



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10100/07

ע"פ 10228/07

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' אלון

המערערת ב-ע"פ 10100/07
והמשיבה ב-ע"פ 10228/07 : מדינת ישראל

נגד

המשיב ב-ע"פ 10100/07
והמערער ב-ע"פ 10228/07 : פריד שחאדה

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה ביום 17.10.07 ב-תפ"ח 3045/06 ע"י השופטים: א' שיף (אב"ד), י' עמית וח' הורוביץ

תאריך הישיבה: י' באדר ב התשס"ח (17.03.08)

בשם המערערת
ב-ע"פ 10100/07
והמשיבה ב-ע"פ 10228/07 : עו"ד ענת חולתא

בשם המשיב ב-ע"פ 10100/07
והמערער ב-ע"פ 10228/07 : עו"ד אביגדור פלדמן

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטים א' שיף (אב"ד), י' עמית, ח' הורוביץ) הרשיע ברוב דעות את הפסיכולוג פריד שחאדה, המערער ב-ע"פ 10228/07 (להלן: המערער) בביצוע מעשים מגונים בקטין שבו טיפל (עבירות לפי סעיף 348(ב))

לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), בנסיבות סעיף 345(ב)(1) לחוק). בדעת הרוב החזיקו כב' השופטים שיף והורוביץ, ודעת המיעוט נכתבה ע"י כב' השופט עמית, אשר סבר כי יש לזכות את המערער מן המעשים המיוחסים לו, מחמת הספק. בית המשפט הנכבד הטיל על המערער עונש מאסר בפועל של שנת מאסר אחת וכן מאסר על תנאי. המערער משיג על הכרעת הדין ולחילופין על חומרת העונש. המדינה (המערערת ב-ע"פ 10100/07) משיגה על קולת העונש שהושת על המערער.

יצוין כי ביצוע עונשו של המערער עוכב עד להכרעה בערעורים.

רקע הדברים הכרוך בתיק – יובא להלן.

כתב האישום, ההליך בבית המשפט המחוזי, השתלשלות העניינים שהובילה לאישום וגרסת המערער

2. בהתאם למפורט בכתב האישום שהוגש לבית המשפט המחוזי, המערער עבד כמנהל השירות הפסיכולוגי במועצה מקומית מסוימת, ושימש כפסיכולוג בבית הספר שבו למד המתלונן, יליד שנת 1995.

3. העבירה הראשונה שיוחסה למערער היא זו: בסוף שנת 2003 זימן המערער את המתלונן למשרד השירות הפסיכולוגי לצורך עריכת אבחון. על פי הנטען, המתלונן הגיע למשרד עם אמו. משעזבה האם את המקום, נעל המערער את דלת המשרד, הושיב את המתלונן על ברכיו, הצמיד את איבר מינו לישבנו של המתלונן, תחב את ידו לתחתוני המתלונן, אחז באיבר מינו של המתלונן, ושם את ידו על ישבנו של המתלונן. כן השכיב המערער את המתלונן כשבטנו על הרצפה ונשכב מעליו, כשאיבר מינו צמוד לישבנו של המתלונן.

העבירה השנייה המיוחסת למערער היא זו: במהלך שנת 2004, קרא המערער למתלונן ולאחותו (ילידת 1996) ולקחם לספריית בית הספר. לאחר זמן שילח המערער את האחות לכיתתה, נעל את דלת הספרייה, וביצע שוב במתלונן מעשים דומים לאלו שיוחסו לו בעבירה הראשונה.

כן יוחסו למערער מספר עבירות נוספות, כולן במהלך שנת 2004, שהמשותף לכולן הוא שהמערער נטל את המתלונן מן הכיתה למקומות שונים בבית הספר, נעל את הדלת באותו מקום, וביצע במתלונן אותם מעשים שיוחסו למערער בעבירה הראשונה.

עבירה אחרונה המיוחסת למערער היא זו: במהלך שנת 2004 הוא קרא למתלונן מכירתו, הביאו לחדר הרופא בבית הספר, נעל את הדלת והושיב את המתלונן על ברכיו. הפעם שחרר המערער את חגורתו של המתלונן וניסה להוריד את מכנסיו, אך המתלונן קם במהירות, ואז פתח המערער לעצמו כפתור במכנסיו ואת רוכסן מכנסיו, הושיב שוב את המתלונן על ברכיו וביצע בו את סדרת המעשים המיוחסים לו ביתר העבירות. לאחר מכן הציע המערער למתלונן לקלחו במשרדו (המצוי מחוץ לשטח בית הספר), אך המתלונן סירב והמערער הורה לו לחזור לכיתתו.

במהלך המקרים המתוארים לעיל, כך נטען בכתב האישום, אמר המערער למתלונן כי הוא אוהב אותו ומתגעגע אליו.

4. בבסיס כתב האישום עמדה תלונתו של המתלונן, שהיה כבן 8 שנים וחצי עד 9 שנים וחצי בזמן המעשים, שיוחסו למערער. מעדויות התביעה עלה כי המתלונן הוא בן למשפחה מרובת ילדים מחתך סוציו-אקונומי נמוך, שגדל בתנאים קשים. לדברי אמו של המתלונן, בעלה שהה בכלא קודם ללידת המתלונן, ולאחר שהשתחרר הוא עבד בעבודות מזדמנות. המתלונן נאלץ לחזור על לימודיו בכיתה א'. בכיתה ג', שגם בה התקשה בלימודיו, נשלח המתלונן למערער-הפסיכולוג לצורך אבחון, יחד עם אחותו, הקטנה ממנו בשנה, ומאז, כך נטען, החלה סדרת המפגשים בהם עשה המערער מעשים מגונים במתלונן, כמתואר בכתב האישום.

תלונתו המפורטת הראשונה של המתלונן נמסרה לאביו בסוף חודש נובמבר 2004. המתלונן אמר לאביו שאינו רוצה ללכת לבית הספר בגלל המערער. האב החל לחקור את המתלונן מה בדיוק נעשה בו, וזימן את אימו של המתלונן שתשמע אף היא. לאחר מכן מסר המתלונן את גרסתו לשניים מאחיו שהם נערים בוגרים ולפקיד הסעד ולמנהל מחלקת החינוך במועצה המקומית. בחלוף כחודש ממועד תלונתו הראשונה – נחקר המתלונן אף בידי חוקר ילדים (חקירה שצולמה ותומללה).

5. חוקר הילדים העיד ראשון בבית המשפט, ומסר את הערכתו לפיה המתלונן מספר דברים כהווייתם. אחריו העידו הוריו של המתלונן, ומספר מורים מבית ספרו של המתלונן. כמעט אחרון העיד המתלונן עצמו (מספר ימים לאחר יום הולדתו ה-12), והוא חזר על הסיפור אותו גולל בפני חוקר הילדים.

6. בין יתר הראיות הוצגו: צילום חקירתו של המתלונן בפני חוקר הילדים, תמלילה של אותה חקירה, ותיקם האישי של המתלונן ושל אחותו, אשר היו במשרדיו של המערער, ואשר הכילו מבחנים שונים אותם ערך המערער לשניים.

7. בנוסף הוגשה כראיה הודעתו של המערער במשטרה (ת/4), ששימשה כראיה מרכזית בהרשעה, לשיטת הרוב. החקירה בוצעה לאחר שהוסבר למערער כי הוא חשוד בביצוע מעשים מגונים במתלונן, אך בלא שנמסר למערער (כפי שיש לעשות לגישתו) כי הוא רשאי להיוועץ בעורך דין. בראשית חקירתו אמר המערער כך:

"כל העניין הזה מפתיע אותי. אין לי מניעים מיניים ולא היו לי מניעים מיניים. הייתה תגובה פיזית עם הילד ונתתי לו לשבת על הברך שלי כמו לבן שלי אחרי ששאלתי אותו אם הוא רוצה. כנראה התערבבה אצלי המקצועיות עם הרצון שלי לתת לו אהבה מאחר והאם סיפרה שהיה חסר לו אבא בבית הרבה שנים" (ת/4, ש' 4-1).

לקראת סוף חקירתו הקצרה הוסיף המערער כדלקמן:

"בחלק השני של האבחון וזה היה בערך באוקטובר 2003 במשרדי השירות הפסיכולוגי, אמרתי שהראה לי פוזה מסוימת שהיה על הברכיים והראש על הריצפה ואז השתמש במילה הזאת טאב. ואני התכופפתי עם הברכיים שלי כשהוא היה על ברכיים שלו בריצפה ואני התכופפתי אחוריו וקמתי מייד. אני לא נגעתי בו, קיבלתי איזה קריזה כזאת ואמרתי לו סליחה ולא הייתי צריך לעשות את זה. העובדה שהתכופפתי אחוריו זה פוגע בי אישית כל הסיטואציה הזאת. הניסיון שלי לעזור לו בזה כנראה כיוון לא היה נכון" (ת/4 ש' 81-85).

מעט לפני דברים אלה תיאר המערער את המפגש האחרון עם המתלונן, בסוף

שנת 2004, כדלקמן:

"כשנכנסנו לחדר שאלתי אותו עם [צ"ל: אם – ח"מ] הוא רוצה לשבת על הרגל שלי? וענה שלא. ... ושאלתי אותו אם יש מישהו שעושה לו ככה כמו שסיפר לי ששכב עליו, טאב פייה המילה שהשתמש בה. אמר לא, רק אתה עשית לי את זה. וחזרתי ואמרתי שזה לא היה בסדר, מה שהיה בשירות הפסיכולוגי שלא הייתי צריך להתקרב אליו. ... לא להתקרב לפוזה שלו מה שהוא הראה לי בשירות הפסיכולוגי, הכוונה לפוזה שעשה ירד על

הברכיים ושם הראש ברציפה [צ"ל: ריצפה – ח"ח] ואמר
שנגעו בו. ולא אמר לי מי נגע בו" (ת/ש' 4-68-76).

כאמור, דברים אלה ופרשנותם עמדו בבסיס הרשעתו של המערער על ידי
שופטי הרוב.

8. המערער כפר בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. הוא אישר כי היו לו פגישות
עם המתלונן במהלך עבודתו הסדירה כפסיכולוג, אך הכחיש את הטענה כי ביצע
במתלונן מעשים מגונים במהלך פגישות אלה. הגירסה שהציג בבית המשפט הנכבד
קמא, שעיקרה סוכם על-ידי שופט המיעוט, תיארה תרחיש אחר:

המערער היה כבן 43 בעת ביצוע המעשים המיוחסים לו, נשוי ואב לשני ילדים.
הוא רכש תארים בתיאולוגיה ובפסיכולוגיה בעת שהותו בארה"ב, הוא בעל רשיון
לעסוק בפסיכולוגיה מאז שנת 1995 ורשום כמומחה בפסיכולוגיה חינוכית מאז שנת
2001. לדבריו, במהלך השנים עבד עם מאות ילדים ונערים כמנהל השירות הפסיכולוגי
במספר יישובים, כפסיכולוג במחלקת ילדים ונוער בבי"ח הסקוטי-אנגלי, וכמתנדב
במספר מקומות. המערער הדגיש כי איש מהם לא התלונן עליו, גם לאחר פרסום שמו
של המערער ברבים בעקבות הגשת כתב האישום.

המערער אישר כי היה לו יחס חם ומיוחד כלפי המתלונן, אך בשום אופן לא
כזה הקשור במשיכה מינית כלשהי כלפיו, כי אם יחס של חיבה ורצון לעזור למתלונן,
בפרט על רקע מצבו הסוציו-אקונומי הקשה וקשייו המרובים בבית הספר. המערער
ציין כי הוא ניסה לעזור גם לאחותו של המתלונן להשלים את לימודיה, ואף הזמין את
אביו של המתלונן (שלידיעת המערער שהה בעבר בכלא זמן ממושך) לבצע עבודה
קבלנית בביתו של המערער, וזאת על מנת לסייע לאחרון להשיג פרנסה לעצמו.

בהתייחס לטענה לפיה המערער ניצל את המפגשים עם המתלונן לשם ביצוע
מעשים מגונים בו, טען המערער כי כל מגע פיזי שיש לו עם הילדים המטופלים על ידו
ככלל ועם המתלונן בפרט, הוא רק על רקע הטיפול הפסיכולוגי, נועד לסייע ולתמוך
במטופל, ונעדר כל הקשר מיני. המערער טען כי בגדרה של השיטה הטיפולית שהוא
דוגל בה ("ביבליותרפיה" – טיפול בקריאה), הוא אכן מציע לילד המטופל לשבת
בקרביתו ואף על ברכיו אגב קריאה משותפת, אך דבר זה נועד, לדברי המערער, לסייע
לילד במצבים של חרדה, או של דימוי עצמי נמוך. המערער הפנה בהקשר זה לדו"ח
שנערך לבקשת המשטרה על מטופל אחר שלו (דו"ח שצורף כראיה מטעם המדינה

דווקא – ת/10), בגדרו אישר המטופל (ילד בכיתה ה') כי היה יושב על רגלו של המערער, והמערער אף היה מלטף את ראשו, בלא שהילד יחוש בהתנהגות חריגה, או בלתי רצויה מצד המערער. בהקשר זה, ובהתייחסו לאמרה בענין "התגובה הפיזית" שהזכיר המערער בראשית חקירתו במשטרה ואשר בה התמקדה באת-כוח המדינה, טען המערער כי כוונתו היתה שהמגע הפיזי בינו לבין המתלונן היה בעצם הישיבה על הברך, ולא שאותה ישיבה על הברך גרמה לו לעוררות מינית כלשהי, כפי שביקשה המדינה לטעון. המערער הדגיש כי הוא רגיל לחשוב בערבית (שפת אמו) ובאנגלית (שפת לימודיו), ועל רקע זה אין לפרש כמפלילות את אמרותיו השונות, שנאמרו בערבית, בלהט החקירה במשטרה ובנסותו להתמודד – ללא הכנה וללא הדרכת עורך דין – עם ההאשמות הקשות שהוטחו בו.

כן התמקד המערער בעדותו בבית המשפט בנושא מרכזי, שעלה כבר בחקירתו במשטרה, והוא – סיפור ה"טאב". לטענת המערער, במסגרת הפגישה הראשונה במשרדי השירות הפסיכולוגי, התקשה המתלונן במבחן שעשה, והמערער ניסה לדובב אותו על מנת לסייע לו להיפתח. המתלונן אמר אז למערער כי מישהו ביצע בו "טאב". מונח זה לא היה נהיר למערער כמונח בעל הקשר מיני (שכן משמעותו המילולית של הביטוי "טאב" היא – "נפל על"; ולמערער אף היה הביטוי מוכר מילדותו כ"שים את הראש על השולחן ושב בשקט"). בליבו של המערער התעורר חשד, שמא המדובר באירוע מיני שהמתלונן היה קורבן לו. לפיכך הוא ניסה לברר עם המתלונן-הקטין למה הוא מתכוון כשהוא אומר שעשו לו "טאב", דהיינו הוא רצה לבדוק אם מדובר במשחק כלשהו שהקטין היה מעורב בו, או במעשה בעל גוון מיני. מאחר שהקטין היה בעל יכולת מילולית מוגבלת, המערער ביקש ממנו להדגים בפניו מה קרה. הקטין כרע על ברכיו על הרצפה ואז כרע המערער אף הוא, על ברך אחת, מאחורי המערער (במרחק של כ-20 ס"מ, כפי שהדגים בבית המשפט). או-אז, חש המערער כי הוא מצוי בעמדה בלתי ראויה, וכי בכך חצה אולי איזה גבול מקצועי, ולכן קם מיד, התנצל בפני המתלונן ואמר שלא היה צריך לנהוג כך. לשיטת המערער, תגובתו היתה למעשה תגובת-יתר, שהרי לא עשה דבר למתלונן, אלא שדוקא בגלל התנצלותו בפני המתלונן-הקטין, ייתכן שזה קלט בחושיו שהמערער עשה דבר-מה שאינו ראוי. על רקע זה, כאשר בפגישה האחרונה בין השניים ניסה המערער שוב לדובב את המתלונן לגבי סיפור ה"טאב", הטיח בו המתלונן: "רק אתה עשית לי את זה". המערער אמר בבית המשפט כי: "אני מודה שעשיתי טעות מקצועית להדגים את זה, אבל זה לא נותן את הזכות להרוס לי את החיים" (עמ' 136 ש' 18).

המערער הוסיף, בהתייחסו לאירוע האחרון שיוחס לו בכתב האישום, כי לא עשה דבר מן הנטען שם. לדבריו, המתלונן הראה לו באחד המפגשים בגדים חדשים שקיבל, והמערער שמח בשמחתו, נגע בחגורתו של המתלונן ואמר לו שבגדיו החדשים יפים – הא ותו לא.

9. מטעם המערער העידו: הוא עצמו, סגן מנהל בית הספר בו למד המתלונן, ושלושה בגירים, אשר טופלו על-ידי המערער עת היו קטינים.

הכרעת הדין

10. המותב הנכבד נחלק, כאמור, בהכרעת הדין בשאלת אשמתו של המערער. כב' השופטת ח' הורוביץ, שלחוות דעתה הצטרף כב' השופט א' שיף (אב"ד), מצאה כי יש להרשיע את המערער בכל העבירות שיוחסו לו. כב' השופט י' עמית, מנגד, סבר כי יש לזכות את המערער, מחמת הספק. להלן אסקור את תמצית ממצאיהם ומסקנותיהם, תוך שעניינים הדורשים יתר פירוט ייבחנו במסגרת הדיון בערעורים לגופם. חוות הדעת השונות ייסקרו כסדרן בהכרעת הדין.

חוות דעתה של כב' השופטת ח' הורוביץ

11. בראשית חוות דעתה המקיפה, סקרה כב' השופטת הורוביץ בפירוט את עדותו של חוקר הילדים, אשר גבה את עדותו של המערער, ומצא על יסוד מגוון של סימנים, אותם מנה, כי עדותו של המתלונן בפניו היתה מהימנה. השופטת הורוביץ קבעה כי חוקר הילדים הותיר רושם של חוקר מקצועי ובקיא, וקבעה כי מסקנותיו של החוקר מקובלות עליה.

12. באשר לעדותו של המתלונן קבעה השופטת הורוביץ כי התרשמה שהלה סיפר דברים שאכן חווה. סיפורו של המתלונן סופר (בתמציתיות) להוריו, לשניים מאחיו ולשני אנשים נוספים, ולחוקר הילדים (בפרוטרוט), ונמצא עקבי. מעדותו, כך התרשמה השופטת הורוביץ, עולה כיצד המערער: "באופן שיטתי, אך הדרגתי, תוך גילויי חיבה מיוחדת למתלונן, ביצע בו מעשים מגונים, כמתואר בכתב האישום" (עמ' 6 לחוות דעתה). המתלונן, כך נקבע, הוא חסר תחכום ומניפולטיביות, השתדל לדייק בדבריו, להשיב בכנות ולא להגזים, וכאשר לא זכר אירועים כלשהם (שכן עדותו ניתנה מספר שנים לאחר המעשים הנטענים) – הוא הודה בכך. עוד נקבע כי יש לראות בחיוב את נכונות המתלונן להכיר במגרעותיו: כי הוא איחר תדיר לבית הספר, כי המנהל תפס

אותו פעמים רבות מחוץ לכיתה, כי הוא קילל את המורה א', וכי הוא מכה ילדים אחרים, שכן "אני אומר שמי שפוגע בי – אני מחזיר" (עמ' 92, ש' 27-28 לפרוטוקול).

13. השופטת הורוביץ מצאה עוד כי בלתי סביר שילד בן עשר ימציא ממוחו הקודח את המעשים החמורים המיוחסים למערער מחד גיסא, תוך תיאורם באופן מינורי, מאידך גיסא. היא דחתה את המניע האפשרי, שהוצע על-ידי בא-כוח המערער, לפיו תחילת השתלשלות הפרשה בדבר שקר של המתלונן על המערער (ועל מורתו א', שלטענתו סטרה לו) והכל בניסיון להתחמק מללכת לבית הספר. היא אף התרשמה מכך שהמתלונן אמר מספר פעמים למפקפקים בדבריו שאם אין הם מאמינים לו "שישימו מצלמה" – כדבר המעיד על אמינותו.

14. לשיטת השופטת הורוביץ, העובדה שעדותו של המתלונן נכבשה משך תקופה ממושכת, ונמסרה להוריו של המתלונן (ולאחרים) רק לאחר מספר רב של מפגשים עם המערער, איננה מבטלת את אמינות דבריו. היא ציינה כי ייתכן שהמתלונן לא הפנים בתחילה את חומרת מעשיו של המערער (דמות מבוגר סמכותי שגילה יחס אוהב למתלונן), ייתכן גם שהתבייש, וייתכן שלא רצה לפגוע בפרנסתו של אביו (שהוזמן פעם אחת כאמור לעבוד בביתו של המערער). כך או כך, אין בכבישת העדות כדי לפגוע בתוקפה.

15. בהכרעת הדין של השופטת הורוביץ הוזכרה עדותם של מספר עדים העובדים בבית הספר בו למד המתלונן, שהעלו מספר טענות ורמיזות לגבי אופיו של המתלונן, לרבות רישום בתיקו המציין כי הוא "לא מוסרי". השופטת הורוביץ דחתה עדויות ורמיזות אלה כמגמתיות, בלתי מדויקות, וכאלה שאינן גורעות מעדות המתלונן: "גם אם המתלונן היה תלמיד בעייתי, לא ממושמע, בעל ציונים נמוכים, בעל רמת משכל נמוכה, מאחר לבית הספר, ממציא תירוצים ושנוא על מוריו – אין בכל אלו כדי לפגוע כמלוא הנימה, בעדותו של המתלונן לגבי מעשי הנאשם" (עמ' 14 לחוות דעתה).

16. באשר לסתירות לכאורה עליהן הצביע סניגורו של המערער בסיכומיו, מצאה השופטת הורוביץ שאין הן סתירות של ממש, מקורן באי-הבנת השאלות, ואינן מעידות על כי המתלונן שיקר בעדותו.

17. בחלקה השני של חוות דעתה, נדרשה השופטת הורוביץ לדברי המערער, הן בהודעתו במשטרה והן בעדותו בבית המשפט, וראתה לדחות את הכחשותיו. הנמקתה התבססה על מספר אדנים:

ראשית נדחתה טרונייתו של המערער על כך שטרם חקירתו, לא נאמר לו כי הוא רשאי להיוועץ בעורך דין. לשיטת השופטת הורוביץ בשים לב לכך שהמערער הוזמן לחקירה מביתו – וכלל לא נעצר, ניתנה לו בפועל האפשרות להיוועץ בעורך דין עוד טרם מסירת הודעתו.

שנית ולגוף הדברים, השופטת הורוביץ קבעה כי בהודעתו של המערער במשטרה, ובפרט בסיפור ה"טאב", המערער "נוגע לא נוגע" בעובדות שתיאר המתלונן, תוך מגמה להסבירן וליתן להן משמעות תמימה כביכול. הודעתו של המערער מהווה, לתפיסתה, במידת-מה "ראשית הודייה" בביצוע העבירות המיוחסות לו, ותומכת בעדותו של המתלונן (לרבות בענין פתיחת החגורה בידי המערער, הצעתו לקחת את המתלונן להתקלח במשרדי השירות הפסיכולוגי, והטענה כי המערער נעל בכל פעם את דלת החדר בו שהו השניים). השופטת הורוביץ מציינת כי אף המערער עצמו חש שבחקירתו במשטרה יש כדי לסבכו, שכן בעדותו בבית המשפט הוא ציין פעמיים בהתייחסו למאשימה כי בחקירה: "הפלתם אותי".

שלישית השופטת הורוביץ רואה באמירות של המערער בחקירתו במשטרה (שצוטטו בפסקה 7 לעיל), התבטאויות שיש בהן למצער כדי לסבך את המערער. היא מצאה כי הסבריו של המערער למגוון האמירות המסבכות (דוגמת הביטויים: "תגובה פיזית", "התערבבה אצלי המקצועיות עם הרצון שלי לתת לו אהבה", "קיבלתי איזו קריזה" ואחרים) – אינם אלא ניסיונות סרק לתרץ את דבריו המפלילים, וכי התבטאויות אלו מהוות לפחות חיזוק לעדות המתלונן (שאינה טעונה חיזוק), גם אם לא נראה בה "ראשית הודיה".

רביעית השופטת הורוביץ קבעה כי העברית שבפי המערער היא טובה, ולכן אין להיזקק לטענותיו לפיהן חלק מאמירותיו הבעייתיות לכאורה מקורן בקשיי שפה. בהקשר זה השופטת הורוביץ מצאה אף סתירות ופירוכות בדברים שאמר המערער בבית המשפט, דוגמת טענתו כי קרא למתלונן "חביבי", תוך שהוא מכחיש שאמר למתלונן שהוא אוהב אותו.

18. לסיכום הדברים, קבעה השופטת הורוביץ כי עדותו של המערער היתה בלתי מהימנה, החל באמירותיו המפלילות במשטרה, לשיטתה, והתנהלותו המחשידה, וכלה בהסבריו הפתלתלים והבלתי סבירים בבית המשפט. נוכח כל האמור בחוות דעתה המפורטת, מצאה איפוא השופטת הורוביץ כי יש להרשיע את המערער בכל העבירות שיוחסו לו.

חוות דעתו של שופט המיעוט – כב' השופט י' עמית

19. השופט עמית קבע כי אין הוא יכול להצטרף למסקנתה של השופטת הורוביץ, שכן נותר בליבו ספק סביר באשמתו של המערער. לגישתו, בזמן שהמערער העיד – "ליוותה אותי התחושה שהוא נקלע לסיפור קפקאי בשל האפיזודה במהלכה כרע ליד הקטין-המתלונן, אפיזודה שתפחה מעבר למידותיה עד שהביאה את הנאשם עד הלום" (סעיף 1 לחוות דעתו). בחוות דעתו ביקש השופט עמית להצביע על הרכיב הרציונאלי-אובייקטיבי בגינו הגיע למסקנה כי יש לזכות את הנאשם מן הספק.

20. ככל שהדברים נוגעים להודעתו של המתלונן ולעדויותו בבית המשפט, מצא השופט עמית כי אלו אינם יכולים לבסס, לשיטתו, הרשעה בפלילים, והביא מספר טעמים לכך:

ראשית נדרש השופט עמית לעדותם של מורים ובעלי תפקידים בבית הספר שהעידו במהלך המשפט, אשר רבים מהם ביקרו את המתלונן, אופיו והתנהגותו, ואף הגדירוהו כשקרן כרוני.

שנית, לגוף גרסתו של המתלונן – השופט עמית מצא כי יש בה קשיים לא מבוטלים, סתירות ופירויות. קושי עיקרי שצויין בהקשר זה היה היעדר ההדרגתיות במעשים (בניגוד לקביעות השופטת הורוביץ), כאשר מסיפור המתלונן עולה כי המערער למעשה "התנפל" עליו, כביכול, כבר מן הפגישה הראשונה. בעיני השופט עמית לא נראה גם סביר שבנסיבות כאלה, יימנע המערער מלהזהיר את המתלונן מלספר לאחרים על מה שאירע (המתלונן אישר כי המערער לא ביקש ממנו לשמור הדברים שקרו – לעצמו). השופט עמית אף לא השתכנע כי היה בידי המערער לנעול את הספרייה (בניגוד לטענת המתלונן), שם התקיימו מספר מפגשים, ומוכן כי לא הגיוני הדבר שהמערער ביצע מעשים מגונים במתלונן בחדר שאינו נעול, המצוי בבית הספר ושלתמידים נכנסים אליו תדיר. כן צוינה עדות אחד ממוריו של המתלונן, אשר ראה את המערער והמתלונן בפגישה בחדר המורים – מקום שהמערער ודאי לא היה יכול לנעול.

באשר לשאלה מה מצא המתלונן להעליל על המערער (אם אמנם כך קרה), ציין השופט עמית כי מובן שכל "מניע" שיימצא לא יהיה אלא סברה שקשה להוכיחה. עם זאת הוא העלה את האפשרות שמא המתלונן לא רצה ללכת לבית הספר ולכן התלונן בפני הוריו הן על המערער, והן על אחת ממורותיו – שהיכתה אותו לטענתו (אף שזו בעדותה הכחישה בתוקף את הדבר). אפשרות אחרת שצוינה היא כי המתלונן זיהה בחושיו חולשה אצל המערער בעקבות התנצלותו של האחרון בפרשת ה"טאב", והוא הפך חולשה זו לבסיס לתלונתו.

השופט עמית מצא על יסוד האמור כי עדותו של המתלונן איננה יכולה לשמש כשלעצמה בסיס להרשעתו של המערער, ולפיכך הוא נפנה לבחינת עדותו של המערער, ובפרט – לדבריו במשטרה. בענין זה צוין כי העדות נגבתה ללא שהודע למתלונן על זכותו להיוועץ בעורך דין, תוך שהמערער – אדם נעדר עבר פלילי, מצא עצמו בסיטואציה מאיימת. השופט עמית קבע כי המערער היה נתון בלחץ רב במעמד האמור וניסה להסביר את דבריו בשפה העברית, שאינה שפת אימו (ואין הוא רגיל לחשוב ולדבר בה) כאחוז בולמוס. ההסבר שנתן המערער לסיפור ה"טאב", לא נחזה בעיני השופט עמית כמופרך, והוא הביע את התרשמותו לפיה:

"... הנאשם מייסר ומלקה את עצמו, כי הבין שעשה מעשה שאינו בסדר, מעשה שטרד את מנוחתו, ונראה שהקטין הבחין בכך ושמא בשל כך ייחס לנאשם את שייחס. אך אפילו כרע הנאשם לשנייה מעל המתלונן, בעת שזה הדגים בפניו – לא במעשה מגונה עסקינן" (סעיף 15 לחוות דעתו).

שלישית, השופט עמית ציין כי כל אחת מאמירותיו של המערער בחקירתו במשטרה ניתנת לפרשנות מרשיעה, ולכזו שאינה מרשיעה, ולפיכך יש לנהוג בהתבטאויות אלו בזהירות רבה. לאחר סקירה מפורטת, הוא אמנם מצא כי כמה מאמירותיו של המערער מסבכות אותו ומעלות חשד שמא אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו – ובהקשר זה הודגשו: אמירתו של המערער בענין "התגובה הפיזית", ואמירתו בענין ה"קריזה" (שצוטטו בפיסקה 7 לעיל). אולם אף אמירות אלה ניתנות גם לפרשנות שאיננה מחייבת בהכרח לקבוע את אשמתו של המערער.

רביעית, ולסיום – השופט עמית הזכיר את עדותו של מטופל אחר של המערער, ילד בכיתה ה', ממנה נלמד כי המערער נהג להושיב ילדים בחיקו, כאשר היה מקריא להם סיפורים במסגרת טיפול בקריאה (ביבליותרפיה), ומרעיף עליהם גילויי חיבה –

ללא קונוטציות מיניות. כן ציין השופט עמית כי אף שהמערער טיפל במאות ילדים ותלמידים, הרי שלאורך כל שנות עבודתו, לרבות בשנתיים שלאחר הגשת התלונה נגדו ופרסום שמו ברבים – לא ידוע על כל תלונה אחרת שהוגשה נגדו.

סוף דבר, השופט עמית מצא כי "השדה המגנטי" של חזקת החפות עדיין מותיר את הנאשם בתחום החפות, אמנם קרוב אל גבול ההרשעה אך לא מעבר לו" – ולפיכך ראה לזכות את המערער מחמת הספק.

חוות דעתו של כב' השופט א' שיף (אב"ד)

21. השופט שיף הצטרף לקביעותיה של השופטת הורוביץ, וסבר כי אין באותם ספקות שמצא השופט עמית באשמת המערער, כדי לחלץ את המערער מהרשעה. בחוות דעתו הוא הביע את אמונו בגרסת המתלונן, ואיזכר את עדותו של חוקר הילדים (שהשופט עמית לא נזקק לה), אשר נתנה אמון בדברי המתלונן. השופט שיף מצא כי הסתירות הנסקרות בחוות דעתו של השופט עמית – בלתי מהותיות, ואינן פוגעות באמינות המתלונן. הוא אף סירב לייחס משקל לעדויות מוריו של המתלונן לגבי אופיו. בהקשר לסיפור ה"טאב" ייחס השופט שיף משקל לעובדה "כי הראשון שבו הטיח המתלונן את גירסתו, היה הנאשם עצמו. אליבא דהנאשם, הטיח בו המתלונן כי הוא היחיד שביצע בו 'טאב'" – גרסה התואמת את גרסת המתלונן ואף "מעידה על תום ליבו של ילד קטן שלא מהסס להביא גירסתו האמיתית בפני אדם מבוגר, בעל מעמד ובעל סמכות. לא כך נוהג ילד קטן המעליל עלילת שווא" (עמ' 32 להכרעת הדין).

22. נוכח כל האמור – המערער הורשע בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ברוב דעות.

גזר הדין

23. לקראת גזירת דינו, הציג המערער כחמישים מכתבים מאנשי מקצוע המכירים את המערער משלבים שונים בקריירה שלו והורים למטופלים שלו, התומכים בו ומעלים על נס את כישוריו, אופיו ותרומתו לחברה. רבים ממליצי היושר אף התייצבו למסירת עדות אופי אודות המערער. בין היתר הם תיארו את סיועו של המערער למלחמה בנגע בסמים בשכונה בה גדל, את הקמתה של עמותה למען הקהילה שיזם – בה חברים יהודים ונוצרים, את הירתמותו של המערער לעזרה בבתי ספר, ואת פעילותו של המערער למען הזולת. בפרט הודגשה בדברי עדי-אופי אלה אהבת האדם של המערער,

סיועו לנוער במצוקה (תוך השקעת זמנו וכספו), ופעילותו להצלת ילדים רבים שהתדרדרו אל שולי החברה והושבו לחיים רגילים. בית המשפט המחוזי הנכבד ציין כי "אך לעיתים רחוקות זוכים אנו לקבל חוות דעת כה רבות ומרשימות, המשבחות לעילא ולעילא את הנאשם, אופיו ופועלו".

בבואו לגזור את הדין, ציין בית המשפט, לצד חומרת העבירות בהן הורשע המערער ויחסי האמון והתלות אותם הפר, לגישת דעת הרוב – שורה של שיקולים ונסיבות לקולא, ובכלל זה: היעדר עבר פלילי (ואף לא חקירה כלשהי במשטרה), היעדר תלונות נגדו, אף שהמערער עובד עם בני נוער וילדים שנים ארוכות, תרומתו יוצאת הדופן לקהילה, וכריתת מטה לחמו.

לאור כל האמור, נגזר על המערער, כפי שצוין לעיל, עונש של שנת מאסר אחת בפועל, ו-18 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים, אם יעבור המערער עבירת מין מהמנויות בסימן ה' לפרק י' לחוק העונשין.

ענעורי הצדדים

24. בערעורו על הכרעת הדין, מונה בא-כוחו המלומד של המערער (שלא יצג אותו בהליך בפני בית המשפט הנכבד קמא) טעמים רבים לאימוץ חוות דעתו של שופט המיעוט, ולזיכויו של המערער, ולו מחמת הספק. בהודעת הערעור המפורטת שהגיש, הוא מציין מגוון נרחב של קשיים אותם הוא מוצא בעדותו של המתלונן, וטוען כי משהעיד המתלונן עצמו, לא היתה כל הצדקה להתחשב עוד בעדות חוקר הילדים. לגבי אותן אמירות של המערער, אשר דעת הרוב פירשה אותן כ"ראשית הודייה", או ככאלה המסבכות אותו במעשים, מבהיר בא-כוח המערער מדוע אין הדבר כך לשיטתו, ומדוע אין בהן תמיהות ופירוכות, כפי שסברו שופטי הרוב.

המדינה, מנגד, משיגה בערעורה על קולת העונש שהוטל על המערער, וטוענת כי אף בשים לב לנסיבות המקלות, שמנה בית המשפט המחוזי הנכבד, הרי שנוכח חומרת המעשים, שבהם הורשע המערער, יש מקום להטיל עליו עונש חמור ומרתיע בהרבה. כן עותרת המדינה לחיוב המערער בתשלום פיצויים לטובת המתלונן, בפרט בשים לב למצבה הכספי הקשה של משפחתו.

25. התיק שבפנינו מורכב מאוד עובדתית ומשפטית – וחילוקי הדעות שנפלו בין השופטים בבית המשפט המחוזי הנכבד יעידו. לצורך הכרעה נדרשנו איפוא לעיין מחדש בכל החומר הרב שהיה בפני בית המשפט הנכבד קמא ובטיעוניהם הנרחבים של באי-כוח הצדדים בפנינו. חריצת הדין כאן היתה קשה, שכן אכן חוט השערה מפריד פה בין הרשעה לבין זיכוי מחמת הספק.

אודה, בין הגרסה לה טוענת המדינה לבין זו שהציג המערער בחקירתו במשטרה, ואחר כך – בבית המשפט הנכבד קמא, נראית, במבט ראשון, זו הראשונה – כסבירה הרבה יותר. קשה להלום מה לו לילד בן כתשע שנים וחצי לבדות מלבו עלילה כה קשה על הפסיכולוג שטיפל בו. אף תיאוריו של הפסיכולוג על סיפור ה"טאב" והושבת ילדים על ברכיו יוצרים חשד ראשוני ביחס לתמימות מעשיו של המערער. ודאי שיש להטות אוזן ולבחון את דברי אותו ילד רך בשנים, אשר כדברי התובע, חייב היה להתמודד עם ציבור שלם שאיננו מאמין לו, ובראשם – הוריו, אשר אפילו הם אינם משוכנעים כי הוא דובר אמת (עמ' 51 לפרוטוקול).

ובכל זאת, חרף נימוקיהם של שופטי הרוב, נותר שופט המיעוט בתחושה שמא מדובר בנאשם חף מפשע: פסיכולוג, אשר אכן לא נרתע ממגע פיזי עם מטופליו הקטינים, אך לא מתוך מניעים מיניים כלל ועיקר אלא מתוך חיבה אמיתית; נאשם, אשר לא בכדי לא הוגשה נגדו ולו תלונה אחת נוספת על ידי מי ממאות הילדים בהם טיפל ברבות השנים (גם לאחר ששמו פורסם ברבים); מערער, אשר לא ברור מדוע יבחר "להתנפל" על המתלונן מיד בפגישתם הראשונה; נאשם, אשר אכן ניסה לחלץ מפי המתלונן האם מאן דהוא ביצע בו מעשים מגונים, אגב סיפור ה"טאב" האומלל, וסופו שהמתלונן מאמין (או מספר לאחרים) שהמערער הוא שביצע בו מעשים מגונים; נאשם, אשר נראה כ"מנסה בלהט כמעט נואש להסביר את גרסתו ואת אמרותיו במשטרה"; ומאידך גיסא – מתלונן, אשר ייתכן שגיבש את תלונתו על רקע השתלבותו של סיפור ה"טאב" עם טעם אחר – בין אם חוסר רצונו ללכת לבית הספר, או כל סיבה אחרת; מתלונן, אשר אף לשיטת שופטי הרוב, היה נכון להמציא תירוצים ואשר האמת היא, כנראה, לא היתה תמיד נר לרגליו כדי כך שיתכן ולא בכדי לא האמינו לו בתחילה אפילו הוריו-מולידיו.

סיכומה של עמדת שופט המיעוט היתה כי עדות המתלונן, על פגמיה – לא היה בה די כדי לבסס לבדה את אשמתו של המערער מעבר לספק סביר. לעדות חוקר הילדים

לא ראה שופט המיעוט להיזקק כאמור (וטעמים משפטיים אפשריים לכך נציג בפיסקה 52 שלהלן). ואשר לעדותו של המערער, על אף הקשיים שבה – לא נמצא כי זו יכולה להביא להרשעתו בפלילים, שכן בתום שמיעת הראיות כולן ועיון בהודעות – נותר בעינו הספק הסביר באשמתו.

26. השוני בגישותיהם של שופטי בית המשפט המחוזי הנכבד מוליך אותנו לחלופות שהציתו אפילו את הדמיון הספרותי. כדוגמה אציין את קובץ הסיפורים הידוע, ויינסברג, אוהיו, פרי עטו של הסופר האמריקאי רב ההשפעה שרווד אנדרסון (1876-1941) (ספר זה ראה אור בשנת 1919 ותורגם לעברית פעמיים: על ידי אהרון אמיר בשנת 1959 (הוצאת ספריה לעם) ולאחרונה על ידי רחל פן (הוצאת פן וספרי חמד – 2009); הפניותינו בהמשך תהיינה לתרגום אחרון זה). בספר האמור משורטטות – בשני סיפורים נפרדים – שתי דמויות העשויות להיות רלבנטיות לענייננו. בסיפור המורה – על אודות קייט סוויפט (עמ' 146-154) מתוארת מורה רווקה, שנמשכה לאחד מתלמידיה הצעירים. בסיפור ידיים – על אודות ווינג בידלבאום (שם בעמ' 23-30) מתוארים חייו של פנסיונר, שהיה בצעירותו מורה ופרש מן "החיים השוטפים" לאחר שהואשם פעם (לשווא) בביצוע מעשים מגונים בקטינים – בידיו. בסיפור ידיים הנ"ל מוצגים הדברים כך:

"בנעוריו היה ווינג בידלבאום מורה בעיירה כלשהי בפנסילבניה. אז לא היה מוכר בשם ווינג בידלבאום, אלא נקרא בשם הערב פחות לאוזן – אדולף מיירס. כאדולף מיירס היה אהוב מאוד על ידי הנערים בבית ספרו.

אדולף מיירס נועד, על פי טבעו, להיות מורה לבני הנעורים. הוא היה אחד מאותם אנשים נדירים ובלתי-מובנים, השולטים בעזרת כוח כה עדין שנוהגים לפרשו כחולשה חביבה. רגשותיהם של גברים כאלה כלפי הנערים שתחת חסותם אינם שונים מאהבתן של הנשים המובחרות ביותר כלפי גברים.

אך זו אינה אלא אמירה לא-מלוטשת. יש כאן צורך במשורר. אדולף מיירס נהג לטייל עם נערי בית ספרו בערבים, או שהיה יושב על מדרגות בית הספר ומשוחח איתם עד שעות בין הערביים, נסחף במעין חלום. ידיו שוטטו כה וכה, מלטפות את כתפי הנערים, משתעשעות בשער ראשם הפרוע. כאשר דיבר נעשה קולו רך ומלודי. גם בכך היה ליטוף. הקול והידיים, ליטוף הכתפיים והנגיעה בשיער, היוו, במידת מה, חלק ממאמציו של המורה להחדיר חלום לתוך הנפשות הצעירות. הוא הביע את עצמו על ידי הליטוף של אצבעותיו. הוא היה אחד מאותם אנשים שבהם הכוח היוצר חיים אינו ממורכז, אלא מפוזר. תחת מגע הליטוף של ידיו הסתלקו הספק

וחוסר האמון מנפשותיהם של הנערים ואף הם החלו לחלום. ואז קרתה הטרגדיה". נער אחד סיפר את חלומותיו כאילו היו עובדות (ואנו שומטים כאן קטע על מנת שכל דמיון לא ייחשב כמציאותי וככרוך בצורה כלשהי לענייננו – ח"מ)...

"צמרמורת אחזה בעיירה הפנסילבנית. ספקות מעורפלים שהיו חבויים במחשבותיהם של אנשים התחזקו והפכו לאמונות.

הטרגדיה לא התמהמה. עלמים רועדים קפצו ממיטותיהם והעלו השערות. "הוא שם עלי ידיים", אמר אחד. "הוא תמיד שיחק בשיער שלי באצבעותיו", אמר אחר.

אחר צהריים אחד, אחד מתושבי העיר, הנרי ברדפורד, שהיה בעל סלון (בר משקאות – ח"מ), בא אל הכניסה לבית הספר. לאחר שקרא לאדולף מיירס לצאת לחצר החל להכות בו באגרופיו... אדולף מיירס סולק מהעיירה הפנסילבנית בלילה".

רק כעבור שנים, רומז לנו הסופר שרווד אנדרסון, הסתבר כי מדובר היה בהאשמות שווא.

לנו כשופטים אין את החירות האמנותית ליצור דמויות, או לדעת – כמו הסופרים – מה אל-נכון קרה בהתרחשות המתוארת (בדמיון, או במציאות). תפקידנו כשופטים הוא לבחון במצבים כמו זה שלפנינו את: הראיות, הטענות המשפטיות ואת שלל הדעות שהובעו בבית המשפט המחוזי הנכבד במכלול, ולהכריע בשאלה האם אכן ניתן היה לקבוע ברמת ודאות, שהיא מעבר לספק סביר, שהמערער ביצע את המעשים המיוחסים לו, או שמא קיים ספק סביר ולפנינו ניצב ווינג ביזלבוואם המודרני.

27. מה הוא הדין איפוא כשעוברים מהפרוזה – למשפט? בכך נדון להלן. במסגרת זו נזכור כי במכלול שלפנינו קיימת התלבטות בשלושה הקשרים:

- א. אילו מעשים בדיוק נעשו ולמי יש להאמין בהקשר זה – למתלונן, או למערער?
- ב. כיצד יש להבין את דבריו של המערער בחקירתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט?
- ג. מה הפרשנות שיש ליתן למעשים שנקבע כי נעשו?

בשאלות אלו נחלקו כאמור השופטים בערכאה הדיונית, ואנו ננסה לבררן בהמשך. פה – שוב, בניגוד לספרות – לא אשאיר את הצדדים והקוראים במתח עד לסוף הדברים ואומר מיד כי לדעתי יש לזכות את המערער מחמת הספק.

נתחיל איפוא במושכלות יסוד.

התערבות ערכאת הערעור

28. המכשלה העיקרית שעמדה בפני המערער, היא שהערעור שלפנינו מופנה רובו ככולו כנגד הקביעות העובדתיות וממצאי המהימנות שנקבעו בערכאה הדיונית. כידוע, בית משפט שלערעור אינו נוהג, דרך כלל, להתערב באלה, וזאת בראש ובראשונה עקב יתרונה של הערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, בהתרשמותה הישירה והבלתי אמצעית מן העדים אשר הופיעו לפניה (ראו למשל: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 640; ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נח(6) 625, 634-632 (2004); ע"פ 6916/06 אטיאס נ' מדינת ישראל, בסעיפים 5-6 (טרם פורסם, 29.10.07)). במיוחד נכונים הדברים ביחס לעבירות מין שם: "הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף, וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן, מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2), 419, 426 (2004) (להלן: ענין בבקוב); כן ראו: ע"פ 1694/08 זוהר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.1.09)).

עם זאת, הכלל האמור איננו כלל בל יעבור, ובמשך השנים נדונו לא פעם הנימוקים העשויים להצדיק התערבות כזו (ואין המדובר ברשימה סגורה). כך נקבע, למשל, כי יש מקום לביקורת של ערכאת הערעור על ממצאים שבעובדה שנקבעו בערכאה המבררת, כאשר אלו מתבססים על שיקולים של הגיון, או סבירות העדות ביחס למכלול הראיות; כאשר ההתערבות היא במסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מן הממצאים העובדתיים שנקבעו, להבדיל מקביעת הממצאים העובדתיים עצמם; וכאשר נמצא – במקרים יוצאי דופן – כי ישנן סתירות בעדות היורדות לשורש הענין, אשר הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה להן, או כאשר מתגלה טעות מהותית בהערכת המהימנות (לסיכום ההלכות בענין זה ראו: ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.3.08) – בסעיף 4 לחוות דעת המיעוט של השופט א' א' לוי, והאסמכתאות שם; כן ראו: ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל פ"ד מט(3) 832 (1995), בחוות דעתו של השופט צ' א' טל).

29. במקרה דנן, ממצאי שופטי הרוב, אשר דחו את דעת המיעוט, נסמכו בעיקרם על שיקולי הגיון וסבירות בהקשר לעדויות המתלונן והמערער ביחס למכלול הראיות, ולא על הערכת מהימנות בלעדית ככזו. בנוסף, הכרעת הדין של שופטי הרוב איננה

נגזרת ישירות מממצאיהם העובדתיים, כי אם נסמכת על מסקנות, ששופט המיעוט חלק עליהן, מן הממצאים שנקבעו בהקשר זה. לא ניתן אף להתעלם מעצם קיומה של דעת מיעוט – של שופט שנהנה מאותם יתרונות הקיימים לשופטי הרוב בערכאה הדיונית, והדבר יכול להוות, במקרים המתאימים, טעם מחזק (אף אם לא עצמאי) להתערבות ערכאת הערעור בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 117/81 בן חמו נ' מדינת ישראל פ"ד לו(3) 57, 61 (1982); ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 237 (1983)). בנסיבות אלה מצאתי כי אין מניעה מלהתערב – בזהירות רבה – בקביעות המהימנות ובממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית. להקפדה הנדרשת במצב שכזה – ראו: מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407 (1984).

ענין זה מוליך אותנו לסוגיה נוספת:

הספק הסביר והרשעה בדעת רוב

30. אין מקום להרשעת נאשם בערכאה הדיונית, ואף לא להותרת הרשעה בעינה בערכאת הערעור, ככל שנותר בלב השופט הדין בענין "ספק סביר" באשמת הנאשם.

"הספק הסביר" הוא מושג ערטילאי, אשר לא זכה – ואף לא יזכה כנראה – להגדרה ממצה וסופית (עיינו: יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש", הפרקליט מט(2) 463 (2007), מיכה לינדנשטראוס על הספק הסביר – סוגיות נבחרות (תשס"ד)). עם זאת, אין באזהרות מפני קשיי ההגדרה כדי לפטור את השופט מגיבושה של תפיסה מנחה באשר לאמת המידה החמקמקה (ראו: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 647 (1993) (להלן: ענין דמיאניוק)). לטעמי, הסברה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, אכן מבהיר כל צרכו את אמת המידה הנדרשת להרשעת נאשם:

"הרשעת נאשם אינה מחייבת הוכחת האשמה מעבר לכל ספק שהוא, מרוחק או דמיוני ככל שיהא. היא מחייבת הוכחת אשמה מעבר לכל ספק סביר. על הספק הסביר להיות הגיוני ובעל אחיזה במציאות, ואין די בהשערה רחוקה, משוללת עיגון בהיגיון או בהוויות החיים אשר אינה נתמכת בחומר הראיות (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 48). גישה זו נובעת מהתפיסה הערכית של המשפט הפלילי, המבקש לאזן

בין ערך חירותו של היחיד לבין ערך ההגנה על בטחון הציבור. אותה תפיסה, שמה אמנם דגש על חירותו של הפרט, ומבקשת לצמצם את הסיכון מפני הרשעתו של החף מפשע גם במחיר זיכוי האפשרי של העבריין. אולם בה בעת, האיזון הראוי בהליך הפלילי מייחס משמעות להגנה הנדרשת על בטחון הציבור מפני מפירי חוק, ונותן משקל להגנה על זכותו של הפרט לחיות את חייו בלא חשש מפגיעת עבריינים על החוק. לצורך הוכחת אשמתו של נאשם, ניתן לסמוך על ראיות נסיבתיות מקום שניתן להסיק מהן מסקנות חד משמעיות בדבר אשמתו, וכאשר כל אפשרות חלופית אחרת אינה מתקבלת על הדעת, בבחינת היסק אפשרי על פי השכל הישר וניסיון החיים" (ע"פ 8721/04 אוחנה נ' מדינת ישראל, בפסקה 20 (טרם פורסם, 17.6.07) (להלן: ענין אוחנה)).

31. לקיומה של דעת מיעוט, השוללת את הרשעתו של נאשם, אין, כשלעצמה, השלכה על נכונות ערכאת הערעור להתערב בהכרעת הדין של שופטי הרוב ולזכות את הנאשם (ראו: ע"פ 334/02 טיבוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.1.03); דנ"פ 8500/01 מטילתי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.12.01, מפי הנשיא א' ברק)). דעת הרוב היא המכריעה, הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור (ראו: סעיף 80 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984, הקובע כי במקרה של חילוקי דעות "תכריע דעת הרוב"; ועיינו: דנ"פ 3391/95 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377 (1997). לגישה שונה (שלא אומצה) ולפיה "ספק סביר" שניטע בליבו של אחד מחברי המותב ראוי שיביא לזיכוי הנאשם – ראו: עמי קובו "דעת מיעוט מזכה – ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין" הסניגור 70, עמ' 5 (2003), ולאחרונה: בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד", עלי משפט ל', 337 (תש"ע) ועיינו: הצעת חוק לתיקון חוק בתי-המשפט ננוסח משולב] התש"ס-2000, שלא התקבלה עד כה).

עם זאת, קיומה של עמדה מזכה איננה נעדרת כל משמעות. על השופט הדין בפלילים מוטלת תמיד החובה לבחון את טענות ההגנה באשר לקיומו של ספק סביר באשמת הנאשם. גישה ביקורתית זו מתחדדת בערכאות הערעור, כאשר בערכאה המבררת הובעה דעה מזכה. מובן שערכאת הערעור יכולה למצוא (כשם שיכולים לקבוע עוד קודם לכן השופטים האחרים בערכאה הדיונית) כי הספקות שמעלה השופט המזכה – אינם מבוססים דיים, או שחרף כבודו של השופט המזכה – אין הם מתיישבים עם ההיגיון, או עם הממצאים העובדתיים. ייתכן גם כי ערכאת הערעור תמצא כי "הספק הסביר" שטענה לו ההגנה ואשר השופט המזכה ראה לקבלו – מהווה רק: "השערה רחוקה, משוללת עיגון בהיגיון, או בהוויות החיים אשר אינה נתמכת בחומר

הראיות" (ענין אוחנה, שם), או כי בתמיהות השופט המזכה: "נעדר מימד אובייקטיבי, להבדיל ממימד תחושתי" (ע"פ 9930/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.7.08), בחוות דעתה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה). ייתכן גם שיימצא כי התרחיש שהקים את "הספק הסביר" בלב השופט המזכה הוא: "בלתי אפשרי, מנוגד לחוקי הטבע, ונעדר היגיון" (ע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' יצחק, פסקה 5(ד) (לא פורסם, 12.8.04)), או שהוא: "פרי הדמיון", ספקולציה חסרת אחיזה סבירה בחומר הראיות ונעדרת כל יסוד אובייקטיבי, המושתת על אדני הסבירות (ענין דמיאניוק, בעמ' 653-651). אולם ככל שערכאת הערעור מוצאת כי ספק שהעלתה ההגנה באשר לאשמת הנאשם – ואשר אומץ כ"סביר" כל-צרכו על ידי מי מחברי הערכאה המבררת – אכן איננו ניתן לשלילה מחמת אחת מהעילות הנ"ל, או בשל חוסר סבירות – הרי שאין מנוס מזיכוי של הנאשם מן הספק (ראו לדוגמה: ע"פ 2005/06 עמרו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.10.08)). יפים לענין זה דבריו של הנשיא א' ברק ב-דנ"פ 4530,4342/97 מדינת ישראל נ' אל-עביד פ"ד נא(1) 736 (1998), שם בעמ' 859: "יש פעמים שבהן עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר, עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת הספק".

קיומו של ספק סביר באשמת המערער דנן

32. במקרה דנן מצאתי כי לא ניתן לראות בספק שהתעורר לגבי אשמת המערער, כ:"השערה רחוקה, משוללת עיגון בהיגיון, או בהוויות החיים, אשר אינה נתמכת בחומר הראיות". טעמי לכך מבוארים להלן. הילוך ההנמקה ינותב כך שאבחן את שלושת הנדבכים להרשעתו של המערער על-ידי שופטי הרוב: גרסת המתלונן, עדות חוקר הילדים, וגרסת המערער.

כפי שאבקש להראות, לא ניתן לשלול את מסקנתו של שופט המיעוט, לפיה לא די בגרסת המתלונן על מנת לבסס את הרשעתו של המערער. בנוסף לכך אצביע על כך שהמשקל שיש לתת לעדות חוקר הילדים הוא, לגישתי, נמוך בנסיבות הענין, הן משום שהמתלונן עצמו העיד בבית המשפט, והן משום שעדותו בפני חוקר הילדים ניתנה מלכתחילה לאחר שהמתלונן השלים את מסירת סיפורו בפני מספר רב של "חוקרים" בלתי מקצועיים. לבסוף אנתח את גרסת המערער ואראה כי אף שהיא מעוררת מספר תמיהות, לא ניתן לקבוע כי היא בלתי סבירה, או שיש בה משום "ראשית הודאה", בפרט כאשר עיקר המחלוקת בין שופטי המותב של הערכאה המבררת נסובה על פרשנותם המילולית של אמירות כאלה ואחרות של המערער בהודעתו, אשר ניתן, כמובן, לפרשן לחובת המערער, אולם אין הכרח לעשות כן.

נפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

א. גרסת המתלונן

33. אף שהמתלונן היה כבן תשע שנים לערך במועד ביצוע העבירות המיוחסות למערער, הרי שמועד עדותו במשפט (עדות שלא נשמעה בראשית העדויות כי אם לקראת סופן), היה סמוך לאחר יום הולדתו ה-12. מכאן שעדות זו איננה דורשת חיזוק (ראו: סעיף 55(ב) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות)). עם זאת, מובן שעסקינן בעדות יחידה של קורבן עבירות מין, על כל המשתמע מכך, וכאן יש מקום להרחיב מעט. בעוד שבעבר נדרשה תוספת ראייתית מסוג סיוע לשם הרשעה על פי עדות יחידה בעבירת מין, הרי שכיום דרישת הסיוע בוטלה ובמקומה נקבעה חובת הנמקה. סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות קובע, בנוסחו הנוכחי, כי בית המשפט רשאי לבסס הרשעה על פי עדות יחידה של נפגע עבירת מין, ובלבד שינמק מדוע החליט להסתפק בעדות זו כבסיס להרשעה (ראו: ע"פ 288/88 גונדור נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45 (1988); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (2002); ענין בבקוב). הנה כי כן, די עתה בעדותו של המתלונן בעבירת מין לשם הרשעה, אך במקרה שכזה נדרש בית המשפט להנמקה שתתמודד באופן ראוי, הוגן וממצה, עם כל קושי שעלול לעורר מתן האמון בעדות היחידה של הנפגע (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון, 158, 189-188 (2003); ע"פ 9902/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.6.07); ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.2.08); ע"פ 3314/06 אייזנקוט נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.1.10)). נבחן עתה אם דרישה זו קוימה כאן.

34. שופטי הרוב התרשמו, כאמור, כי המתלונן סיפר דברים שאכן חווה (עמ' 5 להכרעת הדין). דברים אלה נלמדו הן מדרך הצגת הדברים בבית המשפט (ענין שודאי אין להתערב בו בערכאת הערעור), והן מהיות סיפורו של המתלונן תואם דברים שאמר קודם לכן להוריו ולחוקר הילדים (ענין שייבחן להלן). סיפורו המינורי, שלילת מעשים חמורים יותר, הודאתו במגרעותיו, ואמירתו כלפי המפקקים בדבריו ("שימו מצלמה") – כל אלה חיזקו את אמינות המתלונן בעיני שופטי הרוב.

מנגד, השופט עמית הצביע על מספר פגמים, קשיים וסתירות בקשר עם עדותו של המתלונן, המעוררים תהיות לגבי מהימנותו, ואשר מונעים, לשיטתו, את השתתת הרשעתו של המערער רק על יסוד עדותו של המתלונן.

35. להלן אסקור את הקשיים השונים בגרסתו של המתלונן, ובפרט – את התמיהות שהעלה שופט המיעוט, השופט עמית. אעיר כי לשיטתי אף שניתן לראות בכל אחד מן הקשיים המפורטים משום קושי מינורי בלבד, שאיננו מאיין כשלעצמו את עדותו של המתלונן, הרי שלסברתי הצטברותם של קשיים אלה מחייבת את אימוץ מסקנתו של שופט המיעוט, לפיה אין בעדות המתלונן את אותו "גרעין קשה" שדי בו כדי להביא להרשעת המערער. ארחיב ואנמק:

(א) אופיו ודרך התנהלותו של המתלונן:

36. מורים ובעלי תפקידים שונים בבית הספר העידו במהלך המשפט, רובם מטעם התביעה. רבים מעדים אלה ביקרו את המתלונן, אופיו והתנהגותו. השופט עמית לא התרשם אמנם לחיוב מעדים אלה, אף כי לא מצא שיש לייחס להם מוטיבציית-יתר להגן על המערער (שאינו משתייך לצוות המורים בבית הספר). עם זאת, התמונה שעלתה, לגישתו של השופט עמית, מדבריהם של העדים השונים לגבי המתלונן, היתה, לאחר סינון וניפוי, כדלקמן:

"...מתקבלת תמונה של תלמיד שאינו אהוד, בלשון המעטה, על ידי צוות המורים. תלמיד שידוע כמי שמשקר בלי להניד עפעף לגבי עניינים שונים הקשורים בהכנת שיעורים או בהתחמקות מבית הספר, תלמיד שמרבה להתלונן, שהמנהל הגדיר אותו כדומיננטי בתעלולים של הילדים... ולדברי סגן המנהל "השקר של המתלונן לא שיגרת. השקר שלו הוא שקר מתמיד. הוא חי על שקר" (פרוטוקול עמ' 153 ש' 27). ומי לנו להכיר את הקטין יותר מהוריו, שאף הם לא האמינו בתחילה למה שסיפר להם אודות הנאשם" (סעיף 4 לחוות דעתו. בטקסט נעשו השמטות מסוימות כדי שלא לפגוע בקטין יתר על הצורך המתחייב מהענין – ח"מ. יצוין עוד כי השופט שיף לא היה שותף לקביעות אלה של השופט עמית – עמ' 43 להכרעת הדין).

מובן שאין בדעתי לומר כי קטין "בעייתי" הוא מתלונן, אשר מעצם אופיו אין לתת אמון בטענותיו אודות עבירות שבוצעו בו, שהרי קטין שכזה דווקא יכול להיות מועד יותר להפוך לקורבן של עבירות (ועבירות מין בכלל זה) והוא ראוי למלוא ההגנה של המערכת המשפטית. ברם, מקובלת עלי אזהרתו של השופט עמית לפיה את דבריו של המתלונן הספציפי "יש לקבל בזהירות עם יותר מ'קב חומטין'" (עמ' 28 להכרעת הדין).

(ב) "הודאת המתלונן במגרעותיו":

37. שופטי הרוב דנו את המתלונן לכף זכות על נכונותו להודות במגרעותיו – כי הוא מאחר תדיר לבית הספר; כי המנהל תפס אותו פעמים רבות מחוץ לכיתה; כי הוא מכה ילדים אחרים שכן: "אני אומר שמי שפוגע בי – אני מחזיר" (עמ' 92 ש' 27-28); וכי קילל את מורתו א' לאחר שזו סטרה לו (לטענתו, מה שהוכחש על ידה בתוקף) ונזפה בו (סעיף 22 לחוות דעתה של השופטת הורוביץ).

ברם, לצד הערכה זו למתלונן, יש במגרעות האמורות אף כדי להציב תמרור אזהרה לגבי עדותו של המתלונן. בפרט נכון הדבר לגבי נכונותו המוכחת "להחזיר": "מי שפוגע בי – אני מחזיר". אף שתלונתו של המתלונן על המערער יכולה לשקף את האמת לאמיתה, לא ניתן לשלול מניה וביה את האפשרות שהיא תוצר של כעס כלשהו על המערער "ורצון להחזיר" ולו בענין פעוט – דוגמת כעסו המוצהר של המתלונן על כך שהמערער לא הביא דפי עבודה מסוימים (עמ' 89, ש' 28-29 לפרוטוקול). יתכן גם שהמתלונן זיהה אצל המערער "נקודת חולשה" בשל התנצלותו בפניו בענין ה"טאב" (אפשרות שהעלה שופט המיעוט – ס' 5 לחוות דעתו).

(ג) היעדר הדרגתיות בגרסת המתלונן ביחס לעבירות שביצע המערער:

38. תיאור המעשים שבוצעו במתלונן, לפי טענתו וכמפורט בכתב האישום, מצביע על עבירות הנעדרות כל רכיב של הדרגתיות (למעט העבירה האחרונה שיוחסה לו). ענין זה בעייתי בעיניי.

ממקרא כתב האישום (שעיקריו צוינו לעיל), ולאחר בחינת גרסתו של המתלונן, עולה כי המעשים המגונים המיוחסים למערער בוצעו על ידו במלוא חומרם מיד בפגישתו הראשונה עם המתלונן, במשרדי השירות הפסיכולוגי (למעט החומרה הנוספת שבמפגש האחרון, השביעי או השמיני במספר). לטענת המתלונן, מיד עם עזיבת אמו של המתלונן ואחותו את המשרד, נעל המערער את דלת החדר, הושיב את המתלונן על ברכיו, החל לגעת באיבריו המוצנעים של המתלונן, השכיב את המתלונן על הרצפה, ונשכב מעליו לזמן ארוך (עמ' 77-78 לפרוטוקול). לדברי המתלונן, בסיום הדברים וקודם להחזרת המתלונן לידי אמו, לא הזהיר המערער את המתלונן לבל יספר

על שאירע. עבירה נטענת זו זהה בכל פרטיה לכל יתר העבירות (למעט, בשינוי קל, לגבי העבירה האחרונה הנזכרת בכתב האישום).

39. היעדר הדרגתיות זה יכול לעורר תמיהה, אותה הביע אף שופט המיעוט (עמ' 29 להכרעת הדין): גם לפי שיטת המדינה, אין עסקינן בפדופיל הבוחר קורבן מקרי ותוקף אותו באופן חד-פעמי במקום נסתר מן העין, שאז אך מובן הוא כי המעשה הנפשע יתבצע תדיר ללא שיהוי, עכבות או הדרגתיות. במקרה שלפנינו מבצע המעשים המגונים הנטענים הוא פסיכולוג, והקורבן – מטופל, אשר ביניהם אמורים להיווצר יחסי אמון ותלות. ניתן היה לצפות איפוא כי המערער יקדים למעשים המגונים והאגרסיביים מספר מפגשים, ולמצער – מהלך מינימלי, לשם יצירתם של אותם יחסי אמון ותלות (השוו: ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2, 37 (1995); ע"א 2606/95 שרי נ' ועדת המשמעת, פ"ד מט(5) 177, 183 (1996); ע"פ 3583/05 זיידר נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (לא פורסם, 6.3.06)). לפיכך, גרסת המתלונן מעוררת תמיהה, שכן לפיה מערכת יחסיו עם המערער נפתחה מיד במעשה שקשה לראותו אלא כהסתערות של המערער עליו. בהקשר זה אף השופט עמית סבר כך:

"אם אנו מקבלים גרסתו של המתלונן, אזי שלא כדברי חברתי בחוות דעתה, אין מדובר במעשים שנעשו בהדרגה, אלא ב"התנפלות" של הנאשם על הקטין, כמעט דקות ספורות לאחר המפגש הראשוני ביניהם, בחדר עם דלת הזזה שאינה ננעלת" (ס' 6 לחוות דעתו).

40. עמדות שופטי הרוב אינן נותנות מענה לקשיים אלה.

השופטת הורוביץ מציינת, כתימוכין לאמינותו של המתלונן, כי מעדותו "עולה כיצד הנאשם באופן שיטתי, אך הדרגתי, תוך גילויי חיבה מיוחדת למתלונן, ביצע בו מעשים מגונים, כמתואר בכתב האישום" (עמ' 6 להכרעת הדין). קביעה זו איננה מתיישבת, כאמור, עם התיאור הבלתי-הדרגתי של מעשי המערער בכתב האישום ובדברי המתלונן עצמו (למעט במפגש האחרון והשמיני במספר לערך בין המערער לבין המתלונן).

השופט שיף – המבקש להפיג את תמיהתו של השופט עמית בנקודה זו – מצייין כי אותה תמיהה בדבר חוסר ההדרגתיות ניתן להעלות אף לגבי גרסתו של המערער: "האמנם יהיו פסיכולוג להמצא עם מטופל במצב שבו שניהם כורעים על ארבע והפסיכולוג מאחורי מטופל, כשאם המטופל עלולה להיכנס לחדרם?!" (עמ' 44

להכרעת הדין). התשובה לקושיה זו היא לטעמי בחיוב: אם נאמץ את גרסתו (הבעייתית אף היא) של המערער, לפיה בדיקת ענין ה"טאב" והכריעה נעשו ללא קונוטציה מינית, אלא בכוונה טהורה להבין מה אירע למתלונן, ורק אז חש המערער כי התנוחה האמורה היא בלתי ראויה, אזי עד לאותו רגע לא היתה למערער-הפסיכולוג תוכנה שאל לו להיות באותה תנוחה. בכל מקרה, בין אם יכולה היתה אימו של המתלונן להיכנס לחדרו של הפסיכולוג ובין אם לאו, הרי שאין בדברי השופט שיף משום הסבר להיעדר ההדרגתיות המיוחסת דווקא למערער בכתב האישום.

41. קושי נוסף הוא שמעשיו הבלתי הדרגתיים של המערער (לפי הנטען) לא לוו באזהרה למתלונן שלא לספר על מעשים אלה לאיש. דבר זה עורר אצל שופט המיעוט תמיהה לגיטימית – כיצד ייתכן שפסיכולוג-פדופיל (לפי הטענה) מתנפל לאלתר על מטופל קטין, בלא להקדים לכך יצירת אמון ויחסי מטפל-מטופל כלשהם, ובכל זאת אינו מתרה בקורבנו להימנע מלטפר על שאירע (כפי שטען המתלונן עצמו)? בחוות דעתה של השופטת הודוביץ אין התייחסות לענין זה. הסברו של השופט שיף הוא כי "עבריינין עבריינין ושיטתו", וכי המערער הסתפק "ככל הנראה בהתנצלות על מעשה ה'טאב'" במקום לבקש מן המתלונן לשמור את הדברים בסוד. ברם הסבר זה לוקה באותה מכשלה שצוינה לעיל: אם המערער בדה מלבו את סיפור ה'טאב' על קרביו ועל כרעיו (כשיטת השופטת הודוביץ, שהשופט שיף הצטרף אליה) – ממילא לא היתה אף כל "התנצלות" שהיוותה תחליף לאזהרה למתלונן לבל יפצה את פיו.

(ד) מיקום ביצוע המעשים המיוחסים למערער:

42. הראיות לגבי שניים מן המקומות שבהם נפגשו המערער והמתלונן – הספרייה וחדר המורים – מעלים תהיות לגבי גרסת המתלונן. נבהיר:

לדברי המתלונן, המערער ביצע בו את המעשים המגונים הן במשרדי השירות הפסיכולוגי (המרוחקים מבית הספר), הן בחדר האחות, והן בספרייה שבבית הספר, שאת כולם נעל המערער בטרם ביצע את מעשיו. המערער אישר כי היה באפשרותו לנעול את משרדי השירות הפסיכולוגי וכן את חדר האחות (אותו נעל לגרסתו על מנת למנוע הפרעה מצד תלמידים אחרים, הנכנסים ויוצאים). לעומת זאת, הוסיף המערער, לא היה באפשרותו לנעול את הספרייה (שכן לא היה לו מפתח לדלתותיה), ומכל מקום – הוא לא נעל אותה, וברור שלא ביצע מעשים מגונים במתלונן בספרייה הבלתי-נעולה.

43. שופטי בית המשפט המחוזי נחלקו בשאלת קיום הראיות לביסוס ממצא בענין זה. השופטת הורוביץ קבעה שכשם שהמערער הודה כי נעל את חדר האחות, על מנת למנוע הפרעה בטיפול הפסיכולוגי – מצד תלמידים אחרים, ברור שהוא נעל אף את דלת הספרייה, מאותו טעם ממש. היא אף הניחה שלא היה למערער קושי להשיג מפתח לספרייה (עמ' 23 להכרעת הדין). מנגד קבע השופט עמית כי אין לזקוף את האבחנה שערך המערער בין חדר האחות לספרייה לחובתו, ויש טעם בהסברו של המערער לגבי ההבדל בין הצורך בנעילת חדר האחות (המצוי במסדרון הסמוך לכיתות ונתון לכניסה תכופה של ילדים), לבין אי-נעילת הספרייה (שהמפתח לה היה ברשות השרת, וההפרעות מצד התלמידים היו בתכיפות קטנה יותר). השופט עמית מוסיף כי את האבחנה שביצע המערער יש דווקא לזקוף לזכותו, שכן אם רצה לשקר – יכול היה להכחיש גם שנעל את דלת חדר האחות (עמ' 31 להכרעת הדין). דברים אלה של השופט עמית הגיונים בצידם, ויוצרים בנו תהיות באשר לטענת המתלונן לפיה המערער ביצע בו מעשים מגוונים גם בספרייה.

44. קושי אחר הוא לגבי מפגש המערער והמתלונן בחדר המורים: מקום זה לא נמנה על-ידי המתלונן כאחד ממקומות המפגש עם המערער. המערער ציין עם זאת גם את חדר המורים כאחד המקומות בהם הוא פוגש תלמידים, אף כי לא זכר בוודאות האם אכן נפגש שם עם המתלונן (עמ' 113, ש' 28-29 לפרוטוקול). ברם אחד ממוריו של המתלונן ציין כי אכן ראה את המערער והמתלונן יחדיו בחדר המורים (עמ' 34, ש' 11 לפרוטוקול). המתלונן הכחיש בתחילה בתוקף כי נפגש עם המערער בחדר המורים, אך לאחר שעומת עם דברי המורה, שינה במקצת את הכחשתו באמירה: "לא, לא יודע" (עמ' 91, ש' 6-9 לפרוטוקול). בהנחה שאכן התקיימה פגישה בחדר המורים יוצר הדבר תמיהות לגבי גירסת המתלונן, לא רק מחמת הכחשתו הראשונית, אלא בעיקר משום שחדר המורים ודאי אינו מקום "מתאים" לביצוע מעשים מגוונים. המאשימה ידעה הרי לתאר בכתב האישום, שהמערער תקף את המתלונן בחדרים נעולים, בכל אחת ואחת מפגישותיהם, החל מן הפגישה הראשונה ואילך, ולפי התמונה שהציגה – כל תכליתן של הפגישות אותן יזם המערער היה תקיפת המתלונן. אף המתלונן הדגיש שוב ושוב כי המעשים המגוונים שביצע בו המערער בוצעו "בכל פעם" (ראו לדוגמה: ת/1, ש' 659-654). בחירת המערער לקיים עם המתלונן מפגש בחדר המורים (שאיננו המפגש הראשון, שכבר בו התקיף המערער את המתלונן, לפי הנטען) – איננה יכולה להתיישב איפוא עם הגירסה האמורה.

(ה) סתירות בדברי המתלונן:

45. השופט עמית מצביע על מספר סתירות בדברים שאמר המתלונן בהקשרים שונים (עמ' 32-33 להכרעת הדין). כך, טענת המתלונן שאחותו מעולם לא היתה עמו במשרדי השירות הפסיכולוגי, כאשר לאחר מכן אישר כי היתה גם היתה שם יחד עם אימו. כך, אמירתו כי לא ידע מדוע לקחו אותו לחוקר הילדים, כאשר לאחר מכן הודה כי אביו סיפר לו כי המפגש עם חוקר הילדים הוא ביחס לטענותיו כנגד המערער. וכך, כאשר שאל חוקר הילדים את המתלונן בראשית החקירה האם סיפר את הדברים לאדם אחר, השיב המתלונן מספר פעמים בשלילה, ורק כאשר הבהיר החוקר כי ידוע לו שהדברים נאמרו גם לאחרים, אישר המתלונן כי אכן סיפר את הדברים להוריו ולאחיו (ת/1, ש' 795 ואילך). יצוין כי אף לאחר תיקון גירסה זה, נמנע המתלונן מלציין שאת סיפורו סיפר גם לפקיד הסעד ולמנהל מחלקת החינוך במועצה המקומית, עוד קודם לחקירה.

ייתכן שבנסיבות אחרות הייתי נכון לראות במרבית הסתירות האמורות אך "סתירות לכאורה" (כאלו הנעוצות בטבע האנושי, בשונה מ"סתירות אמיתיות", המעלות חשש לאמירת שקר, ואשר בכוחן לכרסם בכוחה של עדות – ראו: ע"פ 11235/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (לא פורסם, 30.5.07)). עם זאת, מקובלת עלי כאן מסקנתו של השופט עמית כי בהצטרף סתירות אלה לתהיות האחרות לגבי אמינות המתלונן, הן מקשות על הסתמכות על עדות המתלונן כבסיס להרשעת המערער.

(ו) כבישת העדות:

46. המתלונן כבש את עדותו באופן ממושך, הן מבחינת מספר הפגישות עם המערער לאחר המפגש הראשון, שבו בוצעו המעשים לטענתו (כשבע פגישות לדבריו), והן מבחינת משך הזמן (כשנה לערך). למותר לציין שעצם ההשתהות בהגשת תלונתו של קורבן עבירת מין, איננה מפחיתה בהכרח מאמינותה, במיוחד כאשר הקורבן הוא קטין, שכן תדיר יהיה הקורבן נתון, בין היתר, ללחצים פסיכולוגיים וחברתיים, המקשים על הגשת התלונה (ראו: ע"פ 2677/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.4.07)); ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625 (2004)). ברם, ניתן להבין את תמיהתו המסוימת של שופט המיעוט בדבר כבישת העדות (סעיף 11 לחוות דעתו), כאשר המתלונן עצמו מוסר כי הוא נוהג לחלוק כל אירוע (לרבות כל אירוע שלילי) הן עם אמו והן עם אביו, והוא מאשר כי היו לו הזדמנויות לספר להם על

המעשים הנטענים. אותה תמיהה קיימת כאשר ההסבר לכבישת העדות הוא בכך שהמתלונן גילה את המעשים לאביו רק כאשר עלה לכיתה ג' והשכיל להבין ש"המדובר במעשים מלוכלכים" (סעיף 24 לחוות דעתה של השופטת הורוביץ; עמ' 88 ש' 4-1 לפרוטוקול). המתלונן העיד מנגד כי: "כל פעם שהייתי חוזר מביה"ס" (הווה אומר: עוד לפני תלונתו) הוא חש שאיננו רוצה ללמוד כיוון שהמערער עשה בו "מעשים מלוכלכים" (עמ' 80, ש' 6-8), ואף "כל פעם שהייתי חוזר מביה"ס הייתי אומר לאמא שלי 'אני לא רוצה ללמוד אצל פריד'" (עמ' 91, ש' 28-30) – אמירות שלא הבשילו משום מה כדי שטיחת סיפורו של המתלונן בפני האם. שוב, גם תמיהות אלה אינן כבודות משקל כשלעצמן, ודרך שגרה היו נעדרות כוח לפגוע במהימנות המתלונן, אולם בהצטרפן לקשיים אחרים, שמזכיר שופט המיעוט במקרה דנן – יש בהן כדי להקשות על הסתמכות על עדות המתלונן כבסיס מספיק להרשעת המערער.

(ז) מניע לתלונה:

47. המערער-הנאשם איננו חייב, כמובן, להוכיח קיומו של מניע להעלאת תלונת-שווא על ידי המתלונן. עם זאת, השופטת הורוביץ ציינה – ובצדק – כי "היעדרו של מניע שיגרום למתלונן לבדות סיפור שאין בו כדי להועיל לו, מוסיף נדבך נוסף לטובת קבלת גרסתו" (סעיף 23 לחוות דעתה). שופטי הרוב אכן קבעו כי אין כל מניע לתלונת שווא של המתלונן, וקבעו כי אף אין בידי ב"כ המערער (שייצגו בבית המשפט המחוזי) כדי להצביע על מניע כאמור. השופטת הורוביץ הוסיפה כי ברור שאיש מבני משפחתו לא דחף את המתלונן להאשים את המערער בדברים שלא עשה (שם).

מנגד העלה שופט המיעוט, כאמור, מספר אפשרויות למניע לתלונה – אחת מהן: כי המתלונן לא רצה ללכת לבית הספר, חשש מסילוקו, והחלטתו להטיל – בפני אימו – את האשמה לאי-רצונו ללכת ללמוד על מורתו א' (בשל סטירה שסטרה לו, לטענתו, עובדה שהוכחה על ידה כאמור), ועל המערער (ייתכן – בקשר עם זיהוי "נקודת החולשה" שלו לאור התנצלות המערער בפניו, כאמור בפסקה 37 שלעיל).

48. לטעמי, האפשרות כי חוסר רצונו של המתלונן ללכת לבית הספר היא הסיבה (להבדיל מן המסובב) לתלונה על מעשי המערער (בהשתלבה עם סיפור ה"טאב" שבגרסת המערער) יכולה למצוא ביסוס מסוים דווקא בדרך התמודדותו של המתלונן עם האפשרות האמורה. בא-כוח המערער הטיח במתלונן את החשד שמא היסוד לסיפורו הוא רצונו שלא ללכת לבית הספר, והמתלונן הכחיש סברה זו באומרו: "אני

רוצה ללכת לביה"ס" (עמ' 93, ש' 9-14). ראוי לציין כי באופן דומה ציין המתלונן באוזני חוקר הילדים, לאחר שסיים לגולל את סיפורו, מיוזמתו ולכאורה ללא הקשר כלשהו, כי "אני רוצה ללמוד" (ת/1, ש' 850). התעקשותו של המתלונן על רצונו ללכת לבית הספר וללמוד – כנימוק השולל את האפשרות שזה הרקע לתלונתו – איננה נראית כמתיישבת כלל ועיקר עם ראיות רבות שהוצגו בפני בית המשפט המחוזי, לפיהן לא היה דבר רחוק מן המתלונן מרצון ללכת לבית הספר וללמוד, כפי שהעריכה אף אמו (ראו, בין היתר: סעיף 5 לחוות דעתו של השופט ענחית). חוסר רצון זה ללמוד ניכר גם בהערכות המורים כלפי המתלונן, עוד זמן רב לפני תלונתו ואף לאחריה: מנהל בית הספר קבע שמדובר ב"ילד לא ממושמע, תמיד נותן מכות לילדים (מכות אלימות) לא עושה עבודות בית ולא מוכן לכתוב" ושכל הנוגע למילוי המטלות בבית הספר הוא "לא עושה בכלל" (מסמך 3 בתיקו האישי של המתלונן, ת/7); תלמיד שנאלץ לחזור על כיתה א' בשל מצב לימודי חלש, היעדרויות, חוסר ריכוז והזנחת מטלותיו (מסמך 6 בת/7); תלמיד אשר "מאחר המון", "לא אוהב את התלמידים", ו"התלמידים לא סובלים אותו בגלל בעיותיו המרובות" (מסמכים 4 ו-5 בת/7), וכהערכה כללית: "המצב רע לגמרי" (מסמך 1 בת/7).

בחירתו של המתלונן להכחיש את האפשרות שהעלה הסניגור (וייתכן אף זו שהשתמעה משאלות חוקר הילדים, להבנתו של המתלונן) כי חוסר חיבתו ללימודים ונסיונות המערער לגמול אותו מכך בכך הרקע והמניע לתלונה – הכחשה שבאה בדרך של טענה לפיה הוא אוהב ללמוד ואוהב ללכת לבית הספר – נראית כבעייתית. קושי זה מתחזק עוד יותר בשים לב לכך שהעיתוי היחיד בו בכה המתלונן (לאחר שמסר את עדותו באופן רגוע ושלו – סעיף 11 לחוות דעת שופט המיעוט) היה דווקא בתום עדותו, תוך שהמתלונן פונה לסניגור ואומר לו:

"אתה המצאת את זה שלא רציתי ללכת לבי"ס. אני מתכוון כי הסניגור אומר שאני המצאתי את השקר הזה על פריד ועל המורה א' כי אני סיפרתי לאמא שלי את זה כדי שאני לא אלך לביה"ס ואם לא הייתי רוצה ללכת לביה"ס הייתי בורח" (עמ' 95, ש' 28-31 לפרוטוקול; סעיף 11 לחוות דעת שופט המיעוט).

הנה כי כן הספק מנקר שמא נבע הבכי מכך שאותו "ניחוש" של הסניגור לגבי הרקע לתלונת המתלונן היה נכון? – לא ניתן לפסול פרופוזיציה זאת.

בהקשר אחרון זה, יש לציין כי המתלונן הטיח האשמות לא רק במערער כי אם גם במחנכת שלו, המורה א', כעילה לאי-רצונו ללכת לבית הספר. לטענתו, א' סטרה לו באירוע מסוים (עמ' 86, ש' 16 לפרוטוקול) – טענה שא' עצמה, שהעידה במשפט, הכחישה בתוקף כאמור. אימו של המתלונן סיפרה שבנה הודיע לה כי איננו רוצה ללכת לבית הספר מן הטעם ש-א' סטרה לו, וזאת אגב סינון קללות לגבי א' (עמ' 64, ש' 30-27 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית, בסמוך לשאלת הסניגור האם המתלונן המציא תלונה על המערער כדי להימנע מללכת לבית הספר, שאל הסניגור את המתלונן האם המציא סיפור גם על א' כדי שלא יילך לבית הספר. גם בענין זה אמר המתלונן ש"אני רוצה ללכת לביה"ס", והכחיש בתוקף שאמר למישהו כי אינו רוצה ללכת לבית הספר בגלל המורה א' (עמ' 93, ש' 12-17 לפרוטוקול). ברם, ככל שהדברים נוגעים למורה א', טענת המתלונן ודאי איננה נכונה, כמסתבר מדבריה הנוגדים של אמו. לא ניתן איפוא לשלול מניה וביה שזהו המצב אף באשר לתלונה כנגד המערער.

49. סיכום הדברים בהקשר לעדותו של המתלונן הוא איפוא זה: שופט המיעוט העלה, בחוות דעתו המפורטת, מגוון של קשיים וסתירות ביחס לגרסתו של המתלונן. אף שלשיטת שופטי הרוב (השופטת הורוביץ – במשתמע, והשופט שייף – במפורש) – אין בקשיים אלה ממש, הרי שלטעמי אין הדבר כך. אמנם, לא ניתן לאתר כל פגם ברור בעדותו של המתלונן, אשר יצדיק מסקנה חד-משמעית לפיה המתלונן איננו מהימן. אולם התהיות השונות ביחס לעדותו של המתלונן – הן אלו שנסקרו בחוות דעתו של השופט עמית והן אלו שפורטו לעיל – יש בהן די כדי להצדיק את קביעתו של השופט עמית לפיה אין לסמוך את הרשעתו של המערער על עדותו היחידה של המתלונן (סעיף 11 לחוות דעתו).

50. עתה יש לבחון האם בעדות חוקר הילדים וכן – בעדות המערער במשטרה ובבית המשפט, יש די כדי לבסס את ההרשעה.

ב. עדות חוקר הילדים

51. שופטי הרוב התרשמו עד למאד מעדותו וממקצועיותו של חוקר הילדים אסעד וותד, אשר הביע את הערכתו בבית המשפט (זמן רב לפני שהמתלונן עצמו מסר את עדותו) כי "הילד חווה את מה שתיאר", וזאת על יסוד "סימני אמת" בעדות המתלונן אותם פירט (ראו: סעיף 12 לחוות דעתה של השופטת הורוביץ). השופט שייף אף הביע תמיהה על כך ששופט המיעוט, השופט עמית, לא נדרש כלל ועיקר לעדותו של חוקר הילדים.

52. אין בידי לחלוק, כמובן, על התרשמותו של בית המשפט המחוזי – בדעת הרוב – מעדות חוקר הילדים. אבקש רק להעיר בשני עניינים שיש בהם כדי להשליך על משקל העדות האמורה: האחד – היחס בין עדות החוקר ועדות המתלונן, והשני – "הכתמתה" האפשרית של עדות המתלונן בפני החוקר (ראו: ע"פ 6501/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.3.07); ע"פ 4759/93 מדעי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.7.94)). נפרט:

52.1. עדות המתלונן: משהעיד המתלונן במשפט (מספר ימים אחדים לאחר יום הולדתו השנים-עשר, וזמן רב לאחר עדותו של חוקר הילדים), לא היה עוד צורך פורמלי בשמיעת עדות החוקר (ראו: חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 ובמיוחד סעיפים 9,2 ו-11 שבו. כן ראו סעיפים 54א(ב) ו-1(ג) ו-55 לפקודת הראיות. עיינו עוד: רע"פ 3904/96 מדעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 385 (1997)). מובן שעדות חוקר הילדים יכולה להיות קבילה ואף רלבנטית, בהצטרפה לראיות מהותיות אחרות. אולם מאידך גיסא, מובן גם שבית המשפט מנוע מלהתפרק משיקול דעתו ולמסור למעשה את ההכרעה המשפטית בידי חוקר הילדים. על בית המשפט אף לבחון האם יש בכלל הצדקה לשמיעת עדותו של חוקר הילדים בנסיבות שכאלו, ואיזה משקל ראוי לתת לאותה עדות – השוו להערתו של השופט א' מצא בענין זה ב-דנ"פ 3281/02 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.9.02), שהתנסח כדלקמן:

"בעתירתו חוזר העותר וטוען, כי חוות-דעתו ועדותו של חוקר הילדים אינן ראיות קבילות. לטענתו, בית המשפט [ב-ע"פ 9214/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 10.4.02) – תוספת שלי – ח"מ] פסק הלכה חדשה, אשר תוצאותיה קשות, שכן היא מאפשרת קבלת עדות-סברה של חוקר הילדים, בדבר מהימנות גירסתו של קטין שנחקר על-ידיו, גם לאחר שחוק הגנת ילדים איננו מכשיר את קבלתה.

כשלעצמי, הריני סבור כי בשאלה אם לקבל כראיה את חוות-דעתו ועדותו של חוקר ילדים, אודות מתלונן קטין המעיד במשפט, מוטל על בית המשפט להכריע תוך התחשבות במטרת הגשתן של הראיות ועל רקע נסיבותיו העובדתיות של המקרה הנתון. אם מטרת הבאתן של חוות הדעת והעדויות היא אך לספק לבית המשפט הערכה מקצועית בדבר אמינותו הכללית וכן אמינות גרסתו של העד לגבי המקרה הנתון, הרי שמוטב לבית המשפט להימנע מקבלתן; שכן, משהעיד הקטין לפניו וניתנה לו הזדמנות להתרשם באורח בלתי-אמצעי מעדותו, מן המידה שיכריע בשאלת מהימנותו מבלי להיזקק לעדות-סברה חיצונית בשאלה זו. אך יש שחוות-דעתו ועדותו

של חוקר הילדים עשויות להיות ראיות נחוצות; כגון, כשהן נדרשות להארת עיני בית המשפט בדבר מצבו של הקטין בשלב החקירה, מקום שמצב זה הוא ראיה קבילה, או בדבר אירועים שהתרחשו במהלכה. לא למותר להוסיף, כי גם בהתקיים נסיבות המצדיקות את הצגתן של ראיות אלו, מוטל על בית המשפט להגביל את הסתמכותו עליהן רק למטרה שלשמה נמצאו הללו ראיות להתקבל.

מפסק הדין שלערעור נובע, כי בענייננו לא נפל פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי לקבל כראיות את חוות-דעתו ואת עדותו של חוקר הילדים, שכן ראיות אלו נדרשו לשם הבהרת מהלכה של החקירה, לאחר שבחקירה הנגדית הותקפה אמינות המתלוננת על רקע העובדה שאת תלונתה על מעשי העותר מסרה "בשלבים". דברים אלה אכן עולים בקנה אחד עם דיני הראיות הכלליים, ואין בהם משום חידוש או קשיות מיוחדים. השגות העותר על קבילות הראיות סבו, אמנם, גם על האופן שבו שימשו הללו את בית המשפט המחוזי. אך בהשגותיו בנושא זה, הנושאות אופי "ערעורי", אין כדי להקים עילה לקיום דיון נוסף.

בכל מקרה, אין חולק כי משהעיד המתלונן עצמו, עיקר הדגש צריך להיות מושם על ניתוח עדותו בפני בית המשפט.

52.2. "הכתמת" העדות: חוקר הילדים היה האדם השביעי (לפחות) שלו סיפר המתלונן את סיפורו, דבר המעורר חשש ל"הכתמתה" של העדות על-ידי מי ממתשאליו הבלתי מקצועיים הקודמים של המתלונן (השוו: ע"פ 4649/01 אטולין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 616 (2001)). שופטי הרוב היו מודעים, כמובן, לקושי זה. עם זאת, הם נסמכו על עדות חוקר הילדים, שמצא כי חרף ריבוי התשאולים הקודמים, עדותו של המתלונן לא "הוכתמה", וכי הוא מספר את הדברים כהווייתם. השופטת הורוביץ הוסיפה את התרשמותה לפיה: "אין מדובר בעדות שמאן דהוא לימד את המתלונן איך ומה לומר. אופיה של העדות, טיב המעשים וההתנהלות שתוארו, שוללים חשש כזה" (סעיף 11 לחוות דעתה).

מבלי לגרוע מדברים אלה, סבורני כי בנסיבות הענין שלפנינו יש לתת משקל מופחת לעדותו של המתלונן בפני חוקר הילדים, ובהתאם – למסקנותיו של חוקר הילדים. יוזכר: תחילה אמר המתלונן לאביו כי אינו רוצה ללכת לבית הספר בגלל המערער, ואז החל האב "לחקור" את המתלונן מה בדיוק עשה לו המערער (חקירת האב במשטרה ת/11, עדותו בעמ' 72 לפרוטוקול). אחר כך זימן האב את האם, וגם בפניה תיאר המתלונן את שעשה בו המערער, לדבריו. בהמשך סיפר המתלונן את הדברים

לשניים מאחיו הגדולים (שלא נחקרו), ואז – לפקיד הסעד ולמנהל מחלקת החינוך במועצה המקומית. המתלונן הגיע לחוקר הילדים רק כחודש לאחר תלונתו הראשונית, בשלב שבו סיפורו ודאי היה כבר מגובש ועקבי – בין אם משום שהיה אמת לאמיתה, ובין אם משום ש"לוטש" ו"קובע" במהלך התשאולים החוזרים ונשנים שנעשו לו בידי גורמים בלתי מקצועיים שונים. עוד יוזכר כי חוקר הילדים הנחה את הורי המתלונן שלא לספר למתלונן מדוע הוא מוזמן לחוקר, ובכל זאת – המתלונן הבהיר לחוקר כי הוא ידע היטב מראש באיזה ענין ומאיזה טעם הוא הוזמן לחוקר: "בגלל פריד" (ת/1, ש' 168).

לענין זה יפה אזהרתו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין:

"... בחקירת ילד או ילדה, על-פי חוק הגנת ילדים, יש לשים דגש מיוחד על "טוהר" החקירה. יש להימנע ככל הניתן מהתערבות של גורמים חיצוניים, אשר יש בה כדי להשפיע על עדותו של הילד-העד, או על מהלך החקירה. מעורבות כזו של גורמים חיצוניים – בייחוד כזו שאין לה תיעוד אמין, ואשר לא ניתן לעמוד על פרטיה – עלולה במקרים מסוימים להטיל ספק במהימנות העדות העיקרית ולהביא לזיכוי של הנאשם (השוו: ע"פ 4649/01 הנ"ל)" (ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 769, 781 (2002)).

הדברים האמורים נאמרו באותו מקרה לגבי דרך ניהולה של חקירת ילד, ומניעת מעורבות-יתר של גורם חיצוני ובלתי מקצועי במהלך החקירה, מחשש להכתמת העדות, אולם יפים הם לשיטתו אף למצב של מעורבות-יתר קודם לעריכת החקירה, באופן שעד לעריכתה – יתקשה חוקר הילדים להעריך נכונה את סיפורו של הנחקר ואת מהימנותו. ודוק: מאליו מובן שבדרך כלל לא יהא חוקר הילדים הראשון השומע את סיפורו של הקורבן. אולם במצב שלפנינו, קיימים מספר נתונים שיש בהם, לטעמי, כדי להפחית עד למאד ממשקלה של עדות המתלונן בפני החוקר ועדות החוקר בבית המשפט: העובדה שחוקר הילדים היה לפחות השביעי במספר (והשלישי – מחוץ למשפחת הילד) השומע את הסיפור, ענין שהחוקר אישר כי אכן עלול לפגוע בתוצאות החקירה שערך (עמ' 10, ש' 10 לפרוטוקול); הדבר מקבל משמעות נוספת כאשר ראשון ה"חוקרים", הוא אבי המתלונן, המנסה בלהיטות טבעית ומובנת (ובתום לב מלא) לתשאל את בנו על מנת לחלץ ממנו מה עשה לו המערער ומדוע אין המתלונן רוצה ללכת לבית הספר, באופן שעלול להכניס לפיו או למוחו של המתלונן אמירות ותובנות בלתי מדויקות; לכך יש להוסיף את מרחק הזמן הרב יחסית שבין תלונתו הראשונה של

המתלונן לבין חקירתו אצל חוקר הילדים וידיעתו הברורה של המתלונן (בניגוד להנחייתו המפורשת של חוקר הילדים להורי המתלונן) בהקשר למה נערכת החקירה.

53. בנסיבות הענין, ובפרט כאשר המתלונן העיד בעצמו בבית המשפט, אינני רואה לפיכך קושי בעובדה ששופט המיעוט לא ראה להזקק כלל לעדותו של חוקר הילדים.

ג. גרסת המערער

54. היסוד השלישי להרשעת המערער היו כאמור הפגמים שנפלו בגרסתו שלו. לשיטת שופטי הרוב (ובמיוחד הדגישה ענין זה השופטת הורוביץ), הסבריו של המערער אינם מתקבלים על הדעת, והודעתו במשטרה מהווה משום "ראשית הודייה" במעשים שיוחסו לו. שופט המיעוט מצא כי גרסתו של המערער איננה כה בלתי-מתקבלת על הדעת עד שאין בה כדי ליצור ספק סביר באשמתו, אף שכמה מאמרותיו בחקירתו במשטרה אכן מותרות חשד שמא ביצע את העבירות. לשיטתי, לא ניתן לדחות את עמדת שופט המיעוט כבלתי סבירה.

55. בטרם אידרש לאמירות השונות (עיקרן – בחקירת המערער במשטרה), אשר שופטי הרוב מצאו כי הן מעידות על היעדר מהימנותו של המערער, אבקש להעיר בקצרה על הרקע לאותה חקירה והמשקל שיש לייחס לה. אמנם, כפי שציינו השופטים שיף ועמית, אין בעובדה שלמערער לא נאמר טרם חקירתו כי הוא יכול להיוועץ בעורך דין כדי לפגום בקבילות חקירתו, שכן אפילו הוא לא טען בבית המשפט המחוזי לתחולת הלכת יששכרוב על הענין (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.06); עיינו גם: ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.09)). יוזכר גם – כפי שציינה השופטת הורוביץ – כי מעמדו של המערער בחקירתו היה כשל חשוד, ולא כשל עצור ולכן הוראת סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 כלשונה לא חלה עליו. מאידך גיסא, מקובלת עלי הערתו של השופט עמית לפיה:

"מטבע הדברים, יש להניח כי הנאשם, אדם שלא הסתבך מימיו עם רשויות החוק, היה המום מהאשמה שהוטחה בו. על רקע זה, ועל רקע הגירסה של הנאשם, גירסה של דקויות, יש לקרוא בזהירות את הודעתו במשטרה ולבחון אם יש בה משום ראשית הודאה, ולמיצער, סיוע או חיזוק לעדותו של הקטין" (סעיף 16 לחוות דעתו).

יצוין, כי המדובר בתמליל חקירה שהיא קצרה ביותר, בלתי מוקלטת, לא תמיד קוהרנטית, בגדרה המערער מנסה להסביר בבהילות, בשפה שאינה שפת אימו, כיצד ייתכן שמצא עצמו מואשם בעבירות כה קשות. הנה כי כן, יש קושי רב לחלץ מתמליל החקירה ממצא ברור ובלתי ניתן לפרשנות נוגדת, ולהסיק מכוחו כי יש בדברי המערער משום "ראשית הודיה" במעשים שיוחסו לו. אין ספק כי לפחות חלק מאמרותיו של המערער בחקירתו הן בעייתיות, כפי שהסכימו חברי המותב של הערכאה המבררת כולם; אולם לא מצאתי כי יש בהכרח לראות בדברי המערער כמפלילים אותו, ובהסבריו בעדותו בבית המשפט - כתירוצים נפתלים ומופרכים, שמטרתם להסביר את אמרותיו המפלילות.

56. להלן אבחן איפוא אותן אמרות ויסודות מרכזיים בגרסת המערער, ששימשו להרשעת המערער לשיטת דעת הרוב בבית המשפט המחוזי.

(א) סיפור ה"טאב":

57. כאמור לעיל, מיד בתחילת חקירתו במשטרה תיאר המערער אירוע שאירע בראשית פגישותיו עם המתלונן, הוא סיפור ה"טאב", סיפור עליו נחקר ארוכות גם בעדותו בבית המשפט. עיקרי סיפור ה"טאב" פורטו בהרחבה בסעיף 4 לעיל, ותמציתו, יוזכר, הוא באמירתו הבלתי ברורה של המתלונן כי בוצע בו "טאב", הדגמתו את הדברים בדרך של כריעה על הרצפה, כריעת המערער במרחק מה מאחוריו, תובנת המערער כי הוא מצוי בתנוחה שיכולה להיתפס כבלתי ראויה מוסרית, התנצלותו בפני המתלונן, ואמירת המתלונן למערער בפגישה שהתקיימה כשנה מאוחר יותר (כאשר נשאל שוב בענין ה"טאב") כי: "רק אתה עשית לי את זה". כאשר נחקר המערער מדוע לא ערך רישומים ומסר דיווח על חשדותיו כי במתלונן בוצעו מעשים מגונים, הסביר המערער שכלל לא היה בטוח שבקטין אכן בוצעו מעשים כלשהם, והוא לא רצה "להזעיק" את מערכת הרווחה, שלטיפולה עלולות להיות השלכות שליליות על המתלונן, כל עוד לא ביסס את חשדותיו (לגרסתו של המערער בענין ראו: הודעת המערער בחקירתו, ת/4, ש' 5-6, 13-17, 51-52, 71-76; ובעדותו בבית המשפט, בעמ' 116-117, 124, 125, 127 ו-135 לפרוטוקול).

58. אין ספק כי סיפור המעשה האמור הוא תמוה למדי. הקושי העיקרי הוא בעצם נכונותו של המבקש לכרוע על הריצפה מרחק קצר מאחורי ילד כבן 9, על מנת להבין למה מתכוון הקטין באומרו כי עשו לו "טאב" – ורק אז להבין לפתע שהתנוחה

האמורה בלתי ראויה. סיפור זה מעורר, כמובן, חשד שמא המערער נשכב על גבי המתלונן, או מאחוריו, כטענתו של זה האחרון. ברם, אין לקבוע שסיפור המעשה הוא בהכרח מופרך, ונכונותו של שופט המיעוט לקבל את גירסתו של המערער ככזו המעלה ספק סביר ביחס לאשר אירע – מקובלת עלי. בפרט נכון הדבר דווקא משום שלא היה למערער טעם לספר את הסיפור האמור, ככל שאכן ביצע במתלונן מעשים מגונים וביקש להרחיק ממנו את האשמה: בהיעדר ראיות כלשהן למה שאירע בפגישותיהם (למעט תלונת המתלונן), מה קל היה למערער לטעון כי לא עשה במתלונן דבר בלתי ראוי, ואפילו לא דבר היכול להיתפס כבלתי ראוי? מה טעם ב"המצאת" סיפור מעורר תמיהות, וזאת על אתר ועם ראשית חקירתו במשטרה? ואוסף כי אם רצה המערער לטעון (כפי שעשה בבית המשפט, אך לא בחקירתו) שייתכן והמתלונן-המטופל משליך על המערער-הפסיכולוג מעשה מיני שעשה בו אדם אחר, יכול היה לטעון כך אף בלא סיפור ה"טאב" הבעייתי.

59. עתה אבקש להידרש לעמדתם של שופטי הרוב, אשר סיפור ה"טאב" (ושלילתו, בחוות דעתה של השופטת הורוביץ) היוו נדבך חשוב בהכרעותיהם.

60. השופטת הורוביץ סקרה בפירוט את אמירותיו השונות של המערער בענין ה"טאב" (סעיפים 45-50 לחוות דעתה). היא מצאה כי גרסתו של המערער השתנתה בהתאם לנסיבות, לקתה בסתירות, וכי סיפור ה"טאב" מופרך מעיקרו והומצא רק כאמצעי להסתת הסיטואציה אותה תיאר המתלונן בתלונתו – לסיטואציה אחרת, ותמימה יותר, שתוכל להסביר את התלונה.

דעתי שונה. התקשיתי לראות בדבריו של המערער בחקירתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט משום שינוי גרסאות. ניתן אמנם לזהות בדבריו אמירות שאינן עקביות באופן מוחלט, אולם השינויים בדברים אלה הם מינוריים: בשאלה האם המתלונן אמר את המילה "טאב" מיד לפני שכרע על הריצפה, או עם כריעתו; או האם חשדו של המערער כי הביטוי "טאב" הוא בעל הקשר מיני – התגבש מדברים שאמר המתלונן עוד בטרם השלים את הדגמת המעשה (והמערער כרע מאחוריו), או רק כתוצאה מאותה הדגמה. כל אלה, והציטוטים שהובאו בחוות דעתה של השופטת הורוביץ, יכולים להשתבץ לטעמי כולם באופן קוהרנטי ועקבי גם בגרסתו של המערער, כמתואר לעיל.

אשר לתהיית השופטת הורוביץ מה ראה המערער להתנצל אם לא נגע במתלונן – אשיב, כי כפי שהסביר המערער – עצם התנוחה של פסיכולוג הכורע בקרבת קטין נראית כבלתי ראויה (ואף בענין זה מקובלים עלי דבריו של השופט עמית – עמ' 39

להכרעת הדין). תמיהתי היחידה היא על שהמערער השכיל להבין עד כמה בלתי ראויה אותה תנוחה, רק לאחר שהציב עצמו באותה תנוחה, אולם בכך אין כדי לשלול את גירסתו.

61. תמיהה נוספת של השופטת הורוביץ היא על שבא-כוח המערער דאז נמנע כליל מלחקור את המתלונן על סיפור ה"טאב", ורק בית המשפט היה זה ששאל את המתלונן האם סיפר למערער ש"מישהו נפל עליך", או "מישהו נשכב עליך" (עמ' 95 ש' 2-5 לפרוטוקול). אינני שותף אף לתהיה זו: בא-כוח המערער שאל את המתלונן שאלות מספר הקשורות לסיפור ה"טאב" (עמ' 94, ש' 27-31 לפרוטוקול) כפי שנוהג לעשות סגור זהיר, ולאחר שהמתלונן לא נראה כמבין את כוונת חוקרו, קטע בית המשפט את החקירה והפנה את שאלותיו שלו למתלונן, בלשון פשוטה יותר. מכל מקום אין לזקוף התנהלות זו לחובת המערער.

62. אחרונה, באשר לתמיהתה של השופטת הורוביץ מדוע לא ראה המערער לרשום ולדווח על כך שבמתלונן בוצעו מעשים מיניים, מקובלים עלי, בכל הכבוד, טעמיו של השופט עמית (סעיף 14 לחוות דעתו), כי בשים לב להשלכות מרחיקות הלכת של דיווח על פגיעה מינית בקטין, אין זה בלתי אפשרי שהמערער ביקש לברר האם אכן אירעה פגיעה שכזו, בטרם יפעיל את "פעמון האזעקה" בעניינו של המתלונן. מובן שאין בכך כדי להוות הכשר להחלטתו של המערער שלא לערוך רישומים ולדווח על חשדותיו, אולם בשלב זה אין עסקינן בשאלה האם המערער נהג כשורה מבחינה מקצועית, או אתית, אלא האם ייתכן שגרתו של המערער היא גרסת אמת, או כזו המעוררת ספק סביר בהרשעתו הפלילית.

63. באשר לחוות דעתו של השופט שיף: אף שפורמלית הוא מאמץ את חוות דעתו של השופטת הורוביץ, הרי שדרך הילוכו היא שונה. השופט שיף קובע כי הוא "מייחס משקל לעובדה, כי הראשון שבו הטיח המתלונן את גירסתו היה הנאשם עצמו" (כפי שאמר המערער בחקירתו במשטרה). גרסה זו, כך נקבע: "לא רק שהיא תואמת את גירסת המתלונן, אלא היא מעידה על תום ליבו של ילד קטן שלא מהסס להביא גירסתו האמיתית בפני אדם מבוגר, בעל מעמד ובעל סמכות. לא כך נוהג ילד קטן המעליל עלילת שווא" (עמ' 42 להכרעת הדין).

קביעה זו איננה מתיישבת לכאורה עם ההסכמה שנתן השופט שיף לחוות הדעת של השופטת הורוביץ. כאמור, לשיטת השופטת הורוביץ סיפור ה"טאב" הוא מופרך

מראשיתו עד סופו. לעומת זאת, לשיטת השופט שיף (שקבע כאמור כי הוא מצטרף לחוות דעתה) הרי אותו נדבך עיקרי בסיפור, ולפיו המתלונן הטיח במערער שהוא היחיד שביצע בו "טאב" – הוא נכון. מדובר פה איפוא בשתי גישות שקשה לגשר ביניהן, וודאי שאינן יכולות לחזק האחת את רעותה. בנוסף, קביעה לפיה המתלונן האשים ראשית לכל את המערער בביצוע המעשה המגונה, היא קביעה שאכן היה בה כדי לבסס את מהימנות המתלונן, אילולא היתה עומדת בסתירה לגירסתו של המתלונן עצמו, שטען כי גולל את סיפורו ראשית בפני אביו ואחר כך בפני אנשים אחרים, אך לא בפני המערער.

64. אזכיר עוד תמיהה אחת שמעלה השופט שיף באשר לגרסת המערער בענין ה"טאב" (שלא נזכרה בחוות דעתה של השופטת הורוביץ), ולפיה: "הנאשם בעצמו גורס כי המתלונן הטיח בו שרק הוא, הנאשם, ביצע בו 'טאב'. כיצד מתיישבת גירסה זו עם טענת המערער כי בפגישתם הראשונה סיפר לו המתלונן כי מאן דהוא אחר ביצע בו 'טאב'?" (עמ' 45 להכרעת הדין). לא מצאתי בתמיהה זו כל קושי, שאינו מתיישב עם הסברו של המערער: המערער עצמו הוא שתיאר – עוד בחקירתו במשטרה – את הפתעתו מכך שבעוד שהמתלונן הדגים בפגישה בסוף שנת 2003 את מעשה ה"טאב" שבוצע בו, הרי שבפגישה בנובמבר 2004 הטיח בו המתלונן "שלא היה מישהו אחר ורק אתה עשית לי את זה" (ת/4, ש' 13-17). יוזכר, כי המערער אף העריך בעדותו במשפט כי ישנה אפשרות שהמתלונן ביצע "העברה" פסיכולוגית מן הפוגע האמיתי, אל המערער, וזה הרקע לתלונה.

65. אחרונה אציין השתוממות נוספת שעלתה במכלול והיא – מדוע שילד בן תשע לערך ידגים מיוזמתו את התנוחה המביכה של כריעה על ברכיו וראשו על הרצפה, במקום לתארה במילים, ולו בכלליות. דומה כי תשובה לכך ניתן למצוא משילוב של הסברי המערער, לפיה המתלונן התקשה בתיאורים מילוליים למה שאירע לו, יחד עם אמירתו של חוקר הילדים (המשתקפת בקלטת החקירה, ת/1), לפיה המתלונן ביצע "המון הדגמות בשיחה שלנו", מקום שבו היה נבוך מלציין במפורש איברי מין ומעשים מיניים (עמ' 15, ש' 3-5 לפרוטוקול).

66. סיפור ה"טאב" הוא איפוא אכן תמוה, גם לשיטתי, ואפשר להבין מדוע הוא חיזק את סברותיהם (השונות) של שופטי הרוב בדבר אשמת המערער. מאידך גיסא, סיפור זה, שלא היה למערער כל היגיון לבדותו, ניתן להסבירו אף ככזה המהווה רקע

לתלונת המתלונן (על פי גרסת המערער). לפיכך, בצדק ראה בו שופט המיעוט משום הסבר, אשר לא ניתן להגדירו כמופרך והמערער ספק.

(ב) "קריזה":

67. מילה זו נזכרה בדבריו של המערער בענין סיפור ה"טאב" ("ואני התכופפתי אחוריו וקמתי מייד אני לא נגעתי בו קיבלתי איזה קריזה כזאת ואמרתי לו סליחה ולא הייתי צריך לעשות את זה". לציטוט המלא – ראו פסקה 7 לעיל). אמירה זו נמצאה אף היא על-ידי שופטי הרוב כמלמדת על כך שהמערער ביצע את המעשים המיוחסים לו.

68. הסברו של המערער לדברים אלה בעדותו בבית המשפט הבהיר כי ה"קריזה" בה דיבר משמעה התעשתות - תחושה שעלתה בו כתוצאה מכך שהבין כי הוא מצוי בתנוחה שאינה מקובלת – כורע מאחורי המתלונן-הקטין, ובשל כך קפץ וקם ממקומו (עמ' 135, ש' 23-31 לפרוטוקול). באור זה עומד, לעומת ההסבר שהציעה ב"כ המדינה, לפיה ה"קריזה" משמעה ערפול חושים, אשר חש המערער בנסיבות.

69. השופטת הורוביץ ראתה בהסברו הנ"ל של המערער משום פרשנות סמנטית מופרכת, הנועדת לתרץ דברים שאמר בחקירתו במשטרה (סעיף 50 לחוות דעתה). היא הוסיפה בענין זה עוד כדלקמן:

"תמוה, מדוע כריעה מאחורי רגלי המתלונן, במרחק כ- 20 ס"מ ממנו, מבלי לגעת בו, כדי להבהיר את סיפורו, מצדיקה בו במקום התנצלות מצד הנאשם (פסיכולוג כלפי מטופל - ילד קטן)?! מדוע הנאשם ראה בכך מעשה לא מוסרי, לא בסדר, שפגע בו אישית?! הנאשם התפתל והתפתל בהסבריו, אך הסבר סביר לא ניתן" (סעיף 46 לחוות דעתה).

70. השופט עמית, מנגד, היה נכון לאמץ כאפשרי את הסברו של המערער (עליו חזר שוב ושוב בעדותו), לפיו הלקה עצמו על כך שכאיש מקצוע הוא לא אמור היה למצוא עצמו בתנוחה של כריעה על ארבע בקרבת המתלונן-הקטין, ולכן הגיע מייד ל"תובנה שאני עושה משהו שאיננו במקומו" (עמ' 127 ש' 16 לפרוטוקול). אז הוא קם והתנער כמי שחש שעשה טעות, ואף אמר זאת למתלונן (סעיף 18 לחוות דעתו).

71. אף לגישתי מובן הדבר מדוע המערער חש שעשה מעשה שנראה לא מוסרי, ונרתע. התהייה היחידה היא, כמובן, מדוע לא הגיע המערער לאותה מסקנה עוד טרם

שכרע מאחורי המתלונן. בכל מקרה, יש בדברים כדי להוות בסיס לדבריו של המערער כי ה"קריזה" שהזכיר איננה ערפול-חושים, אשר הוביל להישכבות שלו על המתלונן, כי אם התעשתות. פרשנות זו עדיפה בעיני אף על הפרשנות של דעת הרוב, לפיה המערער אכן התכוון לומר בחקירתו שהתנפל כביכול על המתלונן בהיעדר יכולת רגעית לשלוט ביצריו – פרשנות שאינה מתיישבת כלל ועיקר עם הודעת המערער שכל כולה ניסיון להסביר כיצד מעולם לא עשה דבר בעל קונוטציה מינית במתלונן (וכן ראו דבריו של השופט עמית בסעיף 19 לחוות דעתו).

(ג) "חביבי":

72. בכתב האישום נטען כי המערער אמר למתלונן שהוא אוהב אותו ומתגעגע אליו – וזאת כנראה כמניע אפשרי לפעולותיו. המערער אמנם חזר ואישר כי היתה לו חיבה למתלונן, והוא ניסה לעזור לו, על רקע מצבו הסוציו-אקונומי הקשה, אולם הוא הכחיש בתוקף כל רמז כאילו הוא הביע כלפי המתלונן אהבה כאל אוהב (וודאי – כאל מושא משיכה מיני). המערער אמר שהוא משתמש בביטוי "אני אוהב אותך" רק לילדיו ולאשתו, בעוד שבמילה "חביבי" הוא עושה שימוש כלפי אנשים רבים, שכן זו מילה בערבית שניתן לומר לחבר בלא שתהפוך למילה גסה (עמ' 118 ש' 16-20 לפרוטוקול). הסבר זה של המערער היווה, לשיטת השופטת הורוביץ, ראיה נוספת לאשמתו, וכך באו הדברים לידי ביטוי בחוות דעתה:

"להלן דוגמא נוספת:

ב"כ המאשימה מטיחה בו בחקירה הנגדית:

"ש. כשניסית לעשות את התיק סמנטי, אמרת 'חביבי'.

ת. חביבי זה גם אני אוהב אותך." (עמ' 140 ש' 15-

14).

הנאשם שכח שבחקירה הראשית, כשנשאל אם אמר למתלונן שהוא אוהב אותו, הסביר כי רק לאשתו ולילדיו הוא אומר מילים כמו אני אוהב אותך ולאחרים הסביר: "... אני משתמש במילה 'חביבי'. 'חביבי, בוא', 'חביבי תלך', שהיא מילה נרדפת כמו בעברית למילה חמודי. ... אני יכול להגיד לחבר שלי 'חביבי' והוא לא הופך להיות אוהבי" (עמ' 118 ש' 17-20) (סעיף 50 לחוות דעתה).

לטעמי, המדובר בדוגמה למקרה נוסף בו דברי המערער נתפסים כהתפתלויות הלוקות בסתירות, מקום שאין לראותן ככאלה. מדברי המערער בחקירתו הראשית עלה דווקא בבירור כי "חביבי" יכול להיאמר לאהוב, במשמעות של הבעת אהבה, אך באותה מידה יכול להיאמר גם לחבר או ידיד, בחיבה רבה, אך ללא כל משיכה מינית,

ואין בכך כל סתירה. אין ספק כי המערער גילה חיבה למתלונן (כפי שאישר המערער מפורשות), והוא חפץ בכל מאודו לסייע לו. אולם מכך לא ניתן ללמוד כי הוא פיתח כלפי המתלונן אהבה כאל אהוב, או כי הוא נמשך למתלונן מינית.

(ד) "תגובה פיזית":

73. מיד בפתח חקירתו אמר המערער בתגובה להאשמתו במעשים מגונים:

"כל העניין הזה מפתיע אותי. אין לי מניעים מיניים ולא היו לי מניעים מיניים. הייתה תגובה פיזית עם הילד ונתתי לו לשבת על הברך שלי כמו לבן שלי אחרי ששאלתי אותו אם הוא רוצה. כנראה התערבבה אצלי המקצועיות עם הרצון שלי לתת לו אהבה מאחר והאם סיפרה שהיה חסר לו אבא בבית הרבה שנים" (ת/4 ש' 4-1. ההדגשה הוספה – ח"מ).

המערער הסביר כי כוונתו בביטוי "תגובה פיזית" היתה שעצם ישיבת המתלונן על ברכו (דבר היכול להוות לשיטתו חלק מהטיפול), היא "התגובה הפיזית, הקשר הפיזי" (עמ' 120, ש' 25-28 לפרוטוקול). כאשר בחקירתו הנגדית נשאל האם במילים "תגובה פיזית" התכוון שהיתה לו עוררות מינית שבעקבותיה הושיב את המתלונן על ברכו – דחה זאת המערער (עמ' 122, ש' 12-15), תוך שהוא מתחלחל מעצם הטענה (כאמור בחוות דעתו של השופט עמית, שם בסעיף 18 לחוות דעתו).

שופטי הרוב מצאו כי הסברו של המערער לביטוי "תגובה פיזית" בלתי מתקבל על הדעת. לשיטת השופטת הורוביץ (המצטטת את דברי המערער לעיל, אך החל מן המילים "הייתה תגובה פיזית"), הרי שהמערער ודאי "יודע היטב את ההבדל בין "תגובה פיזית" לבין הושבה על הברך", שכן העברית שבפיו טובה (סעיף 41 לחוות דעתה).

74. לדידי, לא ניתן להגיע למסקנה נחרצת שכזו. אין כל היגיון בכך שנאשם, אשר אומר מיד בראשית חקירתו כי: "אין לי מניעים מיניים ולא היו לי מניעים מיניים" (אימרה שלא צוטטה בדעת הרוב, אף נוכח סמיכותה לביטוי "תגובה פיזית") – ידווח מיד במשפט שלאחר מכן כי המתלונן גרם לו לעוררות מינית, אשר הביאה אותו להושיב את המתלונן על ברכו כדי להגיע לסיפוק מיני. העובדה שהביטוי האמור הופיע באותו משפט ממש בו מתאר המערער כיצד נתן למתלונן לשבת על ברכו "כמו לבן שלי", אינו מתיישב כלל ועיקר עם פרשנות מפלילה שכזו. סביר יותר כי מקור האמירה

”התגובה הפיזית” הוא בניסיון נמהר ולא מוצלח לתרגום ביטוי דוגמת ”אינטראקציה” מאנגלית (או ”רד פיעל” מערבית), ולא כי בכוונתו של המערער היה להכריז על משיכתו המינית למתלונן.

75. אוסיף כי בעיני יש אף קושי להסתמך על העברית הטובה שבפי המערער, כראיה לכך שכל אימרה שלו בחקירתו במשטרה משקפת את כוונותיו המדויקות כהווייתן. כאמור, ערבית היא שפת אימו ואנגלית היא השפה בה השתמש לאורך כל שנות לימודיו בארה”ב. חרף אוצר המילים הנאה שלו בעברית, בהחלט ייתכן שתרגום מחשבותיו – בלהט החקירה – לא נעשה תמיד בדייקנות. דוגמה לכך ניתן למצוא אף בחקירתו בבית המשפט – שעה שהמערער ניסה להסביר (כאמור לעיל) כי ניתן לעשות שימוש במילה הערבית ”חביבי” גם כמילה שגרתית ובלתי טעונה כלפי אנשים זרים, הוא ציין כי לדעתו הדבר מקביל לשימוש במילה בעברית ”חמודי”, שניתן לאומרה לכל (עמ’ 118, ש’ 16-20 לפרוטוקול). סברה לשונית זו של המערער יכולה ללמד על כך שבחירתו במונחים בעברית על מנת לבטא את מחשבותיו בערבית או באנגלית, איננה תמיד בחירה מיטבית ומדויקת, שניתן להסתמך עליה לצורך הרשעתו בפלילים.

76. אשר לאמירה הנוספת של המערער – לפיה ”כנראה התערבבה אצלי המקצועיות עם הרצון שלי לתת לו אהבה מאחר והאם סיפרה שהיה חסר לו אבא בבית הרבה שנים”. גם אמירה זו ניתנת לסיווג כבעייתית (כפי שציינה דעת הרוב, בצדק), אולם אף במקרה זה קריאת המשפט עד סופו מלמדת על כך שעניינה כנראה בחיבה ובאמפטיה של המערער כלפי המתלונן, ולא במשיכה מינית. בכל מקרה, אמירה זו איננה יכולה להתפרש (ודאי לא באופן ברור ומשכנע) ככזו המלמדת על כך שהמערער מודה בעוררות מינית, אשר גרם לו המתלונן.

77. אוסיף, כי תמיהתו של השופט עמית כיצד לא טרחה חוקרת המשטרה לברר עם המערער את פשר דבריו האמורים (סעיף 18 לחוות דעתו) – היא במקומה. כך נותר בית המשפט עם הצורך לנסות לדלות פרשנויות ולקבוע ממצאים על יסוד אימרות משובשות, שנרשמו מפי המערער בלהט החקירה ולעתים באופן חלקי (כפי שנראה מקריאת החקירה), ואשר המערער לא נחקר עליהן עוד במשטרה.

78. לסיום אציין, מבלי להידרש בפירוט לכל אחד ואחד מן ”הסימנים הנוספים” שמצאו שופטי הרוב להיעדר אמינותו של המערער (דוגמת סוגיית נגיעתו בחגורה המתלונן, שניתן לה הסבר, או התבטאותו בעדותו: ”הפלתם אותי”, היכולה להתפרש

לשני כיוונים נוגדים) – כי לא ניתן לטעמי לראות בדבריו במשטרה משום "ראשית הודיה", או "חיזוק" לגרסת המתלונן ולא ניתן לראות בגירסתו של המערער משום פירכה, שאיננה מתקבלת על הדעת.

סוף דבר

79. שרווד אנדרסון, יוצרו האומניפוטנטי של ווינג בידלבראום יודע לספר לנו כי המורה פרי דמיונו היה חף מפשע ונטול מניעים מיניים (אף שבסיפור קמו מתלוננים רבים נגדו ואצלנו הופיע רק מתלונן אחד). ניצבת לה איפוא השאלה – האם המערער, הפסיכולוג פריד שחאדה, הואשם אף הוא על לא עוול בכפו? כשופטים, לא נוכל כאמור לדעת את האמת לאמיתה. כפי ששנה בית משפט זה, בענין דמיאניוק:

"מידה ראויה היא זו לשופטים, שאינם בוחנים כליות ולב, ואין להם אלא מה שעניניהם רואות וקוראות. תם - ולא נשלם. השלמות איננה נחלתו של שופט בשר ודם" (ענין דמיאניוק, בעמ' 673).

80. בנסיבות אלה, אציע לחבריי להורות על קבלת הערעור ב-ע"פ 10228/07, ועל זיכוי של המערער מן העבירות שיוחסו לו, מחמת הספק. ממילא אין מקום לערעור המדינה ב-ע"פ 10100/07 וראוי לדחותו.

81. בסיום חובה להעיר עם זאת, כי אף אם לא ביצע המערער את המיוחס לו בכתב האישום, הרי שדרכי הטיפול ה"בלתי-אורתודוקסיות" שלו בילדים בצורה בה הוא יישם את שיטת הביבליותרפיה (שהיא כשלעצמה מוכרת) – מעוררות תהיות (ואף המערער עצמו הודה כי נהג, למצער, בנושא ה"טאב", בצורה בלתי מקצועית, עד שהתעשת). לפיכך ראוי שהתנהלות זו (ככל שהמערער הודה בה, ולא העובדות שהיו נשוא כתב האישום) – תועבר לבדיקה אתית ובמקביל תישקל המשך העסקתו בשירות הציבורי על ידי המופקדים על כך (השוו: ע"פ 10711/07 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם, 4.9.08)).

בא-כוח המדינה יעביר איפוא העתק מפסק דינו זה למשרד הבריאות ולמשרד החינוך, על מנת שגורמים אלה יידרשו לנושאים שהועלו בהערתו בפיסקה זו – בהתאם לסמכויותיהם ולשיקול דעתם.

ש ו פ ט

רקע

1. קראתי בעיון רב את חוות דעתו המעמיקה והמפורטת של חברי, השופט מלצר. בסופו של יום, לאחר שנתתי דעתי למלוא היקף פרטיה של הפרשה, כפי שנותחה בפסק הדין קמא, וכפי שתוארה בהרחבה בחוות הדעת של חברי, באתי לכלל מסקנה כי לא אוכל להצטרף לעמדה המובעת בה, לפיה יש לקבל את ערעור המערער ולזכותו מן הספק מן העבירות שיוחסו לו. לאחר עיון ושקילה של עמדת הרוב לעומת עמדת המיעוט בערכאה הדיונית, אליה מצטרף השופט מלצר בערכאה זו, אני מצרפת קולי לדעת הרוב המצדדת במסקנה לפיה אחריותו הפלילית של המערער הוכחה מעבר לספק סביר על פי תשתית הראיות שהוצגה בערכאה הדיונית. ולפיכך, יש לקבוע את אשמתו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. אשר לערעורים על העונש, אציע לדחותם הודנית.

2. בטרם אתייחס בתמצית לטעמים העומדים ברקע החלטתי, אצביע על אמות המידה העקרוניות הבסיסיות האמורות להנחות את בית המשפט בכואו להעריך את תשתית הראיות לצורך בירור אחריות פלילית של אדם. החלתן של אמות מידה אלה חשובה במיוחד במשפט שבו שניים בלבד, העומדים משני צידי המתרס, הם בלבד נחשפו לפרשה שביסוד כתב האישום. במצב דברים זה, מדובר בגרסה מול גרסה, שיש להעריך את מהימנותן ומשקלן. מציאות זו מתרחשת לעיתים קרובות באישומים בעבירות מין, שהקושי ההוכחתי טבוע בעצם טיבה של הסיטואציה, המתרחשת רחוק מעין-זר צופיה.

3. נקודת המוצא הראשונה בבחינת תשתית הראיות לבירור אחריותו הפלילית של נאשם בנויה על ההנחה כי הערכת הראיות מבחינת מהימנות ומשקל מתבססת על התרשמות אינטואיטיבית ממהימנותם של העדים והגרסאות, כשהיא אחוזה ומשולבת בניתוח רציונלי של תוכן דבריהם ומידת התמזגותם זה עם זה. הגרסאות נבחנות הן במישור דרך הצגתן ואופן הבעתן – ולכך מתייחסת ההערכה האינטואיטיבית; כן הן נבחנות במישור תוכנן – ולכך נוגע הניתוח הרציונלי של הגרסה מבחינת מידת היתכנותה של התיזה המושמעת. הניתוח הרציונלי של הגרסה בנוי על בחינת תוכנה באמצעים של שכל ישר, הגיון ונסיון חיים; הוא ניזון גם מבחינת הגרסה ביחסה לכלל מארג הראיות בפרשה, והשוואה ביניהן לצורך עמידה על מידת השתלבותה של הגרסה בשאר הראיות והנתונים של הפרשה. ההתרשמות האינטואיטיבית מהגרסאות מצריכה התרשמות שבחשים מהעדים, מאופן התנהגותם, ודרך מתן עדותם; היא נחלתה

העיקרית של הערכאה הדיונית, ואינה נתונה, ככלל, לערכאת הערעור. לעומת זאת, הניתוח הרציונלי של הגרסאות, כל אחת לעצמה, ומידת השתלבותן במארג הראייתי הכולל, נתון לערכאה הדיונית ולערכאת הערעור כאחד. בענין זה, יתרונה של הערכאה הראשונה על פני השניה אינו בולט. ניתן, אפוא, בערכאת ערעור לבקר את דרך הניתוח הרציונלי של הראיות בידי הערכאה הראשונה, ולבחון האם מסקנותיה עומדות במבחן ההגיון, השכל הישר, ונסיון החיים.

4. נקודת מוצא נוספת המכוונת את הערכאה השיפוטית בהערכת הראיות בנויה על ההנחה כי תשתית ראייתית להוכחת פרשה כלשהי לעולם לא תהא פסיפס מהוקצע ומלוטש שבו כל אבן קטנה נמצאת במקומה, בצבעה המתאים, ובהשתלבותה המושלמת עם מכלול האבנים האחרות היוצרות את התמונה. לעולם, תמונת הפסיפס תימצא חסרה באבנים להשלמתה. הוויות החיים הן מורכבות, הזכרון האנושי של העדים מוגבל, האפשרות לטעות היא אנושית גם בגרסת אמת, והיכולת לדלות את מלוא הנתונים הנוגעים למסכת עניינית אחת הינה מוגבלת מעצם טיבה. נדיר, על כן, למצוא תשתית ראייתית כלשהי שאין בה חסר, הנקייה מבקיעים, מסתירות, ומאפשרות להצגת היפותזות שונות הנוגדות את הגרסה המושמעת, שעשויות היו אולי להתקיים. עימותן של גרסאות עובדתיות שנשמעו מפי עדים עם השערות שונות למציאות דברים היפותטית העשויה לקעקע אותן היא כמעט בלתי מוגבלת. דרך הערכתן של הראיות בידי ערכאה שיפוטית מניחה, אפוא, כי התשתית הראייתית לעולם אינה מעשה אמן מושלם שאין בו פגם. משהו עלול להשאר חסר, בלתי נהיר, בלתי מוסבר, ואפשר אף סותר נקודות כאלה ואחרות בגרסה שנתקבלה כגרסת אמת.

5. המבחן המנחה בהערכת הגרסאות העובדתיות לצורך בירור אחריותו הפלילית של אדם נעוץ בשאלה האם קיים ציר ראייתי מרכזי, אמין ומוצק, שעליו ניתן להשעין את קביעת האחריות הפלילית של הנאשם. האם נילוויים סימני אמת לציר מרכזי זה; האם יש לו חיזוקים ממקורות עצמאיים; והאם בהתרשמות הכוללת – האינטואיטיבית והרציונלית כאחד ניתן להשתכנע, במידה שמעבר לספק סביר, בדבר אשמת הנאשם.

6. כבר נפסק, כי קביעת אחריותו הפלילית של אדם אינה מחייבת הוכחת אשמה מעבר לכל ספק שהוא; היא מחייבת הוכחת אשמה מעבר לכל ספק סביר. על הספק הסביר להיות הגיוני, בעל אחיזה במציאות, ובעל עוצמה כזו שתעמיד את הגרסה המפלילה באור בלתי בטוח. על הספק הסביר להיות בעל כח ממשי לזרוע אי בטחון בסיסי באמיתותו ובמשקלו של הציר הראייתי המרכזי עליו נשענת הגרסה המפלילה,

ובחיזוקים העוטפים אותו. אין די לצורך כך בהשערה רחוקה, המצביעה על אפשרות היפותטית שאינה נתמכת באופן ממשי בחומר הראיות, ואשר משקלה בזריעת ספק בגרסה המרכזית, הינו שולי בלבד.

7. דרך הערכת הראיות במקרה נתון, על הפן האינטואיטיבי והרציונלי המאפיין אותה – אינה בהכרח משותפת לכל חברי ההרכב השיפוטי היושב בדין. יסודם של ההבדלים עשוי להיות נעוץ בהתרשמות אינטואיטיבית שונה מעדויות העדים, או בניתוח רציונלי שונה של חומר הראיות. השוני עשוי להתבטא גם במשקל היחסי השונה הניתן ל"יש" הראייתי לעומת החסר בראיות, ולא פחות מכך – לסתירות ולתמיהות הנותרות בחומר הראיות, ולשאלה האם יש בכל אלה כדי לגבש ספק סביר, אם לאו. השוני והגיוון בגישות השיפוטיות השונות להערכת הראיות הם ממאפייניו של הפלורליזם השיפוטי; אין בעצם קיומו של השוני, ובקיומה של דעת מיעוט שיפוטית בדבר קיומו של ספק סביר באשמת הנאשם כדי להצדיק, כשלעצמם, את תוצאת הזיכוי הסופי. אף, שלמות לומר, כי לדעת מיעוט כזו, כמו לדעת הרוב הסותרת, יש לייחס משקל ערכי רב מבחינת החובה לבחון את תוכנו, ואת פוטנציאל השכנוע שהן אוצרות בתוכן.

האחריות הפלילית

8. על רקע נקודות מוצא אלה, אבהיר את עמדתי בקצרה ביחס לחומר הראיות בהליך זה.

9. הציר הראייתי המרכזי עליו נשענת התשתית המפלילה בהליך זה בנוי מגרסתו של הילד – הנער, המתאר בפרטי פרטים את המעשים המגונים שבוצעו בו על ידי המערער בעת היותו בגיל 8 עד 9. השאלה המרכזית היא – האם נילוויים סימני אמת לגרסה זו, המבססים אותה כאמינה וכבעלת משקל; האם מצטרפים לה חיזוקים ראייתיים שונים נוספים, אשר מאפשרים, בראיית המכלול, להתבסס על גרסה זו לצורך קביעת אחריותו הפלילית של המערער. נראה לי כי יש להשיב לשאלה זו בחיוב, מהטעמים העיקריים הבאים:

10. בסוף שנת 2004, בעת היותו כבן 9½ שנים, התלונן המערער לראשונה בפני אביו ובפני אחרים על הארועים, נשוא כתב האישום, ומסר, בחלוף כחודש ימים, את תלונתו בפני חוקר ילדים.

גרסתו של המתלונן בפני אביו ובפני חוקר הנוער היא רצופה, עקבית וקוהרנטית. במשפט, הוא מסר את גרסתו בעדות מספר שנים לאחר מכן, בהיותו כבן 12, וחזר בעקביות על אותה גרסה שהשמיע לראשונה, בלא לסטות ממנה בשום פרט מהותי. העיקביות המאפיינת את תוכן הגרסה מאז היות המתלונן ילד צעיר בשנים, ואף בחלוף מספר שנים לאחר מכן, משווה נופך של אמינות לגרסה. ייאמר עוד בהקשר זה, כי בשלב מתן עדותו במשפט, לא היה עוד כל חשש כי למתלונן עשוי לצמוח רווח מישני בהעלאת הגרסה המפלילה, כגון למשל מקור צידוק שלא להמשיך להגיע לבית הספר, שאותו לא אהד במיוחד. אילו זה אכן היה המניע, יש להניח כי בחלוף מספר שנים, מאז קרות הארועים ועד המשפט, שהתקיים למעלה משנתיים וחצי לאחר השמעת התלונה הראשונה, היתה עלילת השווא עשויה להשתקף בדרך הצגת גרסתו של המתלונן, ולא היא. הוא חזר על פרטי הארועים בלא שינוי, וגרסתו התאפיינה בעיקביות ורציפות גם כאשר לא היה עוד כל חשש לקיום רווח מישני. העדות עוררה אמון בלב חלק משופטי ההרכב. התרשמותי היא, כי גרסת המתלונן מתאפיינת בהעדר מניע להפללה, ובחוסר ענין מבחינתו ברווח מישני עקב התלונה בעת מתן עדותו במשפט. אלה הם מסימני האמת הנילוויים לגרסתו.

11. יש עוד להצביע על כך, שכאמור, תלונתו של הילד הועלתה בפני אביו בהיותו כבן 9 וחצי בלבד. ההנחה כי ילד רך בשנים ממציא עלילת שוא כנגד מטפל פסיכולוגי בבית הספר, המייחסת לו סדרה של מעשים מגונים במספר ארועים הינה קשה לאימוץ, אלא אם כן יש לכך אחיזה כלשהי בחומר הראיות, ובענייננו לא מצאתי כזו. פתיחת נושא כאוב שעניינו התעללות מינית, כאשר הוא נשמע מפיו של ילד כבן תשע וחצי, מסב לו, מטבע הדברים, קושי, בושה, וסבל רב. כבישת התלונה במשך תקופה ארוכה יחסית, של כשנה, מעידה, היא עצמה, על קיום קושי כזה. חשוב לציין בהקשר זה, כי התרשמות חוקר הנוער מתלונת הילד היתה כי היא מלווה בתחושה של בושה, ומבוכה; לדבריו, החשיפה היתה הדרגתית, וללא נטייה של הפללה (ת/3). אי מתן אמון באמיתות תלונת הילד משמעותו היא, כי בעת היותו בן תשע וחצי, ולאחר מכן בגיל 12 – בעת מתן העדות במשפט – העליל הילד עלילת שוא זדונית על המערער, איש מקצוע נקי כפיים, כדי לפגוע בו מסיבה לא ברורה, או כדי לזכות ברווח – מישני עקב כך, שגם טיבו אינו נהיר. הנחה זו היא קשה, ובהעדר קצה חוט ראייתי לכך, אין לקבלה. אין הסבר או תמיכה בחומר הראיות לאפשרות כזו, והיא בגדר השערה בלתי מוכחת בלבד. בעיותיו האישיות של הילד, וחולשותיו כתלמיד בבית הספר, כפי שנחשפו בראיות, אינם מספקים הסבר אפשרי להשערה זו.

12. תוכן תלונתו ועדותו המאוחרת של המתלונן במשפט תומכים אף הם באמינותה ובמשקלה, ומספקים לה סימן אמת. המתלונן מתאר סדרה של מעשים מגונים שבוצעו בו על ידי המערער במספר הזדמנויות. מעשים אלה אינם מצויים ברף חומרה גבוה במיוחד בקשת עבירות המין על דרגות החומרה השונות המאפיינות אותן. תלונת שוא המונעת ממניע זדוני ושקרי היתה עלולה לייחס למערער מעשי מין חמורים בהרבה, ולא היא.

המתלונן אינו מייחס למערער בצוע מעשי מין מלאים בו, ואף לא נסיון לכך. התלונה, כמו גם עדותו של הנער במשפט, מתארת מגעים שונים שלא הסלימו לנסיון למגע מיני מלא, או למעשה של מגע מיני מלא. מתינותה של הגרסה, על פי תוכנה, מוסיפה נופך חשוב לאמינותה, ומחזקת את התחושה כי מדובר בסיפור אמת. היא אינה מתיישבת עם קיומה של עלילת שוא, אשר אילו נמצאה ברקע התלונה, היתה בודאי חותרת לסבך את המערער בעבירות מין חמורות, בדויות מן הלב, כדי להעמיק ולהחריף את הפגיעה בו ככל הניתן. אלה אינם תוכן ורוח הדברים, כפי שנמסרו מפי המתלונן.

13. חשוב לא פחות, כסימן אמת מובהק התומך באמינות גרסת המתלונן, נמצא בעדותו של חוקר הנוער, המעיד על הרושם האמין שהמתלונן עשה עליו בתלונתו בעת שהעיד בפניו בעת היותו כבן תשע וחצי. יש להבהיר, כי במשפט לא נדרשה עדות חוקר הילדים כתחליף לעדות המתלונן, מאחר שעדותו הישירה של הילד ניתנה במשפט לאור גילו. כן ברי, כי התרשמות חוקר הנוער מאמינות גרסת המתלונן אינה באה להחליף את חובתו של בית המשפט להעריך את אמינות גרסת הנער באמצעות הכלים העומדים לרשותו. יחד עם זאת, אין להמעיט בערכה של עדות זו, כמשקפת התרשמות של איש מקצוע מאמינות תלונתו של הילד. העדות ניתנה מפי חוקר ילדים, איש מקצוע ותיק, בעל נסיון רב, אשר מומחיותו המקצועית מחדדת את כושר אבחנתו הדק בין תלונת שוא לתלונת אמת הניתנת מפי ילד. איש מקצוע זה התרשם שתלונת הילד היא אמיתית; הוא היה ער לקושי שיש לילד בחשיפת הפרשה, להדרגתיות שבחשיפת הארוע, לבושה ולמבוכה שליוו את החשיפה ההדרגתית של הענין, ולהעדר הנטייה במתלונן להעצים, להגזים ולהפליל את המערער, שאפיינו את האופן שבו גולל את סיפורו. הילד שלל, לדבריו, הורדת מכנסיים, החדרת אבר מין, וכיוצא באלה מצבים (ת/3 עמ' 8). דעת הרוב בבית המשפט קמא נתנה אמון ומשקל לעדותו של חוקר הנוער, אשר התרשם מהילד ומתלונתו בסמוך לאחר שהפרשה נחשפה לראשונה. התרשמות מקצועית חשובה זו משתלבת באמינות עדותו של המתלונן בבית המשפט כפי שנתפסה על ידי

שניים מחברי ההרכב. עדותו החשובה של חוקר הילדים היוותה חיזוק בעל משקל להתרשמות הישירה מעדותו של המתלונן במשפט.

14. ולבסוף, חיזוק של ממש לאמינות גרסתו של המתלונן נמצא דוקא בדברים שאמר המערער עצמו במשטרה, שיש בהם משום "ראשית הודייה", או למצער, הצגת גרסה מטעמו שאין בה ממאפייני התמימות וההזדעקות כלפי תלונת שוא המושמעת נגדו כאיש מקצוע, השם את כל מעייניו במתן טיפול אישי לילדים נזקקים בבית הספר.

אזכיר, בהקשר זה את הנתונים הראייתיים הבאים:

הודעתו של המערער במשטרה (ת/4) ניתנה לאחר שנמסר לו כי הוא חשוד בבצוע מעשים מגונים במתלונן. בהודעה זו, הוא אומר, בין היתר, כי כל הענין מפתיע אותו, כי אין לו, ולא היו לו, מניעים מיניים ביחס למתלונן. והוא מוסיף בלשונו: "היתה תגובה פיזית עם הילד, ונתתי לו לשבת על הברך שלי, כמו לבן שלי, אחרי ששאלתי אותו אם הוא רוצה. כנראה התערבבה אצלי המקצועיות עם הרצון שלי לתת לו אהבה, מאחר והאם סיפרה שהיה חסר לו אבא בבית הרבה שנים" (ת/4 ש' 1-4). הוא מוסיף, כי בחלק השני של האבחון, בערך באוקטובר 2003, הוא הראה פוזה מסוימת שהיה על הברכיים, והראש על הרצפה, ואז השתמש במילה הזאת "טאב". והוא מוסיף:

"ואני התכוופתי עם הברכיים שלי כשהוא היה על הברכיים שלו ברצפה, ואני התכוופתי אחוריו וקמתי מיד. אני לא נגעתי בו, קבלתי איזה קריזה כזאת, ואמרתי לו סליחה, ולא הייתי צריך לעשות את זה. העובדה שהתכוופתי אחוריו, זה פוגע בי אישית כל הסיטואציה הזאת. הנסיון שלי לעזור לו בזה כנראה כיוון לא היה נכון" (ת/4 ש' 85-81).

קשור לכך גם תיאורו של המערער באותה הודעה את המפגש האחרון עם המתלונן בסוף 2004, אשר לגביו הוא מספר כי כשנכנסו לחדר, הוא שאל אותו אם הוא רוצה לשבת על הרגל שלו, והמתלונן ענה שלא, והוא מוסיף:

"ושאלתי אותו אם יש מישהו שעושה לו ככה כמו שסיפר לי ששכב עליו, "טאב פייה" המילה שהשתמש בה. אמר לא, רק אתה עשית לי את זה. וחזרתי ואמרתי שזה לא היה בסדר מה שהיה בשירות הפסיכולוגי, שלא הייתי צריך להתקרב אליו... לא להתקרב לפוזה שלו, מה שהוא הראה לי בשירות הפסיכולוגי, הכוונה לפוזה שעשה, ירד על הברכיים, שם הראש ברצפה ואמר שנגעו בו. ולא אמר מי נגע בו" (ת/4 ש' 76-68).

המערער מדבר על יחס חם מיוחד שחש כלפי הילד; על קיומה של "תגובה פיזית" כלפיו, ועל כך שהיתה לו, כדבריו "קריזה" שקיבל פתאום ביחס אליו; על אקט של כריעה על הברכיים מאחורי המתלונן, שהוא, המערער, חש מיד שהיא אינה הולמת, ועל התנצלותו כלפי הילד; וכן, על האשמת הילד כלפיו בפגישתם האחרונה על כך שהוא, המערער, הוא זה אשר פגע בו מינית. כל האלמנטים האלה, הבאים מפי המערער עצמו בהודעה ספונטנית שנתן במשטרה, אינם מתיישבים עם קיומו של קשר טיפולי-מקצועי תמים בין המתלונן למערער. הם מבטאים תחושת אשמה של המערער ביחס לטיב הקשר שנתקם בינו לבין המתלונן, אשר, גם אם אינו תואם לתוכן התלונה, הוא משקף התנהגות שדבק בה רבב מצד איש מקצוע, עד כדי כך שהמערער עצמו מתנצל בפני הילד, לדבריו הוא.

15. אין צורך ומקום לבחון לפרטיה את השאלה האם גרסת המערער בענין ארוע הכריעה היא אמיתית, או שמא מדובר בנסיון מלאכותי מצד המערער לתת בתאור זה מענה והסבר לחשדות נגדו, ובשים לב לכך שהמתלונן שולל גרסה זו מכל וכל. החשוב הוא, כי המערער עצמו מכתים את התנהגותו בדופי מוסרי שיש לו משקל מיוחד ביחס לאיש מקצוע המופקד על טיפול פרטני בילד נזקק במסגרת מוסד חינוך. דברי המערער אינם מתיישבים עם תחושת חפות אמיתית מצידו, ועם מציאות של קשר טיפולי-מקצועי תמים, שאין בו רבב. גרסת המערער במשטרה – שהיתה גרסה ראשונית, היולית וספונטנית, תורמת לחיזוק אמינות גרסת המתלונן, בהטילה רבב מוסרי במערער, על פי דבריו הוא.

16. התמיהות והשאלות העולות בדעת המיעוט של השופט עמית בערכאה הדיונית ובחוות דעתו של השופט מלצר בערכאה זו ראויות למלוא המשקל וההתייחסות. הן נוגעות בפרטים שונים העשויים לעורר אי אלו תמיהות ביחס לגרסת המתלונן, ויש בהם הסברים מהסברים שונים לדבריו ולהתנהגותו של המערער בהקשר להאשמות שהופנו כלפיו. לא אכנס לפירוט אותם עניינים. אמנה רק מקצת מהתמיהות, המפנות לאופיו הפרובלמטי של המתלונן, והחשש להסתמך על עדותו; להעדר ההדרגתיות בתיאור שרשרת הארועים נשוא התלונה, ובמיוחד בארוע הראשון, אשר על פי תיאור הנער, נפתח באופן מידי בבצוע מעשים מגונים בו על ידי המערער מבלי שנבנתה ביניהם קודם לכן מערכת יחסים כלשהי; העדר אזהרה שנתן המערער למתלונן לבל יספר על מה שארע; תיאור אחד ממקומות המפגש בספריה ובחדר המורים שאינם ניתנים לנעילת הדלת; חשש להכתמת גרסת המתלונן לאחר שסיפר את תוכן התלונה למספר אנשים,

עוד לפני חשיפתה בפני חוקר הילדים. אסתפק באמירה, כי לחלק מהתמיהות ניתן, לדעתי, מענה מספק בדעת הרוב בערכאה הדיונית; חלק אחר מהתמיהות יסודו בהצגת השערות אפשריות שאין להן עיגון בחומר הראיות. אותם עניינים שאין להם מענה ישיר בחומר הראיות אינם פוגעים, לדעתי, בגרעין הקשיח של התשתית הראייתית, הבנויה על גרסת הנער, כציר ראייתי מרכזי, ומתחזקת במרכיבים ראייתיים חשובים אחרים. היא יוצרת במכלול גרסה מפלילה אשר, לטעמי, אינה מעלה ספק סביר ביחס לאמיתותה ולמשקלה. התמיהות, ככל שאלה נותרו, הן בעיני בעלות אופי שולי בלבד, ואינן נושאות משקל סגולי מספיק המגיע כדי יצירת ספק סביר. דעת המיעוט של השופט עמית מבהירה, כי הסף הראייתי בהליך זה קרוב אל גבול ההרשעה, אך אינו מגיע עדיו. מדובר, גם לדעת המיעוט, אך כפסע בין ממצא של אחריות פלילית לממצא של זיכוי מן הספק. פערי העמדות בין הרוב למיעוט בערכאה הדיונית ניצבים, אפוא, בסמיכות גדולה לקו גבול ההרשעה – זה מהעבר האחד, וזה מהעבר האחר. נראה לי כי טיבו של חומר הראיות מבסס קיומה של אחריות פלילית ברמה החוצה את הגבול הנדרש להרשעה.

מטעמים אלה, דעתי היא כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה, ולאמץ את דעת הרוב בערכאה קמא, לפיה המערער אחראי באחריות פלילית לעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

העונש

17. אשר לעונש, לפנינו ערעורים הדדיים על קולת וחומרת העונש. בערכאה קמא, נגזר על המערער עונש של שנה אחת של מאסר בפועל, וכן מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים.

18. המדינה מערערת על קולתו של העונש, וטוענת כי העונש שנגזר על המערער חורג לקולא מרף הענישה הראוי, בשים לב לחומרת המעשים, לסבלו של המתלונן, ולעובדה כי מדובר באיש מקצוע במערכת הציבורית אשר מעל בתפקידו באופן חמור. המדינה הדגישה כי מדובר בנאשם אשר מילא תפקיד של פסיכולוג בית ספר, אשר לטיפולו הופנו ילדים נזקקים, אשר נדרשת רגישות מיוחדת בטיפול בהם. ניצול מיני של ילד מטופל בנסיבות אלה מחייב, לעמדת המדינה, התייחסות מתמירה במיוחד, בדרך של הטלת תקופת מאסר ממושכת מכפי שנגזרה, בהינתן רצף ארועי הפגיעות המיניות, ניצול יחסי המרות, והצורך בהרתעה ובהחדרת מסר ברור בציבור בדבר

חומרת האיסור בהישנות מקרים כגון אלה. המדינה עמדה גם על הצורך לפסוק פיצויים למתלונן אשר לא נפסקו כלל בגזר הדין. לדבריה, מצבו של המתלונן גרוע, הוא עבר לאחר ארועי העבירות לחינוך המיוחד; מצבו ומצב בני משפחתו דחוק, ויש צורך בכספים כדי לשקמו מבחינה טיפולית.

19. המערער מצידו הגיש ערעור על חומרת העונש. לטענתו, יש להתחשב לענין העונש בחלופי הזמן ממועד הארועים ועד לניהול המשפט ומתן פסק הדין, ועל עינוי הדין שהיה כרוך בכך; על הסבל שנגרם לו בהוקעתו הציבורית, וההגבלות שחלו על עיסוקו המקצועי, ועל תרומתו המיוחדת לציבור ולנזקקים לטיפול לאורך כל השנים. הוא מבקש שעונש המאסר בפועל לא ישאר בעינו, כדי שיוכל לשקם את משפחתו שנהרסה עקב השתלשלות הארועים בפרשה זו, ועותר להמיר את עונש המאסר במאסר על תנאי או במאסר בעבודות שירות.

20. בגזר הדין, עמד בית המשפט קמא על המשמעות הטרגית שיש להרשעה על המערער, בהיותו, ביסודו, אדם נורמטיבי, אשר זכה להערכה מרובה על תרומתו הגדולה למען הזולת והחברה. אופיו ופועלו היו מושא לעדויות אופי רבות אשר היללו ושיבחו אותו בהדגשה רבה. דובר במסירותו ותרומתו הרבה לקהילה ולנזקקים במסגרתה. הוא עמד, בין היתר, על כך שלמערער אין עבר פלילי, ומעולם לא הוגשה נגדו תלונה כלשהי קודם לכן. הוא הצביע על האהדה הרבה שהקהילה רוחשת למערער, ועל תרומתו הרבה לחברה בה הוא חי. הוא ציין את הסבל הרב שנגרם לו בפרסום ההליך המשפטי וההרשעה, ואת הפגיעה החמורה בעיסוקו המקצועי, בין היתר, עקב החשש כי רשיונו כמטפל יישלל. מנגד, הוא עמד על החומרה שבמעשיו של המערער, אשר היו כרוכים בהפרת אמון בסיסי ובניצול מעמדו המקצועי וכח המרות הנתון לו לביצוע מעשים מיניים מגונים בילד קטן בעל רקע בעייתי. בית המשפט שיקלל ואיזן בין שיקולי החומרה לשיקולי הקולא והזכות בעניינו של המערער. בסופו של יום, גזר בית המשפט את דינו של המערער לשנת מאסר בפועל ולמאסר על תנאי, כאמור לעיל.

21. דעתי היא, כי אין להתערב בעונש, ויש לדחות את שני הערעורים הדדית בעניין גזר הדין. מצד אחד, חומרת הסטייה שארעה מנורמת ההתנהגות המחייבת איש מקצוע המטפל בילד נזקק מחייבת הטלת עונש מאסר בפועל, והמסר העונשי הראוי לא יקבל מענה בלא ענישה ממשית. מצד שני, המעשים שבוצעו אינם עומדים ברף החומרה הגבוהה מבין קשת עבירות המין המוכרת בדין הפלילי. כמו כן, מדובר באיש מקצוע עתיר נסיון, שתרים תרומה רבת ערך לקהילה, וככל הידוע, מדובר מבחינתו בפרשת

ארועים פלילית אחת, הכרוכה בהפרת החוק, שתהא לה השפעה גם על המשך דרכו המקצועית של המערער. יש משמעות גם לזמן שחלף מאז ביצוע העבירות ועד לסיום ההליך השיפוטי. בית המשפט קמא שיקלל את מכלול היבטיו של הענין, והעונש שהטיל על המערער נגזר משיקלול זה. נראה לי, כי לא חלה בענישה שנגזרה סטייה – בין לקולא ובין לחומרה, המצדיקה התערבות ערעורית. הייתי דוחה, אפוא, הדדית את הערעורים על חומרת העונש ועל קולתו.

עמדתי היא, אפוא, כי דין הערעור על ההרשעה והערעורים ההדדיים על העונש להידחות, ויש להותיר את פסק הדין של הערכאה קמא בעינו.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלון:

חבריי למותב נחלקו ביניהם בחוות דעתם המעמיקות והמפורטות אם נותר ספק סביר באשמתו של המערער, וכמותם נחלקו בכך שלושת שופטי בית המשפט המחוזי.

לאחר בחינת הדברים החלטתי לצרף דעתי לעמדתו של חברי השופט ח' מלצר – זאת מאחר וגם בי נותר הספק בדבר אשמת המערער, שיסודו בספקות המועלים והמפורטים בחוות דעתו של חברי ובדעת המיעוט בבית המשפט המחוזי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט' בניסן התש"ע (24.3.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת