



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4584/10

ע"א 4699/10

בפני: כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט י' עמית

המערער בע"א 4584/10  
והמשיבה בע"א 4699/10:

מדינת ישראל

נ ג ד

רגב שובר

המשיב בע"א 4584/10  
והמערער בע"א 4699/10:

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-  
יפו בתיק 1173/06 שניתן ביום 2.5.2010 על ידי כבוד  
השופטת ד' גנות

תאריך הישיבה: כ' באלול התשע"א (19.09.11)

בשם המערער בע"א 4584/10  
והמשיבה בע"א 4699/10:  
עו"ד נעמי זמרת

בשם המשיב בע"א 4584/10  
והמערער בע"א 4699/10:  
עו"ד איתן ענבר

### פסק-דין

השופט י' עמית:

שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת ד' גנות), בגדרו נתקבלה תביעה נגד המדינה בגין התרשלותה בחקירת פרשיית תקיפה מינית של קטינה ונפסק לתובע פיצוי בסכום של כ-1.8 מליון ₪ (בצירוף שכר טרחת עו"ד והוצאות). המערער בע"א 4584/10 היא מדינת ישראל (להלן: המדינה), אשר מערערת על עצם חיובה בנזיקין ולחלופין על גובה הנזק שנפסק לזכות התובע-המשיב והמערער בע"א 4699/10, הוא התובע דלמטה (להלן ולשם הנוחות: המשיב), המליץ מצדו על מיעוט הפיצוי שנפסק לזכותו.

רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים

1. הרקע לערעורים שלפנינו מצוי בפרשיית תקיפה מינית של ילדה כבת 11 (להלן: הקטינה) שהתרחשה בערבו של יום ה-18.4.99. האירוע התרחש שעה שהקטינה

פסעה ברחוב בסביבות השעה 20:00 בדרכה לביתה מבית חברתה, עת ניגש אליה אדם זר, סתם את פיה וגרר אותה לחצר בניין, שם ביצע בה את זממו. אחסוך לקורא את הפרטים הקשים, ואומר בתמצית כי התוקף הכריח תחילה את הקטינה לבצע בו מין אוראלי, לאחר מכן השכיב אותה על בטנה וביצע בה מעשה סדום. משך האירוע, הורה התוקף לקטינה לעצום את עיניה.

בחקירתה במשטרה מסרה הקטינה פרטים מזהים של התוקף, לרבות גובהו, מבנה גופו, שעירותו, בגדיו, הכובע שחבש ומשקפי השמש שהרכיב בעת ביצוע העבירה למרות שהיה מדובר בשעת ערב מאוחרת.

2. ביום 16.7.99, כשלושה חודשים לאחר האירוע, הבחין אביה של הקטינה בסופרמרקט הסמוך למקום מגוריהם באדם אשר נראה לו דומה לקלסטרוננו של התוקף כפי שהורכב על פי תיאור הקטינה. אביה של הקטינה קרא לבתו, וכשזו חלפה ליד החשוד – הוא המשיב דכאן – פרצה בבכי, אמרה שזה אולי הוא, והאב נאלץ להחזירה הביתה עקב מצבה הנפשי הקשה.

מיד לאחר שהחזיר את בתו הביתה, שב האב לסופרמרקט, עקב אחרי המשיב, ולהפתעתו הלה נכנס בדיוק לאותו בניין שבחצרו בוצעה העבירה. האב מיהר להתקשר למשטרה, שעצרה את המשיב בו ביום בחשד לביצוע מעשים מגונים ומעשה סדום.

3. למחרת הובא המשיב לבית משפט השלום להארכת מעצרו, ובהסכמת הצדדים הוארך המעצר עד ליום 20.7.99 (החלטת כב' השופטת ד' רייך-שפירא) (להלן: הארכת המעצר הראשונה). ביום 20.7.99 הובא המשיב לבית המשפט בשנית, ומעצרו הוארך בשבעה ימים נוספים (החלטת כב' השופטת א' טלמור), תוך שבית המשפט מתייחס לפעולות החקירה שנותרו למשטרה לבצע בעוד המשיב נתון במעצר (להלן: הארכת המעצר השנייה).

ביום 22.7.99 הגיש המשיב ערר לבית המשפט המחוזי על החלטת כב' השופטת טלמור. בית המשפט (כב' השופטת ע' קפלן-גלר) הורה למדינה לזרז את הטיפול בבדיקות המז"פ, וקיבל את הערר באופן חלקי, במובן זה שמעצרו של המשיב הוארך עד ליום 26.7.99 בשעה 10:00, אלא אם תינתן החלטה אחרת על ידי שופט תורן אליו יובא המשיב.

4. ביום 25.7.99 הגישה נציגת המדינה הצהרת תובע לפי סעיף 17(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), ולפיה בכוונת המדינה להגיש כתב אישום נגד המשיב ולבקש את מעצרו עד תום ההליכים נגדו.

למחרת היום התקיים דיון בבית משפט השלום, בסופו הורה בית המשפט (כב' השופט ה' גרובס) על הארכת מעצרו של המשיב בחמישה ימים נוספים (להלן: הארכת המעצר השלישית).

5. ביום 30.7.99 הוגש לבית המשפט המחוזי כתב אישום נגד המשיב, ובד בבד הוגשה בקשה למעצרו עד תום ההליכים. בדיון בבית המשפט ביקשה ב"כ המשיב דאז דחייה לצורך צילום התיק ולימוד החומר, ובהסכמתה הורה בית המשפט (כב' השופטת ר' משל (שהם)) על הארכת מעצרו של המשיב עד למתן החלטה אחרת.

ביום 10.8.99 התחדש הדיון בבקשה למעצר המשיב עד תום ההליכים, במהלכו טען בא כוח המשיב כי נעצר אדם נוסף המתאים לקלסטרון אשר הורכב על פי תיאור הקטינה. על רקע האמור, ולאור בקשת הסניגור כי יבוצע מסדר זיהוי, הורה בית המשפט (כב' השופטת ב' אופיר-תום) על דחיית הדיון ליום 15.8.99.

עם חידוש הדיון ביום 15.8.99 התברר כי המשטרה לא ערכה מסדר זיהוי. באת כוח המדינה טענה כי יש סימנים ממשיים המאבחנים בין המשיב לבין האדם הנוסף אשר נעצר, וכי בידי התביעה ראיות טובות הקושרות את המשיב לאירוע. בית המשפט נפנה אפוא לשמוע את טענות הצדדים בבקשה למעצר עד תום ההליכים, בציינו כי לאחר מכן יקבע את עמדתו לגבי נושא הזיהוי. בתום הדיון האריך בית המשפט את מעצרו של המשיב עד להחלטה אחרת.

בחלוף שלשה ימים, ביום 18.8.99, נתנה כב' השופטת אופיר-תום החלטה מקיפה, בה נעתרה לבקשת המדינה והורתה על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים (להלן: ההחלטה על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים).

6. על החלטת בית המשפט המחוזי לעצרו עד תום ההליכים הגיש המשיב ערר לבית המשפט העליון. במסגרת הערר העלה המשיב טענת אליבי חדשה בנוגע למיקומו בשעה בה בוצעה העבירה, ולפיה בדיוק באותה שעה שהה בביתו של תלמיד אותו הוא

חונך במסגרת פר"ח (פרוייקט חונכות), זאת בניגוד לטענתו הקודמת לפיה שהה בבית החניך עד השעה 19:30 בלבד. הצדדים ביקשו בהסכמה לדחות את מועד הדיון, על מנת לאפשר פעולות חקירה נוספות, לאור טענת האליבי החדשה של המשיב והגשתו של פלט שיחות ממכשיר טלפון סלולארי הרשום על שם אמו של המשיב, ואשר לטענת המשיב היה בהחזקתו באותה העת.

ואמנם, פעולות חקירה נוספות בוצעו. לאחריהן ביקש המשיב למחוק את הערר שהוגש לבית המשפט העליון, וביום 5.10.99 הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לעיון חוזר. ביום 10.10.99 פנה בא כוח המשיב לפרקליטות והציע חלופת מעצר, ולמחרת היום, בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי, הסכימו הצדדים על שחרורו של המשיב למעצר בית בתנאים מגבילים, ובית המשפט קיבל את הבקשה. סיכומו של דבר, שהמשיב היה עצור כמעט שלושה חודשים, החל מיום 16.7.1999 ועד ליום 11.10.1999.

ביום 26.1.2000, בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי, הודיעו באי כוח הצדדים לבית המשפט כי הגיעו להסכמה לפיה המשיב יחזור בו מכפירתו בעובדות שבכתב האישום והתביעה תבטל את כתב האישום. על רקע האמור, ובהתאם להוראת סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), הורה בית המשפט על ביטול כתב האישום.

זוהי, בקליפת אגוז, השתלשלות הליכי המעצר של המשיב, מיום מעצרו ועד ליום ביטול כתב האישום שהוגש נגדו. להחלטותיהם של בתי המשפט בשלבי הארכת המעצר של המשיב ועד למעצרו עד תום ההליכים, נשוב ביתר פירוט בהמשך הדברים.

ההליך לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין

7. ביום 8.2.2004, מעט למעלה מארבע שנים לאחר ביטולו של כתב האישום, הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בקשה לפיצוי בשל מעצרו ולתשלום הוצאות הגנתו לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). הדיון בבקשה התקיים ביום 27.12.2004, וביום 13.11.2005 נתן בית המשפט (כב' השופטים ס' רוטלוי, א' טל וע' סלומון צ'רניאק) את החלטתו (פ"ח (ת"א) 5155/99 שובר נ' מדינת ישראל).

8. בהחלטתו עמד בית המשפט המחוזי על מהותה של הזכות המעוגנת בסעיף 80(א) לחוק העונשין ובחן האם התקיימה אחת משתי עילות הפיצוי הקבועות בסעיף: "שלא היה יסוד לאשמה" או "נסיבות אחרות המצדיקות זאת". במסגרת בחינת העילה הראשונה, עמד בית המשפט בהרחבה על חומר הראיות-לכאורה שהצטבר בעניינו של המשיב והזכיר, בין היתר, את אמרותיו המפלילות, היעדר שיתוף הפעולה מצדו משלב מסוים ואילך, וטענת אליבי שלא הפריכה את החשדות נגדו. בית המשפט דחה את הטענה כי המשטרה ניסתה לטפול על המשיב האשמת שווא או שנמנעה מלבדוק כיווני חקירה נדרשים, וקבע כי אין בכשל הראייתי אשר נתגלה בדיעבד כדי ללמד על היעדר יסוד להאשמת המשיב.

מכאן פנה בית המשפט לבחון האם קיימות "נסיבות אחרות המצדיקות זאת". בית המשפט דחה את טענת המשיב לקיומה של זהות רעיונית בין ביטול כתב אישום (כבעניינו) לבין זיכוי מוחלט, בעמדו על ההבחנות הקיימות בין השניים להלכה ולמעשה. נקבע, כי מאחר שלא נשמעו ראיות בהליך העיקרי, ובהיעדר קביעה פוזיטיבית בדבר חפותו של המשיב, חובת הראיה המוטלת עליו קפדנית במיוחד.

בית המשפט הוסיף והתייחס בהרחבה לגופן של טענות המשיב. נקבע כי טענת האליבי נבדקה על ידי גורמי החקירה במהירות הראויה, בפרט בהתחשב בטענת האליבי הראשונה שהעלה המשיב ואשר הובילה את החוקרים לכיוון אחר; כי אופן ביצוע בדיקות איכון הטלפון הסלולארי ועיתויין לא פגעו במשיב באופן המצדיק את פיצויו; כי טענת המשיב – לפיה לא בוצעה השוואה בין תוצאת בדיקת ה-DNA שנערכה לו לבין החומר שנלקח מגופה של הקטינה – אינה נכונה, כמו גם טענתו כי המדינה הטעתה בהקשר זה את הערכאות השיפוטיות שדנו בעניינו; כי אין ממש בטענות המשיב לקיומה של "קונספציה חקירתית" ולהימנעותם של גורמי המשטרה מלחקור בכיוונים אחרים; כי למרות שבאחד המזכרים שהוגשו לבית המשפט היה פרט שאינו מדויק, אין לומר כי המניע לכך היה ניסיון לטפול על המשיב אשמת שווא, ומכל מקום, משקלם של הדברים היה מזערי, שהרי בבסיס החלטתו של בית המשפט עמד מכלול הראיות (החלקי) שהיה באותה העת בידי החוקרים, ולא אמירה זו או אחרת.

בהחלטתו מתח בית המשפט ביקורת על המשיב, על שחלק מטענותיו היו נטולות בסיס, ואף נטענו בעלמא מבלי להציג בפני בית המשפט את מלוא התמונה. אשר לטענותיו כי היה קרבן להתעללות מצד חוקרי המשטרה, נקבע כי לבד מאמרתו בפני המדובב כי הכו אותו ומתשובתו באחד מדיוני מעצרו כי אחד החוקרים בעט בו

מאחור, לא נמצא בחומר הראיות זכר לשורה ארוכה של מעשי אלימות להם טען המשיב, אשר אף לא טרח להגיש תצהיר מטעמו. בנוסף, המשיב לא הגיש כל תלונה נגד השוטרים, ובערר שהגיש על ההחלטה לעצרו עד תום ההליכים, התייחס לאמרות שנאמרו בפני המדובב ותו-לא. בית המשפט סיכם כי ניתן יהיה לעמוד על טענות המשיב עד תום רק במסגרת בירור עובדתי מקיף, בהליך נפרד, אותו רשאי המשיב ליזום.

לבסוף, בית המשפט ציין כי בקשתו של המשיב לוקה בשיהוי ניכר, באשר הוגשה כארבע שנים מיום ביטול כתב האישום, שיהוי אשר לא נמצא לו צידוק אמיתי. על רקע האמור, בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין נדחתה.

9. המשיב הגיש ערעור לבית משפט זה על החלטתו של בית המשפט המחוזי לדחות את בקשתו לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין. אלא שביני לביני, בחודש פברואר 2006, בטרם התקיים דיון בערעורו ובחלוף מעט למעלה משש שנים מביטול כתב האישום, הגיש המשיב תביעה בנזיקין נגד המדינה, היא התביעה מושא הערעור שלפנינו. על רקע האמור, דחה בית משפט זה את ערעורו של המשיב, בקבעו כי אין מקום לקיים שני הליכים מקבילים, ובהתחשב בכך שהעניין שבערעור יתברר במלואו בגדרו של התיק האזרחי (ע"פ 11372/05 שובר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, מדינת ישראל (לא פורסם, 10.5.2007)). בקשת המשיב לקיים דיון נוסף נדחתה אף היא (דנ"פ 5328/07 שובר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.9.2007)).

מכאן עברה הזירה לתביעת הנזיקין שהוגשה על ידי המשיב, מושא הערעורים שבפנינו.

עיקרי פסק דינו של בית משפט קמא

10. לאחר שסקר את המעטפת הנורמטיבית של עוולת הרשלנות, הגדיר בית משפט קמא את הפרמטרים לאורם יש לבחון את תביעתו של המשיב כלהלן:

- א. התנהלות המשטרה והפרקליטות במהלך החקירה ומול בתי המשפט.
- ב. בחינת שאלת מעצרו של התובע, ומשך המעצר.

בנקודה זו הקדים בית המשפט וקבע כי יש להסיק כי שאלת הנזק והקשר הסיבתי אינן שנויות במחלוקת בין הצדדים, מאחר שהתובע לא נחקר לגביהן. מכאן פנה בית משפט קמא לדון לגופן של טענות המשיב לפיהן המשטרה והפרקליטות פעלו ברשלנות ובמזיד, ואביא את הדברים בתמצית:

א. זיהוי המשיב על ידי הקטינה – בית המשפט קבע כי מחומר החקירה עולה שהקטינה מעולם לא זיהתה את המשיב כמי שפגע בה, וזאת בניגוד לאופן בו הציגה משטרת ישראל את הדברים בפני בתי המשפט. נקבע כי "מדברי הילדה לא עולה בשום פנים ואופן, כי היא פרצה בבכי משום שזיהתה את אותו אדם כמי שעולל לה את המעשה הנורא, אלא בכייה נבע מהסיטואציה בה התבקשה לנסות ולזהות את אותו אדם כמי שביצע בה את אתם מעשים נוראיים" (סעיף 11 לפסק הדין).

ב. תיאורו של החשוד ופרטי לבושו – הקטינה מסרה בחקירתה על ידי חוקרת הילדים, כי התוקף חבש כובע קסקט צהוב והרכיב משקפי שמש, ואבי הקטינה מסר בהודעתו כי בתו אמרה לו שהתוקף הרכיב משקפי שמש עגולים וכי היו לו כפפות.

נקבע כי הגם שאף לא אחד מהמוצגים שנתפסו בבית המשיב תואמים את פרטי הלבוש אותם תיארה הקטינה, טענה המשטרה בדיון להארכת המעצר הראשונה של המשיב וברו"ח סודי שהוגש לבית המשפט בדיון להארכת מעצרו השניה של המשיב, כי נמצאו זוג כפפות שחורות מצמר ומשקפי שמש וכובע מצחייה העונים לתיאור. בית משפט קמא ראה בכך "שיבוש הליכים והטעיית בית המשפט" (סעיף 12 לפסק הדין).

בהתייחס לקיומן או העדרן של שערות באוזניו של התוקף, ציין בית המשפט כי מן הסתם הקטינה לא יכולה הייתה לראות האם יש שיער באוזניו של המשיב, מה עוד שלא הוכח כי אוזניו אכן שעירות. בחקירתה הקטינה לא תיארה שיער באוזניו, והדבר עלה רק בשלב ציור קלסטרוננו של החשוד, עליו נרשם "שיער שחור באוזניים" מבלי שמאייר הקלסטרון נחקר בנושא. בית המשפט העיר כי אי רישום זיכרון דברים בנוגע לדברי הקטינה בהקשר זה מהווה מחדל חקירתי, מה עוד שבימי המעצר הראשונים סירב המשיב להצטלם, כך שהשאלה האם היו לו שערות באוזניו אם לאו הייתה ברמה של שמועה בלבד.

ג. טענת האליבי – המשיב אמנם לא העלה טענת אליבי במהלך חקירתו ביום מעצרו. עם זאת, בחקירתו מיום 18.7.99 השיב כי אינו זוכר היכן היה בשעות הערב של יום התקיפה, אך ציין כי אפשר לבדוק זאת ביומנו, וכי אולי התנדב בפר"ח באותו יום.

בית המשפט מתח ביקורת על כך שהמשטרה לא הוציאה צו לתפיסת היומן, ועל התעלמותה מראיות אשר עשויות היו להיזקף לזכותו של המשיב, מה שמצביע על קיבעון מחשבתי של החוקרים כי המשיב הוא התוקף, תוך התעלמות מהאפשרות כי טעות בידיהם.

ד. פלטי השיחות – נקבע כי הימנעות המשטרה מלבקש את פלטי הטלפון הנייד בו עשה המשיב שימוש לטענתו, והתעלמותה מפלט שיחות מכשיר הבזק שבביתו, עולות כדי מחדל חקירתי וכי "בהחלט יש מקום לסברה, שהשוטרים נמנעו מביצוע חקירות מתחייבות, בשל אמונם הבלתי מסוייג ובטחונם המלא בכך שהתובע הוא האנס המבוקש". בית המשפט מתח ביקורת גם על גורמי הפרקליטות אשר "התפתו להסתמך על חלקי אמיתות וחלקי עדויות כדי לבסס הגשת כתב אישום" (סעיף 15 לפסק הדין).

ה. התנהלות המשטרה – בית המשפט עמד על התנהלותם הבלתי תקינה של החוקרים שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בנקודות הבאות:

- (-) הטעיית בית המשפט כביכול המשיב מתלבט אם להודות;
- (-) רישום שגוי בזכ"ד לפיו המשיב אמר בפני המדובר כי קשה לו להיפתח עם מבוגרים אך הוא נפתח עם ילדים קטנים ונמשך אליהם, בעוד שמתמליל הדיבוב עולה שכלל לא נאמרו המילים נמשך לילדים קטנים;
- (-) טענת החוקרים כי בחדרו של המשיב נתפס חומר פורנוגרפי, תפיסה אשר לא הוכחה מעולם;
- (-) נזק ראייתי המתבטא בחוסרים בחומר הראיות אשר אמורים היו להיות בתיק המשטרה ובתיק הפרקליטות;
- (-) הפעלת לחץ פסול על המשיב על ידי הצגת דו"ח מעבדה כוזב כביכול ה-DNA של המשיב נמצא על הקטינה, ואי שינוי כיוון חקירה למרות שהמשיב דבק בהכחשותיו על אף הדו"ח המפוברק;
- (-) מזכר בו נכתב כי ילדה, שהמשיב שימש לה כשמרטף, סיפרה כי המשיב "הראה לה את הבולבול", בעוד שלאמיתו של דבר אמה של אותה ילדה סיפרה שבתה אמרה לה



שראתה את איבר מינו של המשיב בתצלום מאלבום התמונות המשפחתי בו נראה המשיב בהיותו תינוק; (-) אילוץ המשיב לאונן מול עיני החוקרים כדי לראות אם הוא שופך זרע אם לאו (אציין כי קביעה עובדתית זו של בית המשפט התבססה על כך שהמשיב לא נחקר נגדית על טענה זו).

בית המשפט מתח ביקורת על התיימרות החוקרים להבין את נפש האדם ולפרש את התנהגותו של המשיב כמפלילה, רק בשל כך שלא התקומם נגד האישומים שהוטחו בו והחזיק את ראשו בשתי ידיו כלפי מטה.

11. סיכומו של דבר, שבית המשפט הגיע למסקנה כי לא היה מארג של ראיות ממנו עולה שהמשיב היה מעורב במיוחס לו; כי המשיב "סומן כמטרה" כבר מרגע מעצרו והמטרה פעלה כדי להצדיק את תחושתה בדבר אשמתו; וכי אף הפרקליטות לא עשתה את עבודתה נאמנה, מאחר שסמכה על דברי המשטרה מבלי לבדקם לעומק.

נקבע כי קרוב לוודאי שאילו הייתה המשטרה מציגה את היומן בפני המשיב בסמוך למעצרו – הוא היה נזכר בפעולותיו באותו יום; וכי קרוב לוודאי שהצלבת נתוני פלטי שיחות הטלפון הסלולארי וקו הבזק בביתו של המשיב לצד בקשת איכון – היו מבהירות שהמשיב לא היה במקום התרחשות העבירה בשעת ביצועה.

על רקע האמור, נקבע כי מעצרו הממושך של המשיב נבע מ"מסך הראיות השקרי" פרי המידע השגוי אשר הוצג לבתי המשפט באופן שניתן היה להסיק ממנו שקיימות ראיות להרשעת המשיב, וכי התנהלות המשטרה, לרבות השפלתו של המשיב שאולץ לאונן בפני חוקריו, נעשתה בכוונה תחילה מתוך רצון לחלץ ממנו הודאה. כן נדחתה טענת המדינה לאשם תורם של המשיב בשל אי שיתוף פעולה מצדו עם החוקרים.

12. לאחר הדברים האלה, פנה בית המשפט לדון במישור הנזק. נקבע כי מאחר שהמדינה נמנעה מלחקור את המשיב בשאלת הנזק, יש לראות את הנזק הנטען על ידו כלא שנוי במחלוקת.

לנוכח פערים בין חוות דעתם של המומחים מטעם הצדדים, בית המשפט אימץ את מסקנותיו של המומחה בתחום הנפשי אשר מונה מטעם בית המשפט. המומחה קבע

כי המשיב סבל אף לפני המקרה מהפרעת אישיות חרדתית-תלותית, שלא הגיעה לכדי נכות ממשית, אך בעקבות מעצרו על כל הכרוך בכך, עומדת נכותו הצמיתה של המשיב על 10%.

בית המשפט פסק למשיב סך של 690,256 ₪ בגין אובדן השתכרות לעבר ולעתיד, עזרת צד ג' והוצאות לעבר ולעתיד. בנוסף, נפסק למשיב פיצוי בגין כאב וסבל, עוגמת נפש ואובדן הנאות חיים בסך של 1.1 מיליון ₪, כך שבסיכומו של דבר נפסק לזכות המשיב פיצוי בסך 1,790,525 ₪, בתוספת שכר טרחת עורך-דין בשיעור של 20% בצירוף מ.ע.מ, וכן הוצאות (שכר טרחת מומחים על פי קבלות, אגרה והוצאות תמלול).

13. על פסק דין זה נסב הערעור שבפנינו. בד בבד עם הגשת הערעור, הגישה המדינה בקשה לעכב את ביצועו של פסק הדין. הבקשה נתקבלה בחלקה, ובהחלטתו מיום 15.8.2010 הורה כב' השופט גרוניס לעכב תשלום מחצית מהסכום שנפסק (900,000 ₪) וכי שכר הטרחה שנפסק ישולם במלואו בכפוף להתחייבות בא-כוחו של המשיב כי יחזירו במלואו או בחלקו על פי תוצאות הערעור.

עוד נספר לקורא, כי כחודשיים לאחר מתן פסק דינו של בית משפט קמא, הגיש המשיב "בקשה לעיון חוזר" לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (תפ"ח 99-5155) הנסבה על החלטת בית המשפט לדחות את בקשתו לפסיקת פיצויים לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין (כזכור, ערעור המשיב לבית המשפט העליון ובקשתו לדיון נוסף נדחו). בהחלטתו מיום 13.9.2010 דחה בית המשפט (כב' סגן הנשיא ע' מודריק) את הבקשה, משלושה טעמים: מניעות דיונית – בהעדר עיגון בדין להליך דיוני של "עיון חוזר" על החלטה לפי סעיף 80; טעות מושגית בבקשתו של המשיב, אשר נסבה על זכותו למשפט הוגן – שעה שתכליתו של הליך לפי סעיף 80 היא תכלית "אזרחית" של פיצוי או שיפוי, ואינה נועדה לקבוע אם האישום היה מבוסס על אדנים ממשיים, וממילא לא נועדה "להשיב את כבודו"; וכפילות דיונית – שהרי סוגיית הפיצוי תידון ממילא בפסק הדין שיינתן בערעור דכאן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעה הנזיקית.

עד כאן השתלשלות ההליכים ותמצית פסק הדין, ומכאן לטענות הצדדים בערעורים שלפנינו.

עיקרי ערעור המדינה

14. הטענה המרכזית בערעור המדינה היא, כי בפסק דינו הגורף, אימץ בית משפט קמא את גרסת המשיב תוך התעלמות מראיות מהותיות ומהתמונה הכוללת הנשקפת מהן, וכן התעלם מההחלטות השיפוטיות שניתנו בזמן אמת, לרבות ההחלטה על מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים, ומהחלטת בית המשפט המחוזי שדחתה את בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין. המדינה הלינה על כך שביקורתו של בית משפט קמא כלפי המשטרה הייתה יוצאת דופן בחריפותה, תוך פגיעה מופרזת בחוקרים ובשוטרים שהעידו במסגרת ההליך וגם בכאלו שלא העידו.

לעמדת המדינה, מדיניות החקירה וההעמדה לדין שהנחתה את גורמי החקירה והתביעה הייתה מקצועית וסבירה לשעתה, בהתחשב במכלול נסיבות המקרה, כפי שמשקף מההחלטה על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים. טענות המשיב לגבי התנהגות השוטרים וההתעללות בו הועלו על ידו לראשונה בתיק זה, ולא הועלו באף אחד מההליכים המשפטיים הרבים שהתנהלו בעניינו, לרבות ההליך לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, ומבלי שיש להן רמז בחומר החקירה, ובכך לוקות הן בשיהוי של ממש, הפוגע ביכולתה של המדינה להתגונן מפניהן.

15. המדינה פירטה את הראיות-לכאורה שעמדו בזמן אמת בפני בית המשפט והפרקליטות, ולטענתה, בית משפט קמא התעלם מראיות אלה ובחן את הדברים כ"חוכמה שלאחר מעשה". רק לאחר ההחלטה למעצר המשיב עד תום ההליכים, העלה המשיב טענת אליבי חדשה והסכים לעריכת מסדר זיהוי קול. אף הראיות החדשות לא היו חד משמעיות, אך מאחר שהתעורר ספק באשר לדיותן החליטה התביעה לחזור בה מכתב האישום, לא בלי ספקות. אף בהחלטה לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, נקבע כי היה בראיות הלכאוריות כדי לגבש אצל תובע סביר ציפייה להרשעת המשיב. אכן נפלו אי דיוקים בזכ"דים שהוגשו לבית המשפט, אך חומר החקירה המהותי בתיק היה רחב בהרבה, והוא אשר עמד בבסיס ההחלטה למעצר המשיב עד תום ההליכים. מכל מקום, גם בהנחה שנפל פגם בהתנהלות המשטרה, הרי שההחלטה למעצר המשיב עד תום ההליכים מנתקת את הקשר הסיבתי בין התנהלות המשטרה לבין המעצר והנזק הנטען בעקבותיו.

16. אשר לגובה הפיצוי, טענה המדינה כי הסכום שנפסק למשיב בגין נזק לא ממוני חורג עד מאוד מהסטנדרט המקובל העומד על כ-3,000 ₪ לכל יום מעצר, מה עוד שבמקרה דנן מדובר במעצר שנעשה על פי צו שיפוטי כדין.

17. המשיב טען כי ערעור המדינה מופנה נגד ממצאים שבעובדה, התרשמות מהעדים וממצאי מהימנות, שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהם.

המשיב הצביע על מספר נושאים אשר, לטענתו, לא נחקר נגדית אודותם, ביניהם: השיהוי בהגשת התביעה; טענתו כי הוכח והוכרח לאונן לנגד עיני החוקרים; והסברים שנתן בנוגע לאמירות כאלה ואחרות שלו למדובב. המדינה לא הביאה לעדות את התובעת שטענה בדיון בבקשה למעצרו עד תום ההליכים, תובעת שלטענתו הטעתה את בית המשפט.

לטענת המשיב, תביעת הנזיקין עומדת בפני עצמה, ואין ללמוד מהחלטה למעצר עד תום ההליכים, באשר זו נתקבלה מבלי שמלוא חומר החקירה הוצג בפני בית המשפט. בדומה, אף אין ללמוד מהחלטת בית המשפט המחוזי בבקשה לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, מאחר שניתנה ללא שמיעת עדים.

המשיב העלה טענות מפורטות לגופם של חומרי החקירה והראיות-לכאורה שעמדו בזמן אמת בפני החוקרים והפרקליטות, ולראיות אלה אתיחס בהרחבה בהמשך.

18. ערעורו של המשיב – המשיב טען כי הפיצויים שנפסקו לזכותו הם על הצד הנמוך במובהק, בעיקר שיעור הפיצוי שנפסק בראש הנזק של הפסדי ההשתכרות והוצאות לעבר ולעתיד. המשיב הלין על כך שבית משפט קמא התעלם מבקשתו להשית על המדינה פיצויים עונשיים, כפי שהיה ראוי לפסוק, נוכח קביעותיו לגבי התנהלות החוקרים והפרקליטות.

דיון והכרעה

היחס בין התביעה הנזיקית לבקשה לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין

19. ענייננו במקרה חריג. בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין נדחתה בבית המשפט המחוזי במושב תל-א, בפסק דין מקיף ומעמיק, לאחר בחינת החומר שעמד נגד עיני בתי המשפט בהליכי המעצר. מנגד, נתקבלה תביעתו הנזיקית של המשיב נגד המשטרה והפרקליטות.

סעיף 80(א) לחוק העונשין קובע כלהלן:

80. הוצאות ההגנה מאוצר המדינה  
 (א) משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה שממנה זוכה או בשל אישום שבוטל לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ה - 1982 בסכום שייראה לבית המשפט;..."

ניתן להצביע על מספר הבדלים בין הפיצוי לפי סעיף 80(א) כספיח להליך הפלילי, לבין הפיצוי במסגרת תביעה אזרחית, ובהמשך נעמוד על כך. המדובר בשני הסדרים שונים – בעוד עוולת הרשלנות מבוססת על אשם, הרי שסעיף 80 לחוק העונשין קובע הסדר מחוץ לדיני הנזיקין, אשר נמצא בנקודה מסויימת במשרעת שבין הטלת אחריות על המדינה מכוח דיני הרשלנות לבין הטלת אחריות ללא אשם (ראו פסק דיני בע"פ 7770/10 טורי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.9.2011)). הוראה דומה אנו מוצאים בסעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996 (להלן: חוק המעצרים), ולפיו רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו של אדם שנעצר ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום אם מצא "שלא היה יסוד למעצר" או בשל "נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי".

יכול הטוען לטעון כי מבחינה מושגית, מי שנדחתה בקשתו לפי סעיף 80 לחוק העונשין, על אחת כמה וכמה שתידחה תביעתו בעוולה נזיקית, ולמיצער, כי תקום מעין פלוגתא פסוקה בין הצדדים.

טענה מעין זו נדונה בפסיקה ונדחתה:

"סעיף 80 מעמיד לרשות נאשם שזוכה מתכונת דיונית מקוצרת לבירור שאלת זכאותו לפיצוי בגין מעצרו ולשיפוי בגין הוצאות הגנתו, אם על יסוד העילה כי 'לא היה יסוד להאשמה' ואם על יסוד העילה בדבר קיומן של 'נסיבות אחרות המצדיקות זאת'. ההכרעה בהליך כזה, שאינו אלא ספיח טפל להליך הפלילי העיקרי, אמורה, ככלל, להתבסס על הראיות שהובאו במשפט הפלילי; והאפשרות להביא ראיות להוכחת טענותיו, מקום שהראיות שהובאו במשפטו הפלילי אינן תומכות בעמדתו, עשויה להינתן לנאשם רק במקרים חריגים (ראו: דבש נ' מדינת ישראל, בעמ' 106-107, 109 בפסק-דינו של השופט חשין). לנוכח מתכונתו המיוחדת והמקוצרת של ההליך אין כל יסוד לומר כי די בקיומו של הליך לפי סעיף 80 כדי להקים השתק

פלוגתא ביחס לטענות שהועלו והוכרעו במסגרתו. כעניין שבעיקרון ניתן לומר, שקיום הליך לפי סעיף 80 לחוק העונשין איננו מעמיד לרשות הנאשם את ההזדמנות הראויה - המועמדת לרשותו בהליך של תובענה אזרחית - לבירור שלם ומקיף של זכאותו לפיצויים בגין הנזקים שנגרמו לו עקב האשמתו ומעצרו, ובכך נשמט בסיס הרציונל עליו מבוססת הדוקטרינה לקיומו של השתק פלוגתא (השוו: נ' זלצמן, מעשה-בית-דין בהליך אזרחי, בעמ' 16). אין משמעות הדבר, כי הכרעה שנפלה בהליך לפי סעיף 80 לא תוכל בשום מקרה להקים השתק פלוגתא בתובענה אזרחית שתוגש מטעם הנאשם. כאשר בהליך לפי סעיף 80 אין הנאשם מגביל את עצמו לחומר המצוי בתיק אלא גם מביא ראיות להוכחת חבות המדינה - ותביעתו האזרחית נסמכת על אותה תשתית נטענת - מתקבל על הדעת שיהיה בידי המדינה לטעון כי הכרעת בית המשפט הפלילי הקימה השתק פלוגתא. אך דומה כי גם במקרה כזה תוכל המדינה להעלות את טענתה לא על סף הדיון בתובענה אזרחית, אלא רק במסגרת בירורה לגופה, תוך שתידרש להתייחסות קונקרטיית למהות המימצא שנקבע על יסוד הראיות שהובאו על-ידי הנאשם לפני בית המשפט הפלילי בהשוואה לראיות שהובאו על-ידו להוכחת תביעתו האזרחית" (רע"א 7652/99 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נו(5) 493, 496-497 (2002) (להלן: עניין יוסף)).

מכאן, שלנאשם שזוכה, או שכתב האישום כנגדו בוטל, עומדת האפשרות לברר את מלוא טענותיו בתובענה אזרחית נפרדת.

20. עם זאת, ועוד לפני שניגשים אנו לגופם של דברים, דומה כי בנסיבות המקרה שבפנינו, תוצאה זו – בה בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין נדחתה בעוד שתביעתו הנזיקית נתקבלה – יש בה מן האנומליה. העילה הראשונה בסעיף 80(א) שעניינה "לא היה יסוד לאשמה" חופפת במידת מה תביעה אזרחית הנסמכת על עוולת הרשלנות, למרות ההבדלים בין שני ההסדרים, וכפי שנאמר בפסיקה "רווחה כרוח עוולת הרשלנות בניזיקין" (ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, 90 (2002) (להלן: עניין דבש)). אם התביעה והמשטרה פעלו בסבירות, לא ייפסק פיצוי לפי העילה של "לא היה יסוד לאשמה". בחינת הסבירות לצורך עוולת הרשלנות דומה, אם לא זהה, לסבירות לצורך העילה של "לא היה יסוד לאשמה" שבמסגרת סעיף 80(א) (השוו ע"א 3580/06 עזבון המנוח חגי יוסף ז"ל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.3.2011) בסעיף 99 (להלן: עניין חגי יוסף)).

כך גם במקרה שבפנינו. בהליך לפי סעיף 80(א) בחן בית המשפט המחוזי בהחלטה מפורטת ומנומקת המשתרעת על 38 עמודים, את חומר הראיות שעמד בפני בתי המשפט בהליכי המעצר, והגיע למסקנה כי לא ניתן לקבוע ש"לא היה יסוד לאשמה". על פניו, קשה ליישב מסקנה זו עם מסקנתו של בית משפט קמא בענייננו ולפיה "הראיות וחלקי הראיות, לא היו אלא אפס אפסים במקרה הטוב..." (עמ' 22-23 לפסק הדין).

ודוק: מובן כי אם מצא בית המשפט בהליך לפי סעיף 80(א) כי המשטרה והתביעה פעלו בסבירות, ובתביעת הנזיקין מונחת תשתית עובדתית שונה, ברי כי אין כל מניעה להגיע למסקנה שונה במסגרת תביעת הנזיקין. כפי שנראה להלן, לא זה המקרה בפנינו.

הקדמתי מעט את המאוחר, ולהחלטתו של בית המשפט המחוזי לפי סעיף 80(א) אשוב בהמשך הדברים.

#### מספר הערות מקדמיות

21. פרשה זו, על גלגוליה השונים, מהלכת בין הליכים פליליים והליכים אזרחיים. מאז נסתיים הפרק הפלילי עם ביטול כתב האישום שהוגש נגד המשיב, מצאה הפרשה את דרכה לערכאות בנתיבים אחרים. עניינו של המשיב נתגלגל לפתחם של בתי המשפט מספר פעמים במסגרת ההליך לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין (ההחלטה במחוזי, הערעור שנדחה על ההחלטה, הבקשה לדיון נוסף שנדחתה והבקשה ל"עיון חוזר" שנדחתה) ובנוסף ובמקביל, התביעה הנזיקית מושא דיוננו.

על רקע זה, חשוב להדגיש כי בבואנו לדון בערעורים שלפנינו, עלינו להישמר מפני "עירוב תחומין", ולהקפיד על כך שדל"ת אמותיו של הדיון תוגבלנה למאטריה הנזיקית. עם ביטול כתב האישום נגד המשיב, תם הדיון בשאלת אשמתו או חפותו של המשיב, והיא לא עומדת עוד על הפרק. אף אין ענייננו בהליך פלילי או בדין משמעתי נגד חוקריו של המשיב. המשבצת הרלוונטית לענייננו היא דיני הנזיקין, ובאספקלריה זו עלינו לבחון את טענת המשיב כי המדינה התרשלה בחקירת הפרשה, וכי בשל כך נעצר המשיב למשך 88 ימים והוגש נגדו כתב אישום אשר בוטל בסופו של דבר בהסכמה.

22. איני רואה להאריך ביסודותיה של עוולת הרשלנות ובסוגיה של אחריות המדינה בנוזיקין, מה עוד שהצדדים אינם חולקים על קיומה של חובת הזהירות המושגית של המדינה, ואין כיום חולק על חובתם של אנשי המשטרה והתביעה להפעיל את הסמכויות הנתונות להם במיומנות ובסבירות. נושא זה זכה לסקירה מקיפה בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין חגי יוסף ואיני רואה להכביר מילים נוספות. בקליפת אגוז, לצד הגשמת האינטרס הציבורי לגלות עבירות, לפעול למניעתן ולפעול ביעילות להבאתם של חשודים ונאשמים לדין, מוטלות על רשויות התביעה והמשטרה החובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע גרימת נזק לנחקרים, חשודים ונאשמים. כל זאת, תוך שמירה על שלומם הפיזי והנפשי ותוך נקיטת זהירות מיוחדת מפני הפללת אדם אשר לא היה מעורב בפלילים.

23. תביעתו של המשיב ניתנת לחלוקה לשני ראשים נפרדים, לשני מקבצי טענות.

הראש האחד נסב על התארכות הליכי המעצר, ועיקרו בטענה כי התרשלות המדינה – אם באופן הצגת חומרי החקירה והראיות-לכאורה לבתי המשפט, ואם במחדלי החקירה הנטענים – היא שהובילה למעצרו של המשיב למשך 88 יום. במסגרת ראש תביעה זה, מערכת היחסים בין המזיק (משטרה/פרקליטות) לבין הניזוק (המשיב) אינה ישירה, ומעורב בה גורם שלישי (בית המשפט) המצוי בתווך. במישור העובדתי, החלטות בתי המשפט, שניתנו על בסיס החומר שהוגש על ידי ה"מזיק", הן שהובילו ישירות ל"נזק" שנגרם למשיב. לכך יש חשיבות לענייננו, שכן על מנת לבסס רשלנות, יש להצביע על קשר סיבתי עובדתי בין החומר שהוצג לבתי המשפט בהליכי המעצר השונים, לבין החלטות בתי המשפט לעצור את המשיב ולהותירו במעצר. בשאלה זו, אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור. זאת, באשר ענייננו במסקנה שניתן להסיק מתוך החומר שעמד בפני בתי המשפט בהליכי המעצר, ואשר עומד גם בפני ערכאה זו.

הראש השני בתביעת המשיב נסב על הנזק הבלתי ממוני בדמות עוגמת הנפש והכאב והסבל, אשר נגרמו לו, לטענתו, עקב התנהלותם והתנהגותם של השוטרים, אשר לטענתו, הכו אותו והשפילו אותו בכך שאילצו אותו לאונן בפני החוקרים.

בשונה מהראש הראשון, במקבץ טענות זה, מערכת היחסים בין המשיב-הניזוק לבין חוקרי משטרה-המזיק, היא ישירה ובלתי אמצעית, וכל כולה מבוססת על גרסתו העובדתית של המשיב אל מול גרסתם של השוטרים. אי לכך, בכואנו לדון בטענות



אלה, נשים נגד עיננו את הכלל לפיו אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות, זולת מקום בו הערכאה הדיונית התעלמה מראיות משמעותיות או כאשר ישנה טעות גלויה על פני הדברים.

נפתח את הילוכנו בראש הראשון של תביעת המשיב ולפיו התרשלות המדינה היא שהביאה למעצרו למשך 88 יום.

הליכי החקירה והמעצר – האם התרשלות או זדון הם שהביאו למעצר שווא?

24. פסק דינו של בית משפט קמא מותיר את הקורא נזעם נוכח מה שנחזה כהתנהלות רשלנית, שמא אף התנהלות זדונית ומגמתית, של המשטרה והפרקליטות, שבבסיסה להיטות יתר "להדביק" למשיב את האשמה. לא אכחד כי למקרא פסק הדין, זו אף הייתה דעתי המקדמית. ברם, עם בחינת הדברים לגופם, דומה כי פסק הדין בשאלה שבפנינו, לוקה בבסיסו בכך שהוא מתמקד ב"אין" הראיתי, תוך התעלמות מקורפוס שלם של ראיות שעמדו בפני המשטרה, התביעה ובתי המשפט בזמן אמת במסגרת הליכי המעצר. בפסק הדין, אף אין דיון של ממש בשאלת הקשר הסיבתי בין החלטות בתי המשפט לבין הראיות הפגומות ואף הכוזבות שהוצגו בפני בית המשפט על ידי החוקרים. אקדים ואומר כי בחינת הדברים באספקלריה זו מביאה לתוצאה שונה מזו אליה הגיע בית משפט קמא.

25. וזו תהא דרך הילוכנו. אדון תחילה בראש התביעה הראשון. בחלק הראשון אעמוד על שלבי המעצר השונים ואפרוש בפני הקורא את מכלול חומר הראיות שעמד בפני בתי המשפט בזמן אמת, תוך בחינת הקשר הסיבתי, קרי, האם החלטות בתי המשפט נבעו מהתרשלות המדינה באופן הצגת הדברים בפני בתי המשפט. בחלק השני אבחן אם יש לייחס למשטרה ולתביעה מחדלי חקירה כפי שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא, והאם מעצרו של המשיב הוארך בעטיים.

נתחיל בתיאור מצב הדברים עובר למעצרו של המשיב.

ממצאי החקירה עובר למעצר המשיב

26. הקטינה הובהלה על ידי אביה לתחנת המשטרה מייד לאחר שחזרה בוכיה לביתה וסיפרה להוריה את שאירע. בסביבות השעה 23:00 נחקרה על ידי חוקרת ילדים, בשעה 03:00 (בוקר ה-19.4.99) נבדקה במכון לרפואה משפטית, וכבר באותו יום נערך

שחזור מצולם של האירוע בזירה בנוכחות הקטינה, חוקרת ילדים ושוטרים. מהשחזור המצולם ניתן להתרשם כי מדובר בקטינה אינטיליגנטית, רהוטה ובעלת כושר ביטוי ובטחון עצמי, אשר למרות הטראומה הקשה שחוותה אך פחות מ-24 שעות לפני כן, חזרה לזירת הפשע וידעה למסור פרטים אודות האירוע. הדברים שאמרה הקטינה בשחזור תואמים את הדברים שמסרה במשטרה בליל האירוע: התוקף היה גבר צעיר, רזה, בגובה בינוני-נמוך; חבש כובע צהוב (בהודעתה במשטרה תיארה הקטינה את הכובע ככובע "קסקט", אולם מהתיאור בשחזור ומאיור הקלסטרון עולה כי מדובר בכובע מצחייה רגיל); הרכיב משקפי שמש שחורים, עגולים, דקים, ללא מסגרת; הייתה לו חגורה בצבע חום עם אבזם כסוף; והוא חבש כפפות צמר שחורות.

מזירת האירוע ניתן להתרשם כי מדובר בחצר אחורית של בניין, אשר הכניסה אליה נסתר מן העין, בין השיחים, ומחייבת "קפיצה" מגובה של כמטר. בנוסף, הקטינה ציינה שהתוקף נתן לה לשתות מצינור מים במקום, ומסרט השחזור עולה שמדובר בצינור שאינו גלוי לעין כל, אשר ניתן להניח כי רק אדם המכיר את הזירה יכול לדעת אודותיו. בשחזור סיפרה הקטינה כי התוקף שאל אותה באיזה בית ספר היא לומדת והיכן היא גרה, והיא שאלה אם היא חייבת לומר והוא השיב שלא. כאשר התוקף הוציא אותה מהחצר לרחוב כשעיניה עצומות "אני חשבת אולי הוא יודע איפה אני גרה, הוא אמר לי שהוא מכיר פה כל פינה, ואז אני פתחתי את העינים והלכתי הביתה" (עמ' 8 לתמליל השחזור). מכאן המסקנה כי התוקף הכיר היטב את הזירה, מסקנה שהתחזקה נוכח העובדה, עליה ניתן ללמוד מהשחזור, כי התוקף הוליך את הקטינה לדשא במרכז החצר מבלי לחשוש כי לפחות השכן בקומת הקרקע יבחין בכך. הדבר חיזק את חשדם של החוקרים, ובטיעון בפני בית המשפט בבקשה למעצר עד תום ההליכים, ציינה באת-כוח התביעה כי המעשים בוצעו בסמוך לחלון המרפסת של שכן שגר בקומת הקרקע, מה שמצריך או תעוזה או ידיעה מקרוב שמדובר באדם זקן שלעת ערב סגר את התריסים וראה טלויזיה (עמ' 26 לפרוטוקול מיום 15.8.99).

משחזור האירוע עולה שהתוקף שוחח עם הקטינה לא מעט. בתשובה לשאלת החוקרת האם היא חושבת שתוכל לזהות את קולו, השיבה הקטינה בחיוב. מדברי הקטינה אף ניתן ללמוד כי לצד המעשים האכזריים שביצע בה התוקף, הוא לא צעק או הכה אותה, אלא השתדל לנהוג עמה בנימוס ובאדיבות (ביטויים בהם השתמשה הקטינה בהודעה נוספת שנגבתה ממנה), נתן לה לשתות וליווה אותה מהחצר לרחוב.

27. פרט נוסף הנוגע למאפייני התוקף עולה מהקלסטרון אשר הוכן למחרת יום השחזור, ביום 20.4.99, בו מופיע הכיתוב "שיער שחור באוזניים". בהודעה שנגבתה מצייר הקלסטרון ביום 3.10.99, מסר הלה כי מצא לנכון לציין את השיער באוזניים, כי התרשם שלקטינה נשאר זיכרון ורושם ברור אודות שיער חריג באוזן. נושא זה זכה להתייחסות בפסק דינו של בית משפט קמא, ואביא את הדברים כלשונם:

"...כפי שציינתי, הקטינה תיארה מספר פעמים את הפושע, ולא ציינה, כי ראתה שיער באוזניו. הפעם הראשונה שדובר בה על שיער באוזניים היתה כאשר אוייר קלסטרוננו של החשוד. ודוק: המאייר לא נחקר, וכלל לא ברור האם הקטינה סיפרה לו שראתה שערות באוזני החשוד. מאידך, אין כל מזכר המציין, כי מי משוטרי התחנה ראה שיער באוזני התובע.

[ ...משכך, עלתה השאלה, מדוע צויין בבקשות המעצר, בין יתר הפרטים שצויינו, כי הילדה ציינה שראתה שיער באוזני האנס, וכי אכן יש לתובע שיעור באוזניו? תשובה לכך לא קיבלנו, ותשובותיהם המתחמקות של השוטרים בבית המשפט העידו על עליבות, ונסיון בלתי נלאה להמשיך ולחזק את אמירותיהם השקריות וחסרות הבסיס.

מעבר לצורך אעיר, כי תקיפתה של הילדה אירעה בשעות הערב, בחושך, ועל פי עדותה, הורה לה הפושע לעצום את עיניה, והיא אף עשתה כן במהלך ביצוע המעשים. משכך, הצליחה הילדה ליתן תיאור כללי של האדם שביצע בה את המעשים הקשים, ומן הסתם, לא יכלה לראות האם אוזניו שעירות אם לאו, מה עוד שלא הוכח כי אוזני התובע שעירות.

דעתי שונה. אכן היה על מרכיב הקלסטרון להעלות את הדברים עלי מזכר, אך בסופו של יום, נגבתה ממנו הודעה. לגופו של עניין, קשה להלום שמרכיב הקלסטרון בדה את עניין השיער באוזניים מליבו, וחזקה עליו כי הרכיב את הקלסטרון כמיטב כישרונו וכתב את הדברים מתוך מכסימום הפרטים שהצליח לדלות מהקטינה. וכי היה על מרכיב הקלסטרון להתעלם מדברים שהקטינה אמרה? תמהני. כפי שנראה בהמשך, גם היה בסיס לטענה כי אוזני המשיב שעירות.

אלה אפוא הראיות שהיו בידי המשטרה לאחר האירוע, ונציין כי דגימות DNA שנלקחו מהקטינה לא אפשרו לאתר פרופיל DNA של אדם אחר.

28. כשלושה חודשים לאחר האירוע, ביום 16.7.99, זוהה המשיב כחשוד בביצוע העבירה. קיים פער משמעותי בין התיאור בזכ"ד, שנכתב על ידי מפקח יצחק שטרן, ששימש כראש צוות החקירה, בעקבות שיחת הטלפון מאבי הקטינה, לבין הודעתו של אבי הקטינה כפי שנמסרה בהודעתו במשטרה כשעתיים לאחר מכן.

בזכ"ד נכתב: "הוא [האב – י.ע.] סיפר לי שבשעה שהיה בקניות ביחד עם הילדה ראתה הילדה אדם כלשהו (החשוד שובר רגב אברהם) בסופר, ומיד כשראתה אותו השתתקה והחלה לרעוד. האב התקופף [כך במקור – י.ע.] לילדה והיא אמרה לו זה הוא שעשה לי את זה והצביעה על החשוד".

לעומת זאת, בהודעתו במשטרה, כשעתיים לאחר שיחת הטלפון, סיפר האב כי מאז האירוע, הוא ניסה בעדינות לדלות מבתו פרטים על מראהו של התוקף, וכשבוע לפני כן בתו הצביעה על חייל הדומה לתוקף. לדברי האב, בעודו הולך לביתו, הוא ראה בחור הדומה לתיאור שמסרה בתו. הוא ראה את הבחור נכנס לסופרמרקט, ומיהר הביתה לקרוא לבתו כדי שתתרשם ממנו. עם הגיעם לסופרמרקט חלפו האב ובתו על פני המשיב-החשוד, ולדברי האב ברגע שעברו ליד המשיב הקטינה ביקשה לצאת מהסופרמרקט, סירבה בתוקף להישאר כדי לנסות ולשמוע את קולו ו"נכנסה ללחץ כאילו הדברים התרחשו עכשיו". האב נאלץ להחזיר את בתו הביתה, שכן לדבריו היא "נכנסה להיסטריה והיא אמרה שזה אולי הוא". לשאלת החוקרת איך בדיוק התנהגה הקטינה – השיב האב "כמו אותו לילה שהיא נכנסה הביתה לאחר המקרה, לאחר האונס... בכי היסטרי עם ידיים על הפנים, היא לא רצתה ללכת לבד הביתה... הייתי צריך להביא אותה מיד. הבכי הזה היה פעמיים מאז המקרה הזה". האב הוסיף כי הופתע לראות את המשיב נכנס בדיוק לאותו בניין שבחצרו הותקפה בתו, כי שוחח עמו קצרות וכי בתשובה לשאלתו הזדהה המשיב בשם רגב.

29. בו ביום נעצר המשיב ותושאל על ידי החוקרים (דו"ח התשאול מיום 18.7.99 המתייחס לחקירה מיום 16.7.99 – מוצג כ"ו למוצגי המדינה) ואישר כי הוא אכן מתגורר בבניין שבחצרו בוצעה העבירה. לדברי החוקר, רס"מ שאול סוויד, בתשובה לשאלותיו המשיב סיפר כי מזה למעלה משנתיים לא קיים יחסי מין וכי אין לו חברה. על פי האמור בזכ"ד, החוקר הציג למשיב את הכתבה בעיתון בה תואר מעשה האונס ואמר לו "אני דוקא חושב שלא היה אונס אכזרי ושלדעתי התנהגת יפה לילדה, נתת לה לשות, ליווית אותה לכיוון הבית, שאלת אותה שאלות, ניהלתם ביניכם דו שיח ואלו

דברים שמצביעים על האופי שלך ולדעתי אתה זקוק לטיפול". לדברי סוויד, במהלך החקירה המשיב אפילו לא התקומם פעם אחת להכחיש את מעורבותו, אלא החזיק את ידיו בשתי ידיים כלפי מטה וסירב להסתכל בעיני השוטר (זכ"ד הנושא תאריך 16.7.99, למרות שנכתב ביום 18.7.99, יומיים לאחר התשאול. לדברי השוטר סוויד, הסיבה לכך היא שה-16.7 היה יום שישי, והוא השלים את הזכ"ד רק ביום א' (פרוטוקול, עמ' 262-261)).

30. בהודעה שנגבתה מהמשיב בשעה 23:10 הוא סיפר על סדר יומו השבועי, כאשר בימי ראשון - הוא היום בשבוע בו בוצעה העבירה - הוא עובד, אך בהמשך אמר כי בבוקר הוא לומד בבית ואחר הצהריים הוא מבקר את חניכו בפר"ח. המשיב פירט את סדר יומו גם לגבי יתר ימי השבוע. בתשובה לשאלה האם הוא נוהג להרכיב משקפי שמש גם בערב, ענה המשיב "כדי למנוע את האבק. מכיוון שיש לי עדשות גם בערב אני רואה טוב במשקפי שמש".

בזכ"ד שכתב רס"מ דני מרדכי באותו יום (16.7.99), נכתב כי המשיב הכחיש את המיוחס לו וכי בשלב מסוים במהלך החקירה נכנס לחדר ראש הצוות יצחק שטרן, והמשיב אמר לו "מה אתה רוצה שאני יודה [כך במקור - י.ע.], זה לא תיק של גניבת מסטיק מהמכולת, זה תיק לא קל". גם בזכ"ד זה מצוין שהמשיב השפיל את עיניו כל הזמן.

בזכ"ד של רס"ר גדעון שגן מאותו יום (בו נכתב כי גם רפ"ק רון גרטנר השתתף בחקירה) נכתב כי המשיב הכחיש שוב ושוב את המיוחס לו, עד שבשלב מסוים בה בשוטרים והשיב שאין לו על מה לדבר. משראו השוטרים שהמשיב אינו משתף פעולה ונראה עייף, הוא הועבר לבית המעצר. מהזכ"ד עולה שהתשאול של המשיב הסתיים בשעה 02:55.

31. עוד ביום מעצרו נערך חיפוש בבית המשיב, ומדו"ח החיפוש עולה כי נתפסו, בין היתר, שלושה זוגות משקפי שמש בצבעים שונים, שני זוגות כפפות (אחד מצמר ואחד מעור), שני כובעים (אחד ירוק עם סמל "בנק לאומי" והשני חום-כחול), שתי קלטות וידאו פורנוגרפיות וחבילת קונדומים.

32. למחרת היום, ביום 17.7.99, הוכנס מדובב לתאו של המשיב. להלן חלק קטן מחילופי הדברים בין השניים (הדגשות הוספו - י.ע.):

מדובב: מה היא ילדה רוסיה, מה היא ?

משיב: מה רוסיה ?

מדובב: ישראלית ?

משיב: נראה לי ככה, לא מכיר אותה [יש לציין שבמוצג ל"א למוצגי המדינה (עמ' 1) משפט זה מודפס בתמליל, ואילו במוצג ל"א 1 (עמ' 1), משפט זה נכתב על גבי תדפיס התמלול בכתב יד – י.ע.].

משיב: העניין הוא שהם אומרים כאילו, ואני לא מבין בדברים האלה, שהם יכולים לזיין אותי בגלל שלא שיתפתי פעולה כאילו...

[...]

מדובב: הם לקחו משהו מהבית ?

משיב: מה זה ? אח"כ בשמונה וחצי... הם, חיפוש וכל זה. לקחו הרבה דברים, אבל הרוב זה שטויות כאילו, תמונות של בחורות וזה, מה, מי לא מחזיק דברים כאלה, קלטות כחולות ?

[...]

משיב: ... אמרתי להם, הייתי גומר את זה כבר. אבל אני לא יכול להודות במשהו שלא עשיתי, למה ? למה להרוס לי את החיים ?

[...]

מדובב: לא, לא, לא ! יכול להיות שהוא יגיד לך, שמע, כדאי לך לגמור עם זה, קוצי מוצי, זה עניין של תנאי, או קנס, אני לא יודע מה מקבלים. כי הוא מבין, הוא לומד את זה. כמו שאתה לומד כלכלה, הוא לומד משפטים.

[...]

משיב: אבל כמו שאמרתי לך יש לי בעיה להפריך את הזיהוי. אני מקווה שיעמתו אותה איתי. אולי היא תשמע משהו דרכו, לא יודע, אולי היא... את הפריטים שלבשתי, היא תגיד שזה לא אני. ויש לי סימנים פיזיים. לך תדע. בחור יותר גדול. לא יודע. הם אומרים כל הזמן שהיא זכרה הכי הרבה זה מישהו עם שערות באזניים. חיפשו כל הזמן מישהו זקן. מה אני אשם שיש לי שערות בולטות? להרבה אנשים יש שערות באוזן. אבל כשזה מתחבר זה מתחבר. אתה מבין ?

[...]

מדובב: היא נראית מתחת לגיל שלה, ... ?

משיב: לא יודע. אני רואה רק פנים.

מהתמלול עולה שהמשיב הכחיש בפני המדובב את המיוחס לו ואף הביע רצון להתעמת עם המתלוננת. עם זאת, מספר אמירות של המשיב נטעו חשד מסוים כלפיו, בעיקר תשובתו לשאלה אם מדובר בילדה רוסייה או ישראלית וכי ראה "רק פנים". בנוסף, עולה כי למשיב שיער בולט מהאוזניים והוא מאשר שנאספו מביתו קלטות פורנוגרפיות.

על פי זכ"ד שכתב המדובב, הוא התרשם כי רכש את אמונו של המשיב. לדברי המדובב, המשיב סיפר לו על החקירה ואמר לו ש"בהתחלה היו חוקרים טובים שאמרו שדווקא הקורבן [צ"ל האנס – י.ע.] התנהג יפה לילדה, ואני חשבתי להודות כי זה רק פוצי מוצי אבל אמא שלי לא רצתה שאני יודה [כך במקור – י.ע.]. זכ"ד זה של המדובב מעוות את הדברים ועומד בסתירה לתמלול השיחה, ממנה עולה בבירור שהמדובב הוא שאמר למשיב "כדאי לך לגמור עם זה, קוצי מוצי, זה עניין של תנאי, או קנס...".

33. בשעות אחר הצהריים של אותו היום נלקח המשיב לתשאול נוסף והפעם על ידי רס"ל אפי דסטה [במאמר מוסגר: לא מובן מדוע מצא רס"ל דסטה לערוך תשאול ולמלא מזכר, במקום לגבות הודעה מסודרת מהמשיב]. דסטה כתב במזכר כי המשיב אמר שאין לו מה להוסיף, כי יחליט רק לאחר שידבר עם עורך-דין, ונענה על ידי רס"ל דסטה "שזה לא נתון למשא ומתן עליו למסור פרטים מפורטים ונכונים על מה שנשאל בחקירה". בהמשך נכתב כי המשיב נשאל ממה הוא מפחד ולמה הוא מכחיש, ובתשובה, כך על פי האמור בזכ"ד, ענה המשיב "מי יאמין לי שזה פעם ראשונה". החוקר השיב שהוא מאמין לו, ואז, לדברי החוקר, המשיב "ענה במפתיע בבהלה כזה, לא אני אומר אם אגיד סתם שזה כך וניכנע ושוב השתק".

בשלב זה הובא המשיב להארכת המעצר הראשונה.

הארכת המעצר הראשונה

34. בדיון בבית המשפט השלום (כבוד השופטת ד' רייך-שפירא) שהתקיים באותו יום ה-17.7.99, טען נציג המשטרה, רס"ל דסטה, כדלקמן [השגיאות במקור – י.ע.]:

"ביום שישי בשעות אחר הצהריים המתלוננת היתה בתוך סופר מרקט יחד עם אביה, היא זיהתה באופן אקרעי את החשוד, היא התחילה לבכות, צעקה בכתה... המתלוננת הצביעה על החשוד כזה מי שעשה לה..."

[...]

חוץ מהזיהוי קושר את החשוד לעבירה:

- א. החיפוש שנערך בביתו, נמצאו בדירה כובעי גרב שמתאימים לתלונה, משקפי שמש. האירוע קרה בלילה והחשוד מודה שהוא מסתובב ברחוב עם משקפי שמש בלילה.
- ב. תמונות שאנו טוענים שהם פורנוגרפיות ובהם ילדות צעירות.
- ג. סרטי וידאו כחולים, קונדומים ודברים מהסוג הזה.
- ד. החשוד בתשואל מתלבט אם להודות או לא להודות.

בתשובה לשאלות הסניגור, השיב נציג המשטרה, בין היתר, כי שעות הפעילות של המשיב עם חניך הפר"ח לא תואמות את שעת ביצוע העבירה; כי הקלסטרון מאוד דומה למשיב; וכי המשיב סירב לתת דגימות דם.

בתום הדיון הסכימו הצדדים על הארכת מעצרו של המשיב בשלושה ימים, עד ליום 20.7.99, ועל נטילת דגימות דם מהמשיב למחרת בבוקר, תוך שבית המשפט מדגיש כי ככל שתתקבלנה תוצאות שליליות, תשקול המשטרה את המשך מעצרו של המשיב.

35. דומה כי אין חולק שמעצרו הראשוני של המשיב היה מחויב המציאות, ואף בית משפט קמא הבהיר זאת בפסק דינו (סעיף 29.4 לפסק דינו). אף שההחלטה להאריך את מעצרו של המשיב בשלושה ימים נעשתה בהסכמת הסניגור, יש לזכור כי בשלב מעצר הימים, חומרי החקירה אינם עומדים לרשות ההגנה, ולכן שומה עלינו לבחון אם המעצר נבע מהתרשלות המשטרה.

36. כפי שעולה מחומר הראיות, חלק מטענותיו של רס"ל דסטה אינן מדויקות, וזאת בלשון המעטה. ראשית, לדברי האב, הקטינה לא זיהתה את המשיב אלא הגיבה בבכי ובהיסטריה כשנתבקשה לעשות כן. אף לא היה מדובר בזיהוי אקראי, אלא שאביה הביא אותה לסופרמרקט במיוחד כדי שתתבונן במשיב. שנית, בבית המשיב לא נתפסו כובעי גרב אלא כובעי מצחיה. שלישית, בבית המשיב לא נתפסו תמונות פורנוגרפיות של ילדות צעירות (למיצער, אין מזכר המפרט מה כלל החומר הפורנוגרפי שנתפס). רביעית, במזכר שנכתב על ידי המדובר הוא מייחס למשיב דברים שנאמרו על ידי המדובר עצמו ("ואני חשבתי להודות כי זה רק פוצי מוצי אבל אמא שלי לא רצתה שאני יודה").



אשר לדברי השוטר דסטה כי המשיב "מתלבט אם להודות או לא להודות" – ייתכן שהדברים נאמרו על בסיס הזכ"ד שנכתב על ידי רס"ל דסטה עצמו כפי שנזכר לעיל, נוכח האמירה של המשיב "מי יאמין לי שזו פעם ראשונה". בעדותו בבית משפט קמא, הסביר דסטה כי מסקנתו נבעה מהערכת מצב שערכה המשטרה ומהתרשמותו של המדובר (סעיף 16 לפסק הדין; פרוטוקול, בעמ' 303).

37. אך גם אם "מנטרלים" את אי-הדיוקים בדברי השוטר דסטה, הרי שלחובתו של המשיב עמדו בשלב זה הנתונים הבאים:

- (-) תגובתה של הקטינה כאשר נתבקשה על ידי אביה לזהות את המשיב, תגובה שהייתה חריגה מאוד לדברי אביה.
- (-) דמיון בין הקלסטרון לבין המשיב.
- (-) צירוף מקרים מפתיע. המשיב הדומה לקלסטרון, מתגורר באותו בניין אשר בחצרו בוצעה העבירה, ונזכור כי מעדותה של הקטינה ומקלטת השחזור עולה כי התוקף הכיר היטב את הזירה.
- (-) בבית המשיב נתפסו משקפי שמש, כובע ירוק וכפפות וגם התוקף הרכיב משקפי שמש חבש כובע וכפפות.
- (-) המשיב אישר שהוא מרכיב משקפי שמש גם בשעות הערב, וגם התוקף הרכיב משקפי שמש בעת האירוע שהתרחש בסביבות השעה 20:00.
- (-) המשיב השיב כי "נראה לו" בתשובה לשאלת המדובר אם המדובר בילדה ישראלית.
- (-) בתשובה לשאלת המדובר אם הקטינה נראית מתחת לגיל שלה, ענה המשיב "לא יודע. אני רואה רק פנים".
- (-) המשיב מצטייר לחוקרים כדמות עדינה, לא כאדם אלים.

38. הצטברות הראיות דלעיל, חוצה לטעמי במובהק את רף "החשד הסביר" כנדרש בסעיף 13(א) לחוק המעצרים, גם בהתעלם מאמירותיו הלא מדוייקות בעליל של החוקר דסטה. לכן, איני רואה קשר סיבתי בין אמירות אלה, לבין החלטת בית המשפט להאריך את מעצרו של המשיב בשלושה ימים לצורך המשך החקירה.

בסיס ראייתי זה, ילווה אותנו בהמשך הדרך.

בין הארכת המעצר הראשונה לבין הארכת המעצר השנייה

39. בזכ"ד מיום 18.7.99, למחרת הדיון בבית המשפט, העלה רס"מ סוויד על הכתב שיחה שקיים עם המשיב לגבי הרגליו המיניים, ובשל צנעת הפרט, לא אדרש לדברים.

באותו היום נגבתה הודעה נוספת מהמשיב, בה טען כי אינו זוכר היכן היה בשעות הערב של יום האירוע, כי אפשר לבדוק זאת ביומנו, וכי אולי התנדב בפר"ח באותו יום. בתשובה לשאלה האם הוא נוהג להרכיב משקפי שמש בלילה, השיב המשיב בחיוב, ונימק זאת בכך שהוא מרכיב עדשות מגע ואינו רוצה שייכנס לו לכלוך לעין. המשיב אף אישר שהוא נוהג לחבוש כובעי קסקט, אך לא בשעות הלילה, וכי ברשותו חגורת עור חומה עם אבזם מוזהב.

לאחר שהודעתו הוקראה בפניו אמר המשיב: "אני רוצה שתשנה את המשפט למעלה שאני לא נוהג להסתובב עם כובעים". בתגובה שאל החוקר, רס"ר פואד מועדי, "אם כך מדוע אתה מחזיק כובעים", והלה השיב: "לא כולם שלי ואני נוהג בשנה האחרונה להסתובב עם כובעים של סמל בנק לאומי".

40. באותו היום הוכנס מדובב נוסף לשוחח עם המשיב. חלקו הגדול של התמליל אינו ברור, אולם ניתן למנות מספר אמירות הרלוונטיות לענייננו (הדגשות הוספו – י.ע.):

מדובב: מה השופטת אמרה, תמיד אומרת אם יש ראיות או אין ראיות.

משיב: היא אמרה לעו"ד תשמע, על פניו זו עבירה חמורה.

מדובב: לא. מה היא אמרה על הראיות?

משיב: הוא אמר לה, תשמעי, הקלסטרון שלהם לא בדיוק. היא אמרה לו, לי זה נראה דומה ובאמת אדם סביר יכול להגיד שזה נראה דומה, למרות שאני הייתי שמה עם משקפי שמש.

[...]

מדובב: ... שעשו DNA גם בשבילהם זה טוב איזה דבילים תאמין לי.

משיב: הם... את עצמם, התיק סגור, אנחנו לא צריכים את ה-DNA.

מדובב: אם יצא לך DNA חיובי מה תעשה?

משיב: חבל לי על הזמן, אני אודה, עדיף להודות מאשר להסתבך.

41. באותו יום נחקרה הקטינה פעם נוספת על ידי חוקרת ילדים, ובין היתר נתבקשה לתאר את השתלשלות העניינים ביום זיהוי המשיב:

קטינה: ... ואז הוא [אבי הקטינה – י.ע.] קרא לי ואז אני נכנסתי, ראיתי את האיש הזה, עברתי לידו, ולא יכלתי להסתכל עליו מרוב פחד, כי כל מי שאני מסתכלת עליו ברחוב ואני חושבת שהוא דומה, אני מפחדת ממנו, כאילו זה לא יוצא דופן, אז לא יכלתי להסתכל עליו ואז אבא שלי החזיר אותי הביתה.  
[...]

קטינה: ... אז אמרתי לאבא שלי שאני רוצה לחזור הבייתה, והוא שאל אותי – הוא דומה לו? ואמרתי – לא יודעת, מתוך פחד, ואז אמרתי לו – אני רוצה לחזור הבייתה וזהו”.

בנוסף, הקטינה תיארה את התוקף כאדם שעיר, שצבע עורו דומה לצבע העור שלה, אשר חבש כובע צהוב פשוט ורגיל (הקטינה אף ניסתה לציירו), עם מצחייה שכיסתה את פניו. בתשובה לשאלת החוקרת מה הסיכוי שהקטינה חושבת שהאיש מהסופרמרקט (המשיב) הוא התוקף בדירוג של 1 עד 10, השיבה הקטינה “תשע ורבע”, וכשנשאלה לפי מה תשע ורבע נימקה לפי “השיער, השערות בגוף, הגובה, המבנה, הצבע של הבגדים שלו, אולי הוא גם ככה לובש את זה כי הוא אוהב את הצבע הזה, ושזה הבית שלו והקול שלו”. הקטינה הוסיפה כי היא חושבת שתוכל לזהות את קולו, אותו תיארה כ”מנומס ואדיב”, אם תתבקש לעשות זאת. חוקרת הילדים ציינה בטופס עדות הילד, כי התרשמה שיש סבירות למהימנות עדות הקטינה ש”לא ניסתה להגזים ולהעצים בזיהוי ואף הביעה חשש מטעות”.

42. למחרת היום, ב-19.7.99, נשלחה דגימת רוק ושיער של המשיב לבדיקת מז”פ, ועל פי מזכרים שכתב מפקח יצחק שטרן, התקיימה שיחה עם פרקליטת המחוז, עו”ד גולדשמיט, לקבלת הנחיות להמשך חקירה. בהמשך היום התקיימה שיחה נוספת, בה ניתן אישור הפרקליטות להציג בפני המשיב חוות דעת חיובית כוזבת לגבי ממצאי ה-DNA. חוות דעת כוזבת אכן הוצגה למשיב במהלך חקירתו, אך המשיב דבק בגרסתו כי אין לו מה להגיד וכי אינו יודע במה מדובר. במהלך החקירה התנהלו, בין היתר, חילופי הדברים הבאים [השגאות במקור – י.ע.]:

חוקר: מהי תגובתך במידה ותשובת ה-DNA תהיה חיובית?  
משיב: אני ממשיך לטעון אותו דבר.

חוקר: מדוע אתה מסרב להצטלם?  
 משיב: בהתייעצות אים עו"ד שלי ניקבע שהסכים רק לבדיקת DNA וכל דבר אחר אני רוצה לדבר אם עו"ד.  
 חוקר: בחקירה הראשונה שלך שאני חקרתי אותך אתה פירטת מה אתה נוהג לעשות כל השבוע. תספר לי מה עשית בתאריך 18.7.99.  
 משיב: כמו שאמרתי אינני זוכר בדיוק מה היה באותו תאריך, אבל אים זה היה יום ריאשון אז יש שתי אפשרויות או שהלכתי לשכונת ותיקים לקיים מיפגש של התנדבות פרח או שעבדתי באופיס דיפו שפיים עד 23:15.  
 [...]

חוקר: אני מציג בפניך חוות דעת מומחה מהמטה הארצי מהמעבדות העוסקות בבדיקת DNA. אתה מוכן לקרוא את זה?  
 משיב: כן  
 חוקר: הם הבנת מה שקראת מהדו"ח?  
 משיב: הבנתי שיש ראיות DNA נגדי.  
 חוקר: רואים גם עכשיו כאשר כל הראיות האפשריות שדרושות נימצאות, רואים גם עכשיו אתה לא רוצה לקבל עזרה?  
 [...]

משיב: אני עדיין חש שאני לא זקוק לעזרה.  
 חוקר: מדוע סיפרת לי שאתה הולך אים משקפי שמש בלילה?  
 משיב: כפי שאמרתי קודם כשאני לובש עדשות אני מפחד שיכנס לכלוך לעין כמו אבק או עלים מעצים ולכן אני שם משקפי שמש.

בשלב זה שואל החוקר את המשיב לגבי הרגליו המיניים ואם היו לו בנות זוג, ושוב, לא ניכנס לפרטים מחמת צנעת הפרט.

חוקר: האם גם אחרי שקראת כמו עיניך את חוות ה-DNA של המומחה אתה לא מבין שיש כאן בעיה לך?  
 משיב: אני מבין שיש כאן בעיה גדולה. אני מבין שמצד אחד כל הראיות נגדי ויש גם זיהוי אבל אני לא מודע אני לא עשיתי זאת.  
 חוקר: איך אתה לא מודה כשיש כאלה ראיות נגדך?  
 משיב: לימדו אותי תמיד שלא מודים במה שלא עושים אבל אים עשית מעשה רע אז אסור לשקר.  
 חוקר: אבל הראיות אומרות שאתה כן עשית ואין אפשרות להתווכח אים הראיות האלה. מהי תגובתך?  
 משיב: מסכים שאין אפשרות להתווכח ועדיין חוזר על עמדתי.

43. בו ביום ערכה המשטרה ביקור בביתו של חניך פר"ח של המשיב. מדו"ח הפעולה עולה כי לדברי אמו של החניך, המשיב נהג להגיע אליהם בימי ראשון (אם כי לעתים לא הגיע), מהשעה 17:00 למשך כשלוש שעות, וכי סייע לבנה ולבתה בשיעורי הבית. החניך עצמו לא היה בבית באותה שעה, אך אחותו הייתה, ולדבריה המשיב עזר גם לה בשיעורים.

בנוסף, רס"מ סוויד התקשר באותו היום לאופיס דיפו, שם נאמר לו כי רק למחרת ניתן יהיה לבדוק אם המשיב עבד ביום ה-18.4.99. למחרת נשלח פקס מטעם אופיס דיפו, בו נאמר שהמשיב לא עבד ביום זה.

44. התמונה לא השתנתה גם לאחר תשאול נוסף שנערך למשיב באותו יום, בו נכתב כי המשיב אמר שהוא לא מדבר מאחר שעורך הדין ייעץ לו כך. כן ציין המשיב כי הוא יודע שהוא "תפור" בתיק. בדו"ח התשאול שחיבר רס"מ דני מרדכי, נכתב כי תחושתו הייתה שהמשיב מעוניין לדבר ולספר את האמת, אך הוא נמנע מכך בשל עצתו של עורך הדין [במאמר מוסגר: שוב נתקלים אנו בדו"ח תשאול בדרך של מזכר, ולטעמי, ראוי היה לגבות הודעה מסודרת מהמשיב ולא לכתוב את הדברים בדרך של מזכר].

הארכת המעצר השניה

45. ביום 20.7.99 הגישה המשטרה בקשה לבית המשפט להאריך את מעצרו של המשיב בשבעה ימים נוספים לצורך השלמת חקירה. בטופס הבקשה, בשורת "העובדות המהוות בסיס לחשד כנגד החשוד", צוין "עדות הקטינה הנפגעת שזיהתה את החשוד ב-16.7.99. חומר סודי נוסף שנמצא בתיק החקירה".

לעיונו של בית המשפט צורף דו"ח הכתוב בכתב יד, בו נכתבו, בין היתר, הדברים הבאים:

- (-) כי בבית המשיב נתפסו זוג כפפות שחורות מצמר, כמו גם זוג משקפי שמש וכובע מצחיה העונים לתיאור הקטינה.
- (-) כי הקטינה ציינה שהחשוד היה שעיר וכי בזמן הכנת הקלסטרון הדגישה שהיו לו שיערות באוזניים.
- (-) כי המשיב סירב שיצלמו את פניו ואת אוזניו.

- (-) כי המשיב זוהה על ידי הקטינה בסופר מרקט (תוך הפניה לחקירת הילדה על ידי חוקרת הילדים)
- (-) כי המשיב אף פעם לא התקומם וטען מה פתאום, אלא החזיק את ראשו בידיו ושתק (הפניה למזכרים).
- (-) התייחסות לדברים שאמר המשיב למדובב בנוגע לעובדה שהרכיב משקפי שמש ולכך שיודה אם תוצאות בדיקת ה-DNA תהיינה חיוביות.
- (-) התייחסות להצגת דו"ח ה-DNA הכוזב.
- (-) התייחסות להרגליו המיניים של המשיב.

כן פורטו פעולות החקירה שנותרו לבצע, ביניהן: עריכת מסדר זיהוי קולות, קבלת תשובת ה-DNA וחקירת אמו של המשיב (אשר לפי זכ"ד המדובב היא שאמרה למשיב לא להודות וכי תדאג לו לעורך דין). עוד ציין החוקר כי הקטינה הדגישה שהיו לתוקף שערות באוזניים ו"אכן ניתן לראות על החשוד שערות כאלה באוזניו למרות גילו הצעיר", וכי המשיב סירב להצטלם.

46. במהלך הדיון פנה בית המשפט (כב' השופטת א' טלמור) למשיב ושאל האם קיבל מכות משוטר במהלך החקירה, והלה השיב כי בחדר היו שלושה שוטרים שאחד מהם בעט בו מאחור. בא כוח המשיב טען באותה ישיבה כי המשטרה לא השלימה את בדיקת האליבי (בכך שלא התקשרה לרכז הפר"ח), וכי דגימות הרוק והשיער נלקחו מהמשיב רק ביום 19.7.99, בעוד שכב' השופטת רייך-שפירא הורתה למשטרה לעשות זאת בבוקר יום ה-18.7.99.

בהחלטתו, שניתנה על אתר, קבע בית המשפט כי יש ראיות לכאורה למעורבותו של המשיב בעבירה המיוחסת לו וכי המשטרה אינה יושבת בחיבוק ידיים אלא מבצעת פעולות חקירה רבות באופן שוטף וענייני. עוד נקבע כי האיחור בנטילת הדגימות מהמשיב אינו מהווה הפרת החלטתו של בית המשפט בהארכת המעצר הראשונה, שכן הדבר נבע מהתפתחות החקירה ומתיאומים שנעשו עם מז"פ. סופו של דבר, שבקשת המשטרה התקבלה ומעצרו של המשיב הוארך בשבעה ימים נוספים.

47. כאמור, טענת המשטרה כי המשיב זוהה על ידי הקטינה בסופרמרקט, אינה מדויקת כלל וכלל, והיא יותר בבחינת משאלת לב (wishful thinking) והסקת מסקנה מאשר תיאור נאמן של העובדות. בית המשפט קמא מתח ביקורת חריפה בעניין זה על המשטרה, ואין לי אלא להצטרף לדברים. עם זאת, אזכיר כי המשטרה הפנתה לדו"ח

חוקרת הילדים ושם, כאמור, הקטינה אמרה שהיא מזהה את המשיב בציון של "תשע ורבע" מתוך עשר.

48. בית משפט קמא מתח ביקורת על דברי המשטרה כי נתפסו כפפות צמר שחורות, וכי הכובע ומשקפי השמש עונים לתיאור הקטינה, בציינו כי צבע הכפפות לא צוין בדו"ח התפיסה; כי הכובע שנתפס לא היה כובע קסקט צהוב; וכי כלל לא ברור האם נתפסו משקפיים כהים עגולים, "שכן לא הובהרה צורת המשקפיים שנתפסו בבית התובע, וממילא לא ידוע האם מדובר במשקפיים כהים עגולים" (עמ' 10 לפסק דינו).

איני משוכנע כי המדובר באי דיוק היורד לשורשו של עניין. באשר למשקפי השמש, השוטרים יכולים היו להסיק זאת מהקלסטרון, ומכל מקום, כפי שנראה בהמשך, ביום 25.7.99 נערך מסדר זיהוי משקפיים, ומהמזכר של חוקרת הילדים עולה שהקטינה הצביעה מיד על משקפי השמש של המשיב כשהיא מציינת שהן "הכי דומות". הקטינה אמנם ציינה שהמשקפיים אינם זהים למשקפי התוקף, אולם ברי כי הדמיון בינם לבין משקפי השמש של המשיב היה רב, כך שבדיעבד, ניתן להיווכח כי טענת המשטרה באותה עת לגבי הדמיון בין משקפי השמש הייתה נכונה.

באשר לכובע שנתפס, אכן לא מדובר היה בכובע קסקט צהוב כגרסת הקטינה אלא בכובע מצחיה ירוק ועל כך עמד בית משפט קמא בפסק דינו בהדגשה יתרה. עם זאת, המסקנה כי החוקרים ביקשו בזמן אמת להטעות את בית המשפט בנקודה זו, מרחיקת לכת בעיניי. איני סבור כי יש להבחין בין קסקט לבין מצחיה בלשון בני אדם, ובשעת לילה, כאשר התוקף גוהר על הקטינה בחשיכה או בתאורה קלושה, איני משוכנע כי נקל להבחין בין צהוב לירוק. באשר לכפפות שנתפסו בבית המשיב, בדו"ח החיפוש אכן לא נזכר צבע הכפפות, ועל כך יש להצר, אך לא מובן מדוע הסיק בית משפט קמא כי צבע הכפפות שנתפסו לא היה שחור, כפי שתואר על ידי הקטינה.

סיכומו של דבר, שאיני שותף למסקנתו הנחרצת של בית משפט קמא "כי אף אחד מהמוצגים שנתפסו אינם תואמים את פריטי הלבוש שאותם תיארה קטינה".

49. באותה נקודת זמן הצטבר לחובת המשיב חומר חקירה נוסף. כך, בדבריו למדובב הוא ציין ש"הוא היה שם עם משקפי שמש"; כי אם בדיקת ה-DNA תצא חיובית הוא יודה במיוחס לו; כי הקטינה דירגה את הסיכוי שהמשיב הוא האנס בציון "תשע ורבע" מתוך עשר; כי פרט מסויים בהתנהגותו המינית של המשיב גרם לחוקרים

לקשר זאת למעשים המיניים שנעשו בקטינה; וכי המשיב סירב לצילום פניו ואוזניו. בנוסף, בדיקת טענת האליבי של המשיב נבדקה והעלתה כי הוא לא עבד באופיס-דיפו בערב האירוע, וכי נהג לשהות בבית חניך הפר"ח בימי ראשון עד השעה 20:00 לערך.

מנגד, הצגת דו"ח ה-DNA הכוזב לא הועילה למשטרה, ולמרות הצגתו המשיב דבק בגרסתו כי הוא חף מפשע. בערעור שבפנינו, טען בא כוח המשיב כי אילו עובדה זו הייתה מוצגת בפני בית משפט קמא, לא ניתן היה להעלות על הדעת שבית המשפט היה מורה על מעצרו של המשיב. כך סבר גם בית משפט קמא באומרו "משכך, הדעת גם נותנת, שאם החשוד אינו מודה, למרות קיומו הלכאורי של אותו דו"ח DNA כוזב, הרי שיש מקום לשנות את כיוון החקירה, ולשקול במלוא הרצינות שחרורו של החשוד, והמשך החקירה בכיוונים אחרים כדי לנסות ולאתר את הפושע האמיתי" (שם, פסקה 17 לפסק הדין).

איני סבור כך. ניסיון החיים מלמד כי יש ונאשמים עומדים בהכחשתם למרות הימצאות טביעות אצבע או ממצאי DNA מובהקים המוכיחים את הימצאותם בזירה. לא ארחיק עדותי ואפנה למקרה דומה שנדון אך לאחרונה, שם הוריתי על מעצר עד תום ההליכים של נאשם שנעצר שלוש שנים לאחר מעשה אינוס על סמך ממצאי בדיקת DNA, למרות שהכחיש את ההאשמה המיוחסת לו (בש"פ 5524/11 קאיקוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.8.2011); וראו גם פסק הדין אשר ניתן אך לפני מספר ימים בע"פ 8056/10 עווד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.11.2012), בו נדחה ערעורו של המערער על הרשעתו באינוס, חרף טענתו כי אינו יודע כיצד הגיע ה-DNA שלו לטבורה של המתלוננת ולחזייתה). ובקיצור, הכחשת חשוד למרות ממצאי DNA או טביעת אצבע, אינה אמורה להביא את החוקרים מיניה וביה למסקנה שהחשוד חף מפשע ויש לשחררו.

50. לטעמי, הראיות שעמדו לחובתו של המשיב בהארכת המעצר הראשונה, בצירוף הראיות הנוספות שהצטברו – כמו דברים שאמר המשיב למדובב וסירובו להצטלם – עמדו במובהק ברף של "חשד סביר" כנדרש בסעיף 13(א) לחוק המעצרים לצורך המשך הארכת המעצר. איני שותף למסקנתו הנחרצת של בית משפט קמא כי האופן השגוי בו תואר זיהוי הילדה בדו"ח הסודי שערכה המשטרה "ללא ספק היווה נדבך עיקרי בהחלטת בית המשפט להמשיך ולעצור את התובע" (עמ' 8 לפסק הדין). כאמור, המשטרה עצמה הפנתה בדו"ח האמור להודעת הקטינה כפי שנגבתה על ידי חוקרת הילדים, בה מתואר הליך הזיהוי כהווייתו ובו מזהה הקטינה את המשיב



בוודאות של תשע ורבע מתוך עשר. ובקיצור, אין קשר סיבתי בין הדרך הלא מדוייקת בה תוארו הדברים על ידי המשטרה בדו"ח הסודי לבין ההחלטה על הארכת מעצרו של המשיב.

בין הארכת המעצר השניה לבין הארכת המעצר השלישית

51. ביום מתן החלטתו של בית המשפט נחקרו במשטרה אחותו, אמו ואחיו של המשיב. יצויין שאחי המשיב העיד שהמשיב אינו מרכיב משקפי שמש אלא לעתים רחוקות מאוד. כן נחקרה אחותו של חניך הפר"ח, אשר אמרה כי המשיב עוזר לה לפעמים בשיעורי הבית.

למחרת נחקר גם ראש צוות פר"ח, אשר תיאר את מסגרת העבודה בפר"ח ואף צירף את דו"ח סיכום הפעילות אשר מילא בשעתו המשיב עצמו, ולפיו ביום ביצוע העבירה נערך "מפגש כפול" בן ארבע שעות בבית החניך, בין השעות 15:30-19:30 (כזכור, האירוע היה בשעה 20:00). בנוסף נחקרה רכזת פר"ח, אשר מסרה כי החניך היה מרוצה מאד מהמשיב, וכי ידוע לה שאחותו של החניך ביקשה שהמשיב יעזור גם לה.

בו ביום ערכה המשטרה בדיקה על מנת לעמוד על זמן הנסיעה ברכב מבית החניך ועד לבית המשיב. הנסיעה נערכה בשעה 19:15, וארכה 13 דקות וחצי, ורס"מ סוויד שנהג ברכב ציין כי בחלק מהרמזורים נתקל באור אדום.

כן נגבתה הודעה נוספת מאביה של הקטינה, אשר טען כי התנהגותה של הקטינה בשעה שחלפה על פני המשיב בסופרמרקט היתה חריגה וכי מעולם לא הגיבה כך כאשר הצביעה על מישהו הדומה לאנס. בנוסף הגיש האב שרטוט של משקפי שמש אשר בתו טענה כי הם דומים לזוג המשקפיים שהרכיב האנס.

52. במהלך אותו יום, ה-21.7.99, הגיש המשיב ערר לבית המשפט המחוזי (כב' השופטת ע' קפלן-הגלר) על החלטת בית משפט השלום להאריך את מעצרו בשבעה ימים. הדיון בערר התקיים למחרת, ביום 22.7.99. המשטרה הגישה לבית המשפט דו"ח סודי בו צויין כי טענת האליבי של המשיב אינה רלוונטית, שכן זמן הנסיעה מביתו של חניך פר"ח ועד לבית המשיב הוא כ-15 דקות, והעובדה שהמשיב לא ביקש החזרי נסיעה עבור אותו יום מעידה על כך שלא נסע באוטובוס, אלא ברכב המשפחתי אשר

אחותו העידה כי הוא נוסע בו לעתים קרובות. מכאן, שהיה למשיב זמן די והותר להגיע למקום האירוע ולבצע את המעשה.

בין מפקח יפתח רפאלי, היועץ המשפטי של תחנת המשטרה, לבין השופטת התנהלו חילופי דברים סודיים בכתב במהלך הדיון. מפקח המשטרה כתב כי אין בתשובה שלילית מבדיקת מז"פ כדי להפריך את החשדות כנגד המשיב, שכן מהחקירה עולה שהתוקף לא שפך זרע. בתשובה לכך כתבה השופטת "אם כך הדבר – מדוע נזקקת משטרה לאותן בדיקות? תמהני? יש לתת דף זה לעיון שופט מעצרים", והוסיפה "לאחר כתיבת הדברים מסר המפקח בביהמ"ש שלא בפתק, אלא בגלוי כי: על פי ממצאי הבדיקות שנערכו לאחר האירוע הייתה למשטרה חובה לקחת דגימות דם שיער ורוק ולהעבירן לצורך השוואה למעבדה ועדיין רואה המשטרה חשיבות בבדיקות אלה".

בהחלטת בית המשפט המחוזי נאמר כי בית המשפט השתכנע שיש צורך בהמשך החקירה והמעצר, אך יש לזרז את קבלת תוצאות הבדיקות ממז"פ. הערר נתקבל באופן חלקי, במובן זה שמעצרו של המשיב קוצר ביום אחד עד ליום 26.7.99 בשעה 10:00, אלא אם תינתן החלטה אחרת על ידי שופט המעצרים, וככל שתוצאות בדיקת מז"פ ינקו את המשיב מאשמה, על המשטרה להביא עוד קודם לכן את המשיב בפני שופט תורן על מנת לבקש את שחרורו.

53. עוד באותו יום נתקבל דו"ח חלקי ממז"פ, ולפיו הבדיקות אינן יכולות לחייב או לשלול את מעורבות המשיב, מאחר שבדיקת הקטינה בשעתו לא העלתה קיומו של פרופיל DNA זר. בתגובה לכך ביקש מפקח המשטרה מקצין אח"ק, כי במידה שתשובה זו מצריכה הבאת המשיב לבית המשפט לצורך שחרורו בתנאים – שיודיע לו על כך.

באותו היום נערך חיפוש נוסף בבית המשיב בניסיון לאתר חגורת מכנסיים, אך החיפוש לא העלה דבר. כמו כן, שוב הוכנס מדובב לתאו של המשיב. נביא להלן מעט מחילופי הדברים (הדגשות הוספו – י.ע.):

מדובב: הדברים שהם לקחו לך מהבית, יש דברים שאתה יודע מה לקחו לך?  
 משיב: מה פעם ראשונה כן, כמעט הכל. כמעט שום דבר זה לא קשור למקרה. חלק מהדברים זה סתם נסיבתי, להציג אותי אולי שיש לי אופי מוזר או משהו כזה. לא יודע, מה. אמרתי לך, קלטות.

[...]

משיב: ... חלק זה סתם תמונות שיש שמה כאילו קטעים מסרטים, בחורות עם ביקיני, קצת עירום של פלייבוי, אתה מבין? או כל מיני חוברות חלק לאשה, חלק סתם תמונות של בחורות. אמרה השופטת בדיון הראשון, זה לא אומר כלום.

[...]

משיב: או קונדומים... איזה פושע אני מחזיק קונדומים בבית.

מדובב: שיראו לי צעיר שאין לו היום את הדברים האלה בבית.

משיב: אתה מבין? בגלל זה הרגיז אותי בהתחלה שהם הכניסו את כל זה לחקירות, על זה הם רוצים לבנות את הקייס שלהם?

[...]

משיב: כן, אני יודע. אין לי בעיה לשוחח. אני לא נפתח כל כך מהר, אבל אם דברים מעניינים אין לי בעיה בכלל. מדובב: לא. אמרתי לך, אני... הרגשתי קירבה אליך, ואני מדבר אותך על כל נושא.

משיב: לא. אומרים שיש לי את זה, שאני גם יודע להקשיב, וגם מבין עניין מהר. זה מצליח לי בעיקר עם ילדים. אני אוהב מאוד ילדים.

מדובב: גם אני אוהב ילדים.

בזכ"ד שכתב השוטר ירון וסקר, נכתב כי בהאזנה לתא המעצר של המשיב הוא שמע אותו מספר לשותפו לתא "שהוא מאוד אוהב ילדים וכן שהוא נמשך לילדים" (הדגשה הוספה – י.ע.). המדובר בתוספת פרי דמיונו של השוטר וסקר, אשר בחקירתו הנגדית, תירץ את הדברים בכך ש"היה משהו בקונוטאציה של אוהב ילדים" כהתבטאות בעלת אופי מיני. דבר גרר דבר, ובטיעונה לבית המשפט בהליך הבקשה למעצר עד תום ההליכים, טענה באת כוח המדינה כי המשיב אמר למדובב "שהוא אוהב מאוד ילדים ונמשך אליהם וקשה לו להיפתח למבוגרים אלא רק לילדים קטנים" (עמ' 32 לפרוטוקול מיום 15.8.99). אין לנו אלא להצטרף לביקורת הנוקבת והמוצדקת שהשמיע בית משפט קמא בהקשר זה על השוטר וסקר, אשר הופעתו בבית המשפט הייתה ככל הנראה אומללה למדי. כך, מציין בית משפט קמא בנושא זה:

"בחקירתו בבית המשפט נשאל וסקר, היכן שמע את המילים 'נמשך לילדים' בהאזינו לדיבוב. בסעיף 15 לתצהירו ניסה וסקר 'לתקן' את האמור בזכ"ד – אותו זכ"ד שהוצג גם לשופטי המעצרים! – באומרו שהאמור בזכ"ד נובע מהתרשמות. היות והאמור בזכ"ד צבע את אהבתו של התובע לילדים בצבע מיני, נשאל

וסקר מדוע התרשם כך, אולם לאחר סדרה ארוכה של התחכמויות והתחמקויות, הוא הואיל להודות, כי לא שמע את התובע אומר שהוא נמשך לילדים, ולא היתה בפיו תשובה, מדוע רשם כך בזכ"ד למעט העובדה, שכך הוא התרשם למשמע הדברים ?? (עמ' 365 – 362 לפרוטוקול). ופעם נוספת, אין מנוס מהמסקנה המצערת, שבמסגרת נסיונותיהם הבלתי נלאים של השוטרים להביא למעצרו ולהרשעתו של התובע, הם לא בחלו בהמצאת ראיות יש מאין, בבחינת – המטרה מקדשת את האמצעים. ואכן, בתגובת הפרקליטות לבקשה לפי סעי' 80, הודתה נציגת הפרקליטות – עו"ד משאלי, כי הוסף משפט שקרי מפליל, קרי: הוצגו בפני בית המשפט עובדות שקריות" (שם, סעיף 21 לפסק הדין).

54. ביום שבת, 24.7.99, נחקר המשיב שוב, מבלי שהחקירה העלתה דבר, והוכנס לתאו מדובב נוסף. בשיחתו עם המדובב התייחס המשיב לחקירה, ציין שהחוקרים ניסו לשדל אותו להודות, שכן הוא "קבור וסגור לגמרי", ש"הכל סגור", ושהדבר יהיה בטובתו. לדברי המשיב הוא ניסה להיות יותר תקיף בתשובותיו, ואמר לחוקר "שיתחילו לחשוב על אופציה שאולי זה לא אני". כן טען המשיב שמתנהל "מסע צלב נגדי... שיצליח". המשיב העיר ש"אין ספק שכרגע הכל נגדי. אבל... ה-DNA. ואולי יהיו עוד דברים. בסך הכל אני מאמין שאני נקי. אז טוב". לאמירת המדובב כי נראה שהוא מיואש, ענה המשיב "לא בכלל לא. סתם מחשבות. מיואש? להיפך. הוא יכול לדבר כמה שהוא רוצה. אין לו שום דבר חדש נגדי. ואני מאמין הלאה שלא עשיתי. טוב. נחיה ונראה". המשיב אף אמר שהוא מבין את כעס המשטרה, שגם הוא היה מתעצבן, כי זה מקרה מזעזע שכל אחד היה רוצה למצוא את מי שביצע אותו, וכי הוא יוכיח את צדקתו.

בהמשך שאל המדובב את המשיב מדוע הוא לא בונה לעצמו אליבי. על כך השיב המשיב: "אני כן בונה. אבל הוא לא חזק. מה אני יעשה? אני לא יכול להמציא משהו שלא קיים. אני מנסה להזכר בכל דבר שהייתי יכול לעשות. אני לא מצאתי, כרגע, משהו חזק. מה אני יעשה?".

עוד שוחחו השניים על האפשרות לעשות עיסקה עם המשטרה ועל נכונות

המשיב לעמוד למסדר זיהוי חי:

מדובב: חשבת על אפשרות של עיסקה?  
 משיב: עיסקה על מה? בשביל עיסקה, אני צריך לתת להם מידע. אין לי כלום מה לתת להם. אני לא מטומטם.  
 אם היה משהו כבר הייתי נותן...  
 [...]

מדובב: אתה מוכן לעמוד למסדר זיהוי חי?  
 משיב: אני עוד מחכה לתוצאות. אבל בהנחה שאני  
 מאמין שאני חף מפשע, ואני מאמין. אז אני לא רואה  
 סיבה להסתיר את עצמי, כאילו.  
 מדובב: אני שואל אותך: אתה מוכן לעמוד למסדר זיהוי  
 חי?  
 משיב: אני חושב שכן. אני לא רואה בזה בעיה. למרות  
 שזה יכול להפליל אותי. בסוף אם היא זיהתה פעם אחת,  
 אין סיבה שלא תזהה פעם שניה.  
 [...]

משיב: בגלל זה עד עכשיו דחינו אותה לגבי מסדר זיהוי.  
 אבל בסוף יכול להיות שלא תהיה ברירה. רק אם אני  
 אסרב, אז זה, כאילו, יש לי מה להסתיר. ואין לי מה  
 להסתיר.  
 מדובב: אז אתה אומר שסרכתם עד עכשיו?  
 משיב: לא בדיוק שסרבנו. פשוט ניסינו להתעלם מזה..  
 אחרים שיכולים להוציא אותי. למה לתת להם משהו,  
 אותי על מגש, כמו שאומרים, בעניין שיכולים להוציא  
 אותי. צריך להיות עם טקטיקה, צריך להיות עם ראש.  
 [...]

מדובב: זה מה שאני שואל. אז לא התעלמתם.  
 משיב: אבל גם אם כן. בית המשפט קבע שכרגע יהיו רק  
 בדיקות. אז למה אני אלך ואסכים למשהו שאפילו בית  
 משפט עוד לא ביקש? רק בגלל שהם מבקשים? אני לא  
 צריך לתת את עצמי על מגש כאילו. אתה אומר בעצמך:  
 אם היא זיהתה אותי פעם אחת, היא יכולה לזהות פעם  
 שניה. כאילו. אני לא מטומטם.

בתמלול נוסף (המתועד בכתב יד) מאותו היום, ממשיך המשיב לעמוד על  
 חפותו, ומסביר שהסכים לבדיקת DNA מאחר שיודע שלא התקרב לקטינה, ושהוא  
 מנסה להיזכר מה עשה באותו היום כדי לחזק את האליבי שלו.

55. באותו היום נגבתה מאבי הקטינה הודעה נוספת בנוגע לנסיבות זיהוי המשיב  
 בסופרמרקט. האב הסכים לעריכת מסדר זיהוי משקפיים וחזר על עיקרי הודעתו  
 הקודמת. בתשובה לשאלת החוקר האם בתו הגיבה בצורה דומה בפעמים אחרות בהן  
 הצביעה על אדם הדומה לאנס, השיב האב בשלילה, וטען כי במקרים אחרים בתו  
 הייתה רגועה והתנהגה בשיקול דעת.

56. על פי זכ"ד מפקח יצחק שטרן, למחרת, ביום 25.7.99, הגיעו הקטינה והוריה  
 לתחנת המשטרה לצורך מסדר זיהוי המשקפיים, כאשר עם הגעתם הבחינה הקטינה

במשיב, אשר בדיוק באותה העת נפגש עם עורך דינו. על פי המתואר, הקטינה "מיד פרצה בהיסטריה של בכי דמעות ורעדים", ונלקחה למשרדי הנוער שם הרגיעו אותה.

בהמשך נערך מסדר זיהוי המשקפיים, בנוכחות סניגורו של המשיב, אשר אף בחר את משקפי השמש וסידר אותם כרצונו. על פי המזכרים של חוקרת הילדים ושל עורך המסדר, מפקח שטרן, הקטינה הצביעה מיד על משקפי השמש של המשיב, תוך שהיא מציינת שהן "הכי דומות" אך לא זהות באופן מוחלט. לדברי הקטינה, העדשות של התוקף היו יותר כהות, היא חושבת שקצה המשקפיים לא היה מפלסטיק אלא מברזל (ומסבירה שלא ממש ראתה את קצה המשקפיים) ושצורתם היתה יותר אליפסה. לאחר מספר דקות נערך מסדר זיהוי נוסף, והפעם אמרה הקטינה שמשקפי השמש של התוקף אינם בין המשקפיים שהוצגו לה. אציין כי משני המזכרים שנכתבו בנושא לא ניתן להבין אם אותו זוג משקפיים מהמסדר הראשון נכלל גם במסדר השני, אך ככל הנראה כך היה, דהיינו, שבמסדר השני הקטינה לא זיהתה את המשקפיים.

57. באותו היום הציגה המשטרה בפני המשיב את המדובב שהוצב בתאו בתחילת מעצרו. המשיב הופתע, אך דבק בגירסתו שהוא חף מפשע. החוקרים עימתו אותו עם משפטים שאמר, כמו דבריו כי הקלסטרון דומה, איך זיהתה כי היה עם משקפיים – ולכך ענה המשיב כי "יכול להיות שזאת הייתה פליטה!". בשלב זה סירב המשיב לענות על עוד שאלות, באומרו כי "עדיף לי לשתוק, כל תשובה לא תיראה פה בסדר", והמשיך להכחיש את מעורבותו במעשה.

כשחזר המשיב לתא, שוחח עם שותפו לתא, אשר היה אף הוא מדובב. וכך נאמר על פי תמליל חלקי, הכתוב בכתב ידו של החוקר ירון וסקר (הדגשה הוספה):

משיב: כלום, העלו אותי למעלה, הציגו לי מישהו,  
כמעט מיד זיהיתי אותי.  
מדובב: נו...  
משיב: זהו, יש שם איזה שני משפטים וחצי שכאילו  
קושרים אותי, משמשים ראיה נגדי, זהו, ניסו שוב לדבר  
איתי שאני יודה.  
[...]

מדובב: בקיצור הפללת את עצמך יעני אצלו?  
משיב: כנראה, ולא עשיתי כלום, אני ילך לכלא? על מה  
על דברים שאמרתי?

58. בחקירה נוספת שנערכה למשיב באותו יום, הוא נשאל על טענת האליבי שלו. המשיב אישר כי כאשר היה נוסע ברכבו הפרטי לבית חניך פר"ח שלו הוא לא דרש הוצאות נסיעה. לאחר שהוצג בפניו הדו"ח שמילא בשעתו לפר"ח, ואשר ממנו עולה כי לא מילא הוצאות נסיעה עבור יום האירוע, המשיב ענה כי הוא לא זוכר באופן ספציפי אם באותו יום נסע לבית החניך ברכבו או באוטובוס, וכי ככלל, בכ-40% מהמקרים נסע ברכבו ובכ-60% באוטובוס.

באותו יום נפגש מפקח שטרן עם סניגורו של המשיב וביקש לאפשר לצלם את פניו של המשיב. הסניגור התנגד בנחרצות. מפקח שטרן שאל האם הוא מוכן למסדר זיהוי קולות, וגם לכך התנגד הסניגור.

בו ביום הוגשה לבית משפט השלום הצהרת תובע לפי סעיף 17(ד) לחוק המעצרים, לפיה לאחר עיון ראשוני בחומר ולאחר דיון ראשוני בתיק החקירה, עמדת הפרקליטות היא כי יהיה מקום להגיש כתב אישום נגד המשיב ולבקש את מעצרו עד תום ההליכים.

הארכת המעצר השלישית

59. ביום 26.7.99 הוגשה לבית המשפט בקשה להאריך את מעצרו של המשיב בשלישית, למשך חמישה ימים לשם השלמת חקירה והגשת כתב אישום. בפירוט העובדות המהוות בסיס לכתב האישום נכתב: "עדות הקטינה, חומר חקירה סודי, זיהוי החשוד ע"י הקטינה, מוצגים שונים הקושרים את החשוד לעבירה".

במהלך הדיון נענה בית המשפט (כב' השופט ה' גרובס) לבקשת בא כוח המשיב לדעת מה תוצאות בדיקת ה-DNA, באומרו כי הבדיקות אינן יכולות לחייב או לשלול את מעורבות המשיב, וזאת מסיבות טכניות בלבד.

לשאלת הסניגור, השיב השוטר רפאלי כי טענת האליבי נבדקה ונמצאה כלא נכונה. הסניגור עצמו התייחס בדיון בעיקר לסוגיית שחרור המשיב לחלופת מעצר, ואף טען כי גם אם המשיב עשה את המיוחס לו או שיש ראיות לכאורה לכך, הרי שמדובר במקרה חד פעמי שאירע בסמוך מאוד לביתו, וכי אין טענה לסיכון אחר לשלום הציבור או של ניסיון כלשהו להדחה. המשטרה התנגדה לשחרור המשיב לכל חלופת מעצר.

בהחלטתו להאריך את מעצרו של המשיב, קבע בית המשפט "שבכל קנה מידה יש ראיות כנגדו וגם עילה להמשך מעצרו לאור חומרת המעשים, לכאורה מדובר באדם שהוא מסכן את הציבור". בית המשפט הוסיף שהדיון לגבי מעצרו של המשיב עד תום ההליכים יתנהל בפני בית המשפט שבו יוגש כתב האישום, קרי בית המשפט המחוזי. כן צויין שההחלטה לא נבעה מהעובדה שהמשיב לא גיבש חלופת מעצר, שכן בנסיבות העניין אין אפשרות לקבל חלופה.

מעצרו של המשיב הוארך אפוא בחמישה ימים נוספים לצורך השלמת פעולות חקירה והגשת כתב אישום.

60. בעת מתן החלטת בית המשפט להאריך את מעצרו של המשיב בשלישית, הצטברו לחובת המשיב הממצאים הנוספים הבאים:

- (-) אחיו של המשיב מסר בחקירתו שהמשיב אינו מרכיב משקפי שמש אלא לעתים רחוקות מאוד, בניגוד למשתמע מדברי המשיב.
- (-) האליבי של המשיב הופרך - בדו"ח הפעילות שמילא המשיב בשעתו בכתב ידו, נכתב כי ביום האירוע הוא ערך "מפגש כפול" בן ארבע שעות בבית החניך, בין השעות 19:30-15:30, כאשר נסיעת מבחן הוכיחה כי המרחק במכונית בין בית החניך לבית המשיב אורכת כ-13 דקות וחצי. מאחר שהמשיב לא ביקש הוצאות נסיעה עבור היום בו בוצעה העבירה, הדבר העיד על כך שבאותו יום נסע במכונית ולא באוטובוס.
- (-) כאשר הקטינה הגיעה לתחנת המשטרה לצורך מסדר זיהוי המשקפיים, היא נתקלה במשיב ומיד פרצה בכי והגיבה בהיסטריה.
- (-) במסדר זיהוי המשקפיים הראשון הקטינה הצביעה מיד על משקפי השמש של המשיב ואמרה כי הם הכי דומים לזוג שהרכיב התוקף, הגם שהם לא זהים.
- (-) בא כוח המשיב סירב לצילום פניו של המשיב וסירב למסדר זיהוי קולות.

מנגד, ניתן להצביע על עמידתו האיתנה של המשיב ודבקותו בגירסתו והבעת אמון עצמי בצדקתו, גם בפני המדובבים וגם לאחר שהוצגו לו חילופי דברים שנערכו בינו לבין אחד המדובבים.

61. עם כל אי הנחת מהזכ"ד של השוטר וסקר או מאי הדיוקים והפגמים שנפלו בחלק מהראיות שהוצגו בפני בית המשפט בהליכי המעצר הקודמים, הרי שלא אלו הביאו את בית המשפט להורות על הארכת מעצרו של המשיב. בהחלטתו ציין השופט



כי "דובר בתיק עם חומר רב, בזמן שעיינתי בתיק לא קראתי את מלוא חומר הראיות, קראתי בעיון את התלונה של המתלוננת, את הדיונים שקדמו לדיון זה בפני שופטים אחרים כולל ערר בפני כבוד השופטת קפלן, ומזכרים שונים שהוגשו לשופטים במהלך הדיונים". בשלב זה, כבר הצטברו לחובת המשיב כמעט כל הראיות שעמדו בפני בית המשפט בשלב המעצר עד תום ההליכים לאחר הגשת כתב האישום. המדובר במסכת ראייתית נכבדה למדי, ומבלי להקל ראש באמירות הכוזבות והלא מדוייקות של חוקרי המשטרה, הרי שמשקלן כמעט בטל בשישים נוכח מסכת הראיות. ובקיצור, אין קשר סיבתי בינן לבין החלטת בית המשפט להאריך מעצרו של המשיב בפעם השלישית.

הגשת כתב האישום וההחלטה על מעצר המשיב עד תום ההליכים

62. ביום 30.7.99 - שבועיים לאחר שהמשיב נעצר לראשונה ביום 16.7.99 - הוגש לבית המשפט המחוזי כתב אישום המייחס לו עבירה של מעשה סדום, וכד בכד בקשה למעצרו עד תום ההליכים. בא כוח המשיב ביקש דחיה לצורך צילום התיק ולימוד החומר, תוך שמירת הזכות לטעון במישור הראיות לכאורה לאחר עיון בחומר הראיות.

ביום 10.8.99 התקיים דיון בבית המשפט המחוזי (כב' השופטת ב' אופיר-תום), במהלכו טען הסניגור כי נעצר אדם בחיפה המתאים לקלסטרון, וכי יש מקום לערוך מסדר זיהוי. באת כוח המדינה טענה כי היא צריכה להתייעץ בעניין. בית המשפט קבע כי על התביעה והמשטרה לשקול בכובד ראש את דברי הסניגור, אותם הגדיר בית המשפט כ"סבירים ודורשים פעולה בהתאם", ודחה את מועד הדיון ליום 15.8.99, תוך הבעת תקווה שהצדדים יתייחסו באופן ענייני לטענת הסניגור.

ביום 12.8.99 הועבר מזכר מאת רמ"ח נוער חיפה בעניין תיאורו של העצור בחיפה. במזכר נכתב כי מדובר בעצור כבן 15, גובהו 1.75 מ', מבנה גוף בריא, שיער קצר מתולתל, נוהג לחבוש כובע מצחיה, גוון עור שחום עד בהיר, ממוצא ערבי ודובר עברית וערבית, לעצור אין שערות באוזניים, ואין לו כל מבטא ערבי.

63. ביום 15.8.99 התקיים הדיון בבקשה למעצרו של המשיב עד תום ההליכים. עם פתיחת הדיון טען בא כוח המשיב כי לא נערך מסדר זיהוי. באת כוח המדינה השיבה שהוראת בית המשפט לא הייתה לערוך מסדר זיהוי אלא לערוך בדיקה לגבי אפשרות זו. באת כוח המדינה הוסיפה כי בדיקה שכזאת נערכה, כי ישנם מאפיינים המאבחנים בין העצור בחיפה לבין המשיב וכי יש די והותר ראיות הקושרות את המשיב למעשה.

בית המשפט החליט כי ישמע את הטיעון בבקשה לגופה, כאשר בסיום טיעוני הצדדים תיקבע עמדתו לגבי הצורך לקיים מסדר זיהוי.

בנקודה זו החלו הצדדים לטעון לגופן של ראיות. באת כוח המדינה האריכה ופרשה בפני בית המשפט את החומר אשר על בסיסו הוגש כתב האישום. מנגד, בא כוח המשיב טען כי חלק מהאמור בזכ"דים הוא שקרי, כי חלק מהדברים שנרשמו כלל לא נאמרו בקלטות החקירה, וכי מדובר בהפללה, תוך שהוא מתייחס בהרחבה לקשיים העולים מחומר הראיות-לכאורה.

64. החלטת בית המשפט ניתנה כעבור שלשה ימים, ביום 18.8.99, וניכר ממנה כי בית המשפט בחן את חומר הראיות לעומקו ולרוחבו, וכי ההחלטה קשתה עליו. את החלטתו פתח בית המשפט במילים הבאות:

"התיק נשוא בקשה זו למעצרו של המשיב עד תום ההליכים נגדו, תיק קשה הוא, כדי כך שהצורך לקבוע בו קיומה של תשתית ראייתית לכאורית לעניין המעצר, הופך להיות משימה בלתי אפשרית כמעט, בבחינת אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי. אוי לי מיוצרי, אם ייעצר המשיב מבלי שהיה זה אכן הוא שביצע את המעשה הנפשע המיוחס לו בכתב האישום נשוא בקשה זו. ואוי לי מיצרי, אם לא ייעצר, אם בפועל הוא שאחראי למעשה הנבלה".

לאחר שתיאר את נסיבות ביצוע העבירה וזיהוי המשיב, וציין שבאי כוח הצדדים ניתחו בפירוט רב את חומר הראיות לכאורה, בית המשפט העיר (הדגשה הוספה – י.ע.) –

"חזרתי ובחנתי איפוא, בדחילו ורחימו, ככל שעלה הדבר בידי, את התיק עב הכרס שהוגש לי על ידי התובעת, תוך ניסיון לעמוד על העולה ממנו. עיינתי בדברי הילדה, בדברי אביה, בדברי הנאשם עצמו, וכן בתמלילי שיחותיו עם המדובבים שהושמו בתאו וניסו ככל יכולתם לחלץ דברים מפיו. הפרשה בעיני, נשארה גם לאחר עיון זה, מורכבת וקשה עד מאד לפיענוח. רק הניסיון החוזר להרכיב את התמונה המתקבלת, לפרקה לאחר מכן, ולנסות להרכיבה מחדש מכל זווית אפשרית, סייע בידי בסופו של דבר להגיע להחלטה".

65. בית המשפט עמד בהחלטתו על כך שהתביעה נשענת על שלשה רבדים עיקריים של ראיות-לכאורה: הרובד האחד – הודעות הקטינה בפני חוקרת הנוער וזיהוי המשיב על ידי הקטינה פעמיים, גם אם לא זיהוי וודאי. הרובד השני – הקלטות הסתר שנערכו למשיב שעה ששוחח עם המדובבים בתאו, במהלכן הכחיש את המיוחס לו, אך נכשל

(כך לטענת התביעה) במספר פליטות פה. הרובד השלישי – חקירת המשיב במטרה, הודעותיו, התנהגותו, הפריטים החשודים שנתפסו בביתו ודוחות השוטרים.

מכאן פנה בית המשפט לדון בחומר הראיות לכאורה:

(-) פליטות הפה של המשיב – בית המשפט פירט את "פליטות הפה" של המשיב, תוך תהייה האם אמנם מדובר ברגעים של אי עמידה על המשמר מצידו: האחת – בהתייחסו לקלסטרון טען המשיב שהוא באמת דומה, "למרות שאני הייתי שמה עם משקפי שמש". בית המשפט העיר כי אמירה זו מותרת חותם קשה על השומע, שהרי ניתן לצפות מאדם חף מפשע שיגיד שזה לא הוא; השנייה – בתשובה לשאלת המדובר מה יעשה אם בדיקת ה-DNA תקשור אותו לאירוע, ענה המשיב "חבל על הזמן אני אודה, עדיף להודות מאשר להסתבך"; השלישית – בה ענה למדובר אשר שאל אם הקטינה רוסיה "לא, לא חושב". המדובר שאל אם היא ישראלית, ועל כך ענה המשיב "נראה לי ככה, לא מכיר אותה". באותה שיחה שאל המדובר אם הקטינה נראית מתחת לגיל שלה, והמשיב ענה "לא יודע. אני רואה רק פנים".

(-) הקלסטרון – בית המשפט ציין בהחלטתו כי "אכן קיים דמיון מפתיע בין הקלסטרון שהוצג לי, ובין פניו של הנאשם, שבהם חזרתי והתכוונתי שוב ושוב במהלך הדיון, בניסיון למצוא נקודות של שוני. במיוחד התרשמתי מן הדימיון בחיתוך הפה והשפתיים וממיבנה הפנים בחלקם התחתון".

(-) זיהוי המשיב – בית המשפט ציין כי הילדה זיהתה את המשיב פעמיים והגיבה לכך בהיסטריה. יש לציין כי בית המשפט הדגיש שאין מדובר בזיהוי על פי הכללים שבדין.

(-) החפצים שנתפסו בבית המשיב בחדרו – שני כובעי מצחיה, שלשה זוגות משקפי שמש ושני זוגות כפפות. עוד ציין בית המשפט כי הילדה הצביעה במסדר זיהוי המשקפיים על משקפי השמש של המשיב כעל משקפיים הדומים למשקפיו של התוקף.

(-) טענת האליבי – בית המשפט העיר כי אליבי זה נראה כבלתי מועיל למשיב, שהרי אין חולק שעזב את בית החניך בשעה 19:30 במכוניתו (ולא באוטובוס), וכי זמן הנסיעה לביתו אורך כ-13 דקות וחצי. עם זאת, בית המשפט העיר כי החישוב הוא

פרובלמטי, שהרי מדובר באירוע שהתרחש שבועות רבים קודם לכן, ואין מקום להתפלא שהמשיב טוען כי כלל לא זוכר מה עשה באותו היום.

(-) סירובו של המשיב לביצוע מסדר זיהוי קולות – בפרט על רקע התייחסות הקטינה בהודעתה לקולו המיוחד של האנס, ולדבריה כי האנס דיבר איתה לאורך כל ההתרחשות.

(-) חוסר שיתוף פעולה – מיד עם תחילת החקירה המשיב סירב לענות לשאלות החוקרים, בהבהירו כי אינו רוצה לענות, כי אינו זוכר וכי רוצה להפסיק את החקירה. בנוסף, דבריו למדובב מהם עולה כי הוא מנהל מלחמה פסיכולוגית נגד החוקרים.

(-) שערות באוזניים – הילדה הדגישה במהלך הכנת הקלסטרון כי האנס היה שער, לרבות באוזניו. בית המשפט ציין כי בא כוח המשיב הדגיש בטיעונו בפניו כי אין רואים כלל שערות באוזניו של המשיב, אלא שהמשיב בעצמו, בשיחה עם המדובב, אמר "מה אני אשם שיש לי שערות בולטות? להרבה אנשים יש באוזן. אבל כשזה מתחבר זה מתחבר... אתה מבין?". ובסיכום החלטתו חוזר בית המשפט ומציין את "הסימן הייחודי כמעט של השערות באוזניים שבקיומן הודה הנאשם, ואשר משכו משום מה את תשומת ליבה של הילדה", וכן את "סירובו, באמצעות בא כוחו בעת החקירה, לבצע מסדר זיהוי קולות ולהצטלם".

מנגד, בית המשפט העיר כי יש צדק בדבריו של הסניגור, כי בלא זיהוי ודאי, אם במסגרת של זיהוי חי ואם במסגרת של תמונות, "נשארים ספקות בלב שאינם מרפים". בית המשפט הדגיש כי גם אם זיהוי המשיב יש בו אלמנטים של זיהוי ספונטני, נפקותו מוטלת בספק, שהרי הקטינה בעצמה הבהירה שאין לה בטחון בזיהוי. עם זאת, בית המשפט הזכיר כי הקטינה דירגה את וודאות הזיהוי על "תשע ורבע" מתוך עשר.

66. סופו של דבר, שבית המשפט נעתר, לא בלב קל, לבקשת המדינה, באומרו כי לאחר שבחן ושב ובחן את החומר ואת התמונה בכללותה, הגיע למסקנה בדבר קיומה של תשתית ראייתית שאין לבטלה – הגם שעולים ממנה ספקות – המחייבת מעצרו של המשיב עד תום ההליכים נגדו.

למחרת בוצעה הקראת כתב האישום והמשיב כפר ומסר בכתב את טענת האליבי שלו ולפיה "במועד הרלוונטי שמש כחונך פרח לילד בן העדה האתיופית המתגורר עם משפחתו ב... במקום זה שהה עד שעה 19:30 לערך. לטענת הנאשם, בכפוף לכפירה הנ"ל לא ניתן להגיע משם לזירת העבירה בפרק זמן כה קצר בהתחשב במרחק, מיקום תנאי ושעות התנועה".

67. החלטת בית המשפט המחוזי להורות על מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים, ניתנה אפוא לאחר שהצדדים טענו לעומקן של הראיות לכאורה ובא כוח המשיב עמד על הקשיים העולים מחומר הראיות. בשלב זה, כאשר חומר הראיות כבר הונח בפני המשיב וסניגורו, ברי כי משקלן של האמירות הלא מדוייקות ואפילו הכוזבות של המשטרה לגבי חומר הראיות, פחת עוד יותר. בשלב זה, התמלילים והחקירות עמדו בפני הצדדים. סניגורו של המשיב יכול היה כבר לדעת, וכך גם טען, כי המשיב לא אמר למדובב שהוא נמשך לילדים; שהכובע שנתפס היה ירוק ולא צהוב; מה התרחש בסופרמרקט כאשר הקטינה הובאה על ידי אביה לזהות את המשיב; כי המשיב עמד על חפותו למרות שהוצג לו דו"ח כוזב לגבי ממצאי ה-DNA ועוד. החלטת בית המשפט המחוזי – שבית משפט קמא בקושי הזכיר בפסק דינו – מדברת בעד עצמה, וניכר ממנה כי בית המשפט העמיק חקר בראיות-לכאורה בתיק, ללא "תיווך" או "פרשנות" של המשטרה, כך שאף לא אחד מבין "אי הדיוקים" שנכללו בדו"חות המשטרה הוא שהניע את בית המשפט להחליט כפי שהחליט. כך, לדוגמה, בית המשפט הדגיש כי נפקותו של זיהוי המשיב על ידי הקטינה מוטלת בספק. ובקיצור, אין קשר סיבתי בין השיבושים והפגמים בדרך בה הוצגו חלק מהראיות על ידי המשטרה בשלבים קודמים, כאמור לעיל, לבין ההחלטה למעצר עד תום ההליכים.

68. פירטנו לעיל את הראיות עליהן השתית בית המשפט המחוזי את החלטתו, כנדבך נוסף לראיות עליהן עמדנו בשלבים קודמים. נוכח כל אלה, אני מתקשה מאוד לקבל את מסקנתו של בית משפט קמא כי "הראיות וחלקי הראיות לא היו אלא אפס אפסים במקרה הטוב" ואת הביקורת החריפה שמתח על משפטני הפרקליטות אשר כלשונו "לא הבחינו באפס הראייתי בתיק זה, והכיצד התפתו להסתמך על חלקי אמיתות וחלקי עדויות כדי לבסס הגשת כתב אישום?! (סעיף 15 לפסק הדין).

לטעמי, גם בראיה בדיעבד של הדברים, הקונספציה החקירתית בשלב זה, בהתחשב במכלול הראיות-לכאורה, הייתה סבירה ובגדרי חובת הזהירות של המשטרה והתביעה, מה עוד שלוותה לכל אורך הדרך בביקורת שיפוטית צמודה וקיבלה

גושפנקא של בית המשפט במספר ערכאות ובמספר הליכים (והשוו לעניין חגי יוסף, בפסקה 105).

הגשת ערר לבית המשפט העליון, ביצוע מסדרי זיהוי קולות ופעולות חקירה נוספות, שחרור המשיב

69. ביום 31.8.99, כשבועיים לאחר החלטתו של בית המשפט המחוזי בדבר מעצרו של המשיב עד תום ההליכים, הגיש המשיב ערר לבית המשפט העליון. כתב הערר, אשר החזיק 29 עמודים, התייחס בפירוט לחומר הראיות-לכאורה ולקשיים העולים ממנו, וכלל טענות לגבי סוגיית זיהוי המשיב, מחדלי חקירה וניסיונות המשטרה לקשור אותו למעשה לרבות באמצעות שקרים ואלומות.

בכתב הערר העלה המשיב לראשונה טענת אליבי חדשה, ולפיה ביום האירוע הוא שהה בביתו של חניך פר"ח בין השעות 17:30-21:30 (ולא עד השעה 19:30 כפי שנטען לפני כן בהסתמך על הרישום בפר"ח). כהוכחה לטענתו, הסתמך המשיב על רישום שיחות הטלפון מביתו, ממנו עולה כי בשעה 17:23:07 בוצעה שיחה לבית החניך, ובשעה 17:23:58 בוצעה שיחה למכללת רופין בה למד באותם ימים. לטענת המשיב, הוא התקשר לבית החניך על מנת להודיע שהוא מאחר מעט, ומיד לאחר מכן התקשר למכללה לבקש הארכה לגבי ספר אשר נמצא אצלו בהשאלה.

70. ביום הדיון בערר בבית המשפט העליון, ה-8.9.99, פנה סניגורו של המשיב לבא כוח המדינה ומסר שיש בידיו ראיות נוספות אשר יש בהן כדי לסייע למשיב, והצדדים הסכימו לבקש מבית המשפט דחיית הדיון בערר על מנת לאפשר פעולות חקירה נוספות. בית המשפט (כב' השופטת דורנר) קיבל את הבקשה ודחה את הדיון ליום 22.9.99 (בש"פ 5874/99 שוובר נ' מדינת ישראל).

המסמך החדש שהוצג לתביעה היה פלט שיחות מכשיר הטלפון הסלולארי של אמו של המשיב, אשר לטענת המשיב היה ברשותו ביום בו הותקפה הקטינה, ואשר ממנו עולה כי בוצעה שיחת טלפון מהמכשיר באותו הערב בשעה 20:22. אציין כי מייד כשנעצר המשיב ופרטיו האישיים כמו כתובת ומספרי טלפון נרשמו, מופיע מספר טלפון סלולארי, הוא הטלפון של אמו. אולם, הייתה זו הפעם הראשונה מאז תחילת חקירתו שהמשיב העלה טענה כי בערב האירוע הוא נשא עמו מכשיר טלפון סלולארי ואף עשה בו שימוש.

71. כבר למחרת היום, פנתה נציגת פרקליטות המחוז למשטרה בבקשה לבצע איכון כדי לאתר את המקום ממנו בוצעה השיחה. כן צוין שהמשיב הסכים לראשונה לערוך מסדר זיהוי קולות חי.

ביום 13.9.99 התקשר רס"מ סוויד לנציגת חברת פלאפון, אשר הבהירה כי לא ניתן לקבוע בוודאות את המיקום של האדם המתקשר, שכן במידה שיש עומס על הממסר שבקרבתו נמצא המנוי, השיחה עוברת לממסר אחר. באותו היום דחה ראש לשכת חקירות מרחב שרון את הבקשה לבצע איכון כאמור, בנימוק שהבדיקה אינה יעילה.

72. למחרת פנה בא כוח המשיב לנציג פרקליטות המדינה, וצירף למכתבו הסכם התקשרות של אחות המשיב עם חברת אורנג', המחזק את גירסת המשיב כי החזיק במכשיר הטלפון הסלולארי אשר היה רשום על שם אמו. בנוסף, טען בא כוח המשיב, כי בערב האירוע התקשר המשיב לבעל הפנסיון בו מתגורר אביו, והגיע אליו על מנת לשלם את דמי השכירות. בא כוח המשיב צירף קבלה ידנית עליה חתם בעל הפנסיון, המתוארכת ליום 18.4.99, הוא יום האירוע.

עוד באותו היום שבה נציגת פרקליטות המחוז ופנתה למשטרה בבקשה לבצע את השלמות החקירה הבאות: לקבל איכון של השיחה היוצאת ממכשיר הטלפון הסלולארי, שלטענת המשיב היה ברשותו, שנערכה ביום האירוע בשעה 20:22; לחקור את בעל הפנסיון; לבדוק את השיחות המסומנות בפלט הבזק של בית המשיב – האם אכן בוצעו שיחות לבית החניך ולמכללת רופין, ואם התשובה חיובית, לבדוק היכן היו אחיו ואחותו של המשיב באותן שעות; לבצע תצלום תקריב של אוזני המשיב; לבצע בדחיפות מסדר זיהוי קול.

73. בעל הפנסיון, העונה לשם יורם כהן, נחקר בו ביום. הלה אישר כי אביו של המשיב מתגורר אצלו והוא יודע מי הם ילדיו, לרבות המשיב. רס"מ סוויד הציג למר כהן את הקבלה בכתב יד עליה חתם, והלה אישר כי המשיב התקשר אליו באותו יום כדי לדעת היכן הוא גר על מנת לבוא לשלם את שכר הדירה עבור אביו. לדבריו, זכור לו שהמשיב הגיע אליו לאחר השעה 20:00, שכן זו השעה בה הוא סוגר את העסק, ובמילותיו "שמונה ומעלה, אולי תשע או תשע וחצי, לא אחרי השעה עשר בלילה כי לא הייתי נותן לו לבוא אחרי עשר בלילה". בתשובה לשאלת החוקר בנוגע לשיחה אשר התקבלה במכשיר הסלולארי שלו בשעה 20:22 בערב האירוע, כהן ענה כי הוא זוכר

שאכן אחד הבנים התקשר אליו כדי לדעת היכן הוא גר, אך אינו יכול לומר בוודאות מי מהבנים התקשר, כי הוא לא מזהה את קולם. עם זאת, הוא בטוח שהיה זה המשיב שבא אליו באותו ערב הביתה לשלם את שכר הדירה. בתשובה לשאלת החוקר מדוע המשיב הגיע לשלם, השיב כהן כי ייתכן מאחר שאביו של המשיב אושפז כשבוע-שבועיים לפני כן בבית חולים. עוד סיפר כהן כי לפעמים אביו של המשיב משלם בתחילת החודש, לפעמים באמצע ולפעמים לאחרי, אך הוא לא לוחץ עליו בעניין התשלום.

כהן מסר הודעה נוספת ביום למחרת, ה-15.9.99, ומסר כי אביו של המשיב הוא זה שתמיד משלם, וכי הוא לא יודע מה הסיבה בגינה המשיב עצמו בא לשלם את שכר הדירה, שכן הוא לא לחץ שיבוא לשלם. כן מסר כהן שהוא לא מנהל רישום או נותן קבלות בגין שכר הדירה, והוא הסכים לבקשת המשיב לתת לו פתק, מאחר שהאחרון התעקש לקבל משהו ביד.

74. באותו יום הוצא לחברת פלאפון צו המורה לה לבצע איכון לשיחת הטלפון היוצאת מיום ביצוע העבירה בשעה 20:22. פרקליטות המחוז אף שלחה מכתב למשטרה וביקשה לדאוג לביצוע האיכון בדחיפות. נקדים את המאוחר ונציין כי לאחר כשבועיים ימים, ביום 30.9.99, נתקבלה תשובה מחברת פלאפון, ולפיה השיחה המדוברת התבצעה מגזרה מס' 3 בנתניה. כן נמסר שכתובת ביתו של החניך מכוסה על ידי גזרה 3 בנתניה, אך לא באופן בלעדי, כך שלא ניתן לקבוע מהיכן בוצעה השיחה. בנוסף, בדיקה שנערכה ביום 29.9.99 העלתה ששיחות שבוצעו מאזור חצר הבניין בה הותקפה הקטינה כוסו על ידי גזרות 5 ו-6 ומרכז נתניה (קרי גזרות שונות מגזרה 3).

75. ביום 16.9.99 נחקר המשיב שוב ומסר את גרסתו כי ביום האירוע שהה בבית החניך בין השעות 17:40-21:30 לערך. לשאלה מדוע רשם בטופס של פר"ח שעות שונות מהשעות בהן היה באמת, השיב "ראשית כל, מלאתי שבועיים אחרי ולא יכולתי לזכור בדיוק. וחוץ מזה, זה השעות שלא נהוג להיות בהם בגלל שמדובר בילדים כל כך צעירים". לגרסתו, הוא התקשר מדירתו בשעה 17:23 לבית החניך כדי להודיע שהוא מאחר, ולמכללת רופין על מנת להאריך תוקף של שאילת ספר מספריית המכללה.

76. באותו יום נערך מסדר זיהוי קולות, בו השתתפו 8 ניצבים שקולותיהם הושמעו לקטינה זה אחר זה. נתאר בקצרה את שאירע במסדר הזיהוי כפי שעולה מדו"ח חוקרת הילדים.



הקטינה שאלה לגבי ניצב מס' 5 אם הוא רוסי, והוסיפה "כי לא היה רוסי"; מניצב מס' 6 ביקשה הקטינה לדבר לאט יותר; לאחר ששמעה את ניצב מס' 7 שאלה "איזה מס' זה היה?" ואח"כ "אוקיי, הבא"; ולאחר ששמעה את ניצב מס' 8, שאלה "אפשר לשמוע עוד פעם את מס' 7?". בתשובה נמסר לקטינה שהיא תצטרך לשמוע את כולם שוב, והיא הגיבה שאינה צריכה לשמוע את כולם בשנית אלא רק את מס' 7.

בשלב זה התעוררה מחלוקת בנוגע לקבילות המסדר. לטענת הסניגור, לפני שניצב מס' 7 (הוא המשיב) דיבר, הקטינה שאלה "מי זה מס' 7?", באופן המצביע על כך שרמזו לקטינה שמדובר במשיב-החשוד. בעקבות טענת הסניגור נערך מסדר זיהוי קולות נוסף. יש לציין שהיועץ המשפטי של התחנה הצהיר בזכ"ד שהוא נכח בחדר וכי לא נעשה דבר שפגע בקבילות המסדר, וכי המסדר השני נעשה חרף התנגדותו, אך ורק לאור טענת הסניגור כי אמירת הילדה בעת המסדר הראשון מצביעה על כך שהוא אינו קביל.

במסדר השני שונה סדר הניצבים. על ניצב 1 אמרה הקטינה "בערך, חשוד, אבל עוד לא החלטתי אם זה זה". קולו של ניצב 2 הופסק באמצע, אז התנהלו חילופי הדברים הבאים בין הקטינה לבין חוקרת הילדים, כפי שהם מתועדים בדו"ח חוקרת הילדים:

קטינה: כל פעם שאני ארצה לשמוע עוד פעם יחליפו לי מספרים? בכוונה? אז תרשמי פה ש-7, לראות אם אח"כ אבחר את אותו מספר שכאילו היה 7 מקודם.  
 חוקרת ילדים: אז מה את רוצה להגיד לי על 7?  
 קטינה: רק מה שאמרתי עכשיו, ש-7 זה מה שלדעתי, ואם אני אצליח לבחור את מי שהיה 7 מקודם. הם יכולים להגיד לי מי זה היה 7 מקודם?  
 חוקרת: לא עכשיו.

[במאמר מוסגר: המשיב הצביע בסיכומיו כי בתמלול תוקן בכתב יד כי הקטינה אמרה "ש-7 זה מה שלדעתי" בעוד שבהדפסה נכתב "זה מה שידעתי". איני רואה כל רבותא בעניין. המדובר בתיקון תמלול לאחר שמיעה נוספת של הפרקליט או החוקר, מעשה של יום ביומו, ואילו סבר בא-כוח המשיב כי התמלול המתוקן אינו משקף נאמנה את שנאמר, יכול היה להגיש תמלול משל עצמו].

בנקודה זו המשיך מסדר הזיהוי. לגבי ניצבים 2 ו-3 אמרה הקטינה "להוריד"; לגבי ניצב 4 אמרה הקטינה "לא שומעת", ואחר כך "חשוד"; לגבי ניצבים 5 ו-6 אמרה

הקטינה "פחות מחשוד"; לגבי ניצב 7 אמרה הקטינה "להוריד"; ולגבי ניצב 8 אמרה "חשוד". יצויין כי במסדר קולות זה המשיב היה ניצב מס' 6. אציין כי על פי זכ"דים אשר נכתבו על ידי היועץ המשפטי של תחנת המשטרה ושני ניצבים אשר השתתפו במסדר, נטען כי המתמחה של הסניגור, אשר במסדר הזיהוי השני היה ניצב מס' 4, הנמיך את קולו ודיבר בקול רך במטרה לבלבל את הקטינה.

77. ביום 19.9.99 נחקר המשיב שוב וחזר על גרסת האליבי שלו לפיה ביום האירוע התקשר מדירתו לביתו של חניך פר"ח להודיע שהוא מאחר והתקשר למכללת רופין. מאוחר יותר, מעט לפני שעזב את בית החניך, התקשר ליורם כהן על מנת לבוא אליו ולשלם את שכר הדירה עבור אביו. לאחר מכן הלך הביתה, וחבר שלו בשם ערן התקשר אליו בקשר ללימודים ובא אליו הביתה. המשיב אישר כי דיווח השעות שלו לפר"ח לא היה מדויק, וכי לא דייק כשרשם 19:30-15:30 במקום 21:30-17:30.

לשאלת החוקר מדוע הלך בכלל לשלם ליורם כהן, אשר מצדו הבהיר כי לא היה לחוץ לקבל את הכסף, המשיב ענה כי זו הייתה בקשתו של אביו, אשר היה מאושפז באותה העת, וכי התעקש לקבל קבלה בכתב מאחר שמדובר בכסף של אביו.

78. כעבור יומיים, ביום 21.9.99, התקשר רס"מ סוויד לרכזת פר"ח של המשיב, ושאל האם זה סביר שחונך ישהה בבית חניך עד השעה 21:30. הרכזת ענתה שבעיקרון הם מאשרים להישאר עד השעה 20:00, למעט מקרים חריגים.

ערן, חברו של המשיב, נחקר אף הוא באותו היום. לדבריו, נוכח חלוף הזמן הוא לא זוכר במדויק את שאירע, אולם על פי פלט השיחות מביתו של המשיב הוא מניח שהמשיב התקשר אליו בשעה 21:34, וכי לאחר מכן הוא קפץ לבית המשיב. באשר לשיחה שיצאה מבית המשיב בשעה 22:13, החבר אישר כי הוא זה שביצע את השיחה, מאחר שמדובר במספר טלפון השייך לחברה של אמו אליה פנה כדי להתייעץ בנוגע למילוי טפסים עבור ביטוח לאומי. בנוסף, החבר אישר כי לא זכור לו שהמשיב החזיק מכשיר טלפון סלולארי באופן קבוע. החבר הוסיף כי המשיב נהג לעשות "בייביסיטר" לבתם של השכנים.

כעבור שלשה ימים, ביום 24.9.99, בעקבות דברי החבר, פנה רס"מ סוויד לשכנים בבקשה לחקור את בתם. על פי האמור בזכ"ד שכתב, אמה של הקטינה מסרה לו כי בתה אמרה לה שהיא ראתה את ה"בולבול" של המשיב בתמונה באלבום כשהיה

תינוק. בעקבות זאת, התעורר חשדה של המשטרה שמא המשיב מעורב בעבירות נוספות, וביום 29.9.99 נחקרה בת השכנים על ידי חוקרת ילדים, אשר קבעה כי הילדה לא מסרה כל האשמה מינית.

עוד יצויין כי ביום 28.9.99, בין השעות 20:20-20:42, ביצע רס"מ סוויד, לבקשת הפרקליטה, שיחות טלפון מהאזור של בית חניך פר"ח, על מנת לבדוק באלו תחנות ממסר מתקבלות השיחות, אולם ככל הנראה לא נעשתה פניה לחברת הסלולר לקבל את פרטי האיכון, שכן אלו לא מוזכרים בחומר הראיות.

79. לאור חומרי החקירה החדשים, הסכימו הצדדים כי דרך הנכונה לבחון את עניינו של המשיב תהיה באמצעות בקשה לעיון חוזר אשר תוגש לבית המשפט המחוזי. אי לכך, מחק המשיב את הערר שהגיש בבית המשפט העליון, וביום 5.10.99 הגיש בקשה לעיון חוזר לבית המשפט המחוזי. ביום 10.10.99 פנה בא כוח המשיב לפרקליטות המחוז והציע חלופת מעצר בתנאים מגבילים, ולמחרת אישר בית המשפט המחוזי (כב' השופט צ' הרטל) את הבקשה, אשר הוגשה בהסכמת המדינה. החל מיום 11.10.99 ולאחר 88 ימי מעצר, שוחרר המשיב למעצר בית.

בימים 19.12.99 ו-3.1.00 פנה בא כוח המשיב לפרקליטת המחוז בבקשה לבדוק האם פרטי המקרה דנן מתאימים למעשים המיוחסים ל"אנס הסדרתי" אשר נתפס באותם הימים (בני סלע). בא כוח המשיב ציין שברשות האנס הסדרתי נתפסו כובע קסקט ומשקפי שמש, וכי נודע שהודה בעשרות מקרים, לרבות באזור השרון. ביום 4.1.00 השיבה נציגת הפרקליטות כי פרופיל ה-DNA שנמצא על הקטינה אינו תואם את פרופיל ה-DNA של האנס הסדרתי בני סלע (אזכיר כי על גופה של הקטינה נמצא פרופיל DNA התואם את הפרופיל שלה בלבד, כך שהתשובה הייתה לא רלוונטית בעליל).

ביום 26.1.00 התקיים דיון בבית המשפט המחוזי, בו הודיעו הצדדים על הסכמתם כי המשיב יחזור בו מכפירתו בעובדות שבכתב האישום והתביעה תבטל את כתב האישום, בהתאם להוראות סעיף 94(ב) לחסד"פ. בית המשפט (כב' השופטים נ' עמית, ע' קפלן-הגלר, א' טל) קיבל את הבקשה, וכתב האישום בוטל.

80. פרשנו בהרחבה את השתלשלות העניינים ומסכת הראיות-לכאורה אשר הצטברה בעניינו של המשיב. הכבדנו על הקורא בפירוט ארכני של הדברים, כדי

להעמיד את תמונת הראיות-לכאורה שעמדה לפני בתי המשפט בעת שהחליטו על הארכת מעצרו של המשיב (מעצר ימים) ועל מעצרו עד תום ההליכים. עמדנו על הראיות שעמדו לחובת המשיב, הממצאים שהיה בהם כדי לחזק את גרסתו, ו"אי הדיוקים" והפגמים בדרו"חות ובזכ"דים שהגישה המשטרה לבתי המשפט. הצבנו את אלה נגד אלה, והגענו למסקנה כי לא ניתן להצביע על קשר סיבתי בין אותם "אי דיוקים" ופגמים לבין החלטותיו של בית משפט השלום להאריך את מעצרו של המשיב משך כשבועיים, ולבין החלטתו של בית המשפט המחוזי לעצרו עד תום ההליכים.

אלא שבבחינת "היש" הראייתי לא סגי. בנקודה זו אנו מגיעים לחלק השני של מקבץ הטענות הנוגע להתנהלות רשלנית של החקירה, והוא סוגית "מחדלי החקירה". זאת, לאור טענת המשיב, שהתקבלה בפסק דינו של בית משפט קמא, כי אילולא מחדלי החקירה, ניתן היה לשחררו תוך זמן קצר.

#### מחדלי החקירה הנטענים

81. בית משפט קמא ייחס בפסק דינו חשיבות לשני מחדלי חקירה עיקריים: האחד – הימנעותה של המשטרה מלבדוק את יומנו של המשיב; השני – בדיקת פלטי שיחות טלפון בזק בדירתו של המשיב והטלפון הסלולארי שטען שהיה ברשותו. שני "מחדלי חקירה" אלה אינם מנותקים זה מזה, והם נסבים על טענת האליבי של המשיב וטרונייתו כי החוקרים לקו בקיבעון מחשבתי והתרשלו בכך שנמנעו מלבדוק את טענת האליבי כיאות.

#### היומן

82. נושא היומן תופס מקום מרכזי בפסק הדין, ובית משפט קמא ייחס משקל רב לטענה כי המשטרה נמנעה מלהציג את יומנו של המשיב בפניו, וכלשונו (הדגשה שלי – י.ע.):

"ב"כ התובע הלין קשות על התעלמותה של המשטרה מאיזכור קיום יומנו של התובע, ואין ספק כי הצדק עימו. אודה, כי לא ירדתי לסוף דעתם של החוקרים המעורבים, בהימנעותם מתפיסת יומנו של התובע, ועיון בו. עיון כזה היה מלמד, שהתובע נוהג לרשום ביומן מטלות שעליו לבצע. קרוב לוודאי שאילו היה נתפס היומן והיה מוצג בפני התובע, כי אז היה נזכר שביום 13.4.99 רשם לעצמו תזכורת לטפל בחוב פלאפון ושכ"ד של אביו, וכי חוב שכה"ד הוסדר ביום האונס, ממש בשעת ביצוע

האונס, דבר שהיה מקצר את מעצרו של התובע באופן משמעותי, והיה מביא לביטול החשדות נגדו עוד טרם קרמו עור, גידים וכתב אישום" (עמ' 12 לפסק הדין).

אקדים ואומר כי איני שותף למסקנתו של בית משפט קמא כי המשטרה חדלה באי תפיסת היומן, ולמיצער, ספק אם קרוב לוודאי שהצגת היומן למשיב על ידי החוקרים הייתה מביאה לביטול החשדות נגדו.

83. כזכור, ביום מעצרו, ה-16.7.99, המשיב לא מסר כלל טענת אליבי. אין לזקוף זאת לחובתו, שהרי אין לצפות מאדם כי יזכור היכן בדיוק היה ומה בדיוק עשה ביום מסוים בשעה מסוימת כשלושה חודשים קודם לכן.

עוד באותו היום ערכה המשטרה חיפוש בביתו ומצאה את הכובעים ואת משקפי השמש וכן נתפסו "חוברות ומחברות שונות". יומנו של המשיב לא נתפס, ויש להניח כי נעלם מעיני השוטרים. אזכיר כי בשלב זה המשיב כלל לא הזכיר את יומנו.

כעבור יומיים, ביום 18.7.99, לאחר שמעצרו של המשיב הוארך בראשונה, טען המשיב בחקירתו כי אינו זוכר היכן היה בשעות הערב של יום האירוע, כי אפשר לבדוק זאת ביומנו וכי אולי התנדב בפר"ח באותו יום. בחקירתו למחרת היום אמר המשיב כי אם אירוע התקיפה התרחש ביום ראשון אזי יש שתי אפשרויות: "או שהלכתי לשכונת ותיקים לקיים מיפגש של התנדבות פרח או שעבדתי באופיס דיפו". שתי אפשרויות אלה נבדקו על ידי המשטרה באותו יום. אמו של החניך מסרה כי המשיב נהג להגיע בימי ראשון, באופן לא קבוע, מהשעה 17:00 למשך כשלוש שעות. מאופיס דיפו נמסר למחרת כי המשיב לא עבד ביום הרלוונטי. כעבור יומיים, ביום ה-21.7.99, המציא ראש צוות פר"ח לחוקרים את דו"ח הפעילות שמילא המשיב עצמו, ושם נכתב כי ביום האירוע שהה המשיב בבית החניך בין השעות 19:30-15:30. בו ביום ערכה המשטרה בדיקה על מנת לעמוד על זמן הנסיעה ברכב מבית החניך ועד לבית המשיב וממנה עלה כי הנסיעה אורכת מעט פחות מרבע שעה.

בהתחשב בכך שהמשיב העלה אך שתי אפשרויות לאליבי: אופיס דיפו או פר"ח, ושתי האפשרויות נבחנו על די המשטרה והדברים אף התיישבו עם דו"ח השעות שהמשיב מילא, ובהתחשב בכך שהמשיב השיב בכתב לכתב האישום והעלה טענת אליבי המבוססת על רישום השעות של פר"ח (הימצאותו בבית החניך עד 19:30), איני שותף כלל לביקורתו של בית משפט קמא על אי חיפוש היומן ותפיסתו. המשיב נחקר פעמים רבות, ורק בחקירתו מיום 18.7.99, ממש בתחילת הדרך, בתשובה לשאלה

"היכן היית ב-18.4.99 בשעות הערב" השיב "לא זוכר אפשר לראות ביומן שלי אולי התנדבתי בפר"ח באותו יום". המשיב נחקר פעמים רבות לאחר מכן, ולא העלה את נושא היומן. ותמיהה היא, אם היומן היה כל כך חשוב למשיב ולאמו – כדי כך שהפך כמעט לאבן הראשה בפסק דינו של בית משפט קמא – מדוע לא העלה המשיב את נושא היומן שוב ושוב בפני חוקריו? מדוע הסניגור לא ביקש להציג את היומן בכל הליכי המעצר, אף לא לאחר הגשת כתב האישום שעה שהועלה כבר נושא פלט השיחות, ואף לא בערר לבית המשפט העליון, שם הוא מאזכר כי המשיב הזכיר את יומנו במהלך החקירה, אך איננו מלין על כך שהיומן לא הוצג בפני המשיב או לא נתפס? מדוע לא הביאה אמו את היומן או את צילום היומן לסניגור או למשיב? ומדוע אמו של המשיב, בחקירתה מיום 20.7.99, לא העלתה את נושא היומן? על רקע כלל הנסיבות, נראה לי מרחיק לכת עד מאוד לייחס רשלנות לחוקרים, בשל אזכור אגבי של היומן על ידי המשיב פעם אחת בתוך משפט אחד במהלך אין ספור חקירות.

84. ביום ה-22.7.99, נערך חיפוש נוסף בבית המשיב, במטרה לראות אם יש ברשותו חגורה העונה לתיאור הקטינה. חגורה שכזו לא נמצאה, ובדו"ח החיפוש נאמר כי לא נתפס דבר. בנקודה זו קיימת סתירה בין גרסתה של אֵם המשיב לבין גרסתו של השוטר וסקר ונביא את הדברים בלשונו של בית משפט קמא:

"לא אכביר מילים בנושא היומן. די אם אפנה לחקירות השוטרים המעורבים, אשר השליכו איש על רעהו את האחריות ליזום כיווני חקירה נוספים ו/או אחרים, ואת דברי אם התובע – גב' נוגה ווקס, אשר הותירה עליי רושם של אישה אמינה והגונה. גב' ווקס העידה, כי ממש התחננה לשוטרים שיקחו את היומן, אולי יצליחו למצוא בו משהו לעזרת בנה. השוטרים אמנם לקחו, לדבריה את היומן, אולם לעגו לה על תחנוניה.

השוטר וסקר הכחיש, כי התבקש על ידי אם התובע לקחת את היומן, או שלקח אותו בפועל, אולם נוכח הרושם הגרוע שהותיר, ונסיונותיו הבלתי נלאים שלא לומר אמת ולהתאים את המציאות לצרכיו, אינני נותנת כל אימון בעדותו, והנני מעדיפה בכירור את עדותה של גב' ווקס" (סעיף 14 לפסק הדין).

בתצהיר עדות ראשית הצהירה אֵם כי צילמה את היומן מיד עם מעצרו של בנה, ובחקירתה הנגדית טענה כי התקשתה לפענח את הכתוב בו מאחר שכתב ידו של בנה קטן ולא ברור, וכי היומן היה מונח על שולחנו של המשיב. מנגד, בחקירתו הנגדית טען השוטר וסקר כי הוא כלל לא זוכר שהיה יומן כזה, וכי "אם היה משהו

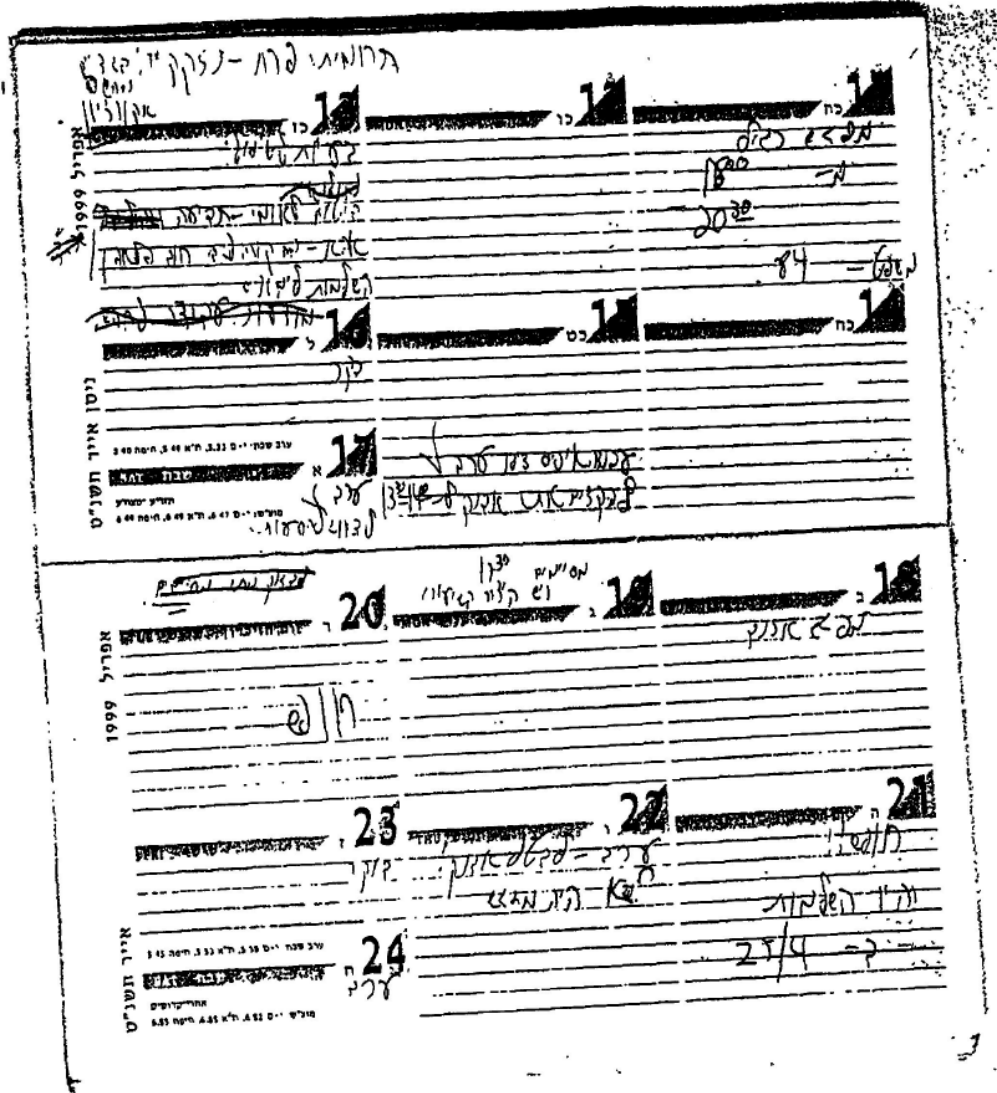
שהוא חשוב כמו יומן או דברים כאלה אז היינו תופסים כי עובדה שתפסנו המון דברים". בתשובה לשאלת בא כוח המשיב, האם ייתכן שאמו של המשיב נתנה להם יומן מבלי שהוא זוכר – ענה השוטר "לא, אם לוקחים משהו מחיפוש זה נרשם ישר בדוח החיפוש. ברגע שאנחנו לוקחים דברים, תוך כדי חיפוש מהבית זה נרשם. כלומר אם זה לא נרשם אז לא היה דבר כזה". ואכן, ברובריקת "המוצגים שנתפסו" המופיעה בדו"ח החיפוש, החתום על ידי אמו של המשיב, כתוב באופן ברור ומודגש "לא נתפס דבר".

85. כאמור, בית משפט קמא העדיף את גרסתה של אִם המשיב כי היומן נתפס, על פני זו של השוטר וסקר, אך לטעמי, התעלם ממספר קשיים בגרסת האם.

ראשית, לפחות בחיפוש הראשון השוטרים תפסו "כפי יכולתם" כל מה שניתן לתפוס, וקשה להלום כי היו מוותרים על תפיסת יומנו של המשיב אילו זה היה מונח על שולחנו. אף ראש צוות החקירה, יצחק שטרן, הודה כי ברמת העיקרון היה מקום לתפוס את היומן באופן מיידי (עמ' 157-160 לפרוטוקול). שנית, לגרסת האם, היומן נלקח בסופו של דבר, אך הדבר לא נרשם במסגרת המוצגים שנתפסו. מעבר לכך שהאם עצמה חתומה על דוח החיפוש, קשה להלום כי השוטרים שערכו חיפוש ידעו מראש כי עליהם "להעלים" את דבר קיומו של היומן ולא להזכירו בדוח החיפוש. היומן אף לא נכלל בין חומרי החקירה שהועברו לסניגור, ולטענת המדינה, נחשף לראשונה רק במסגרת התביעה דכאן. שלישית, מה היה לאם להתחנן לשוטרים לקחת את היומן ולהציגו בפני בנה, הרי המשיב היה מיוצג לכל אורך הדרך. היומן היה בשליטת המשיב, וגם לגרסת האם, היא סברה שביומן עשויה להיות טמונה חשיבות רבה ואף טרחה לצלמו מיד לאחר מעצרו של המשיב. על רקע החשיבות הרבה שאמו של המשיב ייחסה ליומן כדי כך שצילמה העתקו מיד בסמוך למעצר בנה, ניתן היה לצפות שעורך דינו של המשיב יציג בפניו את היומן או את צילום היומן כדי לרענן את זכרונו על קורות אותו יום. וכפי שנזכר לעיל, ניתן היה לצפות כי הסניגור – אשר לאחר החלטת המעצר ניסה ללקט כל בדל ראיה לתמיכה בטענת אליבי - יסתמך על היומן.

מכל מקום, אפילו אם אניח כי גרסתה של אִם המשיב נכונה, וכי אין להתערב בממצאי המהימנות של בית משפט קמא, ואף אם אצא מנקודת הנחה מחמירה כי אי תפיסת היומן עולה כדי התרשלות – ואני רחוק עד מאוד ממסקנה זו – איני שותף למסקנתו הגורפת של בית משפט קמא, לפיה אי הצגת היומן בפני המשיב על ידי המשטרה בתחילת הדרך, היא שהביאה בסופו של דבר למעצרו ולהגשת כתב האישום.

86. וליומן עצמו. להלן העתק סרוק של דף היומן בו מופיעים ארבעה עשר הימים שבין ה-11.4.99 ל-24.4.99 (כזכור, האירוע התרחש ביום 18.4.99).



ניתן לראות כי ביום ה-18.4.99, כל שמופיע ביומן הוא צמד המילים "מפגש ארוך". חמישה ימים קודם לכן, ברובריקה של יום ה-13.4.99, נרשם: "בעיות לטיפול" ותחתיו בשלוש שורות נפרדות: "ביטוח לאומי - תביעה"; "אבא - מה קורה לגבי חוב פלאפון"; "השלמות לימודים". בנוסף, בשוליה השמאליים של הרובריקה מופיעה מילה מחוקה בשני קווים הנחזית כ-"שכ"ד" ולמטה המילים שנמחקו "מודעות עבודה".

כאמור, בית משפט קמא קבע כי אילו היה המשיב מעיין ביומנו ורואה שביום בו הותקפה הקטינה היה לו "מפגש ארוך", והיה מסתכל בימים שקדמו ליום ביצוע



העבירה ומגלה שחמישה ימים קודם לכן הוא צריך היה לטפל בחוב הפלאפון ושכר הדירה, או-אז קרוב לוודאי שהיה נזכר שמדובר בשכר הדירה של אביו וכי הטיפול נעשה בדיוק בשעה שבה הותקפה הקטינה – מה שהיה מוביל לביטול החשדות נגדו.

87. איני משוכנע בכך כלל וכלל. גם בהנחה שהיומן לא הוצג בפני המשיב כל תקופת מעצרו – וכאמור, לא הייתה כל מניעה שאמו או סניגורו יציגו לו את היומן – לא שוכנעתי כי קרוב לוודאי שהצגתו בפניו הייתה מרעננת את זכרונו באופן שבו היה נזכר לפתע כי שהה בית החניך עד השעה 21:30. כאמור, תחת התאריך של יום ביצוע העבירה מופיע ביומן צמד המילים "מפגש ארוך", העולים בקנה אחד עם גרסתו הראשונה של המשיב כי שהה בבית החניך עד השעה 19:30. מסקנתו של בית משפט קמא כי אילו היה המשיב מעיין ברשימותיו חמישה ימים קודם לכן, שם נזכר עניין חוב הפלאפון ושכר הדירה, הדבר היה מוביל לכך שהוא היה נזכר שהסדיר את תשלום שכר הדירה של אביו בדיוק ביום ביצוע העבירה ובדיוק בשעת ביצוע העבירה חמישה ימים לאחר מכן – היא אולי מסקנה אפשרית, אך הקביעה כי היא מגיעה לרמה של קרוב לוודאי היא מרחיקת לכת.

כך, ניתן להיווכח כי יומנו של המשיב כלל רישומים רבים נוספים. כך, למשל,

נראה הדף הבא ביומנו – בו מופיעים התאריכים 8.5.99-25.4.99:



עד לשעה 19:30. כשלעצמי, אני מתקשה להשתכנע כי הכיתוב הלאקוני ביומנו היה גובר על האמור בדו"ח השעות המפורט והמפורש שמילא בעצמו, והיה מסיר מעל המשיב את עננת החשדות שריחפה מעליו באותה העת.

89. למעלה מן הצורך, אומר כי גם אם גרסת האליבי החדשה של המשיב הייתה מועלית בתחילת הדרך, ספק אם הייתה מביאה לשחרורו המייד.

כאמור, גרסתו הראשונה של המשיב הייתה כי שהה בבית החניך עד לשעה 19:30, בהתאם לדו"ח שהוא עצמו מילא. גרסת האליבי החדשה, אשר עלתה כאמור לראשונה לאחר הערר שהגיש לבית המשפט העליון, הייתה כי שהה בבית החניך עד השעה 21:30-21:15 – כך שלא יכול היה להיות נוכח במקום ביצוע העבירה בזמן התרחשותה בשעה 20:00 – ומשם נסע לשלם לבעל הפנסיון את שכר הדירה עבור אביו.

אלא שאף טענת אליבי זו מעוררת קשיים. ראשית, מפירוט שיחות טלפון הבזק שבדירת המשיב עולה כי בוצעה שיחה יוצאת מדירתו לבית חברו בשעה 21:34. אילו יצא המשיב מבית החניך בין השעות 21:30-21:15, ומשם נסע לביתו של בעל הפנסיון כדי לשלם את שכר הדירה, הוא לא יכול היה להגיע לביתו עד השעה 21:34. בנוסף, מפירוט שיחות הטלפון הסלולארי שהמשיב טען שהיה ברשותו, עולה כי שיחת הטלפון בינו לבין בעל הפנסיון ביום האירוע, בה התקשר כדי לברר האם הלה נמצא בביתו, נערכה בשעה 20:21, לכאורה בעודו בבית החניך. נוסף על כך, בתיק הראיות בבית משפט קמא יש אישור בנקאי, לפיו ביום הרלוונטי בשעה 20:34 בוצעה משיכת מזומנים בכספומט מחשבוננו של אבי המשיב – משיכה שהמשיב טען שהוא ביצע. על רקע האמור, אין תימה אפוא שגרסתו הסופית של המשיב – כפי שנטענה בבית משפט קמא – הייתה כי שהה בבית החניך עד מועד ביצוע השיחה (בקירוב), ובמילותיו בעדותו בבית משפט קמא "עד 20:00 בערך" (פרוטוקול, עמ' 82), ולא עד 21:30. לא למותר לציין כי גרסה זו, קרובה עד מאוד לטענת האליבי הראשונה שהעלה המשיב, ואשר בה דבק גם בתשובה לכתב האישום, ולפיה שהה בבית החניך עד לשעה 19:30.

ובקיצור, במרוצת הזמן, טענת האליבי של המשיב עברה אי אלו תהפוכות. בתחילה טען כי שהה בבית החניך עד השעה 19:30, בהתאם לדו"ח שמילא עבור פר"ח. לאחר מכן נזכר כי בניגוד לאמור בדו"ח, המפגש הכפול שנערך בבית החניך היה בין השעות 21:30-17:30, וכי בסיומו נסע לביתו של בעל הפנסיון לשלם את שכר

הדירה של אביו. כאמור, גרסתו הסופית היא כי המפגש הכפול בבית החניך הסתיים סביב השעה 20:00, לאחריו התקשר לבעל הפנסיון ונסע אליו לשלם את שכר הדירה. על פי הגירסה אחרונה, לא זו בלבד שהמפגש הכפול בבית החניך לא התקיים בשעות עליהן דיווח המשיב בדו"ח לפר"ח, אלא שהוא אף לא ארך ארבע שעות, אלא כשעתיים וחצי בלבד. שהרי, השיחה לבית החניך יצאה מדירת המשיב בשעה 17:23, וניתן להניח כי גם אם המשיב יצא לדרכו לבית החניך מיד בתום השיחה, הוא הגיע אליו כ- 15 דקות לאחר מכן, קרי בשעה 17:40 לערך.

אכן, גרסה זו של המשיב מתיישבת עם חלק מחומר הראיות, ובמיוחד עם עדותו של מר כהן, בעל הפנסיון בו התגורר אביו של המשיב, ולא בכדי בחרה המדינה בסופו של דבר לבקש את ביטולו של כתב האישום. אולם הניסיון להביט כיום אחורנית בזמן, ולקבוע ברמה הסתברותית של קרוב לוודאי שאי הצגת היומן בפני המשיב בתחילת מעצרו הוא שמנע בעדו להיזכר בקורותיו של אותו ערב גורלי ביום 18.4.99, לוקה בחכמה שבדיעבד, וכשלעצמי, לא שוכנעתי כי כך הם אכן פני הדברים.

פלטי שיחות הטלפון

90. הדברים מתקשרים ל"מחדל חקירה" נוסף שעניינו בפלטי טלפון הבזק בדירת המשיב והטלפון הסלולארי אשר טען כי היה ברשותו. כאמור, בית משפט קמא ראה בהימנעותה של המשטרה מלבקש את פלטי הטלפון הנייד של המשיב ואת איכוננו, וב"התעלמותה" מפלטי שיחות מכשיר הבזק שבדירת המשיב, משום "מחדל חקירתית בלתי נתפס" (עמ' 13 לפסק הדין).

אף כאן, איני רואה את הדברים עין בעין עם בית משפט קמא.

פלט שיחות הבזק מדירת המשיב מתוארך ליום 20.7.99, קרי שלשה ימים לאחר מעצרו של המשיב. בית משפט קמא הסיק שהפלט הגיע לידי המשטרה בסמוך לכך, אך לא ברור אם בעקבות בקשת המשטרה (שכן בתיק החקירה אין בקשה שכזו) או לאחר שמשפחת המשיב הגישה אותו למשטרה ביוזמתה. מפלט השיחות עולה כי ביום ביצוע העבירה יצאה שיחה מבית המשיב לבית חניך הפר"ח בשעה 17:23, ושיחה נוספת מיד לאחריה למכללה בה למד המשיב.

בדיעבד ניתן לומר כי הדברים מתיישבים עם גירסתו הסופית של המשיב לפיה שהה בבית החניך מהשעה 17:30 לערך. אלא שבזמן אמת, גירסתו הפוזיטיבית של המשיב, אשר נתמכה כידוע בדו"ח הפר"ח שמילא בעצמו, הייתה כי שהה בבית החניך בין השעות 15:30-19:30, מה שאיפשר לו לכאורה להיות נוכח בזירת האירוע בעת ביצוע העבירה. בנסיבות אלו, הקביעה כי היה על החוקרים להוציא פלט שיחות, ושגו בכך שמשעה שהיה בידיהם "התעלמו ממנו", לוקה לטעמי בחכמה שבדיעבד. לא רק שלא היה בפלט השיחות כדי "לנקות" את המשיב, נהפוך הוא. הפלט עמד בסתירה לטענת האליבי של המשיב לפיה שהה בבית החניך בין השעות 15:30-19:30 ועמד על כך השוטר סוויד בעדותו (עמ' 233 לפרוטוקול). אציין כי דברים אלה של השוטר סוויד זכו לקיתונות של ביקורת מצד בית משפט קמא, שהביע תמיהה, הכיצד לקה זכרונו לגבי שיחת הטלפון שיצאה מביתו של המשיב כ-44 דקות לאחר התקיפה המינית של הקטינה ומדוע לדעתו שיחה זו אינה רלוונטית. כשלעצמי, אני סבור כי השיחה שהתקיימה מביתו של המשיב 44 דקות לאחר האירוע, אכן אינה רלוונטית מבחינה זו שלא ניתן לזקוף אותה כלל לזכותו של המשיב, שהתגורר בבניין בו בוצעה התקיפה המינית כנגד הקטינה.

אשר לפלט שיחות הטלפון הסלולארי, חשוב להזכיר כי מדובר בטלפון סלולארי הרשום על שם אמו של המשיב, וכי לא הועלתה טענה על ידי המשיב בהקשר זה עד לשלב מאוחר. לכן, גם השיחה מהטלפון הסלולארי בשעה 20:21 אינה בבחינת ממצא חותך שהיה בו כדי לטהר את שמו של המשיב בזמן אמת, מאחר שלא ניתן היה לדעת מי ביצע את השיחה.

91. לבסוף, לא למותר להזכיר כי החקירה המדוברת התנהלה בשנת 1999. לדברי יצחק שטרן, ראש צוות החקירה בתיק, באותה תקופה פלטי שיחות טלפון נתבקשו רק בנסיבות של אירועי טרור או רצח, וזאת משיקולי תקציב, ולפיכך לא נתבקש פלט כאמור (פרוטוקול, עמ' 160). בית משפט קמא דחה את הדברים וראה אותם כחלק מ"שלל תירוצים עלובים", בציינו כי בסופו של דבר אישר שטרן בחקירתו הנגדית כי חובה היה לבדוק את הפלטים (עמ' 14 לפסק הדין). עיינתי בפרוטוקול הדיון, ואף שאכן מופיעה תשובה לאקונית של שטרן כי "חובה היה לבדוק את זה" (פרוטוקול, עמ' 170), עולה מהתשובה כי כוונתו לכך שהיום הוא היה מבצע איכון וכי הוא מתקשה לזכור את הדברים כהווייתם. כשלעצמי, אני סבור כי המדובר בתירוץ כה עלוב, ואין להשוות את מה שהיה נהוג בשנת 1999 לתקופה של שנת 2010, עת נשמעו הראיות בבית המשפט. היו ימים בהם המשטרה הגבילה עצמה, מטעמי חיסכון, מלהוציא פלטי

ואיכוני טלפון מאחר שחוייבה בסכומי כסף נכבדים על ידי חברות הסלולר, ו"בבחינת סבירות פעולתן של רשויות אכיפת החוק יש להתבסס על אמצעי החקירה הזמינים שהיו נתונים בידיהן בעת הרלוונטית" (עניין חגי יוסף, בפסקה 105). כיום, הדברים נעשים כעניין שבשגרה, אם כי השאלה על מי תוטל העלות שנויה עדיין במחלוקת בין המדינה לבין חברות הסלולר.

92. סיכום ביניים: בראיה לאחור, ניתן לומר שהיה על המשטרה לערוך בדיקות נוספות בסוגיית פלטי הטלפונים, אך לטעמי, יש בכך משום חכמה שבדיעבד, אשר אינה מביאה בחשבון את מצב החקירה כפי שהלך ונבנה בזמן אמת, ומכל מקום, ספק אם ניתן לייחס לכך קשר סיבתי למעצרו של המשיב. אחזור ואזכיר את אזהרתה של הפסיקה מפני ניתוח הדברים בחכמה שלאחר מעשה, ויפים לענייננו דברי השופטת חיות בעניין חגי יוסף:

"ככל שבסבירות התנהלותם של גורמי החקירה עסקינן, יש לבחון את הדברים תוך מתן הדעת על כך שבמקרים רבים דומה מלאכתם של גורמים אלה להילוכו של אדם המגשש את דרכו באפילה והמחפש אחר נקודות אחיזה ראייתיות שיאירו את תמונת המצב ויאפשרו לו להביא את האשמים לדין. לא כל טעות הנעשית במהלך החקירה ובזמן אמת מהווה על כן הפרה של חובת הזהירות והתרשלות מצד גורמי החקירה. אכן, חוכמה 'קטנה' בהקשר זה היא 'החוכמה שלאחר מעשה', אותה מציג מי שהתמונה הניצבת בפניו כבר מוארת, בהעלותו כנגד גורמי החקירה טרזניה על כך שלא הבחינו או לא ייחסו חשיבות לרסיס מידע כזה או אחר. לטעמי, בחינת הסבירות של התנהלות גורמי החקירה בהקשר זה ראוי לה כי תיבחן בהתחשב במכלול הנתונים שנגלו או שיכולים היו להתגלות בזמן אמת".

בכך סיימנו את הדיון בראש הראשון והעיקרי של תביעת המשיב, הנסב על טענתו כי התארכות ימי מעצרו נובעת מרשלנותה של המדינה. דנו בטענה זו על שתי חלקיה: פגמים בהתנהלות המשטרה ומחדלי חקירה. מצאנו כי בפני בתי המשפט שדנו במעצרו של המשיב (מעצר ימים ומעצר עד תום ההליכים) עמד קורפוס שלם של ראיות-לכאורה, וכי למרות התנהלות לקויה של המשטרה ופגמים שנפלו בה - עליהם עמדנו ואותם נזכיר גם בהמשך - לא אלו הביאו למעצרו של המשיב. הוא הדין לגבי מחדלי החקירה הנטענים, אשר איני סבור כי עולים כדי התרשלות והם בבחינת חכמה שבדיעבד, ואף לגביהם לא ניתן לקבוע שבגינם התארך מעצרו של המשיב שלא כדין.

מכאן נפנה לראש השני בתביעת המשיב, אשר עניינו בעוגמת הנפש והכאב והסבל אשר נגרמו לו, לטענתו, עקב התנהגותם של השוטרים, אשר כללה הכאה, עינוי והשפלה.

אלימות משטרתית

93. בתביעתו בבית משפט קמא העלה המשיב טענות קשות נגד המשטרה, לפיהן נהגו החוקרים כלפיו באלימות, השפילוהו ואף חייבו אותו לאונן לנגד עיניהם, כדי לראות אם הוא שופך זרע אם לאו.

על טענה אחרונה זו העיר בית משפט קמא כי "התובע [המשיב – י.ע.] לא נחקר על העלאת טענה זו, ומשכך יש להסיק כי היא נכונה" (סעיף 18 לפסק הדין). זו ההנמקה היחידה שהביא בית המשפט לביסוס קביעתו כי המשיב אולץ לאונן בפני חוקריו. דומה כי קביעה זו, בתורה, היא שהביאה את בית משפט קמא לפסוק למשיב סכום נכבד עד מאוד של 1,100,000 ₪ כפיצוי בגין נזק לא ממוני (למעלה מ-12,000 ₪ לכל יום מעצר). קביעה זו תחולתה אמנם במישור העובדתי, אך היא אינה מבוססת על קביעת ממצאי עובדה ומהימנות, אלא על יישום כלל שבדיני הראיות, ובכגון דא, אין לערכאה הדיונית יתרון על ערכאת הערעור.

94. ככלל, הלכה ותיקה עמנו, כי הימנעות מלחקור פועלת לחובת הנמנע. אלא שאין מדובר בכלל שאין בלתו, וגם מקום בו מותר בעל דין על חקירה נגדית של עד, אין הדבר מחייב את בית המשפט לקבל את גרסת העד אם יש טעם של ממש להימנעות (יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1953 (2009)). כך, לדוגמה, מקום בו בעל הדין שנמנע מלחקור מביא ראיות אחרות אזי "אין זה מחובתו של השופט להתעלם מהעדים וההוכחות האלה רק מפני שהצד הנ"ל לא השתמש בזכותו לחקור עד בחקירת שתי-וערב" (ע"א 110/78 ספיאשווילי נ' מור שמואל, פ"ד לד(2), 589, 596-597 (1979)). ובקיצור, הימנעות מחקירה נגדית נזקפת ברגיל לחובת הנמנע, אך אינה מביאה מיניה וביה למסקנה כי יש לקבל את גרסת העד או המצהיר כהווייתה ללא תלות במכלול הראיות. המדינה טענה כי מאחר שתצהירו של המשיב הותרע על פני 81 עמודים וכלל 602 סעיפים, לא ניתן היה, ולא צריך היה, לחקור אותו על כל נקודה ונקודה.

לטעמי, מול מחדלה של המדינה לחקור את המשיב בנקודה זו בחקירה נגדית, עומד לחובת המשיב השיהוי הניכר וכבישת עדותו. טענתו של המשיב כי אולץ לאונן

לנגד עיני החוקרים הועלתה על ידי המשיב לראשונה במסגרת תביעת הנזיקין בבית משפט קמא, כשנתיים לאחר הגשת הבקשה לפי סעיף 80 לחוק העונשין, וכשש שנים לאחר שבוטל כתב האישום נגדו. קשה להלום כי בכל הליכי המעצר, בהם העלה המשיב טענות כי הוכה על ידי החוקרים, הוא נמנע מלהעלות את הטענה החמורה ביותר כי אולץ לאונן בפני חוקריו. אך גם בהנחה שיש לראות את המשיב כנפגע עבירת מין הכובש עדותו בשל תחושות אשם, פחד, בושה וכיו"ב, ניתן היה לצפות כי בבקשתו לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין, במסגרתה העלה את כל הטענות האפשריות, לרבות טענות לאלימות מצד המשטרה, יעלה את הנושא. בהתחשב בכל אלה, איני סבור כי היה מקום לקבל את עדותו היחידה של המשיב כי אולץ לאונן בפני חוקריו.

95. מנגד, יש מספר אינדיקציות מזמן אמת לאיומים והתנהלות אלימה מצד החוקרים כלפי המשיב, והדברים עולים בעיקר מחילופי הדברים בינו לבין המדובב. כך, למשל, ביום 17.7.99, למחרת מעצרו של המשיב, התנהלו בינו לבין המדובב חילופי הדברים הבאים (הדגשות הוספו – י.ע.):

מדובב: בלחץ. הם הרביצו לך?  
 משיב: קצת, לא רציני... להרבה יותר גרוע. אני לא...  
 בסוף... אה, אחד נתן לי איזה... על העין, וכמה מכות  
 בחזה. לא משהו רציני. הם אמרו, אנחנו עוד עדינים,  
 אבל אם נביא אותך לאלה, לת"א, שמחפשים אותך,  
 שמה תאכל..

ולמחרת היום, ב-18.7.99:

מדובב: אתה כאילו שותק עכשיו?  
 משיב: לא. אני מנסה לדבר כמה שפחות. אי אפשר  
 לשתוק שם. חוזר על דברים שאמרת. שם נותנים סטירה  
 פה סטירה שם.

ביום 20.7.99, בעת הדיון בהארכת מעצרו השניה, פנה בית המשפט למשיב ושאל אותו האם קיבל מכות משוטר במהלך החקירה. תשובת המשיב הייתה כי היו שלושה שוטרים בחדר שאחד מהם בעט בו מאחור.

כעבור חמישה ימים, ביום 25.7.99, לאחר שהמשטרה עימתה את המשיב עם אמירות שהשמיע באוזני אחד המדובבים, חזר המשיב לתאו, שם המתין לו מדובב נוסף:



מדובב: איך בן אדם יושב איתך יומיים, בקושי הספקת להכיר אותו וכבר אתה מדבר איתו, לא מבין?

משיב: הייתי נרגש, פחדתי, חטפתי מכות, הייתי צריך לדבר עם מישהו, לא שאמרתי כל כך הרבה, אבל מספיק, פה אתה מוציא משפט ושם משפט...

טענה בדבר אלימות ואיומים מצד השוטרים, המסתמכת על חילופי הדברים בין המשיב לבין המדובבים, הועלתה גם בערר שהגיש המשיב על החלטת בית המשפט המחוזי לעצרו עד תום ההליכים.

96. אל מול דברים אלו, טענותיו של המשיב להתעללות קשה שחוה מצד החוקרים, הועלו על ידו לראשונה רק במסגרת הבקשה שהגיש לפי סעיף 80 לחוק העונשין, למעלה מארבע שנים לאחר ביטול כתב האישום נגדו. טענות אלה הוכחו נמרצות על ידי השוטרים בעדותם בבית משפט קמא. אכן, בית המשפט מצא את עדותם של השוטרים כבלתי מהימנה בנושאים רבים הקשורים לחקירה, אך נמנע מלקבוע ממצאים שבעובדה לגבי טענת האלימות והתעללות הקשה.

בהתחשב בכך שטענותיו של המשיב לאלימות והתעללות קשה חורגות מאמירותיו בזמן אמת למדובבים ("לא משהו רציני...סטירה פה סטירה שם..."); בהתחשב בכך שנמנע מלטעון זאת בדיוני המעצרים; בהתחשב בכך שבערר לבית המשפט העליון טען לאלימות מצד השוטרים בהסתמך אך ורק על האמירות באוזני המדובבים; בהתחשב בכך שלא הגיש בזמן אמת, ואף לא בשש השנים שלאחר מכן, תלונה למחלקה לחקירות שוטרים – לאור כל אלה, איני סבור כי יש לקבל את עדותו היחידה של המשיב בנקודה זו.

97. סיכומו של דבר, שבית משפט קמא נמנע מקבוע ממצא עובדתי ביחס לטענות המשיב להתעללות קשה ואכזרית ואילוצו לאונן לנגד עיני החוקרים. בהתחשב בשיהוי הרב ובכך שטענות אלה הועלו לראשונה אך כשש שנים לאחר ביטול כתב האישום, במסגרת תביעת הנזיקין, המשיב לא הרים את הנטל להוכיח את טענותיו. מנגד, יש לקבל דברי המשיב שנאמרו למדובבים בזמן אמת, ומהם עולה כי ננקטה כנגדו אלימות ואיומים מצד השוטרים. התנהלות זו חומרתה רבה, ויש להוקיעה מכל וכל. תהא מלאכתם של החוקרים קשה ככל שתהא, אין להשלים עם מצב בו שוטרים מכים חשוד או מאיימים עליו בנקיטת אלימות, ואין צורך לעמוד על ההשלכות העלולות לנבוע מהתנהלות שכזו בכל הקשור לחשיפת האמת ולהפללת חפים מפשע. המקרה שבפנינו

מדגים לאן יכולה להוביל להיטות יתר של חוקרים בפענוח פרשיה, קשה ככל שתהא, ויש לקוות כי הלקחים הופקו ויופקו על ידי העוסקים במלאכה.

סיכום ביניים

98. פתחנו את הילוכנו בראש הראשון של תביעת המשיב, ודחינו את הטענה כי התרשלות המדינה – בהצגת דברים באופן שגוי או כוזב על ידי החוקרים ובמחדלי חקירה – הביאה למעצר ימים של המשיב ולמעצרו עד תום ההליכים. לשם כך, בחנו את קורפוס הראיות במלואו בזמן אמת ומצאנו כי הקונספציה החקירתית הייתה סבירה וכי אין קשר סיבתי בין ההתרשלות המיוחסת לתביעה ולפרקליטות לבין החלטותיהם של בתי המשפט להאריך את מעצרו של המשיב ולעצרו עד תום ההליכים. לפיכך, דין ערעור המדינה בנקודה זו להתקבל.

משם פנינו לראש השני של תביעת המשיב, ומצאנו כי יש לקבל טענותיו כי חוקרי המשטרה הפעילו כלפיו אלימות ואיומים, אך דחינו הטענות הכבושות לגבי התעללות ואלימות קשה ואת הטענה כי החוקרים אילצו את המשיב לאונן לנגד עיניהם. לכן, דין ערעור המדינה בראש זה להתקבל חלקית.

99. יכולנו לסיים את הילוכנו בנקודה זו, ולפנות לבחינת גובה הנזק. אלא שמלאכתנו לא תהא שלמה בלא התייחסות להתנהלות המשטרה בתיק זה, התנהלות אשר זכתה לקיתונות של ביקורת מפיו של בית משפט קמא. כפי שנראה להלן, להתנהלות הפסולה של המשטרה יש נפקות לסוגיה של פיצוי המשיב ולהבחנה בין ההליך שניהל המשיב במסגרת סעיף 80(א) לחוק העונשין לבין תביעתו הנזיקית, ועל כך אעמוד בהמשך.

אולם תחילה, כאמור, מספר הערות על התנהלות המשטרה.

פגמים והתנהלות פסולה של המשטרה

100. בית משפט קמא עמד בהרחבה על שורה של פגמים שנפלו בהתנהלות המשטרה, ומתח ביקורת נוקבת למדי על התנהלותה. כך, בסכמו את הדברים, ציין בית המשפט, בין היתר, כי השוטרים פעלו "במקרה הטוב באופן בלתי סביר ותוך התעלמות מוחלטת מראיות שעמדו בפניהם, ובמקרה הרע הם פעלו באופן בלתי חוקי, בהציגם את הראיות בצורה שקרית". בית המשפט לא חסך את שבט ביקורתו מהשוטרים

שהעידו בפניו וגם כלפי אחד השוטרים שלא הובא לעדות. כך, למשל, נקבע כי דבריו של השוטר דסטה "מהווים שיבוש הליכים והטעיית בית המשפט. ממש כך !!! [...] ויש להצר על כי במקרה זה, הגינות לא הייתה כאן" (סעיף 12 לפסק הדין); כי רמת התשובות של השוטרים "גבלה בעלבון" (סעיף 15 לפסק הדין); כי "על מנת להסביר את העוול הנורא שנעשה לתובע, יש לעמוד על התנהלותם של החוקרים, על דרך מחשבתם, ועל הגינותם ויושרם, או שמא נאמר – חוסר הגינותם וחוסר יושרם" (סעיף 16 לפסק הדין); כי תשובותיהם המתחמקות של השוטרים העידו על "עליבות" (סעיף 19 לפסק הדין); וכי תשובותיו של השוטר סוויד היו "מטופשות" (סעיף 22 לפסק הדין); כן מעיר בית משפט קמא בלגלוג כי באחד המזכרים "הפגין סוויד את כישוריו הפסיכולוגיים והבנתו העמוקה את נפש האדם" (סעיף 23 לפסק הדין).

101. הדברים הם נוקבים וחרifiים, וכשלעצמי סבורני כי ראוי לנקוט משנה זהירות בטרם מייחסים לעד, בוודאי עד שאינו צד להליך, מעשים פליליים וכוונת זדון. "הוו מתונים בדין" (אבות, א, א) מורנו הכתוב במשנה הפותחת של מסכת אבות, וכדברי השופט קדמי, "שופט נבחן, בין היתר, ביכולתו לרסן עצמו ולנהוג איפוק בתחום הרגיש של מימצאי מהימנות והבעת דעה על אופיים של אלה המופיעים בפניו" (בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721, 738 (1998)). אכן, בית משפט קמא הוא ששמע את השוטרים והחוקרים והתרשם כפי שהתרשם, ובכך איני רואה להתערב. אף אציין כי למקרא הפרוטוקול, עולה שתשובות שניתנו על ידי החוקרים, טוב היה משלא נאמרו. עם זאת, דומה כי בית משפט קמא לא נתן ולו קמצוץ של משקל לכך שהחוקרים העידו על אירועים שהתרחשו לפני כמעט אחת עשרה שנים לפני מתן עדותם, וכי במהלך עדותם נתבקשו לזכור ולנמק החלטות או אמירות כאלה ואחרות, כאילו היה מדובר בחקירה שניהלו אך לאחרונה. זאת, למרות שהשיהוי, על הנזק הראיתי הכרוך בכך, מוטל כולו לפתחו של המשיב. אף איני סבור כי התרשמות של חוקרים מהתנהגות נחקר אינה לגיטימית, לפחות בשלבי חקירה ראשונים. גם אם אין החוקר פסיכולוג, הוא נדרש להפעיל את נסיונו והאינטואיציה שלו כחלק בלתי נפרד ממלאכת החקירה, ובחינת התנהגותם ותגובותיהם של נחקרים, היא חלק בלתי נפרד מהתרשמות החוקר.

102. ודוק: איני סבור כי ביקורתו של בית משפט קמא כלפי התנהלות המשטרה הייתה משוללת יסוד. היה מקום לביקורת, ואחזור ואזכיר את עיקרי הדברים:

(-) המשטרה טענה בתחילת הדרך כי בבסיס החשד נגד המשיב עומדת עדות הקטינה הנפגעת שזיהתה את החשוד באופן אקראי בסופרמרקט. זאת, שעה שמדברי הקטינה ואביה עולה כי הדברים אינם משקפים את המציאות.

(-) המשטרה טענה כי נתפסו בדירת המשיב כובעי גרב המתאימים לתלונה, וכן "תמונות שאנו טוענים שהם פורנוגרפיות ובהן ילדות". לא נתפסו כובעי גרב ולא חומרים פורנוגרפיים של ילדות.

(-) בזכ"ד נכתב כי המשיב אמר למדובב שהוא נמשך לילדים קטנים, בעוד שמהתמליל עולה שאמר כי הוא אוהב מאוד ילדים, והדברים נאמרו בהקשר של יכולתו להיפתח בפני אנשים.

(-) בזכ"ד שכתב המדובב, שוטר שלא הובא לעדות, נכתב כי המשיב אמר למדובב שהתוקף דווקא התנהג יפה לילדה "ואני חשבתי להודות כי זה רק פוצי מוצי אבל אמא שלי לא רצתה שאני יודה [כך במקור – י.ע.]. המדובר בעיוות חמור של הדברים, ומתמלול השיחה עולה שהמדובב הוא שאמר למשיב "כדאי לך לגמור עם זה, קוצי מוצי, זה עניין של תנאי, או קנס...".

(-) על פי אחד המזכרים, אמה של קטינה אחרת, המתגוררת בשכנות למשיב ואשר המשיב נהג לשמש לה כשמרטף, סיפרה לאחד השוטרים "שהשכן הראה לה את הבולבול". על בסיס האמור זומנה חוקרת ילדים לחקור את הקטינה, ובדו"ח ציינה החוקרת תחת "מהות התלונה כפי שנמסרה על ידי המשטרה" כי הקטינה "סיפרה לאם שהשכן הראה לה את ה'בולבול'". אלא שלאמיתם של דברים, אמה של הקטינה מסרה שבתה אמרה לה שראתה את איבר המין של המשיב בצילום מאלבום התמונות המשפחתי בהיותו תינוק. לא בכדי הבהירה חוקרת הילדים בעדותה, שאילו הייתה יודעת שאלו הם פני הדברים, הייתה פונה לממונים ומבקשת שלא לחקור כלל. נראה אפוא כי "חוסר הדיוק" מצד המשטרה לא היה נחלתם של בתי המשפט בלבד, ואף חוקרת הילדים זכתה למנה משלה.

103. עמדנו על כך שנוכח מכלול הראיות, אין בפגמים ואי דיוקים אלה כדי לשנות מהתוצאה (כך, לדוגמה, בסופו של דבר הקטינה דירגה את זיהויו של המשיב כ"תשע ורבע" וזיהתה אותו גם בתחנת המשטרה, ובסופו של דבר אף אחד לא טען שהתוקף היה עם כובע גרב). אולם הדברים משקפים התנהלות פסולה מעיקרה. יש בהם כדי

להדליק נורות אזהרה ולעורר דאגה של ממש, ושותף אני לביקורתו של בית משפט קמא בהקשר זה. הדעת אינה סובלת מצב בו זכ"דים של המשטרה אינם משקפים נאמנה את מצב הדברים כהווייתם, או מצבים בהם משטרת ישראל מציגה בפני בתי המשפט מידע בלתי מדויק. מעשה של יום ביומו, שבתי המשפט עוצרים ואף מרשיעים נאשמים על סמך דברים הנכתבים בזכ"דים, ומתגנב החשש ללב הקורא, שמא המקרה שבפנינו הוא חריג המעיד על הכלל. ודוק: איני בוחן כליות ולב, ואיני רואה להגיע למסקנה כי השיבושים נעשו בכוונת מכוון, אך בשורה התחתונה, החשוב לענייננו הוא שדברים לא הובאו כהווייתם בפני בית המשפט. בעידן בו נתקף מעמדה של ההודאה (דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'דאת – על הסכנה שבהודאות שווא וכיצד להתמודד עימה" הפרקליט מט(תשס"ז) 7; בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא 'קיסרית הרשעות השווא' עלי משפט ד 245 (2005)); בעידן בו ירדה קרנם ונתקף מעמדם של המדובבים (ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם" מאזני משפט ג 439(תשס"ג); בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות – הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל" עלי משפט ט 399 (תשע"א) (להלן: סנג'רו – שימוש בתחבולות)) – האם הגיע כעת תורם של הזכ"דים, המזכרים והדוחות המשטרתיים? מקרה כגון דא מכרסם במהימנותם של אלו, ואם כך הדבר, אנה אנו באים.

104. התנהלות בעייתית נוספת אנו מוצאים בתרגיל החקירה של המשטרה, באישורה של הפרקליטות, במסגרתו הוצג למשיב דו"ח כוזב כביכול נמצאו ממצאי DNA שלו על גוף הקטינה. ההשתלשלות העובדתית מבהירה מדוע אצה למשטרה הדרך לבצע תחבולה שכזו, אשר נערכה בסמוך לאחר חילופי הדברים הבאים בין המשיב לבין אחד המדובבים:

"מדובב: אם יצא לך DNA חיובי מה תעשה?  
משיב: חבל לי על הזמן, אני אודה, עדיף להודות מאשר להסתבך."

לא למותר להזכיר כי התחבולה בה נקטה המשטרה לא נשאה פרי, כוחותיו של המשיב עמדו לו והוא המשיך לדבוק בגרסתו באופן עקבי, כפי שעולה גם מדבריו למדובב שם הוא חוזר ואומר כי אינו מוכן להודות במעשה שלא עשה.

105. נראים לי דבריו של בית המשפט המחוזי, אשר ראה בכך "חציית הקו בין מותר ואסור". עמד על כך בית משפט זה, בפרשה בה נקטה המשטרה תרגיל חקירה דומה

ו"פיברקה" מסמך משטרתי בו נכתב כי טביעות האצבעות של הנאשם נמצאו על גבי חפץ מסוים. וכך נאמר על ידי השופט בך באותו עניין (ההדגשות שלי - י.ע.):

"אולם, כאמור, מטרידה אותי עצם התחבולה שננקטה במקרה זה. אין לשלול שימוש בתחבולות מסוימות מצד המשטרה, אף אם יש באלה מידה של הטעיה כלפי החשוד [...].  
אך חייבים לתחום גבולות לשימוש באמצעים כאלה, ולדעתי, חיבור מסמכים שקריים ו'מפוברקים' חורג מתחום המותר. ישנו הבדל משמעותי בין אי-גילוי האמת או אף אמירת אי-אמת לנחקר לבין הטעתו על-ידי חיבור מסמכים כוזבים המתיימרים להיות ראיות ממשיות. ישנה כאן סכנה, כי יפרץ כל סכר. אם מותר למשטרה ולתביעה 'לפברק' אישור כוזב בדבר תוצאות בדיקת טביעת אצבע, אזי אין מניעה לכך, שמחר תזויפנה טביעות אצבע עצמן וכן בדיקות באליסטיות, בדיקות של גופות לאחר המוות, הודעות של עדים, חתימות על גבי שיקים ומסמכים אחרים וכו', לא נראה לי, כי תחבולה שלובשת צורה קיצונית ובוטה כזו הינה לגיטימית, ואפילו אין כוונה להעלים בסופו של דבר את פרטי התחבולה מפני בית המשפט ומפני הנאשם" (ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 52, 54-55 (1987)).

(וראו עוד: ע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל (לא פורסם, 12.3.2009), סעיף 13 לפסק דינה של השופטת ארבל והאסמכתאות שם (להלן: עניין לוי); אליקים רובינשטיין "תחבולה בחקירה – פרוטוקול מזויף של בית המשפט" הסניגור 78 (2003); והשוו לע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.1.1994); מאיר גלבוע תחבולות בחקירה והכסא הזז בקודש הקדשים הסניגור 75 (2007)).

אין לכחד כי קשה להגדיר את קו הגבול בין תחבולה אסורה לתרגיל חקירה לגיטימי, וכפי שנאמר בפסיקה, הקווים המנחים בסוגיה זו "עמומים למדי" (עניין לוי, שם), וראוי להותיר את ההכרעה בשאלה זו בכל מקרה לגופו (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) סעיף 64 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש). נושא זה חורג מענייננו, שהרי איננו נמצאים במסגרתו של הליך פלילי ואיננו נדרשים לבחון כשרותה של הודאת נאשם. לצורך הדיון דכאן, די שנכיר בכך כי התחבולה בה נקטה המשטרה הייתה בבחינת חציית קו אדום, וכאשר הדבר מצטרף לשורת הפגמים המנויים מעלה, התמונה הנשקפת מהתנהלות המדינה רחוקה מלהניח את הדעת ומעוררת אי נחת רבתי, בלשון המעטה (וראו רשימותיו של בועז סנג'רו, בהן מותח המחבר ביקורת על התנהלות המדינה בעקבות פסק דינו של בית משפט קמא

בענייננו: סנג'רו – השימוש בתחבולות, בעמ' 416; בועז סנג'רו "פשעי שוטרים, רשלנות תובעים, אופטימיות שופטים והרשעת חפים מפשע" הסניגור 158 (2010); בועז סנג'רו "אני מאשים גם את השופטים" הסניגור 159, 5 (2010).

106. סיכומו של דבר, שהמסקנה העולה מחומר הראיות מאירה חלק מהתנהלות המשטרה באור שלילי למדי. הזכאי המשיב לפיצוי בגין התנהלות פסולה זו ובאיו מסגרת? לשאלה זו נפנה עתה.

בין תביעתו הנזיקית של המשיב לבין בקשתו לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין

107. רגלנו נטועות במשבצת עוולת הרשלנות בדיני הנזיקין, ומשכך, למרות ההתנהלות הבעייתית של המשטרה, בהיעדר נזק או קשר סיבתי בין ההתרשלנות לבין הנזק, לא קמה עילת תביעה ברשלנות, וממילא אין לפסוק בגינה פיצוי.

לא בית משפט קמא ולא בית משפט זה, יושבים כערכאת ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין. עם זאת, אין להתעלם מכך שהנסיבות הדיוניות במקרה שלפנינו יוצאות דופן. כזכור, וכפי שתואר בפרק השתלשלות ההליכים, לאחר שנדחתה בקשתו של המשיב לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, הוא פעל בשתי דרכים: האחת – הגשת תביעה בנזיקין לבית משפט קמא. השניה – הגשת ערעור לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את בקשתו לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין.

ערעורו של המשיב על ההחלטה לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין נדון בטרם התבררה תביעתו האזרחית בבית משפט קמא, ועל רקע זה דחה בית משפט זה את ערעורו בפסק דין קצר, באלו המילים:

"הסתבר לנו כי המערער הגיש תביעת נזיקין נגד המדינה בגין הפרשה נשוא הערעור הנוכחי. אין סיבה לאפשר התנהלות של שני הליכים מקבילים, מה גם שההליך שבפנינו הינו הליך טפל להליך הפלילי. זאת ועוד, ההליך הפלילי שנפתח נגד המערער הסתיים בביטולו של כתב האישום. הערכאה הדיונית לא נתנה הכרעת דין. על כן, לא קיימת תשתית ראייתית מספקת בפנינו. העניין שבערעור דנא יתברר במלואו וכהלכתו בגדרו של התיק האזרחי" (ע"פ 11372/05 שובר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.5.2007).

הנה כי כן, ערעורו של המשיב על ההחלטה לדחות בקשתו לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין נדחה מבלי שנתברר לגופו, מתוך נקודת הנחה כי ממילא הסוגיות תתבררנה במלואן בגדרי התביעה הנזיקית. אך משהגענו למסקנה כי רובה-ככולה של תביעת המשיב דינה להידחות, הרי שאין אכסניה מתאימה לפסוק למשיב פיצוי בגין הפגמים בהתנהלותה של המשטרה (להבדיל מפיצוי בגין האלימות שהופעלה כלפיו בחקירה). במצב הדברים הרגיל, ואילו היינו מסכים הגלגל לאחור, הרי שנוכח הממצאים אליהם הגענו במסגרת התביעה הנזיקית דכאן, היה מקום לפסוק למשיב פיצוי לפי החלופה השניה בסעיף 80(א) לחוק העונשין, ונחזור ונעמיד לשון הסעיף נגד עינינו:

80. הוצאות ההגנה מאוצר המדינה  
 (א) משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה שממנה זוכה או בשל אישום שבוטל לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ה - 1982 בסכום שייראה לבית המשפט;

ההליך לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין הוא ספיח להליך הפלילי העיקרי. הדיון בו מתבצע במתכונת דיונית מקוצרת לבירור שאלת זכאותו של נאשם לפיצוי על מעצרו ולשיפוי בגין הוצאות הגנתו. עמדנו על כך, שהקביעות שנעשות במסגרתו אינן מקימות השתק פלוגתא ביחס להליכים אחרים, כך שבפני התובע פתוחה הדרך לתבוע את יתרת נזקיו בדרך של הגשת תובענה אזרחית (עניין חגי יוסף, סעיף 96 לפסק הדין; רע"א 4528/06 ברנס נ' סנ"צ (בדימוס) שאול מרכוס (לא פורסם, 18.5.2009), סעיפים 30-31 להחלטה)).

108. ככלל, הדעת נותנת כי יריעתה של תביעת רשלנות רחבה מזו של סעיף 80(א) לחוק העונשין, וככל שיעלה בידו של תובע להוכיח את תביעתו הנזיקית, יש להניח כי יצא עם מלוא תאוותו בידו, ולא יהא טעם בניהול הליך לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין. זאת, לאור העובדה שמחוקק המשנה הגביל עד מאוד את שיעור הפיצוי לפי סעיף 80(א) בתקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982. התקנות (אשר חלות גם על פיצוי לפי סעיף 38 לחוק המעצרים) קובעות תקרה לפיצוי מכסימלי המבוסס על אבדן השתכרות של יום עבודה לפי השכר הממוצע במשק, פיצוי שאינו כולל נזק בלתי ממוני כמו צער, בושה ותחושת חוסר האונים הכרוכה במעצר או במאסר שווא. לכן, נקל להבין את החלטתו של בית משפט זה לדחות את ערעורו של



המשיב על החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף 80(א), ולהותיר את מלאכת הבירור לערכאה הדיונית אשר תדון בתביעתו האזרחית.

מנגד, באספקלריה אחרת, הוראת סעיף 80(א) לחוק העונשין רחבה מזו של תביעה נזיקית. זאת, הן מאחר שהטוען במסגרתה אינו נדרש להוכיח אשם של הרשות ואף לא נדרש להוכיח נזק על פי אמות המידה והכללים הנוהגים בתביעת נזיקין בהליך אזרחי, והן נוכח העילה השניה הקבועה בסעיף ("או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת") המסמיכה את בית המשפט לפסוק פיצוי. לשון החוק עמומה ומותירה בידי בית המשפט שיקול דעת רחב למדי (ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 496-497 (1997)). עמד על כך השופט חשין בעניין דבש, אשר השתית את כוחה של העילה על עקרונות הצדק (שם, עמ' 91):

"עילה זו של 'נסיבות... המצדיקות' שיפוי ופיצוי, עילה היא ללא גבולות וסייגים. אין לה לא גוף ולא דמות-הגוף ושואבת היא כוח ואון במישרין ממעיין הצדק. הצדק הוא האמור להורות לבית-המשפט הדרך, כמובן תוך הבנה שזיכוי של נאשם באשר הוא אין די בו כדי לזכות בפיצוי. מושג-מפתח לענייננו הוא מושג העוול.

[...]

וכפי שנפסק, הביטוי 'נסיבות אחרות המצדיקות זאת' ביטוי עמום הוא – עמום הוא וראוי הוא כי יישאר עמום (פרשת רייש, בעמ' 496-498, מפי השופט זמיר); שיקול-דעתו של בית-המשפט, שיקול-דעת הוא הפורש. עצמו על-פני מרחבים, והוא שיכריע בנושא הפיצוי והשיפוי".

(לפסיקה נוספת ראו אצל עומר דקל "הזכאי זכאי לפיצויים? על זכותו של נאשם שזוכה לפיצוי בגין נזקיו" עלי משפט ט 523, 528, הערה 14 (תשע"א) (להלן: דקל)).

109. עילת "הנסיבות האחרות" המעוגנת בסעיף מעניקה אפוא לבית המשפט שיקול דעת רחב בבואו לפסוק פיצוי לפי סעיף 80(א) משיקולי צדק. בין הנסיבות הנכנסות תחת עילה זו רשאי בית המשפט להביא בחשבון גם נסיבות שעניינן אופי הליכי החקירה והמשפט בכללם, במסגרתן תיבחן השאלה האם המדינה התרשלה או פעלה שלא-כהלכה בחקירה, בהעמדה לדין או בניהול המשפט (עניין דבש, בעמ' 118). וראו עוד אצל דקל, בעמ' 528-529). תחת העילה של "נסיבות אחרות" אין צורך בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות כדי לזכות בפיצוי, ובכך נוצר "מתחם" של נסיבות אשר יכול נאשם למצוא להן מזור תחת סעיף 80(א), מבלי שיעלה הדבר בידו באמצעות הגשת תביעה נזיקית. כך, במקרה דנן, הצבענו על פגמים בהתנהלות החוקרים, שלא היה בהם

כדי להקים תביעה בנזיקין בשל היעדר קשר סיבתי, אך הם מתיישבים עם אחד הטעמים העומדים בבסיס חיובה של המדינה לפי סעיף 80(א) והוא הצורך לפקח על שיקול דעתה של התביעה הכללית (עניין דבש, בעמ' 101).

110. לטעמי, נוכח הליקויים שנפלו בהתנהלות המשטרה (ועמדנו על עיקריהם לעיל), אכן מתקיימות אותן "נסיבות אחרות" שהצדיקו פיצוי המשיב לפי סעיף 80(א) והם: הפרטים המטעים שנמסרו על ידי השוטרים לבתי המשפט בשלבי המעצר של המשיב; איומים ואלימות כלפי המשיב; הנקיטה בתחבולה אסורה.

דא עקא, שאין באפשרותנו לפסוק פיצוי בגין אותן "נסיבות אחרות" במסגרת הליך זה, שהרי, אין אנו יושבים כערכאת ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף 80(א), ומשנדחה ערעורו של המשיב על ההחלטה האמורה נחסמה דרכו של המשיב במסלול זה.

אשר על כן, נראה לי כי הדרך הנכונה הינה להמליך בפני המדינה לפצות את המשיב בסכום המכסימלי על פי התקרה הקבועה בתקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982 בגין 88 ימי מעצר (פיצוי העומד על סכום של כ-30,000 ₪), וחזקה על המדינה שתיקח המלצה זו לתשומת לבה ותפעל לפיה.

הנזק בתביעת הנזיקין זכאן

111. מתביעת הנזיקין שהגיש המשיב, נותרה אפוא העילה של איומים ואלימות שהופעלו כנגדו במהלך מעצרו וחקירותיו, אלימות אותה הגדיר המשיב בפני המדוכב כ"לא רצינית" כ"סטירה פה סטירה שם" וכיו"ב.

להתנהלות עוולתית זו, אין קשר לנזקים הכבדים להם טען המשיב בתביעתו, ואשר אותם קשר בעיקר להתארכות מעצרו ושליטת חירותו, ההתעללות בו והשפלתו באילוצו לאונן בפני החוקרים – טענות שאותן דחינו לעיל, ובגינון הוכרה למשיב נכות נפשית בשיעור של 10% ונפסק לו הפיצוי הנכבד בבית משפט קמא.

אשר על כן, אכיר אך בנזק לא ממוני שנגרם למשיב בגין האיומים והאלימות שננקטה כנגדו בחקירה – ואדגיש כי אין מדובר בפיצוי בגין שליטת חירות שלא כדין –

ואעמיד את סכום הפיצוי במסגרת תביעת הנזיקין של המשיב, על הסך של 200,000 ₪ בצירוף שכ"ט בסך 45,000 ₪.

נוכח התוצאה אליה הגעתי, ממילא דין הערעור המשיב להידחות על כל ראשיו וחלקיו (הוא הדין לגבי בקשתו של המשיב מיום 3.10.2011 לתיקון פרוטוקול הדיון שהתקיים בפנינו, אשר לא ראיתי להיענות לה).

והוא לפני טיוס...

.112

"שֹׁפְטִים וְשׁוֹטְרִים תִּתֶּן-לָךְ בְּכֹל-שְׁעָרֶיךָ, אֲשֶׁר יִהְיֶה אֱלֹהֶיךָ נֹתֵן לָךְ, לְשֹׁבְטֶיךָ, וְשֹׁפְטוֹ אֶת-הָעָם מִשֹּׁפֵט-צָדֵק; לֹא-תִטֶּה מִשֹּׁפֵט, לֹא תִפְיֹר פָּנִים וְלֹא-תִקַּח שֹׁחַד, כִּי הַשֹּׁחַד יַעֲוֹר עֵינֵי חֲכָמִים, וַיִּסְלַף דְּבָרֵי צְדִיקִים; צָדֵק צָדֵק תִּרְדֹּף, לְמַעַן תַּחֲיֶה וַיִּבְשֹׁף אֶת-הָאָרֶץ, אֲשֶׁר-יִהְיֶה אֱלֹהֶיךָ נֹתֵן לָךְ" (דברים, טז, יח-כ).

כך ציוונו הכתוב בפתיחת פרשת "שופטים" בספר דברים, ולא בכדי כרך הכתוב "שופטים" ו"שוטרים" יחדיו כהקדמה למילים "ושפטו את העם משפט צדק", שכן יכולתו של השופט לעשות משפט צדק תלויה במידה רבה בכך שגם השוטר יעשה את מלאכתו נאמנה, מבלי להטות משפט, ומבלי להטעות את בית המשפט. הדברים אף עולים בקנה אחד עם הציווי "צדק צדק תרדוף", המופנה גם לבעלי הדין (חזקוני, שם), ובכללם המדינה. אל לשוטר לסמוך על הפרקליטות שתתקן את שגיאותיו, ואל לפרקליטות לסמוך על השופט שיתקן את שגיאותיה. על כל חוליה וחוליה בשרשרת, החל משלב החקירה ועד לשלב גזירת הדין, לעשות את המיטב בתחום עליו היא מופקדת, שלא תצא חלילה תקלה תחת ידינו.

יש לקוות כי הפרשה דכאן תשמש תמרור אזהרה לגורמי המשטרה והפרקליטות, אשר ידאגו לכך שהתנהלות פסולה כגון זו שנחשפה במקרה דנן לא תישנה, כי יופקו הלקחים ותוסקנה המסקנות, למען נדע כי גופים אלה ממלאים את תפקידם נאמנה, בתום לב ובניקיון כפיים, מתוך שאיפה לגלות את האמת, ואותה בלבד.

טיכום וטוף דבר

114. דין ערעור המדינה להתקבל, במובן זה שיש לבטל את מסקנתו של בית משפט קמא לפיה התרשלות המדינה הביאה לכך שהמשיב ישב במעצר 88 ימים. ממילא, אין לפסוק למשיב פיצוי בגין כך.

דין ערעור המדינה להתקבל, במובן זה שיש לבטל את מסקנתו של בית משפט קמא כי המשיב סבל מהתעללות ואלימות קשה וכי אולץ לאונן בפני חוקריו. ממילא, אין לפסוק למשיב פיצוי בגין כך.

דין ערעור המדינה להידחות ככל שהוא נוגע למסקנתו של בית משפט קמא כי ננקטו אלימות ואיומים כנגד המשיב במהלך חקירתו. בשל כך, זכאי המשיב לפיצוי בגין נזק לא ממוני בסך 200,000 ₪ בצירוף שכ"ט עו"ד בסך 45,000 ₪.

בנוסף, אנו ממליצים למדינה לפצות את המשיב בסכום המכסימלי הקבוע בתקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982, בגין 88 ימי מעצר.

כל צד ישא בהוצאותיו.

הערה: ניתן בזה צו איסור פרסום על כל פרט מזהה אודות הקטינה-המתלוננת ואיסור פרסום מוחלט של תיק המוצגים.

הערות לפסק דינו של השופט הנדל

113. משהונחה לפניי חוות דעתו המפורטת והמנומקת של חברי השופט הנדל, אתייחס בקצרה למספר נקודות העולות מהאמור בה.

א. בין בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין לבין תביעתו הנוזיקית – חברי מצא להעיר כי "העובדה שבית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין – אין בה לבדה כדי להביא לדחיית הערעור" (סעיף 6 לחוות דעתו). על כך אין חולק, ועמדתי על הדברים בהרחבה בפסקה 19 לפסק דיני (וראו גם בפסקאות 107-109). עם זאת, ומבלי לגרוע מכוחה של הלכת יוסף, הבעתי דעתי כי במקרה דנן, קשה ליישב בין פסק דינו המקיף והמנומק של בית המשפט המחוזי במותב תלתא, אשר דחה את תביעת המשיב בהליך לפי סעיף 80, לבין מסקנתו של בית משפט קמא בענייננו לפיה "הראיות וחלקי הראיות, לא היו אלא אפס אפסים במקרה הטוב...". כפי שציינתי, תוצאה זו יש בה, להשקפתי, "מן האנומליה".

ב. פלטי השיחות – חברי מעלה מספר שאלות, אשר לעמדתו, לו היתה המשטרה מקדימה לבררן ולתפוס את החומר הדרוש, היה בכך כדי לקצר את מעצרו של המשיב בצורה משמעותית. לדבריו, גילוי של הפלט בשלב מאוחר סלל את הדרך לשחרורו של המשיב, ו"הרושם המתקבל הוא כי לו פעלה המשטרה כראוי, והקדימה לברר את השאלות הללו ולתפוס את החומר הדרוש, היה מתקצר מעצרו של המשיב בצורה משמעותית" (סעיף 10 לחוות דעתו).

לטעמי, ועמדתי על הדברים בפסק דיני, "בדיעבד ניתן לומר כי התמונה העולה מפלט השיחות מתיישבת עם גירסתו הסופית של המשיב לפיה שהה בבית החניך מהשעה 17:30 לערך" (סעיף 90, לעיל). ודוק: בדיעבד הדברים מתיישבים עם גרסתו הסופית של המשיב. אפס, וכפי שהדגיש חברי, "הכלל הוא כי בודקים את סוגיית ההתרשלות 'בזמן אמת', נכון למועד ההתרשלות, ולא על פי המידע שהתקבל לאחר מכן" (סעיף 11 לחוות דעתו).

ואמנם, עודנו מביטים (ככל שהדבר ניתן) על מצב הדברים "בזמן אמת", אנו נוכחים לדעת כי גרסתו הפוזיטיבית של המשיב באותה העת, אשר נתמכה בראיה חיצונית בדמות דו"ח הפר"ח שהוא עצמו מילא, היתה כי הוא שהה בבית החניך בין השעות 19:30-15:30. הנה כי כן, לא זו בלבד שעל פי גירסה זו - ועל כך דומה כי אין חולק - התאפשר למשיב להיות נוכח בזירת האירוע בעת התרחשותו, אלא שפלט שיחות הבזק (לפיו יצאה שיחה מבית המשיב לבית החניך בשעה 17:23) כלל לא התיישב עם טענת האליבי של המשיב.

אשר לפלט שיחות הטלפון הסלולארי, עמדתי על כך שהטלפון היה רשום על שם אמו של המשיב, ועל כך שהחקירה התנהלה לפני למעלה מ-13 שנה, שעה שהוצאת פלטי טלפונים סלולאריים ואיכונם לא נעשו כדבר שבשגרה. חברי מטעים כי גם אם הוא יהיה נכון להניח "כי באותם ימים לא היה נהוג לבצע איכון ברגיל... עדיין אין בכך דיו" (סעיף 10 לחוות דעתו). בכך אני שותף לדעתו, ואף ציינתי מפורשות כי "בראיה לאחור, ניתן לומר שהיה על המשטרה לערוך בדיקות נוספות בסוגיית פלטי הטלפונים" (סעיף 92 לעיל). ברם, כאמור, יש להישמר מפני חכמה שבדיעבד, ולטעמי, הבאתו בחשבון של מצב החקירה כפי שהלך ונבנה בזמן אמת, אינה מביאה למסקנה כי התנהלות המשטרה עלתה כדי התרשלות בהקשר זה.

ג. אי תפיסת היומן – חברי סבור כי המשטרה התרשלה בכך שלא תפסה את היומן. דעתי שונה. כפי שפירטתי בהרחבה לעיל (תמצית הדברים בפסקאות 83-85), המשיב העלה שתי טענות אליבי – עבודה באופיס דיפו ושהות בבית החניך. שתיהן נבדקו על ידי המשטרה, ואחת מהן – שהות בבית החניך – התיישרה כאמור עם דו"ח הפר"ח שהמשיב מילא. אף המשיב עצמו טען בתשובתו לכתב האישום כי שהה בבית החניך עד השעה 19:30. בנוסף, בל נשכח כי היומן לא נתפס בעת החיפוש בבית; כי אמו של המשיב לא הביאה את היומן לסניגור; כי מבין התמלילים, ההודעות והסיכומים - פרי שעות חקירה מרובות של המשיב - ישנו אזכור אגבי אחד בלבד של המשיב בנוגע ליומנו; כי הסניגור עצמו לא ביקש להציג את היומן בדיונים בהליכי המעצר, אף לאחר הגשת כתב האישום; כי גם בערר בפני בית המשפט העליון, בו הוזכרו דבריו של המשיב בחקירתו בנוגע ליומן, לא הלין הסניגור על כך שהיומן לא נתפס או לא הוצג למשיב. ובקיצור, חשיבותו הרבה של היומן, כפי שנטען כיום בדיעבד על ידי המשיב, לא באה כלל לידי ביטוי בכל ההליכים הרבים שהתקיימו בעניינו של המשיב, שהיה מיוצג לכל אורך הדרך.

אשר לטענה כי לו היה היומן מוצג בפני המשיב, הוא היה נזכר בקורותיו של אותו יום, אשוב ואזכיר כי תחת הרובריקה של יום האירוע, כל שמופיע ביומן הוא צמד המילים "מפגש ארוך". עניין תשלום שכר הדירה מופיע ביומנו של המשיב חמישה ימים קודם לכן, בדמות המילה המחוקה "שכ"ד", ומהווה אחד מבין לפחות שישה רישומים המופיעים באותו יום (וראו העתק סרוק של היומן בסעיף 86 לעיל). חברי מניח כי מאחר ששני התאריכים מופיעים באותו עמוד, אזי סביר שזכרונו של המשיב היה מתרענן "בדיוק כפי שזכרונו של בעל הפנסיון התרענן" (סעיף 11 לחוות דעתו). מסקנתו של חברי אפשרית – וכך ציינתי בדבריי לעיל – אך היא לוקה במידה בלתי מבוטלת של ספקולטיביות. בעיניי, הטענה כי לו היה המשיב מעיין ברשימותיו חמישה ימים קודם לאירוע ורואה את המילה "שכ"ד", היה הדבר מוביל לכך שהוא היה נזכר שפגישתו עם בעל הפנסיון התקיימה בדיוק בשעת ביצוע העבירה חמישה ימים לאחר מכן – אינה משכנעת כלל (ראו סעיף 87 לעיל).

אשר לניסיון ללמוד מזכרונו המרוענן של בעל הפנסיון, הרי שלטעמי אין הנדון דומה לראיה. אכן, לאחר שהציגו לבעל הפנסיון קבלה מתוארכת חתומה על ידו, הוא אישר כי באותו היום המשיב שילם לו את שכר הדירה עבור אביו. ברם, מצב זה שונה ביסודו ממצבו של המשיב, אשר נדרש, על בסיס מילה אחת מחוקה ביומן, לבנות אליבי פוזיטיבי. לשון אחר, בפני בעל הפנסיון הוצגה קבלה מתוארכת חתומה על ידו,

וכל שנדרש ממנו הוא לאשר את נכונותה ולתאר את נסיבות חתימתה. המשיב, לעומת זאת, טוען כי המילה המחוקה "שכ"ד" המופיעה ביומן חמישה ימים קודם ליום האירוע, היתה גורמת לו להיזכר באופן פוזיטיבי בסדרי האירועים אשר אינם מתוארים ביומן (קרי, ששכר הדירה שולם כעבור חמישה ימים, בדיוק בשעת האירוע). ובקיצור, אין להסיק מהעובדה שבעל הפנסיון אישר כי חתם על הקבלה בתאריך המופיע עליה, כי לו היה המשיב מעיין ביומנו הוא היה נזכר בהתרחשויות אותו ערב ובלוחות הזמנים המדויקים.

ד. נזק ראייתי – חברי, היוצא מנקודת הנחה כי מחדלי המשטרה באי תפיסת היומן ופלטי השיחות עולים כדי התרשלות, נכון לבסס קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הארכת מעצרו של המשיב גם על דוקטרינת הנזק הראייתי, והוא מפנה בהקשר זה, בין היתר, לפסק הדין בע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004) (להלן: עניין מאיר) (סעיף 12 לחוות דעתו).

משהגעתי למסקנה כי התנהלות המשטרה לא עולה כדי התרשלות, איני רואה צורך להידרש לשאלת החלת הדוקטרינה לגבי רכיב הקשר הסיבתי במקרה דנן. אעיר, עם זאת, כי כפי שציין חברי, גם בהנחה שמחדלי המשטרה עולים כדי התרשלות, הרי שמדובר בסיטואציה של "נזק ראייתי מובנה" (כלשונו של גיא שני במאמרו "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי המעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315, 333 (2011) (להלן: שני – הנזק הראייתי) ובספרו חזקת רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 337-343 (2011) (להלן: שני – חזקת רשלנות), המובאת גם אצל ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1357 (2012) אשר אוזכר על ידי חברי (להלן: גלעד)). נזק ראייתי מובנה, לאמור, כאשר ההתרשלות הראייתית וההתרשלות שיצרה את הנזק (ואשר בגינה מוגשת התביעה) חד הן. זאת, להבדיל מהמצב ה"קלאסי" בו הנזק הראייתי נסב על מעשה נפרד מצד הנתבע – המוביל לפגיעה ראייתית – < המונעת מהתובע להוכיח את יסודות עילת תביעתו ביחס לנזקו הישיר.

החלת הדוקטרינה במצבים של "נזק ראייתי מובנה" אינה פשוטה. העמימות הכרוכה בסיטואציה מעין זו נובעת מחוסר ודאות לגבי תרחישים היפותטיים הבאים למלא "ריק עובדתי", להבדיל מנזק לראיות ב"מובן הצר" (גלעד, בעמ' 1363; שני – נזק ראייתי, בעמ' 335; שני – חזקת רשלנות, בעמ' 342). החלת הדוקטרינה בנסיבות כגון דא מחייבת אפוא זהירות וריסון, הן נוכח היחלשות הטעמים העומדים בבסיסה

(כגון צמצום יתרון המידע של הנתבע והרתעה מפני הסיכונים הכרוכים בהתרשלות ראייתית), הן מפני החשש מפני ריקון דרישת הקשר הסיבתי העובדתי מתוכן (גלעד, בעמ' 1360, 1362-1363; וראו דבריו של שני, המצביע על כך שהשלכותיו הלכת של פסק הדין בעניין מאיר עשויות להיות "מרחיקות לכת", עד כדי "ויתור על יסוד הקשר הסיבתי הספציפי והסתפקות בקיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי" (שני – הנזק הראייתי, שם)).

אין לי אלא להצטרף בהסכמה לביקורת, ואף אני סבור כי יש להישמר מפני החלה מיכנית של דוקטרינת הנזק הראייתי במצב של "נזק ראייתי מובנה". כדוגמה לכך שהדברים עשויים להגיע עד כדי ויתור על קשר סיבתי-עובדתי, אפנה לתוצאה אליה הגיע בית משפט זה בע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: עניין מימוני). באותו מקרה, נדונה תביעת נזיקין בגין נזק שנגרם לניזוק בתאונת רכיבה בחווה שבתחום שיפוטה של עיריית ירושלים. נקבע כי מאחר שהחווה התנהלה ללא רישיון עסק, יש להטיל אחריות על עיריית ירושלים. זאת, למרות שרישוי עסק של חוות רכיבה, אין משמעו כי על העירייה לעסוק בהסדרת כללי הרכיבה על סוסים, כך שהרישוי לא היה מונע מן הסתם את ההתרשלות שהביאה לתאונת הרכיבה (רכיבה ללא קסדה על סוסה "חמת מזג" בליווי של מדריך לא מנוסה). הנשיא ברק מתגבר על נושא הקשר הסיבתי באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי:

"בחנתי בעניין זה את טענת העירייה לפיה התנאים הנדרשים לרישיון עסק אינם כוללים את כללי הבטיחות הנוגעים לרכיבה על סוסים, ומשכך אין לזהות קשר סיבתי עובדתי בין הפרת חובת הרישוי לבין הנזק. ואולם, התרשלות העירייה מנעה מן המשיב את התשתית הראייתית לה הוא נזקק באשר למצב הדברים ההיפותטי אילו היתה העירייה נוהגת כשורה. בנסיבות אלו, קבענו בעבר כי קם על הרשות הנטל להראות כי אפילו היתה מקיימת את חובותיה כדין, לא היה בכך כדי להועיל לנפגע (ראו פרשת פלוני, פסקה 34; ע"א 9328/02 מאיר נ' ד"ר דן לאור (טרם פורסם)). בנטל זה לא עמדה הרשות, ומכאן כי התקיים יסוד הקשר הסיבתי הנדרש בין ההתרשלות לנזק" (שם, סעיף 25 לפסק הדין).

לטעמי, לפנינו דוגמה לכך שדוקטרינת הנזק הראייתי מביאה הלכה למעשה לאיון, ולמצער להחלשה-רבתי, של רכיב הקשר הסיבתי בעוולת הרשלנות.



ומזוית אחרת: בהאידנא, אין לך כמעט תיק פלילי בו לא נטען בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור למחדלי חקירה, וניתן לומר כי אין כמעט חקירה משטרית שלא ניתן להרחיבה לפעולות נוספות. לעיתים, ושמא אף לעיתים מזומנות, אכן ניתן להצביע על מחדלי חקירה כאלה ואחרים של המשטרה. למרות זאת, חזרה הפסיקה והדגישה פעם אחר פעם, כי הבחינה נעשית על פי "היש" הראיתי ולא על פי מה שניתן היה עוד להיעשות. כך, לדוגמה, נאמר על ידי השופט רובינשטיין בע"פ 5386/05 בילל אלחורטי נ' מדינת ישראל בפסקה ז (לא פורסם, 18.5.2006) (להלן: עניין אלחורטי):

"מהאמור עולה, כי על מחדלי החקירה להימדד בדרך כלל במישור הראיתי (עניין מליקר, שם). עוד קבעה הפסיקה, כי התביעה אינה חייבת להציג בפני בית המשפט את 'הראיה המקסימאלית', אלא 'על התביעה להוכיח את המוטל עליה ב'ראיה מספקת', 'ואין נפקא מינה אם היה לאל ידה להשיג טובה הימנה' (עניין מליקר, וראו האסמכתאות דשם) וגם אם יכלה התביעה להשיג ראיות טובות יותר, אין הדבר מוביל לזיכוי הנאשם, אם בראיות שהוצגו יש די להרשעה מעבר לספק סביר. כך סיכם את הסוגיה בית המשפט בעניין מליקר: 'כישלוננו של הגורם החוקר באיסוף הראיות - ואפילו נעשה הדבר במודע - אינו בא במקומה של הראיה שאפשר והייתה מושגת; וכוחו מצומצם בהקשר זה, להיעדרה של ראיה תומכת או סותרת ראיה אחרת, שבעל דין סומך עליה את טענותיו'".

יפים לעניין זה גם דבריה של השופטת ברלינר בע"פ 11235/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.5.2007):

"הנסיון השיפוטי מלמד, כי טענת מחדלי החקירה, מוצאת דרכה כמעט לכל תיק פלילי. לעולם ניתן להצביע על פעולות חקירה, שאולי היו מביאות ל'תוצר' חקירה שלם וטוב יותר מהתוצר שהונח בפועל בפני בית המשפט. השאלה שעל בית המשפט לבחון הינה האם מדובר במחדלים שפגמו ביכולתו של נאשם פלוני למצות את הגנתו, במילים אחרות האם הפעולה שמדובר בה יכול והיתה חושפת ממצאים חיוניים עבורו.

[...]

שיטת המשפט הישראלית – אינה מחייבת את הבאת מלוא הראיות האפשריות להוכחתו של הנושא הטעון החלטה. אם השתכנע בית המשפט כי הראיות שהובאו די בהן – כי אז קיומן של ראיות פוטנציאליות נוספות לא יפגע במשקל ה'יש'.

[...]

פעולות החקירה החסרות שמנה הסנגור משקפות את דעתו על מה שניתן היה לעשות, מעין ויכוח בדיעבד עם מי שניהל את החקירה, אולם לא מעבר לכך. אין מדובר במחדלים הפוגמים במשקל ה'יש'".

חושש אני, כי אם נלך בדרכו של חברי, וננישם את דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה בדיני הנזיקין על הסוגיה של מחדלי חקירה בפלילים, אנו עלולים להגיע לתוצאה לפיה כל טענה היפותטית וספקולטיבית הנובעת ממחדל חקירה כזה או אחר תביא לזיכוי הנאשם, שהרי אם יש בהחלת הדוקטרינה כדי לאפשר לתובע לעמוד בנטל ההוכחה בתביעת רשלנות, ניתן לטעון כי על אחת כמה וכמה שיש בהחלטה כדי לעורר ספק סביר בפלילים. והרי אין לך כמעט מחדל חקירה שלא ניתן לטעון לגביו כי המשטרה, במחדלה, מנעה מהנאשם "את התשתית הראייתית לה הוא נזקק באשר למצב הדברים ההיפותטי אילו היתה המשטרה נוהגת כשורה" (מתוך עניין מימוני לעיל, בהחלפת המילה "העירייה" במילה "המשטרה"; וראו והשוו עניין אלחורטי בסעיף ז' לפסק הדין, שם מעיר השופט רובינשטיין, בצטטו מפסק הדין בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 837 (2005), כי ככלל אין דוקטרינת הנזק הראייתי נחוצה לשם עשיית צדק בתחום הפלילי, שכן הנטל ממילא מוטל על התביעה; וראו בעניין זה גם דברי השופטת נאור בע"פ 7164/07 אלהוושלה נ' מדינת ישראל, סעיף 8 לפסק הדין (לא פורסם, 11.2.2008)).

מכל מקום, כפי שצינתי, סוגיה זו, גם לשיטתו של חברי, אינה נדרשת במקרה דנן, כך שהדברים הם בבחינת למעלה מן הצורך.

ה. טענת המשיב בסוגיית האוננות – הבעתי דעתי לעיל, ואין בכוונתי לשוב על הדברים, כי טענת המשיב לפיה אולץ לאונן לנגד עיני החוקרים – דינה להידחות במישור העובדתי.

חברי מזכיר קיומם של פערים העולים מגרסאות המשיב בנקודה זו, אשר פעמים טען כי עקב דרישת החוקרים נאלץ לאונן לנגד עיניהם, ופעמים טען כי סירב להיענות לדרישתם (חברי מפנה בהקשר זה לכתב התביעה, לסיכומי התביעה ולתצהיר העדות הראשית של המשיב – סעיף 14 לחוות דעתו). על רקע זה, תר חברי אחר הצד השווה בין הגרסאות, והוא נכון לקבוע כי לכל הפחות השוטרים דרשו מהמשיב לאונן - אלא שהוא סירב ולא מילא אחר דרישתם.

כשלעצמי, הפערים בין גרסאותיו של המשיב דווקא מחזקים בעיניי את המסקנה כי אין לקבל את טענת המשיב בעניין האוננות. לטעמי, דווקא נוכח חומרת הדברים, ובהעדר טענה מצד המשיב בהקשר זה משך שנים ומשך כל ההליכים הרבים שנתקיימו בענייניו, קשה להלום כי זכרונו בגד בו בשאלה האם החוקרים אכן כפו עליו לאונן בפועל, או שמא ההתעללות התמצתה בדרישת החוקרים כי יאונן, דרישה אשר לא מולאה עקב סירובו של המשיב. ובקיצור, שלא כחברי, איני סבור כי לאחר השוואה בין גרסאות המשיב יש "לחלץ" מתוכן את המכנה המשותף הנמוך ביותר, ואז לאמצו בתור הגירסה העובדתית הנכונה. נהפוך הוא. דעתי היא כי הפערים בגרסאות מעוררים סימני שאלה, אשר אך מחזקים את המסקנה כי דין טענת המשיב בנקודה זו להידחות.

ו. "חווית המעצר" כראש נזק נפרד – חברי רואה ב"חווית המעצר" של המשיב בתור ראש נזק בפני עצמו, שאותו היטיב לתאר כתחושתו הסובייקטיבית של המשיב כי "סומן" בתור אנס, ומתחושתו כי טענותיו נופלות על אוזניים ערלות (הכל כפי שפורט בסעיף 15 לחוות דעתו של חברי).

הבחנה זו נכונה כשלעצמה, אך לטעמי אין לראותה כראש נזק העומד בפני עצמו, אלא כחלק מהנזק הלא ממוני, אשר מטבע הדברים כולל מגוון שלם של רגשות כמו זעזוע, כעס, רוגז, גועל, דאגה, הלם, "סבל נפשי, השפלה, בושה, צער, עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית" (השוו לעמדתי בעניין הפגיעה באוטונומיה ולפיה יש לראותה כחלק מהנזק הלא ממוני בע"א 4576/08 בן צבי נ' היס פסקה 26 לפסק דיני (לא פורסם, 7.7.2011); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולם ביקור חולים בפסקה 74 (לא פורסם, 5.3.2012)).

ז. ולבסוף, הערה לגבי גובה הפיצוי שהוצע על ידי חברי.

אחזור ואזכיר כי ענייננו בתביעת נזיקין במסגרתה אימץ בית המשפט את קביעת המומחה הרפואי מטעמו כי נגרמה למשיב נכות נפשית של 10%. איני מכיר אף פסק דין בנזיקין בו נפסק סכום כה נכבד כפי שפסק בית משפט קמא (1.8 מליון ש"ח "נטו") וכפי שמציע חברי לפסוק (1.2 מליון ש"ח "נטו") בגין נכות נפשית בשיעור של 10% בהקשר זה, לא למותר לציין כי הן בית משפט קמא והן חברי לא סברו כי יש מקום לפסוק פיצויים עונשיים.

השופטת ע' ארבל:

1. אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית, ולעיקרי טעמיו. אני מסכימה עם חברי שענייננו במקרה חריג במיוחד, בהתחשב בתוצאה, שבה בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), נדחתה על ידי הרכב השופטת רוטלוי בבית המשפט המחוזי, בעוד שתביעתו הנזיקית נתקבלה על ידי הרכב השופטת ד' גנות בבית המשפט המחוזי – מצב שיש בו כדבריו של חברי מן האנומליה. לאחר שבית המשפט המחוזי בדונו בבקשה לפי סעיף 80(א) לחוק בחן בהחלטה מפורטת ומנומקת את חומר הראיות שהיה בפניו בהליכי המעצר, והגיע למסקנה שלא ניתן לקבוע שלא היה יסוד לאשמה, קשה ביותר ליישב קביעה זו עם מסקנתו של בית משפט המחוזי בתביעה הנזיקית לפיה "הראיות וחלקי הראיות, לא היו אלא אפס אפסים במקרה הטוב" (עמ' 22-23 לפסק הדין).

2. לאחר בחינה מעמיקה בחומר שהיה בפניו, הגיע חברי למסקנה כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעה הנזיקית מתמקד ב"אין" הראיתי בעוד שלמעשה היה קורפוס שלם של ראיות שעמדו בפני המשטרה, התביעה ובתי המשפט במסגרת הליכי המעצר. פירוט ובחינה מדוקדקת של הראיות, כמו גם בדיקת מחדלי החקירה והתהפוכות שעברה טענת האליבי של המשיב, הביאו את חברי לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. אני מצטרפת לקביעתו כי אין קשר סיבתי בין השיבושים והפגמים בדרך בה הוצגו חלק מהראיות על ידי המשטרה, לבין ההחלטה למעצר הנאשם עד תום ההליכים, וכי הראיות שהיו בפני בתי המשפט בהליכי המעצר היו רבות ומחשידות. אני מאמצת את דברי חברי כי גם בראיה בדיעבד של הדברים, הקונספציה החקירתית בשלב המעצר עד תום ההליכים, בהתחשב במכלול הראיות לכאורה, הייתה סבירה ובגדרי חובת הזהירות של המשטרה והתביעה, בציינו שהחקירה לוותה לכל אורך הדרך בביקורת שיפוטית צמודה וקיבלה גושפנקא של בית המשפט במספר ערכאות ובמספר הליכים. לצד זאת, אבקש להוסיף מספר הערות משלי.

3. יש לתת את הדעת לכך שחקירת אירוע בו בוצע מעשה סדום בילדה קטנה רכה בשנים היא חקירה קשה ורגישה. המשטרה מבקשת להציל מפי הילדה כמו גם מסביבתה הקרובה כל בדל מידע ולהגיע מהר ככל הניתן אל החשוד. לצורך זה נדרשים מחוקרי המשטרה ככלל וכאן בפרט, תחכום ויצירתיות במטרה להגיע אל החשוד

ולהביא אותו למסור את הידוע לו. המשימה אינה קלה והיא משתנה ממקרה למקרה על פי הקשיים המיוחדים לו, שאיתם אמורים השוטרים להתמודד ועליהם להתגבר, במסגרת כללי המותר והאסור החלים עליהם. עלינו להתחשב בקשיים שבהם נתקלת המשטרה במלחמתה בפשע, במאמציה לקיים את אחד מתפקידיה החשובים שהוא לפענח עבירות ולהגיע אל מבצעהן, וכפי שנאמר לא אחת, אין להיתמם ולדרוש כי חוקרי המשטרה לא יעשו כל שימוש בתחבולות. חקירה משטרתית איננה נעשית בתנאי מעבדה וברור הדבר כי לעתים נדרשות טקטיקות כאלה ואחרות על מנת להביא נחקר לשתף פעולה עם חוקריו. אין בכך כדי להכשיר את התנהלותם של השוטרים במקרה הנוכחי, כפי שפירט בהרחבה חברי, השופט עמית, ואינני מקלה ראש בחומרת התנהלות זו. אולם חשוב לזכור כי מלאכת החקירה עדינה ומורכבת היא על פי רוב, קל וחומר במקרה כגון זה שלפנינו, שעניינו עבירות מין שבוצעו בקטינה.

4. עוד אני מסכימה עם החלטתו של בית המשפט המחוזי בתביעה לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין כי היה בחומר הראיות הלכאורי כדי לגבש אצל תובע סביר צפייה להרשעת המשיב. הגם שהיו אי דיוקים או פגמים בחלק מהראיות שהוצגו בפני בית המשפט בהליכי המעצר הראשונים, אני סבורה כמו חברי, שלחובת המשיב הצטברו ראיות ממשיות בשלבים הראשונים של החקירה וראיות משמעותיות בשלב המעצר עד תום ההליכים. קיים הבדל בין בחינת הראיות בזמן אמת כאשר המשיב עדיין במעצר לבין בחינה לאחר שהמדינה חזרה בה מהאישום בשל ספק בדיותן של הראיות. המערער שוחרר מהמעצר, הועלו טענות חדשות שלא נטענו קודם לכן והכל בבחינת "חוכמה לאחר מעשה". כחברי, לא שוכנעתי שאי הצגת היומן האישי בפני המשיב בתחילת מעצרו הוא שמנע בעדו מלהיזכר בקורותיו של אותו ערב גורלי. איני מקלה ראש באמרות לא מדויקות של חוקרי המשטרה ואיני שוללת ביקורת מוצדקת ועניינית ואני אף מוכנה להצטרף אליה. עם זאת, אני מסתייגת מהביקורת הנוקבת, הקשה ובעיקר זו הפוגעת שהוטחה כלפי השוטרים על ידי בית המשפט המחוזי.

בית המשפט המחוזי מתח בפסק דינו ביקורת יוצאת דופן בחריפותה נגד המשטרה והעוסקים באכיפת החוק ולא גילה לטעמי רגישות למורכבות והקושי שבפעילות המשטרה בכלל ובמקרה מיוחד זה בפרט. בתוך כך, נראה שבית המשפט המחוזי לא נתן דעתו לאיזון העדין הנדרש בין האינטרס הציבורי במלחמה בפשיעה, הצורך בגילוי האמת וההגנה על זכויות הפרט מושא ההליך הפלילי – שיקולים אשר עשויים להימצא במתח האחד עם השני. עריכת איזונים מורכבים בין שיקולים אלה היא יסוד מובנה בחקירה פלילית, כמו-גם בהליך הפלילי בבית המשפט. ברקע דברים אלה

יש להדגיש גם את החשיבות שבהבטחת אמון הציבור ברשויות האכיפה ובמערכת המשפט, האמונות על חקר האמת העובדתית וקביעת האמת המשפטית לאורה. הבטחת האמת כאמור נדרשת מגורמי החקירה, גורמי התביעה ומעל כולם בתי המשפט. מובן שהתנהלות בלתי ראויה מצד אנשי משטרה טעונה גינוי וביקורת, ובמקרים המתאימים העמדתם של השוטרים לדין משמעתי על פי הנסיבות. יחד עם זאת, כל הגורמים שהוזכרו מחויבים בכבודו של נחקר כמו גם בכבודו של עד ובראש ובראשונה מחויב בכך בית המשפט, כפי שנאמר לא אחת: "השופט מחויב בכבודו של כל אדם, לרבות כבודו של עד, של שוטר ושל נחקר ועליו למנוע חקירה ש"אינה הוגנת" או "שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה [כך במקור, ע.א] או ביוש שאינם לעניין ואינם הוגנים" (סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957). ואם כך לגבי מניעת אחרים מלפגוע בעדים, קל וחומר שכך הוא לגבי השופט עצמו" (ראו בג"ץ 188/96 צ'רינסקי נ' סגן נשיא, פ"ד נב(3) 721, 744 (1998)).

לסיום אביא מדבריו המאלפים של הנשיא שמגר שיפים גם לעניננו:

"בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודם של המתלונן, העד, הקורבן; ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו ומהשפלתו כאדם. כבוד האדם מקיף את כל יצורי האנוש..."

עיקרו של דבר, שמירת כבוד האדם אינה מתיישבת עם רמיסתו". (דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, בעמ' 630, מול אות השוליים א (1996)).

כאמור, אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית, כמו-גם להערותיו המשלימות לחוות דעתו של השופט הנדל.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. עיינתי בחוות דעתו המקיפה והמלומדת של חברי, השופט י' עמית. חברי פרש את משנתו באופן בהיר ומפורט, תוך ניתוח יסודי של המצע העובדתי והמשפטי.

מסקנתו היא שיש לקבל את ערעור המדינה בחלקו, ולדחות את ערעור המשיב במלואו. התוצאה היא שהמשיב יהיה זכאי לפיצוי בסכום של 200,000 ₪ בתוספת שכר טרחת עו"ד, וזאת חלף הפיצוי שנפסק לזכותו בבית המשפט קמא בסכום של כ-1.8 מיליון ₪ בתוספת שכר טרחת עו"ד והוצאות.

קודם שאפרט את הנימוקים למחלוקת שנפלה ביני לבין חבריי, אעמוד בקצרה על השתלשלות האירועים עד כה. יצוין כי חברתי, השופטת ע' ארבל, הצטרפה בהסכמה לדעתו של השופט עמית, תוך התייחסות עקרונית לביקורת שנמתחה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי על עבודת המשטרה והפרקליטות. אף לכך אתייחס בהמשך.

#### השתלשלות האירועים

2. ביום 18.4.1999, בסביבות השעה 20:00, צעדה לביתה ילדה כבת 11 (להלן: הקטינה). בעודה צועדת - התנפל עליה אדם זר, גרר אותה לחצר בנין ואנס אותה. בתום המעשה חזרה הקטינה בוכייה וחבולה לבית הוריה. אביה מיהר להביאה לתחנת המשטרה, שם נחקרה על ידי חוקרת ילדים והורכב קלסטרון של החשוד באונס. בין היתר סיפרה הילדה כי האנס לבש כובע קסקט צהוב, הרכיב משקפי שמש (על אף השעה המאוחרת) ועטה כפפות.

ביום 16.7.1999 זיהה אבי הקטינה בסופרמרקט לקוח שנראה לו דומה לקלסטרון של החשוד. לקוח זה הוא המשיב בתיק שלפנינו. האב מיהר לשוב לביתו, והביא את הקטינה לסופרמרקט על מנת שתנסה לזהות את המשיב כמי שביצע בה את האונס. הקטינה החלה למרר בבכי ואביה נאלץ להחזירה לביתה. לאחר מכן שב האב אל הסופרמרקט, עקב אחרי המשיב וגילה שהוא מתגורר באותו בניין שבחצרו התרחש האונס. האב דיווח על כל זאת למשטרה, ובו ביום נעצר המשיב בחשד לביצוע האונס.

מעצרו של המשיב הוארך שלוש פעמים לצורכי חקירה: ביום 17.7.1999 הוארך מעצרו בהסכמה, עד ליום 20.7.1999 (להלן: הארכת המעצר הראשונה). ביום 20.7.1999 הוארך מעצרו עד ליום 27.7.1999 (להלן: הארכת המעצר השנייה). ביום 22.7.1999 הוגש ערר לבית המשפט המחוזי על הארכת המעצר השנייה, ובסופו של הדיון קוצרה תקופת המעצר עד ליום 26.7.1999 (להלן: הערר על הארכת המעצר

השנייה). ביום 26.7.1999 הוארך מעצרו של המשיב עד ליום 30.7.1999 (להלן: הארכת המעצר השלישית).

ביום 30.7.1999 הוגש נגד המשיב כתב אישום המייחס לו ביצוע של מעשה סדום בקטינה (פ"ח (ת"א) 5155/99). יחד עם כתב האישום הוגשה בקשה למעצרו של המשיב עד תום ההליכים (ב"ש 91784/99). מועד הדיון בבקשה נדחה מעת לעת. בסופו של דבר, ביום 18.8.1999, קבע בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ב' אופיר-תום) כי המשיב יעצר עד תום ההליכים. ביום 31.8.1999 הוגש ערר לבית המשפט העליון, כנגד ההחלטה לעצור את המשיב עד תום ההליכים. הדיון נדחה לנוכח הודעת הצדדים בדבר גילוי אפיקי חקירה חדשים (אודותיהם יורחב בהמשך).

ביום 11.10.1999, בהסכמת הצדדים, שוחרר המשיב לביתו בתנאים מגבילים, לאחר שהתבצעו פעולות חקירה נוספות בעניינו והתעוררו ספקות באשר לאשמתו. בסך הכול שהה המשיב במעצר 88 יום. כחודשיים לאחר שחרורו למעצר בית, ביום 26.1.2000, בוטל כתב האישום נגדו על פי הודעת התביעה.

3. ביום 8.2.2004 הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בקשה לפיצוי בשל מעצרו ולתשלום הוצאות הגנתו, לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף זה קובע כי בית המשפט רשאי לפסוק לנאשם שזוכה או שכתב האישום נגדו בוטל את הוצאות הגנתו מקופת אוצר המדינה, כמו גם פיצוי בגין תקופת מעצרו, אם ראה שלא היה יסוד להאשמה או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת. בענייננו, המשיב טען כי מלכתחילה לא היה כל יסוד להאשמתו, וכי המשטרה נמנעה מלמצות אפיקי חקירה אשר היו יכולים למנוע את התמשכות מעצרו ואת הגשת כתב האישום נגדו. כן טען המשיב כי המשטרה והפרקליטות התרשלו ולא בדקו כראוי את טענת האליבי שלו ואת קורותיו ביום ביצוע העבירה. המשיב טען גם כי החוקרים שיקרו לבית המשפט בדיוני הארכות המעצר, התעללו בו, הכו אותו מספר פעמים וחקרו אותו באופן בלתי הוגן.

ביום 13.11.2005 דחה בית המשפט את הבקשה (כב' השופטים ס' רוטלוי, א' טל, ע' צ'רניאק). נקבע כי מארג הראיות הלכאוריות נגד המשיב יצר ציפייה סבירה להרשעתו, ולפיכך לא התקיימה העילה הראשונה של סעיף 80(א) לחוק - העדר יסוד לאשמה. כן נקבע כי לא התקיימה העילה השנייה של סעיף 80(א) לחוק - נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי. זאת, בין היתר, משום שהמשטרה עשתה מאמצים רבים



לבדוק את טענות האליבי השונות שהעלה המשיב, ולא נמצא ממש בטענות המשיב לכך שהמשטרה הייתה שבויה בקונספציה מוטעית ומצאה בו "שעיר לעזאזל". בית המשפט דחה את טענות המשיב להתעללות ולאלימות שהופנתה כלפיו מצד החוקרים, וזאת משום שלא נסמכו על ראיות מספקות (לבד מתמלילי דיבוב), וכן משום שהמשיב לא התלונן על ההתעללות הנטענת בפני המחלקה לחקירות שוטרים. החלטת בית המשפט התבססה על כתבי הטענות ועל המסמכים שצורפו להם.

המשיב ערער על החלטה זו (ע"פ 11372/05). ברם, ביום 10.5.2007 דחה בית משפט זה את הערעור, לאחר שנוכח כי המשיב הגיש במקביל תביעת נזיקין לבית המשפט המחוזי (על כך להלן), וקבע כי עניינו של המשיב יתברר במלואו בגדרו של התיק האזרחי.

בפברואר 2006 הגיש המשיב תביעת נזיקין נגד המדינה לבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו (ת"א (ת"א) 1173/06, כב' השופטת ד' גנות). המשיב טען כי המדינה התרשלה בכך שלא ביצעה פעולות חקירה אלמנטאריות, ובכך שהטעתה את בית המשפט על מנת שייעתרו לבקשת התביעה ויאריכו את מעצרו של המשיב. כן טען המשיב כי נגרם לו נזק נפשי בחדרי החקירות ובתא המעצר - שם "הוכה, עונה, הושפל והוכרח לאונן מול חוקריו".

ביום 3.6.2010 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי. נקבע כי המשטרה לא הצליחה לגבש מארג של ראיות לכאורה לפיו המשיב אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו. אותן ראיות שהצליחה המשטרה להשיג "לא היו אלא אפס אפסים במקרה הטוב, ובידוי ראיות במקרה הרע". נקבע כי המשיב "סומן" על ידי המשטרה מרגע מעצרו, ומאותו רגע ואילך פעלה המשטרה בדרכים פסולות על מנת להצדיק את המשך ההליכים נגד המשיב. נקבע, בהסתמך על חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, כי בשל מסכת האירועים שעבר המשיב נגרמה לו נכות צמיתה בשיעור של 10%.

לנוכח ממצאים אלו פסק בית המשפט לזכות המשיב פיצוי בגין נזק לא-ממוני - כאב וסבל, עוגמת נפש ואובדן הנאות חיים - בסך של 1.1 מיליון ₪, כמו גם פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בסכום של 400,000 ₪. בנוסף, נפסקו למשיב 50,000 ₪ בגין עזרת בני משפחה בתקופת המעצר ולאחריה, וכן 240,256 ₪ בגין הוצאות (שהייה במעצר בית, טיפול פסיכולוגי ושחזור האירוע). בסך הכול נפסק למשיב פיצוי בגובה

1,790,256 ₪, בתוספת שכ"ט עו"ד בשיעור של 20% והוצאות אגרה ותמלול. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בבית משפט זה

4. המערערת טוענת בסיכומיה כי בית המשפט קמא התעלם מן ההחלטות השיפוטיות להארכת מעצרו של המשיב שניתנו "בזמן אמת", וכן התעלם מכך שבקשתו של המשיב לפיצוי לפי סעיף 80(א) לחוק נדחתה. המערערת מבחירה כי גם אם נפלו פגמים בהתנהלות המשטרה - הרי שלחובת המשיב הצטבר בשעתו חומר רב של ראיות לכאורה, ומשקלן המצטבר הוא שהביא להחלטת בתי המשפט להאריך שוב ושוב את מעצרו של המשיב. לפיכך אין קשר סיבתי בין התנהלות המשטרה - ככל שנפל בה פגם, לבין מעצרו של המשיב והנזק שנגרם לו ממעצר זה - ככל שנגרם לו.

המשיב, מצידו, טוען כי המדינה מערערת כנגד ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהם. כן טוען המשיב שההחלטות להארכת מעצרו התקבלו על בסיס מצג שקרי בחלקו, ומצביע על אי-דיוקים רבים שנפלו במזכרים ובדו"חות הסודיים שהוצגו בפני בתי המשפט בדיונים אודות הארכת מעצרו. המשיב אף טוען כי המדינה התרשלה ולא מיצתה את כל כיווני החקירה האפשריים. בהקשר זה מתמקד המשיב בשני מחדלים: האחד - אי-תפיסת יומנו האישי (אשר היה יכול לסייע לו להיזכר מה עשה ביום האונס), והשני - אי-תפיסת פלטי שיחות מכשיר הטלפון והמכשיר הסלולארי שברשותו (אשר היו יכולים לבסס את האליבי שהציג). יצוין כי המשיב הגיש אף הוא ערעור שכנגד, המופנה כנגד גובה הפיצוי שנפסק לזכותו.

תמצית המחלוקת ביני לבין חבריי

5. חברי סבור כי יש לדחות את ערעור המשיב במלואו, לקבל את ערעור המדינה בחלקו, ולפסוק לזכות המשיב פיצוי בגובה 200,000 ₪ בתוספת הוצאות בסך 45,000 ₪. לתוצאה זו מגיע חברי תוך שהוא מבחין בין שני ראשי נזק: האחד - התארכות הליכי המעצר כתוצאה מהתרשלות המשטרה, והשני - נזק בלתי ממוני שנגרם למשיב עקב התנהלות השוטרים.

באשר לראש הנזק הראשון, חברי סבור שהתרשלותה של המדינה לא הביאה למעצר הימים של המשיב ולמעצרו עד תום ההליכים. בהקשר זה מתייחס חברי לשני רכיבי ההתרשלות הנטענת: האחד - הצגת מידע שגוי או כוזב בפני בתי המשפט, והשני - אי-הצגת מידע רלבנטי בפני בתי המשפט. באשר למידע השגוי או הכוזב, חברי מנתח בנפרד כל שלב בתקופת מעצרו של המשיב: הארכת המעצר הראשונה, השנייה והשלישית, והמעצר עד תום ההליכים. לשיטתו, גם אם בכל שלב ושלב הציגה המשטרה בפני בית המשפט מידע שגוי או כוזב - הרי שבכל שלב ושלב עמד בפני בית המשפט מכלול שלם של ראיות לכאורה, מנותק מן המידע השגוי והכוזב, שדי היה בו כשלעצמו כדי לקבל את ההכרעה בעניין המשך מעצרו של המשיב. באשר למידע הרלבנטי שלא הוצג בפני בית המשפט - חברי סבור כי שני המחדלים הנטענים (היומן ופלטי השיחות) אינם עולה כדי רשלנות, ובכל מקרה פתרוןם לא היה מונע את הארכת מעצרו של המשיב. לפיכך, בסיכומו של דבר, דעתו של חברי היא שאין קשר סיבתי בין התרשלות המדינה לבין התמשכות מעצרו של המשיב.

באשר לראש הנזק השני, חברי סבור כי אין לקבל את טענתו של המשיב לפיה אולץ לאונן בפני חוקריו, וכן אין לקבל את טענתו לפיה חווה התעללות קשה מצד חוקריו. זאת, בין היתר, לנוכח השיהוי הרב וכבישת עדותו של המשיב בעניין במשך שנים רבות. מאידך, חברי סבור שיש לקבל את טענת המשיב לפיה ננקטו נגדו מעשי אלימות ואיומים מצד השוטרים במהלך מעצרו וחקירתו.

בסיכומו של דבר, חברי סבור שיש לקבל את ערעור המדינה בשני מובנים: ראשית, תבוטל מסקנת בית המשפט קמא לפיה המשיב ישב במעצר 88 ימים בגלל התרשלות המדינה - ובכך נמחק לחלוטין ראש הנזק הראשון. שנית, תבוטל מסקנת בית המשפט קמא לפיה המשיב סבל מהתעללות ואלימות קשה ואולץ לאונן בפני חוקריו - ובכך נמחק בחלקו ראש הנזק השני. בד בבד, חברי סבור שיש לדחות את ערעור המדינה ככל שהוא נוגע לאלימות ולאיומים שננקטו כנגד המשיב במהלך חקירתו - ובכך התקבל בחלקו ראש הנזק השני.

6. דעתי שונה. לאחר שעיינתי בחוות דעתו המעמיקה והמקיפה של חברי, בהחלטות השיפוטיות שנתקבלו בגלגולים שונים בעניין שלפנינו, ובטענות הצדדים (הן בפני בית משפט זה והן בערכאות קודמות) - באתי לכלל מסקנה כי יש להעמיד את שיעור הפיצוי המגיע למשיב על סך של 1.2 מיליון ₪, בתוספת שכ"ט והוצאות.

קודם שאבהיר את הסיבות שהביאוני לתוצאה זו, אדגיש כי הבירור יתמקד בשאלות של קשר סיבתי והתרשלות. אין מחלוקת באשר לעצם קיומו של נזק, הגם שהמדינה חולקת על שיעור הנזק הלא-ממוני ביחס לעצם מעצרו של המשיב. יוזכר, כי אף המומחה מטעם המדינה הסכים כי למשיב נגרמה נכות זמנית בשיעור של 10%. כמובן, קיומו של נזק אינו מלמד על גורם אחראי לנזק מבחינה משפטית. לשם כך יש לבחון את מידת קיומה של התרשלות, ושל קשר סיבתי בינה לבין הנזק. אך במקרה זה, הגדרת טיבו של הנזק - ולא רק שיעורו - תסייע במתן מענה לשאלות של התרשלות וקשר סיבתי: הנזק נגרם למשיב לא רק בשל עצם אורכה של תקופת המעצר - 88 יום. עסקינן גם בחוויית המעצר, ולא רק בעובדת המעצר. ארחיב על נקודה זו בהמשך. בשלב זה אפנה רק לאמור בחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, אשר התייחס בין היתר ל"זיהוי הבלתי מהימן שהביא [את המשיב] להיות מסווג כאנס" ול"חוויות החקירה במשטרה, שהיו קשות וגופניות". דהיינו, למשיב נזק כתוצאה מן המעצר וחווית המעצר.

כמו כן אעיר, שהעובדה שבית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין - אין בה לבדה כדי להביא לדחיית הערעור. ראשית, במישור העקרוני, דחיית בקשה לפי סעיף 80 איננה מקימה בהכרח השתק פלוגתא בפני תביעה מכוח פקודת הנזיקין (ראו: רע"א 7652/99 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נו(5) 493 (2002)). שנית, כאמור, המשיב ערער על ההחלטה לבית משפט זה. הערעור שהוגש לא נדחה לגופו על ידי בית המשפט העליון. במקום זאת נקבע כי העניין יתברר במלואו בגדרי התביעה הנזיקית, אשר הוגשה באותה עת לבית המשפט המחוזי. יש בכך כדי להמעיט ממשקלה של החלטת בית המשפט המחוזי בעניין סעיף 80, שהרי למשיב יש ערעור בזכות אותו הוא לא מיצה לנוכח החלטת בית המשפט העליון הנזכרת לפיה טענות המשיב יתבררו במסגרת התביעה האזרחית שהגיש.

7. לאחר שהוצגה המסגרת של הנזק וטבעו - נבחן את התנהגות המשטרה, כדי לברר אם היא עולה כדי התרשלות והאם יש קשר סיבתי בינה לבין הנזק. בחינה זו תשליך על השאלה האם, ובאיזו מידה, יש לפסוק למשיב פיצוי בגין המעצר ובגין מחדלי המשטרה בחקירה. התנהגות המשטרה בנויה מ-3 קומות: האחת, אי-תפיסת יומנו של המשיב ופלטי הטלפון הסלולארי שהיה ברשותו במועד. השנייה, אלימות והשפלה על ידי חוקרי המשטרה. השלישית, מחדלי חקירה והצגה שגויה של עובדות המקרה בפני בית המשפט. אבחן כל אחת מן הקומות בפני עצמה.

8. במוקד חוות דעתו של חברי עמדה השאלה הבאה: האם התרשלות המשטרה הביאה את בתי המשפט להחליט על הארכת מעצרו של המשיב? תשובתו של חברי היא "לאו" מוחלט. תשובתו של בית המשפט המחוזי היא "הן" מוחלט. תשובתי מצויה בתווך, הגם שהיא קרובה במידה רבה יותר לזו של בית המשפט המחוזי. להשקפתי, לו הייתה המשטרה תופסת את היומן, ואילו פלטי השיחות ואיכון המכשיר הסלולארי היו מתגלים בשלב מוקדם יותר - סביר כי הייתה מתפתחת דינאמיקה שונה שסופה שחרור מוקדם של המשיב. על מנת לבסס את השקפתי אשרטט, תחילה, את השתלשלותה של גרסת האליבי שהציג המשיב, ואשר ככל הנראה הביאה בסופו של דבר לשחרורו.

9. ביום הראשון למעצרו, 16.7.1999, הכחיש המשיב כל קשר לאירוע האונס. הודעתו מאותו יום מלמדת כי הוא לא זכר מה היה סדר יומו ביום האונס, שהתרחש כשלושה חודשים קודם לכן: תחילה הסביר שבדרך כלל בימי ראשון, הוא יום האירוע, הוא לומד בביתו בבוקר ואחר הצהריים מבקר תלמיד אותו הוא חונך במסגרת פרויקט פר"ח (להלן: החניך). לאחר מכן, כאשר נשאל ספציפית על יום האירוע, הבהיר המשיב שהוא איננו זוכר מה עשה באותו יום, וכי הוא "חושב" שהלך להורים אחרי הצהריים וזהו המקום היחיד אליו יצא.

ביום 17.7.1999, במהלך הדיון על הארכת המעצר הראשונה, מסר נציג המשטרה כי שעות הפעילות של המשיב עם החניך אינן תואמות את שעות ביצוע העבירה. זאת, ככל הנראה, בהתבסס על ההנחה ששעות החונכות הרגילות של המשיב היו 15:30-19:30 (הנחה שאליה נידרש בהמשך), בעוד שהאונס בוצע בשעה 20:00.

בהודעתו מיום 18.7.1999 מסר המשיב שהוא איננו זוכר היכן היה ביום האירוע, ו"אפשר לראות ביומן". לנקודה זו של אזכור היומן נשוב בהמשך. בהודעה נוספת מיום 19.7.1999 חזר המשיב ואמר שהוא לא זוכר בדיוק מה היה באותו תאריך, אבל יש שתי אפשרויות - או ששהה בפר"ח או שהלך לחנות מסוימת שבה עבד באותה תקופה. באותו יום נפגשו חוקרי המשטרה עם אמו של החניך, וזו מסרה כי המשיב נוהג להגיע מהשעה 17:00 ולמשך כשלוש שעות, כלומר: עד השעה 20:00 לערך.

ביום 20.7.1999, או בסמוך ליום זה, התקבל במשטרה פלט שיחות ממכשיר הטלפון שבדירת המשיב, שם הוא התגורר בתקופה הרלבנטית יחד עם אמו. הפלט הראה כי בשעה 17:23 יצאה שיחה מן הבית לביתו של החניך.

ביום 21.7.1999 נמסר למשטרה דוח הפעילות של המשיב בפר"ח, אותו מילא המשיב בעצמו. בדוח צוין כי ביום האונס שהה המשיב בבית החניך בשעות 15:30-19:30. באותו יום ביצעו חוקרי המשטרה נסיעת מבחן, ממנה עלה כי נסיעה מבית החניך לביתו של המשיב - שבחצרו, כאמור, התבצע האונס - אורכת כרבע שעה.

ביום 19.8.1999, בתגובתו לכתב האישום, טען המשיב כי ביום האונס הוא שהה עם החניך עד לשעה 19:30. אולם ביום 31.8.1999, במסגרת הערר שהוגש לבית המשפט העליון, טען המשיב כי הוא שהה אצל החניך עד לשעה 21:15. על גרסה זו חזר בחקירתו ביום 16.9.1999, כאשר מסר שביום האונס שהה בבית החניך בין השעות 17:40-21:30 ולאחר מכן נסע לשלם שכר דירה לבעל הפנסיון שבו התגורר אביו באותה עת (להלן: בעל הפנסיון). המשיב הסביר שכאשר מילא את טופס הדיווח של פר"ח לא זכר במדויק את השעות, ועל כן רשם שעות שונות (15:30-19:30). ביום 8.9.1999 מסר הסנגור למשטרה פלט שיחות ממכשיר הסלולארי שהיה ברשותו של המשיב, ממנו עולה כי בשעה 20:22 יצאה שיחה משם לבעל הפנסיון. ביום 30.9.1999 התקבלו תוצאות האיכון, מהן עלה כי השיחה של השעה 20:22 בוצעה מגזרה שִמְכֶסָה את כתובת ביתו של החניך, ואיננה מכסה את חצר הבניין שבו התבצע האונס. יוזכר כי האונס בוצע כבר בשעה 20:00.

זהו התיאור העובדתי של מהלך החקירה, כפי שעולה מן החומר. השאלה העומדת בפנינו היא האם תפיסה מוקדמת של היומן, או גילוי מוקדם יותר של פלטי השיחות והאיכון הייתה יכולה לקצר את משך מעצרו של המשיב. לשאלה זו אפנה עתה.

10. כאמור, בתיק החקירה נמצא פלט שיחות ממכשיר הטלפון בדירת המשיב. בית המשפט המחוזי קבע כי פלט זה היה בידי המשטרה כבר ביום 20.7.1999, או בסמוך לכך. בד בבד, בית המשפט המחוזי נמנע מלקבוע האם המשטרה השיגה את הפלט באמצעות צו בית משפט, או שמא הפלט נמסר לה באופן יזום על ידי בני משפחתו של המשיב. מכל מקום, כפי שהוסבר, הפלט הראה כי בשעה 17:23 יצאה שיחה לבית החניך. מידע זה עמד בפני המשטרה בזמן אמת, ואיננו בגדר חוכמה שבדיעבד. השוטר

סוויד, בעדותו בבית משפט קמא, טען כי הפלט פעל לחובתו של התובע, משום שהוא הצביע על כך שהתובע לא שהה בבית החניך בשעות בהן טען שהיה שם (כזכור, בדוח השעות של פר"ח נכתב שהמשיב שהה בבית החניך בשעות 19:30-15:30). אולם אדרבה, הפלט מראה כי המשיב הגיע ככל הנראה לבית החניך לכל המוקדם בסביבות 17:40 - מאוחר יותר מן השעה הרגילה שבה נהג להגיע. עובדה זו, בצירוף הפרטים שמסרה אמו של המשיב יום קודם לכן (שהמשיב נוהג להיפגש עם החניך למשך כשלוש שעות) - צריכה הייתה לעורר ספק של ממש בדבר האפשרות שהמשיב הגיע לביתו כבר בשעה 20:00 ושם ביצע את האונס.

מאוחר יותר, במהלך חודש ספטמבר, התגלו שתי ראיות נוספות: פלט שיחות הסלולארי, ואיכון למכשיר. מהראיות התברר כי בשעה 20:22 התקשר המשיב ממכשירו הסלולארי לבעל הפנסיון, וכי השיחה בוצעה מאזור ביתו של החניך ולא מאזור ביתו של המשיב (שם כאמור בוצע האונס). מתוך כך התגלגלה החקירה לכיוון אחר, עד שהתברר שהמשיב אכן מחזיק באליבי כנדרש, וכי בשעה הרלבנטית הוא לא היה באזור שבו בוצע האונס. כפי שהוסבר לעיל - הפלט הסלולארי שהתניע כיוון חקירה זה לא נדרש על ידי המשטרה, אלא נמסר לה על ידי בא כוח המשיב. רק בעקבות זאת הוצא צו האיכון שאפשר לזהות את הגזרות מהן בוצעה השיחה.

השתלשלות הדברים המתוארת מעלה שורה של סימני שאלה. מדוע לא בוצע איכון של מכשיר הסלולארי שהיה ברשותו של המשיב, על מנת למצות כיוון חקירה זה ולשפוך אור על מעשיו של המשיב ביום האונס? גם אם מוכן אהיה להניח כי באותם ימים לא היה נהוג לבצע איכון ברגיל, כפי שהעידו חוקרי המשטרה בפני בית המשפט המחוזי, עדיין אין בכך די. מדוע לא אימתה את המשיב עם הסתירה בין השעות שמסר לגבי פגישותיו עם החניך, לבין תוכנו של פלט שיחות הבזק? מדוע לא בדקה המשטרה את פלט שיחות הסלולארי כבר ב-20.7.1999 או בסמוך לכך, לאחר ששוחחה עם אמו של החניך ולאחר שנודע על ביצוע שיחת הטלפון מביתו של המשיב? בתאריך האמור המשיב כבר מסר את מספר הפלאפון הרלבנטי, שהיה שייך לאמו, בתור הפלאפון שבו הוא עושה שימוש (ראו הודעת חשוד מיום 16.7.1999). פלט הסלולארי לימד, כאמור, על שיחה חריגה שביצע המשיב לבעל הפנסיון (חריגה במובן זה שרק אביו של המשיב נהג לעמוד בקשר עם בעל הפנסיון בנושא דמי השכירות). גילוי של הפלט בשלב מאוחר יותר, הודות למאמצי הסנגור ובני משפחתו של המשיב, סלל את הדרך לשחרורו של המשיב ממעצר. הרושם המתקבל הוא כי לו פעלה המשטרה כראוי, והקדימה לברר את השאלות הללו ולתפוס את החומר הדרוש, היה מתקצר מעצרו של המשיב במידה

משמעותית. ודוק: מחדל זה איננו עומד לבדו. אמנם עולה כי בתקופה האמורה המשטרה לא נהגה לבצע איכון, למעט בעבירות רצח או ביטחון, אך השוטר שהעיד הסכים כי ניתן היה לבצע איכון במקרה של אונס קטינה. בכל מקרה, מחדל זה מצטרף למחדל ממשי יותר בעניין היומן, כפי שיובהר להלן.

11. תמיהה גדולה ומשמעותית יותר עולה, אפוא, ביחס ליומן. כבר במהלך חקירתו במשטרה ביום 18.7.1999, למחרת הארכת המעצר הראשונה, הזכיר המשיב כי הוא מנהל יומן פגישות. אותו יומן, כך טען, יסייע לו לשחזר היכן שהה במועד ביצוע האונס. כאמור, נקל להבין מדוע התקשה המשיב להיזכר מה היה סדר יומו המדויק שלושה חודשים קודם לכן. בעיה זו יכולה הייתה להיפתר לו טרחו חוקרי המשטרה לתפוס את היומן ולהציגו בפני המשיב, כפי שביקש. אולם החוקרים לא עשו כן.

מחדל זה מתעצם לנוכח עדות אמו של המשיב, אשר נשמעה והתקבלה כמהימנה בבית המשפט קמא. האם סיפרה כי, כאשר באו השוטרים לביתה ביום 22.7.1999 לערוך חיפוש משלים, היא התחננה בפניהם שייקחו את היומן המדובר. האם סיפרה כי לבסוף נעתרו השוטרים לקחת עימם את היומן, וזאת תוך שהם לועגים לה על תחננוניה. השוטר וסקר, אשר העיד גם הוא בפני בית המשפט קמא, סתר את דבריה של האם, והכחיש כי ביקשה ממנו לקחת את היומן או כי לקח את היומן בפועל. אעיר כי אינני רואה מקום להתערב בקביעת המהימנות של בית המשפט קמא, אשר שמע את שתי העדויות הסותרות והעדיף בבירור את גרסת האם על פני גרסאותיהם של השוטרים. זאת ועוד, לפי דרכנו, ניתן להסתפק בממצא עובדתי מצומצם יותר ולאמץ את הקביעה לפיה האם התחננה שייקחו את היומן המדובר, ללא קשר לשאלה האם המשטרה לקחה את היומן בפועל אם לאו. העיקר הוא שחרף העלאת העניין - היומן לא הוצג בפני המשיב באותו שלב. כמובן, חקירה משטרתית טובה חייבת לקחת בחשבון את האפשרות שהחשוד לא עבר את העבירה, גם אם באותו שלב החוקרים סבורים אחרת. על פי ראייה זו, כתוצאה מבקשת המשיב ותחינת האם - נוצר הצורך להציג את היומן בפני המשיב, כדי להתמודד עם הטענה שהמשיב לא ביצע את האונס אלא שהוא איננו זוכר מה בדיוק עשה לפני שלושה חודשים.

סיכומו של דבר, המשטרה התרשלה בכך שלא הציגה את היומן המדובר בפני המשיב, חרף אמרותיו של המשיב ושל אמו. במקרה דנא, החובה לתפוס את היומן ולבדוק את תוכנו קמה לכל המאוחר ביום 22.7.1999, כאשר הגיעו החוקרים לביתו של המשיב וביצעו חיפוש בנוכחות האם. כאמור, לנוכח בקשת המשיב לעיין ביומנו כבר



בתאריך 18.7.1999 - ניתן להקדים במספר ימים את התאריך שבו היה על המשטרה למלא אחר בקשתו. בהקשר זה תודגש עמדת הפסיקה בכל הקשור לחובה של נאשם במשפט להציג את טענת האליבי בשלב המענה (סעיף 152(ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), ואת חובת המשטרה לבדוק טענת אליבי שמעלה חשוד (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466 (1981); וראו לאחרונה ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011)). נגזרת מכך החשיבות בתפיסת יומן אישי של חשוד, פעולה שאיננה כרוכה במאמץ מיוחד, בהקדם. זה עשוי להיות המפתח להצגת האליבי, אשר החשוד איננו מחזיק בו ואף איננו יכול לעיין בו בשל היותו במעצר. כפי שנקבע בעניין תורג'מן, "מטרת החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של החשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו".

עיון ביומן מגלה כי ביום האונס - 18.4.1999 - מופיע צמד המילים "מפגש ארוך" (ראו סעיף 86 בחוות דעתו של השופט עמית, שם מוצג צילום היומן). באותו עמוד, ביום 13.4.1999, תחת הכותרת "בעיות לטיפול", מופיעות בין היתר המילים "אבא - מה קורה לגבי חוב פלאפון / שכ"ד". בית המשפט המחוזי הסיק מכך כי אילו היה המשיב מעיין ביומן - קרוב לוודאי שהיה נזכר שביום האונס אכן הלך לטפל בחוב שכר הדירה של אביו. אני סבור כי יש בכך מידה רבה של היגיון. כפי שציין בעל הפנסיון בהודעתו במשטרה, אביו של המשיב הוא שהיה משלם את שכר הדירה. הגעתו של המשיב הייתה אירוע חד-פעמי, וכך הסביר בעל הפנסיון מדוע זכר את העניין בביטחון. סביר, אפוא, שהמשיב לא זכר בתחילה כי האירוע התרחש במועד המדובר. סביר יותר שאילו היה מובא בפניו היומן, כאשר באותו עמוד של יום האונס מופיע עניין התשלום לבעל הפנסיון, היה זכרונו מתרענן - בדיוק כפי שזכרונו של בעל הפנסיון התרענן. עיון ביומן מגלה, שבדף בו מופיע ה-18.4.1999 - יום האונס - מופיע גם ה-13.4.1999. ניכר שבמשבצת של יום זה ביומן מולאו ארבע שורות, בעוד שברוב הימים בדף אין רישום כלל או שיש רישום של שורה או שתיים. נדמה כי המשיב היה מתאמץ ללמוד מהדף כל אשר יוכל כדי להבין מה עשה באותו יום בשעות הרלבנטיות, כמפתח יחיד להשתחרר מן המעצר ולהוכיח את חפותו. ברי כי היה מעיין שוב ושוב בדף, ומאמץ את מחשבתו כדי לדלות ממנו פרטים. נכון הוא שהמשיב היה מסתכל גם בדפים קודמים ומאוחרים של היומן. אך ודאי היה מתמקד יותר באירועי השבוע שלפני - לרבות ה-13.4.1999.

על פי קו זה, מאזן ההסתברות נוטה לטובת המשיב, ודי בכך. אין צורך להוכיח את הדברים ברמה של קרוב לוודאי, על אף שבית המשפט המחוזי השתכנע ברמה כזו. הטענה ההפוכה, לפיה היומן לא היה יכול לסייע למשיב משום שהוא איננו ברור מספיק, או שהאליבי שמסר המשיב בשלב הראשון לא היה מדויק - יש בה משום חוכמה שלאחר מעשה. הרי הכלל הוא כי בודקים את סוגיית ההתרשלות "בזמן אמת", נכון למועד ההתרשלות, ולא על פי המידע שהתקבל לאחר מכן (ראו: ע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי, פסקה 10(ג) (24.11.2010)). אם כך, סביר מאוד להניח כי גילוי כה משמעותי היה מאיץ את תנועתם של גלגלי החקירה באופן שהיה מביא בפועל לשחרור מוקדם יותר של המשיב ממעצרו. בנקודה זו מצטרף, אפילו נניח כשחקן משנה, נושא מחדלי החקירה ביחס לבדיקות של פלטי השיחות והאיכון.

12. כעת עולה שאלת הקשר הסיבתי, וליתר דיוק: היקף הקשר הסיבתי, בין המחדלים האמורים לבין התמשכות מעצרו של המשיב. נאמר זאת בניסוח אחר: אלמלא התרשלה המשטרה במחדלים הנזכרים לעיל, מתי היה המשיב משתחרר ממעצרו?

על סמך עובדות המקרה, ניתן לנקוט לכל הפחות בגישה המצמצמת הבאה: המשטרה קיבלה את פלט שיחות הסלולארי ביום 8.9.1999, על אף שנדרש היה להשיגו כבר ביום 20.7.1999 - אז נמסר למשטרה פלט השיחות ממכשיר הבזק בביתו של המשיב, ונגבתה ההודעה מאימו של החניך. מדובר בפרק זמן של חמישים יום. המשיב סיפר שהגיע בערב המקרה לשלם לבעל הפנסיון, ואף צורפה קבלה, בתאריך 14.9.1999. סביר להניח כי לו המשטרה הייתה מציגה בפני המשיב את היומן ב-22.7.1999, או בסמוך לכל, הרי שתוך מספר ימים הוא היה מכוון את המשטרה לחקור את בעל הפנסיון. אף כאן מדובר בתקופה של כחמישים יום. תקופה זו מהווה כמעט 60% מתקופת המעצר הכוללת. דהיינו, אלמלא התרשלה המשטרה, ניתן היה לחסוך פרק זמן זה ולקזזו מתקופת המעצר של המשיב. יתירה מזאת: במהלך תקופה זו הוא מעצרו של המשיב בפעם השלישית, הוגש כתב אישום, וכן הוא מעצרו עד לתום ההליכים. על המשיב הוטל כתם של אנס, על כל המשמעות שיש לכך לגבי מצבו הנפשי, כפי שעולה מחוות הדעת (שעורכיהן לא נחקרו). ייתכן שאם הפעולות הנזכרות היו מתבצעות בשלב מוקדם יותר, מעצרו של המשיב כלל לא היה מוארך והוא היה משוחרר אף קודם לכן.

עד כה מסקנתי בדבר הקשר הסיבתי בין מחדלי המשטרה להתמשכות מעצרו של המשיב נשענה על המבחן האזרחי הרגיל של מאזן הסתברויות. עם זאת, ניתן לבסס את המסקנה בדרך נוספת - באמצעות הכלי של נזק ראייתי, מבית מדרשם של פרופ' א. פורת ופרופ' א. שטיין (Tort Liability Under Uncertainty (Oxford, 2001)). לדידי, המשטרה התרשלה בכך שלא תפסה את היומן, פלטי השיחות והאיכון במועד, והשאלה היא כיצד היה משפיע הדבר לו פעולות אלו היו מבוצעות במועד. קשה ליתן לכך תשובה ברורה, מפני שעסקינן בתרחיש היפותטי שלא התממש. אך הסיבה לכך היא שהמשטרה, באי-ביצוע הפעולות האמורות, גרמה לנזק ראייתי שמונע ממברר העובדות לדעת "מה היה קורה אילו". במילים אחרות: מחדלי המשטרה יצרו נזק ראייתי. מודע אני לכך שמדובר במקרה זה בנזק ראייתי מובנה. ברם, גם נזק ראייתי מובנה - נזק ראייתי הוא. כך עולה ממאמרם של פרופ' פורת ושטיין, תוך הגדרת אופיו המיוחד של הנזק הראייתי המובנה: "דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לפעול במקרים בהם ההתנהגות העוולתית שגרמה לנזק הישיר - או זו העשויה להיות גורם לו - מתמזגת עם ההתנהגות שגרמה לנזק הראייתי" (אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 191, 195 (1998)). או בלשון אחר: "נטל השכנוע יעבור לנתבע גם כאשר הנזק הראייתי נובע מאותו מעשה רשלני אשר לו מיוחסת גרימת הנזק הישיר" (גיא שני חזקת רשלנות 337 (2011)). יצוין, שנזק ראייתי מובנה אף אומץ על ידי פסיקת בית משפט זה בעניין מאיר (ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004); וראו גם רע"א 2146/08 בושוויק נ' מרכז רפואי בני ציון (12.1.2011); עיינו: שני, בעמ' 337-343; וכן פסיקה נוספת שהובאה ע"י המלומד ישראל גלעד, אם כי הוא מסתייג מהגישה: ישראל גלעד דיני נזיקין - גבולות האחריות כרך ב-1364 (2012)).

ניתן להציג את העניין באופן אחר. במקרה זה, לטעמי, עצם קיומו של קשר סיבתי בין מחדלי המשטרה לבין התמשכות מעצרו של המשיב הוכח במאזן הסתברויות רגיל. הנזק הראייתי בא לידי ביטוי בשאלה כמה ימים, מתוך תקופת המעצר הכוללת, נגרמו בשל המחדלים האמורים. אם כך המצב, היישום של הדוקטרינה - נזק ראייתי מובנה - קל יותר בענייננו מאשר במקרים בהם הנזק הראייתי נוגע לעצם קיומו של הקשר הסיבתי על מלוא חופנו.

משמעות הדברים היא שנטל הראיה בנושא מחדלי המשטרה עובר אל כתפי הנתבעים. הם לא עמדו בכך. אין בטענותיהם ובראיות שהוגשו כדי לשכנע שהמחדלים

לא היו מביאים לקיצור משך תקופת המעצר. ודוק, מדובר על חלק מהתקופה גם אם לא על כולה. הנתבעים עמדו בנטל ביחס לחלק מהתקופה בלבד, על סמך הראיות שהוגשו. כאמור, לדעתי ניתן להגיע לתוצאה זו גם על פי מאזן הסתברויות רגיל, ואף ללא סיועה של דוקטרינת הנזק הראייתי.

(2) אלימות והשפלה

13. השופט עמית עמד בהרחבה על הנימוקים לכך שיש לקבל את טענת המשיב בדבר אלימות ואיומים מצד השוטרים. לכך אני מצטרף, וארחיב.

אמירות רבות של המשיב "בזמן אמת", דהיינו: בעצם הימים בהם הוא שהה בתא המעצר, מצביעות על המכות והאיומים שהפנו כלפיו השוטרים. כך, למשל, ביום 17.7.1999 מתלונן המשיב באוזני מדוכב כי השוטרים נתנו לו מכות בעין ובחזה, תוך שהם מאיימים עליו שיודה באונס הילדה. יום למחרת הוא מתלונן באוזני המדוכב שהשוטרים מרביצים לו ונותנים לו סטירות. ביום 20.7.1999 אמר המשיב בבית המשפט כי ספג במהלך החקירות בעיטה מאחור.

טענות אלו הועלו על ידי המשיב במסגרת כתב התביעה שהגיש לבית המשפט המחוזי, והוכחו על ידי המדינה. השוטרים שזומנו להעיד מטעם ההגנה נשאלו על ידי בא כוחו של המשיב אודות האלימות הנטענת, והכחישו הן את עצם האלימות והן את הטענה שידעו בזמן אמת על תלונותיו של המשיב בדבר האלימות (ראו למשל עמודים 183, 218, 272 ו-318 לפרוטוקול). אלא שבית המשפט המחוזי דחה גרסה זו והעדיף את גרסתו של המשיב. אינני מוצא מקום להתערב במסקנה זו. בכך, כאמור, דעתי כדעתם של חבריי.

14. שאלה אחרת מתעוררת ביחס לאוננות. בית המשפט המחוזי קיבל את טענתו של המשיב כי השוטרים אילצו אותו לאונן למול עיניהם (סעיף 18 לפסק הדין). זאת בעיקר משום שהמשיב לא נחקר על ידי ההגנה בסוגיית האוננות.

במבט ראשון בלבד, קשה לקבל את הגישה כי המשיב הוכרח לאונן. ההשפלה הבלתי רגילה שכרוכה במעשה כזה, כפיית אדם לאונן מול עיניהם הבוחנות של חוקריו, מקשה על קבלתה. אולם דווקא בשל כך מתמיהה התנהלותה של ההגנה, כאשר בחרה שלא לחקור את המשיב כלל על טענת האוננות שהעלה בשתי הוריאציות שלה - כפי שיובהר. אף לא ניתן לומר - כפי שנרמז - שההגנה לא הבחינה בטענה, כביכול

משום שזו הסתתרה בין קפליו של כתב התביעה הארוך. זאת משום שכתב ההגנה שהגישה המדינה מתייחס קונקרטי לטענת האוננות ומכחיש אותה באופן גורף (ראו למשל סעיף 57 לכתב ההגנה). למרות זאת, המשיב לא נחקר על ידי ההגנה בכל מה שקשור לאוננות הנטענת. בא כוחו של המשיב, לעומת זאת, העלה את הסוגיה במפורש במהלך החקירה הנגדית שערך לעד ההגנה יצחק שטרן (ראו עמודים 175-176 לפרוטוקול). עדותו של שטרן, שבתקופה הרלבנטית שימש כראש צוות החקירה בתחנת המשטרה, הותירה רושם שלילי ביותר על בית המשפט המחוזי. כך, בהתייחס לחלק אחר של עדותו, קבע בית המשפט כי העד "התפתל", "התחמק" והפגין "זיכרון לקוי". זאת בנוסף לרושם הכללי שהותירו על בית המשפט עדויותיהם של השוטרים, שהתאפיינו ב"התחמקויות, התחמקויות והימנעות שיטתית ממתן תשובות... רמת התשובות שהתקבלו גבלה בעלבון".

אין חולק כי הטענה ביחס לאוננות הועלתה לראשונה באופן מפורש בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט המחוזי. היא לא הוזכרה כלל בבקשה לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין, ואף לא הועלתה על ידי המשיב בזמן אמת (בניגוד למשל לטענות על אלימות, כפי שהובא לעיל). חברי, השופט עמית, סבור כי מן הטעם הזה אין מקום לקבל את עדותו היחידה של המשיב. אלא שדעתי היא כי יש לייחס לשיהוי משקל מוגבל, וזאת בהתחשב בטיבה של ההאשמה. ניסיון החיים, כמו גם הניסיון השיפוטי, מלמדים כי פגיעות הקשורות במין כרוכות במטען מיוחד של בושה ופחד. אשר על כן, נפגעי עבירות מין נוטים פעמים רבות להשתהות בדיווח על הפגיעה שנגרמה להם (ראו למשל: ע"פ 6346/11 מדינת ישראל נ' שמואלי 7.2.2012)). אמנם עסקינן בחשוד, נאשם ותובע ולא במתלונן או מתלוננת. אולם המשיב הוא עדיין הנפגע, על פי גרסתו. דרישה למעשה אוננות נכללת בקטגוריה זו של פגיעות שקשורות במין. אין לשלול את האפשרות כי אדם שנדרש לאונן בפני חוקרי משטרה - יכרע תחת נטל הבושה וההשפלה, במידה כזו שתמנע ממנו לזעוק באופן מידי כנגד העוול שנעשה לו ולתבוע בראש חוצות את עלבונו. מטעם זה אני סבור כי טענת השיהוי היא בעלת משקל נמוך במקרה דנא, או לכל הפחות איננה עומדת במלוא עוצמתה.

המשיב, בהיותו תובע, העלה גרסה בנושא שבולט בין יתר טענותיו. השוטר הרלבנטי נחקר בעניין, ואילו התובע לא נחקר על כך כלל. מצב זה מעורר קושי בשיטה האדברסרית. ניתן לשאול, מה עוד יכול היה התובע לעשות? אמנם אין הכרח בכל מקרה כזה לקבל את גרסת התובע. אך לכך יש להוסיף את התרשמותו השלילית של בית המשפט מעדות השוטר. בד בבד, יש לעמוד על בחינת טענת המשיב. בעניין זה נוצר

קושי, ואין מנוס מלקחת בחשבון פער מסוים בגרסתו של המשיב. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי השוטרים אילצו את המשיב לאונן למול עיניהם. כך אכן נאמר במספר מקומות בכתב התביעה (ראו למשל סעיפים 19, 32 ו-208) ובסיכומי התביעה (סעיף ט). משמע, שהמשיב אכן אונן בפועל. מנגד, במקום אחר בתצהיר העדות הראשית (סעיף 34) הוא כותב כי "חוקרי המשטרה... הכריחו אותי לאונן לנגד עיניהם, זכר שסירבתי לבצע" (ההדגשה לא במקור). גם בכתב התביעה טוען המשיב כי השוטרים "ניסו להכריח [אותי] לאונן מולם", ובהמשך הוא מצטט מתוך חוות הדעת של המומחה מטעמו בה נאמר שהמשיב "סירב לרצות את החוקרים, ולא הסכים לאונן לעיניהם לדרישתם" (סעיף 157). לא הובהר עד תום אופיו של אותו ניסיון להכריח את המשיב לאונן. ברם המשותף לכל הגרסאות של המשיב הוא שהופעל עליו לחץ משפיל לאונן בפני החוקרים. הדבר חמור כשלעצמו, גם אם המשיב סירב לבצע את הפעולה. העיד על כך דווקא ראש צוות החקירה דאז, יצחק שטרן. במהלך אחת מהחקירות מתברר כי השוטרים הפסיקו את ההקלטה. ראש הצוות נשאל: "ש. האם בשלב זה שהפסקתם את ההקלטה ועד שחידשתם אתם ביקשתם [מהמשיב] לאונן? ת. לא. ש. איך אתה זוכר שלא? ת. אני לא אבקש דבר כזה מנחקר שלי בחיים" (עמ' 175 לפרוטוקול). אם כך, גם לפי הגרסה המקלה (מנקודת המבט של המשטרה) של המשיב, השוטרים דרשו ממנו לאונן וניסו תוך הפעלת לחץ להכריח אותו לעשות כן, אלא שהוא סירב, ובסופו של דבר לא אונן. מדובר כמובן במעשה חמור, משפיל ומביש, שגם לו יש חלק בחוויית המעצר. על הקשר הסיבתי בין פעולות אלו לבין הנזק אעמוד בחלק הבא.

### (3) חוויית המעצר

15. כפי שהוסבר, הנזק הנפשי שנגרם למשיב יונק משלושה מקורות: המקור הראשון הוא השהות במעצר במשך 88 יום. המקור השני הוא פעולות קונקרטיות של החוקרים - אלימות, איומים ודרישה לאונן בפני השוטרים. בכל אלו דנתי לעיל. עתה אעבור למקור השלישי, והוא הנזק הנפשי שנגרם בשל חוויית המעצר בכללותה.

על פי תפישה זו, לא המעצר לבדו גרם למשיב את הנזק הנפשי הנטען. אף לא הדרישה לאוננות והאלימות לבדם. הגורם הנוסף שיש לקחת בחשבון הוא מכלול התנהלותם של החוקרים כלפי המשיב, במהלך תקופת מעצרו וחקירתו: הצגת "ראיות נגועות" בפני בתי המשפט, אשר לא שיקפו נכונה את מצב הדברים וצבעו את המשיב בצבעים מפלילים עזים; תחושתו הסובייקטיבית של המשיב כי "סומן" מראש בתור אנס, כי זכה ליחס משפיל וכי כל תשובותיו לחוקרים נופלות על אוזניים ערלות;

התרשלות במיצוי כיווני חקירה שהיה בהם כדי לערער את החשד שדבק במשיב; אי-דיוקים בהצגת הראיות בפני בית המשפט על ידי המשטרה, בין ראיות שמקורן בקטינה ובין ראיות שמקורן במשיב עצמו; ומעשי האלימות החוזרים והשמעת האימים. השילוב של כל אלו ביחד יצר חוויית מעצר קשה ביותר עבור המשיב, שרישומה אף הותיר בו נכות נפשית צמיתה.

בראייה זו המבחן הוא איכותי (במובן השלילי), לא כמותי. מספר ימי המעצר כשלעצמם, מספר המכות שניתנו למשיב ומספר הפעמים שנדרש לאונן - כל אלו אינם אלא פרטים שמרכיבים תמונה כוללת אחת: חוויית מעצר פוגענית במידה חריגה. יודגש כי אינני מציע מבחן כזה בדרך כלל. אולם בכל תיק נזיקי יש לבחון את הנזק שנגרם לתובע הקונקרטי. במקרה שלפנינו, המסקנה בדבר חוויית המעצר הפוגענית נובעת במישורין מטיב הנזק שנגרם למשיב. די לומר שאין זה רגיל לפגוש אדם אשר נעצר ל-88 יום, ובגינן נגרמת לו נכות נפשית צמיתה בשיעור של 10% - כפי שאירע למשיב. ברם זהו הנזק אשר נגרם למשיב, ויש לעמוד על מהותו.

בסעיפים קודמים עמדתי על חלק מן האלמנטים שהרכיבו את חוויית המעצר: התרשלותם של החוקרים במיצוי כיווני חקירה חשובים - בעיקר היומן, פלטי השיחות והאיכון, כמו גם האלימות והאימים כלפי המשיב. עתה אעבור לבירור אלמנט פוגעני נוסף בעל משמעות, שעניינו - הצגת "ראיות נגועות" בפני בתי המשפט. ראיות אלו צבעו את המשיב בצבעים מפלילים עזים, תייגו אותו בעקשנות בתור "אנס", ותרמו לתחושתו הסובייקטיבית הקשה של המשיב כי כל תשובותיו לחוקרים נופלות על אוזניים ערלות. אדגיש כי ייתכן שאותן ראיות נגועות לא הביאו בהכרח למעצר המשיב, דהיינו: שאין קשר סיבתי עובדתי מוכח בין הצגתן לבין מעצרו של המשיב. ייתכן גם ייתכן שבכל מקרה, בשלבים הראשונים של החקירה, היו די ראיות שיצדיקו את הבקשה למעצר המשיב. ברם לא זו השאלה העומדת למבחן. השאלה היא האם ניתן לזהות דפוס חוזר של הצגת ראיות נגועות, ואם כן - מתעוררת השאלה האם יש קשר סיבתי בין דפוס זה לבין הנזק הנפשי שנגרם למשיב. תשובתי לשתי השאלות הינה חיובית. אפנה תחילה לבירור החלק הראשון, ולאחר מכן אעמוד על שאלת הקשר הסיבתי כפי שהצגתי אותה.

16. נחזור אל הארכת המעצר הראשונה של המשיב, אשר התבצעה ביום 17.7.1999. במהלך הדיון סיפר נציג המשטרה, רס"ל דסטה, כי הקטינה זיהתה את המשיב באופן אקראי כשהייתה עם אביה בסופרמרקט, התחילה לבכות ולצעוק, והצביעה על המשיב

כעל מי שביצע בה את מעשה האונס. כן דיווח דסטה כי בחיפוש שנערך בביתו של המשיב נמצאו כובעי גרב שמתאימים לתלונתה של הקטינה, משקפי שמש ותמונות פורנוגרפיות של ילדות צעירות. דסטה הוסיף כי המשיב מתלבט אם להודות במעשה האונס המיוחס לו. כל הפרטים הללו היו שגויים ובלתי-מדויקים בעליל. אפרט:

ראשית, האירוע בסופרמרקט לא היה אקראי. הקטינה הובאה לשם על ידי אביה במיוחד, במטרה לנסות ולזהות את המשיב. חשוב מכך, הקטינה לא זיהתה את המשיב בסופרמרקט, והתנהגותה הנסערת - שכללה בכי וצעקות - באה כתגובה לעצם הבקשה של אביה. כך עולה מעדותו של האב שנמסרה במשטרה בסמוך למפגש. שנית, באשר לכובע, הקטינה סיפרה לחוקרת הילדים כי האנס חבש כובע קסקט צהוב. בפועל, בבית המשיב נתפסו שני כובעי מצחייה - אחד ירוק והשני חום-סגול (כך עולה מדו"ח החיפוש). לנוכח הפער הברור בין הכובעים שנתפסו לבין הכובע שתיארה הקטינה - אמירתו של השוטר איננה מדויקת. שלישיית, מדבריו של השוטר אף השתמע כי משקפי השמש שנתפסו - שלושה זוגות - תואמים אף הם את תלונתה של הקטינה (בהארכת המעצר השנייה טענה המשטרה במפורש להתאמה כזו - להלן). זאת על אף שבדו"ח החיפוש לא צוינו פרטים מזהים של משקפי השמש שנתפסו - צורה, צבע, דגם וסימני היכר ייחודיים אחרים. רביעית, בבית המשיב לא נתפסו תמונות פורנוגרפיות של צעירות. חמישית, באשר להתלבטות כביכול של המשיב אם להודות או לא, דסטה הניח בפני בית המשפט מזכרים המאששים לכאורה טענה זו. באחד המזכרים מצטט המדובב, רס"ר ג'ורנו, דברים שאמר לו כביכול המשיב: "חשבתי להודות כי זה רק פוצי מוצי, אבל אמא שלי לא רצתה שאני יודה". התמלול מראה כי המשיב לא אמר משפט זה כלל וכלל. אדרבה, המשיב הכחיש בתוקף בפני החוקרים, מספר פעמים, כי הוא מעורב בדרך כלשהי במעשה האונס (ראו למשל דו"ח התשאול מיום 16.7.1999, מוצג מס' 53). כל הפרטים הללו לא באו לידי ביטוי בהצגת הדברים על ידי איש המשטרה.

יודגש כי בדיקת הדברים בהקשר זה היא לשם בחינת חווית המעצר. לאמור: אמנם את תגובת הקטינה ניתן להסביר בכך שהיא התרגשה מעצם האפשרות שהיא פוגשת את האיש שאנס אותה, פנים אל פנים. אולם בכל זאת, בשלב הראשוני, לצורך מעצרו של המשיב לצורכי חקירה - עניין זה בעל משקל הוא. דעתי היא שהנסיבות כולן - לרבות דמיונו של המשיב לקלסטרון החשוד (סנגורו של המשיב הכחיש במהלך הדיון שקיים דמיון כזה), ומגורי המשיב באותו בניין שבחצרו בוצעה העבירה - הצדיקו מעצר ראשוני לצורכי חקירה. אך, כאמור, באפיק הנזיקי השאלה היא גם: מה



עם חווית המעצר? המשיב, על מבנהו הנפשי, חשוף לטענת החוקר במהלך הדיון במעצר (מוצג 69) כי הקטינה זיהתה אותו מיידית וכי הוא שוקל להודות בעבירה. באשר לחלק הראשון - הוא מבין את המשמעות ואיננו יודע שלא היה זיהוי כזה. באשר לחלק השני - הוא למד שהמטרה, אשר "מחזיקה" אותו במעצר, עלולה להציג עובדות לא נכונות.

17. הארכת המעצר השנייה התבצעה ביום 20.7.1999. הנימוקים להחלטה לא פורטו בפרוטוקול, אולם צוין שם כי "עיון בתיק החקירה המשטרתי ובכל המצוי בו, כולל הדוחות הסודיים והמזכרים הסודיים שהוגשו לבית משפט, מלמד כי ישנן ראיות לכאורה בשלב זה למעורבותו של המשיב בעבירה המיוחסת לו". מהם הפרטים הכלולים באותו דו"ח סודי (מוצג 107), אשר סיכם את ממצאי החקירה עד כה?

הדו"ח פותח בכך שהקטינה זיהתה את המשיב בסופרמרקט. פרט זה הוזכר גם בבקשת המטרה להוצאת צו מעצר כנגד המשיב, מיום 20.7.1999. הדו"ח מוסיף ומזכיר כי בביתו של המשיב נתפסו זוג כפפות שחורות מצמר, משקפי שמש וכובע מצחייה העונים לתיאור שמסרה הקטינה. כפי שהדגשתי לעיל, מכלול הפרטים הללו יוצר רושם מרשיע למדי, אולם בה בעת שגוי ובלתי מדויק ברובו: זאת הן באשר לזיהוי המשיב בסופרמרקט באופן מידי (הקטינה, כאמור, לא זיהתה את המשיב בסופרמרקט), והן באשר לדמיון בין הכובעים והמשקפיים שנתפסו לבין הכובעים והמשקפיים שתוארו על ידי הקטינה (דמיון שאיננו קיים, או למצער לא ניתן לדעת אם הוא קיים).

בדו"ח מוזכרות שתי אמירות נוספות, "מפלילות", של המשיב למדובב: המשיב אמר ש"הייתי שם עם משקפי שמש...", וכן אמר שאם בדיקת הדנ"א תצביע עליו הוא יודה באשמה. אלא שבדיונים מאוחרים יותר הציע המשיב הסברים שונים לטיבן של שתי האמירות, וטען כי הן הוצאו לחלוטין מהקשרן. לדוגמא, באשר למשפט המתייחס למשקפי השמש - לא ברור האם הביטוי "הייתי שם" מתייחס למקום התרחשות האונס בזמן ביצועו (שאז יש לכך קונוטציה מפלילה), או לתמונה המופיעה בקלסטרון. באשר למשפט המתייחס לדנ"א, כאשר חוקרי המטרה הציגו בפני המשיב בתוך מספר ימים ראייה שמתחזה לדנ"א השייך לו - הוא הוסיף להכחיש כל קשר לאונס. יצוין שוב כי מתמלול שיחותיו של המשיב עם המדובבים מצטיירת תמונה שונה, שכן הוא מכחיש פעמים רבות כל היכרות עם הקטינה ושולל כל קשר בינו לבין מעשה האונס.

כפי שציינתי לעיל, יש להפריד בשלב זה בין המשך מעצרו של המשיב לבין חווית המעצר. בשלב הראשוני של החקירה, שכולל גם את ההארכה השנייה, מוכן אני להניח כי די היה בחומר הקיים כדי להורות על המשך מעצרו של המשיב. אולם, מהזווית של חווית המעצר, אף התקופה הזו מעוררת קושי למערערת בהיבט של התביעה הנזיקית. ניתן לומר כי בניגוד להארכה הראשונה, החוקר שהופיע בבית המשפט לא הציג בפומבי עובדות בדויות אלא דו"ח סודי שכמובן לא הוצג למשיב. על כן, הכיצד הדבר יכול להשפיע עליו? התשובה לכך היא שתקופת מעצר זו איננה עומדת לבדה, אלא היא המשך ישיר של תקופת המעצר הראשונה. ושוב, הדברים ייבדקו מבחינת חווית המשיב. בהארכת המעצר הראשונה הוא למד שהילדה זיהתה אותו בו במקום, דבר שלא היה נכון, וכי המשטרה מוכנה לומר שהוא על סף הודיה - פרט שהוא יודע שאיננו נכון. כזכור, האמרה עליה התבססה המשטרה - לא נאמרה על ידי המשיב. על רקע זה, הבאתו בפני השופט תוך התמודדות עם החומר הסודי שהוביל להארכה - רק חרפה את חווית המעצר הקשה. לעניין זה אדרש בהמשך תוך התייחסות לחוות דעת המומחים.

18. הבקשה להארכת המעצר השלישית נידונה ביום 26.7.1999. הבקשה התקבלה, והמעצר הוארך עד ליום 30.7.1999 לשם הגשת כתב אישום. בו ביום הוגש כתב האישום יחד עם בקשה למעצר המשיב עד תום ההליכים. הבעתי את דעתי לעיל, שלולא מחדלי המשטרה ביחס ליומן, פלטי השיחות והאיכון - סביר כי התפתחות החקירה הייתה שונה כבר בשלב זה. כאמור, החקירה ללא המחדלים שהוזכרו הייתה ככל הנראה מביאה לקיצור תקופת המעצר בכ-50 יום. סימני השאלה היו יוצרים דינאמיקה אחרת, אך בכל מקרה נדרש היה זמן נוסף כדי להביא לשחרורו של המשיב, וזאת גם על רקע הזיהוי של הקטינה בשלב מסוים בחקירה. ניתן לומר שעמדתי מזיזה את הנקודה שבה צריך היה המשיב להשתחרר לתאריך מוקדם יותר.

בהקשר זה יודגש כי אף על סמך הראיות שהוגשו הביע בית המשפט המחוזי את דעתו בהחלטה להורות על מעצרו של המשיב, וציין כי מדובר ב"משימה בלתי אפשרית כמעט [...] מורכבת וקשה מאוד לפענוח", וכי פרטי החקירה השונים משכו "פעם לכאן ופעם לכאן":

"אוי לי מיוצרי, אם ייעצר המשיב מבלי שהיה זה אכן  
הוא האיש שביצע את המעשה הנפשע המיוחס לו בכתב

האישום נשוא בקשה זו; ואוי לי מיצרי, אם לא ייעצר,  
אם בפועל הוא שאחראי למעשה הנבלה".

בסיכומו של דבר, לחובתו של המשיב עמדו שלושה רבדים של ראיות: הרובד הראשון - אותן "פליטות פה תמוהות מאוד", שהזכרתי לעיל, ואשר על פניהן אינן מתאימות להיאמר על ידי אדם שלא נכח כלל בזירת הפשע. הרובד השני - זיהויו של המשיב על ידי הילדה פעמיים (פעם אחת בסופרמרקט ופעם אחת נוספת בתחנת המשטרה לפני מסדר זיהוי המשקפיים), על אף שהשופטת הדגישה כי אין מדובר בזיהוי ודאי על פי דין. הרובד השלישי - מעשיו ודבריו של המשיב במהלך החקירה, כמו גם הפריטים החשודים שנתפסו בביתו (משקפי שמש, כובעים וכפפות). לרבדים אלו הצטרפו הפרכת האליבי של המשיב, אותה הזכרתי לעיל; סירובו של המשיב לשתף פעולה עם המשטרה, להצטלם ולהשתתף במסדר זיהוי קול; מקום מגוריו של המשיב (אותו בניין שבחצרו בוצע האונס); והדמיון הרב בין הקלסטרון לבין המשיב. בסיכומו של דבר החליט בית המשפט, לאחר לבטים קשים, כאמור, להורות על מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים.

כפי שהדגישה השופטת מספר פעמים, ההחלטה על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים התקבלה בלב כבוד ולאחר היסוסים ולבטים רבים. מכלול הראיות שהוצג בפני בית המשפט לא הניב מסקנה חד-משמעית, מהירה וחותכת. כפות המאזניים כמעט והיו מעוינות. בסופו של דבר החליט בית המשפט כי הכפות נוטות כמעט לחובתו של המשיב, ולפיכך הורה על מעצרו עד תום ההליכים. דעתי היא שדווקא במצב זה, כאשר כפות המאזניים כמעט והיו מעוינות, ואך כפסע עמד בין המשיב לבין שחרורו ממעצר - יש לראות כל מחדל וכל פגם בהתנהלות המשטרה בחומרה יתירה. למרבה הצער, דעתי היא שמחדלים ופגמים כאלו אכן נתגלו. המחדלים פורטו על ידי חברי, ואין צורך לחזור עליהם.

אין באמור כדי למתוח ביקורת על החלטת בית המשפט המחוזי לעצור את המשיב עד תום ההליכים. ההחלטה התבססה על החומר שהוגש לבית המשפט. טענתי, ברכיב ההתרשלות וברכיב הקשר הסיבתי, מופנית כלפי אופן הצגת החומר וכלפי חומר שלא הוגש: לדוגמא, היומן לא נתפס, טענת האליבי לא נבחנה כראוי, ודבריו של המשיב הוצגו באופן לא מדויק בפני בית המשפט. המיקוד שלי בשלב זה הוא חוויית המעצר. בהקשר זה יוזכר כי במהלך הדיון טען בא כוח המדינה כי "הנאשם מסר לשותפו לתא שהוא אוהב מאוד ילדים ונמשך אליהם" (עמ' 32, ש' 25-23). הדברים

התבססו על זיכרון דברים שרשם השוטר וסקר ביום 23.7.1999, ובו דיווח כי שמע את המשיב אומר מילים אלו לשותפו לתא. ברם כפי שציין בית המשפט קמא, וכן חברי השופט עמית, הביטוי "נמשך לילדים" היה פרי דמיונו של השוטר וסקר, ולא נאמר כלל על ידי המשיב.

הבה נבחן את הדבר מבחינת חוויית המעצר של המשיב. הוא מוצג על ידי בא כוח המדינה בבית המשפט כמו פדופיל, כאשר אין לכך שום בסיס. עניין זה אף מתקשר עם הלחץ שהופעל עליו לאונן בפני המשטרה, הגם שסירב. חוויית המעצר היא ראש נזק בפני עצמו, ומתייחסת למלוא התקופה שבה היה המשיב במעצר - 88 יום, ולא רק לאותם חמישים יום שאותם ניתן היה למנוע.

19. עמדתי לעיל על טיבה של התרשלות המשטרה, כפי שזו באה לידי ביטוי בהצגה מגמתית, חלקית ופעמים רבות אף בלתי מדויקת (בלשון המעטה) של פרטי החקירה. אלו מצטרפים לאלמנטים אחרים בהם דנתי לעיל, שעיקרם מעשי האלימות, סוגיית האוננות והדרך שבה הוצג המשיב בפני בית המשפט בנוכחותו. כל אלו יוצרים יחדיו חווית מעצר קשה. השאלה הבאה שיש לברר היא האם ישנו קשר סיבתי בין חוויה זו שעבר המשיב, לבין הנזק הנפשי שנגרם לו. תשובתי לכך היא חיובית. הדברים נטענו בכתבי הטענות, נבדקו ונמצאו נכונים בחוות הדעת הפסיכיאטריות השונות שהוגשו לבית המשפט קמא, ואושרו בפסק דינו של בית המשפט קמא.

אפתח בטענותיו של המשיב. בכתב התביעה שהגיש הוא טוען כי נפשו "נפגעה פגיעה שאינה ברת תיקון בחדרי החקירות ובתאי המעצר" (עמ' 10, פסקה 32). משמע, הפגיעה הנפשית איננה נובעת מהמעצר כשלעצמו, ואף לא ממעשי האוננות, האלימות והאיומים כשלעצמם. כך גם בהמשך כתב התביעה, כאשר הוא מתייחס לקשר הסיבתי בין התנהלות החוקרים לנזק שנגרם לו: "קיים קשר סיבתי בין מעשי ומחדלי הנתבעת - החל בחקירת זירת העבירה, המשך במעצרו של [המשיב], המשך במהלך מעצרו של [המשיב], והמשך ברישום הפלילי של [המשיב] - לבין נכותו הנפשית של [המשיב] והנזקים שנגרמו לו" (עמ' 58, פסקה 259). כך גם בפסקה הפותחת את כתב סיכום הטענות שהגיש המשיב לבית המשפט המחוזי: "עניינה של תביעה זו בנזק גוף בלתי הפיך שגרמה הנתבעת ל[משיב]. הנתבעת לא הפרידה בין עובדות להשערות. המשטרה והפרקליטות בעקבותיה לקו בקונספציה חקירתית, דעה קדומה וחוסר עניין להגיע לחקר האמת עד עצם היום הזה. חוקרי המשטרה היו בטוחים כי [המשיב] הינו פדופיל ואנס סדרתי, וזאת כבר בשעות הראשונות לאחר מעצרו". הווה אומר, טענתו של

המשיב לנזק נפשי התבססה על מכלול התנהלותם של השוטרים כלפיו לאורך כל תקופת החקירה והמעצר.

המשיב צירף לכתב התביעה את חוות דעתו של ד"ר וייל. בחלק האחרון של חוות הדעת, שכותרתו "דיון ומסקנות", מציין ד"ר וייל כי "לפני כחמש שנים עבר [המשיב] מעצר ממושך מלווה בחקירות חוזרות בעקבות האשמתו באונס אכזרי של ילדה... בעקבות מעצרו הממושך [ו] החקירות המשפילות שעבר התפתחה אצל [המשיב] תסמונת פוסט טראומטית". הנה כי כן, לא המעצר לבדו הוא הגורם לנזק.

כך הם גם פני הדברים בחוות הדעת של פרופ' טיאנו, המומחה שמונה מטעם בית המשפט קמא. פרופ' טיאנו מפרט את החוויות שתיאר בפניו המשיב, ואשר הן שגרמו לו לנזק הנפשי:

"[המשיב] מתאר באופן ארוך ומפורט את כל הפרטים של השתלשלות האירועים, מתחילת הזיהוי הבלתי מהימן, שהביא אותו להיות מסווג כאנס, עם כל המשמעויות שתואר זה נושא בחובו, אם מבחינה אישית ואם מבחינה חברתית. לאחר מכן עובר לתיאור חוויות החקירה במשטרה, שהיו קשות וגופניות. לבסוף, חוויות הכלא, אשר כפי שאנו יודעים, לנאשם בעבירה מינית החיים שם הרבה יותר קשים. ספג אלימות, עלבונות והשפלה".

בהמשך כתב המומחה:

"לסיכום הבדיקה הקלינית, מדובר בתסמונת דחק בתר חבלתית חלקית... האירועים שעבר במהלך החקירה והשהייה בכלא היו קשים ומשפילים, מה עוד שהיו על רקע אישיות חרדה מלכתחילה. למרות זאת הצליח [המשיב] להתאושש בעזרת הטיפול הפסיכותרפויטי מהר יחסית, עד למקום בו ניתן להתאושש מבחינה תפקודית, כשברור שהאירועים הותירו צלקת עם כל המשמעויות שבה.

בכאן לדון באבחנה מبدלת, מדובר בתסמונת דחק בתר חבלתית באבחנה מبدלת של התחזות... באשר להתחזות, לא מצאתי בדבריו [של המשיב] האדרה של התסמינים והריני מקבל את התלונות שהביא כמרכיב אובייקטיבי, הנתמך בבדיקה הקלינית" (נספח 12 לתיק המוצגים).

לנוכח כל זאת קבע המומחה כי נכותו הפסיכיאטרית של המשיב היא בשיעור של 20% לתקופה של שלוש שנים מיום מעצרו, ובשיעור של 10% לצמיתות.

ולבסוף, פסק דינו של בית המשפט קמא איננו מתמקד במעצר לבדו:

"[המשיב] היה במשך ימים רבים במצב של חוסר אונים משווע נוכח התנהלותם הפסולה של השוטרים החוקרים, שבאה לידי ביטוי בבידוי ראיות ומסירת אינפורמציה שקרית לבתי המשפט, ניסיון 'לשכנע' קטינים... להעיד ש[המשיב] ביצע בהם מעשים מגונים, ומחדלים קשים ובלתי מוצדקים בביצוע מסדר זיהוי קולות ועוד כהנה וכהנה, כפי שמתואר באריכות בפסק דין זה. התנהלות המשטרה גרמה לפגיעה קשה ביותר בזכותו של [המשיב] לחופש ולכבוד, והטילה בו כתם חברתי בל יימחה... יש ויש בליבי כנגד סימונו [של המשיב] כאנס, וביצוע כל הפעולות האפשריות על מנת להביא להרשתו".

הנה כי כן, המשיב טען לנזק נפשי שנגרם לו עקב מכלול התנהלותם של החוקרים. טענה זו התבססה, בין היתר, על חוות דעת מומחה מטעמו של המשיב, אשר גובתה בחוות דעת מומחה מטעם בית המשפט. לנוכח זאת מתבקשת המסקנה כי מכלול התנהלות החוקרים הוא שגרם למשיב את הנזק הנפשי הנטען. מעבר לכך שמסקנה זו מבוססת על ממצאים עובדתיים, הרי שהמערערת לא חלקה על הנזק הלא ממוני ולא חקרה את המומחים.

סיכום הדברים

20. אדם נעצר בחשד לביצוע עבירה. מעצרו מוארך מספר פעמים, ואף מוגש נגדו כתב אישום. כעבור זמן מה משוחרר האיש ממעצרו. בהמשך אף מבוטל כתב האישום. כעת הוא מעוניין לתבוע פיצויים מן המדינה. החוק מאפשר לו לבחור בין שני מסלולים: תביעה מכוח סעיף 80 לחוק העונשין, או תביעת רשלנות מכוח פקודת הנזיקין. לכל אחד מן המסלולים יתרון יחסי וחסרון יחסי, בהשוואה למסלול האחר. נטל ההוכחה קל יותר במסלול הראשון: בין היתר, התובע איננו נדרש להוכיח את שיעור הנזק שנגרם לו או התקיימותו של קשר סיבתי בין התרשלנות המשטרה לבין הנזק. ניתן לפסוק לפי סעיף 80 אפילו אם "נסיבות אחרות" - שאינן דווקא העדר יסוד לאשמה - מצדיקות זאת. בד בבד, שיעור הפיצוי לו עשוי להיות זכאי התובע - גדול יותר במסלול השני: לפיצוי מכוח סעיף 80 ישנה תקרה מקסימאלית, על פי מספר ימי

המעצר והיקף הוצאות ההגנה המשפטית. פיצוי מכוח פקודת הנזיקין, לעומת זאת, עשוי להגיע לסכומים נכבדים בהרבה. זאת, כמובן, בכפוף לשיעור הנזק שיוכח בפני בית המשפט ובהתאם לשיקולים נוספים.

הבחירה בין שני המסלולים נתונה בידיו של התובע. זכותו לבחור במסלול תובענה לפי סעיף 80, בהסתמך על נטל ההוכחה הקטן שרובץ עליו, ותוך נכונות "לספוג" את האפשרות כי יקבל פיצויים בהיקף מצומצם. לחלופין, זכותו לבחור במסלול של תובענה מכוח פקודת הנזיקין, בתקווה לזכות בסכומים גבוהים יותר. ברם במקרה זה עליו לזכור כי נטל ההוכחה הינו כבד יותר. עליו להוכיח - כמו בכל תביעת רשלנות - התקיימות כל יסודות העוולה: חובת זהירות מושגית וקונקרטית, התרשלנות, קשר סיבתי ונזק. רק אם ישכנע את בית המשפט, במאזן הסתברויות כנדרש, יזכה בפיצוי.

נדמה כי למעט כמה חריגים, המתווה הקל והיעיל - בשל העדר הצורך לנהל משפט - הוא במסלול של סעיף 80 לחוק העונשין. במקרה שלפנינו בחר המשיב, תחילה, במסלול זה. בקשתו לפיצוי נדחתה (הגם שזכות הערעור לא מוצתה). לאחר מכן בחר המשיב במסלול השני, של תובענה לפי פקודת הנזיקין. גם בטקטיקה כזו אין פגם כשלעצמה. כפי שהוסבר, דחיית בקשה לפי סעיף 80 איננה מקימה בהכרח השתק פלוגתא. זאת בוודאי במקרה הנוכחי, כאשר ערעורו של המשיב לבית המשפט העליון נדחה תוך שנקבע כי העניין יתברר במלואו בגדרי התביעה הנזיקית. ברם, משהוגשה תביעת הנזיקין, יש לבחון אותה באמות המידה הקפדניות שנקבעו בדין ובפסיקה. יצוין כי ייתכן והמסלול הנזיקי מתאים יותר לתובע במקרה זה, בשל תגובתו הנפשית שנובעת ממבנה האישיות שלו, כפי שעולה מחוות הדעת. בכך שונה הוא מנאשם אחר שנעצר לתקופה של מספר חודשים, שם עצם המעצר בתור הפגיעה בחירותו ברמה הכללית - הוא שמהווה את הבסיס לנזק.

בחינה שכזו הובילה אותי אל המסקנה הבאה: קיים קשר סיבתי בין התרשלנות המשטרה לבין חלק משמעותי מתקופת מעצרו של המשיב - חמישים יום (מתוך סך של 88 יום). בנוסף קיים קשר סיבתי בין התרשלנות המשטרה לבין חווית המעצר הקשה שעבר המשיב במשך כל תקופת מעצרו. חוויה זו כוללת את דרך התנהלות החקירה כלפי המשיב ברמה המקצועית - מחדלים כגון אי תפיסת היומן והשיהוי בהוצאת הפלטים וביצוע האיכון, כמו גם אי-הדיוקים שהוצגו בפני בית המשפט, והאופן בו הם

השפיעו על המשיב. לחוויית המעצר יש להוסיף - בנפרד ובמצטבר - את גילויי האלימות והניסיון להכריח את המשיב לאונן בפני חוקריו.

מסקנתי זו עומדת בתוך בין הגישות האפשריות לתיק זה. מחד גיסא, אינני סבור שיש קשר סיבתי מלא בין התרשלות המשטרה לבין כל מעצרו של המשיב. מאידך גיסא, אינני סבור שלא הוכח כלל קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין המעצר. אף אינני סבור כי הוכח שהמשיב אולץ לאונן בפני חוקריו, הגם שהוכח לדעתי שהוא נדרש לעשות כן. דעתי היא כי חווית המעצר הקשה שעבר המשיב, ולא רק עצם השתתפות במעצר, היא גורם נזקים הנפשיים שנגרמו לו.

לנוכח מסקנה זו, דעתי היא שיש להעמיד את שיעור הפיצוי של המשיב על 1,200,000 ₪. סכום זה משקף, מצד אחד, את הנזק שנגרם למשיב בגין התנהלות המשטרה וחווית המעצר הקשה שעברה עליו והותירה בו נזק נפשי, ומצד שני את המסקנה לפיה לא כל תקופת מעצרו של המשיב נגרמה בשל התנהלות זו. מסקנה זו, יחד עם הקביעה לפיה בפועל המשיב לא אונן בפני חוקריו, משליכה על סכום הפיצוי בגין הכאב והסבל. לצד זאת, יש להעניק פיצוי בגין האלימות והדרישה שהמשיב יאונן בפני חוקריו. יוער כי שיעור הנזק הממוני לא היה נושא למחלוקת בין הצדדים. הפיצוי הכולל שנקבע יחול מהמועד שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי. כמו כן מקובל עלי שיעור שכ"ט בסך 20%, בצירוף מע"מ כחוק, בתוספת ההוצאות האחרות שנקבעו.

אחר הדברים האלה

21. לאחר כתיבת חוות דעתי התייחס חברי השופט עמית למספר נקודות השנויות במחלוקת בינינו. הגם שנדמה שיש בכתוב לעיל מענה, מצאתי לנכון - לשם חידוד הדברים - להבהיר את עמדתי ביחס לנקודות שהועלו על ידו.

א. בין בקשת המשיב לפיצוי לפי סעיף 80 לבין תביעתו הנזיקית - חברי ציין ש"יש מן האנומליה" בתוצאה המשולבת של דחיית בקשה לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין יחד עם קבלת התביעה הנזיקית. יצוין, בהקשר זה, היבט דיוני לפיו הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין הפיצוי לפי סעיף 80 לא נידון ולמעשה אוחד עם תביעת הנזיקין. זאת על פי החלטת בית משפט זה. תוצאת הבקשה לפיצוי לפי סעיף 80 איננה הכרעה חלוטה במקרה דנא, ואין להקל ראש בזכות הערעור גם על החלטה מעין זו. לכך יש להוסיף כי, מטבע הדברים, תביעה נזיקית כוללת מסלול של שמיעת



ראיות, מה שאין כן בבקשת פיצוי לפי חוק העונשין. לכן קיימת האפשרות להרחבת הצגת התמונה העובדתית על כל גווניה. כפי שנקבע בעניין יוֹסֵף:

“לנוכח מתכונתו המיוחדת והמקוצרת של ההליך אין כל יסוד לומר כי די בקיומו של הליך לפי סעיף 80 כדי להקים השתק פלוגתא ביחס לטענות שהועלו והוכרעו במסגרתו... קיום הליך לפי סעיף 80 לחוק העונשין איננו מעמיד לרשות הנאשם את ההזדמנות הראויה - המועמדת לרשותו בהליך של תובענה אזרחית - לבירור שלם ומקיף של זכאותו לפיצויים בגין הנזקים שנגרמו לו עקב האשמתו ומעצרו”.

ב. פלטי השיחות - הבדיקה בדבר השפעת מחדלי החקירה על המשך מעצרו של המשיב תיעשה - ככל בדיקת קיומה של רשלנות - בזמן אמת, ולא בחוכמה שלאחר מעשה. חברי מדגיש את גרסת האליבי שמסר המשיב באותה עת, אשר התבררה כלא נכונה. לכך ניתן להשיב, אף תוך התעלמות מכך שהמשיב התקשה לדעת מה עשה בזמן הרלבנטי (גם בשל מחדל חקירה נוסף בדמות אי-הצגת היומן), כדלקמן: בכל מקרה, המשטרה - ובצדק - איננה נוהגת לקבל אליבי של נאשם בגדר “כזה ראה וקדש”. קבלת מידע נוסף גוררת פעולות חקירה נוספות, לרבות חקירת הנאשם. השאלה הרלבנטית לבחינת מחדלי החקירה בזמן אמת איננה האם המשיב מסר פרט אליבי נכון בכל שלב, אלא הכיצד - אם בכלל - היו משפיעות פעולות שלא נעשו על החקירה ומסקנותיה. בדיקת פלט השיחות הייתה מראה על שיחה שיצאה ביום האונס בשעה 17:23 מבית המשיב לבית החניך. פרט מידע זה, שהיה בידי המשטרה ככל הנראה כבר ביום 20.7.1999 - קרי: בזמן אמת - לא התיישב עם גרסת המשיב (לפיה הוא היה אצל החניך באותה עת), ואף לא עם תמונת העולם שבנתה המשטרה עצמה. הרי על פי הקו שהיא הציגה באותה עת, המשיב שהה בבית החניך כבר מהשעה 15:30. מכאן נוצר הכורח לעמת בין ההשקפה שהשתרשה אצל המשטרה לבין הפרט החרוג, עימות שנעשה רק בשלב מאוחר בהרבה עם תפיסת פלטי הסלולר ואיכון המכשיר. העדר הבדיקה בשלב מוקדם יותר מנע מהמשטרה את האפשרות לבחון היכן היה המשיב בשעות הרלבנטיות - האם אצל החניך או בסמוך למקום האונס. באשר לסלולארי - כפי שהדגשתי, ברגע שבו נעצר המשיב הוא מסר את מספר הסלולארי הרלבנטי בתור המכשיר שבו הוא עושה שימוש.

ג. היומן - לצורך הדיון מוכן הייתי לצמצם את הקביעה של בית המשפט המחוזי, ולהסתפק בכך שהאם התחננה בפני השוטרים שייקחו את היומן. לכך יש לצרף את

העובדה שהמשיב הזכיר את עניין היומן כבר ביום 18.7.1999, ובנוסף הדגיש מספר רב של פעמים שהוא מתקשה לזכור מה אירע ביום האונס (שהתרחש שלושה חודשים קודם למעצר). צירוף כל הפרטים מבהיר מדוע נדרש היה מהמטרה לקבל את היומן מידי האם ולהציגו בפני המשיב. כאמור, באותו עמוד יומן של יום האונס - חמישה ימים קודם לאירוע - כתוב: "אבא - מה קורה לגבי חוב פלאפון / שכ"ד". משפט זה ברור ומדבר בעד עצמו. כפי שצינתי, המשבצת באותו יום כללה ארבע שורות בלבד. ברוב הימים בדף אין רישום, או רישום של שורה או שתיים. המשיב יודע שהוא איננו אשם בעבירה המיוחסת לו. במצב זה ודאי היה מסתכל על היומן שוב ושוב, כדי למצוא מידע שהיה יכול ללמד על מקום הימצאותו ביום האירוע. יש קו על המילה "שכ"ד", שאף מלמד לכאורה על כך שהפעולה בוצעה. מהחומר עולה שהאב שכר דירה אחת, והמצב בו שילם הבן עבורו היה בגדר אירוע חד-פעמי. יעידו על כך דברי בעל הפנסיון, שמיד הזכיר את העניין כאשר נחקר על ידי המשטרה והסביר זאת בנדירות המאורע. אף אם המשיב לא היה נזכר באופן ודאי ששילם לבעל הפנסיון ביום האונס ממש, יש היגיון רב בסברה שהוא היה לכל הפחות מפנה את החוקרים לאפיק חקירה חדש - איתור בעל הפנסיון. ויוזכר שוב: כיוון זה הביא בסופו של דבר לשחרור המשיב. מסתבר, אפוא, שהצגת היומן בפני המשיב הייתה מזרזת את קצב התפתחות החקירה עד לשחרור המשיב (להעתק סרוק של דף היומן - ראו פסקה 86 לחוות דעתו של השופט עמית).

ד. נזק ראייתי - חברי העלה את החשש שמא העתקת השימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי המובנה אל מחדלי חקירה בפלילים תביא לזיכוי-יתר בלתי מוצדק של נאשמים. למעשה הוצגה הסתייגות כפולה: הן מנזק ראייתי מובנה והן מפני שימוש בנזק ראייתי ביחס למחדלי חקירה במשפט הפלילי.

לדעתי, אין לבטל את השימוש בכלי משפטי המעוגן ומושרש בפסיקה - ושמביא לתוצאה צודקת במקרה קונקרטי - אך בשל הדאגה שמא ייעשה בו שימוש לא-ראוי במקרה אחר.

נזק ראייתי מובנה הוא מצב בו הנזק הראייתי מהווה תוצאה של אותו מעשה רשלנות שהביא לגרימת הנזק הישיר. כפי שצוין, הפסיקה הכירה בנזק ראייתי מסוג זה (למשל עניין מאיר; עניין בושווין; עניין מימוני (בפסקה 113 לחוות דעתו של השופט עמית כאן); ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כץ (14.1.2009); ע"א 2886/05 אשכנזי נ' קופת חולים כללית (8.11.2010)). יוזכר כי השימוש בנזק ראייתי מובנה או לא

מובנה איננו מוביל לקביעת האחריות אלא להעברת הנטל בלבד. כפי שאין לשלול את השימוש בכלל של "הדבר מעיד על עצמו" (סעיף 41 לפקודת הנזיקין) בטענה שהוא עלול להביא לקביעת חבות יתר, כך אין לשלול מצבים אחרים של העברת הנטל כגון נזק ראייתי (לדוגמא של דחיית תביעה של רשלנות רפואית חרף קיומו של נזק ראייתי ראו פסק הדין שנכתב על ידי בע"א 2342/09 ג'ובראן נ' שירותי בריאות כללית (6.4.2011)).

באשר לשימוש האפשרי במשפט הפלילי בנזק ראייתי שנגרם כתוצאה ממחדלי חקירה, יוזכר כי ממילא הנטל מונח על כתפי התביעה ברמה של מעבר לכל ספק סביר. כדוגמה לכך נבחן מקרה שבו ראובן מואשם בפריצה. התביעה הביאה ראיות המוכיחות מעל לכל ספק סביר שראובן הוא הפורץ, אך המשטרה התרשלה בכך שלא בדקה טביעות אצבע בזירת הפריצה. נטען על ידי ההגנה שאילו היו נבדקות טביעות האצבע – היה מתגלה שהן שייכות לשמעון, ולא לראובן. התשובה לכך היא שעל פי דוקטרינת הנזק הראייתי, נטל הראייה עובר אל התביעה. ברם ייתכן והתביעה עמדה בנטל והדפה את הטענה. לאמור: די בראיות האחרות שגייסה התביעה, שכאמור מוכיחות מעל לספק סביר שראובן הוא הפורץ, כדי להוכיח שאילו היו נבדקות טביעות האצבע היו מתגלות טביעות אצבעותיו של ראובן, או אף שהימצאות טביעת אצבע אחרת לא הייתה סותרת באופן סביר מסקנה זו. כפי שנקבע בעניין סולימאן:

"הלכה היא כי מחדלי חקירה אין בהם כשלעצמם כדי להביא לזיכוי של נאשם, אם חרף מחדלי החקירה הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו (ראו למשל: ע"פ 6040/05 אלנבארי נ' מדינת ישראל (9.8.2006); רע"פ 2132/11 ארז נ' מדינת ישראל (20.3.2011))" (ע"פ 8447/11 סולימאן נ' מדינת ישראל (24.9.2012)).

וכך גם בעניין חזיזה:

"יש לבחון בעת בדיקה של טענה בדבר מחדלי חקירה את השאלה האם המחדלים הנטענים הם חמורים במידה המעוררת חשש שהגנת הנאשם קופחה כיוון שהתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו. בדיקה זו נעשית תוך שקלול המחדלים הנטענים על רקע התשתית הראייתית שהונחה לפני בית המשפט" (ע"פ 8902/11 חזיזה נ' מדינת ישראל (15.11.2012)).

ואסכם את דינאמיות העניין ומורכבותו בדברים שכתבתי במקום אחר:

"לא כל הימנעות מחקירה לה טוענת הסניגוריה הינה "מחדל חקירה", ולא כל מחדל חקירה גורם בהכרח ל"נזק ראייתי". לא כל נזק ראייתי ולא כל מחדל בחקירה מובילים לזיכוי. נפקותו של המחדל תלויה בנסיבות המקרה הקונקרטי, ובפרט בשאלה האם עסקינן במחדל כה חמור, עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של המערער בעניינו באופן שיתקשה להתמודד עם חומר הראיות המפליל אותו או להוכיח את גרסתו שלו. על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה משקל יש לתת למחדל, לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות" (ע"פ 8529/11 אטקישייב נ' מדינת ישראל (24.5.2012); ראו גם ע"פ 2404/09 אלחמידי נ' מדינת ישראל (1.9.2009); ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל (23.6.2010)).

ה. אוננות - טענת השיהוי, כנימוק מרכזי לדחיית גרסת המשיב בנקודה זו, איננה מספקת לדעתי בנסיבות המקרה. פעמים רבות מצינו שנפגע בהקשר המיני כובש את עדותו (ראו למשל ע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684 (1999), ועוד רבים). כפיית אדם לאונן, או ניסיון של אנשי מרות לכפות נחקר לאונן במסגרת חקירה משטרתית, נופלים בגדר חוויה קשה כזו. אף הפער בין גרסאות המשיב נלקח בחשבון, תוך שמוכן אני לקבל את הגרסה המצומצמת יותר לפיה המשיב לא אונן בפועל אלא "רק" הופעל עליו לחץ משפיל לאונן. ומעל לכל יש לזכור את דרך התנהלות המשפט: המשיב העלה את גרסתו בנושא, חקר את השוטר הרלבנטי (אשר הותר רושם שלילי ביותר על בית המשפט), ואילו ההגנה מצידה לא חקרה את המשיב כלל בסוגיית האוננות.

1. חווית המעצר כראש נזק נפרד – חברי ציין כי ההבחנה בין מעצר לחוויית המעצר היא "נכונה כשלעצמה", אך לגישתו אין לראותה כראש נזק שעומד בפני עצמו אלא כחלק מהנזק הלא ממוני. לטעמי, כפי שניתן לייחד נזק ממוני בנבדל מנזק לא ממוני, אך עדיין להכיר בראשי נזק שונים תחת המטרייה של נזק ממוני, כך יאה לגשת לסוגיית הנזק הלא ממוני. חלוקה עיונית כזו תתרום, להשקפתי, לכך שהניזוק יקבל את הפיצוי המגיע לו בניסיון הנזיקי להשיב את המצב לקדמותו (וראו דעת הרוב בעניין בן ציון). מעבר לכך, במקרה הקונקרטי – וכפי שעולה מחוות דעת המומחה מטעם בית

המשפט – חוות המעצר אף הייתה אחד מהגורמים לנזק הממוני בדמות 10% נכות נפשית.

ז. גובה הפיצוי המוצע – חברי העיר כי אין זה מקובל שתובע יזכה בסכום נכבד של 1.2 מיליון ₪ עבור נכות נפשית בדרגה של 10%. יצוין כי הנזק הממוני בתיק זה עומד על כ-700 אלף ₪. המדינה לא חלקה על שיעור זה, אלא התמקדה בסוגיית החבות. חברי הציע פיצוי בסך 200,000 ₪ בגין האיזמים והאלימות שהופנו כנגד המשיב במהלך החקירה. אם בנוסף לסכומים אלו נכון להעניק פיצוי בגין חווית המעצר, תקופת המעצר בחלקה, ועניין האוננות – נראה כי המחלוקת ביני לבין חברי ביחס לשיעור הנזק איננה ממשית. עיקר ההבדל הוא בשאלת החבות.

22. טרם סיום, לא ניתן אלא להצטרף על כך שהתנהלות החקירה מבטאת כישלון מערכתי. כישלון שהמשיב שילם את המחיר בגינו. מקובלים עלי דברי חברתי, השופטת ע' ארבל, באשר למשוכות ולקשיים אשר מלווים חקירה משטרתית של אונס קטינה. בניגוד לבתי המשפט, ולעורכי הדין העוסקים בפלילים, החוקר מקבל תיק ריק אותו עליו למלא בחומר. תפקיד זה דורש מקצועיות, מיומנות ויושרה. דרישות אלו אינן מתחרות זו בזו, אלא משלימות אחת את רעותה. ככל שיש חסר באחד מן המרכיבים, כך יהא חסר ביתר המרכיבים. בית המשפט המחוזי נחשף לתמונה קשה, ואף ייחס לחוקרים כוונה תחילה לביצוע המחדלים. לטעמי האשמה זו - כוונה, ולא רשלנות - על ההיקף שבו היא הוצגה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לא הוכחה, ובאופן מפתיע היא איננה כה מכרעת כפי שנראה ממבט ראשון. אבהיר: הניסיון המשפטי מלמד שמקרה כדוגמת זה שלפנינו הוא בגדר חריג. ניתן גם להניח שהחוקרים רצו לפענח את הפשע, דהיינו: לגלות את זהות האנס. כאן טמונה המלכודת. מוטיבציה, יוזמה וחתימה למטרה - עשויות להיות תכונות טובות גם לשוטר. ברם, בסוג המלאכה בה הוא עוסק - טשטוש הגבולות עלול להרחיק את החוקר מהמטרה, ולהביא לתוצאה הפוכה. תוצאה שלא רק שאיננה תופסת את מבצע העבירה, אלא אף יוצרת קורבן חדש מסוג אחר.

בפרשת שופטים נאמר: "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ). חכמינו התמודדו עם השאלה מה טעם בכפילות המונח "צדק". התשובה שניתנה היא שאת התוצאה של הצדק יש להשיג בדרכי צדק: "צדק - בצדק תרדוף: רק באמצעים כשרים אתה רשאי לפעול בעד הצדק" (הרב מאיר צבי הערצקא, עטרת צבי, לפרשת שופטים). והמעניין הוא, שפסוקים מספר לפני כן כתוב: "שופטים ושוטרים תיתן לך בכל שעריך" (שם, יח). כפי שהשופט חייב להשיג את הצדק בדרכי צדק, כך גם השוטר. השוטר מופיע

לראשונה בתורה לא במסגרת הנורמטיבית שהובאה, אלא בדמות השוטר שהיה אחראי על היהודים בהיותם עבדים במצרים. הרב שמשון רפאל הירש (הרש"ר הירש) מסביר כי "השופט משמיע את תביעת החוק, והשוטר כופה את ביצועה. ומכאן 'שטר' - מכשיר" (פירושו לחומש שמות, פרק ה, פסוק ו). השוטר הוא יד הביצוע של החוק, מעין מכשיר ואמצעי. בתור שכזה, כמובן שעליו לבצע את עבודתו תוך הקפדה על יושר.

23. סוף דבר, לו תישמע דעתי, פסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל. המשיב יהיה זכאי לפיצוי בסכום של 1,200,000 ₪ בתוספת שכר טרחת עו"ד בשיעור של 20% בתוספת מע"מ כחוק, וההוצאות כפי שנקבעו בבית המשפט המחוזי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית והשופטת ע' ארבל,  
וכנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ' בכסלו התשע"ג (4.12.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט