



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7147/12

לפני :
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער : משה סרנגה

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(כב' השופטים ש' דותן, ש' שוחט וד' אבניאל) מיום
13.9.2012 בתפ"ח 32318-06-10

תאריך הישיבה : כ"ז בטבת התשע"ד (30.12.2013)

בשם המערער : עו"ד שי רודה

בשם המשיבה : עו"ד עדי צימרמן

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

1. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים ש' דותן, ש' שוחט וד' אבניאל) הרשיע את המערער בעבירות של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים שלא בהסכמתה החופשית, לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), וכן בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק. בגין הרשעתו, נגזרו על המערער ארבע שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו ושנתיים מאסר על תנאי. בנוסף, חויב המערער בתשלום פיצוי כספי למתלוננת בסך 25,000 ש"ח.

2. על פי העובדות המתוארות בכתב האישום המתוקן, עובר לאירוע נשוא כתב האישום, התוודעה י', קטינה ילידת 1996 (להלן: המתלוננת) אל המערער באמצעות האינטרנט, כאשר המערער הציג עצמו בשם בדוי ובגיל בדוי (בן 24), בעוד שהמתלוננת הציגה עצמה בגילה האמיתי. בתאריך 12.4.2010 או בסמוך לכך, קבע המערער עם המתלוננת, באמצעות האינטרנט, להיפגש עימה למחרת היום, בשעות הבוקר בקניון בפתח תקווה. בבוקר יום 13.4.2010 (להלן: יום האירוע), הגיעה המתלוננת לקניון ופגשה את המערער לראשונה. האחרון הציג לה להצטרף אליו לנסיעה לחוף הים בתל אביב. המתלוננת נסעה עם המערער באופנועו (להלן: האופנוע) לכיוון חוף הים. המערער החנה את אופנועו בבניין מגוריו, הסמוך לחוף הים (להלן: הדירה), ואמר למתלוננת לעלות עימו לדירה, בטענה כי הוא צמא. כשהגיעו לדירה, נישק המערער את המתלוננת בשפתיה ולקח אותה לאחד מחדרי הדירה. בחדר, נישק המערער את המתלוננת כשהוא מכניס את לשונו לפיה והשכיב אותה על המיטה. המערער הכניס את ידיו מתחת לחולצתה של המתלוננת, תוך שהוא נוגע בגופה, והורה לה להסיר את חולצתו. המתלוננת, אשר חששה מפני הנאשם, הרימה את חולצתו רק במעט, והוא המשיך והסירה כליל. המערער המשיך ומישש את גופה של המתלוננת מתחת לבגדיה ונישקה בפיה. המתלוננת ביקשה מהמערער לחדול ממעשיו, אך המערער אמר לה שהיא לא צריכה לחשוש, ושאל אם יש משהו שעוצר בעדה, בשל הרקע החברתי-דתי אליו היא משתייכת. המערער הורה למתלוננת לנשק את איבר מינו, וניסה לבצע בה מעשה סדום, על ידי כך שאחז בראשה, וקירב אותו בסמוך לאיבר מינו [יוער כי במסגרת ההליך (27.9.2011) ננחה התביעה את סעיף האישום שעניינו ניסיון למעשה סדום והודיעה כי תבקש להרשיעו במעשה מגונה (ריבוי עבירות). עם זאת, לא הוגש כתב אישום מתוקן בשנית, והצדדים הסכימו כי ההתייחסות לכך תהיה במסגרת הסיכומים – ע' פ']. המתלוננת ביקשה ממנו להפסיק, והמערער נטל את ידיה והכניסן מבעד לתחתוניו, תוך שהוא מאלץ את המתלוננת לגעת באיבר מינו. בהמשך, הסיר המערער את כל בגדיה של המתלוננת והותירה עירומה. המערער נישק את איבר מינה של המתלוננת וליקק אותו. המתלוננת אמרה לו "די" ודחפה את ראשו מבין ירכיה, אך המערער לא שעה לדבריה, נגע ומישש את המתלוננת בכל חלקי גופה, הסיר את תחתוניו והתחכך עם איבר מינו באיבר מינה של המתלוננת ובפי הטבעת שלה, ללא החדרה, מספר פעמים. המתלוננת חזרה ואמרה למערער מספר פעמים לחדול, תוך שהיא מציינת בפניו שהם קבעו ללכת לחוף הים, אך המערער המשיך במעשיו. לפתע, קיבל המערער מסרון למכשיר הטלפון הנייד שהיה ברשותו (להלן: המסרון) מאביה של המתלוננת (שנתגלה לו במקרה כי בתו יצאה להיפגש עם המערער). במסרון, הזהיר

האב את המערער מפני המשטרה שתהיה בעקבותיו, אם לא יניח לבתו ליצור קשר עם המשפחה. או אז, חדל המערער ממעשיו, הורה למתלוננת להתלבש ולעזוב את דירתו, תוך שהוא מורה לה לומר כי היא הייתה עמו בחוף הים ולא לספר דבר על שאירע. המערער הורה למתלוננת לאן ללכת כדי להתרחק ממקום מגוריו.

משפטו של המערער והכרעת הדין

3. בהכרעת הדין, תחם בית המשפט המחוזי את גדר המחלוקת לשתי סוגיות: עצם ביצוע המעשים המגונים ומודעותו של המערער לגילה האמיתי של המתלוננת בעת האירוע.

4. בסוגיה הראשונה, קבע בית המשפט המחוזי כי המערער ביצע במתלוננת מעשים מגונים, כהגדרתם סעיף 348 (ו) לחוק, וזאת לאחר שראה להעדיף את גרסת המתלוננת, שנמצאה מהימנה, על פני גרסת המערער. נמצא כי בעדותה של המתלוננת נמצאים סימני אמת רבים: תיאור מפורט ובהיר של האירועים, תיאור אירועים חיצוניים למעשים המיניים בצורה אותנטית וכן העובדה שלא ניכרה מגמת הפללה בדבריה. בית המשפט מצא כי גם אם קיימות סתירות מסוימות בין עדות המתלוננת בבית המשפט לבין הגרסה שמסרה לחוקרת הילדים, כנטען על-ידי הסניגור, הרי שניתן להגדירן כ"זוטי דברים". עוד נמצא כי פרטים מסוימים שהופיעו בעדות המתלוננת בבית המשפט ביחס לתיאור מעשיו המיניים של המערער, ולא הופיעו בגרסאות מוקדמות שמסרה, אינם פוגעים במהימנות עדותה. בצד עדותה של המתלוננת, עמד בית המשפט על ראיות נוספות התומכות בגרסת המתלוננת. בין היתר, צוינה הערכת המהימנות החיובית מצד חוקרת הילדים שגבתה את גרסתה המוקדמת של המתלוננת; פרטי מסגרת שונים שמהם ניתן ללמוד כי המערער פעל באופן עקבי וסדור כדי לזכות באמונה של המתלוננת, תוך הסתרת פרטים והטעייה; עדויות הוריה של המתלוננת ביחס לאופי ההתכתבות בין המתלוננת לבין המערער, כמו גם תיאור מצבה הנפשי של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע; פלטי טלפונים ואיכונים, שמהם עולה כי המתלוננת שהתה זמן רב ביחד עם המערער באופן שאינו תואם את גרסתו; ועדות חברתה של המתלוננת, שאישרה את גרסתה כי המערער הציג עצמו כבן 24.

5. מנגד, גרסתו של הנאשם נמצאה בלתי מהימנה. בחמש חקירותיו של המערער במשטרה הוא הכחיש כל קשר למתלוננת ולאירוע נושא כתב האישום. רק בעדותו בבית המשפט הציג גרסה כבושה המאשרת את סיפור המסגרת המתואר בכתב האישום, אך מכחישה את ביצוע המעשים המיניים. בית המשפט דחה את טענת המערער כי כבישת

הגרסה נבעה מפחד מן המעצר, מהיעדר ייעוץ משפטי הולם או מאובדן זיכרון. בצד האמור, נמצא כי גרסתו החדשה של המערער שלפיה לא אירע כל מגע מיני בינו לבין המתלוננת אינה מהימנה גם כשלעצמה. ראשית, המערער לא היה יכול להסביר מה לו ולנערה בגילה של המתלוננת ומה היו תכניותיו לגביה. בהמשך, התיאור שמסר ביחס לנסיבות שגרמו למתלוננת לעלות לדירתו – החלפת מבטים מלאי משמעות – מחזק את הסברה כי היה לו עניין מיני במתלוננת. עוד נמצא כי הודאתו כי חש תחושת בהלה לאחר שקיבל את המסרון, מלמדת על מודעותו לכך שהתנהגותו אינה נורמטיבית. צוין עוד כי התיאור שמסר בדבר בקשת המתלוננת "להתארגן ולהסתדר" בטרם תצא מן הדירה, מלמד על כך שהיא הייתה במצב שאינו מאפשר יציאה מהדירה בעת קבלת המסרון. בית המשפט ציין כי בחקירותיו ניסה המערער להסוות את צעדיו ואת ההתכתבות עם המתלוננת בכך שמסר לחוקרי המשטרה שם משתמש שגוי לתוכנה שבה הועברו המסרים, ולא הסביר כיצד לא נמצא כל זכר להתכתבויותיו עם המתלוננת במחשבו או במכשיר הטלפון הנייד שלו.

6. בהמשך, נקבע כי התקיים אצל המערער היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעתו ביחס לשאלת גילה של המתלוננת. נמצא כי גם אם המערער לא שאל את המתלוננת לגילה, ולא נחשף לגילה האמיתי בפרופיל המשתמש שלה באינטרנט, עדיין יש בהתנהגותו משום עצימת עיניים, אשר די בה כדי לקיים את המודעות הנדרשת לכך שטרם מלאו לה 16 שנים. צוין כי המערער ידע כי המתלוננת היא תלמידת בית ספר, אולם נמנע מלברר את גילה המדויק, על מנת להבין עם מי הוא מדבר ולמי הוא מציע להיפגש. בנוסף, לאחר שראה אותה פנים אל פנים, חזותה של המתלוננת הייתה צריכה – למצער – להדליק אצל הנאשם "נורת אזהרה", ולהביא אותו לברר את גילה האמיתי. בית המשפט ציין מהתרשמותו הבלתי-אמצעית כי המתלוננת נראית כפי גילה, ולבטח לא כבת 16.

7. במהלך פרשת התביעה, טען סניגורו של המערער כי ככל שהמעשים נעשו, הרי שהם נעשו בהסכמה בהיעדר מודעות לגילה האמיתי של המתלוננת. קו טיעון זה נדחה על-ידי בית המשפט המחוזי. נמצא כי גם אם תיבחן טענה זו לגופה, על אף שהיא עומדת בסתירה גמורה לקו ההגנה של המערער ששלל כל מגע מיני עם המתלוננת, הרי שאין לה עיגון בחומר הראיות, והיא נשללת בגרסת המתלוננת שנמצאה מהימנה.

8. בית המשפט הוסיף ובחן טענות שונות של המערער בדבר מחדלים בחקירתו. נקבע כי אין בכל אחד מהמחדלים הנטענים או בהצטרפות כולם למכלול אחד, כדי

לשמוט את הקרקע תחת התשתית הראייתית שהציגה התביעה. כמו כן, נמצא כי אין במחדלי החקירה הנטענים כדי להביא או לפגוע בהגנתו באופן שהקשה עליו להוכיח את גרסתו, ולכן אין בהם כדי להביא לזיכוי. המערער הורשע אפוא בעבירות המפורטות ברישא לפסק הדין.

גזר הדין

9. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים לעונש, החליט בית המשפט המחוזי לגזור על המערער ארבע שנות מאסר בפועל, שנתיים מאסר על תנאי וכן חייבו בתשלום פיצוי בסך 25,000 ש"ח למתלוננת. בגזר הדין, עמד בית המשפט המחוזי על חומרת המעשים שבהם הורשע המערער בנסיבות שבהן בוצעו, ועל הנזק שנגרם למתלוננת ולמשפחתה. עוד צוין כי המערער לא הביע חרטה על מעשיו. בית המשפט העיר כי בעניינו של המערער לא הוגש תסקיר מבחן או חוות דעת של המרכז להערכת המסוכנות, וזאת בשל בקשתו של בא-כוח המערער, ולכן לא ניתן לדעת מהי רמת המסוכנות הנשקפת ממנו ואם הוא מסוגל להשתלב בהליך טיפולי. לטובתו של המערער נזקף עברו הנקי, שירותו הצבאי, העובדה שלא הפעיל כוח או אלימות כלפי המתלוננת והעובדה שחדל ממעשיו לאחר שהבין שאביה של המתלוננת מודע לכך שהיא נמצאת עימו.

טענות המערער

10. המערער טוען כי לא הוכחו מעבר לכל ספק סביר כל אחד ואחד מיסודות העבירות שבהן הורשע, וכי עדותה של המתלוננת – המהווה לשיטתו עדות יחידה – רוויה בסתירות ופירוכות מהותיות. בא-כוח המערער טוען כי בנסיבות העניין מתחייבת התערבות ערכאת הערעור בממצאי המהימנות של הערכאה הדיונית, נוכח מאפייני העבירה וקשיים בעדות המתלוננת. בא-כוח המערער מתמקד בפרטים שנוספו לגרסת המתלוננת כאשר הייתה על דוכן העדים (כשנה לאחר האירוע), שלא בא זכרם במסגרת ההודעה שנגבתה על-ידי חוקרת הילדים, כמו גם שינויים בגרסה שמסרה ביחס להשתלשלות האירוע וסיפור המסגרת. לשיטתו, נוכח התוספות והשינויים, שגה בית המשפט קמא בקובעו כי הגרסה שמסרה על דוכן העדים דומה בעיקרה לזו שגבתה חוקרת הילדים. המערער מוסיף כי לא היה מקום להסתמך על קביעות המהימנות של חוקרת הילדים, מקום שבו המתלוננת העידה בסופו של יום ולבית המשפט הייתה הזדמנות להתרשם ממנה במישורין.

11. לטענת הסניגור, התרחיש שתואר בפסק הדין קמא כאילו מרשו "שוטט" ברשת האינטרנט במטרה ליצור קשר עם ילדות צעירות, אינו מעוגן בחומר הראיות. לדבריו, ההתכתבות בין המערער לבין המתלוננת החלה דרך תוכנה לשיתוף קבצים, ולא דרך תכנה ייעודית לקטינים או דרך אתר היכרויות. בנוסף, ובהתייחס לטענת המתלוננת כי הוא הציג עצמו כבן 24, מציין המערער כי אילו היה מעוניין "לצוד" קטינות דרך אתר אינטרנט, היה יכול להציג גיל נמוך בהרבה.

12. בהודעת הערעור ובעיקרי הטיעון, מתייחס בא-כוח המערער לקו ההגנה החלופי שהציג במהלך הדיון בבית המשפט קמא, שלפיו גם אם בוצעו המעשים המיניים, הרי שהם בוצעו בהסכמת המתלוננת. לשיטתו, גם אם קו הגנה זה אינו מתיישב עם קו ההגנה המוצהר של שולחו (קרי: הכחשה מוחלטת של ביצוע מעשים מיניים), הרי שעל בית המשפט מוטלת חובה עצמאית לבוחנו. לדבריו, יש לקו הגנה זה עיגון בחומר הראיות, שממנו עולה ספק סביר בשאלת היעדר הסכמתה של המתלוננת למעשים. לשיטתו, מחומר הראיות עולה כי המתלוננת יזמה קשר עם שולחו על רקע רצונה להיפגש עם בני המין השני, קבעה להיפגש עימו מתוך מחשבה שעשויות להיות "נשיקות ונגיעות", ונפגשה עימו בשעות בית הספר, תוך שהיא מבקשת מחברותיה שיחפו עליה. בהמשך, לפי עדות המתלוננת, המערער נישק אותה כבר עם הגיעם לחניית ביתו, ואף-על-פי כן, היא הסכימה לעלות עימו לדירתו. מכל אלה, מנסה הסניגור לצייר תמונה שלפיה המתלוננת תכננה ויזמה מפגש עם המערער בשל התעניינותה הגוברת בבני המין השני, ובהמשך הסכימה לביצוע המעשים המיניים. לפי תיאור זה, הטענה כי המעשים בוצעו שלא בהסכמתה, עלתה רק לאחר שהוריה גילו על האירוע ונפתחה חקירה פלילית.

13. בא-כוח המערער טוען כי בית המשפט קמא כלל לא בחן אם מחומר הראיות עולה כי שולחו היה מודע לכך שהמתלוננת הייתה בת פחות מגיל 14, אלא התייחס רק לשאלת מודעותו לכך שטרם מלאו לה 16 שנים. לשיטת בא-כוח המערער, בשל קיומו של ספק סביר ביחס לרכיב היעדר ההסכמה (בהתאם לקו ההגנה החלופי שהציג), גיל 14 (ולא גיל 16) הוא הגיל הרלוונטי לשם הרשעה. לעניין זה נטען כי אין ראיות המלמדות על קיומו של חשד סובייקטיבי אצל המערער ביחס לגיל המתלוננת. נטען כי המערער פגש במתלוננת לראשונה בחייו וראה בחורה דתייה שלא נראתה לו כילדה, ואף הסיק כי היא מעל גיל 16 מכיוון שאמרה לו כי היא רוצה להוציא רישיון על אופנוע.

14. טענות נוספות של המערער מתייחסות למחדלים שנפלו לכאורה בחקירתו, ושיש בהם – בהצטברותם – כדי לפגוע פגיעה קשה בהגנתו. ראשית, נטען כי חקירתו הראשונה לא תועדה כלל ואילו חקירה נוספת תועדה בתיעוד קולי בלבד. לדבריו, בשל היעדר התיעוד קשה לו להוכיח את טענתו בדבר מצב נפשי קשה שבו היה שרוי בעת החקירה. שנית, נטען כי לא נערך עימות בינו לבין המתלוננת. שלישית, לא התקיים מסדר זיהוי חי אלא מסדר תמונות בלבד. רביעית, המדינה לא דאגה לתפוס ראיות קריטיות מידי המתלוננת ומידי אביה, ובפרט – המידע שאוחסן על המחשב (ובו, לכאורה, ניתן היה לראות את ההתכתבות המקורית בין השניים, כמו גם לבחון אם המערער היה מודע בזמן אמת לגילה של המתלוננת) וכן את מכשיר הטלפון הנייד של האב שממנו נשלח המסרון. חמישית, חברותיה של המתלוננת לא נחקרו במשטרה בשל התנגדותו של אבי המתלוננת לחשיפת הפרשה ועמדת חוקרת הילדים.

15. בצד האמור, נטען כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי המערער עבר עבירה של שיבוש מהלכי משפט, בכך שהורה למתלוננת לא לספר דבר לאחר שקיבל את המסרון. לדבריו, הראיה היחידה לכך היא בהודעת המתלוננת בחקירתה, אך היא לא חזרה על כך בעדותה. לשיטתו, מעדות המתלוננת עולה כי היא לא סיפרה מה אירע בשל חששה מתגובת אביה, ולא בשל הנחייה שקיבלה מהמערער.

16. לעניין גזר הדין, נטען כי העונש שהוטל על המערער (4 שנות מאסר בפועל) סוטה לחומרה ממדיניות הענישה הראויה בנסיבות התיק דנן. בין היתר, נטען כי לא ניתן משקל לכך שהתביעה חזרה בה מעבירת הניסיון למעשה סדום; כי המעשים המיוחסים למערער לא לוו בהפעלת כוח או איומים; כי לא הוצג תסקיר קורבן, ומהמידע שהונח לפני בית המשפט עולה כי לא ניכרו בהתנהגות המתלוננת סימני טראומה. בא-כוח המערער מפנה לפסיקה שממנה עולה כי העונש הראוי נמוך בהרבה מן העונש שנגזר עליו בפסק הדין של בית המשפט קמא. לדבריו, מדובר באדם בן 40 מרקע נורמטיבי, נעדר עבר פלילי, שנפגע קשות מההליך הפלילי שננקט נגדו.

טענות המדינה

17. המדינה סומכת את ידיה על פסק הדין של בית המשפט קמא. לדבריה, בית המשפט קמא בחן ביסודיות את גרסת המתלוננת, מצא אותה מהימנה ואף נמצאו לה חיזוקים משמעותיים. מנגד, גרסתו של המערער נמצאה בלתי מהימנה וחסרת היגיון. בקביעות אלה אין עילה להתערב, בפרט נוכח ההלכה הפסוקה בדבר היקף ההתערבות

המצומצם של ערכאת הערעור בקביעות עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. אשר לטענת ההגנה החלופית כי המעשים המיניים בוצעו בהסכמה, הרי שמדובר בטענה כבושה, שסותרת את קו ההגנה של המערער וממילא נעדרת ביסוס בחומר הראיות. עוד נטען כי טענת המערער כי לא היה מודע לגילה של המתלוננת נדחתה בדין על-ידי בית המשפט קמא, נוכח הראיות שלפיהן הוא – למצער – עצם את עיניו לנתון זה.

18. לעניין הערעור על גזר הדין, סבורה המדינה כי העונש שהושת על המערער הוא עונש הולם בנסיבות המקרה. לדבריה, המעשים מצויים ברף העליון של עבירת המעשים המגונים, שאך כפסע ביניהם לבין עבירות אינוס או מעשה סדום. המערער, בסוף שנות השלושים לחייו, ביצע במתלוננת את המעשים הקשים בעת שהייתה בת 13.5, לאחר שיזם עימה קשר באמצעות רשת האינטרנט. במעשיו, ניכרה מגמת הסתרה והונאה: הוא הציג את עצמו כבן 24, הסתיר את פניו באמצעות קסדת האופנוע עד להגעתם לחניית ביתו; הוביל אותה אל דירתו וביצע בה את המעשים הקשים. המדינה מפנה גם להערכת המסוכנות העדכנית, שבוצעה בהתאם להחלטת חברי השופט י' דנציגר, שממנה עולה כי המערער לא הפנים את חומרת מעשיו.

דיון והכרעה

19. לאחר בחינת חומר הראיות ושמיעת טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור – על שני חלקיו – להידחות. אבן הבריה להרשעתו של המערער היא גרסת המתלוננת בעדותה בבית המשפט, ביחס למעשים המיניים שביצע בה המערער ללא הסכמתה, כמו גם הגרסה שמסרה בסמוך לאחר האירוע לחוקרת הילדים. כתב האישום מתבסס בעיקרו על גרסה זאת, ולכן שאלת מהימנותה היא שאלת המפתח בהכרעת הדין של בית המשפט קמא.

גרסת המתלוננת והראיות לחיזוקה

20. המערער טוען בהרחבה לעניין מהימנות עדותה של המתלוננת, וחולק על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא המתבססות על עדות זו. כאמור, בית המשפט קמא מצא את עדותה של המתלוננת מהימנה, וביסס עליה את קביעותיו העובדתיות. כלל מושרש הוא כי ערכאת הערעור ממעטת להתערב בממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית. בפסיקה הובעו דעות שונות ביחס לאופן החלת כלל זה כאשר מדובר במהימנות עדותם של קרבנות עבירות מין (ראו: ע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל (21.1.2012) עמדת השופטת ע' ארבל לעומת עמדת השופט (כתארו אז) א'

גרונס; ראו גם עמדת חברי השופט י' דנציגר בע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה (25.10.2012)). כבר ציינתי באחת הפרשות כי להשקפתי ניתן ליישב בין האמירה שלפיה כלל אי-ההתערבות חל ביתר שאת לגבי הערכת עדויות בעבירות מין, לבין הדרישה שבמקרים אלה תבחן ערכאת הערעור בקפדנות יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית (ראו הערתי בע"פ 7015/09 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2012); כן ראו דברי חברי השופט צ' זילברטל בע"פ 5484/11 פלוני נ' מדינת ישראל (19.4.2012)). כך ככלל, וכך גם בענייננו. כפי שנראה להלן, לאחר בחינת טענותיו הקונקרטיות של המערער לעניין זה, לא מצאנו עילה להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי מדובר בעדות מהימנה שניתן לבסס עליה, בתוספת לראיות חיצוניות שעליהן אעמוד בהמשך, את הרשעת המערער במעשים המיוחסים לו.

21. את עיקר טענותיו במישור מהימנות עדות המתלוננת, כיוון בא-כוח המערער לתוספות מסוימות שנכללו בעדות שמסרה בבית המשפט לעומת הגרסה שמסרה בסמוך לאחר האירוע לחוקרת הילדים. במסגרת הכנה לעדות בפני בית המשפט, מסרה המתלוננת לבאת-כוח המאשימה שני פרטים נוספים שלא נכללו בגרסתה המקורית. בעקבות זאת, תוקן כתב האישום נגד המערער (החלטה מיום 21.2.2011, עמ' 13 לפרוטוקול), ונוספו הפרטים הבאים ביחס למעשים המיניים שבוצעו לכאורה: קיומו של מגע בין שפתייה של המתלוננת לאיבר מינו של המערער; וכן כי המערער נישק וליקק את איבר מינה של המתלוננת על אף התנגדותה. בנוסף, במסגרת עדותה בבית המשפט נכללו פרטים מסוימים שלא הופיעו בגרסתה המקורית, כפי שנגבתה על-ידי חוקרת הילדים. בין היתר, המתלוננת העידה כי המערער ביקש ממנה לקחת את איבר מינו ולשפשף אותו באיבר מינה, והיא עשתה זאת (עמ' 91 לפרוטוקול). כאמור, המערער סבור כי התוספות הנזכרות לעיל, כמו גם תוספות אחרות, מלמדות על פער משמעותי בין שתי הגרסאות ומעוררות ספק לגבי מהימנות העדות. לשיטתו, ההשוואה בין שתי הגרסאות מלמדת כי בעדותה של המתלוננת בבית המשפט ניכרת מגמת השחרה והפללה כלפי המערער. בדומה לבית המשפט המחוזי, אינני סבור כי התוספות שנכללו בעדות המתלוננת ביחס למעשים המיניים שביצע בה המערער פוגמות במהימנותה, ויש לראות בהן בבחינת פירוט של הגרסה שנמסרה לחוקרת הילדים בסמוך לאחר האירוע. לכך יש להוסיף כי חוקרת הילדים העידה כי התרשמותה המקורית הייתה כי המתלוננת מצמצמת בחלקים המהותיים (פרוטוקול, עמ' 34, ש' 24-17), בשל קושי לתאר את התכנים המיניים (פרוטוקול, עמ' 35, ש' 24-26), וכי היא החליטה שלא "ללחוץ" על המתלוננת בעניין קירוב הראש לאיבר מינו של המערער, בשל קשיי המתלוננת ומפאת קוצר הזמן (פרוטוקול, עמ' 36-37).

22. בנוסף, טוען בא-כוח המערער לקיומן של סתירות מסוימות בין גרסתה של המתלוננת בפני חוקרת הילדים לבין עדותה בבית המשפט, שמשליכות על שאלת מהימנותה. גם בעניין זה, לא מצאתי להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי, שהגדירן כ"זוטי דברים". גם אם קיימות סתירות מסוימות בסדר הכרונולוגי של תיאור מהלך ההתרחשויות בדירתו של המערער, אין בכך כדי להשליך על מהימנות עדות המתלוננת. כפי שצוין לא אחת, אין לצפות כי גרסתם של קורבנות עבירות מין תהא שלמה, עקבית, קוהרנטית וחסרת אי דיוקים (ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל (8.1.2007); ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010); ע"פ 10163/08 פלוני נ' מדינת ישראל (19.9.2010)). הסתירות הנוספות שאליהן הפנה בא כוח המערער אינן מהותיות, ואין בהן כדי להשליך על מהימנות עדות המתלוננת או על הקביעות העובדתיות שנקבעו על בסיסה.

23. בית המשפט המחוזי התרשם כי האופן בו תיארה המתלוננת את השלבים השונים של המגע המיני, מצביע כי מדובר בדברים שחוותה המתלוננת באופן אישי, ואינם פרי דמיונה. בנוסף, תיאורה של המתלוננת לא התמקד במעשים המיניים, אלא כלל תיאור נרחב של אירוע המעטפת, באופן שמצביע על רצונה לתאר את האירוע בשלמותו. עוד התרשם בית המשפט כי לא הייתה בעדותה מגמת הפללה כלפי המערער, אלא תיאור כן של מהלך האירוע. בין היתר, משום שהיא לא הסתירה בעדותה את התעניינותה במפגש עם בני המין השני, ואת העובדה שפעלה בניגוד למוסכמות במשפחתה ובחברה שאליה היא משתייכת כאשר קבעה להיפגש עם בחור שהכירה באינטרנט. בנוסף, כאשר נשאלה המתלוננת מה ציפתה שיקרה כאשר נפגשה עם בחור שהכירה באינטרנט, השיבה כי היא חשבה "שיכול להיות רק אולי נשיקות ונגיעות" (פרוטוקול, עמ' 141, ש' 17), ואף השיבה בחיוב לשאלה אם באה במודעות לכך שייתכן שיתנשקו (פרוטוקול, עמ' 141, ש' 23). בשל מכלול הטעמים שעליהם עמד בהרחבה בית המשפט המחוזי, מקובלת עליי מסקנתו כי היבטים אלה בעדותה של המתלוננת מחזקים את מהימנותה, כך שניתן לבסס עליה את הרשעת המערער במיוחס לו.

24. בית המשפט המחוזי התייחס להערכת המהימנות החיובית של חוקרת הילדים כראיה נוספת התומכת במהימנות גרסת המתלוננת. בע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל (9.9.2013), נתגלעה מחלוקת בשאלה אם עדותה של חוקרת ילדים בנוגע למהימנות גרסתה של קטין מתלונן היא רלוונטית, בנסיבות שבהן הקטין עצמו העיד, בסופו של דבר, במשפט. דעת הרוב (השופט נ' הנדל, שאליו הצטרפה השופטת ד' ברק-ארד) סברה

כי אין להסתמך על עדות חוקרת הילדים ביחס למהימנות הקטין המתלונן, מקום בו הקטין מעיד בסופו של יום ובית המשפט יכול לקבוע ממצאי מהימנות באופן עצמאי. לעומתם, סבר חברי השופט י' דנציגר כי אין מניעה להידרש לעדות חוקרת הילדים בנוגע למהימנות הקטין, גם אם זה העיד בסופו של יום. לשיטתו, עדות חוקר הילדים בנסיבות אלה יכולה להוות כלי עזר נוסף העומד לרשות בית המשפט בהערכת מהימנות עדות הקטין. גם אם נניח לצורך הדיון כי לא היה מקום להתייחס לעדות חוקרת הילדים בעניין מהימנות גרסת המתלוננת כראייה תומכת (ואיני רואה לנקוט עמדה בשאלה זו), אין בכך כדי להשפיע על התוצאה בענייננו. גם במנותק מחוות דעתה של חוקרת הילדים, קבע בית המשפט המחוזי ממצאי מהימנות עצמאיים ביחס לעדות המתלוננת, תוך השוואה לגרסה המוקדמת שנמסרה בחקירתה. בקביעות אלה – כאמור – לא מצאתי להתערב. למעלה מן הצורך יצוין כי חקירת המתלוננת על-ידי חוקרת הילדים הוקלטה והוסרטה, ולכן ניתן – גם בנקודת הזמן הנוכחית – להתרשם באופן בלתי אמצעי מן האופן שבו מסרה המתלוננת את גרסתה המקורית בסמוך לאחר האירוע. לאחר הצפייה בסרט החקירה (ת/א, ת/ב2), התרשמתי – כמו זו של שופטי בית המשפט המחוזי – היא כי מדובר בגרסה מהימנה. בין היתר, המתלוננת מוסרת תיאור מלא, דינאמי ומפורט של האירוע בכללותו (לרבות פרטים שוליים רבים הנוגעים לאירוע המעטפת). נוסף על כך, ניכר כי היא אינה מבקשת להשחיר את המערער, ואינה מייחסת לו – למשל – את ביצוע המעשים תוך הפעלת אלימות.

25. בחומר הראיות בתיק ניתן למצוא תימוכין נוספים לגרסת המתלוננת. ראשית, מעדות אבי המתלוננת בבית המשפט עולה כי כשאסף אותה מתל אביב בסמוך לאחר האירוע היא הייתה סהרורית, מופנמת וסגורה (עמ' 205, ש' 4 ו-9-10). גם אמה של המתלוננת סיפרה כי בסמוך לאחר האירוע היא הייתה סגורה, לא הסכימה לדבר ופרצה בבכי (עמ' 348, ש' 12-14). בנוסף, מעדות האב עולה כי המערער העביר את מספר הטלפון שלו אל המתלוננת בחלקים (עמ' 202, ש' 14), בכך יש כדי ללמד על זהירות רבה שנקט ביצירת הקשר עימה, ועל הבנתו כי מדובר במעשה שאינו נורמטיבי. גם התנהגותו של המערער עם קבלת המסרון "המאיים" עשויה ללמד על כך שהבין שעשה מעשה אסור.

(א) גרסת המערער בעדותו – לא בוצעו מעשים מיניים

26. בחמש חקירותיו במשטרה, הכחיש המערער כל קשר למתלוננת ולאירוע המתואר בכתב האישום. לעומת זאת, על דוכן העדים הציג גרסה כבושה התומכת בסיפור המעטפת שנכלל בכתב האישום על יסוד גרסת המתלוננת. המערער הודה כי

הכיר את המתלוננת בצ'ט בתוכנת ה-IMESH, העביר לה את מספר הטלפון שלה וקבע להיפגש עימה. עוד הודה המערער כי נפגש עם המתלוננת, הציע לה לנסוע עימו לחוף הים, ובהמשך הציע לה לעלות אליו לדירה. עם זאת, המערער כפר בביצוע מעשים מיניים כלשהם, וממילא בכך שהמתלוננת ביקשה ממנו לחדול. עוד הוא כפר בכך שאמר למתלוננת לא לספר לאף אחד מה התרחש.

27. בית המשפט המחוזי מצא את גרסתו הכבושה של המערער בלתי מהימנה, ובקביעה זו אין עילה להתערב. כפי שציין בית המשפט המחוזי, המערער לא סיפק הסבר משכנע לשאלה מדוע כבש את גרסתו במהלך חקירותיו במשטרה, ולכן מתגבר החשש שהצגת הגרסה הכבושה נועדה להתאים את גרסתו לראיות התביעה. בנוסף, עמד בית המשפט המחוזי על מספר קשיים בעדות המערער כשלעצמה. בין היתר, המערער לא סיפק הסבר מתקבל על הדעת לשאלה מה היו תכניותיו כאשר קבע להיפגש עם תלמידת בית ספר, ומדוע לא שאל לגילה בשום שלב. גם ממעוף הציפור, גרסתו של המערער בעדותו – של מפגש "תמים" בין גבר בן 36 לבין נערה בת 13.5 – היא מיתממת, ובדין לא התקבלה.

(ב) קו ההגנה החלופי – המעשים בוצעו בהסכמה

28. במהלך הדיון, ולאחר שמיעת עדות המתלוננת, ביקש בא-כוח המערער להבהיר את כפירת שולחו, ולטעון כי ככל שיימצא כי המעשים המיניים בוצעו, הרי שהם בוצעו בהסכמה. בית המשפט המחוזי הורה לסניגור להתייחס לנושא זה בסיכומים, וכך אכן נעשה. יצוין כי המערער בעצמו לא אישר בחקירתו הנגדית את הקו שבו נקט בא-כוחו, ועמד על כפירתו המוחלטת בביצוע מעשים מיניים (עמ' 25 לסיכומי ההגנה). מדובר אפוא בגרסה עובדתית שעומדת בניגוד לגרסתו של המערער, כפי שנמסרה בהודעותיו ובעדותו, ולפיה הוא לא ביצע מעשים מיניים כלל.

29. מדובר אפוא בקו הגנה חלופי, שעומד בסתירה מוחלטת לגרסת הנאשם. אינני רואה להרחיב בסוגיית קו ההגנה החלופי, שנידונה בהרחבה על בית משפט זה במספר פרשות (ראו: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקאות 163-183 לפסק-דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור (10.11.2011)); ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל, פסקה 19 לפסק-דין (3.8.2011)). זאת, מכיוון שבכל פסקי הדין שבהם נידונה סוגיה זו, קבע בית המשפט כי בחינתן של גרסאות חלופיות או קו הגנה חלופי מחייבת עיגון של קו טיעון זה בחומר הראיות. בענייננו, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הטענה שלפיה המעשים בוצעו בהסכמת המתלוננת נעדרת עיגון כלשהו בחומר הראיות. כאמור, אין

בעדות המערער או בהודעותיו במשטרה רמז לקו הגנה חלופי זה, שכן הוא שב וטען כי לא היו מעשים מיניים כלל. מכל מקום, יש בחומר הראיות עיגון לטענת המאשימה כי המעשים בוצעו ללא הסכמה: המתלוננת ציינה מספר פעמים בחקירתה ובעדותה כי היא ביקשה מהמערער שיפסיק (פרוטוקול, עמ' 91 ש' 23-24 – "ביקשתי ממנו שנפסיק, שדי, זה לא נעים לי כבר" והוא אמר לי 'עוד מעט'"; וכן: ת/א עמ' 5 ש' 31). כלומר, בעדות המתלוננת – שנמצאה מהימנה ביותר – כמו גם בחקירתה בפני חוקרת הילדים, היא סיפרה שהדברים בוצעו ללא הסכמתה, וכי אי-ההסכמה אף הובעה בקול. אין בטענותיו בעלמא של המערער בשלב זה כדי לגרוע ממשקל ראיות אלו, שנמצאו אמינות, בדבר אי ההסכמה.

מודעות המערער לגיל המתלוננת

30. לא מצאתי ממש בטענות המערער כי לא הוכחה מודעותו לגילה של המתלוננת במועד האירוע. בעדותה בבית המשפט, מסרה המתלוננת כי גילה האמיתי במועד האירוע (13.5) נכלל בפרופיל ה-IMESH שלה, שדרכו יצר עימה קשר המערער (עמ' 83, ש' 15-21), וכי היא קיבלה הודעה שהמערער הסתכל על הפרופיל שלה (עמ' 84, ש' 32). זאת ועוד, גם אם נניח לטובתו של המערער שהוא לא ידע באופן פוזיטיבי את גילה של המתלוננת, הרי שמכלול הנסיבות מלמדות על כך שהוא – למצער – עצם את עיניו לנתון זה. ראשית, חוקרת הילדים, שפגשה את המתלוננת בסמוך לאירוע, העידה כי היא נראתה פיזית כפי גילה (פרוטוקול, עמ' 17, עמ' 46 ש' 2). זו הייתה גם התרשמות בית המשפט המחוזי, ולאחר צפייה בסרטי החקירה שהתקיימה בסמוך לאחר האירוע – זו גם התרשמותי. שנית, המערער אינו חולק על כך שידע כי המתלוננת היא תלמידת בית ספר (עמ' 323 ש' 26). נתון זה עלה במפורש בצ'ט שניהלו השניים לפני פגישתם (עמ' 330). בעדותו בבית המשפט אמר המערער כי "לא עניין אותי" גילה של המתלוננת כאשר שוחח עימה בתוכנת ה-IMESH (פרוטוקול, עמ' 325, ש' 29). בנסיבות אלה, גם אם לא ידע המתלונן את גילה של המתלוננת לאשורו, הרי שהדבר לא נבע מטעות כנה, כי אם מהיעדר רצון לדעת או לברר את העניין (השוו: ע"פ 9187/03 פלוני נ' מדינת ישראל (26.9.2005); ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 385 (1993)). מכיוון שלא מצאנו להתערב בקביעה שלפיה המעשים המיניים לא בוצעו "בהסכמתה החופשית" של המתלוננת, הרי שממילא המודעות הנדרשת מצד המערער היא לכך שהמתלוננת היא מתחת לגיל 16. כאשר מדובר בתלמידת בית ספר, שאינה נראית בוגרת במיוחד לגילה, נקל לקבוע כי המערער עצם את עיניו לנתון זה, ולכן – כי מתקיים היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעתו בסעיף אישום זה.

31. לא מצאתי כי יש במחדלי החקירה הנטענים כדי להשפיע על התוצאה שאליה הגיע בית המשפט קמא. חלק מן הכשלים לכאורה שאליהם מתייחס המערער נובעים מהמגבלות המיוחדות של חקירה שבה קורבן העבירה הוא קטין (למשל, העובדה שלא בוצע עימות או שחברותיה של המתלוננת לא נחקרו על-ידי המשטרה). עם זאת, לא מצאתי כי הגנתו של המערער נפגעה כתוצאה מהחלטות אלו, שהתקבלו על דעת חוקרת הילדים. הגם שלא התקיים עימות בין המתלוננת לבין המערער, הרי שגרסתה של המתלוננת עמדה בחקירה נגדית של בא-כוח המערער. בנוסף, הגם שחברותיה של המתלוננת לא נחקרו במשטרה, אף הן עמדו על דוכן העדים והשיבו לשאלותיו של הסניגור. נקודה אחת שיש בה טעם לפגם, היא העובדה שלא נעשה מאמץ בסמוך לאחר האירוע להפיק את המידע האלקטרוני ממחשב משפחת המתלוננת ולוודא שזה לא יימחק. בין היתר, ניתן אולי היה להפיק את פרופיל המשתמש של המתלוננת בתכנת ה-IMESH, ואת ההתכתבות שלה עם המערער. עם זאת, עובדת קיומם של מחדלי חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכוי של נאשם. אלא, בית המשפט ייתן דעתו לשאלה האם חרף קיומם של מחדלי החקירה, הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של הנאשם בעבירות שיוחסו לו (ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לפסק הדין (23.6.2010); ע"פ 2404/09 אלחמידי נ' מדינת ישראל (1.9.2009)). נוכח קביעות המהימנות הנחרצות ביחס לעדות המתלוננת, כמו גם הראיות המחזקות בעניין זה (עדות האב וחברותיה של המתלוננת), לא מצאתי – על פי אמות המידה המקובלות – כי יש במחדל זה כדי להשליך על שאלת הרשעתו של המערער.

32. הרשעת המערער בעבירת שיבוש מהלכי משפט, נסמכת אף היא על עדות המתלוננת שעל הקביעות בדבר מהימנותה עמדנו בהרחבה. לפיכך, לא מצאנו להיעתר לערעור גם ביחס לרכיב זה של הכרעת הדין.

גזר הדין

33. דין הערעור על גזר הדין להידחות אף הוא. כידוע, אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בעונשים שגזרה הערכאה הדיונית אלא אם כן נפלה בגזר הדין טעות מהותית או שהעונש חורג מרמת הענישה הראויה והמקובלת בנסיבות דומות (ראו: ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (3.2.1998); ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי, פסקה 8 (3.7.2006); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11

(29.1.2009); ע"פ 2364/12 קטינה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (17.5.2012)). לא עלה בידי המערער להראות כי זהו מצב הדברים.

34. אמנם, מוכן אני להניח כי העונש שהוטל על המבקש (4 שנות מאסר) אינו על הצד הנמוך, אך אין בכך כדי להצדיק הקלה בעונש נוכח אמת המידה המצמצמת להתערבות ערכאת הערעור. נשוב ונזכיר את הנסיבות המחמירות של המעשים שבוצעו. מדובר בגבר בן 36, שהתכתב באינטרנט עם תלמידת בית ספר דרך תוכנה להורדת שירים, הציג את עצמו בפניה כבן 24 וניהל עימה שיחות חולין במשך כשבוע. לאחר שבוע, קבע להיפגש עימה. המתלוננת היא בת 13.5, תלמידת אולפנה חסרת ידע וניסיון מיני, שבשל סקרנות נעורים קבעה להיפגש עם בן המין השני. עם פגישתם, הבטיח לה המערער כי הם הולכים לחוף הים, אך שכנע אותה לבוא לדירתו. בדירתו, ביצע בה המערער מעשים מיניים חמורים שלא בהסכמתה החופשית. ניצול תמימותה וסקרנותה של ילדה בת 13.5, פיתוייה על גבי רשת האינטרנט, והכול על מנת לבצע בה מעשים מיניים שכפסע ביניהם לבין עבירת האינוס או מעשה סדום, הם מעשים חמורים המחייבים ענישה מחמירה. על כן, לא מצאנו להתערב במלאכת גזירת הדין, וגם חלק זה של הערעור – דינו להידחות.

סיכום

35. הרשעתו של המערער בעבירות המיוחסות לו מבוססת על עדות המתלוננת, שנמצאה מהימנה על-ידי בית המשפט המחוזי. לאחר בחינת חומר הראיות ושמיעת טענות הצדדים, לא מצאנו להתערב בקביעה זו. גרסתו של המערער, ולפיה לא בוצעו מעשים מיניים כלל, נשללה על-ידי בית המשפט המחוזי כבלתי מהימנה, ואינה משכנעת. קו ההגנה החלופי שהציג סניגורו, ולפיו המעשים בוצעו, אך בהסכמתה החופשית של המתלוננת, נעדר עיגון בחומר הראיות, שממנו אף עולה כי המתלוננת הביעה את חוסר הסכמתה למעשים במהלך האירוע. בנוסף, לא מצאנו להתערב בקביעה כי המערער היה מודע, או למצער עצם את עיניו, לגילה של המתלוננת (13.5) בעת ביצוע המעשים. בצד האמור, לא מצאנו עילה להתערב בגזר הדין של בית המשפט המחוזי.

אציע אפוא לחבריי לדחות את הערעור, על שני חלקיו.

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט ע' פוגלמן, אך אבקש להעיר בשני עניינים.

1. בפסקה 24 לחוות דעתו הפנה השופט פוגלמן למחלוקת שנפלה ביני לבין חבריי בע"פ 337/13 בשאלה האם התרשמות חוקרת ילדים לגבי מהימנותו של הקטין שהעיד לפניה היא ראייה קבילה בנסיבות בהן הקטין העיד בבית המשפט שהתרשם ממנו באופן בלתי אמצעי. השופט פוגלמן לא נדרש למחלוקת זו שכן מצא כי הכרעה בה אינה נדרשת בנסיבות המקרה דנן. משכך, אף אני לא אדרש לסוגיה זו אך אטעים כי מחלוקת זו נותרה בעינה וסבור אני כפי שציינתי בע"פ 337/13 כי אפשר שהתרשמות חוקרת ילדים תהווה ראייה נוספת שתסייע לבית המשפט בהערכת מהימנות הקטין שהעיד לפניו.

2. בפסקה 29 לחוות דעתו נדרש השופט פוגלמן לשאלה האם יש מקום להיזקק לקו טיעון עובדתי חלופי שלא נטען מפי הנאשם עצמו, לא בחקירתו ולא במהלך משפטו. בנסיבות המקרה הקונקרטי לא נדרש השופט פוגלמן להכריע במחלוקת הפסיקתית בעניין מאחר שלטעמו התשתית הראייתית הקיימת אינה תומכת בטענה העובדתית החלופית.

כפי שציין השופט פוגלמן, קיימות גישות שיפוטיות שונות באשר לאפשרות היזקקותו של בית המשפט לטענה עובדתית חלופית במשפט הפלילי. השופט (כתוארה אז) מ' נאור סקרה בע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011) (להלן: עניין קצב), בפסקאות 164-176, דוגמאות שונות מהפסיקה והצביעה על גישות שיפוטיות שונות בהקשר זה, בהתחשב בסוג הטענה העובדתית החלופית ובהתחשב בסוג התשתית הראייתית – ישירה או נסיבתית. שלא כמקובל לסבור, בעניין קצב לא נקבעה הלכה פסוקה בסוגיה שבנדון, לא בשאלה האם בית המשפט מחויב להיזקק לטענה עובדתית חלופית במשפט הפלילי ולא בשאלה האם הטענה העובדתית החלופית צריך שתשמע מפי הנאשם עצמו או די שתשמע מפי בא כוחו. שאלה שלישית שטרם לובנה עד תום היא מהו המועד בו צריכה לעלות הטענה העובדתית החלופית.

באשר לעיתוי בו צריך שתשמע הטענה העובדתית החלופית, הרי שבנסיבות המקרה דנן הורה בית המשפט לסנגור להעלות את הטענה בסיכומיו ולפיכך שאלה זו כלל אינה מתעוררת בנסיבות העניין. יצוין כי שורת ההיגיון מחייבת כי אם נאשם או סנגורו לא העלו את הטענה במהלך ההוכחות, ולראשונה נזקקו לה בשלב הסיכומים,

ובית המשפט מגיע לכלל מסקנה כי לא ניתן להכריע בטענה העובדתית החלופית מבלי לשמוע ראיות נוספות, כי אז המחדל הדיוני צריך שיפעל לחובת הנאשם שכן לא ניתן לנהל "משפט שלאחר משפט" תוך שיבוש היוצרות. ודוק, אם אין צורך בליבון ראייתי נוסף והטענה המפורטת בסיכומים נשענת על הפניות לראיות שנשמעו במהלך דיוני ההוכחות, כי אז אין לטעמי מניעה שבית המשפט יזקק לטענה ויכריע בה. הנימוק שביסוד גישתי נעוץ בראש ובראשונה באחריותו של בית המשפט לבצע בדיקה עצמאית ובלתי תלויה של חומר הראיות. זאת ועוד, במחלוקת בין הגישות השיפוטיות הנוהגות בהלכה הפסוקה, דומני כי גם אם הטענה העובדתית החלופית לא נשמעה מפי הנאשם עצמו אלא מפי סנגורו, מן הראוי שהערכאה הדיונית תבחן אותה. הטעם שביסוד גישתי הוא כי בדיני נפשות עסקינן ומשכך יש להקפיד על בירור והכרעה בטענות השונות המועלות על ידי נאשם ו/או מטעמו.

בנסיבות המקרה הקונקרטי צדק השופט פוגלמן כי התשתית הראייתית הקיימת אינה תומכת בטענתו העובדתית החלופית של המערער.

אשר על כן, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע השופט פוגלמן.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט ע' פוגלמן ומעדיף להותיר בצריך עיון את סוגיית קבילות התרשמות חוקר הילדים שעה שהקטין מעיד בבית המשפט ואת סוגיית קו ההגנה החלופי, סוגיות שלא נדרשת בהן הכרעה במקרה דנא.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, י"ג בשבט התשע"ד (14.1.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט