



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8203/11

ע"פ 8335/11

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' סולברג

המערער בתיק ע"פ 8203/11  
והמשיב בתיק ע"פ 8335/11 : פלוני

נגד

המשיבה בתיק ע"פ 8203/11  
והמערערת בתיק ע"פ 8335/11 : מדינת ישראל

שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז  
(השופטים פינקלשטיין, יפרח וברודי) מיום 14.6.11  
(הכרעת דין) ומיום 27.9.11 (גזר דין) בתפ"ח 10431-07-08

תאריך הישיבה: ד' באב תשע"ב (23.7.12)

בשם המערער בע"פ 8203/11  
והמשיב בע"פ 8335/11 : עו"ד שלומציון גבאי-מנדלמן

בשם המשיבה בע"פ 8203/11  
והמערערת בע"פ 8335/11 : עו"ד יאיר חמודות

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שני ערעורים, מזה ומזה, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופטים פינקלשטיין, יפרח וברודי) מיום 14.6.11 (הכרעת דין) ומיום 27.9.11 (גזר דין) בתיק תפ"ח 10431-07-08. המערער (ע"פ 8203/11) משיג הן על הכרעת הדין והן על חומרת העונש, והמדינה (ע"פ 8335/11) טוענת כנגד קולת העונש. ענייניו של התיק הרשעה באיננו קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים, ומעשים מגונים באותה קטינה לאורך תקופה, על ידי קרוב משפחה

(אחי סבה), המבוססת על "זכרונות מודחקים" אשר החלו להתעורר כחמש שנים לאחר תום המעשים.

רקע תמציתי

ב. המערער (יליד 1939) הורשע, כי בשנים 1995-1999 ביצע מעשים מגונים במתלוננת (ילידת 1987), ובמקרה אחד עשה בה גם מעשה אינוס. כתב האישום - בדומה לתיקים אחרים של עבירות מין במשפחה אשר נחשפו כעבור שנים - אמנם מתייחס לתקופה של מספר שנים, ולמעשים שנעשו בהזדמנויות שונות, אך למעשה הוא לאקוני, תמציתי (עובדות כתב האישום תופסות כעמוד בלבד), וניתן לחלקן לשלושה: ראשית, נטען כי "במספר הזדמנויות" (בשנים 1998-1995) הושיב הנאשם את המתלוננת על שיש המטבח כשרגליה ממושקות, הצמיד את גופו לגופה תוך שהוא כורך ידיו סביבה ובעודם לבושים חיכך את איבר מינו באיבר מינה; שנית, הוזכר אירוע בודד (במועד לא ידוע בשנים 1996-1997) במסגרתו במהלך עיסוי שהעניק למתלוננת החדיר הנאשם את אצבעותיו לאיבר מינה; שלישית נטען, כי "במספר רב של הזדמנויות" (בשנים 1996-1999) חיבק הנאשם את המתלוננת מאחוריה, הצמידה לגופו וחיכך בה את איבר מינו. המעשים המיוחסים למערער נעשו בתקופה בה עברו המתלוננת ואמה לגור בקרבתו (לאחר גירושי האם ותקופת משבר), שעה שהאם הועסקה בגן הילדים שנוהל על ידי המערער ואשתו, והמתלוננת היתה מגיעה למקום לאחר תום המסגרת החינוכית בה היתה באותה עת. את התלונה במשטרה הגישה המתלוננת ביום 3.8.06, אך - כפי שיפורט - המעשים נחשפו מפיה לראשונה בשנת 2004.

ג. בשורה התחתונה הורשע המערער, בפסק דין מפורט, על יסוד גירסת המתלוננת שנמצאה מהימנה, ולצדה חיזוקים, ובכללם - בין היתר - מצבה הנפשי של המתלוננת לאורך השנים (הכולל בין היתר הפרעות אכילה, ניסיונות אבדניים ואשפוזים פסיכיאטריים), בתקופת ביצוע המעשים, ובעיקר לאחריה ובפרט בתקופת חשיפתם (כפי שעולה מנתונים אובייקטיביים ומעדויות שונות שנשמעו); רגשותיה הסוערים והקשים של המתלוננת כלפי המערער; פרטים מסוימים בגירסת המתלוננת שאושרו בעדות המערער; וקביעות בדבר חוסר אמינותה של גירסת המערער עצמו; לסקירה תמציתית ראו פסקה 278 להכרעת הדין שם צוין, כי המתלוננת היתה במצוקה וחלה הידרדרות במצבה הנפשי והפיסי עוד בגיל תשע, טרם ההיזכרות בפגיעה המינית וחשיפתה; כי תהליך ההיזכרות התרחש בטרם חשיפת הפגיעה בפני מטפלים, ובעת האשפוז נעשה עיבוד של טראומה קיימת, ואין טענה כי מאן דהוא אמר למתלוננת שנפגעה על ידי המערער ואין אפוא חשש לסוגסטביליות; אמינות המתלוננת לא נסדקה על ידי מומחי ההגנה, אף כי לא נבדקה על ידי מומחים; יש ראיות תומכות לגירסתה במצבה הנפשי והפיסי, רגשותיה כלפי המערער, התנאים שאיפשרו לו את המעשים ופרטים שאישר. בגין המעשים בהם הורשע

הושתו על המערער חמש שנות מאסר בפועל, מאסר מותנה ופיצוי למתלוננת (בסך 75,000 ש"ח). נוכח פסק דינו המקיף של בית המשפט המחוזי (אשר נכתב בידי השופטת ברודי ומכיל כמעט מאה עמודים), ובכללו הקביעה לגבי מהימנותה וכנותה של המתלוננת, ובהתחשב במכלול הראיות, מדובר לכאורה בהרשעה על סמך תשתית עובדתית מספקת, ממצה ומרשיעה, ומקום לספק מניין?

ד. ואולם, ביסוד התיק עומדת המורכבות הנובעת מהעובדה, שהמעשים אשר בוצעו במתלוננת בהיותה בת 8-12 נחשפו על ידה - בפני עצמה ובפני זולתה - לראשונה רק בהיותה כבת 17 (בשנת 2004) ועד אותה עת "נשכחו" ממנה; ומן המחלוקת העיקרית בין הצדדים (כפי שניסחה בית המשפט קמא):

"האם בפנינו עדות המתבססת על זיכרון אותנטי של המתלוננת אודות מעשים שנעשו בה על ידי הנאשם, אך הודחקו על ידה ונחשפו לאחר שנים - כטענת המאשימה; או זיכרון שווא, שהוא תוצאה של גורמים פנימיים וחיצוניים בעולמה של המתלוננת, נטיית המתלוננת לסוגסטביליות, בעיות בזיכרון שלה, או זכרונות מושתלים - כטענת ההגנה" (פסקה 9).

בפנינו איפוא מקרה נוסף של סוגיית הזכרונות המודחקים בעבירות מין במשפחה; סוגיה זו נדונה לאחרונה בהרחבה בפסק הדין בעניין פלוני הראשון (ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם)) - אשר הסתיים בזיכוי בבית משפט זה (גם בשל סוגיות התיישנות שאינן רלבנטיות בתיק זה) וניתן לפני מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי (ואף הוזכר בו); ושוב בעניין פלוני השני (ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם)) - אשר ניתן לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והסתיים באישור ההרשעה.

תמצית טענות המערער

ה. לשיטת המערער, בבית המשפט קמא ושוב בפנינו, מקור זכרונותיה של המתלוננת הוא ככל הנראה בתהליך של סוגסטיה (השָׁאָה - ראו להלן פסקה י"ג) אשר התרחש, ככל הנראה, במהלך אשפוזה הראשון במרכז הרפואי שיבא (בחודש יוני 2004), ואף אם קדמה לאותו אשפוז "היזכרות" באירועים בעלי אופי מיני (למצער בקיום כלליים), הושפע הדבר מרעיון אשר נטע במתלוננת מפגש (בסביבות מרץ-אפריל 2004) עם חברה ("פלונית") שבעצמה עברה אירוע מיני. רעיון זה התפתח - דרך חלומות ומחשבות לפני האשפוז ובמהלכו - לכדי הגירסה שביסוד כתב האישום. קרי, לשיטת המערער גירסת המתלוננת, אף אם היא עצמה משוכנעת בה באמת ובתמים, מבוססת על זכרונות שווא של אירועים שלא התרחשו. טענה זו מתבססת, מעבר לעצם האיחור בהופעת הזכרונות, בין היתר על סתירות בין זכרונות של המתלוננת מהתקופה

הרלבנטית - לדוגמה לגבי מספר הפעמים בהם שהתה בבית המערער לאחר עזיבתה את עיר מגוריו (עמוד 5 לנימוקי הערעור) - לבין ממצאים אובייקטיביים, סתירות שיש בהן כדי ללמד כי הזכרונות אינם מהימנים; וכן על הטענה, כי שגה בית המשפט בקבעו, שהמתלוננת פרסה את גירסתה בפני מורתה בבית הספר לפני האשפוז הראשון - ובהקשר זה הוזכר, בין היתר, כי במכתב שכתבה פסיכולוגית בית הספר למרכז הרפואי שיבא (ביום 17.5.04) בעקבות שיחה עם המורה (נ/18), לא נזכרה תקיפה מינית בעברה של המתלוננת.

ו. נטען, כי שגה בית המשפט בקבעו - בניגוד לאבחנה שנערכה במחלקה הפסיכיאטרית במרכז הרפואי שיבא (נ/14) במהלך האשפוז השלישי של המתלוננת (בשנת 2005) - כי המתלוננת אינה סובלת מהפרעת אישיות גבולית ההופכת אותה מועדת יותר לסוגסטיה, ובאמצעו בהקשר זה את עמדת הפסיכיאטרית שטיפלה במתלוננת - אף שנקבע לגביה, כי בשל מעורבותה אין לראות בה עד מומחה, ואף שהמתלוננת לא נבדקה על ידי מומחה רפואי ניטרלי וסירבה להיבדק על ידי מומחי ההגנה. כן מפנה המערער למספר אינדיקציות בגירסת המתלוננת המעידות על נטייתה לסוגסטיה - דוגמת פיתוח בולמיה בעקבות קריאה על מחלה זו, הופעת הפרעת אכילה בעקבות הערה של חבר, והתגברות הניסיונות האבדניים בעקבות ניסיון אבדני של חברה (כך בהתבסס, בין היתר, על חוות דעתה של ד"ר קמפף-שרף (נ/15 עמוד 18) מטעם ההגנה).

ז. הוזכר, כי מהלך חייה המצער של המתלוננת - ועובדת היותו מצער אינה במחלוקת - יכול היה להיגרם כתוצאה מהתרחשויות אחרות מתקופת ילדותה, שאינן תקיפה מינית, ובכלל אלה חשיפתה מגיל צעיר "לקשרים חסרי גבולות מחד, ומזניחים מאידך" (כלשון סיכום המחלה שנערך בבית החולים תל השומר ביום 20.1.05; ת/7). הוזכר, כי הראיות התומכות - בדמות יומנים ומכתבים שכתבה המתלוננת - נוצרו בעת העלאת התלונות, ולא בזמן אמת; וכן כי הפרעות האכילה והמצוקות השונות הופיעו רק לקראת הגעת המתלוננת לגיל 16 - מספר שנים לאחר האירועים הנטענים בכתב האישום - ואין לשייכן איפוא דוקא לאירועים שהתרחשו, כנטען, שנים קודם לכן והודחקו מהתודעה ומביטוי גופני. זו היא תמצית שבתמצית של טענות המערער אשר יעמדו לנגד עינינו - וחלקן אף יפורטו ביתר הרחבה בהמשך (תוך התייחסות גם לטענות המדינה בתגובה להן במהלך הדיון מיום 23.7.12) - בכואנו לבחון את התשתית הראייתית עליה מבוססת הרשעתו.

זכרונות מודחקים: רקע כללי

ח. הסוגיה המורכבת והקשה של זכרונות מודחקים נדונה בהרחבה בעניין פלוני הראשון, ושוב בעניין פלוני השני. חוות הדעת המרכזית, בשני התיקים, נכתבה על ידי השופט י' עמית,

ואין בכוונתי להביא תבן לעפריים ולהוסיף עליהן במישור הדוקטרינה והתיאוריה (בכפוף להבהרות הכרוכות ביישום פסקי הדין בנסיבות תיק זה). כדברי רקע ומבוא די לציין, שבשני פסקי הדין נקבע, כי "המחוקק הישראלי אימץ את התזה של זיכרונות מודחקים עד כדי שכחה" (עניין פלוני הראשון פסקה 110; וראו שם פסקה 125 וכן עניין פלוני השני פסקה 101; לסקירה מפורטת של תיקוני החקיקה לעניין התיישנות בעבירות מין וגילוי עריות ראו עניין פלוני הראשון פסקאות 93-100; לסקירה נוספת ראו גם א' ויצטום וי' מרגולין, "זכרונות מודחקים של טראומה נפשית בראי המשפט: בין פסיכיאטריה למשפט (בשולי פסק הדין שניתן בע"פ 5582/09)", רפואה ומשפט 44 (2011) 100; נ' גבאי, "תסמונת הזיכרון השגוי" - מתי דעה הופכת לאסכולה? רפואה ומשפט 46 (2012) 144; ל' עציוני, "בעקבות ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל - הרהורים ביחס לשאלת הזיכרון המודחק במשפט הישראלי", עתיד להתפרסם ב"עלי משפט" ונזכר בעניין פלוני השני פסקה 101 - להלן עציוני; ראו גם י' נחשון, "מזיכרון משוחזר לזיכרון מסולף וחוזר חלילה" פסיכולוגיה ז(1) (תשנ"ט) 7; עוד יצוין, כי בתיק ע"פ 5336/10 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) היה נושא זכרון השווא ברקע התיק, אך הוא לא הוכרע בסופו של יום בגדרים אלה).

ט. משאומצה תיזה זו על ידי המחוקק, כך הבהיר השופט עמית, "השאלה אינה של קבילות אלא של משקל עדות קורבן גילוי עריות המבוססת על זיכרון מודחק" (עניין פלוני הראשון פסקה 129). לפיכך בתי המשפט לא יימנעו מהסתמכות על עדות קרבן עבירת מין רק מן הטעם שהיא מבוססת על זיכרון שהודחק עד כדי שכחה ושב והתעורר בשלב מאוחר יותר; ועם זאת, "ברי כי שכחה מוחלטת של אירועים טראומטיים חוזרים ונשנים והזכרות בהם בחלוף שנים צריכה להיבחן בזהירות יתר" (עניין פלוני הראשון פסקה 125; ההדגשה הוספה - א"ר).

י. החשש - ואין לכחד, מדובר בחשש משמעותי - אינו חלילה, כי קרבן העבירה מעליל במזיד עלילת שווא על הנאשם, סוגיה הקשורה במהימנות (השוו ע"פ 932/10 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם) פסקה 23). הנחת המוצא בתיקים מהסוג שלפנינו היא, כי המתלוננת מאמינה בכל לב כי דבריה דברי אמת הם (עניין פלוני הראשון פסקאות 127-128; עניין פלוני השני פסקה 105). כך נקבע גם לגבי המתלוננת בתיק הנוכחי (פסקה 245 לפסק הדין קמא), ואיני רואה עילה להתערב בקביעה זו המנומקת היטב לגופה. השאלה נוגעת למה שכינתי בעניין נימר (ובעקבותיו גם בחוות דעתי בעניין פלוני הראשון) "מהימנות אובייקטיבית":

"השאלה היא של 'מהימנות אובייקטיבית' מול 'מהימנות סובייקטיבית'. בנסיבות בני אנוש יתכן כי עד יעיד דבר שהוא מאמין בו ביותר, וגירסתו תהא מפורטת ומשכנעת, אלא שהיא עשויה לנבוע מטעות, או ממצב נפשי, ועל כן בסופו של יום

הקושי הוא לייחס לדברים מהימנות 'אובייקטיבית' (ע"פ 7220/05 נימור נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ב').

י"א. על מנת להתמודד עם החשש מפני קביעת ממצאים על יסוד זכרונות שאינם משקפים אירועים אשר התרחשו במציאות (False Memories), כלשון השופט עמית בעניין פלוני הראשון (פסקה 126), התוהה השופט עמית שורה של "פרמטרים גמישים שראוי כי יעמדו נגד עיני בית המשפט בבואו להכריע בתקפותם של זכרונות מודחקים" (עניין פלוני הראשון פסקה 129; עניין פלוני השני פסקה 98):

א. מטרת התהליך - האם המתלונן החל בטיפול על מנת לשחזר זיכרון לגבי עבירה מסוימת, שאז הוא עלול לחוש לחץ לזכור פרטים על מנת לסייע לחקירה הפלילית או להעמדה לדין של מבצע העבירה, או שהמתלונן פנה לטיפול נפשי על מנת לאתר את המקור לבעיות הנפשיות או כדי לטפל בהן, שאז החשש מפני 'השלמת פרטים' פוחת.

ב. סוגסטיה - האם המתלונן היה נתון לסוגסטיה של המטפל או של אחרים ומה מידת הנטייה של המתלונן להיכנס למצבים של סוגסטיה או 'היפנוזה' עצמית שאז גובר החשש מפני השפעה של סוגסטיה או 'השלמת פרטים' על ידי המתלונן.

ג. תיעוד או העדר תיעוד - האם קיים תיעוד ורישום של המטפל במתלונן, מה שיכול לסייע לבית המשפט לקבוע אם היה נתון לסוגסטיה של המטפל או של אחרים.

ד. הכשרתו ומקצועיותו של המטפל - האם המטפל במתלונן עומד בסטנדרטים הנדרשים מבחינה מקצועית לבצע את ההליך.

ה. עדויות מומחים מטעם הצדדים - על בית המשפט לאפשר לצדדים להגיש חוות דעת מומחים בהתייחס לתהליך הטיפולי ולשחזור הזיכרון של המתלונן.

ו. קיומן של ראיות תומכות - האם קיימות ראיות חיצוניות התומכות באמינותם של הזכרונות המודחקים כגון הודאה של המתלול או מעשים דומים שלו; רשומות או תיעוד של היסטוריה רפואית המעידים על אינדיקציות להתעללות מינית בילדות; תיעוד או הצהרות כתובות בזמן אמת על ידי נפגע העבירה כמו יומן או מכתב; עדות אובייקטיבית של עד ראייה; שרשרת של עובדות ונסיבות אחרות בעלות משקל ראייתי... (פסקה 129).

י"ב. על רקע רשימת פרמטרים זו - אשר גם בית המשפט המחוזי נדרש לה (פסקה 276) - נפנה לבחון את התשתית העובדתית העומדת ביסוד התיק שלפנינו. ואולם אקדים ואומר כבר כאן, והטעון יפורט בהמשך, כי רשימת פרמטרים זו כוללת שני סוגים עיקריים של פרמטרים, שניהם במישור העובדתי: פרמטרים שליליים: אשר ביסודם נועדו לשלול חשש לזכרונות שווא שמקורם בסוגסטיה; ופרמטרים חיוביים: שמטרתם לאשש את תוכן הזכרונות, שהודחקו ועתה הועלו, באמצעות ראיות חיצוניות. על מטרתם של שני סוגי הפרמטרים, ועל מערכת היחסים ביניהם, יורחב להלן.

הרקע להעלאת התלונה: "פרמטרים שליליים" וחשש לסוגסטיה

י"ג. כעולה הן מפסק הדין בעניין פלוני הראשון והן מפסק הדין בעניין פלוני השני, וממכלול החומר שנסקר בהם, סיבה מרכזית לרתיעה מפני התבססות על זכרונות מודחקים היא החשש מפני סוגסטיה (השָׁאָה). מונח זה - סוגסטיה - עיקרו במלה Suggestion (הצָעָה). קרי, החשש שמא אמונתו ושכנועו הפנימי של אדם אינם נובעים מדברים שחווה לאמיתם ונחרתו בזכרונו, אלא מאימוץ "הצעה" - רעיון - של זולתו (ראו, לדוגמה, א' אבן שושן, המילון החדש, בערך "השָׁאָה"; לשון הכתוב "וְתֵאמֶר הָאֵשֶׁה הַנֶּחֱשׁ הַשִּׁיאָנִי וְאֶכֶל" (בראשית ג', י"ג); וכן Stedman's Medical Dictionary (26<sup>th</sup> Edition, 1995) בערך Suggestion). חשש זה קיים ביתר שאת (כפי שפורט בעניין פלוני הראשון) במקרים בהם נחשפים הזכרונות, אשר כנטען הודחקו מתחת לסף התודעה, במהלך טיפול או בנסיבות אחרות המועדות לסוגסטיה (ראו עניין פלוני הראשון פסקה 116). ואכן, דומה כי עיקר העיסוק המשפטי בסוגיית הזכרונות המודחקים - בישראל ומחוצה לה - נוגע לזכרונות שהועלו במסגרת הליך טיפולי (ראו הסקירה המפורטת בעניין פלוני הראשון). אמנם, סוגסטיה עלולה להתרחש גם בנסיבות שאינן טיפול פסיכולוגי, וכפי שכתב השופט עמית בעניין פלוני השני:

"המסקנה מהדברים היא, שהחשש לזיכרון כוזב או לעיוות ואי דיוק בזיכרון, אין מקורו בהכרח ב'שתילה' של זיכרון או כתוצאה מלחץ שחש מטופל 'להיזכר' בפגיעה מינית שעבר (למשל במסגרת טיפול פרטני או במהלך השתתפות בקבוצת תמיכה של נפגעי תקיפה מינית)" (פסקה 101).

והרי קיימת גם תופעה של אוטוֹסוּגְסְטִיָה (קרי, הִשָּׂאָה עצמית), וכן ידוע כי לאנשים מסוימים נטייה לסוגסטיה ביתר קלות. אף ד"ר שובל (אחד המומחים מטעם ההגנה), התייחס גם לאפשרות העקרונית לסוגסטיה שלא במסגרת יחסי מטפל-מטופל, אם כי ציין: "סוגסטיות אינן מוגבלות ליחסי מטפל-מטופל, ויכולות לבוא לידי ביטוי בכל מערכת יחסים בין אנשים, בייחוד ביחסים בלתי שוויוניים, כגון יחסי הורה-ילד או שבין אדם חזק לחלש" (נ/16 עמוד 4; ההדגשה הוספה - א"ר).

י"ד. ואולם, סבורני כי ניתן לומר, למצער, שהחשש מפני זכרונות שווא (False Memories) חזק יותר כשהזכרונות עולים במהלך טיפול או בנסיבות בהן ישנה נטיה חזקה יותר לסוגסטיה (לסקירה מסוימת, מאוחרת לעניין פלוני השני ראו S. Ring, "Due Process and the Admission of Expert Evidence on Recovered Memory in Historic Child Abuse Cases: Lessons from America", *16 Int'l J. Evidence & proof* (2012) 66 לחשש המיוחד כשמדובר בזכרונות שהועלו במהלך טיפול ראו שם עמוד 84; ראו גם J.M. Berger, False Memory Syndrome And Therapist Liability to Third Parties for Emotional Distress Injuries Arising from Recovered Memory Therapy: A General Prohibition on Liability and a Limited Liability Exception", *73 Temp. L. Rev.* 826 (2000). באחד המאמרים נקראו בתי המשפט ליתן יתר משקל לתהליך העלאת הזכרונות - ספונטני או במהלך טיפול - תוך הכרה שהסיטואציה השניה מועדת יותר לזכרונות שווא; ואף לקביעת כללי קבילות שונים לזכרונות שהועלו במהלך טיפול (ראו C.L. Fletcher, "Repressed Memories: Do Triggering Methods Contribute to Witness Testimony Reliability?", *13 Wash. U. J. L. & Pol'y* 335 (2003). משקל לנסיבות העלאת הזכרונות לתודעת המתלוננת ניתן גם בדעת הרוב בעניין פלוני שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב (תפ"ח (תל אביב) 1035/03 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם) פסקה 40 לחוות דעתה של סגנית הנשיאה רוטלוי; ערעור תלוי ועומד בבית משפט זה: ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל). עיצוני אף מציעה, כי ככל שמדובר בטענה לזכרונות שהושתלו בהליך טיפולי, קיים לפחות "הסבר אפשרי לאופן היווצרותם של הזכרונות", מה שאין כן כשמדובר בטענה לזכרונות כוזבים ללא הסבר לאופן היווצרותם; קרי שנוצרו באופן אוטונומי; וממילא, לדעתה, יש לייחס הרבה פחות משקל (אם בכלל) לטענה הבאה לשלול זכרונות שווא שמקורם אינו בהליך טיפולי.

ט"ו. והנה, בשונה מנסיבותיו של תיק פלוני הראשון - שם "הזיכרון של המתלוננת כי המערער אנס אותה... עלה לפני השטח רק כחלוף שלוש שנות טיפול" (פסקה 142); ובשונה מנסיבותיו של תיק פלוני השני - שאף בו הליך ההיזכרות היה ממושך ואיטי ובמקביל לטיפול פסיכולוגי (ראו פסקאות 66-67), בענייננו שלנו הופיעו זכרונות האירועים נשוא כתב האישום שלא במסגרת הליך טיפולי (או נסיבות הדומות לו). כעולה מן ההודעה שמסרה מורתה של המתלוננת (ת/5 מיום 8.8.06), חשפה המתלוננת בפניה את מעשי המערער מיוזמתה (במארס-אפריל-מאי 2004; ראו עמוד 76 לפרוטוקול) מבלי שקדם לכך הליך טיפולי או הליך אחר בעל ערך סוגסטי גבוה (דוגמת "הקורא בעיניים" או "הקורא במזוזות" שנזכרו בעניין פלוני הראשון).



ט"ז. אכן, בהודעת המורה במשטרה לא נאמר, שהמתלוננת סיפרה מתחילה בפגישה עמה גם על אירוע האינוס, ואולם בעדותה (עמוד 648 לפרוטוקול) ציינה המורה, שגם עניין זה נזכר באותה פגישה - ואולי רק במכתב שכתבה המתלוננת באותו מעמד (ראו עמוד 649). אוסיף ואומר, כי גם אילו ניתן היה להניח לטובת המערער, כי מעשה האינוס אכן לא הועלה בטרם האשפוז הראשון במרכז הרפואי שיבא (שהיה ביוני 2004), לא היה בכך כדי לשנות את התמונה בכללותה; שכן, כדי לשלול את החשש שמא מכלול ההאשמות כלפי המערער "נשתל" בזכרונה של המתלוננת במהלך האשפוז (לדוגמה, כפי שמציע המערער, בשל האינטראקציה עם בנות אחרות שחוו תקיפה מינית), די בכך שהמסגרת הכללית - לרבות זהות התוקף - נמסרה באופן מלא בטרם האשפוז; קרי, החשיפה קדמה לאשפוז.

י"ז. יפה בהקשר זה הערה במאמר של Smith-Lee, שהשופט עמית נדרש אליו בהרחבה בפסק הדין בעניין פלוני הראשון:

"Similarly, consideration of what the patient remembered before undergoing therapy and access to the contents of the therapy could prove very useful in evaluating whether the memory had an independent basis or was the product of suggestion" (E.E. Smith-Lee, "Recovered Memories of Childhood Abuse: Should Long-Buried Memories be Admissible Testimony?" (37 B.C. L. Rev 591 (1996)).

ח"ח. אין מדובר איפוא בנערה, אשר אשפוזה בתנאים הלא-פשוטים ("תחילת האשפוז היה טראומתי עבורה. היא אושפזה במחלקה סגורה עם הקפדה מוקפדת על האכילה"; פסקה 106 לפסק הדין קמא), בקרב נערות שחלקן עברו תקיפה מינית, הוא ששתל בתודעתה את רעיון התקיפה המינית, אשר קיבל תוקף וממשות בהמשך ההליך הטיפולי. בענייננו קדמו לכך הזכרונות והופיעו בנסיבות שאין לזהות בהן מועדות מיוחדת לסוגסטיה, וממילא החשש לזכרונות שווא פוחת במידה משמעותית (וכאמור, על פי חלק מהגישות, אף מתאיין באופן מוחלט). אכן, יכולה להטריד העובדה - אותה מדגיש המערער - כי במכתב ששלחה פסיכולוגית בית הספר לבית החולים תל השומר (ת/18) בבקשה לקדם את אשפוז המתלוננת לא נזכרת התקיפה המינית. ברם שתי תשובות לדבר: האחת, בית המשפט אשר שמע את עדותה של המורה קבע, כי אף שזו לא ידעה להסביר מדוע לא הוזכרה במכתב תקיפה מינית, מהימנה עליו עדותה לפיה העניין עלה במפגש עם המתלוננת והובא לידיעת הפסיכולוגית (ראו פסקה 250); השנייה, עיון במכתב (שאינו ארוך) מעלה כי לא פורטו בו גם בעיות אחרות אשר אין

חולק שהיו ידועות באותה עת - דוגמת הפרעות האכילה - ולמעשה לא נדרש כל עיקר לסיבות לקשייה של המתלוננת בבית הספר או למצבה הדכאוני (אף לא למותר לציין, כי המכתב הופנה למנהל המחלקה המטפלת בהפרעות אכילה של ילדים, ולא למחלקה הפסיכיאטרית).

י"ט. עד כאן בכל הנוגע להיעדרה של סיטואציה המועדת לסוגסטיה, ואולם האם מדובר במתלוננת בעלת נטייה לסוגסטיה באישיותה (אף אם לדידי אין להשוות בין עוצמת החשש לזכרונות שווא בין שתי החלופות), אשר גם אירוע פרוזאי יותר, ובעל ערך סוגסטיבי נמוך, עלול לטעת בה זכרונות שווא? טוען המערער, כי המתלוננת סובלת מהפרעת אישיות גבולית (אבחנה שאכן נרשמה בגיליונה של המתלוננת בשנת 2005; 14/נ), וכי מסיבה זו היא מועדת יותר לסוגסטיה. אמנם, בית המשפט קבע "הנני דוחה את עמדת שני המומחים, שלפיה למתלוננת אישיות גבולית" (פסקה 271), ואולם בנסיבות - ובפרט בהינתן העובדה שלמומחי ההגנה לא ניתנה אפשרות לבדוק את המתלוננת, המצטרפת לאבחנה רשומה מטעם גורם אובייקטיבי - הייתי מוכן להניח לטובת ההגנה (פחות בעקבות השתכנעות בצדקת הטענה ויותר בשל הגינות דיונית כלפי מי שבדיקת המתלוננת נמנעה ממנו), כי המתלוננת אכן סובלת מהפרעה כאמור.

כ. ברם, עיון בחוות הדעת של ד"ר קמפף-שרף מטעם ההגנה (15/נ) מעלה, כי גם במסגרת הפרק העוסק בנטייה לסוגסטיביליות (עמוד 18) אין היא קושרת בין אבחנה זו לבין סוגסטיביליות. קשר כאמור אכן נזכר בחוות דעתו של ד"ר שובל (16/נ), במובן זה שאי-היציבות הנפשית הקשורה להפרעה זו (כמו גם כל אי-יציבות נפשית אחרת) הופכת את הלוקה בה לחשוף יותר לסוגסטיה (עמוד 5-6). לשיטתו, על רקע אישיותי מסוג זה עלולה גם השיחה האקראית עם החברה "פלונית" "לשמש באופן בלתי מודע ורצוני כסוגסטיה" (עמוד 5). לא אכחד, לדידי סביר הרבה יותר כי שיחה מסוג זה עשויה להיות "מתג הפעלה" לתהליך ההיזכרות ולא סוגסטיה; ואולם נכון אני ליתן לחשש זה ביטוי באמצעות "החמרה" מסוימת בדרישת הראיות התומכות (כפי שיפורט להלן).

כ"א. סוף דבר, אם נידרש לשני הפרמטרים הראשונים הנזכרים בפסק דינו של השופט עמית - "מטרת התהליך" או חשיפה "לסוגסטיה של המטפל או של אחרים" - הנה בענייננו ההיזכרות לא באה במהלך טיפול או סיטואציה אחרת העשויה לעורר חשש משמעותי לסוגסטיה. ברם, שני הפרמטרים הראשונים (למעשה הוא הדין גם לשני הפרמטרים הבאים, אשר במובן מסוים "נגזרים" מהם) הם במהות פרמטרים שליליים. קרי, הימצאות בתהליך טיפולי שנועד "לשחזר זיכרון לגבי עבירה מסוימת"

(הפרמטר הראשון), היות המתלונן "נתון לסוגסטיה של המטפל או של אחרים" (הפרמטר השני), היעדר תיעוד "שיכול לסייע לבית המשפט לקבוע אם היה נתון לסוגסטיה" (הפרמטר השלישי) וכן מקצועיותו של המטפל (הפרמטר הרביעי) - הם פרמטרים שנועדו, בעיקרם, לשלול חשש לסוגסטיה במסגרת הליך טיפולי.

כ"ב. משקל משמעותי לא פחות יש ליתן לפרמטר השישי, האחרון, שעניינו קיומן של ראיות תומכות. וחשוב מכך, סבורני כי קיים יחס גומלין "מקזז" (trade off) בין שתי קבוצות הפרמטרים: ראיות תומכות משמעותיות יכולות להפיג את החשש שמקור הזיכרון בהליך סוגסטיבי, ושליטתו של תהליך כאמור עשויה להקל בעוצמת הראיות התומכות הנדרשות. בענייננו דומני כי הראיות התומכות משמעותיות מאלו שהתקיימו בעניין פלוני הראשון ובעניין פלוני השני, ויש בהן - בודאי בהצטרפן לבחינת הפרמטרים השלישיים, אשר לא העלתה חשש משמעותי לסוגסטיה - כדי להפיג ביתר שאת את החשש מפני זכרונות שווא שמקורם בסוגסטיה.

כ"ג. בטרם נפנה לבחינת הפרמטרים החיוביים (הראיות התומכות) נידרש לפרמטר החמישי שעניינו - "על בית המשפט לאפשר לצדדים להגיש חוות דעת מומחים בהתייחס לתהליך הטיפולי ולשחזור הזיכרון של המתלונן". בהקשר זה הדגיש בית המשפט המחוזי, כי שני מומחי ההגנה "אינם מתיימרים לומר, כי בענייננו מדובר בזיכרון כוזב... נראה כי מטרתם של המומחים היא להצביע על גורמים שעל בית המשפט להתחשב בהם בהכרעתו בסוגיה זו שבמחלוקת" (פסקה 266). כך אכן נעשה. ועוד נזכיר, כי בשונה מן הטיפולים הפרטיים שניתנו בעניין פלוני הראשון ובעניין פלוני השני, כאן מדובר היה בטיפולים שהתקיימו במסגרת ציבורית (במרכז הרפואי שיבא), ותועדו כדבעי בזמן אמת. בעניין פלוני הראשון נדרש חברי השופט עמית (פסקאות 144-152), ובעקבותיו נדרשתי גם אני (פסקאות י"ג-ט"ו), למורכבות הכרוכה באי-מתן אפשרות למומחי ההגנה לבדוק את המתלוננת. סבורני, כי בנסיבות תיק זה הבעייתיות פחותה.

כ"ד. נציין עוד, כי בשונה מעניין פלוני הראשון (שם חלפו כשלוש עשרה שנה עד הופעת הזכרונות) ובשונה מעניין פלוני השני (שם חלפו למעלה מעשר שנים עד הופעת הזכרונות), בענייננו היתה תקופת ההדחקה קצרה הרבה יותר (כחמש שנים); הבדל אשר בא כוח המדינה חזר והדגיש בפנינו, ויש טעם בדבריו. דומה כי ניתן להסיק, גם בשכל הישר, שככל שתקופת ההדחקה קצרה יותר, תורם הדבר כפרמטר שביעי להתייחסות לאמינות התלונה.

כ"ה. כאמור, סבורני כי התשתית הראייתית אשר הוצגה בפני בית המשפט המחוזי - מעבר לגירסת המתלוננת עצמה - רחבה ומצדיקה בנסיבות את הרשעת המערער. בית המשפט נדרש לתשתית זו בהרחבה (וסיכם אותה בקצרה בפסקה 278), להלן נתייחס אך לחלק ממנה באופן תמציתי לפי סדר כרונולוגי. ראשית, בתיק ישנה עדות המתייחסת למערכת היחסים בין המערער והמתלוננת בזמן אמת. וכך מסרה אמה של המתלוננת במשטרה:

"התחלתי [בעקבות המפגש בבית החולים תל השומר במהלכו נודע לאמה של המתלוננת על תלונותיה - א"ר] לנסות לשחזר את אותה תקופה, זכור לי משהו שקשה לי לשכוח ואני זוכרת היטב. באותה תקופה שעבדתי [בגן] והיא באה חיוורת מכונסת בתוך עצמה, וראיתי שהילדה רועדת מפחד, ניגשתי אליה ושאלתי אותה [המתלוננת] קרה משהו? קרה משהו? [המערער] נגע בך? היא הסתכלה עלי עם הראש בנדנד לא...." (ת/4).

לשאלת החוקר: "למה שאלת את המתלוננת 'המערער נגע בך?' השיבה "כי נראתה לי אותו יום מבוהלת מכונסת בתוך עצמה, היתה לי הרגשה אימהית שמהו לא בסדר איתה" (ש/8). בעדותה במשפט חזרה אמה של המתלוננת על הדברים (עמודים 378-381), והטעימה כי אף שחשבה שהמערער פגע במתלוננת היא לא קישרה זאת להקשר מיני. ההודעה נגבתה במשטרה ביום 7.8.06, וחיזוק אפשרי לה מצוי במכתב שכתבה המתלוננת עוד ביום 16.2.06 ובו ציינה (ביחס לאותן שנים אליהן התייחסה האם): "I didn't tell anyone, tho [though] my mom asked... me once but I lied... Lying when I was like 9". בית המשפט נתן אמון מלא בגירסה של האם בדבר האירוע הנזכר (פסקה 246), ולדידי ניתן לראות בה ראייה בזמן אמת בדבר מערכת יחסים בעייתית ופוגענית בין המערער והמתלוננת (ונזכיר, כי בעניין פלוני השני (פסקה 144) שימשו דבריה הספונטניים של אם המתלוננת, "רק אל תגידי לי שזה אבא", אינדיקציה לחיזוק גירסתה).

כ"ו. שנית יש לזכור את מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת, אשר החל - לפי קביעת בית המשפט קמא - תקופה קצרה יחסית לאחר תום המעשים (בשונה לדוגמה מעניין פלוני הראשון - ראו שם פסקה 4; ובדומה יותר לעניין פלוני השני - ראו סיכום הכרונולוגיה, שם, פסקה 102). אכן, הפרעות האכילה הקשות החלו רק בשלב מאוחר יותר; ואולם בית המשפט סקר את מצבה הנפשי של המתלוננת כבר בתקופה הסמוכה לאירועים נשוא כתב האישום (בהיותה כבת 12):

"שרר נתק בינה לבין אביה, מצבה הנפשי הידרדר והיא החלה לפגוע בעצמה: חרטה על עצמה בעפרונות עד זוב דם מבלי

שהבינה מה עשתה, הפכה להיות 'מוזרה', גילחה את שיער ראשה, עשתה פירסינג במקומות רבים בגופה, מתוך אהבת 'תחושת הכאב' ואף שכנעה את עצמה שזה יפה" (פסקה 82).

כן ציין בית המשפט, כי בכיתה ט' אף שינתה המתלוננת את שמה (ש.ס). בהגיע המתלוננת לגיל 14 החלו להופיע הפרעות האכילה, ובהמשך האשפוזים (ראשית בבית החולים שניידר ולאחר מכן בבית החולים תל השומר), הניסיונות האבדניים והטיפוליים הפסיכיאטריים.

כ"ז. אכן, יתכן שגורמים אחרים, שאינם תקיפה מינית על ידי המערער, עלולים היו לעמוד ביסוד הידרדרות נפשית זו (ואולי לא למותר לציין, כי אף שהמערער סומך יתדותיו בסיכום המחלה שנערך בתום האשפוז הראשון (ת/7), הנה בסיכום המחלה שנערך בתום האשפוז השני (ת/8) דומה שניתן משקל רב יותר לטראומה על רקע תקיפה מינית); ואולם, כחלק ממכלול הראיות בתיק, אין ספק בעיני כי סביר הרבה יותר לקשור תהליך זה לתקיפה המינית. בעניין פלוני ראשון סקר השופט עמית (בפסקה 137) את הסימפטומים האופייניים לילדים שהיו נתונים לגילוי עריות במשפחה:

"מהפסיקה בנושא של עבירות מין וממאמרי מלומדים עולה כי ילד שהיה נתון לגילוי עריות במשפחה מפתח סימפטומים גופניים-נפשיים-התנהגותיים שונים. אלו באים לידי ביטוי בטווח הקצר של כשנתיים ממועד ביצוע הניצול המיני, הן בהיבט הנפשי (פחד, חרדה, בלבול, אשמה, כעס, דיכאון, תחושות של אבדן ואבל וירידה בתחושת ההערכה העצמית) והן בהיבט הפיזי-גופני (הרטבה במיטה, כאבי ראש, התעלפויות, התכווצויות וכיו"ב). בטווח הארוך של מעל לשנתיים ממועד ביצוע הניצול המיני, ההפרעות מבחינה פיזית כוללות, בין היתר, פגיעה עצמית, ניסיונות אובדניים, הפרעות אכילה לסוגיהן... ההשפעות מבחינה נפשית כוללות, בין היתר, דיכאון, הפרעות דיסוציאטיביות, תסמונת פוסט טראומתית, פחד, חרדה ופוביות..."

דומה, כי בניגוד לעניין פלוני הראשון, שם הופיעו "סימנים מעידים" רק כעבור כמעט עשר שנים, בענייננו התמונה המסתמנת מחומר הראיות עולה בקנה אחד (אם לא למעלה מכך) עם המהלך המצער והצפוי.

כ"ח. בעניין פלוני השני (פסקה 144) נקבע (תוך הפניה לעניין פלוני הראשון פסקה 115), "הזיכרון המפורט של המתלוננת על פרטי המעשים ועוצמת הסימפטומים מהווה אינדיקציה לבחינת אמיתות הזיכרון". אין ספק שתיאוריה המפורטים של המתלוננת, בודאי לגבי אירוע האינסוס, באים בגדרים אלה, ולא בכדי נדרש בית המשפט המחוזי לתיאור שכלל התייחסות לריחות ולמוסיקה (פסקה 245), לחוויית כאב פיזי (פסקה 246), ולכך שהתרשמות מלאת

עוצמה זו הועלתה על הכתב כבר בשנת 2006 במכתב הנזכר (ת/11) שכתבה המתלוננת לחברתה (המופנה בחלקים ממנו ישירות למערער):

"I can't forget you that time. You knew what's gonna happen. You made everything before. The candles. The music. I can't forget the music. You told me to lie [lie] on the bed and I did, just did. It was such a good smell all over the room... You had a small white bed. It was so bright and white I can't forget it... I lied on the bed. You took my pants off by yourself. I have to say, good job. It was like 1 min of totally silence and then you just did it. It hurt so much. I remember the pain...I just couldn't take it. I told you it hurts and you stopped after a while..."

עוד ציין בית המשפט קמא, "התרשמתי ממתלוננת שהעידה 'מדם ליבה'... תגובותיה מתאימות לתכנים עליהם העידה... תיאור העיסוי בבית המשפט בכאב, כשהמתלוננת רועדת" (פסקה 245); ואין לי אלא להפנות לדברים שהביא השופט עמית בעניין פלוני הראשון בשם פרופסור Lenore Terr, "ככל שעוצמת הסימפטומים של הפרעות רגשיות גבוהה יותר, ככל שהזיכרון מפורט יותר וככל שעוצמת הרגש הנלווית לדיווח על הזיכרון גבוהה יותר" קיימת נטיה לומר כי מדובר בזכרונות אמת (פסקה 115).

כ"ט. הזכרנו כבר (פסקה ט"ו) את הודעת המורה. עוד אציין, כי ד"ר ירוסלבסקי - הפסיכיאטרית שטיפלה במתלוננת במהלך אשפוזה בבית החולים תל השומר - "האמינה לסיפורה של המתלוננת" (פסקה 254), ובית המשפט אימץ את "עדותה (כגורם מטפל), שלפיה במהלך הטיפול נעשה תהליך של עיבוד הטראומה של ההתעללות המינית" (פסקה 253), וקבע כי היא "הותירה בי רושם חיובי ביותר" (פסקה 256). כידוע, "בעבירות מין, חזון נפרץ הוא שהתביעה מעידה עדים ששמעו מקרבן העבירה את שנעשה בו - גם אם הדברים אינם בגדר החרג של רס גסטא (res gesta) - כראיה לא רק לעצם אמירת הדברים אלא גם כראיה מסייעת לתוכן עדותו של קרבן העבירה" (עניין פלוני הראשון פסקה 88); ובהקשר זה סבורני, כי ניתן ליתן משקל ממשי לעדותה של ד"ר ירוסלבסקי (השוו, בהיקש, גם ע"פ 3467/11 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה י"ט). אף אבחון המתלוננת כסובלת מהפרעת דחק פוסט טראומטית (PTSD) עשוי לתמוך, בהקשר דנא, בהנחה שמצבה נובע מאירוע טראומטי בילדותה, ופחות מנסיבות קשות סביב גירושי הוריה והתנהלותם.

ל. ולבסוף, לא למותר לציין את קביעות בית המשפט - הלא חיוביות - בכל הנוגע למהימנות גירסת המערער (פסקה 279), עניין אשר בא כוח המשיבה הדגיש בטענותיו בפנינו, וזאת - למצער - על מנת למצוא בהן חיזוק לזכרונותיה של המתלוננת בהקשר מסוים. כזכור,

חלקן הראשון של כתב האישום עניינו במעשים מגונים שנעשו במתלוננת לאחר שהמערער הושיבה על השיש במטבח. המערער עומת עם טענה זו בחקירתו במשטרה, ומסר:

“שאלה: האם לעתים היית מעלה את המתלוננת, מושיב אותה על השיש במטבח ואז מחבק ומשתפשף בה?  
תשובה: זה אולי, אבל חיבוק משפחתי לא להשתפשף או משהו כזה.  
שאלה: באחת הפעמים כאשר עשית זאת ונצמדת למתלוננת היא אמרה לך שאם אתה אוהב אותה אין צורך לאנוס אותה, זכור לך?  
תשובה: לאנוס!! אלוהים אדירים, נשבע לך ביקר לי שלא נגעתי בה” (ת/1 עמוד 3).

הנהגה במהלך עדותו הציג המערער גירסה שונה בתכלית לגבי הושבת המתלוננת על השיש במטבח: “הייתי מושיב אותה... לא מחבק אותה, מרים אותה על השיש... היה 90 ס”מ, היא היתה בת 3-4, להרים אותה למעלה ולהגיד לה ‘את לא’.... שאלה: אתה אומר שהיית מרוגז ממנה כששמת אותה על השיש? תשובה: בודאי” (עמוד 295). קרי, ההושבה על השיש היתה למטרת ענישה או הרגעה (“שאני שמתי אותה על השיש בגלל להירגע”; עמוד 294); וכך הבהיר המערער לשאלת אב בית הדין: “שאלה: אז למה לחבק אותה? תשובה: מה יש לחבק אותה... זה לא חיבוק זה להרים” (עמוד 295).

ל”א. אף מבלי להידרש לעובדה שהמערער התייחס בעדותו לראשונה למתלוננת כאל ילדה “מופרעת” הטעונה הרגעה, ואף אם נתעלם מהעובדה שרק בשנת 1994 עברו המתלוננת ואמה למקום מגורי המערער (ולא בהיותה “בת 3-4”), דומה כי לפנינו ניסיון לתת הסברים שונים - ולמעשה הפוכים - לתיאור עובדתי שטיפקה המתלוננת; ומבחינה זו, מדובר בתמיכה בגירסתה העובדתית לגבי התקיימות אירוע מסוג זה - שאינו דבר שבשגרה בכל בית, ואף אילו היה בשגרה הנורמטיבית של בית המערער סביר היה כי יהיה בצדו הסבר ברור וידוע מראש. אכן, יש “להיזהר מפני השתתת הרשעתו של נאשם על בסיס שקריו” (ע”פ 682/09 מדינת ישראל נ’ 9701 (לא פורסם) פסקה 45 - השופט דנציגר; ע”פ 307/11 שרון נ’ מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 17; ע”פ 557/06 עלאק נ’ מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 28), ואינני מבקש לעשות שימוש בסתירות בגירסת המערער כדי להסיק מסקנות לחובתו. ואולם, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהמערער אישר את התקיימותם של אירועים המתוארים בכתב האישום (ובהקשר זה אין מדובר איפוא בזכרונות כוזבים), אירועים שאינם שכיחים בכל בית בישראל, ושלא היה בפי המערער הסבר נקודתי, קוהרנטי ומשכנע להם.

“זכרונות מודחקים”: שלב הסיכומים

ל"ב. דומני איפוא, כי בחינת הפרמטרים שהציג השופט עמית בעניין פלוני הראשון בנסיבות המקרה שלפנינו תומכת במסקנה לפיה מדובר בזכרונות אמת אשר משקפים את האירועים שביסוד כתב האישום. בחינת הפרמטרים השליליים מגלה (כאמור מעלה), כי אין בעניינינו אינדיקציות המעלות חשש ל"השתלת זכרונות" (לדוגמה סוגסטיה במהלך טיפול), או אינדיקציות משמעותיות לנסיבות אחרות אשר עשויות להיות מקור לזכרונות שווא; בחינת מכלול הנסיבות והראיות התומכות (הפרמטרים החיוביים) מעלה, לעומת זאת, שורה של אותות כי מדובר בזכרונות אמת המשקפים אירועים שהתרחשו. כפי שצינתי קודם, על רקע יחסי הגומלין בין הפרמטרים השליליים והפרמטרים החיוביים, בעניינינו ניתן היה להסתפק גם בראיות תומכות ברמה נמוכה יותר; ועם זאת, עמדנו על כך שקיימות ראיות תומכות משמעותיות. עוד נציין (ראו עניין פלוני השני פסקה 143), כי טענות המערער לגבי מניעים שונים לתלונות שווא מצד המתלוננת לא זכו לאמונו של בית המשפט (ראו פסקה 279), וממילא אין בפנינו יסוד לחשד לתלונות שווא מכוונות; וכפי שהטעים בא כוח המדינה, גם אין מדובר בתלונה הבאה על רקע מערכת יחסים מעורערת בהווה.

ל"ג. מכאן ואילך המהלך הלוגי העקרוני פשוט. בפני בית המשפט מונחת עדות שהוא קובע כי היא מהימנה וכנה. בשלב זה הסיבה היחידה שלא לבסס הרשעה על עדות זו היא, שהיא מבוססת על זיכרונות, אשר בניגוד לכל יתר העדויות (המבוססות גם הן על זיכרון) אינם רציפים, והופעתם המאוחרת מעוררת חשש אינהרנטי לגבי "מהימנותם האובייקטיבית". קרי, על בית המשפט להזהיר עצמו היטב, שמא המהימנות שבפניו אינה אלא "מהימנות סובייקטיבית" אשר אינה משקפת "מהימנות אובייקטיבית". בחינת העדות במסגרת שנקבעה בעניין פלוני הראשון ובעניין פלוני השני, הכוללת שלילת אינדיקציות לתהליך סוגסטיבי מזה, ואישוש תכני הזכרונות בראיות תומכות מזה, נועדה להסיר את החשש שמא בפנינו "מהימנות סובייקטיבית" בלבד. וממילא חוזרים אנו לאותה "דרך המלך" של הרשעה על סמך עדות שנמצאה מהימנה, המבוססת - ככל עדות אחרת - על זיכרון של העדים. כאן המקום להעיר, כי נתתי לבי גם אל סירוב המתלוננת להיבדק על ידי מומחי ההגנה, דבר שיכול היה להרחיב את היריעה שבפני בית המשפט; אך בית המשפט המחוזי ציין (פסקה 267), כי סבר שהצירוף בין חקירתה הנגדית הרחבה של המתלוננת לבין חומרים נוספים שהיו בפני בית המשפט איפשר לקבוע ממצאים ראויים ללא בדיקה זו. העיון בחומר שבפנינו תומך בגישת בית המשפט בנסיבות דנא.

ל"ד. ניתן, במובנים מסוימים, לדמות את בחינת העדות בפרמטרים שנקבעו בעניין פלוני הראשון ובעניין פלוני השני, למעין "משפט זוטא" שמטרתו בחינת מהימנות הזכרונות; ומשזו אושרה, אנו שבים לנהל את המשפט כרגיל (כשם שלפי חלק מהגישות בארצות הברית, קבילות עדות שרועננה בהיפנוזה תלויה בהוכחת מספר תנאים מוקדמים, אשר רק לאחר הוכחת התקיימותם העדות קבילה והצדדים זכאים לטעון לגבי מהימנותה ומשקלה; לסקירה ראו K.L.



Topham, "Borawick v. Shay: The Admissibility of Hypnotically Induced Memories", 27 Golden Gate U.L. Rev. 423 (1997); R.A. Leo, "Social and Legal Construction of Repressed Memory", 22 Law & Soc. Inquiry 653 (1997); כי בענייננו אין מדובר בשאלת קבילות אלא משקל בלבד). בשלב זה, משאפשרה העדות בהתאם לפרמטרים שנקבעו בעניין פלוני הראשון ובעניין פלוני השני, יכול נאשם לטעון - כמקובל במקומותינו במקרים רבים - כי המתלוננת אינה דוברת אמת; אך כבר פוחתת (וכמעט מתאינת) האפשרות לטעון, כי מקור הדברים שעליהם היא מעידה בשכנוע עצמי עמוק הוא בזכרונות כוזבים לגבי אירועים שלא התרחשו. ומהתם להכא, משנשללה הטענה, כי גירסת המתלוננת - אשר נמצאה על ידי בית המשפט קמא כמהימנה - יסודה בזכרונות כוזבים שמקורם בתהליך סוגסטיבי, לפנינו "תיק עבירות מין רגיל" המוכרע, במקרים רבים בעיקר, על יסוד העדפתה של גירסת אחד הצדדים (ולא למותר לציין, כי בענייננו אותן ראיות תומכות שנזכרו מעלה, לא רק שהן מפחיתות את החשש מפני זכרונות שווא, אלא גם יש בהן כדי לחזק את עדות המתלוננת).

ל"ה. בהתחשב במכלול הראיות הקיימות בתיק, ובהינתן קביעות המהימנות הנחרצות של בית המשפט המחוזי, חל הכלל לפיו "בית משפט של ערעור לא יתערב דרך כלל בקביעות עובדתיות של ערכאה דיונית מקום שקביעותיה נעשו על יסוד התרשמות ישירה מן הראיות, על דרך בחינת 'התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט'" (עניין נימר פסקה 29 - השופטת פרוקצ'יה; ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקאות 122-126; ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקאות 6-7; ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (לא פורסם) 37-40; ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419). בכל הנוגע לטענות שעניינן אי התאמות בגירסת המתלוננת, אזכיר כי:

"במצב הדברים הרגיל, בית המשפט 'מדקדק' בסתירות ובאי דיוקים בדברי העדים שהופיעו בפניו... אך בעבירות מין הגישה היא שונה" (עניין פלוני הראשון פסקה 84).

הכלל המנחה מורנו, כי "השאלה איננה אם קיימים אי דיוקים ואי התאמות בפרטים, אלא אם המקשה כולה היא אמינה ואם הגרעין הקשה של האירועים והתמונה הכוללת המתקבלת מן העדות והחיזוקים לה מאפשרת מסקנה בדבר אשמת הנאשם מעבר לכל ספק" (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 233 - השופטת שטרסברג-כהן; ע"פ 102/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 14; ע"פ 9409/09 בן יהודה נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ל"ד). על רקע כללים מנחים אלה, לא ניעתר לערעור בכל הנוגע להכרעת הדין.

הנרעורים על גזר הדין: רקע וטענות הצדדים

ל"ו. כאמור, בית המשפט המחוזי השית על המערער חמש שנות מאסר בפועל, מאסר מותנה ופיצוי למתלוננת (בסך 75,000 ש"ח). בגזר דינו נתן בית המשפט משקל, בין היתר, לגורמים אלה: במסגרת השיקולים לחומרה נזכרו גילה הצעיר של המתלוננת בתקופת ביצוע העבירות (אשר לא היתה קצרה כשלעצמה), נסיבות חייה הקשות באותה העת וניצול האמון שנתנה במערער כדמות אב, הנזק הנפשי המתמשך ("ניתן לומר, כי חלק משמעותי ומרכזי של מצבה הנפשי של המתלוננת הוא פועל יוצא מפגיעתו הרעה של הנאשם בה"; עמוד 4 לגזר הדין), אי נטילת האחריות והמסוכנות הנשקפת מהמערער (שהוגדרה בהערכת המסוכנות כבינונית-נמוכה), האופן בו בחר לנהל את המשפט, ומדיניות הענישה במקרי עבירות מין בקטינים שהם בני משפחה. במסגרת השיקולים לקולה נזכרו, בין היתר, גילו ומצבו הבריאותי (הפיזי והנפשי) של המערער (כאמור יליד 1939), חלוף הזמן, וכן טענות ההגנה כי מדובר במעשים שאינם "ברף הגבוה" של עבירות המין, כי אין מדובר בעבירות מין במשפחה (כמובנו של מונח זה בחוק), וכי לא נעשה שימוש באלימות מכל סוג.

ל"ז. כלפי גזר הדין הוגשו, כאמור, ערעורים הדדיים. המערער חוזר על טענותיו בבית המשפט קמא, אשר לשיטתו לא היה די במשקל שניתן להם בגזר הדין. בנוסף הודגש חלוף הזמן מאז ביצוע המעשים והתארכות ההליכים - אשר בחלקה קשורה להתנהלות התביעה (כתב האישום הוגש כמעט שנתיים לאחר התלונה שהגישה המתלוננת; ופסק הדין ניתן כחמש שנים לאחר הגשתה). הוזכר, כי מדובר בהשתתף מאסר בפועל על אדם שהוא כיום כבן 73, אשר מצבו הבריאותי - הכולל שני אירועים מוחיים, בעיות לב, לחץ דם גבוה, סכרת, מחלת ריאות כרונית וכן אשפוז פסיכיאטרי ודיכאון - הולך ומחריף, ותוחלת חייו (כך נאמר) אינה ארוכה. נטען, כפי שנטען כבר בבית המשפט קמא, כי מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת אינו מיוחס רק לעבירות בהן הורשע המערער, וכן כי הערכת המסוכנות מלמדת דוקא, שהמערער אינו מהווה סכנה לציבור. עוד נטען, כי שגה בית המשפט כשהחמיר עם המערער בשל היותו "קרוב משפחה" של המתלוננת, אף שהמחוקק הביע את עמדתו (ראו סעיף 351 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977), שקרבה מסוג זה אינה נחשבת בעיניו קרבת משפחה לענייננו. ולבסוף נטען, כי העונש חורג מן המקובל בתיקים מסוג זה.

ל"ח. מנגד טוענת המדינה, כי העונש קל מדי, ונמוך "אף מהעונש המכסימאלי הקבוע בצד עבירה אחת של מעשה מגונה בנסיבות אינוס". הוזכר, כי המעשים נעשו בקטינה אשר ראתה במערער דמות מיטיבה, שאמור היה לספק לה הגנה בתקופה הקשה של גירושי הוריה. הודגש, כי המתלוננת עצמה הסבירה את "התרגלותה" למעשים בצורך בדמות אב, ונטען כי לעובדות אלה לא ניתן משקל מספיק בגזר דינו של בית המשפט המחוזי. עוד נטען, כי בית המשפט קמא לא נתן משקל ראוי לנזקים ארוכי הטווח של מעשי המערער, להחרפה במצבה של המתלוננת בעקבות ההיזכרות במעשים (לרבות ניסיונות אבדניים והצורך בטיפול בדיכאון בנזעי חשמל),

ולכך שבנסיבות אלה היא לא התגייסה לצבא וממשיכה לקבל טיפול. הוטעם, כי גם אם היו גורמים קשים נוספים בילדותה של המתלוננת, בית המשפט קבע, כאמור, "כי חלק משמעותי ומרכזי של מצבה הנפשי של המתלוננת הוא פועל יוצא מפגיעתו הרעה של הנאשם בה" (עמוד 4 להכרעת הדין), והעונש שהושת אינו נותן ביטוי מספק לכך. עוד נטען, כי בעבירות מסוג זה אין לתת משקל משמעותי לחלוף הזמן, וכי מתן משקל כאמור עלול לרוקן מתוכן את גישת המחוקק המאריכה את תקופות ההתיישנות לגבי עבירות מין שבוצעו בקטינים. בנסיבות אלה, כך נטען, אין בנסיבות המקלות במישור האישי כדי להצדיק הקלה כה משמעותית בעונש. הוזכר, כי המבקש אינו נוטל אחריות למעשיו, אינו מביע אמפטיה למתלוננת, והאופן בו בחר לנהל את משפטו גרם לה לסבל נוסף. סוף דבר נטען, כי העונש חורג לקולה ממדיניות הענישה.

הערעורים על גזר הדין: דיון והכרעה

ל"ט. לאחר העיון באנו לכלל מסקנה שלא ניעתר לשני הערעורים. אכן "בפסקי-דין רבים עמד בית משפט זה על החומרה היתרה הטמונה בעבירות מין ועל ההשפעות הקשות ולעיתים ההרסניות על גופם ונפשם של הנפגעים, במיוחד הקטינים שבהם" (ע"פ 10626/07 אדרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) - השופטת חיות; ע"פ 2480/09 פדלון נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

"על החומרה שיש בעבירות מין, לא כל שכן כאשר הן מבוצעות בקרבן קטין או קטינה, דומה כי אין צורך להכביר מילים. חילול כבוד האדם של הקרבן, ניצול התמימות האמון, חוסר האונים ואי היכולת להתנגד באופן משמעותי שמאפיינים פעמים רבות קרבנות עבירה קטינים, ניצול החשש והפחד אצל רבים מהם מחשיפת המעשים, הצלקות הנפשיות העמוקות הנחרתות בנפשם, הפגיעה בתפקודם השוטף במסגרות החיים השונות, הזוגיות, החברתיות, האישיות ואחרות - כל אלה הם אך מקצת הטעמים לחומרתן היתרה של עבירות המין המבוצעות בקטינים. הגנה על שלומם של קטינים, על שלמות גופם ונפשם הינה אינטרס חברתי מוגן על ידי דיני העונשין. על העונש הנגזר במקרים שעניינם לשקף את ההגנה על כבודם, גופם ונפשם של קטינים וקטינות ולהרחיק מן הציבור את אלו מהם נשקף להם סיכון. על העונש לשקף את הסלידה מן המעשים, את הוקעתם, ולשלוח מסר מרתיע לעברייני שעניינו נידון ולציבור העבריינים בכוח" (ע"פ 6690/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 6 - השופטת ארבל).

מדיניות עונשית מחמירה "מתחייבת... גם משיקולי ענישה כלליים, ובפרט מן הצורך להגן על שלומם של קטינים על-ידי הרחקת הפוגעים בהם מהחברה לתקופה ממושכת; ומן הצורך להעביר מסר ברור וחד-משמעי כי הנוטלים לעצמם חירות לפגוע בקטינים צפויים לעונשים כבדים ומשמעותיים" (ע"פ 1281/06 בורשטיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 13 -

השופטת ארבל). המעשים בהם הורשע המערער - אשר הפכו את המתלוננת לכלי לסיפוק יצריו המיניים - הם מכוערים ושפלים. גם אם המעשים אינם "ברף הגבוה" של עבירות המין, ואף אם לא ננקטה מצד המערער אלימות כדי לכפות עצמו על המתלוננת (המעשים לגופם בודאי באים בגדרי אלימות), מדובר בניצול של ילדה קטנה במצב מצוקה - על ידי מי שהיא נשאה אליו את עיניה כדמות אב - כדי לספק צרכים מיניים. ניצול זה פצע את נפשה של המתלוננת, הסיט את מסלול חייה מנתיבו, וממשיך לתת בה את אותותיו. ברי איפוא, כי אין מקום להקלה בעונש.

מ. ואף על פי כן. גם אם מדובר בעונש שאינו ברף הגבוה - בפרט בהתחשב בנוזקים ארוכי הטווח שנגרמו למתלוננת - סבורני כי חלוף הזמן בין מועד העבירות לסוף ההליך המשפטי וגילו המתקדם של המערער ומצבו הבריאותי (והנסיבות האחרות לקולה שמנה בית המשפט קמא), הופכים את העונש לכזה שניתן שלא להתערב בו. לא אכחד, אף שהמעשים כשלעצמם אולי לא היו "ברף הגבוה", תוצאותיהם קשות וכשבוחנים את השפעתם על מהלך חייה של נערה צעירה, היתה ראויה ענישה משמעותית בהחלט; ואולם בנסיבות המערער אין מדובר בעונש קל, מכל מקום לא כזה המצדיק בנסיבות התערבות ערעורית (השוו ע"פ 4816/05 מדינת ישראל נ' בן טוב (לא פורסם) פסקה 3; ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 79; ע"פ 4210/09 לירן נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 8).

מ"א. במישור המדיניות אליו נדרשת המדינה יצוין, כי אין לומר שהעונש פוגע בהרתעה, שכן אף אם נמוך הוא במידה מסוימת בשל חלוף הזמן והזדקנות המערער, מעיד הוא על חרב מתהפכת של עונש מאסר משמעותי, הממשיכה להיות תלויה מעל ראשם של עברייני מין גם שנים לאחר ביצוע זממם. יידע כל עבריין מין, כי גם חלוף למעלה מעשור שנים, שני אירועים מוחיים ומצב נפשי ובריאותי קשה לא יהוו תעודת ביטוח מפני ריצוי תקופת מאסר משמעותית בפועל. אין להקל ראש בעונש מאסר בן חמש שנים בכל שלב של חיי האדם, אבל במיוחד כך בגיל מתקדם ובמצב בריאותי שאינו פשוט. מסיבות אלה החלטנו, כאמור, שלא להיעתר גם לערעור המדינה.

סוף דבר

מ"ב. סוף דבר איננו נעתרים לשני הערעורים. הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט קמא יעמדו על כנם.

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

שופט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום כ"ב באלול התשע"ב (9.9.12).

שופט

שופט

שופט