



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6304/11

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: פלוני

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי מרכז
בתפ"ח 8687-08-09 שניתנה ביום 7.7.2011 על-ידי סגן
הנשיא א' טל והשופטים ר' לורד וצ' דותן

תאריך הישיבה: כ"ה באייר התשע"ב (17.05.2012)

בשם המערערת: עו"ד אושרה פטל-רוזנברג

בשם המשיב: עו"ד אילן מזרחי; עו"ד נגה ויזל; עו"ד יובל זולטי

פסק דין

השופט נעם סולברג:

1. ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי מרכז (סגן הנשיא אברהם טל, השופטת רות לורד והשופט צבי דותן בתפ"ח 8687-08-09), בגדרה זוכה המשיב מביצוע מעשי סדום, מעשה מגונה וניסיון לאינוס.

עיקרי כתב האישום

2. בתחילת שנת 2004 עלתה לישראל ו', מצרפת, עם שתי בנותיה הקטינות ק' ו-ר', ילידת 15.7.1998. כעבור כשנתיים, בשנת 2006, נרקמו יחסי ידידות בין האם לבין

המשיב. זה פקד את בית המשפחה לעיתים תכופות, וסייע לאם ו' גם מבחינה כלכלית. החל משנת 2007 ועד לחודש יולי 2009, כשהקטינה ר' הייתה בגיל 9 עד 11, במספר רב של הזדמנויות, נהג המשיב לקחת אותה במכוניתו, בתואנה כי הוא מעוניין לקנות לה מתנות. המשיב איים על הקטינה ר' כי במידה שלא תעשה כרצונו, לא יחזיר אותה לביתה, ואז היה מכריח אותה, תוך שהוא אווז בכוח בראשה, למצוץ את איבר מינו. באחת הפעמים הללו, כשהשניים היו במכונית, הוציא המשיב את איבר מינו, תפס בשערותיה של הקטינה ר' והכריח אותה בכוח למצוץ את איבר מינו עד אשר הגיע לסיפוקו בתוך פיה. במועד אחר, כשהיו במכונית, חשף המשיב את איבר מינו בפני הקטינה ר', הניח את ידה על איבר מינו, וביקש שתשפשף אותו ו"תעשה לו כף", אולם הקטינה ר' סירבה. במועד אחר, הרים המשיב את חצאיתה של המתלוננת וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, ללא הצלחה. לאחר שהיה מבצע בה את זממו, היה המשיב נותן כסף לקטינה ר', על מנת שלא תחשוף את מעשיו.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

3. במענה לכתב האישום, הודה המשיב בכך שנרקמו יחסי ידידות בינו לבין האם וכי פקד את ביתה לעיתים תכופות וסייע לה מבחינה כלכלית. המשיב הודה גם בכך שלעיתים הסיע את הקטינה ר' ואת אחותה ק' במכוניתו, אך זאת שלא על מנת לקנות לקטינה ר' מתנות, כפי שנטען בכתב האישום, אלא לטיפולים, לקניות ולטיולים. המשיב כפר בשאר העובדות שבכתב האישום, ובכללן ביצוע המעשים המגונים ומעשי סדום בקטינה ר'.

4. לפני בית משפט קמא הובאו מספר עדויות וראיות, בכללן עדותה של הקטינה ר' לפני חוקרת הילדים מיום 4.8.2009, שצולמה, תועדה בתקליטור, תומללה וסוכמה על-ידי חוקרת הילדים ב"טופס סיכום העדות". הקטינה ר' לא העידה בבית המשפט בשל גילה ולנוכח החלטת חוקרת הילדים שלא להעידה; עדותה של חוקרת הילדים; עדויותיהם של מתנדבי המשטרה פטריק ברואני ומשה סלמה, ועדותה של האם. על סמך מכלול הראיות והעדויות שהובאו לפניו, הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי יש לזכות את המשיב מכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום הואיל ולא הוכחו מעבר לכל ספק סביר.

5. בית המשפט המחוזי ציין כי התרשמותו מחקירת הקטינה ר' דומה להתרשמות חוקרת הילדים שהעידה כי ישנו קושי בקביעת מהימנות לגבי עדותה של הקטינה ר'. על אף שהקטינה ר' תיארה אירועים טראומטיים שחוותה, היא מסרה את עדותה בנינוחות, ללא סימני התרגשות, ולא הזילה ולו דמעה בודדת במהלך כל עדותה. בית

המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי העדר תגובה רגשית כלשהי מצדה של הקטינה ר', ולו הקלה ביותר, מקשה על קבלת עדותה. ניתן גם משקל לכך שחוקרת הילדים לא עימתה את הקטינה ר' עם גרסת המשיב.

6. בית המשפט המחוזי ייחס משקל לכך שהקטינה ר' כבשה את סיפורה ונמנעה מלספר עליו לאימה, אשר איתה הייתה בקשר הדוק, במידה כזו שהיא התקשתה לעזוב את אימה ולו לפרקי זמן קצרים. בית המשפט המחוזי ציין כי על אף שככלל, בעבירות מין, כבישת תלונה איננה דבר חריג, מצופה היה בעניין דנן מאת הקטינה ר' לספר לאימה על המעשים, לנוכח הקשר ההדוק כל כך בינה לבין אימה, בגדרו נהגה לטלפן לאימה לעיתים תכופות, כמה פעמים ביום, ואף במהלך השיעורים בבית הספר. יתר על כן, בית המשפט המחוזי ציין כי תמוהה היא העובדה שסביבתה של הקטינה ר' לא הבחינה בהתנהגות חריגה כלשהי שלה במהלך התקופה שבה נטען כי בוצעו בה המעשים הנוראים הנ"ל, וזאת במיוחד בהתחשב עם העובדה שהייתה מטופלת בעת ההיא על-ידי פסיכולוגים ופסיכיאטרים, בעקבות פציעתה בתאונת דרכים בשנת 2004. כיוצא בזה, לא הובאה ראיה כי בבית הספר שבו למדה הקטינה ר' הבחין מאן דהוא בהתנהגות חריגה מצדה. לנוכח האמור, פסק בית המשפט המחוזי כי הואיל ועדותה של הקטינה ר' היא המסד העיקרי שעליו מושתת כתב האישום, הרי שדי במסקנה לפיה לא ניתן לקבוע כי עדותה מהימנה, כדי להקים ספק סביר באשמתו של המשיב.

7. מכאן נדרש בית המשפט המחוזי לראיות הסיוע. המרכזית שבהן היא עדויותיהם של שני מתנדבי המשמר האזרחי, פטריק ומשה. על-פי עדותו של פטריק בבית המשפט המחוזי, בזמן חקירתו של המשיב בתחנת המשטרה בנתניה, נכח פטריק בתחנה בקשר לעניין אחר, והתבקש לשמור על המשיב בזמן שהחוקרת, רונית, יצאה מהחדר. פטריק ישב עם המשיב כמה דקות ושוחח עמו. לדברי פטריק, הודה המשיב לפניו כי "פעם אחת נישקה אותי, פעם אחת ליטפה אותי, פעם אחת מצצה לי" (עמוד 62 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). בנוסף, לפי עדותו של פטריק, כאשר המשיב אמר שהמתלוננת מצצה לו, הוא השתמש במילה הצרפתית sucette (עמוד 63 לפרוטוקול). פטריק העיד כי היה המום וכי דיווח לממונה עליו, משה, שאמר לו כי יטפל בנושא. משה העיד כי נכנס לחדר שבו ישב המשיב, לאחר שפטריק יצא מהחדר, והמשיב אמר לו אז בצרפתית "היא עשתה לי מעשים אורליים" וכמו כן אמר לו "שהיא עשתה לו SUCETTE, ועם היד גם" (עמוד 77 לפרוטוקול).

8. בית המשפט המחוזי בחן את עדויותיהם של שני מתנדבי המשמר האזרחי הללו וקבע כי הן מעוררות קושי. זאת בעיקר מחמת העובדה שלא תיעדו בכתב את אשר אמר

להם המשיב, מייד או בסמוך לאחר שמיעת הדברים. רק כעבור יומיים, ביום 6.8.2009, באו השניים לתחנת המשטרה ורשמו הודעות על מה שלטענתם שמעו מפי המשיב יומיים קודם לכן. קושי נוסף שמצא בית המשפט המחוזי בעדויותיהם של פטריק ומשה הוא בעצם העובדה שהמשיב כביכול הודה בפניהם במעמד הנזכר בתחנת המשטרה, וזאת לאחר שבמהלך חקירתו הממושכת על-ידי החוקרת רונית שדה, הכחיש בעקביות את ביצוע עבירות המין שיוחסו לו.

9. בית המשפט המחוזי ציין עוד כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהמשיב אמר לשני מתנדבי המשמר האזרחי את אשר אמר בחקירתו במשטרה, כלומר, שהקטינה ר' היא שהציעה למצוץ לו, אלא שמחמת פרק הזמן שחלף בין אמירת הדברים לשני המתנדבים הללו, לבין העלאתם על הכתב על-ידי השניים, פורשו הדברים אחרת או שונו בשוגג על-ידי המתנדבים. בית המשפט המחוזי קבע עוד כי ממכלול הראיות שהובאו לפניו לא ניתן להסיק מעבר לכל ספק סביר כי המשיב אכן עשה שימוש במילה sucette בהקשר המיני, וכי הקטינה ר' למדה מילה זו ממנו. בית המשפט המחוזי ציין כי יתכן שהקטינה ר' למדה את המשמעות המינית של הביטוי הזה מאותם "סרטים אסורים" שבהם הייתה צופה בשעות הלילה. לאור כל זאת קבע בית המשפט המחוזי כי אין בעדויותיהם של משה ופטריק כדי להוות סיוע מהותי לדבריה של הקטינה ר' בחקירתה על-ידי חוקרת הילדים.

10. בניגוד לאשר קבע ביחס למהימנות עדותה של הקטינה ר', קבע בית המשפט המחוזי כי עדותו של המשיב אינה בלתי מהימנה, וגם אם יש בה תמיהות ואולי אף שקרים, אין באלה כדי להשלים את החסר המשמעותי בראיה העיקרית, שהיא עדותה של הקטינה ר' לפני חוקרת הילדים. על יסוד הדברים הללו, החליט בית המשפט המחוזי לזכות את המשיב מביצוע העבירות שיוחסו לו בכתב האישום כנ"ל; ומכאן ערעורה של המדינה.

טיעוני הצדדים בערעור

עיקר טיעוני המערערת

11. לטענת המערערת, הולמת הפרשה הנדונה את החריג לכלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים. הערעור מופנה נגד זיכוי של המשיב מביצוע מעשי סדום ומעשה מגונה. המערערת אינה מערערת על זיכוי של המשיב מניסיון לאינוס, וזאת לטענתה משום שהקושי העיקרי שעליו הצביעה חוקרת הילדים באשר למהימנות עדותה של הקטינה ר' התמקד בגרסתה על אודות ניסיון האינוס.

12. על-פי הנטען, התרשמות מעדותה המוקלטת של הקטינה ר' תוביל למסקנה בדבר מהימנותה. משלא נחקרה הקטינה ר' בבית המשפט המחוזי, ואף הוא לא התרשם אלא מתיעוד חקירתה בפני חוקרת הילדים, אין עוד יתרון לבית המשפט המחוזי על פני בית המשפט העליון בדונו בערעור. לטענת המערערת, צפייה בקלטת החקירה מלמדת על קושי רב של הקטינה ר' לדבר על המעשים שביצע בה המשיב. הקטינה ר' חסרת מנוחה וחסרת סבלנות בחקירתה; אינה מעוניינת לדבר בהרחבה על האירועים שחוותה; התרשמות בית המשפט המחוזי מן האדישות ומן הנינוחות שבה ניתנה העדות, אינה מפחיתה ממהימנותה. זאת משום שהפסיקה מכירה בקשת של תגובות אפשריות מצדם של מתלוננים בעבירות מין בכלל, ומצדם של מתלוננים רכים בשנים בפרט. לבד מכך, אין סבירות במסקנת בית המשפט המחוזי על כך ששני מתנדבי משמר אזרחי אמינים העידו כי המשיב הודה לפניהם, וכי טעו בדבריהם.

13. לטענת המערערת, בית המשפט המחוזי לא ייחס משקל ראוי להתרשמותה של חוקרת הילדים, אשר לפיה המעשים אכן ארעו, וזאת על אף הקושי בקביעת ממצאי מהימנות נחרצים לגבי עדותה של הקטינה ר'. עוד טוענת המערערת כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, הקטינה ר' הייתה עקבית לאורך כל חקירתה ולא נמצאו סתירות בדברי עדותה. הקושי שאליו התייחסה חוקרת הילדים נבע מצורת התיאור הגנרי, המלל הכללי ותיאור האירועים בתמונות נפרדות, להבדיל מתיאור רציף. אולם קושי זה מתמקד ביחס לתלונה על ניסיון האינוס שלגביו מסרה הקטינה ר' מלל 'דק' מאוד. יחד עם זאת העידה החוקרת כי ניתוח עדותה של הקטינה ר' מגלה מאפיינים דינאמיים שהם אופייניים לפגיעה מינית, ויש בהם כדי לחזק את ההתרשמות שהדברים אכן התרחשו. כמו כן העידה החוקרת כי העדות נעדרת כל אלמנט של הגזמה והשחרה, נתון שהיה צפוי להימצא אילו היה מדובר בעדות שאינה אמת.

14. המערערת טוענת עוד כי קביעתו של בית המשפט המחוזי על כך שהידע המיני של הקטינה ר' נרכש מצפייה ב"סרטים אסורים" סותרת את דברי עדותה של חוקרת הילדים, לפיהם מקורו של הידע המיני שחשפה הקטינה ר' בחקירתה באירועים שחוותה בעצמה. כמו כן טוענת המערערת כי הימנעותו של ב"כ המשיב מלחקור את האם באופן ישיר על אודות "הסרטים האסורים" תומכת במסקנתה של חוקרת הילדים.

15. המערערת טוענת לטעות בקביעת בית המשפט המחוזי על כך שהעדר הבחנה של הסביבה בתגובות מצדה של הקטינה ר' למעשים, כמו גם העובדה שלא סיפרה על כל אלה לאימה, מעלים ספקות באשר למהימנותה. לטענת המערערת, קביעה זו

מתעלמת מהפסיקה המוכרת בעניין הנדון ולפיה קיים קושי רב בהגשת תלונות באשר לעבירות מין בכלל ואצל קטינים בפרט. בכך נעוצה הסיבה לכבישת סיפור המעשה. בנוסף נטען כי היה מקום ליתן משקל לעדות חוקרת הילדים ולא לגרוע ממהימנות עדותה של הקטינה ר' בגלל שלא חשפה את ביצוע המעשים לפני פסיכולוגים ופסיכיאטרים שטיפלו בה בתקופה הרלבנטית. על-פי עדות חוקרת הילדים, יש לילדים סיבות רבות שלא לחשוף בפני גורמי הטיפול את האירועים המיניים, כגון פחד ובושה. לדבריה, החקירה לא מוצתה בשל הקושי הרגשי הגדול שמנע את השלמת עדותה של הקטינה ר'.

16. באשר לראיות הסיוע, טוענת המערערת, כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, יש לייחס משקל רב לעדויותיהם של משה ופטריק. לטענתה, מאחר ולא עלה בידי בית המשפט המחוזי להסביר את פשר העדויות של השניים, לפיהן הודה המשיב בפניהם בביצוע המעשים המיוחסים לו, נאלץ בית המשפט המחוזי לפרש את עדויותיהם בדוחק שאינו מתקבל על הדעת, כטעויות שנפלו אצל כל אחד מהשניים. לטענת המערערת, הדמיון בעדויות של פטריק ושל הקטינה ר' אשר בא לידי ביטוי בשימוש במילה הצרפתית *sucette*, מעיד על נכונות הדברים.

עיקר טיעוני המשיב

17. המשיב טוען כי עניינו של הערעור בממצאים עובדתיים ובממצאי מהימנות שקבע בית המשפט המחוזי, והלכה ידועה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בכאלה, במיוחד כשמדובר בעבירות מין, מאחר ובית המשפט המחוזי הוא אשר התרשם מהעדויות והראיות באופן בלתי אמצעי. לדידו, העניין דנן אינו נופל לגדר המצבים החריגים אשר מצדיקים התערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה, מאחר ולא נפל פגם כלשהו בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי.

18. לטענת המשיב, לא נפלה טעות בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, בהתחשב בעיקר באלה: בכך שבית המשפט המחוזי ראה ליתן משקל לעדותה של חוקרת הילדים על כך שלא ניתן לקבוע ממצא של מהימנות לגבי עדותה של הקטינה ר'; כבישת גרסתה של הקטינה ר' בפני אימה בנסיבות הקשר המיוחד שבין השניים; אי-הבחנה מצדה של הסביבה, בכלל זה גורמים מקצועיים, בהתנהגות חריגה של הקטינה ר'. די באלו, לטענת המשיב, כדי להקים ספק סביר באשמתו. כמו כן טוען המשיב, כי יש לדחות את טענתה של המערערת לפיה הידע המיני של הקטינה ר', שאינו תואם לגילה, מוביל למסקנה כי הוא נלמד מאירועים שחווה בעצמה, משום שבית המשפט המחוזי קבע כי חוקרת הילדים לא הסיקה מכך דבר ביחס לחיזוק

מהימנותה של הקטינה ר'. עוד טוען המשיב כי תשובת האם כי לא יתכן שהקטינה ר' הושפעה מהאינטרנט או מסרטים מבלי שנשאלה על כך כלל, אומרת דרשני. יתר על כן, טוען המשיב, כי אם למערערת היו טענות בעניין זה, היה עליה לשאול על כך את האם בחקירה חוזרת.

19. בתשובתו לערעור טוען המשיב עוד, כי אין בעדויותיהם של משה ופטריק כדי לבסס סיוע מהותי ובעל משקל. בית המשפט המחוזי, אשר התרשם מהם באופן בלתי אמצעי, קבע כי עדויותיהם אינן מהימנות. העובדה שפטריק ומשה לא דיווחו על מעשים כל כך חמורים, לא לחוקרת המטפלת בתיק ולא לקצין הממונה, על אף שהללו היו בסמוך ושוחחו עמם, ולא תיעדו זאת בזמן אמת, כמתחייב על-פי הנהלים, מוכיחה כי לא היה לשניים מה לדווח. גם לא יעלה על הדעת כי המשיב דבק בגרסתו בעקביות במהלך כל החקירה הארוכה, ואז, כשהסתיימה, ראה לפתע להודות במעשים בפני משה ופטריק.

20. כמו כן טוען המשיב כי אמנם בהקשר המצומצם של הצפייה בתקליטור המתעד את חקירתה של הקטינה ר' על-ידי חוקרת הילדים אין יתרון לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, שכן גם זו האחרונה יכולה להתרשם ממנה באופן בלתי אמצעי; אולם אין ניתן לנתק את ההתרשמות מהצפייה בתקליטור מההתרשמות מקרוב ובאופן בלתי אמצעי מיתר העדים. המשיב טוען, כפי שציין בית המשפט המחוזי, וכעולה מהצפייה בתקליטור, כי בכל מהלך עדותה שמרה הקטינה ר' על ארשת פנים עניינית וקרה ולא הביעה כל רגש המעיד על הטראומה שכביכול חוותה.

21. עוד טוען המשיב כי חקירתה של הקטינה ר' על-ידי חוקרת הילדים לא מוצתה, וזאת מפאת חוסר הסבלנות שהביעה הקטינה ר' וכן בשל דלות הפרטים אשר אותם הסכימה למסור לחוקרת הילדים. המשיב טוען כי בחוסר הסבלנות יש כדי להעיד על כך שהקטינה ר' חשה אי-נוחות עם שקריה וחששה שמא יתגלו אם תימשך החקירה, ולפיכך ביקשה לסיים את חקירתה. מעבר לכך, הקטינה ר' לא עומתה כלל עם גרסת המשיב, כפי שנדרש במדריך לחקירת ילדים, למרות שהדבר יכול היה לשפוך אור על אודות מהימנותה. כמו כן, המשיב טוען כי לא השתמש במילה sucette בהקשרו המיני, אלא התכוון לסוכרייה או מוצץ של תינוק. לדידו, מסקנת בית המשפט המחוזי כי הקטינה ר' יכולה הייתה ללמוד את הביטוי בהקשרו המיני מאותם "הסרטים האסורים" שבהם נהגה לצפות בשעות הלילה, היא מסקנה סבירה והגיונית. המשיב טוען כי בדין זוכה מאשמה בבית המשפט המחוזי.

דיון והכרעה

עדות הקטינה ר'

22. עדות הקטינה ר' היא המפתח להרשעה או לזיכוי בפרשה הנדונה. בית המשפט המחוזי צפה בתיעוד חקירתה של הקטינה ר' לפני חוקרת הילדים, ונימק באופן מפורט את מסקנתו כי לא ניתן לקבוע שעדותה של הקטינה ר' היא מהימנה: "על אף שדיברה על אירועים טראומטיים ביותר – מסרה עדותה בנינוחות, באדישות, ללא כל התרגשות, ממש כאילו היא מדברת על מזג האוויר. לא ניתן להבחין עפ"י התנהגותה, תגובותיה, הבעת פניה, אופן דיבורה, כי היא מדברת על חוויה קשה וטראומטית שחוותה" (עמוד 13 פסקה 10). בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי בכל מהלך עדותה של הקטינה ר' לפני חוקרת הילדים "היא שמרה על ארשת פנים עניינית וקרה, והייתה אדישה, כאילו לא מדובר בה עצמה. היא לא הזילה ולו דמעה בודדת בכל מהלך עדותה. העדר תגובה רגשית כלשהי, ולו הקלה ביותר, בעת חשיפת האירועים בפני החוקרת, וקיומו של מלל דל ביותר בתיאור האירועים והמעשים, תומך ומחזק את מסקנתה של החוקרת בדבר הקושי לקבוע כי עדותה מהימנה" (עמודים 13 – 14 להכרעת הדין, פסקה 10; סיכום הדברים לעניין מהימנות הקטינה ר', שם, בעמוד 18 פסקה 17).

23. המערערת טוענת כאמור כי ניתן להתרשם באופן שונה ואחר מצפייה בתיעוד החקירה. אולם לאחר שצפיתי בקלטת בחקירתה של הקטינה ר', דומני כי אין ניתן לקבוע שקיימת טעות עובדתית אשר מצדיקה את התערבות ערכאת הערעור באופן שבו התרשם בית המשפט המחוזי מעדות הקטינה ר'. ניתן אמנם לנתח את עדותה באופן פחות נחרץ. כשלעצמי לא הייתי מתאר את עדותה "כאילו היא מדברת על מזג האוויר"; מדובר בעדות של ילדה והתיאור הוא שונה מאשר מצופה מאדם בגיר. ברם, העיקר הוא העדרה של תגובה רגשית, אכן עניין זה בולט בעדותה של הקטינה ר'. אמנם לקראת סופה של העדות גילתה הקטינה ר' אי-נוחות וניכר כי הייתה מעוניינת לסיים את העדות, אך בעיקר עדותה שבמהלכה תיארה אירועים מיניים טראומטיים, לא ניכרה אצלה תגובה רגשית אשר הולמת את התכנים המיניים שתארה. אין בחומר הראיות כדי ללמד על כך שהאופן שבו התייחסה הקטינה ר' לאירועים הריהו אופייני למצבה הנפשי. הגם שהקטינה ר' הייתה בטיפול פסיכולוגי ופסיכיאטרי בתקופה הרלבנטית, לא הוגשה ראייה ולא נשמעה עדות שבכוחה להציג באור שונה מן המתואר לעיל את עדותה.

24. חוקרת הילדים ובית המשפט המחוזי התרשמו באופן דומה מקושי נוסף שעלה בעדותה של הקטינה ר', כלשון חוקרת הילדים בחוות דעתה (ת/3): "צורת תיאורה הייתה גנרית והיא התקשתה להפריד ולתאר אירועים הקשורים בפגיעה, דבר אשר יכול לנבוע מקושי רגשי, יכולותיה הנמוכות, מוטיבציה נמוכה לשתף פעולה או מכל סיבה אחרת ולכן ישנו קושי בקביעת מהימנות לדבריה...". בעדותה בבית המשפט המחוזי ציינה החוקרת עוד, כי "המתלוננת מתקשה לתת השתלשלות מסודרת ומאורגנת של אירועים. היא מתחילה לתאר אירוע, ומתקשה מאוד להישאר בו, בעצם היא עוברת למלל כללי. כל ניסיון שלי להרחיב את הדברים לא מתאפשר. בעצם העדות שלה מורכבת מתמונות נפרדות של אירוע... היא לא מוכנה להרחיב כדי שאני לא אוכל להתרשם באופן נחרץ מעדותה. בדבריה נותרו תכנים שהם לא לגמרי ברורים, המלל שלה מינורי, וכמות הפרטים בו היא קטנה בהתאמה" (עמודים 92-93 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). על בסיס האמור הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי "יש לאמץ את מסקנת חוקרת הילדים לפיה יש קושי בקביעת מהימנות לדבריה של המתלוננת" (פסקה 17 להכרעת הדין). אצייך כי אינני סבור שמסקנת בית המשפט המחוזי נכונה רק ביחס לאישום בדבר הניסיון לאונס, כטענת המערערת. זהו אפיון כללי המתייחס לאופן שבו מסרה הקטינה ר' את עדותה, גם בנושאים שאינם קשורים לעבירות המין.

25. חוקרת הילדים הדגישה שחקירת הקטינה ר' לא מוצתה, בשל העובדה שהיא רצתה לסיים את החקירה. בית המשפט המחוזי העיר בעניין זה, כי "לפי המדריך לחקירות ילדים היה על החוקרת לעמת את המתלוננת עם גרסת הנאשם, אולם הדבר לא נעשה במקרה זה". אי-מיצוי החקירה הקשה על בית המשפט המחוזי לייחס מהימנות לעדותה של הקטינה ר' ברמה הנדרשת לצורך הרשעה במשפט פלילי. חסר זה איננו טכני, אלא חסר מהותי, ויש לו משקל של ממש. אבהיר את דבריי להלן תוך התייחסות למישור העקרוני הנוגע לחקירת ילדים באמצעות חוקר הילדים.

חקירת ילדים באמצעות חוקר ילדים

26. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו – 1955 (להלן: חוק הגנת ילדים) קובע כי "אין מעידים ילד על עבירה המנויה בתוספת, שנעשתה בגופו או בנוכחותו או שהוא חשוד בעשייתה, ואין מקבלים כראיה הודעתו של ילד על עבירה כאמור, אלא ברשות חוקר ילדים". בית משפט זה פסק לא אחת כי האיסור על העדת ילד מבלי שניתנה לכך רשות מאת חוקר הילדים הוא החלטי. אין לבית משפט שיקול דעת ולא ניתן לעקוף את האיסור הקבוע בהוראות הדין, לא בהחלטת בית משפט ולא באמצעות הסכמה של הצדדים, כל עוד חוקר הילדים ממאן להרשות לילד להעיד (ע"פ 1741/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750). בתיק שבו נחקר ילד באמצעות חוקר ילדים, עדותו של הילד תוגש לבית המשפט ביחד עם חוות דעת על אודות התרשמותו

של חוקר הילדים שיעיד במשפט. ברם, כאמור, הילד לא יעיד אם החוקר סבור שהעדות עלולה לפגוע בו. בעניין דנן אסרה חוקרת הילדים להעיד את הקטינה ר' בבית המשפט, מחשש שהעדות תגרום לה לנזק נפשי ("לאור הקושי הרגשי של ר' לחשוף את הדברים בחקירה אני מתרשמת כי עדותה עלולה לגרום לה לנזק נפשי נוסף", עמוד 3 לטופס סיכום העדות). הסמכות הרחבה שניתנה לחוקר הילדים למנוע את עדותו של הילד בבית המשפט, ולהסתמך על עדותו של הילד לפניו, היא בעלת משמעות רבה. ההגנה מנועה במצבים שכאלה מלחקור את הילד בחקירה נגדית, וגם מבית המשפט נמנעת האפשרות להתרשם מן הילד באופן ישיר. אכן, מדובר בפגיעה בזכויות הנאשם, כפי שצויין בעניין פלונית: "הזדמנות להתרשם באופן ישיר מן הילד ומעדותו, ובלי שניתנה לנאשם הזדמנות לחקור בחקירה נגדית את הילד, פוגעת בזכויותיו של הנאשם" (ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 145). מצדי אוסיף, כי לא רק פגיעה בזכויות הנאשם יש כאן, אלא גם פגיעה אפשרית ביכולת המאשימה להוכיח את אשמתו של הנאשם. במצבים מסוימים, מניעת ילד מלהעיד בבית המשפט, פוגעת באפשרות לרדת לחקר האמת, וענייננו יוכיח; אין זה מן הנמנע, לדעתי, כי אילו העידה הקטינה ר' בבית המשפט, היה בכך כדי לתרום תרומה של ממש להסרת הספקות בקשר למהימנות גרסתה.

27. בחוק הגנת ילדים נקבעו מנגנונים שנועדו לאזן בין ההגנה על הילד לבין ההגנה על זכויות הנאשם והבטחת תקינות ההליך הפלילי, כדוגמת קיומה של חובה לתעד את החקירה (סעיף 5א לחוק הגנת ילדים) ודרישה של עדות מסייעת (סעיף 11 לחוק הגנת ילדים). אולם עדיין נשללת האפשרות לחקור באופן בלתי אמצעי את הילד על-ידי ההגנה ועל-ידי בית המשפט. ככלל, שומה לשקול ולדקדק היטב בטרם יוחלט שלא להעיד את הילד בבית המשפט, משום שקיימות גם דרכים חלופיות לשם הגנה עליו. חוק הגנת ילדים התמודד עם החשש לפגיעה בילד במהלך עדותו, וקבע שחוקר הילדים יוכל להתנות את העדות בבית המשפט בתנאים שונים, כגון: שלא בנוכחות הנאשם; בתוך תקופה מסויימת או לאחר תום תקופה מסויימת; שלא על דוכן העדים; כשהשופט ועורכי הדין אינם לבושים במדי משפט; בלשכת השופט; שלא במקום מושבו של בית המשפט ועוד (סעיף 2 לחוק הגנת ילדים). החוקר גם נדרש לשקול בשנית את המלצתו שלא לחקור את הילד בבית המשפט וזאת סמוך למועד המשפט (סעיף 2(ז) לחוק הגנת ילדים). במלוא הזהירות אעיר כי אינני משוכנע שבנסיבות העניין דנן נשקלו האפשרויות הנ"ל שמתווה החוק. כך מבחינת חוקרת הילדים, ובנקודה מסויימת גם מצדו של בית המשפט המחוזי. יתכן כי ניתן היה לנקוט יוזמה ולהורות לחוקרת הילדים לשקול שנית את החלטתה לאסור על העדתה של הקטינה ר'

בבית המשפט. בדיעבד הסתבר (גם לפי ממצאי בית המשפט המחוזי) כי הקושי הרגשי בנסיבות העניין איננו 'כצעקתה', ובהתחשב בכך שחקירתה של הקטינה ר' לפני חוקרת הילדים לא מוצתה, ובכך שנוצר קושי בקביעת ממצא של מהימנות, יתכן שהיה מקום לבקש מאת חוקרת הילדים לשוב ולשקול את עמדתה (ע"פ 1741/99 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 7.9.1999); פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן; פסקה 4 לפסק דינו של השופט י' טירקל). דומני כי 'עיון מחדש' שכזה היה רצוי בנסיבות העניין, מבלי שהיה בו כדי לגרוע מהסמכות הנתונה באופן בלעדי לחוקרת הילדים בהתאם להוראת סעיף 2(א) לחוק הגנת ילדים על כך שילד לא יעיד בבית המשפט בעבירות הנדונות, "אלא ברשות חוקר הילדים".

28. המציאות המשפטית שתוארה לעיל, שמשמעותה היא לעיתים קושי לרדת לחקר האמת כשהילד לא מעיד בבית המשפט, מטילה אחריות כבדה על חוקר ילדים שמחליט שלא ניתן לחקור את הילד בבית המשפט וכי יש להסתפק בעדות שנגבתה על-ידו. עליו לנהל את החקירה באופן מקצועי וממצה וליתן את דעתו על כך שעורכי הדין ובית המשפט לא יוכלו לחקור את הילד. חוקר הילדים הוא זרועו הארוכה של בית המשפט. הוא נדרש לחקור ולדרוש באופן שייתן מענה לא רק להצגת העובדות המפלילות, אלא גם לקשיים שההגנה יכולה להעלות. על חוקר הילדים לעמת את הקטין עם גרסת הנאשם. התמודדות זו היא בעלת חשיבות רבה בניסיון להגיע לחקר האמת. יש לעשות זאת ברגישות הנדרשת, שכן אנו עוסקים בחקירה של ילד רך בשנים. עמד על כך השופט א' ריבלין (ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' גלעד חיים קובי, פ"ד נז (3) (769):

"תפקידו של חוקר הילדים איננו קל. חוקר הילדים נדרש לאיזון עדין בין הצורך לחלץ מפיו של הילד את הידוע לו, לבין הצורך בשמירה קפדנית על שלומו של הילד ותוך הימנעות - ככל הניתן - מפני הותרת משקעים, פחדים ונזקים אחרים בנפשו. על חוקר הילדים להישמר מכל משמר פן הרצון לחלץ מפיו הילד את האמת, יקדש את האמצעים. ודוק: חוקר הילדים אינו צריך 'להרים ידיים' לנוכח סרבנות ראשונית של הילד לשתף פעולה, או לנוכח ביישנות, מבוכה או מופנמות מצדו. עליו לחזק את הילד ולסייע לו לפתוח את סגור ליבו. אולם, הגבול הנמתח בין עידוד וחיזוק לבין יצירת מועקה ומצוקה אצל הילד הוא דק. יש להקפיד שלא לחצותו. על חוקר הילדים לזכור תמיד כי אין הוא משמש, בכובעו זה, כזרוע של התביעה. מעמדו של חוקר הילדים הוא מעמד מיוחד, בהיותו לא-פעם הגורם היחיד השומע את דברי הילד ואשר בידו לרדת לשורש האמת - תהא

אשר תהא. חובתו של חוקר הילדים היא לסייע בידי בית המשפט לעשות משפט".

29. זו אכן חובתו של חוקר הילדים, לסייע לבית המשפט לעשות משפט. אם הוא סבור כי בשל רגישותו של הילד לא ניתן למצות את החקירה, עליו להימנע מלהקשות על הילד מעבר לכוחותיו. ניתן להמתין לשעת כושר ולנסות, ככל הניתן, להשלים את החסר בחקירה נוספת. בענייננו, חוקרת הילדים העידה שהחקירה לא מוצתה, ובהגינותה ציינה כי לא יכלה לקבוע מהימנות של הקטינה ר' ("החקירה לא מוצתה... בכלים שלי, יש קושי להתרשם באופן נחרץ מהעדות שלה... החקירה לא מוצתה מהסיבה הפשוטה שר' סירבה להמשיך בחקירה... יש חלקים בחקירה שלא מוצו", עמודים 93-96 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). הקטינה ר' כלל לא עומתה עם גרסת המשיב. שאלות ותמיהות שניתן להן משקל בהכרעת הדין לא קיבלו מענה הולם. היה על חוקרת הילדים לנסות ולהשלים את החקירה במועד אחר. חסר זה אכן הקשה על בית המשפט לקבוע ממצאים ברורים ביחס למהימנות עדותה של הקטינה ר'.

30. המערערת הפנתה לאמרות נוספות של חוקרת הילדים, המלמדות לשיטתה על מהימנותה של הקטינה ר'. כשלעצמי, גם אני סבור שאכן יש חלקים בעדות, אשר מחזקים את המהימנות שיש לייחס לקטינה ר'. אולם השאלה היא האם טעה בית המשפט המחוזי במסקנתו כי אינו יכול להכריע בדבר מהימנות עדותה של הקטינה ר' מעבר לכל ספק סביר. סבורני כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

31. לא זו אף זו. מסקנת בית המשפט המחוזי מתבססת לא רק על התרשמות חוקרת הילדים והתרשמות בית המשפט המחוזי, אלא גם על נתונים נוספים. כך למשל ניתן משקל לעובדה שלאורך כל התקופה לא סיפרה הקטינה ר' על האירוע לא לאמה ולא לגורמים הטיפוליים שליוו אותה בעת ההיא. כדברי בית המשפט המחוזי: "כיצד ייתכן שהמתלוננת עברה (כטענתה) פגיעות מיניות תכופות משך תקופה של שנה לערך... והפסיכולוגים והפסיכיאטרים שטיפלו בה באותה תקופה לא הבחינו בכל התנהגות חריגה של המתלוננת... ולא העלו כל חשד כי עברה פגיעה מינית" (עמוד 17, פסקה 16 להכרעת הדין). המערערת התמודדה עם הדברים הללו וטענה כאמור כי הפסיקה הדגישה כי קיים קושי רב של מתלוננים בחשיפת תלונות בעבירות מין בכלל ואצל ילדים בפרט.

32. הטיעון הזה של המערערת, הריהו שריר וקיים ונכון ברמה הכללית, אך יש להיזהר מפני יישומו באופן אוטומטי בכל תיק ותיק. מחקרים רבים נעשו על מנת ללמד על אופן ההתנהגות של קרבנות עבירות מין. ישנם כאלה שחויית הטראומה ניכרת

בהם, וישנם שמדחיקים, מסתירים ומתקשים לתאר את האירועים. קשת רחבה של תגובות. המחקרים הללו חשובים, אולם במשפט פלילי אנו נדרשים לזהירות רבה. אין להניח א-פריורי שכל התנהגות שמעוררת חשד למהימנות שניתן לייחס למתלונן/ת, ניתנת להסבר. אין די בהצבעה על מחקר או בטיעון כללי כדי לשכנע את בית המשפט שהמתלונן/ת מתנהג/ת בדרך מסויימת משום שייתכן שהתנהגות שכזו מתאימה לפרופיל הנפשי של חלק מהמתלוננות/ים על-פי המחקר המדעי. במצבים שמעלים ספק, יש להוכיח שהפרופיל הנפשי, שלעיתים נלמד מעדותו/ה של המתלונן/ת ולעיתים מעדויות של קרובים או אנשי מקצוע, אכן מתאים להתנהגות שלו/ה. הצבעה על טיעון כללי מבלי שהוכח שהוא רלוונטי למתלונן/ת הקונקרטי/ת אינה מספקת, ולעיתים אין די בטיעון הכללי כדי להפריך את הספקות. בענייננו, מבוססת הנמקת בית המשפט המחוזי על הראיות שהובאו לפניו. המערערת ניסתה לתמוך את טענותיה בחוות דעתה של חוקרת הילדים, אך גם כאן סבורני כי ההנמקה היא כללית: "לילדים יש הרבה, יש יותר סיבות למה לא לחשוף מאשר למה לחשוף. זה יכול לבוא מהמון דברים. פחד לחשוף, בושה..." (עמוד 103 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). הדברים נכונים בכלליותם, אך ההנמקה אינה מבוססת דיה באופן ספציפי בקטינה ר'. חסרה חוליית-קשר בין המידע שברשותנו, המבוסס על המחקר המדעי ועל ניסיון החיים, לבין החלתו על ילד/ה מסויים/ת. אין די בשכנועו של בית המשפט בפלל; עליו להשתכנע בפרט.

33. סיכומו של דבר, הנמקת בית המשפט המחוזי בדבר הקושי לקבוע מהימנות לגבי עדותה של הקטינה ר' היא משכנעת. אין בכך כדי לקבוע שהקטינה ר' אינה דוברת אמת. אולם יש בחומר הראיות כדי להצביע על קושי לקבוע ממצאים מפלילים ברמה הנדרשת במשפט הפלילי.

עדויותיהם של פטריק ומשה

34. המערערת הוסיפה וטענה כי טעה בית המשפט המחוזי כשלא מצא בעדויותיהם של משה ופטריק – מתנדבי המשמר האזרחי – כדי סיוע. כאמור, השניים מתנדבים במשמר האזרחי ביחידת התיירות במשטרת נתניה (פירוט העדויות בעמודים 19 – 20 להכרעת הדין). פטריק תרגם למשיב את דבריה של החוקרת במשטרה, וזאת לאחר שהחקירה הסתיימה. או אז הוא שאל את המשיב בצרפתית מה מעשיו שם, והוא ענה כי מאשימים אותו באינוס קטינה. המשיב סיפר לפטריק שבתחילה הייתה הקטינה ר' דורשת ממנו סכומי כסף בשיעורים קטנים של 5 ₪ או 10 ₪, ואחר כך סכומי כסף בשיעורים גבוהים יותר. פטריק שאל את המשיב מה אפשר להסכמתו לשלם לה, והמשיב השיב לו כי הוא נוהג לעזור למשפחה מבחינה כלכלית. פטריק שאל אותו "אז מה הסיפור? סיפור של כסף?" והמשיב ענה שלא מדובר בכסף, אלא "פעם אחת נישקה

אותי, פעם אחת ליטפה אותי, פעם אחת מצצה לי". פטריק, פנה למשה, הממונה עליו, וסיפר לו על הדברים ששמע מפי המשיב. משה ענה לו "טוב, תירגע. תצא החוצה, אני כבר יטפל בנושא". לפי עדותו של משה, הוא נכנס לחדר החקירות ושאל את המשיב האם היה משהו בינו לבין הקטינה ר'. המשיב ענה לו שהקטינה ר' עשתה לו מעשה אוראלי. כדבריו: "עשתה לו SUCETTE". לאחר מכן, יצא משה מחדר החקירות. כעבור יומיים חזר משה לתחנה ואמר למפקדת, השוטרת ליאת יוסף, כי המשיב הודה בפניו על מעשיו. לשאלתה מדוע לא סיפר זאת לחוקרת, השיב משה כי לא ידע מה עניינו של התיק וכי הדבר יועיל לחקירה. לאחר מכן התבקש משה להעלות את דבריו על הכתב וכמו כן לזמן את פטריק על-מנת שגם הוא יעלה את דבריו על הכתב.

35. בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי קיימים מספר קשיים בעדויותיהם של שני מתנדבי המשמר האזרחי הללו. ראשית צויין כי קיים קושי בכך שמשה דיווח על הדברים, וכי השניים העלו את הדברים על הכתב רק כעבור יומיים, על אף שתיארו דברים חשובים ומהותיים לחקירה, ולמרות ששניהם ותיקים במשטרה ומכירים על בוריו את הנוהל המשטרתי, לפיו יש חובה לרשום מזכר או למסור עדות. בית המשפט המחוזי דחה את הסברו של פטריק לכך, לפיו הוא לא נוהג לרשום מזכרים, אלא לדווח על-כך למשה, הממונה עליו, כפי שעשה בעניין דנן. מאחר שמדובר בדברים כה חשובים ומהותיים מפיו של חשוד הנוגעים לביצוע עבירות מין בקטינים, קשה להאמין כי ניתן להסתפק בדיווח בעל-פה לממונה, מבלי לרשום מזכר, ואף מבלי לדווח לחוקרת, כפי שעשה פטריק. בית המשפט המחוזי גם דחה את הסברו של משה לכך שלא דיווח על מה ששמע מפיו של המשיב מפני שסיים את המשמרת שלו וחייב היה לאכול, וכן מאחר וסבר כי המידע ששמע כבר ידוע לחוקרים. קושי נוסף אשר אותו ציין בית המשפט המחוזי הוא בעצם הודאתו של המשיב בפני משה ופטריק, כדבריהם, בתכוף לאחר שנחקר ממושכות על-ידי החוקרת והכחיש בעקביות את כל המיוחס לו. בית המשפט המחוזי ציין כי גם אם המשיב לא ידע כי פטריק ומשה הם שוטרים, היה צריך להיות ברור לו שפטריק הוא בעל תפקיד כלשהו במשטרה, ולגבי משה בוודאי שלא היה ספק, משום שלבש מדי שוטר. כמו כן ציין בית המשפט המחוזי כי כאשר עומת המשיב בחקירתו עם דבריהם של משה ופטריק, הוא הכחיש את דבריהם מכל וכל וטען כי לא יתכן שיוודה בפניהם, לאחר שסתר זאת בחקירתו שנערכה במשך כשעתיים וחצי. המשיב גם נשבע כי אף פעם לא הזכיר בפניהם את המילה sucette.

36. אינני תמים דעים עם מסקנתו של בית המשפט המחוזי בנקודה זו. בית המשפט המחוזי התקשה להבין כיצד זה המשיב, לאחר שהכחיש בחקירתו במשטרה מכל וכל את ביצוען של עבירות המין בקטינה ר', הודה לפתע במעשיו בתום עדותו לפני

המתנדבים בתחנת המשטרה. מנגד הייתי שואל כיצד זה יתכן ששני מתנדבים במשמר האזרחי יעלילו על המשיב עלילת שווא. אין בחומר הראיות כדי להצביע על פגם במהימנותם. בנוסף, נחקרים רבים משנים את גרסתם והכחשה הופכת לעיתים להודאה. אכן לעיתים ההיגיון הפנימי של החקירה יכול ליתן מענה לשאלה מדוע חשוד משנה את גרסתו בשלב מסוים, ולעיתים נפשו של הנחקר מורכבת יותר ואינה נותנת מענה חד-משמעי לתמיהה. בענייננו, ייתכן שבתום החקירה – ארוע מסעיר ומלחיץ – מצא המשיב דרך לפריקת המתח בדיבור עם השניים, דוברי צרפתית, היא שפת האם שלו, והרגיש איתם בנוח לומר את אשר על ליבו. בנוסף, יש משקל רב לעדויותיהם לפיהן השתמש המשיב במילה succete בהקשר המיני, מילה שבה השתמשה גם הקטינה ר' בעדותה, נתון המלמד כי הגרסה לא הומצאה אלא יש לה בסיס איתן. דעתי-שלי נוטה לכך שניתן היה לקבוע שעדויות אלו של שני מתנדבי המשמר האזרחי הן בגדר סיוע של ממש.

37. שקלתי האם אין המדובר בהודאות חוץ של המשיב, וככאלה ליתן להן משקל רב, עוד יותר מסיוע. אולם קיים קושי בתיק זה לקבוע ממצאים ברורים בעניין. ראשית, המערערת לא ביקשה בבית המשפט המחוזי, וגם לא בערעור, לראות בראייה זו יותר מאשר סיוע. זאת למרות שבדיון לפנינו נטען בעקיפין כי ניתן היה להגיש את הראיה כהודאת חוץ, אך המערערת בחרה להעמיד את עדותה של הקטינה ר' במוקד (עמוד 2, שורות 12-13 לפרוטוקול מיום 17.5.2012). שנית, כאשר אנו מבקשים לבחון את העניין מנקודת המבט של הודאות חוץ, הרי שחסר אשר עליו הצביע בית המשפט המחוזי בדבר העדר רישום של ההודאה בסמוך למסירתה, מקשה ליתן לראיות אלו משקל מכריע. במתנדבי המשמר האזרחי עסקינן, הם היו בתפקיד במשטרה, ואחד מהם לבש מדים. מכאן יש מקום לדון בשאלה, שלא נדונה, האם מדובר באנשי מרות. הנפקות לכך היא שכאשר נמסרת הודיה בעל-פה בפני איש מרות, "חובתו של האחרון להעלות דברי ההודיה על הכתב לאלתר – בזכרון דברים – בהזדמנות הראשונה סמוך לאחר מכן. השהיית הרישום, לא זו בלבד שמקימה ספקות לגבי דיוק תוכנו ויכולתו לבטא ולשקף נאמנה את דברי החשוד, אלא שיש בכוחו כדי להעמיד בסימן שאלה את עצם האמירה" (י' קדמי, על הראיות, חלק ראשון, עמוד 117 (תש"ע – 2009)). בענייננו נזכרו שני המתנדבים למסור את דבר-ההודאה לחוקרי המשטרה יומיים לאחר ששמעו את הדברים מפי המשיב. כאמור, אינני סבור שאין ליתן משקל לראיות אלו, זאת בעיקר לנוכח העובדה שמדובר בעדות של שני עדים, שאין מקום על-פי הראיות לפקפק ביושרם. אולם אי-רישום ההודיה במועד שבו ניתנה מקים חשש לאי-דיוק בפרטים. על יסוד החשש האמור קבע בית המשפט המחוזי כי "לא ניתן לשלול את האפשרות שהנאשם אמר לשני המתנדבים את שאמר בחקירתו במשטרה, כלומר שהמתלוננת הציעה למצוץ לו, אך

בשל השיהוי בין אמירת הדברים להם לבין הצגתם על ידם בהודעותיהם הכתובות, הדברים פורשו אחרת או שונו בשוגג על-ידי המתנדבים... (פסקאות 26-27 להכרעת הדין). החשש לאי-דיוקים אינו צריך להוביל למסקנה כי אין ערך ראייתי לעדויותיהם, אך יש בו כדי להוביל למסקנה שאין מקום לבסס הרשעה רק על סמך ההודאות האמורות. בנוסף, בל נשכח כי הודיית חוץ דורשת דבר מה נוסף, והגם שמדובר בשתי הודאות של המשיב, אין בהודאה אחת כדי להוות דבר מה נוסף להודאה האחרת (ע"פ 556/80 מחמד עלי אל בחירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (3) 184). אין בדבריי כדי לקבוע מסמרות בשאלות שהועלו, אך די בהעלאתן כדי להצביע על הקשיים שבמתן משקל מכריע לראיות אלו בשלב הדיוני שבו אנו מצויים. ברקע יש ליתן משקל לעובדה שבית המשפט המחוזי התרשם מהעדים האמורים באופן ישיר ואף נתן משקל גם לעדותו של המשיב.

38. בשולי הדברים אציין כי טוב תעשה המשטרה אם תתדרך גם את המתנדבים במשמר האזרחי לרשום מזכרים לאלתר, אם וכאשר הם שומעים הודאה מפיו של חשוד. אילו נמנעה תקלה בדרך פעולתם של מתנדבי המשמר האזרחי, ואילו חוקרת הילדים הייתה ממצה כדבעי את חקירתה של הקטינה ר', אין זה מן הנמנע כי תוצאת המשפט הייתה שונה.

סוף דבר

39. אילו דנתי בתיק בערכאה ראשונה, יתכן והייתי מרשיע את המשיב; אילו אמת-המידה להרשעה בפלילים היתה זו של 'מאזן ההסתברויות' הנוהג במשפט האזרחי, הייתי מרשיעו; אחרי פכלות הכל, גרסתה של הקטינה ר' מסתברת בעיניי יותר מאשר גרסתו של המשיב; ברם, בחינת החומר הראייתי בכללותו מובילה למסקנה כי אין טעות משפטית המאפשרת התערבות ערכאת הערעור בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי – אשר התרשם מן המכלול באופן ישיר – לפיה אשמתו של המשיב לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר; וזוהי אמת-המידה המחייבת במשפט הפלילי.

40. מכיוון שנוטר טעם מר, תחושה שהאמת המשפטית אינה בהכרח האמת המוחלטת, נמצא נחמה פורתא בדברי הרמב"ם: "שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על-פי אומדן חזק ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שוֹנָאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחריו, ונכנסנו אנחנו אחריהם ומצאנו את הנרדף הרוג מפרפר, ושוֹנָאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם – הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה... כינן שאין שם בְּרוּר בעדים שראו את הרציחה... ואל יקָשָה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עָנָל – לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד,

ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, וה'אָפּשֶׁר' רחב מאד. ואילו הרשתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחוייב המציאות כדוגמת מה שהזכרנו – כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה, ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בענף באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצינה שלא יקוים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, בירור שאין בו שום ספק ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומדן החזק מאד – הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטר את החוטא; אבל אם נקיים את העונשים באומדן ובדימוי, אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי – ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אָלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ). אמנם לא בעונש של מיתה עסקינן, ולא ביישום הלכה למעשה, אלא מבחינה רעיונית. העקרון שהרשעה בפלילים תעשה רק ברמה שמעבר לכל ספק סביר, נגזר גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד" (הסיפא של דברי הרמב"ם לעיל, בתרגום קדום).

41. אגב אורחא: כזכור, שלושה שופטי בית המשפט המחוזי מרכז פסקו לזכות את המשיב (מחמת הספק). אין זה מובן מאליו שעל זיכוי שכזה יש זכות לערער. הדין בארצות הברית אינו מאפשר לתביעה לערער על פסק דין של זיכוי ואף רואה בכך משום פגיעה בתיקון החמישי לחוקה (*United States v. Ball*, 163 U.S. 662, 671 (1896), *United States v. Jenkins*, 420 U.S. 358, 370 (1975), *United States v. Foo*, 369 U.S. 141 (1962)). לדיון בסוגיה ראו דו"ח הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי, בראשות פרופסור א' אנקר (התש"ע - 2010) (פורסם באתר משרד המשפטים).

42. קדם לארה"ב ולמדינות נוספות שכמותה, המשפט העברי: "דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, ודיני נפשות מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, יא, א בעקבות המשנה, סנהדרין ד, א). מאופיו של המשפט העברי כשיטת משפט דתית, ומחובתו של הדיין לדון דין אמת, נובעת הגישה שככלל, בדיני ממונות, אין מניעות כלפי בעל הדין החפץ להוכיח שפסק הדין שהוצא נגדו אינו נכון, לעשות כן (א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני כרך ג 1297-1298 (תשע"א)). לעומת כן, בדיני נפשות, נאשם שהורשע ונגזר דינו, אם טרם בוצע גזר הדין ניתן לחזור ולדון בו מחדש כל אימת שמאן שהוא טוען שביכולתו ללמד זכות על הנאשם, אך לא כן לגבי זיכוי מאשמה: "מנין ליוצא מבית דין זכאי, שאין מחזירים אותו לחובה? תלמוד לומר: 'צדק צדק תרדוף' (ספרי, דברים, קמד). "כלומר, גם אם נמצאה טעות בפסק הדין המזכה, שוב אין לחזור ולדון את הנאשם לאחר שזוכה בדין (הליך של ערעור כלל אינו קיים). זה הביטוי

הקדום ביותר לעקרון 'הסיכון הכפול', שלפיו אין לדון אדם פעמיים בפלילים בשל אותה אשמה" (א' שוחטמן, צדק צדק תרדוף, מרכז אריאל למחקרי מדיניות, (תשס"א-2001)). במשפט העברי, מקום שקצרה ידו של שופט בשר ודם להגיע לחקר האמת, יש גבוה מעל גבוה, בוחן כליות ולב, לשפוט תבל בצדק.

43. בניגוד למשפט העברי ולדין הנוהג בארצות הברית ובדומותיה, מאפשר המשפט הישראלי לתביעה הכללית לערער על פסקי דין של זיכוי בפלילים, אם כי על-פי שיקול דעתה עושה זאת פרקליטות המדינה במשורה. הניסיון בעניין העומד על הפרק לדעתה לא צלח, ולפיכך אציע לחבריי לדחות את הערעור ולהותיר על פנה את הכרעת הדין המזכה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

לצערי, אין בידי להצטרף לעמדתם של חברי, ולטעמי יש להפוך את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהרשיע את המשיב בעבירות של מעשי סדום ומעשה מגונה. מאחר שחברי, השופט סולברג, סקר את המסכת העובדתית אקצר בפירוט ואתמקד בעיקרי טעמי.

1. בטרם אדרש לתשתית הראייתית עלי לפתוח ולומר כי אני סבורה שאין מניעה מהתערבות ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית במקרה הנוכחי. כידוע, ככלל ממעטת ערכאת הערעור להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, ובפרט כאשר מדובר בקביעת ממצאי מהימנות. הטעם העיקרי להלכה זו הוא התרשמותה של הערכאה הדיונית באופן בלתי אמצעי מהעדויות הנשמעות בפניה, טעם שמתחזק ככל שמדובר בעבירות מין בהן פעמים רבות מדובר בגרסה מול גרסה (ראו ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 6 (לא פורסם, 3.7.07); ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לפסק דיני (לא פורסם, 16.4.12); ע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 28 לפסק דיני (לא פורסם, 12.1.12); מנגד, ראו שם, בפסקאות 8-9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס). עם זאת, המקרה דנן שונה מאחר שעדותה של המתלוננת, הקטינה, לא נשמעה בפני בית המשפט המחוזי, לאחר שחוקרת הילדים אסרה זאת, ולפיכך הראיה המרכזית מתועדת

ומוסרטה, כך שאין כל יתרון לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור (ראו למשל ע"פ 9804/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (לא פורסם, 14.4.11)). יתרה מכך, באשר לראיות הנוספות שעניינן בעדויות המתנדבים, הרי שבית המשפט המחוזי לא שלל את מהימנותן, אלא קבע כי יתכן שהדברים שנאמרו להם מפי המשיב פורשו על ידם אחרת או שונו בשוגג על ידי המתנדבים. אעבור, אם כן, לבחינת התשתית הראייתית שהונחה בתיק זה.

2. הרשעתו של המשיב מתבססת לשיטתי על עדותה של הקטינה בפני חוקרת ילדים, ועל שתי ראיות סיוע משמעותיות בדמות עדויות שני המתנדבים במשטרה אשר בפניהם התוודה המשיב. אבחן כל אחת מראיות אלו בנפרד, ואראה כיצד הן מובילות, לטעמי, להרשעתו של המשיב מעבר לכל ספק סביר.

עדותה של הקטינה בפני חוקרת הילדים

3. חברי, השופט סולברג, כמו גם בית המשפט קמא, מעלה שני קשיים מרכזיים בעדותה של הקטינה בפני חוקרת הילדים: האחד, עניינו בהעדר תגובה רגשית של הקטינה במהלך חקירתה. השני, הקושי שבהעדר פירוט מספק לתלונתה. אבחן כל אחד מקשיים אלו בנפרד.

4. צפיתי בקלטת החקירה של הקטינה ואודה כי התרשמתי באופן שונה מחברי ומשופטי בית המשפט המחוזי. מחקירתה של הקטינה בפני חוקרת הילדים נראה בבירור כי הסיטואציה אל מול חוקרת הילדים אינה נוחה לה. היא חסרת סבלנות ומעוניינת לסיים מהר ככל הניתן את החקירה ולהצטרף אל אחותה הממתינה מעבר לדלת, והיא אף מבקשת שוב ושוב כי אחותה תספר לחוקרת את כל הפרטים במקומה. חוסר הנוחות והמבוכה שהיא חשה נלמד מתנועותיה ומאמירותיה, ויתכן מאוד כי היא בתמימותה אינה מבינה את חומרת המעשים שבוצעו בה ואת מלוא משמעותם. אמנם, הקטינה אינה בוכה במהלך עדותה, אך איני רואה מדוע מתחייב שהדבר יפגום במהימנות דבריה. ראשית, כפי שחזרנו ושנינו פעמים רבות, כמספר נפגעי העבירה כך מספר התגובות לפגיעה מינית. מדובר בקורבנות שונים, ולפיכך גם התגובות שונות וההתנהגות שונה בעקבות הפגיעה:

"אין להיצמד לכללים בדבר ההיגיון "המצופה" מקורבן עבירת מין. הקורבן איננו חייב להתנהג בסבירות או בדרך מסוימת שמוכתבת לו על ידי האחר הנמצא מחוץ

לעולמו הפנימי" (ע"פ 7082/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (לא פורסם, 10.3.11)).

איני סבורה, אם כן, כי ישנה תגובה רגשית אחת אשר "הולמת את התכנים המיניים שתארה" (פסקה 23 לפסק דינו של חברי, השופט סולברג). אכן, כפי שציין חברי, השופט סולברג, ישנן התנהגויות שידרשו הסבר מטעם המתלונן. עם זאת, אני סבורה כי בניגוד להתנהגות כזו או אחרת של מתלונן במהלך האירועים או לאחריהם, הרי שתגובות רגשיות במהלך חקירה תידרשנה רק לעיתים רחוקות להסבר, בהיותן אישיות ותלויות בגילו, באופיו ובתרבותו של נפגע העבירה, וכן בנסיבות החקירה ובמועדה. איני סבורה, אם כן, כי נפגעת עבירה שאינה בוכה בחקירתה צריכה לתת הסבר להתנהגות זו. שנית, יש לזכור כי מדובר בקטינה בת כ-11 שנים בלבד, ובנסיבות מקרה מורכב, רגיש וטעון, בו נפגעה על ידי ידיד קרוב של המשפחה אשר היטיב עימה בדרכים רבות במהלך היכרותם, ועמו קיימה קשר לאורך זמן. נוסף על כך, מהדברים עולה כי הקטינה הלכה איתו מתוך הסכמה בתמימות ואמונה, ולאחר מעשה קיבלה כסף מהמשיב על מנת שלא תספר על מעשיו. מדובר בסכומי כסף גדולים במושגים שלה, כפי שהבהירה, ויתכן שחשה אי נוחות ואף אשמה שקיבלה את הכסף. רואים אנו, אם כן, כי מדובר בנסיבות מורכבות ההופכות את המקרה למקרה סבוך ולא המקרה "הקלאסי", ככל שניתן להשתמש בביטוי זה. בהקשרנו לא יפלא, אם כן, שמתלוננת כזו לא תגיב באופן "המצופה" או "הרגיל", מה גם שמדובר במעשים חוזרים לאורך זמן.

יתרה מכך, במקרה אחר עמדתי באופן מפורט על הייחודיות של הפגיעות המיניות, במיוחד כאשר מדובר על קטינים שנפגעו על ידי מבוגרים המוכרים להם. אחד המאפיינים עליהם מדובר בספרות המקצועית הוא הקושי בעיכול רגשי של הפגיעה המינית, והפיכתם של האירועים לחסרי פשר והיגיון בעיני הקורבן הקטין (ראו ציטוט מדבריו של פרופ' אלי זומר בנייר עמדה שהגיש בשנת 1994 למועצה הלאומית לשלום הילד, בע"פ 6643/05 הנ"ל, פסקה 12). פרופ' זומר ממשיך ומסביר בנייר העמדה מטעמו כי שניים מהמאפיינים האפשריים אצל נפגעי עבירות מין הם קיהיון וצפייה מבחוץ:

"קיהיון (numbing) מתייחס למצבים שבהם האדם מדלל את עוצמת הרגשות השליליים הקשורים בהתרחשויות בזיכרונות או במחשבות, באופן המאפשר המשך פעילות בלי שתפגע איכות התפקוד בגלל הכאב הנפשי. בצורתו הכרונית יוצר תהליך הקיהיון תסמונת של ניתוק פסיכולוגי תמידי של האדם מרגשותיו. צפייה מבחוץ (observation) מתרחשת כאשר ניצול הטרואמה חווה את עצמו כמתבונן (להבדיל ממשתתף) באירועים שבהם הוא מעורב. כתוצאה מכך יכולים ניצולי

טראומות לחוות אירועים קשים, כאשר הם צופים בשלוחה במעין חוויה חוץ-גופית, בטרואומה המתחוללת".

מדברים אלו עולה כי התנהגותה של הקטינה במהלך החקירה לא רק שלא סותרת את "המצופה" מנפגעי עבירות מין, אלא מתיישבת ותואמת אותו. ודוק, איני סבורה כי יש בתגובותיה בחקירה כדי לחזק את תלונתה, בהעדר חוות דעת מקצועית שתקבע זאת, אך בוודאי שאין בהן כדי להחליש אותה.

5. על דברים אלו יש להוסיף את התרשמותה של חוקרת הילדים מחקירתה של הקטינה. חוקרת הילדים ציינה כי הקטינה "תיארה פגיעה רב פעמית ודבריה כללו תכנים מיניים אותנטיים שאינם תואמים את גילה ומאפיינים דינאמיים של פגיעה מינית" (טופס סיכום עדות מיום 4.8.09). בעדותה הרחיבה חוקרת הילדים אודות קריטריונים ומאפיינים רבים העולים מחקירתה של הקטינה ותואמים תלונת אמת על פגיעה מינית (עמ' 91 לפרוטוקול ואילך). יתרה מכך, חוקרת הילדים התרשמה מקושי רגשי גדול שחוהה הקטינה, קושי שבשלו לא התירה את עדותה בבית המשפט (ראו עמ' 96 לפרוטוקול). עם זאת, התקשתה חוקרת הילדים לקבוע באופן נחרץ את מהימנות העדות, וזאת בשל העובדה שהקטינה בחקירתה לא ירדה לפרטים, ולקושי זה אפנה כעת.

6. מצפייה בחקירת הקטינה ומקריאת תמלול עדותה, עולה תמונה ברורה וקוהרנטית של המעשים שבוצעו בה על ידי המשיב, הן באשר למעשי הסדום והן באשר למעשה המגונה. זאת, בניגוד לניסיון של חוקרת הילדים להציל מפיה של הקטינה את תיאור ניסיון האונס שלא ניתן ללמוד ממנו מספיק על אופי האירוע. עם זאת, תיאוריה של הקטינה הם כלליים ואין בהם ירידה לפרטי פרטים. לטעמי, במקרה דנן אין בכך כדי לפגוע במהימנות עדותה, אם כי דבר זה מצדיק דרישה של ראיית סיוע חזקה ומשמעותית לעדותה של הקטינה. חשוב להדגיש כי מצפייה במכלול חקירתה של הקטינה בפני חוקרת הילדים מצטיירת תמונה של ילדה אשר מתקשה לתקשר ולפרט את האירועים שחוותה באופן כללי. בתחילת החקירה נשאלת הקטינה שאלות כלליות שאינן קשורות לתלונתה, במטרה ליצור קשר איתה, והיא מתבקשת למשל לספר על אירוע שקרה לה בבית הספר, או על מה שעשתה ביום שבת האחרון. מתשובותיה של הקטינה נראה כי היא מתקשה לרדת לפרטים ולהרחיב בתיאור. מכאן, כי התקשורת הלקויה אינה ייחודית לתיאור עבירות המין, אלא מאפיינת באופן כללי את אופן דיבורה ותיאוריה של הקטינה. יש לזכור בנוסף כי מדובר בילדה צעירה מאוד, עולה חדשה ששפת אימה אינה עברית, ואשר מתלוננת על ידי קרוב של המשפחה אשר היה

בקשר הדוק וארוך טווח עימה. היא מספרת על אירועים רבים ומתארת מעשים שבוצעו לאורך זמן, ויתכן כאמור שגם עניין זה מקשה עליה לספר ולהתמקד באירועים ספציפיים. מכל מקום, היא לא נראית כמי שמעוניינת או מתלהבת לספר סיפור כמי שבפיה "עלילה" כנגד המערער. משכך, איני סבורה כי יש במיעוט הפרטים כדי להפחית ממהימנות עדותה, כאשר עומדת בפנינו ליבת הדברים בצורה ברורה, עקבית, וללא כל הגזמה מצד הקטינה. דברים דומים אמרתי בפרשה קודמת:

"כידוע, אין לצפות שעדותה של קורבן עבירות מין תהא ברורה, מפורטת, ובהירה באשר לאירועים הטראומטיים שחוה. פעמים רבות מאפיינים סובייקטיביים של הקורבן, דוגמת גילו או מצבו השכלי, כמו גם מיהות מבצע העבירות וקרבתו המשפחתית לקורבן, וכן מאפייני המעשים, לרבות מספר הפעמים שבוצעו ומשך התקופה שעל פניה הם השתרעו – כל אלה עלולים להשפיע על בהירות, קוהרנטיות ומידת הפירוט שבגרסת הקורבן. אשר על כן, נקבע כי קיומם של אי-דיוקים או היעדרם של פרטים מסוימים מגרסת הקורבן לא יהוו עילה להטלת ספק במהימנותו, ובלבד שליבת דבריו אמינה, במובן זה ש"הגרעין הקשה של האירועים והתמונה הכוללת המתקבלת מן העדות והחזיוקים לה מאפשרים מסקנה בדבר אשמת הנאשם מעבר לכל ספק" (עניין נור, בעמ' 233; וראו גם: ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 (לא פורסם, 1.3.04); ע"פ 7874/04 חסיד נ' מדינת ישראל, פס' 5 (לא פורסם, 16.2.05)) (ע"פ 3250/10 הנ"ל, פסקה 44 לפסק דיני).

7. בסופו של יום, לאחר צפייה בחקירתה של הקטינה מצטייר סיפור ברור ועקבי של המעשים שבוצעו בה על ידי ידיד המשפחה במכוניתו. הגם שאינה מספרת סיפור מפורט, היא עונה לשאלות החוקרת, מוסרת את עיקרי הדברים הקשים, וחוזרת עליהם באופן עקבי בתגובה לשאלות החוזרות של החוקרת. יש לציין כי היא אף לא מגזימה בתיאוריה. הקטינה מתארת מספר אירועים בהם מכריח אותה המשיב לבצע בו מין אוראלי כאשר הוא פותח את מכנסיו ומוריד אותם מעט, אך לא לגמרי. היא מציינת כי באחת הפעמים הוא משך אותה בשערותיה מאחר שרצתה לצאת מהרכב, וכי הוא החזיק את ראשה בידיו בזמן שאיבר מינו היה בפיה כך שהיא לא יכלה לקום. עוד היא מספרת כי איבר מינו היה בפיה כעשר דקות, וכי לאחר מכן ירקה מפיה את הזרע של המשיב והלכה להקיא. באירוע אחר במכונית החזיק המשיב את ידה של המתלוננת על איבר מינו בתנועת שפשוף אותה מדגימה המתלוננת בחקירה, אך היא התנגדה ונתנה לו סטירה בידה השניה, ולכן האירוע הסתיים לאחר זמן קצר אותו מעריכה הקטינה בפחות

מדקה. עוד מספרת הקטינה כי לאחר כל אירוע היה המשיב נותן לה סכום כסף על מנת שלא תספר דבר.

8. איני סבורה כי העובדה שהקטינה לא חשפה מיידית את האירועים בפני אמה מפחיתה ממהימנות תלונתה. המתלוננת חשפה את האירועים בפני אחותה, התנהגות שהינה אחת מקשת התנהגויות סבירות והגיוניות, וקשה לצפות מילדה כה צעירה שתוכל להסביר מדוע בחרה דווקא בה, או דווקא בנקודת זמן זו. כמו כן, אני סבורה כי דרישתו של חברי, השופט סולברג, כי יוכח שהפרופיל הנפשי של המתלונן מתאים להתנהגותו במקרה הספציפי, הינה דרישה שחוששני שלא ניתן יהיה לקיימה בחקירות מסוג זה. דומני כי קשה לצפות התנהגות של אדם כלשהו, בוודאי באירוע טראומתי כל כך, על בסיס ניתוח פרופיל אישיותי שלו. נדמה כי גם אנשי מקצוע לא יתיימרו לכך. חברי מציין, דווקא בנוגע לנאשם, כי "לעיתים נפשו של הנחקר מורכבת יותר ואינה נותנת מענה חד-משמעי לתמיהה". אני מסכימה עם האמור ומוסיפה כי כך הוא גם לגבי המתלונן. נפש האדם מורכבת היא ויהיה בלתי אפשרי להסביר כל התנהגות בהתאם לפרופיל הנפשי של המתלונן, במיוחד כאשר מדובר בקטינה ששפתה דלה ואינה מסוגלת לתת תיאורים והסברים מפורטים לקורות אותה, בוודאי לא למתהווה בנפשה. שוב אדגיש כי אין בכך כדי למנוע דרישת הסברים על התנהגות מעוררת ספקות ותמיהה, אך כאשר מדובר בהתנהגות צפויה אצל קורבנות עבירות מין, איני סבורה כי מענה כזה נדרש. לטעמי, די בכך שמוכח וידוע כי התנהגות אופיינית של נפגעי עבירות מין, ובייחוד ילדים, היא להשהות את חשיפת התלונה, ולא להתלונן באופן מידי גם לא בפני אדם קרוב ביותר (על כך ראו למשל אצל לימור עציוני גילוי עריות 155 ואילך (2009)). מעבר לכך ובעיקר נדרשת כמובן עדות מהימנה, עקבית והגיונית של נפגע העבירה, ובמקרה שלנו אף נדרש סיוע לעדותה.

סיוע לעדות המתלוננת

9. כידוע, לעדותה של מתלוננת בפני חוקרת ילדים נדרש סיוע (סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955). בשל הקושי הנעוץ בהעדר פירוט נרחב דיו בתלונתה של הקטינה, סבורני כי על הסיוע במקרה זה להיות חזק ומשמעותי. לטעמי, סיוע זה נמצא בעדויותיהם של שני המתנדבים במשטרה אשר שמעו מפיו של המשיב למצער ראשית הודאה על מעשיו. נראה כי אף חברי, השופט סולברג, מעניק לעדויות אלו משקל ראייתי משמעותי, והוא סבור כי "הן בגדר סיוע של ממש" (פסקה 36 לפסק דינו). כחברי אף אני מסכימה כי לא נמצאה כל עילה לפקפק ביושרם של שני עדים אלו, אשר שמעו בנפרד כל אחד מהם את הודאתו של המשיב על מעשיו. אכן, יש

טעם לפגם בכך שהשניים לא רשמו את הדברים באופן מיידני לאחר ששמעו אותם, אך דומני כי גם אם היו אי דיוקים מסוימים, הרי שליבת הדברים ברורה היא. קשה להאמין כי יומיים בלבד לאחר שנאמרו בפניהם הדברים יציגו אותם השניים באופן שאינו תואם כלל את הדברים שנאמרו להם. חיזוק משמעותי נוסף מצוי לטעמי בעובדה שאחד המתנדבים העיד כי המשיב עשה שימוש במילה הצרפתית sucette, שמשמעותה המושאלת הינה מציצה, מילה שגם המתלוננת עשתה בה שימוש בחקירתה כביטוי בו השתמש המשיב בפניה.

סיכום

10. חברי, השופט סולברג, מביא מדבריו של הרמב"ם המצדיקים החמרה בדיני הראיות. אכן, המשפט העברי מחמיר עד מאוד בדיני הראיות הנדרשים לצורך הרשעתו של אדם בפלילים. אלא שבפועל נקבע כי כאשר צורכי השעה מחייבים זאת מותר לדון אדם גם שלא לפי דיני הראיות שבתורה. עמד על כך המשנה לנשיא מ' אלון בהרחבה בע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113 (1980) (להלן: עניין נגר). כך הוכשרה האפשרות להרשיע אדם על פי הודאתו, וכן האפשרות להרשיע אדם על פי ראיות נסיבתיות.

ואמנם, לצד הזהירות הנדרשת בהרשעתו של אדם, המובאת לידי ביטוי בדבריו של הרמב"ם שצוטטו על ידי חברי, הרי שהתפתחה ההבנה כי ישנה חשיבות גם לביעור הרע מקרבנו, ולפיכך התפתחו דיני ראיות התואמים את הצורך בהענשת האשמים, תוך הקפדה על הזהירות הנדרשת שלא להרשיע חף מפשע. וכך קובע בעל הטורים:

"אם רואין בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה, בין ממון ובין כל מיני עונש...ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין בשעה שהיו דנים דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק - אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו..ובכל יהו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הבריות קל בעיניו" (טור, חו"מ, ב [יט]); ראו עניין נגר, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון).

אני סבורה, אם כן, כי עדותה של המתלוננת בפני חוקרת הילדים, אשר היתה עקבית, ברורה ובלתי מוגזמת, כמו גם ראיות הסיוע המשמעותיות ביותר של התוודות המשיב בפני שני מתנדבים במשטרה, מבססים את אשמתו של המשיב בעבירות של

מעשי סדום ומעשה מגונה מעבר לכל ספק סביר. לו היתה נשמעת דעתי היינו מקבלים את הערעור ומרשיעים אותו בעבירות אלו.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר :

1. כחברי, השופט סולברג, אף אני סבור כי עדותה של הקטינה ר' היא המפתח להרשעה או לזיכוי בפרשה דנן, וכמותו אף אני השתכנעתי, לאחר שצפיתי בקלטת חקירתה לפני חוקרת הילדים, יותר מפעם אחת, כי לא ניתן להתרשם באופן נחרץ מעדותה כי היא עברה את האירועים המיניים הטראומטיים שבביצועם הואשם המשיב.

בעדותה של הקטינה ר' בלט העדרה של תגובה רגשית והיא התאפיינה במלל דל ביותר בתיאורם של המעשים והאירועים. לא לשווא ציינה חוקרת הילדים בעדותה לפני בית המשפט המחוזי, כי הדרך בה תיארה הקטינה ר' את האירועים היתה גנרית, כי המלל שלה היה מינורי וכי היא התקשתה לתאר בצורה מסודרת ומאורגנת את האירועים שחוותה. עוד עמדה חוקרת הילדים על כך שחקירתה של הקטינה ר' לא מוצתה (יש להצטער שהדבר לא נעשה במועד אחר), שכן היא היתה מעוניינת לסיים את מתן העדות, דבר שאף לא איפשר לעמת אותה עם גרסתו של המשיב. משכך, הגיעה חוקרת הילדים לכלל מסקנה כי "יש קושי להתרשם באופן נחרץ מהעדויות שלה", כי "יש חלקים בחקירה שלא מוצו" וכי "ישנו קושי בקביעת מהימנות לדבריה" (עמודים 93-96 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי וחוות דעתה של חוקרת הילדים – ת/3).

לא ניתן איפוא לקבוע לטעמי כי שגה בית המשפט המחוזי עת קבע כי אין הוא יכול להכריע בדבר מהימנות עדותה של הקטינה ר' מעבר לכל ספק סביר.

יתר על כן, אף אם אין מקום ליתן משקל משמעותי לכך שהקטינה ר' לא סיפרה דבר וחצי דבר אודות הפגיעות המיניות בה לאמה במשך תקופה ממושכת למדי, כבית המשפט המחוזי אף אני סבור כי אין זה ברור כלל ועיקר כיצד לא הבחינו הפסיכולוגים והפסיכיאטרים שטיפול בה באותה עת בכל התנהגות חריגה של המתלוננת ולא העלו כל חשד כי היא עברה פגיעה מינית.

יובהר, אין בדבריי אלו משום קביעה כי הקטינה ר' אינה דוברת אמת. ואולם, איני יכול לקבוע כי שגו שלושה שופטים של בית המשפט המחוזי כשהתקשו לקבוע בנסיבות העניין ממצאים מפלילים ברמה הנדרשת במשפט הפלילי.

באשר לעדויותיהם של שני מתנדבי המשמר האזרחי; כחברי השופט סולברג אף אני סבור כי ניתן לקבוע שיש ערך ראייתי של ממש לעדויותיהם ויתכן שהן עולות כדי סיוע של ממש. ואולם, לא ניתן לבסס הרשעה רק על סמך עדויות אלה ובפרט בהתחשב בכך שהשניים לא רשמו מזכרים המתעדים בזמן אמת את "הודאתו" של המשיב.

מידת ההוכחה הנדרשת במשפטנו הפלילי אינה, כידוע, ודאות מוחלטת, אלא שכנוע מעל ספק סביר. כבר כתבתי כי:

"הרציונל המקובל המסביר את הצורך בהצבת רף הוכחה גבוה, של "מעבר לספק סביר" המוטל על כתפי התביעה במשפט פלילי, מתבסס על העקרון לפיו "מוטב לשחרר תשעים ותשעה אנשים שפשעו מאשר להרשיע חף מפשע אחד" (כדברי השופט עציוני בע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל (פ"ד לב(2) 757,729 (1978)... [ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם, 31.7.2008) פסקה 6 לפסק דיני].

סוף דבר, איני סבור כי אשמתו של המשיב הוכחה מעבר לכל ספק סביר וכחברי, השופט סולברג, אף אני סבור כי יש לדחות את הערעור ולהותיר על כנה את הכרעת הדין שזיכתה את המשיב מחמת הספק.

2. בשולי הדברים – ולא למעלה מן הצורך – אוסיף כי מצטרף אני להערתו של חברי השופט סולברג כי משהכריעו שלושה שופטים של בית המשפט המחוזי שיש לזכות את המשיב מחמת הספק, אין זה מובן מאליו שעל זיכוי שכזה יש מקום לערער (ראו פסקה 41 לחוות דעתו של השופט סולברג).

כך למשל, כפי שהזכיר חברי השופט סולברג בחוות דעתו, בארצות הברית חל איסור על התביעה לערער על פסק דין מזכה שניתן על ידי הערכאה הדיונית. איסור זה נגזר בדין האמריקאי מכוח דוקטרינת "הסיכון הכפול" ("Double Jeopardy") המעוגנת

בתיקון החמישי לחוקת ארצות הברית והיא משקפת את ציפיית הנאשם שלא להיות A.B.Poulin *Double Jeopardy*] שזוכה [(להלן: Poulin). אכן, בדין הישראלי אין, לעת הזו, כל מגבלה *and Judicial Accountability: When Is an Acquittal Not an Acquittal?* 27 Ariz. St. L.J. 953 (1995). שיטת המשפט הישראלית לא הכירה בתחולתה של דוקטרינת "הסיכון הכפול". לפיכך, ההחלטה אם להגיש ערעור על פסק דין מזכה מסורה לשיקול דעתה של התביעה.

ואולם, דווקא משום היותה של התביעה רשות שלטונית הרי שלטעמי אין היא יכולה לנהוג ככל בעל דין אחר ועליה להפעיל שיקול דעת זהיר ואחראי במיוחד. שיקול דעת זה צריך להביא בחשבון את מכלול הנסיבות, כאשר האינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם מי שהתביעה סבורה שהיה מקום להרשיעו בדין הוא רק אחד מבין השיקולים הצריכים לעניין ואין לייחס לו משקל מיוחד או עודף.

כך, בין יתר השיקולים שעל המאשימה להביא בחשבון בבואה להחליט אם להגיש ערעור על פסק דין מזכה אם לאו, ניתן להצביע על ציפייתו של נאשם (גם אם אין לו אינטרס הסתמכות בהיעדר פסק דין חלוט או זכות מובהקת בדין), כי לאחר שהתברר עניינו בתום שמיעת ראיות והוכרע על ידי שופטים מקצועיים ובלתי תלויים, לא יאלץ להיגרר להליכים משפטיים נוספים. ציפייה זו נתמכת ביתר שאת שעה שהמערער זוכה על ידי שלושה שופטים פה אחד. שיקול נוסף שעל המאשימה להביא בחשבון הוא סיכויי הערעור; מובן כי יתכנו שיקולים נוספים בבוא התביעה לבחון אפשרות הגשת ערעור על פסק דין מזכה.

לסיכום, הגם שבדין הישראלי לא חלה דוקטרינת "הסיכון הכפול", יפים דבריה של המלומדת Poulin המדגישה כי:

"The best way to protect the public interest is to minimize the number of cases in which the prosecution is foreclosed from challenging questionable trial court action" (p. 987).

ובהמשך מטעימה Poulin כי:

However, if jeopardy attaches and the proceeding ends in a genuine acquittal, then the public interest

generally must give way to the constitutionally protected interest in freedom from being placed twice in jeopardy. Only if the prosecution proves the corruption beyond a reasonable doubt can it pursue conviction in the face of acquittal" (p. 991).

גם אם בשיטתנו אין מגבלה חוקית דומה הרי ששיקולים אלו צריכים לבוא במניין שיקוליה של התביעה בגדר הפעלת שיקול הדעת המנהלי וכחלק מחובתה של הרשות להפעיל סמכויותיה בסבירות ובמידתיות.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת הרוב (השופטים סולברג ודנציגר) בניגוד לדעתה החולקת של השופטת ארבל, לדחות את הערעור, כאמור בפסק דינו של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ד' בתשרי תשע"ג (20.9.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט