



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 9809/08

בפני : כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט נ' הנדל

המערער : ארנלדו לזרובסקי

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 6.10.08 בתפ"ח 4159/98 שניתנה על ידי כבוד השופטים : ס' רוטלוי, ע' צ'רניאק וד"ר ק' ורדי

תאריך הישיבה : כ"ב בתמוז התש"ע (4.7.2010)

בשם המערער : עו"ד אביגדור פלדמן ; עו"ד חיים יצחקי

בשם המשיבה : עו"ד ג'ויה שפירא

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (פ"ח 4159/98, כב' השופטים ס' רוטלוי, ע' צ'רניאק וד"ר ק' ורדי), שניתנה ביום 6.10.2008, שבגדרה הורשע המערער, במסגרת משפט חוזר, בעבירות של מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו ארבע עשרה שנים לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) – בנסיבות האמורות בסעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, ובמעשה סדום בקטין שטרם מלאו לו ארבע עשרה שנים – עבירה לפי סעיף 347(ב) ובנסיבות האמורות בסעיף 345(א)(3) לחוק העונשין. בנוסף, זהו ערעור כנגד החלטת הביניים של בית המשפט המחוזי מיום 15.7.2008, בה נדחתה בקשת המערער להגיש לבית המשפט חוות דעת רפואית.

רקע עובדתי ודיוני

2. המערער, יליד 1934, הועסק כעובד ניקיון במועדון ספורט ("קאנטרי קלאב") בכפר סבא (להלן: המועדון), בין השנים 1991-1994. המתלונן, יליד 1979, נהג לבקר במועדון בין השנים 1991-1993, מספר פעמים בשבוע במסגרת מינוי משפחתי. על פי עובדות כתב האישום המתוקן מיום 20.12.2006, במהלך שנת 1991, במקלחות המועדון, נגע המערער באיבר מינו של המתלונן בעודו מתקלח לשם סיפוק מיני. באותו מעמד ביקש המערער מהמתלונן כי יבוא אחריו לתא השירותים במועדון, וכי יעמוד מולו סמוך לאסלה. הוא הפשיל את מכנסיו ותחתוניו של המתלונן, ומצץ את איבר מינו לשם גירוי וסיפוק מיני. בהמשך, כך על פי כתב האישום, סובב המערער את המתלונן והחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו עד שהגיע לסיפוק מיני. מעשים אלו חזרו על עצמם בהזדמנויות רבות בין השנים 1991-1993, ובגינם הואשם המערער במעשים מגונים ומעשי סדום במתלונן כשהוא אז קטין שטרם מלאו לו ארבע עשרה וכמפורט לעיל.

3. ביום 27.7.2000, הרשיע בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו את המערער פה-אחד במעשים שיוחסו לו בכתב האישום (כב' השופטים נ' עמית, נ' קפלן-הגלר, א' טל), וגזר עליו ברוב דעות, שש שנות מאסר, מהן ארבע לריצוי בפועל, וכן פיצוי למתלונן בסך של 7,500 ש"ח. ערעור שהגיש המערער כנגד ההרשעה וחומרת העונש לבית משפט זה, נדחה ביום 7.6.2001 (ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249 (2001), מפי השופטת א' פרוקצ'יה ובהסכמת השופטים ת' אור וא' לוי) (להלן גם: גלגולו הראשון של התיק).

4. לאחר מתן פסק הדין בערעור הורשע אחר, גרגורי שניידר, שעבד אף הוא במועדון כעובד ניקיון – בביצוע עבירות דומות באותו קטין, בהיות הקטין בין הגילאים 14 ל-15 (ת"פ (כ"ס) 1445/99, מיום 11.9.2001). ערעור של שניידר לבית המשפט המחוזי על הרשעתו התקבל ברוב דעות והוא זוכה בדינו (ע"פ (ת"א) 71364/01 שניידר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.10.2002)). המדינה לא ביקשה לערער על פסק דין זה והוא הפך חלוט. בעקבות זיכוי של שניידר הגיש המערער בקשה למשפט חוזר לבית משפט זה, וזאת על אף שסיים לרצות את עונשו לאחר שנוכח ממנו שלישי.

5. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לבקשתו של המערער למשפט חוזר. לשיטתו, "אף שתיק זה קשה על פניו ובמבטים ראשונים... אין עילה למשפט חוזר, שכן לאמיתו של דבר לא נוצר ספק סביר באשמתו של המבקש, וזיכוי יפגע בצדק ובמראית פני הצדק". עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר, כי "המדינה שקלה בכובד ראש אם יש להגיש בקשת רשות ערעור על פסק הדין [בעניין שניידר], שהוא בעיניה שגוי ולוקה במספר תמיהות משמעותיות. יחד עם זאת, נוכח הלכת חניון חיפה... ומנהגו של בית המשפט שלא להעניק רשות ערעור בעניינים שבעובדה, נאלצה המדינה להשלים עם פסק הדין המזכה את שניידר. בכך אמנם נוצרה סיטואציה בלתי שגרתית וקשה בעין הציבורית נוכח זיכוי מזה והרשעה מזה במסכת קרובה".

6. ביום 28.12.2005, קיבל בית משפט זה (השופטת מ' נאור) את בקשתו של המערער למשפט חוזר, והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי. בהחלטתה, עמדה השופטת נאור על מספר סיבות אשר יש בהן בכדי להעלות חשש לעיוות דין בענייננו של המערער. בין היתר, עמדה השופטת נאור על כך שקיימת זהות עובדתית דומה מספיק בין ההאשמות שניצבו נגד שניידר לבין אלה שעמדו כנגד המערער, ומשכך יש בזיכוי של שניידר כדי להצדיק משפט חוזר. השופטת נאור הדגישה בהחלטתה, כי לא עצם הערכת המהימנות השונה בערכאות דלמטה היא העומדת בבסיס ההחלטה למשפט חוזר, אלא "הסתירה המהותית והבלתי ניתנת ליישוב באורח ענייני בין הרשעתו של המבקש לבין זיכוי של שניידר בנסיבותיה יוצאות הדופן של פרשה זו". בנוסף ציינה השופטת נאור, כי בעוד ששתי הערכאות שדנו בעניין המערער, והערכאה הראשונה שדנה בעניין שניידר קבעו כי עדות המתלונן מהימנה – לא כך היה בערעורו של שניידר. השופט המחזר קבע כי המתלונן אינו מהימן, ותלונתו תלונת שווא היא. השופטת ברלינר הצטרפה לדעתו של השופט המר, ובכך הרכיבו השניים את דעת הרוב. ברם, השופטת ברלינר קבעה כי המתלונן בחר להעליל עלילה רק על שניידר, בכדי להכפיל את עצמת תלונתו המקורית נגד המערער. השופטת ברלינר חיוותה דעתה כי מהתרשמותה מהמתלונן, היא מאמינה שדיבר אמת כשהתלונן נגד המערער דנן. השופטת נאור תהתה מדוע לפי שיטתה של השופטת ברלינר, יהיה זה דווקא שניידר שיזוכה והמערער יורשע, ולא להיפך. זאת, בשעה שאין שוני מהותי בתלונות נגדם או במערכת היחסים הנטענת שלהם עם המתלונן. השופטת נאור קבעה כי המותב שישב בערעורו של שניידר יצא מתוך נקודת הנחה שענייננו של המערער חלוט, ועל כן

התעורר בליבו ספק לגבי דינו של הנאשם שבפניו, שניידר – אך ההיפך יכול להיות נכון באותה מידה.

7. בצד האמור, ציינה השופטת נאור כי התלונה אותה הגיש המתלונן כנגד המערער הוגשה בעת היותו בחופשה, מיד לאחר גיוסו לחטיבת "גבעתי", ויום לפני פגישה שנקבעה לו בבסיס עם קצין בריאות הנפש (להלן: קב"ן). על רקע זה מיקד בא כוחו של המערער את טיעונו בכך שרצונו של המתלונן להשתמט משירות צבאי קרבי, גרם לו להעליל על המערער ועל שניידר את שיוחס להם. לפיכך, הערכאות שדנו בתיק זה דנו בהרחבה בשאלת המועד בו למעשה העלה המתלונן לראשונה את דבר העבירות, וכנקודת מוצא הובהר, שאם אכן ימצאו ראיות שהמתלונן כבר סיפר על דבר האירועים לאדם נוסף טרם גיוסו, יהיה בכך בכדי להסיר את החשש שעשה זאת על מנת להשתחרר משירות קרבי. לצורך כך, הועלה שמה של אפרת, ידידת עבר של המתלונן, כאדם היחיד לו טען המתלונן שסיפר (ואפילו חלקית) את שארע לו. נכון ליום הבקשה למשפט חוזר, סירבה אפרת להעיד ולהיחקר במשטרה בעניין. ברם, בידי הערכאות הקודמות שדנו בעניין, היה מצוי מזכר שנרשם על ידי חוקרת ששוחחה עם אפרת בטלפון, ביום 13.12.1998 – כשנה לאחר הגשת התלונה (ת/6; להלן: המזכר). בנוסח המזכר צוין במפורש כי המתלונן סיפר לאפרת על המקרה "לפני שנה וחצי לערך/ או מיד עם הגשת התלונה" – כאשר על פי החלופה הראשונה, הופרכה גרסת המערער כי המתלונן בדה את התלונות עובר לשיחתו עם הקב"ן ובתחילת שירותו הצבאי, ואילו על פי החלופה שבסיפא, גרסת ההגנה למניע להגשת התלונה שרירה וקיימת. היבט נוסף העולה מתוכן המזכר, ושהשופטת נאור, לא נדרשה להרחיב בו, הוא האמור בהמשך המזכר: "...ואח"כ אמר [המתלונן] לה [לא'] שכמה שנים קודם לכן בבריכה איזה גבר הטריד אותו (דיבר על אדם 1)". מתוכן זה מסיקה ההגנה כי מלכתחילה טען המתלונן בפני אפרת כי רק אדם אחד פגע בו ולא שניים. לאור האמור קבעה השופטת נאור כי עדותה של אפרת משמעותית ביותר לבירור אשמתו של המערער, שכן אם זו תתמוך בגרסת המתלונן כי סיפר לה על המקרה טרם גיוסו – "סביר להניח שהדבר היה מסיר את החשש שהמתלונן העליל עלילה כדי להשתמט מהצבא" (להלן גם: טענות העלילה).

משפטו החוזר של המערער בבית המשפט המחוזי

8. נוכח החלטת בית משפט זה, ובהתאם להוראות סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, וסעיף 9 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957, נוהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו משפטו החוזר של

המערער. בית המשפט המחוזי השתכנע מאמינות המתלונן ומאמינות עדותו, והרשיע את המערער במיחוס לו. בית המשפט קבע כי עדותו של המתלונן הייתה דלה בפרטים והאופן שבו הועברה תאמה, כך על פי בית המשפט המחוזי, את התרשמות הגורמים המטפלים שהעידו בפניו על אודות המתלונן. לעניין זה אימץ בית המשפט את קביעתה של הפסיכולוגית הקלינית הבכירה, רות פוריסמן, בסיכום טיפול שערכה לו ביום 2.12.1998 (כשנה לאחר גיוסו לצה"ל וככל הנראה בקשר לאפשרות לגייסו מחדש; מוצג ת/13), כי המתלונן "...מרשים כנער בעל אינטליגנציה בינונית נמוכה, דל בתכנים, חיי חברה מצומצמים וחסר כל ניסיון עם בנות. הוא אינו מתוחכם וגם לא פנטזיונר". עם זאת, קבע בית המשפט כי עדותו של המתלונן הייתה אחידה וקוהרנטית בכל הנוגע לגרעין המעשים שבוצעו בו לדבריו. בית המשפט סקר בפסק דינו את הסתירות השונות שנמצאו בגרסאות המתלונן וקבע כי למרות זאת, לא היה בהן בכדי לגרוע מהאמינות שיוחסה לו בסופו של יום.

9. בית המשפט המחוזי אף דחה את טענות ההגנה כנגד עדותו הכבושה של המתלונן והסתירות לכאורה שנמצאו בדבריו להצדקת תלונתו המאוחרת. עוד דחה בית המשפט את טענות ההגנה באשר למניע, לכאורה, שעמד מאחורי הגשת התלונה – השחרור משירות קרבי. ההגנה ניסתה לערער את אמיתות טענות המתלונן כי עלו בו פחדים משהייה ממושכת בחברת גברים, רחצה משותפת עמם ותקיפות נגדו, בציינה כי חוויות מעין אלו כבר היו מוכרות למתלונן מטיולים שנתיים בבית ספר, ותהתה מדוע רק עתה הוא טוען כי הן מפחידות אותו. בית המשפט דחה טענות אלו לאור זאת שאף אם אכן השתתף המתלונן בטיולים מעין אלו (והדבר נתון במחלוקת), אין דין טיול מעין זה כדין טירונות ממושכת. מה גם, שעל פי קביעת בית המשפט בלטו חששותיו של המתלונן בשני המקרים, וזאת על פי עדותו של המתלונן, כמו גם מעדות הוריו אשר נמצאו מהימנים. לעניין זה ראה בית המשפט במצבו הנפשי של המתלונן, עת חשף בפני אמו את שקרה לו – חשיפה שהולידה בסופו של דבר את התלונה דנן – כסיוע לעדותו. כך או אחרת שוכנע בית המשפט כי לא השירות הקרבי הוא שעמד בבסיס חששותיו של המתלונן, אלא עצם הקרבה הפיזית לחיילים רבים במשך זמן ממושך.

10. בית המשפט קמא מצא חיזוק למסקנותיו אף בחוות דעתם של שני פסיכולוגים קליניים מומחים שטיפלו במתלונן והעידו בבית המשפט. הראשונה, רות פוריסמן, נפגשה עם המתלונן 18 פעמים במהלך שמונה חודשי טיפול, והגישה כראיה סיכום טיפול כשנה לאחר שגויס המתלונן ושחרר באופן זמני (ת/13). השני, סא"ל דני שניידמן, טיפל במתלונן לאחר שגויס מחדש לצה"ל בתפקיד אדמיניסטרטיבי, אז הגיע

לטיפול אצל סא"ל שניידמן מיוזמתו שלו. על פי בית המשפט, עדויות המטפלים תמכו בגרסת המתלונן. פוריסמן אישרה את גרסת המתלונן בדבר הרקע לשחרורו מן השירות הצבאי עת התגייס לראשונה, ואף העידה על מצבו הנפשי (חרדותיו והרקע להן) – עדות שחוזקה בעדותו של סא"ל שניידמן, גם לאחר שגויס המתלונן לצבא מחדש.

11. במהלך הדיונים בבית המשפט קמא טען בא כוח המערער לבעיות רפואיות שונות שהיו מנת חלקו של המערער. למרות טענת ההגנה כי המערער סובל מפגיעה קוגניטיבית בעקבות שבץ שעבר, ויתרה ההגנה ביום 15.6.2008 על הבאתו של נירולוג, ד"ר ג'ורג' פורטנוי, שיעיד על פגיעה זו. למרות זאת, וטרם הגשת הסיכומים מטעם המערער, הוגשה מטעם ההגנה בקשה להגשת חוות דעתו של הד"ר פורטנוי ולזמנו למתן עדות, מאחר והמערער "...הנו פאסיבי ואינו מסוגל לנהל משפט, לתת עדות או לעקוב באופן עירני ותקיין אחר הליך משפטי...". בקשה זו נדחתה ביום 15.7.2008, לאחר שבית המשפט קבע כי "הטענה כי במצבו הנוכחי דהיום הוא איננו מסוגל לנהל משפט, לתת עדות או לעקוב באופן עירני אחר הליך משפטי, איננה רלוונטית, כיוון שהליך שמיעת הראיות הסתיים...אם בית המשפט היה מתרשם במהלך עדותו שהוא איננו מסוגל להעיד היה מציין זאת ופועל בעניין זה. לא התרשמנו במהלך עדותו, כי הוא היה במצב שבו לא היה מסוגל להעיד". לפיכך קבע בית המשפט כי במהלך שמיעת הראיות ועדות המערער היה האחרון צלול ובכל מקרה לא נטענה טענה כזו בעת מתן עדותו או לגבי המועדים הנטענים לביצוע העבירות.

12. המערער העיד בפני בית המשפט המחוזי, כשחלק מעדותו מסר בעברית, וחלק מסר בספרדית בסיוע מתורגמנית. בית המשפט קבע כי "הנאשם כשל פעם אחר פעם בשקרים ובתמיהות רבות, פעמים רבות בהקשרים היורדים לשורש העבירות בהן הואשם". בית המשפט דחה את טענתו של המערער כי היו לו קשיים בשפה העברית. עוד נדחתה טענתו שתיחום תפקידו במועדון לא היה ניקיון השירותים, ובכך ניסה להרחיק עצמו משהייה באזור בו בוצעו לכאורה מרבית המעשים. בדומה הצביע בית המשפט על שקר מוכח, לשיטתו, שעלה מריבוי גרסאותיו של המערער בנושא כניסתו לסאונה היבשה במועדון, בה על פי הנטען ארע אחד מהמקרים הנטענים בכתב האישום. פרכה נוספת שמצא בית המשפט המחוזי בגרסאותיו השונות של המערער נגעה לגרסתו באשר להיכרותו עם שניידר. כך למשל טען המערער בהזדמנויות שונות כי הכיר את שניידר, אך סתר עצמו באשר לשאלה האם הייתה חפיפה בשעות העבודה של השניים. בית המשפט ראה את העובדה כי שניידר לא הובא להעיד – לחובתו של המערער. בית המשפט המחוזי עמד בעיקר על משפט תמוה שהשמיע המערער בעימות

שנערך במשטרה בינו לבין המתלונן, כאשר נשאל האם זכור לו מגע מיני עם המתלונן כשעבד במועדון. בתשובה, העלה המערער מיוזמתו טענה ולפיה: "...כשהיו ילדים יוצאים מהשירותים ואני הייתי שם והיו מלוכלכים מקקי הייתי מנקה להם את הטוסיק. כל יום היה את זה..." (ת/3, בעמ' 2). כזכור, טען המערער כי לא נהג לנקות את חדרי השירותים, ותשובתו באשר ל"ילדים" שעה שנשאל לגבי המתלונן, אומרת לפי בית המשפט המחוזי, דרשני. בית המשפט המשיך להפוך בדבר, ולבסוף העמיד עניין זה לחובתו של המערער (להלן: גרסת ניקוי הישבנים).

13. למרות שהמשיבה לא נדרשה בסיכומיה בפני בית המשפט המחוזי לאחת הסוגיות החשובות ביותר בתיק זה, והיא זהות המעשים הנטענים בין המערער לשניידר, דחה בית המשפט את טענות ההגנה לעניין זה. בית המשפט קבע כי "דווקא העלאת גרסה דומה להפליא ביחס ל[מערער] ולשניידר, יש בה כדי להפיג כשלעצמה חשש למניפולטיביות מצד המתלונן. דווקא ה'פנטסטיות' הנטענת של דמיון זה, באשר למעשים שכלעצמם הם חריגים ביותר, משכנעת אותי כי אין מדובר במניפולציה מצידו. שהרי ממה נפשך – לו רצה אמנם המתלונן להשתמט מהצבא באמצעות תלונת שווא, מה טעם בהעללה על שני עובדי ניקיון דווקא? האם אין די באחד? ומה לי לדרג 'פנטסטיות' אחת (הגרסה המפלילה – שהרי ברי, כי אדם בגיר המבצע מעשי סדום בילד קטן מבצע מעשה בלתי נתפס בעיני האדם הנורמטיבי) ולהעדיפה על פני השניה (גרסת העלילה)?" (פסקה 56 לפסק הדין). על כל פנים, קבע בית המשפט המחוזי כי לא דובר במעשים זהים לחלוטין. לשיטתו של בית המשפט להבדיל ממקרה המערער, ציין המתלונן כי שניידר גם נהג לאונן בפניו, ואף השתמש במילות פיתוי שונות מאלו שיוחסו למערער דנן. הבדל נוסף הוא טענתו של המתלונן כי המערער ביצע בו את זממו גם בסאונה היבשה, דבר שלא נטען בשום שלב כנגד שניידר. לחיזוק מסקנה זו נעזר בית המשפט גם באישיותו של המתלונן, אשר נקבע כי אינה מניפולטיבית, ועל הודעתו של חברו של המתלונן, תומר, אשר ההגנה נמנעה מלהעידו למרות שלכאורה היה בדבריו כדי לסייע למערער.

14. בית המשפט דחה את טענות ההגנה כי האשמות המתלונן לא יתכנו מבחינה פיזית (לאור גודלם של תאי השירותים) ואנטומית (לאור השונות הפיזית בגבהים בין השניים, ולאור טענת המתלונן כי המערער חדר אליו בלי שימוש בידיו ובלי חומר סיכה כלשהו). על פי בית המשפט, לא הובאו בפניו ראיות לעניין זה, וכן לא התרשם כי בנסיבות העניין, הדבר אכן לא היה אפשרי.

15. כאמור לעיל, הנחה בית משפט זה את בית המשפט המחוזי לגבות את עדותה של אפרת על מנת לשפוך אור על סוגית המניע שהוביל את המתלונן להגשת התלונה במשטרה. יודגש כי בעוד שבגלגולו הראשון של התיק דנן, וכן במשפטו של שניידר לא הובאה אפרת לעדות, ובתי המשפט נאלצו להסתמך רק על מזכרים שכתבה חוקרת המשטרה מיכל בר-דיין מפיה בשיחה טלפונית – בהליך דנן העידה אפרת בפני בית המשפט. בכך, לפי קביעת בית המשפט באו לכדי פתרון כל הספקות שליוו את המותב בערכאת הערעור בעניינו של שניידר. בית המשפט הסיק מעדותה של אפרת כי המערער חשף בפניה את סודו עוד לפני שגוייס לצבא ולפני שנודע לו שהוא מיועד לשירות בחטיבת גבעתי, לפיכך נשמטת הקרקע תחת טענת המערער לעלילה כנגדו על רקע שירות זה. כללו של דבר, למרות סתירות מסוימות בעדותה של אפרת, מצא אותה בית המשפט כעדות מסייעת בעלת משקל רב, המאששת את אמיתות גרסת המתלונן. בית המשפט הדגיש כי גם לולא עדותה של אפרת בפניו לא הייתה משתנה מסקנתו בדבר אשמתו של המערער.

מכאן הערעור שבפנינו.

הערעור

טענות המערער

16. בערעורו מבקש המערער כי נהפוך את הכרעתו של בית המשפט המחוזי כך שיזוכה מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. לחילופין מבקש המערער, כי תקבל בקשתו להוספת חוות דעתו הרפואית של ד"ר פורטנוי, ושהדיון בעניינו יוחזר לאור זאת שוב לבית המשפט קמא.

17. המערער חוזר בערעורו, בין היתר, על רבות מהטענות שהשמיע בפני בית המשפט קמא. כך טוען הוא, כי קיימת זהות מוחלטת בין טענות המתלונן כנגד המערער מחד, לבין הטענות שטען כנגד שניידר מאידך. על פי המערער, זהות ברמה "פנטסטית" שכזו, אינה אפשרית, קל וחומר כשמדובר בשני עובדי ניקיון שהיכרותם שטחית, ושיכולת התקשורת ביניהם מוגבלת בהיותם עולים ממדינות שונות אשר העברית אינה שגורה בפיהם. גם העובדה ששעות עבודתם של השניים לא חפפו ברובן והנחה כי לא סביר שהאחרונים יחלקו ביניהם פרטים אינטימיים שמשמעותם הודאה בביצוע עבירה פלילית – מחזקים את המסקנה כי לא תתכן זהות ותיאום בין המקרים.

18. המערער טוען עוד, כי שגה בית המשפט קמא משקיבל את הסבריו של המתלונן באשר לכבישת תלונתו למעלה מארבע שנים. לטענתו, המתלונן מסר הסברים סותרים ובלתי סבירים לכבישת התלונה, כאשר מחד טען שסבר שהמעשים שבוצעו בו היו נורמאליים (ואז גם עולה התמיהה מדוע לא סיפר על כך לאחרים), ומאידך טען, כי חשש לחשוף את המעשים שמא יאשימוהו בגרימתם. על פי ההגנה, מדובר בתרתי דסתרי, שיש בהם בכדי ללמד על חוסר אמינות המתלונן. נוסף על כך, חוזר המערער על טענותיו לפיהן עיתוי הגשת התלונה מלמד כי מדובר בעלילת שווא שתכליתה לאפשר למתלונן לחמוק משירות קרבי בחטיבת "גבעתי". המערער טוען כי אין בעדותה של אפרת בכדי ללמד כי המתלונן כבר הלין באוזניה בעבר על שהתרחש, שכן עדותה של אפרת, כך על פי המערער, לוקה בין היתר בסתירות פנימיות וסותרת אף פרטים העולים מעדות המתלונן. כן לטענת המערער שגה בית המשפט קמא משלא יחס חשיבות לסתירות בין אמרותיה של אפרת כפי שתועדו על ידי החוקרת בר-דיין, לבין עדותה בבית המשפט. מכל מקום, כך נטען, אף אם ניתן לקבל את דבריה של אפרת, לפיהם חשף המתלונן את תלונתו בפניה עוד בהיותם בתיכון, אין הדבר שולל מיניה וביה את טענת המערער לפיה מדובר בבדיה.

19. המערער טוען כי שגה בית המשפט קמא משהסתמך על עדותם של הפסיכולוגים שניידמן ופוריסמן אשר טיפלו במתלונן. לטענתו, מטפלים אלו לא יכולים לאשר כי האירועים עליהם מעיד המתלונן אכן התרחשו במציאות, כפי שהעידה פוריסמן עצמה, ושסא"ל שניידמן אף אינו זוכר האם עלו במהלך הטיפול תכנים אודות פגיעות מיניות באופן שבו תוארו על ידי המתלונן בעדותו. המערער תוהה כיצד מצבו הנפשי הקשה לכאורה של המתלונן, כפי שתואר על ידי פוריסמן, השתפר בתוך זמן קצר ביותר, וזאת לטענת המערער, על מנת להתגייס מחדש למסגרת נעימה יותר ולתפקיד אדמיניסטרטיבי שאינו קרבי. בכך, על פי המערער, הצליח המתלונן להימנע משירות קרבי, אך לחמוק מהסטיגמה השלילית שנלווית להשתמטות משירות בצה"ל.

20. המערער יוצא כנגד מהימנותו של המתלונן וטוען ששגה בית המשפט קמא משנתן בו אמון. כך, על פי המערער, נמצאו סתירות בגרסאות המתלונן במספר נושאים, וביניהם: מועד התרחשותם המדויק של האירועים; תיאור המעשים שבוצעו בו בנוכחות אביו בסאונה היבשה; הסיבה בשלה דחקה בו אמו של המתלונן לפקוד את המועדון, ומידת ההיכרות בין התוקפים, כפי שתוארה על ידי המתלונן. עוד נטען בהקשר זה כי שגה בית המשפט כשתלה את מצבו הנפשי הרעוע של המתלונן בעת

הגשת התלונה בטראומה שחווה, ושהסיבה האמיתית על פי המערער למצב זה, הייתה כאמור, החשש מגיוסו ליחידה קרבית בצה"ל.

21. המערער חוזר על טענותיו כי המעשים המתוארים לא יכלו להתרחש בפועל. זאת הן מבחינה פיזית-הנדסית, בשל גודלם של תאי השירותים, והן מבחינה אנטומית, לנוכח טענת המתלונן לפיה המערער לא אחז בו בשעת ביצוע מעשי הסדום ואף לא נזקק לחומרי סיכה. המערער יוצא נגד קביעת בית המשפט קמא שביקרה אותו על כך שלא הביא ראיות בעניין זה, וטוען כי אינם טעונים הוכחה בהכרח לאור הגיונם, המתקבל על הדעת, הסביר והברור מאליו.

22. בא כוחו של המערער טוען, כי עדותו של המערער בפני בית המשפט קמא הייתה מבולבלת ובלתי קוהרנטית, לאור מצבו הקוגניטיבי הירוד. משכך, שגה בית המשפט קמא כשלא אפשר להגנה להוכיח את מצבו זה באמצעות חוות דעת מומחה, אף אם הגשת חוות דעת זו התבקשה בשלב הסיכומים המאוחר. לטענת בא כוח המערער, יש בחוות דעת זו בכדי להסביר את מצבו הקשה של המערער, אשר לעת זקנה, ביקש לטשטש את זכר השנים הקשות שעבר בבית הסוהר, ויצא ממנו כשהוא אינו יכול קוגניטיבית להתמודד עם הכרוך במתן מענה לאשמה, מתן עדות וכיוצא בזה.

טענות המשיבה

23. על פי המשיבה דין הערעור להדחות. את טיעוניה משתיתה המשיבה בעיקר על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בין היתר, עומדת המשיבה על כך שלטענתה הסיבה המהותית ביותר שהתיק הוחזר למשפט חוזר הייתה עדותו הכבושה של המתלונן, והמניע לחשיפת המעשים מיד לאחר גיוסו לצה"ל. זאת בין היתר, לאור העובדה שעדותה של אפרת שהייתה יכולה לשפוך אור על סוגיה זו, לא נגבתה במשפטו של המערער (ואף לא של שניידר), ומכך עלה חשש לקיומו של עיוות דין בעניינו. לטענת המשיבה, במשפט החוזר הוסר חשש זה משנגבתה עדותה של אפרת ונמצאה מהימנה, ולא נמצא בדבריה אינטרס לשקר. המשיבה טוענת כי טענת ההגנה שהעובדה שאפרת לא זכרה במדויק באיזו כיתה היו היא והמתלונן בעת שחשף בפניה את סודו, אינה מעלה אפשרות שהדברים נאמרו לה בשלב שלאחר הגשת התלונה במשטרה. שכן, אפרת הדגישה בעדותה כי הסיטואציה בה נאמרו הדברים הייתה בדרך הביתה מבית הספר, ובמהלך לימודיה בתיכון. לפי המשיבה יש לדחות גם את טענות ההגנה בדבר סתירה בגרסאותיה של אפרת שנמסרו לחוקרת בר-דיין ולבית המשפט לגבי מספר

התוקפים. זאת כאמור, לאור המזכר שכתבה בר-דיין, בו מאשרת האחרונה לכאורה כי מדובר בתוקף אחד, ביודעה שהתלונה מתייחסת לשני תוקפים. לפי המשיבה, פתרה אפרת קושי זה בעדותה, שעה שמסרה כי היא הייתה זו שהסיקה שמדובר בתוקף אחד, ושהמתלונן לא ציין זאת בפניה. המשיבה שבה ומפנה לקביעת בית המשפט קמא, לפיה היה מודע לסתירות מסוימות בעדותה של אפרת, ולמרות זאת רחש לה אמון רב, ואף ראה בהן חיזוק להעדר פניות מצדה.

24. המשיבה טוענת כי יתר טענותיו של המערער מופנות כנגד ממצאי מהימנות מובהקים שנקבעו על ידי בית המשפט קמא, וככאלה, אין להתערב בהם כעת. המשיבה מחזקת את קביעת בית המשפט לעניין אמינות המתלונן, וטוענת כי אין בסתירות בגרסאותיו עליהן הצביעה ההגנה בכדי לשנות מקביעה זו. כך למשל, אין ממש בסתירה שנפלה בעדות המתלונן באשר לעונה בשנה בה החל ביצוע העבירות. שכן, המתלונן, תוך כדי עדותו הבין כי טעה בהבנת שאלה שנשאל זמן קצר קודם לכן, ותיקן עצמו בהתאם. לפי המשיבה, זהו בלבול סביר נוכח הזמן הרב שחלף, גילו הצעיר בזמן התרחשות האירועים ובעיקר בשל העובדה כי מדובר ברצף ארוך של תקיפות ולא במועד אחד מדויק וברור.

25. סתירה נוספת אליה מתייחסת המשיבה נוגעת לטענת ההגנה על פיה סתר המתלונן את דברי אביו באשר לאירוע שנטען כי התרחש בסאונה במועדון. האב העיד כי לא היה מקרה בו ישבו המערער ובנו לצדו בסאונה, זאת בניגוד לעדות המתלונן, שטען כי אירוע שכזה התקיים, ובמהלכו אף תקף אותו מינית המערער. אליבא דמשיבה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, האב, שלא ייחס אותה שעה שום חשיבות לנוכחות המערער, לא יכול היה לזכור אירוע שולי שכזה ועל כן הכחיש את קיומו. המערער אף טען כי בניגוד לטענת המתלונן כי פקד את המועדון משך זמן רב לאור לחצה של אמו, אשר דרבנה אותו להתקלח במקום, ובכך לחסוך מים וחשמל בבית – טענה אמו כי לא כך היה הדבר. המשיבה מסבירה, כי אמנם האיצה האם במתלונן לפקוד את המועדון רק בכדי להתקלח אבל הבהירה כי אמרה לו ש"אם הוא כבר שם שיתקלח ויבוא הביתה" (ת/8, בעמ' 36). עוד טוענת המשיבה כי אין מקום לטענות המערער בנוגע לסתירה שנמצאה לכאורה בדברי המתלונן באשר להיכרותם של המערער ושניידר. כך לטענת המערער, לא מתיישבת טענתו האחת של המתלונן לפיה ראה את השניים משוחחים ביניהם, יחד עם טענתו השנייה, לפיה היה פער בין מועד סיום עבודתו של המערער למועד תחילת עבודתו של שניידר. טענה זו של המערער, לפי המשיבה, סותרת את הממצא העובדתי שנקבע בבית המשפט לפיו הייתה חפיפה

בין תקופות ההעסקה של השניים, אשר בה גם הודה המערער בסופו של דבר (פסקה 4 להכרעת הדין). המשיבה מוסיפה עוד כי לאור ממצאיו של בית המשפט על פיהם שולט המערער בשפה העברית, אין מניעה כי השניים יכלו לשוחח ביניהם. על כל פנים, כך על פי המשיבה, גם אם שגה המתלונן וסבר כי בזמן שראה את השניים מדברים, טרם החל שניידר לעבוד במקום, עדיין טענתו כי ראה את השניים מדברים מתיישבת עם יתר הראיות.

26. המשיבה טוענת כי יש לדחות אף את הערעור על קביעות בית המשפט קמא, על פיהן נמצאו עדויות הפסיכולוגים ועדות הוריו של המתלונן כראיות מחזקות. אמנם המערער טען כי אין לקבל את עדות ההורים באשר למצבו הנפשי הירוד של המתלונן, מאחר והן מתייחסות למצבו בזמן הגשת התלונה, ואך טבעי הוא שמצב רוחו היה ירוד נוכח שירותו הצפוי בצבא. ברם, לפי המשיבה, מצב רוחו של המתלונן היה שפוף גם בעת התקופה בה בוצעו המעשים, אז חלה אצלו ירידה בלימודים, וגם לאחר שוחרר באופן זמני מן הצבא. בנוסף מפנה המשיבה גם לעדות האם על כך שהמתלונן נמנע מלצאת לטיולים שנתיים ולישון אצל חברים כבר בעת לימודיו בתיכון. המשיבה גם יוצאת נגד טענותיה של ההגנה באשר להחלמתו "הפלאית" של המתלונן במהלך הטיפול אצל הפסיכולוגית פוריסמן. על פי המשיבה אין תימה שהמתלונן חש שזו "השנה הטובה בחיים שלו", שכן הוא החל אותה בשפל המדרגה, כחשיפת טראומה קשה, וסיים אותה בקבלת טיפול נפשי ובשיפור משמעותי של היחסים עם הוריו. בנסיבות אלו לא היה מקום להתייחס לטיפול הרפואי כאל "נס", ובכל מקרה, אף לאחר גיוסו מחדש נזקק המתלונן להמשך טיפול נפשי. גם בטיפול ההמשך שניתן לו על ידי סא"ל שניידמן, העיד האחרון, כי המתלונן התמודד עם קשיים ובעיות שכללו שינוי במצב הרוח, בעיות שינה וכדומה. שניידמן אף חיווה דעתו ש"דווקא מתוך הרצון שלו לא לדבר על זה הרגשתי הרבה פעמים שזה קיים וזה נכון" (פרוטקול מיום 17.4.2008, בעמ' 14). מכאן עולה כי אין מקום לטענת הטיפול "הפלאי" שטען המערער, ובכל מקרה, אם נכונה הטענה כי המניע לתלונה היה השתמטות, יש לתהות מדוע המשיך המתלונן בטיפול הנפשי אף לאחר גיוסו מחדש מרצונו. המשיבה טוענת כי למרות שפוריסמן לא התחייבה כי ביכולתה לקבוע ממצאי עובדה בעניין קרות האירועים, די בכך שהעידה יחד עם סא"ל שניידמן על סממני פוסט-טראומה אצל המתלונן התומכים בגרסתו.

27. המשיבה טוענת כי די בהבדלים עליהם עמד בית המשפט המחוזי בין המעשים שייחס המתלונן לשניידר לבין אלו שייחס למערער, ואין להקל בהם ראש. לטענת המשיבה, אין להתמקד במילות הפיתוי הזוהות שלכאורה השתמשו בהם שניידר

והמערער, שכן בית המשפט אימץ את הקביעה כי המתלונן "בעל אינטליגנציה בינונית נמוכה, דל בתכנים...לא מתוחכם ולא פנטזיונר", ואף קבע כי אין מדובר במתלונן מניפולטיבי. באשר לטענת המערער כי המעשים הנטענים לא יתכנו פיזית ואנטומית, נסמכת המשיבה על קביעת בית המשפט קמא, וטוענת עוד כי ניסיון החיים והשכל הישר דווקא מלמדים כי הדבר אפשרי, בעיקר לאור הטענה כי המעשים נעשו בהסכמת המתלונן (ככל שניתן להשתמש במונח זה כשמדובר בילד בן 11 שנים).

28. לסיום טוענת המשיבה, כי אין מקום לקבל את בקשת המערער להוספת חוות דעתו הרפואית של הפסיכולוג ד"ר פורטנוי. כפי שפורט לעיל, ההגנה הצהירה במועד בו נקבעה העת לסיום פרשת ההגנה, כי החליטה לוותר על הגשת חוות דעת נוירולוג אשר היה אמור להעיד על הנזק שנגרם למערער בעקבות שבץ. המשיבה טוענת כי מיותר זה עולה כי ההגנה סברה שחוות דעת כזו רק תזיק להגנת המערער, או לכל הפחות לא תביא לו כל תועלת, ומכאן שסברה שמצבו הקוגניטיבי יציב. המשיבה טוענת, בין היתר, כי לאור העיתוי בו התבקשה הוספת הראיה (לאחר שנשמעו סיכומי המשיבה), תוכנה הבלתי רלוונטי, וכן לאור טענתה כי אין בראיה זו בכדי לשנות את קביעות בית המשפט לעניין מהימנותו של המערער – אין לאפשר את קבלתה כעת.

דיון והכרעה

29. על המסכת העובדתית בתיק שלפנינו כבר עמדו לא מעט שופטים בהרכבים שונים. לאחר ששקע האבק נותרו עומדות שתי הכרעות: זיכוי החלוט של שניידר, והרשעתו של המערער. שניהם גברים מבוגרים בגיל העמידה, עולים מקצוות תבל, ודוברי שפות שונות, לעבר שניהם כיוון המתלונן אצבע מאשימה, וייחס להם מעשים מחרידים בטיבם. המערער דנן, אשר הורשע כבר שלוש פעמים על יסוד כתב האישום נושא הערעור, סיים זה מכבר לרצות את עונשו וכעת עותר לניקוי שמו. לאחר שחזרתי ובחנתי את חומר הראיות בתיק, את פסיקות הערכאות השונות בעניינו של המערער וכן בעניינו של שניידר – הגעתי לכלל מסקנה כי יש לזכות את המערער מחמת הספק.

התערבות בממצאי מהימנות במקרים של עבירות מין

30. ככלל, הלכה היא כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בקביעות וממצאי הערכאה הדיונית אשר התרשמה מהראיות ומהעדויות "מכלי ראשון", וגיבשה קביעותיה בהתאם (ראו למשל: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4)

632 (2000); ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל פ"ד ו(1) 514, 560 (1952); ע"פ 377/61 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1065, 1073-1074 (1963)). כוחו של כלל זה, אשר לעומקו נרד בהמשך, יפה יותר שעה שתחת שבטה של ערכאת הערעור נבחנות קביעות הנוגעות לעבירות מין, אשר מטבען נעשות בצנעה, בנוכחות התוקף והקורבן בלבד, כשהשניים לבדם עדים למעשים הנוראים. כך למשל, נקבע בע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.1.2007) (להלן: עניין וקנין):

"יתרונה של הערכאה הדיונית בקביעת מהימנות גרסאות וקביעת ממצאי עובדות על יסודן כולט במיוחד בעבירות מין, שבהן קביעת הממצאים מתבססת על גרסאות סותרות של שני המעורבים בפרשה, והאפשרות להיעזר בעדויות אובייקטיביות, חיצוניות לאירוע, היא מוגבלת ביותר. בנסיבות אלה, התרשמות באמצעות החושים וסימני האמת העולים במשפט, מקבלת חשיבות וערך מיוחדים. במצבים כאלה, היקפה של התערבות ערכאת ערעור בשאלות מהימנות גרסאות תוגבל למקרים בהם מסקנות הערכאה הדיונית אינן מתיישבות עם נתונים אובייקטיביים שהוכחו, ואינן עולות בקנה אחד עם הניתוח האנליטי של הראיות שהובאו ועם מושכלות החיים וההתנהגות האנושית" (שם, בפסקה 39).

31. נוסף על כך נקבע, כי במקרים של עבירות מין אין לבחון את גרסת המתלונן בפריזמה שבה נבחנות עדויותיהם של מתלוננים בעבירות אחרות. בית המשפט אינו מצפה מנפגעים בעבירות מין להיות "מכשיר לדיוק אוטומטי" (ראו: ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 3.7.2007), וההפניות המובאות בפסקאות 12-14 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל). ומשכך, לעתים תתקבל גרסתם גם כאשר היא זרועה אי דיוקים, סתירות, חוסר התאמות ובלבול (ראו: ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 220 (2002); ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 91-82 (לא פורסם, 20.10.2010) (להלן: עניין פלוני)). גם כאשר כובש מתלונן עדותו משך זמן רב, יתכן ותקבל גרסתו משקל מלא, כאשר בעבירות מין מדובר (ראו למשל: ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 925-926 (2001)), ואפילו כאשר התנהגותו של מתלונן תמוהה ואינה רציונאלית, לא בוחן אותה בית המשפט בהגיון קר (ראו: ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 429 (2004)). צא ולמד – כי אין דינו של מתלונן על עבירות מין שבוצעו בו, כדין מתלונן וקורבן פלילי אחר. ברם, אספקלריה שונה זו שבה נבחנת גרסתו של קורבן עבירות מין, אינה יכולה להפוך את ההליך הפלילי, אשר במרכזו הנאשם, לפלסטר:

”יודגש כי ‘המובלעת הראייתית’ המיוחדת לעבירות מין אינה ‘הנחה’ שבית המשפט עושה לנפגעי עבירות מין, ואין מדובר בריכוך או בהנמכה של הרף הראייתי ‘מעבר לכל ספק סביר’ כנדרש להרשעה בפלילים. הדברים נובעים מהבנה והכרה של בתי המשפט באופי המיוחד של העבירה, בין היתר, בעקבות ידע מקצועי וניסיון נצבר של שנים רבות של העוסקים והמטפלים בנפגעי עבירות מין” (עניין פלוני, פסקה 90).

מכאן, שבעת שבתו בערכאת ערעור על ממצאים עובדתיים שנקבעו במקרים של עבירות מין, על בית המשפט להמשיך ולבחון האם נתקיים אותו “ספק סביר” הנדרש על פי סעיף 34 לכח לחוק העונשין. בעשותו כן, על השופט לבחון האם בעדותו של מתלונן בעבירות מין, על אף ההנחות הראייתיות המסוימות להן הוא זוכה – עדין ניצב גרעין של אמת, או סיפור ברור ויציב שיש בו בכדי לתאר את הטראומה הקשה שהייתה מנת חלקו. משנוכח בית המשפט שלערעור, כי מסקנותיה של הערכאה הדיונית (אשר זוקקו מתוך ממצאיה העובדתיים), הולמות מסקנה זו, עליו לנקוט בכלל הרגיל ולהימנע מהתערבות (ראו: עניין וקנין, בפסקה 44; ע”פ 28/49 זרקא נ’ היועץ המשפטי, פ”ד ד 504, 524-523, 528 (1950); ע”פ 6643/05 הנזכר לעיל, בפסקה 14).

אף במקרה זה שלפנינו, יושבים אנו על המדוכה, כשעלינו לבחון את הכרעת בית המשפט המחוזי וממצאיה, שבמרכזם מתן אמון בגרסת המתלונן על פגמיה אל מול אי אמון בגרסת המערער והרשעתו. בבואי לחבר את הפרטים השונים שהצטרפו להרשעתו של המערער, נותר בליבי ספק מכריע ורחב היקף בשאלה האם אכן ביצע האחרון את המיוחס לו בכתב האישום, והכול לפי הטעמים שיפורטו להלן.

הזהות בין מסכת האישומים כנגד שניידר והמערער

32. אחת הנקודות המרכזיות בתיק זה, אם לא המרכזית שבהן, הינה הזהות המוחלטת כמעט בין ההאשמות שהטיח המתלונן כלפי המערער וכלפי שניידר. זהות זו הייתה גם אחת הסיבות שניתן למערער משפט חוזר על ידי בית משפט זה. הדברים עולים בין היתר, מחקירתו הנגדית של המתלונן מיום 9.4.2008:

”ש: גם הוא וגם השני יש להם טקטיקה זהה. אתה נכנס לחדר השירותים, הם נכנסים לתא השירותים סליחה, לתא השירותים בקאנטרי, גם הנאשם וגם גרגורי נכנסים לתא השירותים הגובל בו, נכון?
ת: כן.

ש: ומזמינים אותך להיכנס אליהם או שהם יכנסו אליך, נכון?
 ת: נכון.
 ש: עוד אנחנו בנקודה הזו, אני מבין ממך שגם הנאשם וגם גרגורי היו גם מציצים אליך ברווח שבתווך, שבמחיצת חדר, תאי השירותים. המחיצות של תאי השירותים לא מגיע[ות] עד הריצפה, נכון?
 ת: לא, יש רווח.
 ש: יש רווח. אז שניהם גם היו מתכופפים אל הרווח הזה ומציצים אליך, נכון?
 ת: כן.
 ש: שניהם. שניהם גם לגרסתך היו מושיטים יד אל תוך הרווח ומנסים לגעת בך, נכון?
 ת: נכון.
 ש: אותו הדבר בדיוק.
 כ. ה. רוטלוי: מציצים ומה? מכניסים את הראש שלהם ומציצים?
 ת: מכניסים כאילו ככה, מכניסים את הראש, ש: שניהם.
 ת: כן.
 ש: וגם אומרים לך אות[ן] מילים, נכון?
 ת: לא אות[ן] מילים.
 ש: אל תהיה לבד.
 ת: לא אות[ן] מילים.
 ש: אל תהיה לבד, שניהם אומרים?
 ת: הנאשם ארמנדו היה אומר לי אל תכנס לבד ולא צריך חברה... וגרגורי היה אומר לי רק משוגעים נכנסים לבד, ש: ולא צריך חברה,
 ת: ולא צריך חברה ואל תיכנס, אל תאונן לבד.
 ש: אל תאונן לבד, האם גרגורי גם היה אומר לך אתה לא צריך חברה?
 ...
 ת: כן.
 ש: ...ואז מה היה קורה? אתה היית עובר אליו [לתא הסמוך – ס"ג] או הוא היה עובר אליך?
 ת: הוא [המערער – ס"ג] היה נכנס לתא שלי...
 ... כ. ה. רוטלוי: גם השני אותו דבר?
 ת: כן, אותו דבר" (שם, בעמ' 7-8).

על אופן ביצוע המעשים על ידי השניים מסר המתלונן את גרסתו במשטרה:

"ואז בשירותים כשהוא [המערער – ס"ג] היה מוצץ לי היה מעמיד אותי לפני האסלה והוא היה יושב על האסלה ומתחיל למצוץ לי. הוא החדיר לי בכך שהוריד את המכנסיים הוא בא אמר לי להוריד את המכנסיים, אמר לי להסתובב, הסתובבתי והוא התחיל להחדיר לי את הזין שלו לתחת שלי... הוא לא השפיך בפנים אלה השפיך בחוץ עלי. והשני גרגורי גם אותו דבר, גרגורי גם

בהתחלה מצץ לי באותה צורה כמו שהראשון, אחר כך הביא אותי לשירותים אמר לי להוריד את המכנסיים. אני הורדתי ואז היה מסובב אותי עם הגב אליו...ומתחיל להחדיר לי הזין שלו לתחת שלי ולשפוך בחוץ" (הודעת המתלונן מיום 30.11.1997, בעמ' 2).

ועוד הוסיף המתלונן בחקירתו הנגדית מיום 9.4.2008:

"ש: סיפרת גם שהנאשם היה עוקב אחריך, נכון? בתוך תחומי הקאנטרי?
ת: נכון.
ש: ואמרת שזה היה כמו חתול ועכבר, נכון?
ת: הוא היה רודף אחרי, כן.
ש: השתמשת בביטוי זה היה כמו צל כמו חתול ועכבר, אלא מה? אותו דבר גרגורי, נכון? עקב אחריך, אני משתמש בביטויים שאתה השתמשת בהם, עקב אחריך כמו צל גרגורי, נכון?
ת: כן כן.
ש: וגם עם גרגורי זה היה כמו חתול ועכבר, נכון? סליחה?
ת: עקב אחרי, כן.
ש: כן, לאן שהלכת בתחומי הקאנטרי, למגרשי הטניס, לאן שהלכת, נכון?
ת: נכון.
ש: הנאשם וגרגורי, נכון?
ת: נכון." (שם, בעמ' 43).

33. למעשה, את עיקר ההבדלים בין מעשיו של המערער במתלונן, כפי שנקבעו בהכרעת דינו, לביין המעשים שטען המתלונן שביצע בו שניידר, ניתן למקד כך: נטען כי שניידר נהג לאונן מול המתלונן, ואילו המערער לא עשה כן. בנוסף, המתלונן טען כי המערער אף ניסה לבצע בו את זממו מחוץ לחדרי השירותים, בעת היותם בסאונה היבשה (ועל כך, בהמשך), בעוד ששניידר לא עשה כן. המתלונן אף ייחס שוני מסוים במילות ההזמנה והפיתוי בהן השתמשו השניים: על אשר אמר לו שניידר סיפר המתלונן: "...אל תיכנס לבד, אל תאונן לבד. רק משוגעים נכנסים לבד...כאילו רק משוגעים נכנסים לבד לשירותים... וכבר שנתיים משכנע אותך שזה נורמאלי. זה כבר, אתה פשוט כבר יוצא מטומטם. אתה כבר מושפע פסיכולוגית, זה נראה לך נורמאלי..." (פרוטוקול מיום 8.4.2008, בעמ' 19-20). ואילו המערער, כך על פי המתלונן, אמר לו "אל תכנס לבד ולא צריך חברה...וגרגורי היה אומר לי רק משוגעים נכנסים לבד...ולא צריך חברה ואל תיכנס, אל תאונן לבד..." (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 7). בנוסף סיפר המתלונן כי בניגוד לשניידר, הפציר בו המערער שלא יספר על המעשים שבוצעו

בו לאביו (שם, בעמ' 8 לפרוטוקול). בית המשפט המחוזי, בעומדו על הבדלים אלה ממש, דחה את הטענה בדבר זהות בלתי אפשרית, בשל שלושה נימוקים: הראשון, התרשמותו של בית המשפט המחוזי כי המתלונן אינו אדם מניפולטיבי, ומכך שדווקא נוכח התרשמות זו, הוא רואה בזהות זו חיזוק לעדותו של המתלונן; השני – בכך שהבדלים אלו עלו גם בפעמים הקודמות שבהן נדרש המתלונן למסור גרסה בשנים שקדמו לעדותו במשפט החוזר; את נימוקו השלישי מבסס בית המשפט המחוזי על ניסיון ההגנה להסתמך על דברים שאמר למתלונן חברו הטוב תומר והובאו בהודעתו במשטרה של המתלונן מיום 30.11.1997 (יוצר כי תומר העיד במשפטו של שניידר, לאחר שנטען כי האחרון פגע גם בו לכאורה). בא כוחו של המערער, עו"ד פלדמן, ניסה להסתמך על דברי תומר בכדי להצביע על כך שכבר במועד בו בוצעו במתלונן המעשים הנטענים היה צריך לדעת המתלונן מתומר חברו כי מדובר במעשים אסורים, ולא נורמאליים כפי שטען. בית המשפט ציין כי מהודעתו של המתלונן כלל לא ברור מתי בדיוק סיפר תומר למתלונן על המעשים שביצע בו לכאורה שניידר, ולפי דברי המתלונן בחקירתו הנגדית נודע לו על הדבר רק בדיעבד, באקראי, עת היו השניים מבוגרים יותר (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 3). נוכח האמור, קבע בית המשפט כי יש בכך "כדי לחזק את גרסת המתלונן באשר למעשים הדומים שביצע בו שניידר ולהפיג את הערפל מעל 'צירוף המקרים' הנטען ביחס למעשי ה[מערער] ושניידר" (פסקה 58 להכרעת הדין). בית המשפט קמא קבע כי העובדה שבסופו של יום, ועל אף הצהרת הסנגור לא הובא תומר כעד הגנה – אומרת דרשני.

34. אקדים ואומר כי ההבדלים עליהם עמד בית המשפט המחוזי, הינם דקים לאור הנסיבות, ושומה עלינו ליישב את השאלה: הייתכן כדבר הזה? לאחר שעיינתי בכלל החומר, נאלץ אני לומר כי לא מצאתי בו הסבר המניח את הדעת ומשקיט את המצפון. הייתכן מצב בו שני אנשים מבוגרים, עולים חדשים מארצות שונות, ואשר אין ספק כי גם אם נפגשו, לא בנקל יכלו לשוחח זה עם זה, יעמיקו ויטוו מזימתם סביב המתלונן? וכך, לאחר שהמערער מסיים שנתיים בהן ביצע לכאורה במתלונן מעשים מחרידים, בדרך מסוימת החוזרת על עצמה ואשר אינה נפוצה בעבירות מעין אלו (מבלי לגעת פיזית במתלונן) – "יורש" את מקומו שניידר, אשר באותם דברי חלקלקות מפתה את המתלונן, ממשיך לעקוב אחריו כפי שעשה המערער, מציף תחת הדלת ונכנס בעקבות המתלונן כפי שעשה המערער, ולבסוף מבצע מעשה סדום בקטין כמעט באותה צורה, ולרוב באותו המקום – וגם זאת, כפי שעשה המערער לכאורה. האומנם יתכן? לא להגנה, הנהנית מחזקת החפות, הפתרונים. משלא עלה בידי התביעה להפיג חששות אלו מקרבי, חושבני כי נותר בנקודה זו ספק משמעותי בדבר אשמתו של המערער. איני

שותף לדעת בית המשפט קמא כי דווקא בזהות נטענת זו, ביחד עם אישיותו ואופיו של המתלונן יש בכדי ללמד כי אמת הדבר. נראה לי כי דווקא מתלונן שאינו מניפולטיבי יבחר לשוות לשני נאשמים, הזהים בתפקידם, את אותו מהלך נטען של מעשים, תוך שימוש במילות פיתוי דומות עד כדי זהות, ולא להיפך. כך או אחרת, דומה כי על מנת לבצע מעשים זהים כגון אלו, היה על המערער ושניידר לתאם ביניהם את מזימתם (או לכל היותר שהמערער יספר לשניידר, העובד אשר הגיע לאחרונה למועדון, על שעולל למתלונן). ברם, למרות שהוכח שהשניים עבדו תקופה קצרה במקביל וחלקו היכרות שטחית, לא השתכנעתי כי היה ביניהם קשר עמוק דיו אשר בגדרו יחלקו את סטיותיהם המיניות, דרכי הפעולה למימוש פעילות עבריינית, איתור קרבנות פוטנציאליים ושימוש בלשון הפיתוי, והכול תוך גישור על פערי השפה האדירים ביניהם.

35. בית המשפט קמא אף תמה מדוע יכפול המתלונן את תלונתו שעה שעל מנת להשיג לכאורה את שחרורו מהצבא די היה לו להתלונן על נאשם אחד ולא על שניים. ניתן אולי למצוא תשובה לכך בחוות דעתה של כב' השופטת (כתוארה אז) ד' ברלינר בערעורו של שניידר בבית המשפט המחוזי. בעוד שהשופט ד' המר, מצא את המתלונן כבלתי מהימן וקבע כי תלונתו תלונת שווא היא, הניחה השופטת ברלינר, כי רק החלק בגרסתו של המתלונן שנגע לשניידר הינו עלילה, שנועדה לכפול את עצמת תלונתו על המערער דנן, ועל כן זיכתה את שניידר אף היא ("ארנלדו כבר הורשע בכיצוע עבירות המין במתלונן, וזוהי נקודת מוצא בתיק שבפנינו. השאלה היא, כאמור, אם גם המערער, בנוסף לארנלדו, ביצע את מה שמיוחס לו" (ההדגשה במקור, בעמ' 38 לפסק הדין בע"פ (ת"א) 71364/01 שניידר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.10.2002)). אך נשאלת השאלה, ועליה עמדה גם השופטת נאור: לאור תיזה זו, מדוע דווקא שניידר הוא זה שיזוכה, ולא דווקא המערער? אולי דווקא היה זה שניידר שביצע את המעשים, והמתלונן כפל אותם והשליכם גם על המערער בכדי לנסוך חומרה יתרה על הנטען. בית המשפט שדן באשמתו של שניידר פטר עצמו משאלה זו, שעה שעניינו של המערער אז היה הרשעה חלוטה. ברם, משנפתחה מחדש שאלת אשמתו של המערער במשפטו החוזר, איננו יכולים לפטור עצמנו גם אנחנו מהשאלה כיצד ניתן ליישב באורח ענייני ומשכנע בין הרשעתו של המערער מחד, וזיכויו של שניידר מאידך, אשר מעלים הרגשה קשה של אי-נוחות. על אף הבעייתיות הנובעת מדיבור "בשני קולות" בבית המשפט, לא אומץ במשפטנו כלל טכני גורף, המבטל הרשעת אחד רק בשל העובדה שאחר, אשר נטען כי היה מעורב באותו עניין זוכה. המבחן שנקבע לעניין זה הוא האם ההרשעה והזיכוי יכולים לדור בכפיפה אחת, ומבלי שתתקיים סתירה מהותית בין השניים. בכך נשמרת האופציה למנוע עיוות דין במקרים נדירים, למרות האינטרס להבטיח את

סופיות הדיון (ראו הדיון שערכה השופטת נאור בעניין זה, בדיון בבקשת המערער למשפט חוזר, בפסקה 19; ע"פ 4391/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 13.12.05); דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל פ"ד נח (4) 583, 614 (2004)). השופטת נאור כבר קבעה לצורך הבקשה למשפט חוזר כי במקרה זה מתקיימת סתירה מהותית בין ההכרעות המביאה לחשש אמיתי לעיוות דין, ואף עתה, לאחר קיום המשפט החוזר בבית המשפט המחוזי, נראה לי, כי חשש זה לא הופג.

36. אוסיף עוד כי איני סבור שיש בעובדה שההגנה לא בחרה להביא את תומר לעדות, בכדי ללמד כי המעשים הנטענים בוצעו גם על ידי שניידר, ועל כן אפשר ויש אמת בזהות בין הנטען. ראשית, שניידר נמצא זכאי ופסק דינו הפך חלוט, ועל כן קשה להמשיך ולהתייחס לגרסתו של המתלונן כמובנת מאליה. שנית, הכלל הראייתי גורס כי ככלל, כאשר נאשם נמנע מלהביא ראיה היכולה לעזור לו להפריך את התיזה המפלילה אותו, ישמש הדבר לחובתו (ראו הדיון בהמשך, וכן ראו: י' קדמי על הראיות, חלק רביעי, 1911-1889 (2009) (להלן: קדמי)). ממקרא הפרוטוקולים עולה שעו"ד פלדמן שקל ואף הצהיר כי יביא את תומר על מנת להעיד בקשר לתפיסתו של המתלונן את טיב המעשים שבוצעו בו לכאורה (האם הם נורמאליים או חריגים וכד'). ברם, ההגנה לא התיימרה לשפוך אור על זהות המעשים בין שניידר למערער על ידי העדתו של תומר, ומשכך אין להחשיב זאת לחובתה בנקודה זו.

37. עם סיכומו של פרק זה, נותרנו עם מספר אפשרויות תיאורטיות: אפשרות אחת היא שדברי המתלונן אמת הם הן לגבי המערער והן לגבי שניידר. על כן, ועל אף הבעייתיות שבדבר, זיכוי של שניידר אינו חייב להביא בהכרח לזיכוי של המערער. אפשרות אחרת היא שדבריו של המתלונן מתארים בצורה אמיתית את המעשים שביצע בו אחד מבין השניים, המערער או שניידר. גם לעניין אפשרות זו זיכוי של שניידר אינו חייב להביא לזיכוי של המערער. אולי תועלה טענה הפוכה והיא כי אם המתלונן אמר אמת לגבי אחד מן השניים, הרי דווקא הזיכוי של שניידר צריך להוביל להרשעתו של המערער. הפְּשֵׁל בטיעון זה הוא שלאור החומר שבפנינו אין אפשרות לקבוע ברמה הראייתית הנדרשת האם התיאור על ידי המתלונן נכון הוא דווקא לגבי המערער ולא לגבי שניידר. ייתכן וניתן היה להגיע לתוצאה מדויקת בהקשר לאפשרות הנזכרת אילו שניידר והמערער היו מועמדים לדין בהליך אחד, אך לא כך היה. האפשרות האחרונה היא שדברי המתלונן הם בדיה הן בכל הנוגע לשניידר והן בנוגע למערער. כפי שנראה להלן, התשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי, על רקע זיכוי של

שניידר, אינה מאפשרת לקבוע מעבר לספק סביר, כי המערער ביצע את המעשים שיוחסו לו.

עדותו הכבושה של המתלונן והמניע להגשת התלונה

38. ראשיתם של האירועים נשואי כתב האישום והנוגעים במערער בשנת 1991, וסופם, כך על פי המתלונן, בשנת 1993. ברם, התלונה במשטרה הוגשה למעלה מארבע שנים לאחר מכן, ביום 30.11.1997. מכאן שהמתלונן כבש את עדותו משך זמן ויש לתת את הדעת על משקלה לאור האמור. כפי שצינתי לעיל, בתי המשפט נוקטים משנה זהירות שעה שהם בוחנים את עדותם של נפגעי עבירות מין. כך נקבע שלרוב לא יגרע משקלה של עדות קורבן עבירת מין רק בשל היותה כבושה. תופעה זו הינה נפוצה ומוכרת, ונובעת בעיקר בשל רגשות של פחד, בושה ומבוכה שהם מנת חלקו של הקורבן (ראו: ע"פ 2485/00 הנזכר לעיל; ע"פ 9939/09 חיים אלדקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.8.2010); ע"פ 3231/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.5.2010)). ברם, כפי שהובהר לעיל, על אף היחס השונה לו זוכות גרסאותיהם של קרבנות עבירות מין, עדיין עליהן לעמוד ברף הפלילי הבסיסי ולהבחין בהקשרו של הספק הסביר עליו עמדנו לעיל, שעה שהמתלונן מספק הסבר מדוע שתק עד כה, ומה הביאו לשבור שתיקתו כעת.

39. מדוע שתק המתלונן זמן רב עד שפנה למשטרה – ההגנה הצביעה על סתירה לכאורה בגרסאותיו של המתלונן, אשר העיד כי לא סיפר על הדבר להוריו כי "פחדתי מהתגובה שלהם. שבעצם לא יבינו אותי. שיחשבו כאילו אני אשם, שכאילו הבאתי את עצמי למצב הזה בעצם. זאת היתה הסיבה היחידה שלא סיפרתי" (פרוטוקול מיום 8.4.2008, בעמ' 9). ברם, במקום אחר סיפק המתלונן הסבר אחר מדוע כבש את עדותו: "הרגשתי שזה [המעשים הנטענים – ס"ג] כמו שאמרתי, זה כבר פשוט נורמאלי. הייתי בסך הכל ילד, לא הבנתי מה אסור, מה מותר. וכל מה שהוא שכנע אותי. הוא אמר לי, כאילו, תבוא אלי. זה היה נראה לי נורמאלי להיכנס אליו" (שם, בעמ' 12). כך גם בחקירתו הנגדית: "ש: ...אתה רוצה להגיד לי שאתה עד הצבא לא הבנת שיחסי מין בין ילד בן 11 ואדם מבוגר, יחסי מין מלאים לרבות מין אוראלי ומין אנאלי הם דברים אסורים? ת: לא, לא היתה לי את המודעות הזאת אז..." (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 6). בית המשפט קמא התייחס לסתירה נטענת זו וקבע כי אין בה ממש. זאת לאור הסברו של המתלונן לתהיות אלו בחקירתו הנגדית:

ש: הבנתי. אז עכשיו אני אשאל אותך את השאלה, אני חוזר. אתה אמרת פה ואמרת בשני הדיונים שהשתתפת בהם קודם, שהדבר נראה לך נורמלי לגמרי.
 ת: שהייתי ילד,
 ש: שהיית ילד. אחר כך אמרת לי פה היום בבית משפט, שלמעשה עד שהגעת לצבא לא הבנת שהמעשה הוא מעשה מגונה, נכון?
 ת: נכון.
 ש: אחר כך אמרת שלא סיפרת להורים כדי שהם לא יחשבו שאתה אשם.
 ת: פחדתי מהתגובה שלהם.
 ש: אשם במה?
 ת: לא יודע, אשם בזה שזה קרה בכלל, שאולי אני הובלתי את זה שהוא יבוא אלי.
 ש: כן, אבל כדי להיות אשם צריך לעשות משהו שהוא לא בסדר. אתה לא יכול להיות אשם במשהו שהוא נורמלי ורגיל, נכון?
 ת: ככה אני חשבתי
 ש: איך נכנס האשמה לעניין הזה?
 ת: ככה אני חשבתי.
 ש: מה חשבת?
 ת: שהם יחשבו שאולי אני הובלתי אותו לזה ושהוא, שאני בעצם הלא בסדר פה.
 ש: אבל אמרת שלא היה כאן שום דבר לא בסדר. שאתה לא הבנת שאין משהו לא בסדר בדברים האלה, שזה נראה לך טבעי לגמרי שאדם מבוגר וילד מקיימים יחסי מין אנאליים.
 ת: אבל אני אמרתי את זה עוד פעם, אני אגיד את זה עוד פעם. כשהייתי ילד לא ידעתי מה אסור ומה מותר, זה היה נראה לי נורמלי, אבל כשאתה כבר מתבגר אתה כבר, אתה יודע שגם אם לא תלך לבריכה ולא תלך למנוי ולא תלך לקאנטרי ההורים ישאלו אותך מה קרה ולמה אתה לא הולך, ואז פחדתי לבוא ולהגיד תשמעו אני לא הולך לבריכה כי...".

בית המשפט המחוזי הסיק אם כך, שעם חלוף הזמן, הבין המתלונן כי המעשים שנעשו בו אינם לגיטימיים, אולם אז גבר חששו מהוריו ולכן התמיד בשתיקתו. ברם, הסבר זה, הגיוני ככל שיהיה אינו עולה בקנה אחד עם דבריו של המתלונן כאילו עד הצבא לא היה מודע לכך שיחסי מין בין מבוגר לילד בין 11 הם דבר אסור, ושבמקום אחר אמר שעד הצבא לא נתקל במילים "אנס" או "פדופיל" (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 6). ועוד – בית המשפט עמד על כך שגרסתו של המתלונן עולה בקנה אחד עם חוות דעתה של הפסיכולוגית פוריסמן שטיפלה בו, ושקבעה לעניין רגש האשמה שחש המתלונן (בעמ' 1 לחוות דעתה):

“לגבי העובדה שהוא נתן למעשים המגונים להתמשך זמן כה רב, ניתן להעמיד השערה שמתוך חוסר גיבוש זהות מינית וחוסר נסיון וידע, הוא שיתף פעולה בתחילה באופן חלקי ואחר כך הרגיש מאד אשם על כך. רגש האשמה יכול לגרום את הסתרת הענין וגם את עוצמת תגובתו הרגשית... תאורתית ניתן לשער שאולי הפיק הנאה כלשהי במצב, מגילויי החיבה או התרגשות מינית. אם כך היה, זה ודאי הגביר אצלו את רגשי האשמה ותרם עוד יותר להסתרה. בגיל ההתבגרות, כאשר הזהות המינית עוד לא מגובשת, יתכנו גירוי והנאה מסוגים שונים באופן נורמלי”.

מכאן, יתכן כי כילד חש המתלונן כי מדובר במעשים שגרתיים ולכשבגר הבין שמדובר במעשים אסורים, אך חשש שיואשם בתרומה לביצועם. ניכר כי גרסה זו אינה מאיינת את טענות ההגנה בנושא, אך יש בה בכדי לרכך את הקיטוב בין הגרסאות. ההכרעה בנקודה זו אינה נדרשת לטעמי, אולם אוסיף למעלה מן הצורך כי מאחר ובמשפט פלילי עסקינן, גם אם יש בידי המשיבה להציג נימוקים שיסבירו את השוני בגרסאותיו של המתלונן, ואף בהינתן המרחב שמאפשר בית המשפט להסברים שונים לכבישת עדות מתלוננים בעבירות מין, עדיין לא חפה גרסתו לעניין זה מהספק (ואפילו הקל) שהטילה בה ההגנה.

40. מה הניע את המתלונן לשבור את שתיקתו ולהתלונן במשטרה – קו ההגנה העיקרי במשפטו של המערער, נבע מהעיתוי בו בחר המתלונן להגיש את תלונתו במשטרה. מאחר והמתלונן סיפר להוריו ולמשפחתו על אירועי העבר רק עם גיוסו לצה"ל, עלתה השאלה האם יש בכך בכדי להצביע על אפשרות כי מדובר בגרסה מניפולטיבית אשר הועלתה עובר לשיחתו עם הקב"ן ונועדה לשחררו משירות קרבי בצה"ל (יוער כי אף לשיטת המערער, הדבר לא נעשה על מנת להוביל לפטור מלא משירות, לאור הסטיגמה המתלווה למהלך כזה, והרקע הצבאי במשפחתו של המתלונן). המשיבה מצידה טענה כי שירותו הצבאי של המערער שימש לכל היותר קטליזאטור שהוביל לשחרור המטען שהיה אצור במתלונן משך זמן רב, ולא גורם לעלילת שווא. בית המשפט קמא קבע לעניין זה כי:

“אכן למדנו כי המתלונן חשש עד מאוד מן הטירונות הממושכת, עובדה שלא הוסתרה כלל. אולם, שוכנעתי כי לא השירות הקרבי עמד בבסיס חששותיו של המתלונן, כפי שניסה לטעון הסניגור, אלא עצם הקרבה הפיסית לחיילים רבים במהלך פרק זמן כה ממושך... בהחלט יתכן כי הטירונות הממושכת שהיתה צפויה למתלונן הגבירה את פחדיו עד כדי חוסר יכולת להכילם,

דבר שהביא אותו לחשוף את סודו בפני אימו. אולם מניפולטיביות שהובילה לעלילה כנגד שני עובדי ניקיון בקאנטרי קלאב לא מצאתי כלל ועיקר – לא בדברי המתלונן ולא בתיאור הדברים כפי שבאו לידי ביטוי בדברי הוריו" (פסקה 38 להכרעת הדין מפי השופטת ט' רוטלוי).

בית המשפט ביסס קביעתו זו על מספר ראיות שתמכו בגרסת המתלונן, ובהן עדויות אביו ואמו של המתלונן על כך שפחדיו מלינה ורחצה מחוץ לבית לא היו נחלת שירותו הצבאי בלבד, אלא ליוו אותו עוד מימי בית הספר התיכון, עדויות על מצבו הנפשי הרעוע של המתלונן בעת חשיפת המעשים וגם לאחר שחרורו הזמני מן הצבא, כמו גם העובדה שגם לאחר שחרורו הזמני מהצבא ואף לאחר גיוסו מחדש בתפקיד מנהלי, המשיך המתלונן להזדקק לטיפול נפשי. בית המשפט עמד על כך שלו הייתה נכונה התיזה שהעלתה ההגנה, לא היתה כל סיבה למתלונן להמשיך ולהעמיד פנים שמצבו הנפשי קשה חודשים לאחר הגשת התלונה ואף במשך שירותו בתפקיד מנהלי. ראיות נוספות שחיזקו מסקנה זו של בית המשפט היו עדויותיהם של הפסיכולוגים המטפלים וכן עדותה של אפרת – עליהן נעמוד בהמשך. ברם, לפני שנזדקק לראיות חיצוניות לגרסת המתלונן, שומה עלינו לבחון בעיון רב את גרסתו שלו בעניין.

41. המתלונן תאר בעדותו את הרקע לפגישתו עם הקב"ן בבוקרו של ה- 30.11.1997, כך:

"הייתי בקצין מיון והוא אמר לי שאני הולך לגבעתי. ומשך כל השבועיים האלה לא הייתי ישן בלילות, לא הייתי מתקלח, רק בלילות אחרי שכולם היו נרדמים. הייתי מסתובב כמו איזה זומבי עם החיילים, עם השומרים בלילה. לא הצלחתי להירדם. פחדתי ש, פחדתי שיתקפו אותי בלילה. זה קרה עוד קודם בטיולים השנתיים, פשוט היה לי פחד, כ.ה רוטלוי: מה קרה? שפחדת?
ת: כן. לא הייתי אוכל. ירדתי המון במשקל בתקופה הזאת. פשוט מחשבה להיות תקופה כל כך ארוכה עם אותם אנשים באוהל, ומקלחות משותפות ושירותים פתוחים, באתי בבוקר זה היה יום חמישי, אחרי שהייתי שבועיים בבקו"ם. באתי לרופא והתלוננתי על כאבי גב, כי הגוף היה כבר שבור פשוט ככה, לא אכלתי, לא ישנתי, לא. ואז הוא נתן לי הפניה לקב"ן. לא הבנתי מה קב"ן, לא ביקשתי קב"ן." (פרוטוקול הדיון מיום 8.4.2008, בעמ' 14).

בעדותו חזר המתלונן שוב ושוב על כך שעד לרגע בו פגש את הקב"ן בבוקרו של יום ראשון, כאשר הוא כבר מלווה באביו ולאחר הגשת התלונה במשטרה – לא ידע

מהו קב"ן ומה תפקידו. כך לשאלת בא כוח המערער ענה "ת: לא ידעתי בכלל מה זה קב"ן... ש: ידעת שזה פסיכולוג, לא יודע מה זה פסיכיאטר, פסיכולוג? ת: לא. ש: לא ידעת בכלל...? ת: נכון" (פרוטוקול הדיון מיום 9.4.2008, בעמ' 26-27, וכן בעמ' 32, 34). לדעתי, בצדק הביעה השופטת צ'רניאק את תמיהתה כי "צריך להיות ממש מנותק בשביל לא לדעת מה זה קב"ן" (שם, בעמ' 30). ועוד – המתלונן תיאר את שעבר עליו במהלך סוף השבוע שבילה בביתו טרם שיחתו עם הקב"ן, ובין היתר את שיחתו עם אחיו הגדול ש', חייל מצטיין בעברו:

"...אני אומר לו: תשמע נתנו לי הפניה לקב"ן. מה, מה, מה אני עושה? מה אני אגיד לקב"ן? מה, אמרתי לו, כאילו, אני בגבעתי, כאילו, איך אני יוצא מזה, כאילו? הוא לא הבין, כאילו, מאיפה באתי עם השאלה הזאת. הוא לא התייחס לזה, הוא לא, כאילו, זה היה הכל בקטע של לחץ. כאילו, ידעתי שמצד אחד לא רציתי לספר להורים שלי על מה שקרה, מצד שני, כאילו, זה לישון חצי שנה עם אנשים, שבועיים לא החזקתי מעמד בבקו"ם. לא אכלתי ולא ישנתי, ופשוט פחד" (פרוטוקול הדיון מיום 8.4.2008, בעמ' 14-15).

מבלי להכריע בשאלה האם למעשה התייעץ המתלונן באחיו מה יאמר לקב"ן על מנת להשיג שחרור משירות בגבעתי, עולה ממובאה זו מסקנה אחת שאין בלתה: המתלונן ידע גם ידע מהו תפקידו של קב"ן, מה יכולות להיות השלכותיה של שיחה עמו, ומה טיב הטענות העולות בפניו. מסקנה זו יש בה כדי לכרסם עוד באמינותו של המתלונן, ולהוסיף ולחשוף עוד טפח ממכלול השיקולים שגעשו בראשו של המתלונן באותו סוף שבוע גורלי.

בנקודה זו יש להזכיר, כי המתלונן עצמו פעל ללא לאות במהלך השבועיים הראשונים שלו בצבא על מנת להוריד את הפרופיל הצבאי הגבוה שנקבע לו. אך אם בהגשת התלונה פעל המתלונן במישור של הוכחת בעיה נפשית, מסתבר כי קודם לכן ניסה לנקוט בגישות קונבנציונאליות יותר:

"הודעתי על הבעיות הרפואיות שהיו לי, בידיים וברגליים. בעצם בשבועיים האלה, מאז התגייסתי, הייתי ב[ועדות] רפואיות בחר"פ כדי לאשר את הפרופיל הקבוע" (נ/2 בעמ' 7; וראו גם פרוטוקול הדיון מיום 9.4.2008, בעמ' 28).

ובהמשך:

“הלכתי לרופא בבוקר והסברתי לו על כאבי הגב שהיו לי באותו יום, והוא חשב שמרוב הוועדות הרפואיות שעברתי אני מנסה להתחמק מהצבא” (נ/2, בעמ’ 8).

לאחר מכן העיד המתלונן כי מביקור זה אצל הרופא הופנה לקב”ן, שלא הגיע באותו יום (חמישי), ועל כן נדחה תורו ליום ראשון שלאחר מכן (שם). במאמר מוסגר אציין כי קשה היה לי להבין, כיצד באותו יום בו חווה המתלונן כאבי גב, ולאחר לילות טרופים ומחוסרי שינה בצבא, הוא בוחר על פי עדותו לבלות את אותו הערב באירוע משפחתי ומיד לאחריו להמשיך לבילוי לילי בדיסקוטק, בו שהה עד לשעות הקטנות של הלילה (נ/2, בעמ’ 8).

42. כאמור, המשיבה טענה כי השבועיים הראשונים שהעביר המתלונן בצבא היו אלו שגרמו לו לגלות את סודו הקשה. זאת, בעיקר לאור החוויה המנטאלית הקשה לה נדרש – שהות עם גברים זרים לכל אורך היממה הכוללת שינה ומקלחות וחששו מתקיפות מצדם. בנקודה זו טענה ההגנה כי כבר בעבר שהה המתלונן במצבים מעין אלו, למשל בעת טיול שנתי בבית הספר, והעלתה תמיהה כיצד השירות הצבאי דווקא הוביל להחצנת המעשים ולהגשת התלונה. המשיבה טענה בתשובה, כי משך שנות גיל ההתבגרות, נמנע המתלונן ככל יכולתו משהות חוץ ביתית במסגרת שכזו, וככל שהיו פעילויות כאלו – הן היו מלוות בלחץ ובחרדות מצד המתלונן כבר בעת התרחשותן. נציין עוד, כי לעניין זה העידה אמו של המתלונן: “...אני לא זוכרת שהוא הלך לטיולים שנתיים בבית ספר... לא זוכרת אם הוא הלך לטיולים של כמה ימים...” (ת/8, בעמ’ 36; מדובר בחקירתה הנגדית בגלגולו הראשון של התיק, שהוגשה בהסכמה כתחליף לחקירתה הראשית במשפט החוזר). המתלונן מצדו דווקא זכר שיצא לטיולים שנתיים, ואף נזכר בהם בעת שהותו בצבא: “...פחדתי ש, פחדתי שיתקפו אותי בלילה. זה קרה עוד קודם לטיולים השנתיים, פשוט היה לי פחד” (פרוטוקול הדיון מיום 8.4.2008, בעמ’ 14). בית המשפט קמא לא סבר כי יש בדברי האם ובנה סתירה אמיתית, וקבע כי גם אם ניתן להניח שהמתלונן השתתף בטיול שנתי, “הרי אין דין טיול בן מספר ימים כדין טירונות ממושכת, מה גם שהחששות שחווה המתלונן בלטיול בשני המקרים” (פסקה 22 להכרעת הדין). בנקודה זו, דעתי עם בית המשפט קמא. למרות טענות המערער, ברי כי אין להשוות בין שהות ממושכת, במסגרת צבאית שמטבעה מלחיצה, מחייבת ונוקשה, למסגרת של טיול שנתי, אשר בו שהה המערער בין אנשים המוכרים לו משהותו בבית הספר, ואשר מטרתו המוצהרת היא לימוד והנאה. איני רואה גם ממש בסתירה שתוארה לעיל בין דברי המתלונן לבין דברי אמו. עדות אמו של המתלונן

מהימנה בעיני, ואף היא העידה כי "אינה זוכרת שהוא הלך לטיולים שנתיים", ולא הביעה דעה נחרצת בעניין זה.

43. כאמור לעיל, אחד האדנים המרכזיים עליהם משתית בית המשפט המחוזי את קביעתו כי טענת העלילה הופרכה, היה עדותה של עדת התביעה, אפרת. לפיכך, נפנה עתה לבחינת אמרותיה ועדותה של אפרת כפי שנמסרו במרוצת השנים.

עדותה של אפרת

44. עדת התביעה אפרת, הובאה לעדות על ידי המאשימה על מנת להפריך את טענת ההגנה כי המתלונן בדה את הדברים מליבו כדי לחמוק משירות קרבי בצה"ל, הואיל והמתלונן סיפר לה לכאורה, כבר בהיותם בתיכון, על המעשים שבוצעו בו. כפי שתואר לעיל, בהחלטת השופטת מ' נאור, להתיר משפט חוזר למערער, ניתן משקל רב לעדותה של אפרת, שלא העידה במשפט הראשון. כזכור, טרם המשפט החוזר, היו בידי בית המשפט שני מזכרים כעדות שמועה שנכתבו על ידי החוקרת מיכל בר-דיין לאחר שיחותיה עם אפרת, כאשר תוכן משמעותי נמצא רק במאוחר מביניהם, מיום 13.12.1998. מאותו מזכר לא היה ניתן להבין מתי בדיוק חלק המתלונן עם אפרת את עיקרי תלונתו, והתעורר ספק פרשני לגבי מספר התוקפים שפגעו בו לכאורה. אפרת, שסירבה לבוא ולהעיד אכן לא נדרשה לעשות כן, ובית המשפט בגלגולו הראשון של התיק לא ראה ממש בקשיים אלו.

45. בעדותה מיום 9.4.2008, מסרה אפרת את גרסתה לבית המשפט:

"...באיזשהו פעם שהוא בא אלי לבית הספר בדרך הביתה עצרנו לדבר באיזושהי גינה הוא סיפר לי, אני לא זוכרת את המילים המדויקות הוא סיפר לי שהוא הוטרד מינית, שהוא היה בבריכה בגיל 11, אני לא נכנסתי אתו לפרטים, לא שאלתי אותו מי עשה לך את זה וכמה פעמים לא, זה היה, זה הפחיד אותי זה הרתיע אותי, לא רציתי להיכנס לזה. הדבר היחיד שאני זוכרת זה שאלתי אם עוד אנשים יודעים והוא אמר לי שלא" (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 59).

אפרת הבהירה כי המתלונן סיפר לה כי הוטרד מינית, ומאחר שלא ציין את מספרם של המטרידים הניחה כי מדובר בגבר אחד בלבד. יוער עוד, כי בעדותה של החוקרת בר-דיין, כאשר נשאלה האחרונה לפשר הערתה במזכר – "דיבר על אדם 1" –

הסבירה החוקרת כי בידעה שהתלונה מתייחסת לשניים, הוסיפה היא עצמה את ההערה לאור דבריה של אפרת (שם, בעמ' 55). ההגנה דשה בעדותה של אפרת ובאמרותיה מחוץ לבית המשפט וטענה כי בדבריה של אפרת מספר סתירות וקשיים. ראשית, מצביעה ההגנה על הקושי של אפרת לתארך מתי בדיוק שוחחה עם המתלונן בנדון. שנית, על פי עדותה של אפרת לא ברור מי יזם את נושא השיחה, זאת כשבמזכר נכתב כי אפרת היא זו שדחקה במתלונן לספר את אשר על ליבו לאחר שהבחינה קודם לכן כי מצב רוחו רע ושאלה אותו לפשר הדבר. ברם, בעדותו של המתלונן, סיפר האחרון כי הדברים נמסרו לאפרת במכתב ולא בעל פה, ושהוא היה זה שיזם את הפניה, לאחר שנוכח במצבה הנפשי הקשה של אפרת, שלטענתו אף חלקה עמו מחשבות אובדניות (אותם הכחישה אפרת בעדותה מכל וכל, ראו שם, בעמ' 64). שלישיית, אף אם נצא מנקודת הנחה שמוסכם כי אפרת הבינה כי מדובר בתוקף אחד ולא שניים, עדיין הדברים אינם עולים בקנה אחד עם טענתו של המתלונן כי סיפר לה ורק לה, על עובדת תקיפתו בידי שני מנקים במועדון (פרוטוקול מיום 8.4.2008, בעמ' 16). דביעית, המתלונן העיד כי לאחר שסיפר לאפרת על שקרה לא ראה אותה יותר (שם, בעמ' 12). ברם, אפרת ידעה לספר לפחות על אירוע שהתרחש מספר שנים מאוחר יותר, לאחר שסיימה את התיכון, בו הגיע המתלונן למקום עבודתה כשהוא נסער וחלק עמה את פחדיו מהטירונות. אפרת לא ידעה לומר בוודאות האם פגישה זו התרחשה כשהיה המתלונן בטירונות (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 60).

46. בהתייחסו לעדותה של אפרת קבע בית המשפט המחוזי כדלהלן:

"לא זו בלבד, שאישורה של [אפרת] את טענת המתלונן, לפיה מועד חשיפת הסוד בפניה אירע כשהיו בבית הספר התיכון, לפני גיוסו לצבא, שולל מכל וכל את טענת העלילה על רקע השירות בגבעתי שהעלה הנאשם, אלא שא' אישרה גם את דברי המתלונן כמו גם אימו... לפיהם חששו של המתלונן בעת גיוסו לצבא נבע לא משאלת השירות הקרבי, כי אם מהשינה (או בהקשרים אחרים – מקלחות) משותפות עם חיילים אחרים. דהיינו – חששו של הנאשם מפני אפשרות לתקיפה נוספת הוא שעמד בראש מעייניו בהקשרו של השירות הצבאי. אני רואה בעדותה של [אפרת], עדות מסייעת בעל משקל רב, אשר חרף סתירות מסוימות (אולם מובנות בהחלט, במיוחד נוכח חלוף הזמן והסיטואציה הרגשית-התפתחותית בה היתה נתונה אותה עת) בתוכן הדברים להם לדבריה נחשפה, מאששת את אמיתות גרסת המתלונן בדבר היותו קורבן להתעללות מינית בקאנטרי קלאב כשהיה ילד בגיל אחת עשרה, ומזימה את טענת ההגנה בדבר עלילה מצב המתלונן על רקע גיוסו לגבעתי. אדגיש כי מסקנתי לא

היתה משתנה, גם אלמלא [אפרת] היתה מעידה בבית המשפט, וכי גם בלעדי עדותה, שכנעו אותי הראיות שהובאו בפני, כי עלילת שווא לא היתה, וכי המעשים שביצע בו הנאשם, כפי שפורטו בכתב האישום, קרו גם קרו" (פסקה 69 להכרעת הדין, ההדגשה במקור).

כך, קיבל בית המשפט המחוזי את עדותה של אפרת, ומצא אותה מהימנה ומסייעת לעדותו של המתלונן.

47. ככלל, משקלן של אמרות שמסר עד מחוץ לכותלי בית המשפט יהיה נמוך מעדותו הפרונטאלית בפני הערכאה הדיונית, בהיותן לכתחילה חריג לכלל הפוסל עדות שמועה. כלל זה הוא גם שהביא לבחינת עדותה של אפרת במשפט החוזר, לאחר שקודם לכן היו בידי התביעה מסמכים המהווים עדות שמועה, על כלל הבעיות הנובעות ממצב זה (כפי שאכן באו לידי ביטוי בגלגוליו השונים של התיק). יחד עם זאת, גם אם נחה דעתי כי עדותה של אפרת מהימנה היא, עדיין חולק אני על המשקל אשר ניתן לה לצורך סיוע לעדותו של המתלונן בסופו של יום. אנסה כעת להתייחס בקצרה לקשיים שהועלו באשר לעדותה של אפרת.

48. אפרת אכן התקשתה לנקוב במועד מדויק בו שוחחה עם המתלונן על האירועים הנטענים. מועד, אשר אין למעט בחשיבותו, באשר הוא חיוני להוכחת או להפרכת טענת העלילה שהציגה ההגנה. יחד עם זאת, אפרת טענה בכל גרסאותיה כי היה מדובר בתקופת התיכון, ולא בעת היותו של המתלונן כבר בצבא (למעט בגרסתה כפי שנרשמה על ידי החוקרת בר-דיין, ושהופיעה בסיפא למזכר כאחת מהברירות "לפני שנה וחצי לערך לאחר/ או מיד עם הגשת התלונה סיפר לה [המתלונן] על המקרה" (ההדגשה שלי – ס"ג), וכן בסוף המזכר צוין: "היתה בת 19"). ועוד – בחקירתה הנגדית הסבירה אפרת כי היא מתקשה כעת, לאחר שנים כה רבות, לזכור מועד מדויק בו התרחשה השיחה. משכך הם פני הדברים, אין באמור חיזוק משמעותי לטענות העלילה של הגנה בנקודה זו, מלבד הקושי של אפרת להיזכר באירועים מרוחקים כל כך. שאר הקשיים והסתירות עליהם עמדנו לעיל אינם אינהרנטיים לעדותה של אפרת דווקא, ונובעים מסתירות בין עדותה לבין גרסתו של המתלונן. אפרת חזרה בעדותה שוב ושוב על כך שאינה יכולה לעמוד במדויק על פרטים שונים לאור הזמן הרב שעבר מעת התרחשותם (למעלה מ-10 שנים), ואולי בכך יש בכדי לרכך חלק מהסתירות והקשיים (אם כי חלף הזמן הרב והשוני בין גרסתה כיום לבין גרסתה דאז, בה זיכרונה היה טרי הרבה יותר, שוב מעלים את הספק האם באמת משקל עדותה כאן גובר על אמרותיה דאז). בהינתן ספקות אלו, אולי ניתן לייחס סתירות וקשיים אלו דווקא לעדות המתלונן, אשר נהנית

ממעמד של עדות קורבן עבירות מין, מעמד עליו עמדתי כבר לעיל והמאפשר לבחון אותה במבט ביקורתי מרוכך. כך או אחרת, מתקשה אני במכלול הנתונים והנסיבות לייחס לעדות זו את המשקל הכבד שייחס לה בית המשפט המחוזי, כעדות מסייעת מחד, וכהפרכה מיניה וביה של טענת העלילה מאידך. לעניין זה אוסיף עוד, כי איני מסכים עם קביעת בית המשפט קמא, על פיה גם אם לא הייתה מובאת עדות זו של אפרת, עדיין היה בנמצא מספיק חומר בשביל להרשיע את המערער. בשולי הדברים, ולמען הסדר הטוב יש לציין, כי גם אם הייתה מתקבלת עדותה של אפרת במשקלה המלא, וטענת העלילה הייתה מופרכת מיסודה, עדיין עולה השאלה האם החיזוק הראיתי מתייחס דווקא למערער ולא לשניידר. כלומר, עדותה של אפרת יכולה לשמש תמיכה ראייתית לכך שבוצעו עבירות מין במתלונן. דא-עקא, לא ניתן לדעת מעדות זו האם החיזוק תומך בדברי המתלונן לגבי המערער או לגבי שניידר.

עדויות מומחי התביעה – הפסיכולוגית רות פוריסמן וסא"ל דני שניידמן

49. הפסיכולוגית רות פוריסמן – קצין בריאות הנפש הצבאי הפנה את המתלונן לטיפול במסגרת אזרחית, וכך הגיע המתלונן למרפאה בכפר סבא בה טיפלה בו הפסיכולוגית רות פוריסמן החל מה-18.2.1998 ועד ל-21.10.1998, במשך 18 מפגשים בני שעה כל אחד. ביום 17.4.2008 העידה האחרונה בפני בית המשפט המחוזי ובד בבד עם עדותה הוגש סיכום הטיפול שערכה עם תום הטיפול במתלונן (ת/13). בין היתר נכתב בסיכום הטיפול כך:

"...[המתלונן] מרשים כנער בעל אינטליגנציה בינונית נמוכה, דל בתכנים, חיי חברה מצומצמים וחסר כל נסיון עם בנות. הוא אינו מתוחכם וגם לא פנטזיונר, כך שלא נראה על פני השטח שבדה את הסיפור מליבו...
...במשך הטיפול: בתקופה הראשונה היה עיבוד אינטנסיבי של הטראומה במקביל עם ביטויי כעס כלפי התוקפים ועיסוק רב בחקירה המשטרית בנושא. כעבור מס' חודשים דעכה ההתעסקות בנושא, [המתלונן] החל להיות עסוק יותר ביחסיו הבין-אישיים עם בנים ועם בנות. החל לצאת ולבלות ולהרגיש טוב יותר עם עצמו. בקיץ נסע לחו"ל עם חבר וחזר מאושר לאחר "שאיבד את בתוליו" מבלי שזכר הטראומה עלה תוך כדי קיום היחסים. הפחדים והקושי לשהות מחוץ לבית, להתקלח ולישון נעלמו כלא היו [והמתלונן] הרגיש שהטיפול הצעיד אותו קדימה מבחינות רבות...הוא התקדם מאוד ואיני רואה היום סיבה שלא ישרת בצבא בהתאם לכישוריו" (ת/13, בעמ' 1-2).

ההגנה תקפה את חוות דעתה של פוריסמן בשני מישורים. ראשית, העלתה ההגנה תמיהה, לגבי "החלטתו הפלאית" של המתלונן בתקופה קצרה ביותר תוך כדי הטיפול אצל פוריסמן. שנית, טענה ההגנה כי פוריסמן עצמה העידה כי אינה יכולה לערוב לאמת העובדתית הנמצאת בבסיס מה שסיפר לה המתלונן, ושיתכן כי מטופל יסבול מטראומה כתוצאה מאירוע שדמיין. בית המשפט המחוזי דחה טענות אלו וקבע כי למרות התבטאותה של פוריסמן כי "אותי מעניינת האמת הפסיכולוגית ולא האמת העובדתית", עדיין יש לקבל את שנכתב בסיכום הטיפול לעיל – "כך שלא נראה על פני השטח שבדה את הסיפור מליבו". עוד קבע בית המשפט כי אמנם לא עלה מפוריסמן כאילו הצליחה להשיג בעניין המתלונן ריפוי פלאי, אך מנגד, גם לא הוצגה קריסה נפשית שכזו אצל האחרון (ובכל מקרה עצם המשך הטיפול אצל שניידמן, הבהיר כי גם בהמשך חווה המתלונן קשיים ובעיות נפשיות) (פסקאות 40-45 להכרעת הדין).

50. לטעמי אין כל חידוש בכך שגוף מטפל מחווה בסופו של יום דעה מקצועית, (פסיכולוגית במקרה דנן), ואין ביכולתו לחוות דעה עובדתית. סופו של יום, תפקיד המטפל – לטפל, ותפקידו של בית המשפט לתור אחר האמת העובדתית החמקמקה. עמד על כך לאחרונה, השופט י' עמית בעניין פלוני:

"יש להבחין בין עולם הטיפול לבין עולם המשפט. לטיפול שפה משלו. כך בכלל וכך בפרט לגבי טראומה בעקבות התעללות מינית בילדות. המטפל לא עוסק בשאלה אם תוכן הדברים הנמסרים לו על ידי המטופל הוא האמת העובדתית אם לאו. מרכז הכובד בעולם הטיפול הוא הדברים המועלים על ידי המטופל ותפיסת המציאות שלו ולא הדיוק ההיסטורי של דבריו. תפקידו של המטפל הוא לשמוע את המטופל מבלי לפקפק במהימנותו, לשקם את שלמותו הנפשית ולהביא להחלמתו. בכך נבדל המטפל מהשופט שתפקידו הוא חקר האמת העובדתית על פי השפה והכללים הנוהגים בעולם המשפט... אין זה מתפקידם לקבוע אם הזיכרון הוא אמיתי אם לאו, זה תפקידו של המשפט" (שם, בפסקה 126).

מכאן שעדותה של פוריסמן באה ללמדנו שניים: מצבו הנפשי הקשה של המתלונן בהגיעו אליה, והשיפור הרב שעבר במשך הטיפול אשר הוביל להמלצתה לקלוט אותו שוב לשורות הצבא. כאמור, ההגנה אינה חולקת על עצם מצבו הנפשי הקשה של המתלונן בעת הגיעו לטיפול אצלה, אך מוסיפה ומציינת כי קשיים נפשיים אלו יכלו לנבוע מגורמים אחרים כמו תלונת שווא במשטרה, חשש משירות קרבי וכדומה (פסקה 75 להודעת הערעור). אולם, הקושי שהועלה על ידי ההגנה, ואשר

נדחה על ידי בית המשפט קמא היה כאמור החלטתו המהירה של המתלונן. כשנשאלה על כך בחקירתה הנגדית, העידה פוריסמן, כי השיפור המהותי במצבו של המתלונן (דהיינו, כשנעלמו הסימנים הפוסט-טראומטיים עליהם עמדה בתחילת הטיפול) – התרחש כחודשיים לאחר תחילת הטיפול, במהלך פגישתם השמינית, ואף היא הסכימה כי מדובר בהחלמה שאינה שגרתית (פרוטוקול מיום 17.4.2008, בעמ' 7-10). עדותה של הפסיכולוגית פוריסמן, וכן ת/13 שהוגש כסיכום הטיפול, מהימנים בעיני כשלעצמם. אין לי ספק כי המתלונן אכן חווה קשיים נפשיים בתקופה בה שהה בטיפול אצל הפסיכולוגית, ולמרות שהחלטתו הוצגה כמקרה חריג, אין בכך בכדי לשלול את השיפור במצבו. על כן יש מקום למתן משקל לעדות זו וכך אעשה. אך זאת יש לזכור: עדותה של פוריסמן (וכן עדותו של שניידמן שעליה נעמוד מיד), נעדרת מימד אובייקטיבי שיכול להעיד על תוכנם, ולא רק על מצבו הנפשי של המתלונן, שלכאורה נגזר מתוכן זה. יפים לעניין זה, דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה, בע"פ 7220/05 נימך נ' מדינת ישראל, בפסקה 25 לפסק דינה (לא פורסם, 31.5.2007) (להלן: עניין נימך):

“מצב הדברים, הוא, איפוא, כי בצד האמון שרחשה הערכאה הדיונית לעדותה של המתלוננת, ואי-האמון שבו נתקבלה עדות המערער, נותרה מסכת ענפה של נתוני רקע הנוגעים הן למחלתה הנפשית של המתלוננת, והן לסימפטומים מיוחדים הקשורים להתייחסותה לאירועים שונים בעלי אופי מיני שתוארו על ידה כגובלים בניצול ובהטרדה, שמהותם לא נבדקה ולא נשקלה לצורך קביעת משקלם והשלכתם על מידת ביסוסה האובייקטיבי של גרסת המתלוננת בפרשה זו. מציאות זו היא בעייתית במיוחד על רקע העובדה שהחזוקים הראייתיים שהובאו לגרסת המתלוננת נוגעים כולם למצבה הנפשי, וככאלה הם חסרים מימד אובייקטיבי שאילו היה בנמצא, היה עשוי לאשש באופן עצמאי את אמיתות דבריה. תיאורה שלה את האירוע עשוי להיות מושפע במישרין ממצבה הנפשי, ולכן חיזוקים שכל עניינם הוא תיאור מצבה הנפשי אינם אלא חיזוקים של סיבה ומסובב” (ראו עוד לעניין הפקדת ההכרעה אצל הפסיכולוגים – קדמי, בעמ' 1832; ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 635 (1993) (להלן: עניין דמיאניוק)).

ולא זו אף זו – עדותה של פוריסמן, כמו גם עדותו של סא"ל שניידמן, הובאו בין היתר, על מנת להזים את טענת ההגנה לפיה מטרת התלונה היתה השתמטות משירות קרבי. אך למרות האמון שרחש בית המשפט לניתוח הפוסט-טראומטי שערכו למתלונן – טענה זו לא הוזמה בעדויותיהם.

להשלמת התמונה, ומשכבר הזכרנו את עדותו של סא"ל שניידמן, נעבור כעת לבחינת עדותו.

51. הפסיכולוג סא"ל דני שניידמן – סא"ל שניידמן טיפל במתלונן במהלך תקופת השירות השנייה שלו, אליה חזר כשנה לאחר הגשת התלונה. בתקופה זו שירת המתלונן בבסיס הקריה בתל אביב, ולטיפול אצל סא"ל שניידמן הגיע מיוזמתו. עדותו של שניידמן, רובה ככולה, עוסקת בתיאור קשיים נפשיים שונים מהם סבל המתלונן במהלך תקופת הטיפול אצלו שארכה כשנה. בית המשפט המחוזי לא הרחיב בניתוח עדות זו, ועמד על כך שעדות זו מערערת את טענת ההגנה שעסקה בהחלמתו "הפלאית" של המתלונן. עוד תמה בית המשפט קמא: "אם אמנם מטרת הטיפול אצל פוריסמן היתה השגת גושפנקא מקצועית שתאפשר את גיוסו לצבא בתפקיד מנהלי, מדוע זה, לכשמטרתו של המתלונן הושגה, נזקק הוא לטיפולים פסיכולוגיים נוספים, במהלך השירות הצבאי, אצל סא"ל שניידמן? לכך לא מצאתי מענה בסיכומי ההגנה" (פסקה 45 להכרעת הדין).

52. למקרא עדותו של סא"ל שניידמן, אכן מצטיירת תמונה של טיפול פסיכולוגי תומך, אשר בא לתת מענה בין היתר ל"מתח כללי...קשיים להירדם, קשיים בשינה, מצב רוח לא יציב, בדרך כלל מצב רוח לא טוב ולאחר שנרדם איזושהי הצפה של מחשבות או של זיכרונות שקשורים סביב האירוע הזה, עכשיו, קשה לי מה שנקרא להתחייב לזה אבל דווקא מתוך הרצון שלו לא לדבר על זה הרגשתי הרבה פעמים שזה קיים וזה נכון" (פרוטוקול מיום 17.4.2008, בעמ' 14). יחד עם זאת, דומה כי גם אם חלק המתלונן עם סא"ל שניידמן פרטים מאירועי כתב האישום, עדיין לא היה הדבר הציר המרכזי סביבו נסוב הטיפול, וסא"ל שניידמן התקשה לזכור מה אכן נאמר בנושא בפגישות אלו. בהקשר זה, נשאל שניידמן בחקירתו הנגדית כך:

"ש: אתה זוכר נגיעות אתה אומר, נכון?"

ת: לפחות, כן.

ש: יפתיע אותך אם אני אגיד לך שהוא טוען בבית המשפט ובתלונה במשטרה שהוא נאנס כמעט כל יום, נאנס אונס אנאלי. את זה היית זוכר אם היה מספר לך דבר כזה, דבר לא רגיל, נכון?

ת: אני לא רוצה להתחייב על מה שאני מסוגל או לא, אני לא רוצה להתחייב על דברים שאני יכול או לא לזכור.

ש: אבל זה מזכיר לך משהו?

ת: לא". (שם, בעמ' 18).

נראה כי בעוד שאצל פוריסמן עסק הטיפול בעיקרו בנושא הפגיעה המינית לה טען המתלונן, לא כך היו הדברים אצל שניידמן. פוריסמן הצביעה על מאפיינים פוסט-טראומטיים (לפחות בחודשיים הראשונים לטיפול), החמורים יותר מאלו שציין שניידמן. ועוד – בעוד שעדותה של פוריסמן נתמכה בסיכום טיפול קצר אך ממצה, התקשה שניידמן לזכור פרטים רבים היורדים לשורש העניין. סופו של דבר, מדובר בעדות מהימנה, אשר בתוכנה גם ראיות להמשך מצב נפשי רעוע אצל המתלונן (ועל כך איני חולק), אולם המשקל שיש לייחס לעדות זו נמוך הוא.

עדויותיהם של הורי המתלונן

53. הורי המתלונן העידו בפני בית המשפט המחוזי בחקירה נגדית, ואמרוטיהם בהליכים הקודמים ובמשטרה הובאו בהסכמה, כתחליף לחקירתם הראשית כראיות מטעם המשיבה. אמו של המתלונן, ת.ס (להלן: האם), העידה בכנות רבה כי בזמן קרות האירועים לכאורה, עברה סדרה של מספר ניתוחים ו"הייתי עסוקה בעצמי" (ת/8, בעמ' 34). עוד האם הביעה צער רב על שלא הייתה מעורבת בחייו של המתלונן כפי שהייתה מעורבת בחיי אחיו הגדולים. דבריה של האם באשר לאופן בו חשף המתלונן את פרטי האירועים בפניה בסוף השבוע שקדם להגשת התלונה במשטרה, תואמים את גרסתו של המתלונן. מאמרוטיה בהליכים הקודמים, והן מעדותה במשטרה ניכר כי מאורעות אותו סוף שבוע, והימים שבאו בעקבותיו, היו קשים מאוד עבורה והותירו בה חותם כבד. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי נתן אמון מלא בעדות האם, וראה בה ראיה מסייעת לגרסת המתלונן.

54. אביו של המתלונן, ר.ס (להלן: האב), ששימש שנים רבות כאזרח עובד צה"ל, העיד שהכיר את המערער מתקופת היותו מנוי במועדון ואף שוחח עמו בעברית מספר פעמים. האב העיד עוד כי ראה את המערער "בא כשילד גומר להתקלח והאבא בא להלביש אותו, הוא היה נותן לילד סוכריה ומלטף לו את הישבן. הוא כביכול עוזר לו להלביש את הילד" וכן שצפה באחת הפעמים במערער ובנו יוצאים מן הסאונה, אך שמעולם לא ישבו שלושתם יחד בסאונה (ועל כך – בהמשך). בחקירתו הנגדית סיפר האב כי עד לעת זו לא חלק עמו המתלונן את שקרה, וכי מה שידוע לו על האירועים, הובא לידיעתו מפי רעייתו (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 74). כאיש צבא ותיק, היה האב גורם דומיננטי לאחר הגשת התלונה במגעים של בנו מול רשויות הצבא. האב ליווה את בנו לפגישה עם הקב"ן (מאחר ובהיותו עובד צה"ל היה בעל היתר כניסה לבסיס), אך לא נכח בה. לאחר יציאת בנו מהשיחה, הובהר לאביו כי בנו לא ימשיך

בשירות הצבאי ועל כך התרעם האב: "אמרתי לו אחרי כל מה שעבר וגם להיענש פעמיים, גם שהוא עבר הטרדה מינית וגם לא יכול לשרת בצבא? אז הוא נתן לי פרופיל 24 למשך שנה והחזרנו את הציוד לבקום"ם והוא טיפל בפסיכיאטר... ואחרי שנה חזרנו לבקום"ם וגייסו אותו" ובהמשך: "...אני התנגדתי שישתחרר מהצבא" (שם, בעמ' 75-74). האב ידע לספר כי המתלונן חשש מהטירונות, ורצה לבוא הביתה מדי יום (ת/11 בעמ' 29). וכשנשאל האם הייתה התנהגותו של המתלונן שונה לאחר הגשת התלונה ענה "הפחדים היו תמיד, כל הזמן הפחדים" (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 78). בדומה למסקנתו לגבי אימו של המתלונן, קבע בית המשפט המחוזי כי גם עדותו של האב מחזקת ותומכת בגרסתו של המתלונן. ככלל, נוטה אני להסכים עם קביעה זו, אך טרם זיקוק מסקנותינו מעדות השניים שומה עלינו לעמוד על רכיב נוסף החוזר שתי וערב בעדויותיהם, והוא המחויבות המשפחתית לצה"ל ולשירות בן. רכיב, אשר יכול לחזק את טענת העלילה שבנתה ההגנה, וזאת אם נשווה בליבנו את חששו של המתלונן לספר בבית כי הינו חושש משירות קרבי, ושברצונו להימנע משירות שכזה. או אז, יתכן ואף כלפי משפחתו היה נאלץ המתלונן לשקר, ואולי אליהם כוונו טענות אלו מלכתחילה. כך למשל העידה האם:

"אף ילד מהילדים שלי לא שאל אותי מה הוא רוצה לעשות ואיפה הוא רוצה, למרות שהיה לבן שלי אפשרות לא זה, לפניו, השלישי, מבחינה בריאותית להשתחרר, הוא הלך, נתנו לו בקו הירוק והוא לבד, בלי לשאול אותי ביקש ערעור והלך שרת בשכם וקיבל מצטיין נשיא. ואדם שרוצה לברוח מקרבי אז היתה לו אפשרות באופן טבעי כבר, והוא בחר להיות קרבי, הלך למקום שהכי מסוכן בזמן שהוא מתגייס.
ש: מי?
ת: ש' אחיו..." (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 68).

ובמקום אחר:

"ש: את ידעת שהוא רוצה להוריד פרופיל בצבא?
ת: לא.
ש: ידעת שהוא לא מרוצה או שיהיה לו קשה, הוא חושב שיהיה לו קשה בגבעתי?
ת: בשום פנים ואופן לא היה דבר כזה. היו לי שלושה ילדים לפניו, שלושה ילדים עברו את אותה..."

...שלושה ילדים עשו, התגייסו, עשיתי להם מסיבת גיוס, אף אחד לא הראה לי בשמץ שהוא לא, והוא בדיוק אותו דבר כמו השלושה לפניו. גם הוא עשינו לו מסיבה בין האחים שלו, גם אותו ליוונו ללשכת הגיוס בשמחה

והצטלמנו והכל היה שם, מי חלם על דבר כזה? שום דבר לא ראינו?" (שם, בעמ' 67-68).

מובן שגם מדברי האב שצוטטו לעיל עולה תמונה של משפחה אשר הצבא משחק בה תפקיד מרכזי, זאת בעיקר נוכח תפקידו של האב כאזרח עובד צה"ל משך 47 שנים. וכך אמר האב כאשר עומת עם טענת העלילה בחקירתו הראשית:

"לא נכון. יש לי שלושה חיילים ואחד מהם מצטיין נשיא. אם הבן שלי לא היה רוצה לשרת, היו לו שנה וחצי והפסיכיאטר רצה לשחרר אותו מהצבא, ואני התנגדתי. זה לא נכון שהוא לא רצה לשרת בלבנון. יש לי ילד שהיה משרת בשכם והוא מצטיין נשיא. יש לי בן שהיה בקבע ואני מוכן להביא את התעודות. הייתה למתלונן אפשרות לא לשרת בכלל בצבא. בגלל מצבו הנפשי... גם הקב"ן אמר שברגע שהוא לא יעשה טירונות הוא לא יוכל להיות כאחד מהמניין" (ת/11 בעמ' 30).

מכאן שעדויות הורי המתלונן אכן תומכות במצבו הנפשי הנטען עובר להגשת התלונה ולאחריה, וכאמור לעיל, מצאתי אותן מהימנות ביותר. יחד עם זאת, גם בעדויות אלו אין בכדי לסתור את טענת העלילה, ואפשר שיש בתוכנן אף לחזק ולעגן את הרקע הנפשי לעלילה שכזו, באם התרחשה.

על היעדר אפשרות לביצוע המעשים כפי שתוארו

55. על פי עובדות כתב האישום התרחשו רובם המוחלט של האירועים המיוחסים למערער בתא שירותים הממוקם במתחם המקלחות והשירותים במועדון. המתלונן ציין כי לחדר השירותים (להבדיל מתא השירותים בו נעשו לכאורה המעשים) כלל לא הייתה דלת כניסה, וכי כל אחד יכול היה להיכנס בשעת ביצוע המעשים לחדר השירותים. המתלונן סיפר כי דלת תא השירותים לא הגיעה עד הרצפה, וכך גם המחיצה המפרידה בין תא לתא במתחם השירותים. המתלונן העיד כי פעמים בוצעו המעשים כשהמועדון היה הומה אדם, ולעיתים כשהיה ריק, ושמך כל אחד מהמעשים עלה על שלוש דקות (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 8-12, 16). ההגנה טענה כי מדובר בזירה אשר ספק אם יכולה להכיל את האירועים המיוחסים לה, שכן מעשים מעין אלו, יעוררו מטבעם רעשים אשר ימשכו את סקרנותם של העוברים ושבים, וקשה להאמין שמשך כל השנים לא התעורר חשדו של אף אדם שביקר במקום. בנוסף, טענה ההגנה כי טענתו של המתלונן כאילו גם שניידר וגם המערער ביצעו בו מעשה סדום מבלי לגעת בו בידיהם,

מבלי למשוך אותו או להישען עליו למרות פער הגבהים ביניהם, מבלי להשתמש בחומרי סיכה, ומבלי שאיש ממבקרי השירותים לא ישמע את זעקותיו – הינה טענה בלתי אפשרית אנטומית. בית המשפט המחוזי קבע לעניין זה:

”מכל מקום, בניגוד להצהרת הסניגור, לא הובאו בפנינו כל ראיות אנטומיות או הנדסיות (באשר לגודל תאי השירותים) אשר יאששו את הטענה כי בנסיבות אלה, החדירה לא הייתה אפשרית, ולא התרשמתי כלל כי לא היתה אפשרות להיתכנותם של המעשים שתוארו על ידי המתלונן. על הימנעות מהבאת ראיות רלוונטיות לבירור האשמה כבר הרחבתי לעיל, ודי אם אומר, כי הימנעות זו איננה נזקפת לזכות הנאשם. בנוסף, נסיבות החיים מלמדות, כי מעשי סדום מבוצעים, למרבה הצער, על ידי בגירים בילדים, בסיטואציות שונות, ואינני מוצאת בטענת ההגנה ממש” (פסקה 61 להכרעת הדין).

אכן, הימנעותה של ההגנה מהבאת ראיות הנדסיות ואנטומיות לנושאים שבנדון, עלולה לחזק את ההנחה כי בתיזה המפלילה שהציגה המאשימה יש ממש (ראו: ע”פ 11331/03 קיס (אריק-בר) נ’ מדינת ישראל, פ”ד נט(3) 453 (2004); ע”פ 1345/08 איסטחרוב נ’ מדינת ישראל, בפסקה כ”א (לא פורסם, 18.5.2009); קדמי, בעמ’ 1911-1889). כלל זה, המקובל הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים הפליליים בשינויים המתחייבים, קובע עוד כי מקום שאכן נמנע צד מהבאת הראיה, רשאי בית המשפט, באין הסבר סביר למניעה זו, להסיק מסקנות מכריעות יותר וקיצוניות יותר כפונקציה של חשיבות הראיה והיותה משמעותית לעניין (ראו: ע”א 548/78 שרון נ’ לוי, פ”ד לה(1) 736, 760 (1980); קדמי, בעמ’ 1889). מכאן שאין דומה הימנעות מהבאת עד הגנה מרכזי (למשל עד היכול לאשש טענת אליבי), או עד ראיה מפליל מטעם התביעה – לראיות פריפריאליות כגון דא, אשר לפחות חלקן מעוגנות בניסיון החיים ובשכל הישר. מכאן שהימנעותה של ההגנה להביא ראיות תומכות לגרסתה על אף הצהרותיה אכן אומרת דרשני, אולם אין לייחס לה משקל מכריע עד כדי סילוק הספקות שהועלו על ידיה כאן.

56. כאמור, בא כוחו של המערער טוען כי חדירה אנאלית המתבצעת בין מבוגר לילד צעיר ללא מגע עזר וללא חומרי סיכה אינה אפשרית. דין טענה זו להדחות. צדק בית המשפט המחוזי שקבע כי למרבה הצער, בימינו מבוצעות עבירות מחרידות, בסיטואציות שונות ומשונות שלעיתים אינן מתקבלות על הדעת. אין זו אשמתו של מתלונן כי כך בחר פלוני לפגוע בו, ואין בחריגות לכשעצמה בכדי לפגוע בהתכנות

המעשים. בהקשר זה יש לתהות אילו ראיות יכולה הייתה ההגנה בכלל לספק לעניין זה על מנת לעגן את טענתה. יחד עם זאת, כאשר מתוארת סיטואציה חריגה מעין זו, המיוחסת בזהות כמעט מוחלטת לשני נאשמים, הדבר אכן מעורר ספק שיש לטפל בו, וכך לא נעשה בבית המשפט קמא.

ועוד – ההגנה אכן לא הביאה ראיות הנדסיות באשר לגודלם של תאי השירותים. אולם דווקא עניין זה לא היה שנוי במחלוקת בקרב הצדדים, ואת טענותיה ביססה ההגנה על עדותו של המתלונן בלבד. לפיכך, לא היה צורך ממשי בהבאת ראיות מעין אלו, ואם יש לייחס משמעות לאי הבאת הראיה על ידי ההגנה, תהיה זו משמעות פחותה. ואכן, טענות ההגנה בהקשר זה מעוררות ספק שלא נמצא לו פתרון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ואף לא בעיקרי הטיעון מטעם המשיבה שהוגשו בהליך דנן. ואכן שבה ועולה השאלה כיצד יתכן כי משך שנים יבוצעו מעשי סדום רבים בתא שירותים, שאינו סגור הרמטית, בלב אזור פתוח לכל והומה לעיתים, כאשר אין שומע ואין פוצה פה? יודגש לעניין זה כי המתלונן אף עמד על כך שמעולם לא הופרעו תוקפיו במעשיהם על ידי עובר אורח שניסה לפתוח את דלת השירותים וכדומה. ספק זה, גם אם אין בו לבדו די, מצטרף כנדבך נוסף לספקות עליהם כבר עמדנו, ואף הוא ממשיך ומכרסם בהרשעתו של המערער.

עדות המתלונן

57. נוסף על עדותו של המתלונן בפני בית המשפט קמא, הוגשו כראיות גם עדותו במשפטו הראשון של המערער בבית המשפט המחוזי, יחד עם עדותו במשפטו של שניידר בבית המשפט השלום, ושלוש הודעותיו במשטרה (נ/2-6/נ בהתאמה). כזכור מצא בית המשפט המחוזי את עדות המתלונן מהימנה על אף הקשיים והסתירות בה. נזכיר עוד שבבית המשפט המחוזי שדן בערעורו של שניידר נחלקו השופטים לגבי אמינותו. בדעת הרוב נקבע מחד על ידי השופט המר כי המתלונן שיקר לכל אורך הדרך ואין לתת בו אמון, ואילו השופטת (כתוארה אז) ברלינר קבעה כי המתלונן שיקר לגבי שניידר בלבד (לאור ההנחה כי המערער דנן אשם, שנגזרה מפסק דינו החלוט). גם אני לא אוכל להשלים מלאכתי מבלי לחוות דעתי על אמינותו של המתלונן, ולשם כך עלי לעמוד על מספר ספקות נוספים העולים מעדותו של המתלונן ושטרם לובנו עד כה.

58. האירוע בטאונה – המתלונן סיפר בעדותו כי המערער היה נוהג לבצע בו את זממו גם במתחם הסאונה במועדון. כך העיד המתלונן במשפטו הראשון של המערער:

"פעמים רבות הייתי מגיע לקאנטרי עם אבי. הנאשם ניסה לגעת בי גם כשאבי היה לידי. אני אסביר לך: אני ישבתי באמצע, אבי יצא מהצד הימני, והנאשם ישב בצד השמאלי בסאונה. גם אני שואל מה הוא צריך להיכנס לשבת לסאונה כמנקה. הוא היה נכנס עם בגדים וישב, והמגב היה תמיד בצד. היו מקרים שהוא היה עירום. הוא לא ראה שאבי נכנס איתי לסאונה, אבי נכנס רק אחרי שהוא נכנס אחריי, אחרי שהוא ניסה לגעת בי. גם כשאבא שלי היה בפנים הוא ניסה לגעת בי. לא ידעתי שאבי בחוץ. כשאבי היה בפנים ברחתי משם, אחרי שהוא ניסה לגעת בי. לא אמרתי לאבי כלום, מה לעשות הפה שלך סתום...היום בדיעבד אני מתחרט על זה. אני נכנסתי לסאונה, אבי נכנס אחריי, ושנינו ישבנו, ברגע שהוא ניסה לגעת בי ליד אבי ברחתי. אני ישבתי באמצע, אבי מימין והוא משמאל. הוא ניסה לגעת בי באיבר-המין, על הבגד. אבי כנראה לא הסתכל, הוא לא תיאר לעצמו שהוא ינסה לגעת בי" (2/נ, בעמ' 17-18).

על עיקר הדברים חזר המתלונן גם בעדותו בפני בית המשפט קמא (פרוטוקול מיום 8.4.2008, בעמ' 7; פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 24-25). ייחודה של טענה זו בכך שזהו המקרה היחיד שבו המתלונן ממקם אדם נוסף שהיה נוכח בעת האירוע. כשנשאל על כך אביו של המתלונן, הוא תיאר לפחות מקרה אחד בו ראה את המערער יוצא מהסאונה כשהוא לבוש, ודרך החלון הבחין בבנו יושב בפנים כשהוא לבוש ולא ייחס לכך כל חשיבות (ת/10, בעמ' 1). ברם, בחקירתו הנגדית הכחיש האב כי ישב אי פעם ליד המערער ובנו בסאונה:

"ש: לא היה מקרה שאתה ישבת, הבן שלך ישב ואז נכנס ארמנדו והתיישב ליד הבן שלך? לא היה מקרה כזה. דבר כזה, דבר כזה היה נראה לך מאוד מוזר נכון? אם זה היה קורה?
ת: אני מה שראיתי את ה, אף פעם לא ישב ל, בנוכחותי כאילו ליד הבן לא. (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 80).

בית המשפט המחוזי לא ייחס לקושי זה משמעות, וקבע כי אין בכך סתירה הפוגמת במהימנות העדים. זאת מאחר ולשיטתו, בניגוד למתלונן, לא שת האב ליבו לנוכחות המערער באותם ימים ולא מן הנמנע שלא יזכור אירוע כזה. עוד קבע בית המשפט כי לא ברור מתשובת האב אם היה נוכח בסאונה ולא הבחין בנעשה, או שלא ישב מעודו בסאונה עם המערער והמתלונן יחד. לדידי נראה כי דווקא הגרסה האחרונה מתקבלת יותר על הדעת לאור דברי האב "אף פעם לא ישב", ובכל מקרה, קשה לפטור אי התאמה זו בלא כלום, ומבלי לייחס לה שום משקל שהוא. אף בגופה של עדות

המתלונן בנקודה זו, אני מוצא קשיים עליהם לא עמד בית המשפט המחוזי כלל. ראשית, כפי שניתן להיווכח מהאמור לעיל, המתלונן בנ/2 הציג גרסה מבולבלת, מורכבת ולא סדירה. שנית, המתלונן ציין כי "הוא ניסה לגעת בי באיבר-המין, על הבגד". ברם, בעדותו בפני בית המשפט קמא, כשנשאל על כך, הציג תמונה שונה:

"ש: ... והוא שלח יד לעבר איבר המין שלך?

ת: לא, לא לאבר המין.

ש: אלא?

ת: הוא ניסה לגעת בי ככה עם ה, ברגל.

ש: לגעת כך ברגל. ו?

ת: אני יצאתי משם". (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 25)

(25)

59. עדות המתלונן באשר לחפיפה וההיכרות בין המערער לשניידר – ההגנה טענה כי גרסת המתלונן לפיה ראה את המערער ואת שניידר מדברים ביניהם, אינה מתיישבת עם טענתו במקום אחר לפיה היה פער בין מועד סיום עבודתו של הראשון למועד תחילת עבודתו של השני. ברם בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי, כי הייתה חפיפה בין תקופות ההעסקה של השניים במועדון, קביעה אשר גם המערער הודה בה בשלב מסוים (פסקה 4 להכרעת הדין; פרוטוקול מיום 17.4.2008, בעמ' 19). משכך הם פני הדברים, אין לייחס משקל רב לסתירה זו בדברי המתלונן, שכן שיחה בין השניים הייתה אפשרית במועדון, וככל הנראה אף התקיימה.

60. מיקום האירועים על ציר הזמן על ידי המתלונן, וכן הסיבה להתמדתו בביקוריו במועדון – ההגנה ידעה להצביע על סתירה לכאורה בעדותו של המתלונן אשר בעדותו במשפטו הראשון של המערער טען "ההיכרות הראשונה עם הנאשם והמעשים שהוא עשה בי החלו בשנת 91 ואני עומד על כך. זה היה באותה שנה של מלחמת המפרץ, הרבה פעמים היינו יורדים למקלטים גם כשהיינו בקאנטרי, ואני זוכר את זה טוב. ירדנו לאולם האירועים בקאנטרי כשהיו אזעקות. זה היה בתקופה של הלימודים" (נ/2, בעמ' 15; ההדגשה שלי – ס"ג). אך מיד בהמשך עדותו תיקן ואמר שהמעשים החלו בקיץ של שנת 1991, ושסבר שהשאלה שנשאל התייחסה לזמן בו החלו להיות מנויים, ואילו המעשים התחילו מאוחר יותר. בעדותו בפני בית המשפט קמא, כבר היה המתלונן זהיר יותר בנקודה זו, ולא התחייב באשר לעונה בה התחילו המעשים (פרוטוקול מיום 9.4.2008, בעמ' 40-41). בית המשפט המחוזי קבע לעניין זה בקצרה, כי דברים אלו (שנאמרו ביום 9.4.2008), עולים בקנה אחד עם אלו שאמר המתלונן בנ/2. הגם שראוי היה שבית המשפט ייחס חשיבות מרובה יותר לעניין זה, בעיקר נוכח גרסתו הראשונית

של המתלונן כי הוא "עומד על כך". יחד עם זאת, אין מדובר בסתירה מהותית, בעיקר נוכח התיקון המידי וההסבר שניתן לו על ידי המתלונן בעת חקירתו, ואין לייחס אותה לחובת המתלונן. זו גם דעתי באשר לסתירה כביכול שהציגה ההגנה בנוגע לשאלה מדוע המשיך המתלונן לפקוד את המועדון. אחת התשובות שהציג המתלונן לכך היתה שאמו היא זו שדחקה בו להמשיך וללכת, בכדי לנצל את המנוי היקר ולהתקלח במקלחות המועדון ובכך לחסוך חשמל בבית. אמו של המתלונן הכחישה כי כך היו פני הדברים, אך בהמשך ציינה ש"אולי אמרתי שיתקלח כדי לחסוך במים וחשמל, אך אני מעידה בשבועה ואומרת שאינני זוכרת את זה במפורש" (ת/8, בעמ' 36). בית המשפט המחוזי לא ייחס גם לסתירה זו משקל – ובצדק עשה כן. אמו של המתלונן סיפקה הסבר משכנע לדבריה, ואף מהמתלונן אין מצופה לזכור פרט שולי מעין זה (מאחר והסברו המהותי לכך שהמשיך לפקוד את המועדון היה כי חשב שמדובר במעשים נורמאליים ובהמשך חשש מתגובת הוריו, כפי שפורט לעיל).

61. בכך בא לידי סיום מארג הראיות הנוגעות למתלונן וגרסאותיו. ואכן, הגיעה העת לשקול את מכלול הנתונים, העדויות והטענות בהן עסקנו עד כה, ואשר עניינן מהימנותו של המתלונן. כפי שכבר ציינתי בפתיחת דברי, אם תשמע דעתי, עלינו להטיל ספק בגרסת המתלונן ולהתערב בממצאיו של בית המשפט המחוזי לעניין זה. עוד הזכרתי לעיל, כי התערבותה של ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה מוגבלת, הואיל ובידי הערכאה הדיונית הופקדה מלאכת ההתרשמות מן העדים וקביעת מהימנותם (ראו: ע"פ 312/67 מרדכי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 63, 71 (1968); ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 233 (1983); ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150, 165 (2000); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001); מ' קרמניצר, "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת הערעור בממצאים המתייחסים למיהמנות של עדים" הפרקליט לה 407 (1984)).

ברם, בצד כלל זה מתקיים חריג צר, אשר לטעמי טומן בחובו את נסיבות המקרה שבפנינו כעת. חריג זה, פותח בפסיקה במשך שנים, וכיום מכיל בעיקרו ארבעה מקרים אפשריים בהם תתערב ערכאת הערעור. ראשית, נקבע כי תתכן ביקורת על ממצאים שבעובדה, כאשר אלו מתבססים על שיקולים שבהיגיון או סבירותה של העדות ביחס למכלול הראיות (ראו: ע"א 260/82 סלומון נ' אמונה, פ"ד לח(4) 253, 264 (1984); ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832 (1995); ע"א 53/89 נוטס נ' בעל טכסא (לא פורסם, 20.12.1992)). שנית, מוחרגות מכלל אי

ההתערבות מסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מן העובדות שהוכחו (וזאת להבדיל מקביעת העובדות עצמן) (ראו: ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265 (1994); ע"פ 50/59 פרדלמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 802 (1959); ע"א 31/61 לויין נ' פלברבוים, פ"ד טו 1816, 1819 (1961); ע"א 43/83 עזבון כהן נ' ליננברג, פ"ד לח(3) 488, 493 (1984)). שני חריגים נוספים שנקבעו, הינם האפשרות להתערב בהערכת ראיות בכתב או כל ראייה חפצית אחרת, ואפשרות ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדתיות אף כאשר ישנן סתירות בעדות היורדות לשורש העניין, אשר הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה להן, או כאשר מתגלה טעות מהותית בהערכת המהימנות (ראו: ע"פ 1625/94 כהן נ' מדינת ישראל, מח(5) 152, 156 (1994); ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 696 (1993); ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.32008); ע"פ 2887/07 ברק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.9.2008); ע' גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ (3) 551 (1997); ראו גם בקדמי, 1918-1919). עם כל הכבוד, ולאור כלל האמור בניתוח לעיל, אני מאמין כי ערעור זה נמנה על אותם חריגים בהם מתחייבת התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים של עובדה. גרסתו של המתלונן כפי שהציג אותה אינה מתקבלת על הדעת, אינה סבירה, לוקה בקשיים רבים ובסתירות לא מבוטלות. על כן, איני שותף למסקנותיו של בית המשפט קמא באשר אליה, אשר עיקרן מתן אמון מלא במתלונן.

62. משאלו הם פני הדברים, היה ניתן להסתפק באמור על מנת לבסס את הספק הסביר בדבר אשמתו של המערער ולזכותו מחמת הספק מסיבה זו בלבד. יחד עם זאת, לא תושלם התמונה כליל, טרם נעסוק בגרסתו של המערער עצמו.

עדות המערער

63. המערער, כיום בן 76, עלה לישראל בשנת 1976 מארגנטינה, שם היה לדבריו בעליו של בית חרושת לפלסטיק. המשיבה הגישה לבית המשפט את שתי הודעותיו במשטרה (ת/1 מיום 1.2.1998, ות/2 מיום 2.3.1998), דוח העימות שנערך בינו לבין המתלונן (ת/3, מיום 2.3.1998), וכן את פרוטוקול עדותו ממשפטו הראשון (ת/14). המערער בחר להעיד להגנתו גם במשפטו החוזר. בית המשפט המחוזי עמד על מספר סתירות בגרסאותיו, ובסופו של יום בחר שלא לתת בו אמון כלל. נעמוד כעת בקצרה על עיקרי הסוגיות שבמחלוקת.

64. ידיעת השפה העברית – בית המשפט המחוזי לא קיבל את טענת המערער כי אינו מבין עברית. יוזכר כי טענה זו חשובה, בין היתר, כדי להרחיק עצמו מיכולת לתקשר מילולית עם המתלונן ועם שניידר (אשר שפת אימו שונה משפתו של המערער – רוסית וספרדית בהתאמה). בית המשפט קבע כי "גם אם עברית אינה שפת אימו של הנאשם, ברור היה ממהלך עדותו, כמו גם מן ההיגיון הפשוט נוכח העובדה שהנאשם מתגורר בישראל עשרות שנים, כי הבין עברית ומסוגל היה לנהל שיחה פשוטה, לכל הפחות בשפה העברית (וכך גם ניהל עימו הסניגור שיחה בעברית לכשהתבקש להביא את תשובתו לאישום)" (פסקה 50 להכרעת הדין). בית המשפט חיזק קביעה זו בעדות האב שאמר שהמערער החליף עמו משפטים קצרים, ושהאחרון דיבר עם אחרים עברית. יחד עם זאת, ממקרא הפרוטוקולים ואמרותיו של המערער, ניכר כי יש לו קושי מהותי בהבנת עברית, ולא רק בדיבור, כי אם גם בהבנת שאלות פשוטות שנשאל. בית המשפט והפרקליטים נאלצו פעמים רבות לשוב ולשאל שאלות עליהן התקבלו תשובות לא ברורות בעליל, ואף סותרות מיניה וביה. עדותו הבלתי קוהרנטית, הושפעה לא פעם אף מאי דיוקים בהעברת הנאמר על ידי המתורגמנית, ולטענת בא כוחו, הדבר הקשה עליו להתמקד בהליך. יחד עם זאת, מסקנה זו אליה הגיע בית המשפט המחוזי נובעת מהתרשמותו מהאדם שבפניו, ממשמע אוזניו ולעיתים אף ממראית עיניו. לפיכך, אין ככוונתי להתערב בקביעה זו.

65. למעלה מן הצורך אוסיף ואזהיר בעניין זה רק זאת – כאשר עומד נאשם ואף נחקר-חשוד למסור את גרסתו, יש להקפיד מכל וכל על תרגום נאות ואפקטיבי, ואף רישום הליכי החקירה בשפתו הוא. עמד על כך לאחרונה השופט י' דנציגר, בע"פ 8974/07 הונצ'יאן לין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.11.2010):

"בהקשר זה מן הראוי להוסיף ולציין כי בית משפט זה עמד לא אחת על חשיבות העובדה שחשוד יבין את מהות האשמות וטיב הליכי החקירה המתנהלים כנגדו וכנגזרת מכך נקבעה ההלכה כי "החובה לרשום הודעות בשפתו של הנחקר היא בעלת חשיבות רבה, ואנו רואים בחומרה את התעלמות המשטרה מההנחיה של בית-משפט זה, החוזרת ונשנית זה שנים, כי יש להקפיד על רישום הודעות בשפת המקור" (ראו למשל: פסק דינה של השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בע"פ 1746/00 ברילב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 145, 147 (2001) (להלן: עניין ברילב) [ראו והשוו לעניין זה גם פסק דינו של בית משפט זה בע"פ 3477/09 מדינת ישראל נ' חדר (לא פורסם, 4.2.2010), בסעיף 29 לחוות דעת]. התכליות העומדות ביסוד מדיניות משפטית זו היא כי תקינותו של ההליך צריכה להישמר ויש להקפיד עליה

כערובה לגילוי האמת והבטחת זכויות האדם, החשוד- הנחקר והנאשם. לפיכך, נקבע בעניין ברילב כי בנסיבות מסוימות הפרת הוראה זו עשויה להביא לפסילת הודאת החשוד בשל הפגיעה בזכות להליך הוגן...

סבור אני כי בשל התכליות העומדות ביסוד מדיניות משפטית זו ניתן להקיש ממנה גם לענייננו ולקבוע כי כאשר לא זוכים החשוד או הנאשם לתרגום אפקטיבי הרי שנפגעת זכותם להליך הוגן, שכן נשללת מהם הזכות להבין את אשר הם מואשמים בו כמו גם יכולתם להסביר את עצמם ולהתגונן כנגד ההאשמות באופן שעשוי אולי להביא לטיהור שמם" (שם, בפסקאות 7-8 לחוות הדעת של השופט דנציגר).

במקרה דנן, ועל אף שליטתו החלקית של המערער בשפה העברית, בהחלט יתכן כי תרגום נאות יותר בכל ההליכים, היה מאפשר לחלץ ממנו גרסה ברורה יותר (מילולית כמובן) לשאלות שנשאל.

66. תיחום תפקידו של המערער במועדון ונגישותו לסאונה – בחקירתו הראשית מסר המערער כי תפקידו כמנקה כלל בעיקר את המקלחות ולא את השירותים (פרוטוקול מיום 17.4.2008, בעמ' 21, 25-26). ברם, גרסה זו סותרת את שמסר בהודעתו השנייה במשטרה (ת/2, בעמ' 1), וכן את תוכן עדותו במשפטו הראשון (ת/14, בעמ' 50). בית המשפט המחוזי עמד על סתירות אלו ועל נתונים נוספים שהביאו אותו למסקנה כי המערער שיקר בנקודה זו ובכך ניסה להרחיק עצמו מזירת מרבית האירועים הנטענים. גרסה דומה העלה המערער בעדותו גם בכל הנוגע לשהייתו בסאונה במועדון. גם זו, כמו השירותים במועדון, היוותה כזכור מקום בו פגע לכאורה המערער במתלונן. בתחילה הכחיש המערער כי שהה בסאונה, ולאחר מכן כשעומת עם גרסת אבי המתלונן שמסר שראה אותו יוצא הימנה, מסר שהיה שם פעם אחת כשהיה מצונן. ברם, במשפטו הראשון העיד כי הוא "נכנס לסאונה לעתים רחוקות בגלל שאני סובל מאסטמה..." (ת/14, בעמ' 47, וכן בעמ' 51 – שם אישר שנכנס לסאונה "פעמים מעטות" בשל צינון). גם כאן קבע בית המשפט כי ניסיונו של המערער להרחיק עצמו מזירת העבירה הינו שקר. בנקודות אלו, מקובלות עלי מסקנותיו של בית המשפט המחוזי, שכן למקרא הראיות נראה כי המערער אכן ניקה גם את מתחם השירותים, וכן נהג לבקר (גם אם לעיתים רחוקות) בסאונה במקום.

67. ההיכרות בין המערער לשניידר – בהודעתו הראשונה של המערער במשטרה מסר האחרון: "...אני לא זוכר שמות. אני נזכר שעבד בחור רוסי נמוך שהיה לו ניתוח

לב והיינו עובדים במשמרות שונות. ש: האם ראית שלגרגורי יש קשר עם ילדים? ת: אני בקושי ראיתי אותו היינו נפגשים כמה דקות... (ת/1, בעמ' 2). בעדותו בגלגולו הראשון של התיק, הכחיש את האמור, ומסר כי אינו מכיר את שניידר ושראה אותו לראשונה רק במשטרה (ת' 14, בעמ' 55). במשפטו החוזר טען המערער כי אכן הכיר את שניידר, אולם לדבריו עבדו במשמרות שונות – שניידר במשמרת הבוקר והוא במשמרת אחר הצהריים: "ש: כשאתה הגעת שניידר עוד היה שם או שהוא היה הולך קודם? ת: הוא היה הולך אחר כך. הרבה זמן, לא." אך מיד הוסיף "...כשאני הגעתי, שניידר לא היה" (פרוטוקול מיום 17.4.2008, בעמ' 22). בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בגרסאות סותרות וראה בהן דפוס שנועד להרחיקו מעובדות מפלילות. לדידי נראה, כי אכן הכיר המערער את שניידר היכרות בסיסית ואף שוחח עמו בעת חילופי המשמרות. יחד עם זאת, למקרא עדותו של המערער וחקירתו הנגדית, קשה לרדת לסוף דעתו מבין משפטיו השבורים ולעיתים חסרי ההקשר. לפיכך, הגם שאני מקבל מבין גרסאותיו את זו המפלילה ביותר, עדיין איני יכול לייחס לסתירות בגרסאותיו כאן משקל ממשי לחובתו של המערער (שם, בעמ' 21-22, 38). בית המשפט המחוזי העיר לעניין זה כי "שניידר עצמו, עד רלוונטי לכל הדעות, לא הובא להעיד מטעם הנאשם, על מנת לתמוך בטענתו. שניידר זוכה על ידי ערכאת הערעור והימנעות ההגנה מלהביאו למתן עדות אומרת דרשני, ומחזקת בנסיבות אלה את אמינות דברי המתלונן" (פסקה 53 להכרעת הדין). אמנם אין ספק כי עדותו של שניידר היתה יכולה לשפוך אור על רבות מהסוגיות שבמחלוקת, אולם דווקא בהקשר זה – היכרות שניידר והמערער – היתה זו דווקא המשיבה בעלת האינטרס להעיד את שניידר, שלטענת באת כוח המאשימה, מסר בהודעתו במשטרה כי השניים מכירים, ושהמערער אף ביקר אותו בבית החולים כשהתאשפז בשל ניתוח לב שעבר.

68. גרסת ניקוי הישבנים – דומה כי הנקודה המפלילה ביותר, עליה חזר המערער בשינויים החל מהעימות בינו לבין המתלונן במשטרה, היתה גרסת ניקוי הישבנים, אותה הזכרנו בקצרה בפתח הדברים. כך, באותו עימות, נשמעו הדברים:

"שאלה לחשוד: בזמן שעבדת בקאנטרי זכור לך מגע כלשהוא מיני או פיסי עם המתלונן...?
 תשובת החשוד: כשהיו ילדים יוצאים מהשירותים ואני הייתי שם והיו מלוכלכים מקקי הייתי מנקה להם את הטוסיק, כל יום היה את זה.
 שאלה לחשוד: האם הילדים היו מבקשים את זה?
 תשובת החשוד: הם היו מבקשים ממני לנקות.
 שאלה לחשוד: בני כמה היו הילדים האלו?
 תשובת החשוד: שתיים או שלוש שנים.

שאלה לחשוד: האם ילדים בני שנתיים ושלוש לא הגיעו עם ההורים לשירותים?
 תשובה: זה היה בשירותים של הגברים אז לא באו עם האמהות אם היו הורים לא הייתי מתערב" (ת/3 בעמ' 2).

בהתייחסו לדוח העימות, תהה בית המשפט קמא מה היה למערער, ששימש כעובד ניקיון לטפל בילדים אלו. עוד הועלתה התהייה מדוע לא השיב המערער במישרין לשאלה שנשאל אשר התייחסה למתלונן, ובחר לענות לגבי "ילדים" עלומים. ועוד – מיד לאחר העימות, נגבתה מהמערער הודעה נוספת בו נדרש לספק הסברים באשר לגרסה זו, ושם ענה:

"...אני הייתי בנקיון של השירותים והם היו יוצאים מהשירותים מלוכלכים בקאקא וכדי שלא ילכלכו את הריצפה אז אני הייתי מנקה אותם בטח שזו עבודה של אמא שלהם אבל היא לא היתה ולא ידעתי שזה רלוונטי...הם היו קטנים נכנסים לשירותים והיו יוצאים מלוכלכים והיה נשפך להם חרא על הרצפה ועל הגוף" (ת/2, בעמ' 1-2).

ניתן להבחין, כי לאחר שבעימות אמר המערער שניקה את הילדים "כל יום", מסר בהודעתו כי הדברים קרו רק "מדי פעם, זה היה לפני כמה שנים..." (שם, בעמ' 2). על טענה זו חזר המערער אף בחקירתו הנגדית במשפט הראשון (ת/14, בעמ' 49-50). שם גם הסביר כי הילדים לא ביקשו שינקה אותם, וכי אמר זאת כי "זה עניין של שפה, של ביטויים. אני פשוט הייתי מנגב אותם. אני לא הייתי מדבר עם הילדים, הם לא היו מבקשים כלום. הם היו יוצאים מהשירותים נוטפים צואה והייתי מנגב אותם, מה זה לא תפקידי?" (שם, בעמ' 49). בעדותו בפני בית המשפט קמא, חזר בו המערער מגרסאות אלו, וטען כי "לא היו ילדים שנכנסו לבד, הם ילדים קטנים, לא נכנסו לבד...", והוסיף שכלל לא היו שם ילדים, ולבסוף, כי הילדים הקטנים נהגו להיכנס לשירותי הנשים עם אמהותיהם ושהוא ניקה רק את הצואה שהייתה על הרצפה ולא את הילדים (פרוטוקול מיום 17.4.2010, בעמ' 35-36). בית המשפט המחוזי קבע כי סתירות אלו היו ניסיונות המערער להיחלץ מגרסה מסבכת ומפלילה, אותה פלט בטעות במהלך העימות עם המתלונן, וגרסה זו קושרת אותו למעשים המיוחסים לו (פסקה 54 להכרעת הדין).

69. אין בנמצא הסבר המניח את הדעת באשר לגרסה זו של המערער על כל פרטיה. בא כוחו של המערער אף לא מתייחס בכתב ערעורו לגופו של עניין זה (זולת טענותיו באשר לכשירותו המנטאלית של המערער, שמן הסתם נוגעת גם לתשובות אלו). גרסה

זו מסבכת את המערער, ויש לה משקל לא מבוטל לחובתו. אין אלא לתמוה מדוע חמק המערער ממתן תשובה לגופו של עניין כשנשאל האם בא במגע עם המתלונן; מדוע העלה את גרסת ניקוי הישבנים מיוזמתו בתשובה לשאלה זו ומה יש ללמוד מכך; מדוע נגע בפעוטות שלא בנוכחות הוריהם ומי ביקשו לעשות כן; ומדוע שינה מגרסאותיו לעניין זה לכל אורך הדרך – לכלל שאלות אלו לא מצאתי תשובה, באף אחת מגרסאותיו של המתלונן וקווי ההגנה בהם נקט. מכאן, שיש לייחס לגרסה זו משקל לא מבוטל באשר היא מצביעה על כך שהמערער לא נרתע ממגע באיברים אינטימיים של ילדים רכים בהעדר הוריהם, ושניקה במסגרת תפקידו גם את אזור השירותים.

70. מהי אם כן מידת המהימנות שיש לייחס למערער? עמדנו על מספר סתירות, קשיים ואף שקרים שנמצאו בגרסאותיו. כן עמדנו על קשיי התקשורת הכבדים שהיו מנת חלקו בעת ניהול ההליך, אך סמכנו ידינו על ממצאי בית המשפט המחוזי בעניין. לסיכום נוכחנו בגרסת ניקוי הישבנים, אשר לה משקל חמור כראיה מסבכת ואולי אף מפלילה. סופו של יום, לדידי נראה, כי קשה לתת אמון מלא בגרסתו של המערער. יחד עם זאת, איני חש בנוח עם תיאורו כאדם מניפולטיבי אשר כשחש שהחבל מתהדק על צווארו הסתבך עוד ועוד בשקריו. למרבה האירוניה ומבלי להתיימר לקבוע ממצא כלשהו בעניין, נראה לי כי דווקא התיאור שנתנה הפסיכולוגית פוריסמן למתלונן ושאוּמץ על ידי בית המשפט המחוזי, הולם את המערער לא פחות, בהיותו: "מרשים כ... בעל אינטליגנציה בינונית נמוכה, דל בתכנים, חיי חברה מצומצמים... הוא אינו מתוחכם וגם לא פנטזיונר". כך או אחרת, בגרעין עדותו והודעותיו של המערער חזרה תמיד תשובתו: לא פגעת, לא ביצעתי מעשי סדום, לא הכרתי. ויודגש, לא מן הנמנע כי במצב עניינים שכזה יורשע אדם, בהתאם לכלל הראיות אשר בפני בית המשפט. ברם, במקרה דנן כאשר בעדותו של המתלונן הוטל ספק, ואף יחד עם הראיות הנוספות עליהן עמדנו – עדיין אין בגרסתו של המערער בכדי להטות את כף מאזני הספק הסביר לחובתו ולהפוך את החזקה כי חף מפשע הוא. על נפקותו של ספק זה נעמוד כעת.

על הספק הסביר

71. במסגרת השינוי הנרחב שבוצע בחלק המקדמי והכללי לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח התשנ"ד (1481) – הועלה עלי כתב אחד מהעקרונות הבסיסיים בפלילים. וכך מפרט סעיף 34כב(א), באשר לנפקותו של ספק:

“לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.”

עקרון זה נהוג היה בפסיקה עוד טרם לחקיקתו, ואף הופיע בערעור הפלילי הראשון שנדון בבית משפט זה (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5 (1948)). הדברים קיבלו משנה תוקף ופורשו בפרשת דמיאניוק, שם נקבע:

“במשפט פלילי נדרשת מן התביעה מידת הוכחה כדי שכנועו של בית המשפט מעבר לכל ספק סביר... המשמעויות של הרשעה בדין פלילי הן, בדרך כלל, חמורות יותר מן הזכייה או ההפסד בהתדיינות אזרחית. לכן נקבעו במשפט הפלילי קריטריונים ייחודיים ומחמירים בענין חובת ההוכחה ומידתה. אין הרשעה בדין אלא אם כן הוסרו כל הספקות סבירים...”

...אמת המידה, אשר על פיה אין הרשעה אלא אם כן יש ראיות לאשמה שמידתן מעבר לכל ספק סביר, היא אבן היסוד של המשפט הפלילי ודרכי הפעלתו” (שם, בעמ' 644-645).

...אמת המידה, אשר על פיה אין הרשעה אלא אם כן יש ראיות לאשמה שמידתן מעבר לכל ספק סביר, היא אבן היסוד של המשפט הפלילי ודרכי הפעלתו” (שם, בעמ' 652).

בהמשך, עמד בית המשפט על משמעות המונח, ועל הדרך בה יש לצקת תוכן לתוך מושג זה, בעת בחינת הראיות:

“בעת מיון הראיות לצורך בחינת השאלה אם נתקיימה המידה הדרושה של ודאות, פועל בית המשפט בהכרח על-פי הערכה סובייקטיבית... יחד עם זאת, יש לשאוף לשילובה של אמת מידה אובייקטיבית לתוך ההערכה האמורה. זו תציב לה תחומים ותסייע ביצירת אמצעי סינון שיוסיפו יסוד אובייקטיבי המושתת על אדני הסבירות.

לשון אחר, בעת ההערכה של חומר הראיות, על בית המשפט לשאוף ליישומו של מבחן הבנוי על ההסבר הסביר. במה דברים אמורים: המבחן מורכב משני יסודות – ‘ספק’ ו‘סביר’. שם התואר שניתוסף לשם העצם ‘ספק’ אינו בגדר סרח עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולהקנות לספק תכונה מוגדרת. קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הראציונאליות

המקובלות עלינו. בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית...

...ספק לבדו אינו מספיק, אלא רק ספק שיש לו אחיזה בחומר הראיות... מבחן הספק הסביר הוא אפוא מבחן השכל הישר וניסיון החיים".

(שם, בעמ' 652-653; וראו גם: וקנין, פסקה 48).

זו היתה רוח הדברים, וניתן להבין את הטוענים כי הוספת סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, היתה בסך הכל דקלרטיבית באופיה (ראו: י' רבין, י' ואקי, דיני עונשין-645 644 (2008), וראו גם את כלל הדיון שעורכים המחברים בפרק 18, באשר לנפקותו של ספק; ע"פ 4675/97 רחוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 375 (1999); לעיון נוסף ולהרחבה באשר למהותו ולמידתו של הספק הסביר, ראו גם: מ' לינדנשטראוס, על הספק הסביר: סוגיות נבחרות, 36-54 (מהדורה שניה-התשס"ט)). כך או אחרת, הפרשנות שניתנה לכלל עודנה שרירה וקיימת, ואף קיבלה משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אז הורם מעמדה הנורמטיבי של הדרישה לספק סביר משנפסק שמדובר ב"דרישה בעלת אופי חוקתי" (ראו: וקנין, בפסקה 43; ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (לא פורסם, 31.7.2008).

72. נוכח הכלל, ספק סביר המצדיק זיכוי הוא זה שעל פי מבחני השכל הישר, ההיגיון וניסיון החיים מעלה שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם. צידו השני של הכלל הוא שלא כל ספק, תיזה או סתירה שיש בהן להטיל ספקות מרוחקים ודמיוניים יהיו בגדר ספק סביר. עקרון הספק הסביר משלים בכך את חזקת החפות, המחייבת זיכוי נאשם מקום שלא הובאו ראיות מספיקות לאשמתו. מקום בו אין ספק סביר לאשמה, הוא מקום בו היה די במשקלן של הראיות המפלילות (ראו: עניין נימר, בפסקה 26; קדמי, בעמ' 1674-1681). על ידי הגבהת הרף הראייתי הנדרש להרשעה, בוחר המשפט להתמודד עם הסכנה האיומה של הרשעת שווא. שכן הרשעה כזו היא טעות הפוגעת בפרט כמו גם בכלל הציבור. הפרט, אשר הרשעת שווא עלולה לשלול ממנו את חירותו שלא כדין, את כבודו כאדם ואת שמו הטוב; והציבור – אשר אמונו בהגינות ההליך הפלילי ובמערכת המשפט בכלל, עלול להתערער. לפיכך, אומץ הכלל הנורמטיבי על פיו "מוטב לשחרר תשעים ותשעה אנשים שפשעו מאשר להרשיע חף מפשע אחד" (כדברי השופט עציוני בע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 757 (1978); וראו גם הערתו של השופט א' רובינשטיין, באשר למקורו של

הביטוי, בע"פ 1651/10 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.11.2008); והשוו: In re Winship, 397 U.S. 358 (1970). מכאן נגזרת עדיפות בשקלול, המנוגדת למקובל במשפט האזרחי, בין זכות ההגנה על החפות לבין אינטרס החברה להתגונן מפני עבריינים, כאשר מתקיים ספק סביר לאשמה (ראו: בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בפסקה 7 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 4.10.2006)). לא נשלים סקירה קצרה זו, מבלי להתייחס לאפשרות לזכות נאשם, גם כאשר לכאורה הורם הנטל בידי התביעה, והוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר. המדובר במקרים, בהם השופט היושב לדין, בוחר לזכות את הנאשם לאור שיקולים מוסריים-מצפוניים המנחים אותו, ולאור העדיפות לזיכוי אשם על הרשעת חייב עליה עמדנו לעיל (ובלשונו הציורית של השופט מ' חשין: "אפשר שקול קטן וחרישי – קול המוסר – יעלה בו בשופט ממצפוננו ויאמר לו: אחרי כל אלה 'זה לא זה'. אפשר שקול זה פירושו לא יהיה אלא ספק סביר 'ראציונאלי'. אפשר גם אחרת. בין כך ובין אחרת, שופט לא יוכל להתעלם ממצפוננו – אסור לו שיחמוק ממנו – ועל-פי צו לבו יעשה. ובית-משפט שלערעור אף הוא יחליט – בדרכו שלו – כך או אחרת" (ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 43, 125 (1995))).

73. במקרה דנן, שומה עלינו להטיל לקדרה אחת את התהיות שהועלו מגרסת המערער, יחד עם איסוף כלל ראיות המשיבה וזיקוק משקלן המכריע. ההכרעה בשאלה האם תהיות אלו עולות כדי ספק סביר, תושפע, בין היתר, ממידת הקשר שלהן לגרעין המהותי עליו נסב האירוע, נושא האישום. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בעניין נימך:

"כאשר התמיהות מקרינות על עצם מעורבות הנאשם באירוע העברייני המיוחס לו, משקלן עשוי לעלות כדי ספק סביר באשמה. לעומת זאת, כאשר התמיהות מצויות בשולי האירוע העברייני, ואינן מהותיות לו, הרי גם כאשר הן נותרות ללא מענה, לא בהכרח ישפיע הדבר על רמת הוודאות של הגרסה המפלילה האמינה. הציפייה כי במורכבות החיים ובמורכבות נפש האדם כל פרט בפסיפס הנתונים הקשורים באירוע ובמעורבים בו יהיה שקוף, צלול ובהיר במלואו לעולם אינה מתגשמת. יש, איפוא, לשקלל בזהירות את משקלן של התמיהות הנותרות, ולבחון האם יש בהן כדי להעלות ספק סביר, או שמא הן מצויות בשוליו של האירוע העברייני, ואינן מטילות ספק בגרעין המהותי המפליל המצוי בתשתית הראייתית שניתן בה אמון. Newman, "Beyond Reasonable Doubt", 68 N.Y.U. L. Rev. 979 (1993) 996; McCormick, On Evidence (4th Ed., Vol. 2, 1992) 446-447 (שם, בפסקה 27).

וראו גם: א' ברק, הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד, והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני), מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5.

74. ומן הכלל אל הפרט – מניתוח כלל הראיות שהעמידה התביעה, ובהן: עדות הורי המתלונן והפסיכולוגים המטפלים, עדותה של אפרת, עדותו של המתלונן, ומעל הכל, שקריו של המערער בנושאים מהותיים ופחותים – אין בהם לדעתי בכדי להרים את נטל ההוכחה הדרוש במשפט פלילי. אמת, חלקן של התמיהות עמן נותרנו אינן "בשוליו של האירוע העברייני", אך מאידך, אין הן בעלות עצמה מספקת להרשעתו של המערער על בסיסן בלבד. במקרה דנן, הציגה ההגנה אפשרות סבירה, אשר הסתברותה סובסטאנטיבית ולא אפסית לקיומה של אפשרות חלופית לאפשרות המרשיעה (ראו: ע"פ 1003/92 רטלאן נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (לא פורסם, 23.1.1997)). אפשרות זו, לה התייחסנו כ"טענת העלילה", ובמסגרתה לא הסגנו את החשש כי המתלונן בדה את הדברים מליבו על מנת להשתחרר משירות קרבי בצה"ל, קרמה עור וגידים באמצעות ראיות ההגנה. אין זו ספקולציה והשערה גרידא, אלא ספק ממשי, המתחזק ביתר שאת, נוכח הדמיון הרב שבין המעשים המיוחסים למערער, לבין אלו שמהם זוכה שניידר בפסק דין חלוט. וזאת יש להדגיש, אין ולא היה בזיכוריו של שניידר בכדי להביא אוטומטית לזיכוריו של המערער. ברם, זיכור זה, שכבר הביא בין היתר למשפטו החוזר של המערער, יש בו משקל לא מבוטל בשעה בה מנסה בית המשפט לגבש תמונה אחידה וקוהרנטית על שהתרחש בין כתלי המועדון בתחילת שנות התשעים. סופו של דבר, ספק נמצא וסבירותו איתנה, משכך לא הרימה התביעה את הנטל להרשעת המערער בדין. על אף הספקות עמם נשאר גם כשינעל דיון זה, מעדיף אני לזכות כאן את המערער, ולהיזהר מכל משמר מהרשעת הזכאי.

משכך הם פני הדברים, ברי כי אין לנו צורך לדון בערעור כנגד החלטת הביניים של בית המשפט המחוזי שלא להתיר למערער להביא ראיות נוספות הנוגעות למצבו הקוגניטיבי.

100 דבר

75. המערער, ארנלדו לזרובסקי, כבר אינו אדם צעיר וסובל מבעיות בריאותיות קשות. כבר למעלה מעשור מהווה פרשה זו, למרבה הצער, הציר סביבו נסובים חייו. משסיים המערער לרצות את עונש מאסרו, גייס את שארית כוחותיו כדי להיאבק על טיהור שמו הטוב והסרת הרבב שדבק בו עם הרשעתו. את חירותו של המערער לא נוכל

להשיב ועל כך אני מצר. ברם, אולי יהא משהו בפסק דין זה בכדי להשיב לו את שמו הטוב חזרה ולהעניק לו נחמה פורתא.

76. נוכח האמור, אם תשמע דעתי, אציע לחבריי לקבל את הערעור, ולזכות את המערער מחמת הספק.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. אני מסכים לחוות דעתו של חברי כב' השופט ס' ג'ובראן על נימוקיה. מחמת חשיבות העניין, מצאתי לנכון להוסיף הערות מספר ביחס לעקרון הספק הסביר.

אכן, אף דעתי היא כי עיקרון הספק הסביר זוכה למעמד חוקתי בשיטת משפטנו מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תוצאה זו נגזרת מכך שהמשפט הפלילי אינו יוצר חיוב או מצביע על חייב, אלא מכתים את הנאשם העומד לדין ומקנה היתר להענישו. הפגיעה נוגעת בליבת כבוד האדם וחירותו וככזו מחייבת הוכחה מוגברת בדבר אשמתו של הנאשם. הספק הסביר אינו כלל נוסף בדיני הראיות, אלא עניין ערכי ומהותי. במשפט העברי, ציווי השמירה על הכלל בדבר מניעת הרשעת החף קיבל מקום מרכזי בבמת המשפט בדמות מצוות לא תעשה על פי דין תורה – "צדיק ונקי אל תהרוג" (ספר שמות, פרק כ"ג פסוק ז'). כך – מי שאינו אשם מוחזק כצדיק ונקי ביחס לאשמה הנוכחית המיוחסת לו, אף אם במקרים קודמים או עתידיים הינו בגדר אשם. באנגליה משול הספק הסביר לחוט הזהב של המשפט הפלילי. על השופט להכיר את עדינותו של החוט האמור, לדעת כיצד לתפור באמצעותו את הכרעת הדין במקרה המתאים ולהיות מודע למשקלו המיוחד. כפי שעולה מהתלמוד: "תנו רבנן: מנין ליוצא מבית דין חייב? ואמר אחד יש לי ללמד עליו זכות – מנין שמחזירין אותו. תלמוד לומר: נקי אל תהרוג" (מסכת סנהדרין, דף ל"ג עמוד ב'). על פי הדוגמא, אם המשפט הסתיים בחיובו של נאשם, אך אדם אחד טוען כי קיים טיעון שיכול להיטיב עם הנאשם – על בית הדין

לשוב ולדון בטענה. יתרה מכך, "מחזירין אותו, אפילו ארבע וחמש פעמים ובלבד שיש ממש בדבריו" (מסכת סנהדרין, פרק ו' משנה א'). זאת, אפילו אם הטוען הינו הנאשם עצמו. נלמד, אפוא, כי ככל שהעיקרון המשפטי נשגב יותר, כך יש לשים דגש על דרכי יישומו ולא על אמרות נוצצות בלבד. ברוח זו, ועל מנת להעניק תוכן והכוונה ביישום עקרון הספק הסביר על המקרה הקונקרטי, יהא זה מועיל לפנות למשפט המשווה.

2. מרכזיותו של עיקרון הספק הסביר במשפט הפלילי מחדדת את הצורך בהגדרתו. ברם, רב הקושי. ישנן שיטות הגורסות כי רב הנזק על התועלת בניסיון להגדיר את המונח. למשל, בית המשפט העליון האוסטרלי דחה כל ניסיון להגדיר את הספק הסביר, תוך קביעה שהמילים והעקרונות הרלוונטיים אינם ניתנים להגדרה מילולית מדויקת ושנכון יהא להותיר את מלאכת הפרשנות בידי חבר המושבעים (וראו: Jeremy Gans, "Whom Do You Believe?": Criminal Appeals, Conflicting Testimony and the Burden of Proof, 22 SYDNEY L. REV. 220, 223 (2000); *Green v. R* (1971) 126 CLR 28-32). בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין ויקטור, ציינה השופטת O'Connor שהחוקה אינה אוסרת על בתי המשפט ליצור הגדרה מילולית לעקרון הספק הסביר, אך גם אינה מטילה חובה לעשות כן (*Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 5 (1994)). להלן: "עניין ויקטור". עם זאת, ברי כי ברמה מסוימת יש ליצוק תוכן למונח האמור. חשיבותו אינה מאפשרת להשאירו כעלה נידף ברוח. כדברי Lord Justice Lawton, מתן הוראות מתאימות לחבר המושבעים ביחס לספק הסביר היווה בסיס לקבלת ערעור במקרים רבים (ראו *Regina v. Ching*, 63 Crim. App. 7, 10 (Eng. 1976)). מדאיגה יותר לדעתי האפשרות של מתן הכרעת דין בלתי נכונה בשל אי הבהרת המונח עבור הגורם המכריע את הדין.

השיטות שהובאו מטילות את ההכרעה גם על חבר המושבעים, בניגוד לשיטת משפטנו. ברם, דווקא בעטיו של הצורך להנחות את חבר המושבעים בדבר אמת המידה להרשעת נאשמים, ישנה חשיבות לכללי היישום שהתפתחו. לטעמי, נכון לזכור כי הספק הסביר מנוגד לספק שאינו סביר. דהיינו, לא די בכל ספק ולא די בספק שהוא דחוק, תיאורטי או מלאכותי. מהצד האחר, אין להעלות את רף ההוכחה. בהקשר זה יודגש כי בית המשפט העליון בארה"ב ביטל הוראה שניתנה לחבר המושבעים, לפיה על הספק להיות "Substantial". נקבע כי בחינת הרשעת הנאשם על פי "Substantial Doubt" אינה חוקתית. הטעם בדבר:

"It is plain to us that the word(s) "substantial" and ... as they are commonly understood, suggest a

higher degree of doubt than is required for acquittal under the reasonable doubt standard”.

(ראו *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990))

בעניין ויקטור לעיל, הבהיר בית המשפט העליון שהמונח “Substantial” הינו בעייתי ומאופיין בתכונה של “מידה רבה”. אכן, אין למתוח את הספק הסביר מעבר למידותיו הראויות. זאת, כדי לעמוד על חוקתיותו של עקרון ההוכחה.

סבורני, אפוא, כי אין להגדיר את הספק הסביר כ”ספק סובסטנטיבי”. מודע אני לכך שבית משפט זה השתמש בהגדרה זו בתיקים שונים (ראו ע”פ 409/89 מדינת ישראל נ’ אמיל רוימי פ”ד מד(3), 465; ע”פ 3974/92 מוריס אזולאי נ’ מדינת ישראל פ”ד מז(2), 565; ע”פ 6295/05 אלי וקנין נ’ מדינת ישראל תק-על 2007(1) 914 (להלן: “עניין וקנין”). עם זאת, בל נשכח כי המונח “סובסטנטיבי” מקורו במילה לועזית שהגדרתה:

“Having a firm or solid basis; important; substantial”.

(THE CONCISE OXFORD DICTIONARY OF CURRENT ENGLISH (Della Thompson ed., 9th ed. 1995)).

מוכן אני להניח כי במקרים בהם מופיע המונח “הספק הסובסטנטיבי”, נבחנת בפועל אשמתו של הנאשם לפי סטנדרט הספק הסביר. אולם, נראה לי כי בראייה עתידית, מוטב שהמונח “ספק סובסטנטיבי” לא ייקלט בשיטתנו, שכן יש בו להטעות. ברי בעיני כי הספק הסובסטנטיבי הינו ספק חזק יותר לעומת הספק הסביר. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992, כמו גם סעיף 34 כב שהוסף בשנת 1994 לחוק העונשין התשל”ז, 1977, לפיו “לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר”. להשקפתי, אם מקובל שדיני הקניין וסדרי הדין האזרחיים עוברים תהליך של קונסטרוקציונליזציה מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, קל וחומר שזהו המצב במשפט הפלילי בכלל ובמרכז הכובד של הכרעת האשמה – הוא עקרון הספק הסביר – בפרט.

3. הערה נוספת מתייחסת לדרישה כי על הספק הסביר להיות הגיוני (ראו למשל בעניין וקנין שהובא לעיל). בפסיקה ובספרות מתייצבת לעיתים גם המילה “רציונאלי”

לימינו של הספק הסביר (וראו למשל ע"פ 107/08 נאפו מחמד עבד אלמהדי ע"ת נ' מדינת ישראל תק-על (2010)(1), 2681). סבורני, כי אף שיש לייחד מקום להיגיון ולרציונאליות בתוך סבירותו של הספק, יש לעשות כן באופן ראוי. אבהיר עמדתי.

שיטתנו, כאמור, מאופיינת בכך שהכרעת הדין ניתנת על ידי הגורם המקצועי – הוא השופט. יתרון אחד של שיטה זו, לעומת שיטות אחרות, נעוץ בכך שהכרעת הדין חייבת להיות מנומקת (ראו ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). בהצהרה על התוצאה לבדה, תהא היא לזיכוי או להרשעה, לא סגי. Reasonable doubt must have its reasons. בכך, דומה שיטתנו לשיטת המשפט הגרמני המציבה דרישה כי השופט יכתוב הכרעת דין ממצה, המסבירה בפרוטרוט את דרך שקילת הראיות והעובדות אשר נמצאו כמהימנות (ראו Richard S. Frase & Thomas Weigand, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, 18 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 317, 344 (1995)). אף את הספק הסביר יש להסביר.

עם זאת, התהליך אינו אובייקטיבי גרידא. לא זו הכוונה בדרישה להיגיון ולרציונאליות במסגרת הספק הסביר. למשל, מובן כי בית המשפט לא יכריע את הדין תוך "ספירת קולות" של עדי הצדדים או טיעוניהם. הכרעת הדין בפלילים אינה בגדר פתרון לחידה מתמטית. המשפט משאיר שטח סובייקטיבי להתרשמותו של השופט מהראיות שהונחו לפניו. אשמתו של נאשם לא תוכרע בהכרח בהתבסס על בחירת הגרסה ה"הגיונית" או ה"רציונאלית" יותר בין העמדות המתחרות. גרסה עובדתית שאינה סבירה יכולה לעורר ספק סביר. הבדיקה תלוית מקרה. לדוגמא, גם אם לצד התביעה עדים רבים עם חיזוקים שונים, עומדת בפני בית המשפט האפשרות להורות על זיכוי של הנאשם, בשל התרשמותו החיובית ממנו או מאחד מעדי ההגנה. סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ה-1971, אשר כותרתו "משקלה של עדות", מציין:

"ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט".

הנה כי כן, המדובר במלאכת מחשבת של בשר ודם ולא במלאכת מחשב. עסקינן בתוצאה שלא ניתן לחזותה מראש – לשם כך מתנהל המשפט. הגורם האנושי במשפט – עדים המוסרים גרסאות עובדתיות שונות וסותרות – משליך על הרכיב האנושי בשיפוט. עם זאת, יודגש כי הכרעת הדין חייבת להיות הגיונית ובעלת כושר

שכנוע. האמת תיאמר, תהליך זה של כתיבה והצגת העמדה הסופית כלפי חוץ בשפה רציונאלית אף מסייע לשופט להכריע. נאמן לשיטה, על השופט לעשות מאמץ לנמק את מסקנתו ולהתייחס לעיקר טענות הצדדים ולסלע המחלוקת המפריד ביניהם. ברצוני להדגיש שכשם שפסק דין מרשיע בפלילים עשוי להיות תולדה של התרשמות אישית במובן הרחב, כך הוא המצב גם בפסק דין מזכה. באחרון, מן הראוי שהדבר יהא נכון ביתר שאת, בשל עקרון הספק הסביר.

לסיום, יפה בעיני הגישה הבאה: האם לאחר שמיעת המשפט, לרבות סיכומי הצדדים ושקילת מכלול הראיות בניסיון להגיע להכרעה ולקבוע ממצאים עובדתיים – עדיין קיימת סבירות, אף אם אינה גבוהה, כי הנאשם חף מפשע? האם הספק המקונן בי (בשופט השומע את התיק) סביר? ודוק, "סביר" – לא פחות מכך, אך גם לא יותר. בל נשכח, וליתר דיוק אין לשכוח, כי הספק הסביר נועד למקרה בו לאחר סיום הליך שמיעת הראיות ותהליך קביעת העובדות – המסקנה אינה ברורה. אף אם נוטות המאזניים לכיוון האשמה – לא די בכך במשפט הפלילי. ההיפך הוא הנכון. די בכך כדי לזכות אך לא להרשיע.

4. ומהכלל בחזרה אל הפרט. דעתי היא כי הנימוקים המקיפים של חברי השופט ס' ג'ובראן, מבססים היטב ובאופן ברור קיומו של ספק סביר במקרה זה על פי הראיות שהוגשו.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, י"ח בכסלו התשע"א (25.11.2010).

שופט

שופט

שופט