בתחום ההסתגלותי, הנובעת גם מחסכים משפחתיים
28 וסביבתיים, וכי המשיב מתפקד ברמה שאינה פיגור שכלי אך ברמה גבולית (להלן: "חוות הדעת").
29 הגם שמוגבלות זו או אחרת אינה בבחינת היתר לחרוג מסטנדרט ההתנהגות המצופה מאדם כלפי
30 קטינים במרחב הציבורי, יש צורך לקחת בחשבון את המוגבלות של המשיב כאשר אנו שוקלים את
31 האפשרות שמעשיו של המשיב לא היו מיניים במהותם, או שכוונתו לא הייתה מינית, ורק ייצגו ניסיון
32 כושל ופסול של המשיב להביא את המתלוננת לעזוב את המקום, מסיבה שאיננה ברורה עד תום ובאופן
33 שאדם שאינו סובל ממוגבלות לא היה נוקט בו.



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

סיכום ביניים עד כה –

- 1
28. סקרנו עד כה את הגרסה של המתלוננת למול הגרסה של המשיב, ומן המקובץ עולה כי כאשר אנו
2 בוחנים את שתי הגרסאות - נותר ספק מסוים. אם קיימת אפשרות שהמתלוננת ביקשה מהמשיב
3 לסייע לה למצוא את אבא, אז גם קיימת אפשרות שהמעשה הפיזי היה במסגרת ניסיון שלו להזיז
4 אותה לעבר המעלית בעודה מנסה לחמוק ממנו, ויש גם ספק לגבי התקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש.
5 למותר להזכיר כי אין עסקינן בהליך אזרחי בו אנו נדרשים לבחון מי משתי האפשרויות מסתברת
6 יותר, ואולי לו זה היה המבחן - הייתי מכריעה לטובת גרסת המתלוננת. דא עקא, שעסקינן בהליך
7 פלילי, ויש לבחון אם אין כל ספק שרק גרסת המתלוננת אפשרית ושאינן כל אפשרות שגרסת המשיב
8 היא הנכונה. לטעמי, כפי שהסיק בית המשפט קמא, נטל ההוכחה ברף הפלילי - לא הורם.
9
29. לשיטתי, די באמור כדי לחייב את המסקנה בדבר דחיית הערעור כבר בשלב זה, ועם זאת, למען
10 שלמות התמונה, נמשיך את הדיון ונתייחס לנושאים נוספים שנסקרו בהכרעת הדין.
11
- המשמעות של אי העדת המתלוננת עצמה -
30. בבית המשפט קמא נטען מטעם המשיב, כי שעה שהחוקרת לא קבעה האם המתלוננת כשירה
13 להעיד ולא פגשה בה סמוך למועד שמיעת הראיות כדי לקבל החלטה עדכנית בנדון - אין לקבל את
14 עדות החוקרת כעדות קבילה, שכן עסקינן בעדות שמועה. בית המשפט קמא דחה טענה זו וקבע כי
15 עדות החוקרת קבילה.
16
31. היות ואין ערעור שכנגד מטעם המשיב לגבי קביעה זו, דומה כי אין צורך להרחיב את הדיון
17 בנושא, אך אני מוצאת להעיר כי ההתנהלות בנושא זה בוודאי שאינה מחזקת את ראיות המערערת.
18 לא הובהר עד תום אם המתלוננת הייתה יכולה להעיד, אם לאו. המתלוננת לא העידה - לא בגלל
19 שהחוקרת סברה שהיא לא יכולה להעיד, אלא בגלל שההורים סירבו לאפשר לחוקרת לבדוק את
20 כשירותה להעיד. במועד האירוע הייתה המתלוננת בת כ-8 שנים, ובעת שמיעת הראיות בתיק בבית
21 המשפט קמא - בת 10 שנים לערך. מצפייה בחקירתה המוסרטת של המתלוננת עלה כי עסקינן בילדה
22 חכמה, בוגרת ורהוטה. לכן, הגם שאין ספק כי החוקרת ביצעה עבודתה באופן יסודי ומקצועי, ייתכן
23 ואם הייתה המתלוננת מעידה - ניתן היה להבהיר נקודות עובדתיות מסוימות שלא הובהרו עד תום
24 במסגרת חקירתה על ידי החוקרת. מכאן, שההתנהלות אינה פוגעת בקבילות העדות של החוקרת, אך
25 היא מותירה פתח לסברה שניתן היה ללבן יותר לעומק היתכנות גרסת המשיב.
26
- האם שאר עדי המערערת תומכים בגרסת המתלוננת?
32. כאמור, בפני בית המשפט קמא העידו אמה ואביה של המתלוננת, החוקרת, שני חוקרי המשטרה
28 שחקרו את המשיב בשתי חקירותיו, שוטר הסיור אשר עצר את המשיב במלון, הקב"ט והעובדת.
29
33. מעדותה של אמה של המתלוננת, אשר שמעה מפיה של המתלוננת את אשר חוותה מיד לאחר שזו
30 האחרונה נמלטה בחזרה לחדר, עלה כי המתלוננת מסרה לה שהמשיב משך אותה בכוח וחיבק אותה
31 והיא אמרה לו "די די" וניסתה להתרחק ואז המשיב תפס אותה שוב והיא הצליחה לברוח לחדר. עוד
32 מסרה האם כי בעת שהגיעה המתלוננת חזרה לחדר היא הייתה בפאניקה, וגם כאשר זיהתה את
33 המשיב בלובי של המלון המתלוננת חיבקה אותה ורעדה (ת/16, וכן עמ' 17-16 לפרוטוקול).
34



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

- 1 34. אביה של המתלוננת פגש בה רק לאחר שהמתלוננת זיהתה את המשיב בלובי של המלון, ומסר
2 בהקשר זה כי המתלוננת סיפרה שהמשיב התקרב אליה וניסה לקרב אותה אליו בחיבוק ואז היא
3 אמרה לו שיעזוב אותה וברחה לכיוון החדר. האב תאר כי המתלוננת הייתה נסערת, מפוחדת ובכתה
4 באופן היסטרי (ת/15, וכן עמ' 15-16 לפרוטוקול).
- 5 35. הקב"ט מסר כי כשפגש את המתלוננת ואמה בלובי המתלוננת בכתה, והאם תיארה בפניו כיצד
6 המתלוננת פגשה בקומה 0 באדם מבוגר שניסה לגעת בה ולנשק אותה ולהכניס אותה בכוח למעלית
7 (ת/17, עמ' 28-29 לפרוטוקול).
- 8 36. העובדת מסרה כי כאשר הגיעה ללובי, פגשה באם ובמתלוננת, כאשר המתלוננת בכתה והייתה
9 נראית מפוחדת. העובדת הסבירה כי האם מסרה לה באותו מעמד שאחד מהעובדים של המפעל
10 "הבהיל את הילדה" ונגע לה ביד, ובהמשך התברר לה שמדובר במשיב. בנקודה זו יובהר, כי מהעדות
11 של העובדת במשטרה עולה כי היא מסרה שהאם אמרה לה שהמשיב הבהיל את המתלוננת, ולא
12 התחיל אותה, כפי שצוין בשגגה בהכרעת הדין קמא. העובדת מסרה כי כאשר המשיב הגיע ללובי,
13 המתלוננת החלה לבכות ולרעוד, וכי באותו שלב המשיב פנה אליה (אל העובדת) ואמר לה "אני לא
14 עשיתי כלום" (ת/14).
- 15 37. אם נסכם את העולה מעדי המערערת בבית המשפט קמא, נראה כי עדותם סיפקה תימוכין לעצם
16 התרחשותה של אינטראקציה בין המשיב לבין המתלוננת ולכך שהמתלוננת הייתה מאוד נסערת
17 בעקבות הדברים ודיווחה על הדברים מיידית ללא כל שיהוי, אך הם לא סיפקו תימוכין ממשיים בכל
18 הנוגע לשאלות "הליבה" לגבי אופן התרחשות האירוע עצמו, הדברים שנאמרו ומהות הנגיעה
19 במתלוננת. יש לראות כי נמסרו כמה עדויות לגבי הדברים שמסרה המתלוננת – אך הן לא היו תואמות
20 במאת האחוזים, ולדוגמא – נפנה לדברים שמסרה אמה של המתלוננת, כאשר גרסה אחת הייתה לגבי
21 ניסיון לקרב בחיבוק, הקב"ט שמע מהאם על ניסיון לנשק את המתלוננת (ואפילו המתלוננת לא מסרה
22 תיאור שכזה), תיאור נוסף היה לגבי ניסיון להכניס את המתלוננת למעלית בכוח (כפי שטוען המשיב),
23 והעובדת שמעה מהאם כי המשיב "הבהיל אותה ונגע לה ביד" (ואף המשיב טוען כי נגע לה ביד).
- 24 עדויות אלו אמנם חיזקו את הגרסה של המתלוננת בכל הנוגע למצבה הנפשי המערער לאחר
25 האירוע, אבל אין בחיזוק זה לבדו כדי לבסס את העדות ביחס למהות המעשים עצמם. יש עוד לזכור
26 כי בהחלט ניתן להבין את סערת הרגשות של המתלוננת, גם אם אין עסקינן במעשה מיני במהותו, שעה
27 שמדובר בסיטואציה שבה המתלוננת לא מצאה את אביה, נתקלה בגבר זר במקום מבודד, זה האחרון
28 דיבר עמה, נגע בה, ניסה לשכנע אותה להיכנס למעלית ואולי אף הדף אותה פעמיים לעבר המעלית
29 בעודה מנסה לחמוק. ברור שהמתלוננת הצעירה תיבהל ותפחד, בין אם עסקינן במעשה מגונה ובין אם
30 הדברים היו כפי שטענה ההגנה.
- 31 לפיכך, עדי המערערת שנשמעו בבית המשפט קמא, ואשר לגביהם בוודאי שחל כלל אי-
32 ההתערבות, לא שכנעו את בית המשפט קמא כי גרסת המערערת הוכחה מעבר לכל ספק סביר – ולא
33 מצאתי שיש מקום להתערב בקביעה זו.

34
35



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

האפשרות שעדות המתלוננת "זוהמה" –

1
 2 38. בית המשפט קמא מתייחס בהקשר זה לנתון אותו מסרה המתלוננת עצמה בחקירתה, ביחס לכך
 3 שלאחר האירוע **ובטרם** נחקרה על ידי החוקרת, היא ערכה עם הוריה "תרגול" ושחזור של מהלך
 4 האירועים, על מנת שהמתלוננת תוכל לזכור בדיוק מה קרה. בית המשפט קמא מציין כי אמנם
 5 החוקרת שאלה את המתלוננת בדבר אותו תרגול, אלא ששאלותיה התמקדו רק בתיאור השחזור ואופן
 6 ביצועו, והיא לא שאלה את המתלוננת שאלות שנועדו לבחון האם גרסתה עובר לאותו תרגול ולאחר
 7 אותו תרגול השתנתה. בית המשפט קמא מציין כי המתלוננת הסבירה בחקירתה, כי היא והוריה ידעו
 8 שתתנהל חקירה וסברו כי היא תתבצע במלון, ואז היא ואמה הדגימו את האירוע (כאשר האם
 9 "משחקת" את המתלוננת והמתלוננת "משחקת" את המשיב). בית המשפט קמא אף מציין כי האם
 10 והאב (אשר נכח גם הוא באותו "תרגול"), לא מצאו לנכון לציין את דבר קיומו של "התרגול"
 11 בחקירותיהם במשטרה (אם כי מלוחות הזמנים עולה שייתכן וחקירת האם בוצעה לפני ה"תרגול"),
 12 והם אף לא ציינו זאת בעדותם בבית המשפט.

13 39. אני שותפה לתמיהה שמעלה בית המשפט קמא בהקשר זה, לחובת גרסת המערערת. יכול להיות
 14 שה"תרגול" טבעי מבחינת ההורים והמתלוננת, ויכול להיות שהוא לא גרם לשינוי כלשהו בגרסת
 15 המתלוננת, אך היה מקום לחקור בהקשר זה, לברר מה בדיוק בוצע ונאמר, ולהציג ראיות לגבי כך
 16 שנשללת כל אפשרות שהעדות של המתלוננת בפני החוקרת הושפעה באופן זה או אחר מה"תרגול"
 17 המקדים. אמנם, החוקרת טענה כי לפי התרשמותה, העדות של המתלוננת לא "זוהמה" (עמ' 21
 18 לפרוטוקול שורות 17-23), אך היה מקום להציג שאלות לגבי נושא זה בפני ה**הורים**, ולא להסתפק
 19 בהתרשמות של החוקרת על סמך התרשמותה מהמתלוננת. ויובהר, כי אף אם המתלוננת אמינה, יש
 20 לזכור כי המדובר בילדה צעירה וקשה לבסס ממצאים לגבי האפשרות שהיא הושפעה מ"התרגול" (אף
 21 אם שלא במודע), על יסוד דברים שהיא עצמה מוסרת בלבד. אי ליבון הנושא עם ה**הורים** מכרסם
 22 במידה מסוימת בגרסת המערערת.

המשמעות הראייתית של הימנעות המשיב מלהעיד -

23
 24 40. כפי שכבר צוין מעלה, המשיב החליט שלא להעיד.
 25 בהקשר זה חלות הוראות סעיף 162 לחסד"פ, אשר כותרתו "שתיקת הנאשם", המורות כך:

- 26 "162. (א) הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של
 27 התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא
 28 תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון הראיות (הגנת ילדים),
 29 תשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של
 30 אנשים עם מוגבלות.
 31 (ב) הימנעות הנאשם מהעיד לא תשמש ראיה לחובתו, אם התקבלה
 32 חוות דעת מומחה שלפיה הנאשם הוא אדם עם מוגבלות שכלית או
 33 אדם עם מוגבלות נפשית כהגדרתם בחוק הליכי חקירה והעדה של
 34 אנשים עם מוגבלות, ובשל מוגבלותו כאמור הוא נמנע מהעיד."

35 41. בית המשפט קמא קבע כי יש ליישם את החריג הקבוע בסעיף 162(ב) על המקרה, ולשיטתו אין
 36 לראות בנסיבות המקרה הנדון את הימנעות המשיב מלהעיד כחיזוק לראיות התביעה, בשים לב
 37 למוגבלותו השכלית של המשיב, כפי שעולה מחוות הדעת לפיה המשיב מתפקד ברמה קוגניטיבית



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

- 1 גבולית, כפי שעולה מהעדויות של השוטרים ושל העובדת וכן מהעובדה שהמשיב נחקר בפועל על ידי
2 חוקר מיוחד. בית המשפט קמא הוסיף וציין כי גם אם שגה בקביעתו זו, הרי שעדיין הימנעות הנאשם
3 מלהעיד אינה בבחינת ראייה עצמאית, ולכן אין בה כשלעצמה כדי לסייע, כאשר משאר ראיות
4 המערערות נותר ספק סביר ביחס לאשמה.
- 5 42. המערערות טענה כי בית המשפט קמא שגה בהקשר זה, שכן החריג שבסעיף 162(ב) לא חל, הואיל
6 ובחוות הדעת לא כתוב שהמשיב "בעל מוגבלות שכלית אשר בשלה נמנע מלהעיד". לשיטת המערערות,
7 היות ושלוש ההודעות של המשיב היו "תמוהות" (כהגדרתה) והיות והוא סתר את עצמו - היה עליו
8 להעיד, ולכן שגה בית המשפט קמא כאשר קבע ששתיקת המשיב אינה מהווה סיוע או חיזוק לגרסת
9 המערערות.
- 10 43. אני מסכימה עם המערערות כי לא היה מקום לקבוע שחל החריג, שכן חוות הדעת אינה מתייחסת
11 מפורשות ליכולתו של המשיב להעיד ולא ניתן לבסס מסקנה לגבי החריג על הדברים שמסרו העדים
12 או על כך שהמשיב נחקר על ידי חוקר מיוחד (והשוו לע"פ 2406/09 אלבו נ' מדינת ישראל (15.9.2010)).
13 עם זאת, אין בכך כדי לשנות את המסקנה הסופית.
- 14 על פי לשון החוק, הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש כחיזוק או כסיוע לראיות שהביאה התביעה,
15 אך הקביעה באשר להיותה חיזוק או סיוע היא בהכרח תלויה נסיבותיו. כלומר, שאין עסקינן בחיזוק
16 או סיוע "אוטומטיים" ויש לבחון את הסיבה להימנעות ואת שאר הנסיבות. במקרה הנוכחי, לא
17 מצאתי כי הימנעות המשיב מלהעיד יכולה לשמש חיזוק או סיוע כפי שטוענת המערערות.
18 ראשית, אפנה לע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 221, 328, לאמור:
- 19 "עדיין במשפט פלילי עסקינן, ועל התביעה להוכיח תחילה את יסודות העבירה.
20 שתיקתו של נאשם יכולה אך לחזק ואף לסייע לראיות התביעה, מקום שהן
21 טעונות סיוע (סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982). אבל מקום
22 שיסודות העבירה לא הוכחו אף לכאורה, אין שתיקתו של נאשם יכולה להיזקק
23 לחובתו."
24
- 25 שנית, המשיב מסר שלוש הודעות ביחס למהות האירוע, ואני נוטה להסכים עם הערכתו של בית
26 המשפט קמא לפיה גרסתו בשלוש ההודעות הייתה גרסה עקבית למדי. אמנם, לקב"ט הוא מסר שהוא
27 ירד לקומה 0 כיון שהתכוון ללכת לבריכה, ולעומת זאת - בהמשך הוא מסר לחוקרים שהוא רצה
28 לקנות משהו (משקה חם או סיגריות); אך פרט לסתירה לגבי נתון זה - גרסתו של המשיב בשלוש
29 ההודעות הייתה יחסית קוהרנטית (ובוודאי שכך לגבי "הגרעין הקשה" של הגרסה). לכן, אין עסקינן
30 בנאשם ששתק בחקירותיו במשטרה ומסר "לספר את הסיפור שלו" לבית המשפט, או בנאשם שמוסר
31 במשטרה גרסאות שונות וסותרות - שאז היינו מצפים שירגיש "חובה" להעיד ולהסביר את הסתירות
32 השונות. המדובר במי שמסר את הגרסה בשתי החקירות במשטרה והחליט שלא להעיד בבית המשפט.
33 רוצה לומר, שיש לשקול את המשמעות הראייתית של ההחלטה להימנע מעדות, גם בזיקה לשאלה אם
34 קיימת כבר בפני בית המשפט גרסה מסוימת של הנאשם, מה טיבה של הגרסה ובאילו נסיבות הוצגה
35 גרסה זו.
- 36 שלישית, כאשר שוקלים אם שתיקת המשיב יכולה להוות חיזוק או סיוע לראיות המערערות, יש
37 לתת משקל מסוים למצבו המיוחד של המשיב במקרה הנוכחי ולמגבלותיו. לא ניתן להתעלם מנתון



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1 זה. אמנם לא חל על המשיב החריג הנסקר מעלה, אך יש במקרה הנדון "קרבה לחריג", שהיא בעלת
2 משמעות. ההחלטה של המשיב (ככל הנראה ביחד עם בא כוחו) שלא להעיד, בוודאי שנובעת, בין היתר,
3 גם ממצבו המיוחד של המשיב והיותו "גבולי", והדבר מכרסם במידת מה בעמדה של המערערת לפיה
4 המשיב נמנע מלהעיד רק בשל שחשש להיות חשוף לחקירה נגדית לגבי גרסתו, היות ו"יש לו מה
5 להסתיר".

6 רביעית, מאחר ואף המתלוננת לא העידה, ועדותה של החוקרת סומכת על סעיף 9 לחוק לתיקון
7 דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955, ומאחר ומכוח סעיף 11 לאותו החוק נדרש סיוע על מנת
8 להרשיע על סמך עדות שכזו, יש לראות כי ממילא שתיקת הנאשם אינה יכולה להוות סיוע לעדות של
9 החוקרת, בשים לב להוראות סעיף 162(א) סיפא שהובאו מעלה.

10 44. פועל יוצא מן האמור הוא, שאף אם קביעת בית המשפט קמא באשר לתחולת החריג שבסעיף
11 162(ב) הייתה שגויה, אין בכך כדי לשנות את התוצאה הראייתית הסופית.

מחדלי חקירה –

13 45. בית המשפט קמא נדרש לטענות השונות ביחס למחדלי החקירה. לשיטתי, הנושא היחיד
14 שמעורר קושי הינו שלא בוצע ניסיון לאתר את אותה האישה שהמשיב טען שראתה אותו ביחד עם
15 המתלוננת בשעת האירוע. נזכיר כי המשיב טען שאותה אישה עברה במקום (בליווי גבר נוסף או
16 שניים), ולטענתו – לא רק שהיא ראתה את האירוע אלא שהוא אף ביקש ממנה לעזור למתלוננת לאתר
17 את אביה. ברור שאם הייתה "אישה" שכזו, והייתה אליה פנייה כאמור – הדבר מחזק משמעותית את
18 גרסת המשיב (ובמיוחד שעה שהמתלוננת אמרה שבכלל לא היו עוד אנשים בסמוך אליה ואל המשיב
19 בזמן האירוע).

20 המשיב לא ידע למסור את שמה של "האישה" או תיאור מספיק ברור שלה. במצב דברים רגיל,
21 היה מקום לומר שאין אפשרות ריאלית לחפש אותה בינות לכל באי המלון באותו היום. אלא שהמשיב
22 טען שהיא הייתה מהמפעל. האורחים מקרב המפעל לא היו כה רבים וזהותם הייתה ידועה. בוצע
23 ניסיון בודד לברר עם עובדת אחת אם יכול להיות שהיא "האישה" הנעלמת, והתברר שזו לא היא.
24 מעבר לכך, לא בוצעו כל ניסיונות לברר מי היא "האישה" המדוברת, או אם היא קיימת בכלל.

25 אמנם, לא ניתן לצפות שבכל חקירה תבוצענה כל פעולות החקירה האפשריות הקיימות, ולא כל
26 מחדל חקירה יכול לעורר ספק, ולו סביר (ע"פ 216/16 רדיאדה נ' מדינת ישראל (2017.1.29)). בנוסף,
27 יש לראות כי בית המשפט קמא מצא שלא היו מחדלי חקירה – ואין בפנינו ערעור שכנגד מטעם המשיב
28 לגבי קביעה זו.

29 לכן, לא אומר כי היו בוודאות מחדלי חקירה שמחייבים זיכוי, אך האמור מעלה מצטרף לשאר
30 הנימוקים לכך שקיימים סימני שאלה שמחייבים קביעה בדבר ספק סביר.

סיכום –

32 46. נוכח כל האמור מעלה, אם תתקבל עמדתי, נורה על דחיית הערעור.
33 המדובר במקרה בו בית המשפט קמא מצא שגרסת המערערת לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר –
34 ואין מקום להתערב בקביעה זו (כאשר באשר למהותו של הספק הסביר, לא מצאתי להרחיב – ואפנה
35 למאמר של עמנואל גרוס ומיכל עורקבי, 'מעבר לספק סביר', קרית המשפט א, 229 (2001), לספרו של



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1 מ. לינדנשטראוס **על הספק הסביר: סוגיות נבחרות**, מהדורה שניה, עמ' 42 ועמ' 372; ובדומה, אפנה
2 למאמר של יניב ואקי ומאיה רוזנשיין **'בין זיכוי' 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'**, ספר
3 דויד וינר, עמ' 489, לרבות בנוגע להבדל שבין זיכוי לבין זיכוי מחמת הספק).

4 אסיים מציטוט מההקדמה לספרו של יניב ואקי **'מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין**
5 **הפלילי'**, הוצאת נבו (2013), המציע מודל לקביעת רף הוכחה פלילי "משתנה" שייגזר מחומרת
6 העבירה. את ההקדמה כתב כב' השופט רובינשטיין, ואפנה לקטע מעמ' 16, לאמור:

7 "כשלעצמי סברתי כי **"הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי**
8 **ידו של השופט רועדת בבואו לחתום על הרשעה"** (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת
9 ישראל, בפסקה ד(2) לחוות דעתי (4.6.2006)). רעדת היד היא שידורו של הקול הפנימי,
10 אותו ה"אישון" – "איש קטן" שעליו דיבר השופט מישאל חשין בדנ"פ 3391/03 בן-ארי
11 נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377,477 (1997). סוף דבר, וכנהוג לומר, **"כאשר יש ספק –**
12 **אין ספק"** (ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, בפסקה ט"ו לפסק דיני (26.7.2012)).
13

שתי הערות נוספות –

14
15 47. חשוב להבהיר כי אין להבין מהדברים שהמתלוננת איננה אמינה או כי גרסתה שקרית. המתלוננת
16 עושה רושם כילדה בוגרת, חכמה מאוד, רהוטה בדבריה, והיא מסרה את גרסתה באופן עקבי וברור
17 המשדר אמינות. ואולם, כבר נפסק בעבר כי יתכנו גם מקרים בהם עדות המתלוננת אמינה, ועדיין -
18 נותרים ספקות המחייבים זיכוי. אפנה, כדוגמה, למקרה שהתברר בע"פ 7653/11 **ידען נ' מדינת ישראל**
19 (26.7.2012), שם אושר זיכוי הנאשם מחמת הספק, למרות שעדותה של המתלוננת הותירה רושם
20 מהימן על שופטי ההרכב בבהמ"ש המחוזי, וכך כתב כב' השופט זילברטל:

21 "... סבורני כי יש לזכות את המערער מחמת הספק. כל התמיהות שהעליתי לא באו
22 לומר כי לא היו דברים מעולם או כי המתלוננת אינה דוברת אמת. כל אחד מסימני
23 השאלה, כשלעצמו, לא בהכרח היה מביא אותי למסקנת הזיכוי. עם זאת כאשר כל
24 אלה מצטברים יחד לכדי מסה קריטית, אשר יש בה כדי להביא לאיזון מחודש של כפות
25 המאזניים, ומאחר ובהשערות וניחושים אין די לביסוס הרשעה בפלילים, הגעתי
26 למסקנה, כי גרסת המאשימה לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר באופן הנדרש על מנת
27 לגבור על החשש מפני הרשעת חף מפשע. בנסיבות אלה אין מנוס לדעתי מזיכוי של
28 המערער."

29 הדברים יפים הם גם למקרה דנן, וראו גם את ע"פ 1132/10 **מדינת ישראל נ' פלוני**

30 (7.3.2012).

31 48. הערה קצרה שנייה נוגעת לעצם הגשת הערעור על הזיכוי מחמת הספק בתיק זה. אמנם, אין כל
32 מניעה מהגשת ערעור לגבי זיכוי (כך על פי הוראות החוק, וראו את הדו"ח של "הוועדה לבחינת הרשעה
33 בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי", בראשותו של פרופ' אהרון אנקר (פורסם בפברואר 2010
34 באתר משרד המשפטים)). עם זאת – אין עסקינן בערעור לגבי זיכוי הנובע מפרשנות של הוראות החוק
35 או זיכוי הנובע מהכרעה בנושא שכרוך במדיניות שיפוטית. עסקינן במקרה בו השופט ששמע את התיק
36 מצא כי נותר בליבו ספק לגבי האשמה נוכח האפשרות שגרסת המשיב אפשרית. קשה עד מאוד,
37 כערכאת ערעור, לקבוע שלא היה כל מקום לאותה תחושת "ספק" בליבו של השופט קמא, או כי
38 התחושה שלו כה "שגויה" עד כדי שמתחייבת ההתערבות של ערכאת הערעור. אפשר להבין מדוע
39 המערער סבורה שהיה מקום להרשיע את המשיב, בעודה סומכת על העדות המוסרטת של המתלוננת



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1 ועל העדות של החוקרת אשר התרשמה מהאמינות של המתלוננת. אך כאשר למרות כל אלו, הערכאה
 2 המבררת מצאה שיש לה ספק (ולו קל שבקלים) לגבי מהימנות גרסת המערערת והיתכנות גרסת
 3 המשיב, אולי צריך לשקול אם היה מקום להגיש ערעור ולבקש מערכאת הערעור לקבוע שהספק שהיה
 4 לשופט המברר – לאו ספק הוא.

תמר נאות פרי, שופטת

5

6

7

השופט רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

8

אני מסכים.

9 סבור אני כי עדויות המאשימה, גם אם יינתן להם המשקל המרבי, אינן מבססות את העבירה שיוחסה
 10 למשיב/הנאשם בכתב האישום. לכל היותר יש בהן כדי לבסס את יסודות עבירת התקיפה לפי סעיף
 11 379 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977. אולם אין בראיות, כפי שהובאו בפני בית המשפט, כדי לבסס את
 12 קיומם של רכיבי המניע והמטרה המיניים, דהיינו, כי אותו מגע שנוצר בין המשיב/הנאשם לקטינה
 13 היה לשם גירוי סיפוק או ביזוי מיני.

14

15 מכאן שאין בהימנעות המשיב/הנאשם מלהעיד כדי להשלים את החסר הראייתי. מקום בו אין די
 16 בראיות התביעה כדי להוכיח את יסודות העבירה החיזוק או הסיוע שבשתיקת הנאשם אינו יכול לייצר
 17 את החסר הבסיסי בתשתית העובדתית. סיוע וחיזוק יכול להתקיים כלפי ה"יש". ואולם בהעדר ראיות
 18 מספיקות, הסיוע והחיזוק אינו משלים את ה"אין". בנסיבות אלו אינני נדרש להרחיב את הדיון במצבו
 19 ובנתוניו הייחודיים של המשיב/הנאשם, כן גם במשמעות מידת סבירותו של הספק, מאחר וגם אם
 20 נתעלם מאותם נתונים, אין די בראיות המאשימה כדי להוכיח את בסיס יסודות העבירה שיוחסו
 21 למשיב/הנאשם.

22

23 המאשימה לא ביקשה להרשיע את המערער בעבירה אחרת מזו שיוחסה לו בכתב האישום (כגון:
 24 עבירת תקיפה). ממילא לא ניתנה למשיב ההזדמנות להתגונן מפני אפשרות כזו. בנסיבות אלו לא
 25 מצאתי כי יש מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא אשר זיכה את המשיב/הנאשם.
 26

רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

השופטת בטינה טאובר:

1
2
3 אני מסכימה לאמור בחוות דעתה המנומקת והמפורטת של כב' השופטת תמר נאות-פרי וכן לדברים
4 שהוסיף כב' האב"ד סגן הנשיא השופט רון שפירא, ומצטרפת לעמדתם, לפיה דין הערעור להידחות.

5
6 כאמור, המחלוקת העיקרית העולה במקרה הנדון נוגעת לטיב ומהות המגע הפיזי שהתרחש בין המשיב
7 למתלוננת, ולשאלה אם זה מקיים את יסודות העבירות שיוחסו למשיב ואם לאו. בית משפט קמא
8 הגיע למסקנה על יסוד התשתית הראייתית שהונחה בפניו כי טיב המגע שהתרחש בין המשיב
9 למתלוננת מקים ספק סביר ביחס למטרת המגע, וזיכה את המשיב מן העבירות שיוחסו לו מחמת
10 קיומו של ספק סביר.

11
12 בית משפט קמא ביסס את הכרעת דינו המזכה על ניתוח גרסת המתלוננת כפי שנמסרה לחוקרת וכן
13 על ניתוח גרסת המשיב במשטרה. כן ניתח בית משפט קמא את עדותם של אמה ואביה של המתלוננת,
14 החוקרת, שני חוקרי המשטרה שחקרו את המשיב בשתי חקירותיו, שוטר הסיור אשר עצר את המשיב
15 במלון, הקב"ט ועובדת המלון (שעל מהות עדותם עמדה חברתי השופטת נאות-פרי בחוות דעתה). בית
16 משפט קמא בחן את העדויות והראיות שהובאו בפניו באופן מעמיק וביסודיות וניתן לכך ביטוי בפסק
17 דינו, כאשר לא עלה בידי המערער להצביע על טעות בולטת בשיקוליו של בית משפט קמא בניתוח
18 העדויות או כי ממצאיו ומסקנותיו של בית משפט קמא אינם מתקבלים על הדעת באופן שמחייב
19 התערבות בקביעותיו העובדתיות ובמסקנותיו של בית משפט קמא.

20
21 לאחר ששבתי ועיינתי בראיות ובעדויות שהובאו בפני בית משפט קמא סבורני כי עדויות וראיות אלה
22 שהונחו בפני בית משפט קמא אינן מציגות תשתית ראייתית מספקת, המבססת את קיומו של היסוד
23 הנפשי הדרוש להוכחת ביצוע מעשים מגונים באופן שמחייב הרשעתו של המשיב בעבירות שיוחסו לו,
24 בפרט על רקע הספקות שנוותרו כאמור בפני בית משפט קמא לאחר הצגת התשתית הראייתית, כפי
25 שעמדה עליהם חברתי השופטת נאות-פרי בחוות דעתה המפורטת לעיל.

26
27 על מנת להרשיע נאשם בפלילים, על בית המשפט להגיע למסקנה על סמך תיזה קוהרנטית מפלילה כי
28 אותו נאשם ביצע את העבירות המיוחסות לו מעבר לכל ספק סביר, כאשר על התיזה המפלילה לגבור
29 על כל תיזה חלופית אחרת.

30
31 במקרה הנדון, לא ניתן כאמור לקבוע באופן חד משמעי כי התיזה שהציגה המערערת בכתב האישום
32 היא התיזה היחידה האפשרית, שעה שבמכלול הנסיבות עולה כי התיזה החלופית שהעמידה ההגנה
33 בפני בית משפט קמא במיוחד על רקע מוגבלותו של המשיב, הינה תיזה אפשרית שמקימה ספק סביר
34 ביחס לקיומו של היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעת המשיב בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום –
35 ספק שמחייב את זיכוי של המשיב.



בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

ע"פ 17-05-26768 מדינת ישראל נ' פלוני

1
2
3
4

לאור האמור מצטרפת אני לתוצאה אליה הגיעו חבריי לפיה יש לדחות את הערעור.

בטינה טאובר, שופטת

5
6
7
8
9
10
11
12
13

סיכום:

נוכח האמור – הוחלט לדחות את הערעור.

ניתן היום, ו' חשוון תשע"ח, 26 אוקטובר 2017, במעמד המשיב וב"כ הצדדים.

תמר נאות פרי, שופטת

בטינה טאובר, שופטת

רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]

14