



בבית המשפט העליון

ע"פ 2697/14

לפני : כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז

המערער : ניסים דוד חדאד

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו ועל גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 27.11.2013 ומיום 25.2.2014 בהתאמה, בתפ"ח 52781-02-12, שניתנו על ידי כבוד השופטים : ש' דותן, ש' שוחט וד"ר ד' אבניאלי

תאריכי הישיבות : ט' בטבת התשע"ו (21.12.2015)
כ"ג בשבט התשע"ו (2.2.2016)
י"א בניסן התשע"ו (19.4.2016)

בשם המערער : עו"ד יורם שפטל; עו"ד עינת גלוסר

בשם המשיבה : עו"ד רחלי זוארץ-לוי; עו"ד קלאודיה בילנקה

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

תוכן עניינים

3רקע עובדתי.

5כתב האישום ותגובת המערער.

5.....	הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי.....
6.....	גרסת האם.....
8.....	גרסת המערער.....
11.....	מצלמות האבטחה.....
12.....	שאר עדויות הראייה.....
13.....	העדויות הרפואיות.....
15.....	חוות דעת הרופאים המשפטיים.....
19.....	כתמי הדם על תחתוני המערער.....
20.....	לבוש הפעוט.....
21.....	עדים מומחים נוספים מטעם ההגנה.....
23.....	מחדלי חקירה.....
24.....	סיכום הראיות.....
25.....	גזר דינו של בית המשפט המחוזי.....
26.....	הערעור.....
27.....	הבקשות לצירוף ראיות נוספות.....
33.....	דיון והכרעה.....
33.....	המסגרת הנורמטיבית – ראיות נסיבתיות.....
36.....	טענותיו הכלליות של המערער.....
36.....	משמעות ייחודו של המקרה שלפנינו.....
37.....	מידת מעורבותו של בית המשפט המחוזי.....
39.....	מחדלי החקירה.....
44.....	קבילות בדיקת הפוליגרף שנערכה למערער.....
45.....	בחינת הראיות הנסיבתיות לגופן.....
45.....	מנגנון הגרימה לחבלות בפי טבעתו של הפעוט.....
52.....	מצבו של הפעוט בבוקר האירוע.....
56.....	משך הימצאותו של המערער ביחידות עם הפעוט בחדר הכושר – חלון ההזדמנויות.....
64.....	מצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר.....
73.....	כתמי הדם על תחתוני המערער וזהות החפץ שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט.....
86.....	שפך הדם על לחיו של הפעוט.....
87.....	פרק הזמן לאחר שהאם והפעוט עזבו את דירת המערער ועד להגעתם לבית החולים.....
90.....	סיכום השלב הראשון למבחן התלת-שלבי.....
91.....	השלב השני למבחן התלת-שלבי – בחינת המסקנה המפלילה.....

פתח דבר

פעוט בן כשנה וחצי מובא על ידי אמו לבית החולים כשהוא סובל ממספר חבלות, וביניהן שני קרעים בפי הטבעת שלו. האם מספרת כי בבוקר אותו יום, הפעוט נמצא למשך פרק זמן מסוים בהשגחתו הבלעדית של בן זוגה, בחדר הכושר המצוי בבניין שבו הוא מתגורר – ולפי דבריה, הפעוט חזר כשהוא סובל מהחבלות האמורות. בשל כך, בן הזוג נעצר, הואשם והורשע בביצוע מעשה סדום בפעוט. השאלה העומדת במוקד הערעור שלפנינו היא האם הוכח במידה הנדרשת כי בן הזוג – המערער בענייננו – ביצע מעשה סדום בפעוט בעת ששהה עמו בחדר הכושר. כפי שיפורט בהרחבה להלן, מצאתי כי התשובה לשאלה זו היא שלילית, וכי יש להורות על זיכוי מחמת הספק של המערער מהעבירות שבהן הורשע.

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטים ש' דותן, ש' שוחט וד"ר ד' אבניאלי) בתפ"ח 52781-02-12 מיום 27.11.2013, במסגרתה הורשע המערער פה אחד בעבירות של מעשה סדום בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים על ידי בן משפחה, לפי סעיף 351(א) בנסיבות סעיף 347(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן בהתאמה: חוק העונשין ו-עבירת מעשה סדום); וחבלה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 335(ב)(2) לחוק העונשין (להלן: עבירת חבלה). כמו כן, מופנה הערעור כלפי גזר דינו של בית המשפט המחוזי מיום 25.2.2014, בגדרו הושת על המערער עונש של 17 שנות מאסר בפועל; שנתיים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירת מין או אלימות מסוג פשע או ניסיון לעבור עבירות אלה; ופיצוי בסך 60,000 ש"ח לנפגע העבירות (להלן: הפעוט).

רקע עובדתי

2. על פי התשתית העובדתית אשר נפרשה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ואשר אינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, המערער ואמו של הפעוט (להלן: האם) הכירו בשלהי שנת 2011, ובין השניים התפתח קשר רומנטי. חרף פרק הזמן הקצר שחלף מתחילת היכרותם, היה מדובר במערכת יחסים אינטנסיבית ומשמעותית. השניים נפגשו לעתים קרובות, בין היתר בביתה של האם ובביתו של המערער. מטבע הדברים, הפעוט, יליד שנת 2010, אשר בתקופה הרלבנטית היה בן כשנה וחצי, נכח בחלק מאותם מפגשים בין האם לבין המערער. המערער עצמו הוא אב לבת, אשר הינה בת גילו של הפעוט, ואף היא נכחה לעתים בבילויים המשותפים של המערער ושל האם.

3. שני הצדדים תיארו כי המערער הפגין כלפי הפעוט יחס אוהב ואבהי, אשר בא לידי ביטוי בהתעניינות קבועה במצבו של הפעוט ובגילויי חיבה שונים, שכללו נשיקות, חיבוקים והרעפת פינוקים. נוכח יחסו החם המתואר של המערער, האם סמכה עליו להימצא ביחידות עם הפעוט. כך, הצדדים תיארו מקרה מסוים, כשבועיים לפני האירוע מושא כתב האישום, שבו בעת שהאם הייתה חולה, המערער ירד מדירתו עם הפעוט לגיימבורי המצוי בכניסה לבניין הדירות בו הוא מתגורר (להלן בהתאמה: הדירה ו-הבניין), ושיחק עמו שם כשעה וחצי.

4. בלילה שבין הימים 17.2.2012-18.2.2012, האם והפעוט לנו בדירתו של המערער, כשכל השלושה ישנים יחדיו במיטה אחת. בבוקר המחרת, כאשר השלושה התעוררו, המערער נטל את הפעוט, האכיל אותו וצפה עמו בטלוויזיה במשך כרבע שעה עד עשרים דקות, בעוד האם נותרה במיטה. כאשר האם הצטרפה אל המערער והפעוט, המערער הציע כי השלושה ייצאו לאכול ארוחת צהריים במסעדה. האם הסכימה להצעה זו, והמערער התקשר לנהגו האישי (להלן: הנהג) ותיאם עמו כי יגיע אל הבית בין השעות 11:00-11:30. בשלב זה, האם ביקשה להתארגן לקראת היציאה, שיועדה לשעה 12:00 בצהריים, והמערער ירד עם הפעוט לחדר הכושר המצוי בקומת המרתף של הבניין (להלן: חדר הכושר).

5. בכל הנוגע לאירועים אשר אירעו משעת הגעתו של המערער עם הפעוט אל חדר הכושר, ניטשת בין הצדדים מחלוקת עובדתית חריפה אשר תפורט בהמשך, והיא מושא הערעור שלפנינו. ואולם, אין מחלוקת כי מעט לפני השעה 18:00 באותו יום, הובא הפעוט אל חדר המיון בבית החולים "שניידר" בפתח-תקווה, כשהוא חבול קשות בפי טבעתו. החבלות כללו שני קרעים בפי הטבעת, וקרע של הספינקטר (Sphincter) החיצוני – שהוא השריר הסוגר את פי הטבעת. בנוסף, זוהה על לחיו השמאלית של הפעוט שפך דם תת-עורי (Contusion) (להלן: שפך הדם).

6. הצוות הרפואי בבית החולים שניידר חשד כי חבלותיו של הפעוט הן תוצאה של פגיעה מינית, בין היתר נוכח דבריה של האם, ועקב כך הפעוט הועבר לחדר 4 בבית החולים "וולפסון" בחולון, שהוא חדר בדיקות מיוחד, המיועד לבדיקה והערכה במקרים בהם קיים חשד לתקיפה מינית (להלן: חדר 4). הפעוט נבדק בחדר 4 ופגיעותיו תועדו על ידי רופא מהמכון לרפואה משפטית. לאחר מכן, הוא הועבר לחדר ניתוח, שם הוא הורדם, הקרעים בפי טבעתו נתפרו, והוא נותר באשפוז במשך כשישה ימים. למרבה המזל, הודות לטיפול הרפואי המידי והמקצועי לו זכה הפעוט, לא נגרם לו נזק פיזי בלתי הפיך.

במקביל לטיפול בפעוט, תחקרה האם, ובשעה 23:11 לערך, המערער נעצר
בחדש כי הוא זה אשר פגע בפעוט.

כתב האישום ותגובת המערער

7. ביום 28.2.2012 הוגש נגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי, אשר
ייחס לו את ביצוען של עבירת מעשה סדום ועבירת חבלה בפעוט. על פי הנטען בכתב
האישום, בשעה 10:35 לערך ביום 18.2.2012 (להלן: יום האירוע), בעת שהאם
התקלחה בדירתו של המערער, הוא הוביל את הפעוט לחדר הכושר. בשלב כלשהו,
כאשר המערער והפעוט היו לבדם בחדר הכושר, המערער אחז בחוזקה בפיו של הפעוט
באמצעות כף ידו – וזאת כדי למנוע ממנו את האפשרות לצעוק – ואז החדיר את איבר
מינו או חפץ קשיח אחר לפי טבעתו של הפעוט. במעשיו אלו, נטען כי המערער גרם
לפעוט את הפגיעות המתוארות בפסקה 5 לעיל.

8. במענה לכתב האישום, המערער הודה כי היה בן זוגה של האם בתקופה
הרלבנטית, וכי הוא ירד עם הפעוט לחדר הכושר בשעה המתוארת – אולם לטענתו,
הדבר נעשה כדי לאפשר לאם להתארגן ליציאה למסעדה. המערער כפר בכך שביצע
בפעוט מעשה סדום והכחיש את הטענה כי החבלות בפי הטבעת של הפעוט נגרמו
כתוצאה ממעשיו.

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

9. בפתח הכרעת דינו מיום 27.11.2013, בית המשפט המחוזי הטעים כי בין
הצדדים אין מחלוקת בדבר הפגיעות שנגרמו לפעוט, וכי גדר המחלוקת ביניהם נוגעת
לשלוש סוגיות: מהו מנגנון הגרימה לפגיעותיו של הפעוט; מתי נגרמו פגיעות אלה;
ומיהו זה אשר גרם להן. לאחר שסקר את העובדות שאינן שנויות במחלוקת, בית
המשפט עמד על כך שראיות המאשימה בתיק הן ראיות נסיבתיות, וכי אין ראיה ישירה
כלשהי לכך שהמערער ביצע מעשה סדום בפעוט. לפיכך, ובהתאם להלכה הפסוקה,
בית המשפט המחוזי בחן תחילה כל אחת מהראיות הנסיבתיות בנפרד, וקבע אילו
ממצאים עובדתיים ניתן לבסס עליהן. הואיל ואופן ניתוח הראיות ורבים ממצאיו של
בית המשפט המחוזי בשלב זה מצויים במחלוקת בין הצדדים, אפרט מהן הראיות אשר
נדונו בהכרעת הדין ואעמוד על אופן הערכתן על ידי בית המשפט המחוזי.

10. בפרשת התביעה, העידו שניים מהרופאים אשר טיפלו בפעוט בערב יום
האירוע והרופא מהמכון לרפואה משפטית, אשר בחן את הפגיעות שנגרמו לפעוט

בחדר 4; האם, אשר העידה על הקשר בינה לבין המערער והציגה את גרסתה להשתלשלות העניינים ביום האירוע; אחת מדיירי הבניין, אשר נמצאה פרק זמן מסוים בחדר הכושר יחד עם המערער והפעוט; וכן דייר נוסף והשומר שנמצא באותו בוקר בלובי הבניין (להלן: השומר), אשר פגשו במערער ובפעוט לאחר יציאתם מחדר הכושר. כן הוגשו המסמכים הרפואיים הנוגעים לטיפול בפעוט בבתי החולים שניידר ווולפסון; מספר סרטונים ממצלמות האבטחה המותקנות בבניין, ובהם נראים המערער והפעוט בשעת הגעתם לחדר הכושר ובשעת עזיבתם אותו; אמרותיהם של המערער ושל האם בפני חוקרי המשטרה; תמליל העימות שנערך בין השניים; הודעות טקסט ששלח המערער אל האם; וניתוח של כתמים אשר נמצאו על תחתוניו של המערער ואשר זוהו ככתמי דם השייכים לפעוט. בנוסף, הועדו השוטרים אשר גבו ותפסו את הראיות השונות המפורטות לעיל.

11. בפרשת ההגנה, הציג המערער את גרסתו להתרחשויות ביום האירוע. עוד העידו מטעם ההגנה אחותו של המערער והנהג, אשר נמצאו עם המערער בדירה לאחר עזיבת האם; וארבעה עדים מומחים – רופא משפטי, פסיכיאטר משפטי, מומחה למדע פורנזי ומומחית בפסיכיאטריה של פעוטות, אשר העידו ביחס לממצאים השונים בתיק. כמו כן, טענה ההגנה להעלמת מכוונת של ראיות שונות, אשר היו עשויות לזכות את המערער, ולחלופין לקיומם של מחדלי חקירה. להלן, אציג את עיקרי הראיות הרלבנטיות לענייננו.

גרסת האם

12. האם העידה על מערכת היחסים בינה לבין המערער עד ליום האירוע, והדברים הובאו לעיל. האם הדגישה את החיבה הרבה שהפגין המערער כלפי הפעוט, וכך היא תיארה כי בכל פעם שהיה המערער מגיע לביקור אצלה, הוא היה ניגש אל הפעוט ומנשק אותו; מתעניין בקורותיו; קונה לו מתנות שונות; ושולח לה הודעות טקסט ביחס אליו. האם הסבירה כי התנהגות זו מצדו של המערער השפיעה לחיוב על האופן שבו היא התייחסה אליו ותרמה לרגשותיה כלפיו.

13. בנוגע ליום האירוע, האם העידה כי בבוקר החליפה לפעוט חיתול וכי בשלב זה מצבו היה כשורה. לאחר שהתקבלה ההחלטה לצאת למסעדה, המערער והפעוט ירדו לחדר הכושר בבניין, בעוד היא התארגנה לקראת היציאה המשותפת. האם הבהירה כי בשלב זה, הפעוט לבש בגד גוף ומעליו פיג'מה דמוית סרב (להלן בהתאמה: בגד הגוף ו-הסרב). כשעה לאחר שנותרה לבדה בדירה, האם שהתה בחדר השירותים, ושמעה מהכניסה לדירה צליל של התנשפות – ממנו הבינה כי דבר מה אינו כשורה עם הפעוט,

עוד בטרם ראתה אותו. כאשר היא יצאה אל סלון הדירה, היא מצאה את המערער יושב על הספה עם חיתול חדש בידו, בעוד הפעוט שוכב על הספה ללא החיתול שבו היה לבוש בשעת הירידה לחדר הכושר. היא שאלה את המערער לפרש מעשיו, נטלה מידיו את החיתול והתיישרה ליד הפעוט במטרה להלביש את החיתול עליו. בשלב זה, האם הרימה את רגליו של הפעוט והבחינה כי פי טבעתו היה "קרוע לגזרים", כלשונה. לדבריה, היא החלה לצעוק על המערער, ודרשה כי יספר לה מה קרה בחדר הכושר. המערער השיב לה כי הפעוט עשה את צרכיו בחדר הכושר, וכי הוא הסיר לו את החיתול משום שהריח ריח רע ולא היה לו נעים מהאנשים בחדר הכושר. האם ביקשה מהמערער לתאר את השתלשלות האירועים בפרוטרוט, והוא פירט כי לאחר שהסיר את החיתול מהפעוט, הוא הניח את הפעוט על הספסל בחדר הכושר וניקה את ישבנו מהצרכים באמצעות ניירות המצויים בשירותי חדר הכושר. לפי עדות האם, המערער תיאר בפניה כי בשלב מסוים, כאשר שב עם הניירות, הוא מצא את הפעוט "משחק עם האצבעות בטוסיק שלו". הסבר זה לא שכנע את האם, אשר המשיכה לדרוש מהמערער להבהיר מה אירע, אולם המערער דבק בתיאורו ביחס למהלך האירועים. בתגובה למצבה המודאג של האם, הוא טען שאין צורך לקחת את הפעוט לבית החולים, משום שהדימום יעצור תוך רבע שעה והפצע יגליד בתוך מספר שעות.

14. האם המשיכה והעידה כי במקביל לשיחתה עם המערער, היא נטלה מגבונים והניחה אותם בתוך ישבנו של הפעוט מבלי לחתל אותו, וכי הפעוט נרדם. לאחר כחצי שעה, האם הוציאה את המגבונים, ראתה כי הדימום פסק ולכן חיתלה את הפעוט. היא תיארה כי בשלב מסוים הפעוט התעורר, קם מהספה והלך לכיוון הטלוויזיה – שם המערער הרים אותו על ידיו. כאשר היא התקרבה אל השניים, היא הבחינה בשפך הדם על לחיו של הפעוט, וכאשר שאלה את המערער לפרש שפך הדם, הוא לא השיב, הניח את הפעוט והחל לעשן במטבח. לדבריה, התנהלות זו לא הייתה כתמול שלשום, שכן המערער לא נהג לעשן בנוכחותה.

15. לאחר פרק זמן מסוים, האם שמה לב כי הפעוט בוכה ונראה סובל. היא פתחה את החיתול שלו, וראתה כי הוא מלא בצואה מעורבת בדם, נוזל צהוב כלשהו וחתיכת עור אותה לא זיהתה. כאשר היא הרימה חתיכה זו והציגה אותה בפני המערער, הוא נטל אותה ממנה בכוח יחד עם החיתול, זרק אותם לפח האשפה וחזר לעשן. בהמשך, לפי תיאור האם, הפעוט עשה את צרכיו פעמיים נוספות במרווחים של כעשר דקות. מיד לאחר מכן, המערער הרים את הפעוט, האכיל אותו במעדן, והפעוט נרדם בשנית על כתפו. האם הניחה את הפעוט במיטתו של המערער, והלה הצטרף אל הפעוט ונרדם גם כן. האם ניצלה הזדמנות זו על מנת להתקשר אל הנהג כדי שייסיע לה לאסוף את

חפציה. בעניין זה, יצוין כי הנהג הגיע לבניין בהוראת המערער בשעה 11:15 בקירוב, והמתין בחניית הבניין. במהלך האירועים לאחר עליית המערער והפעוט לדירה מחדר הכושר, ביצע הנהג מספר שליחויות עבור האם והמערער, אשר חלקן יימנו בהמשך. לפי עדות האם, בשעה 16:30 בקירוב, לאחר שהנהג סייע לה להעביר את חפציה לרכבה, היא נטלה את הפעוט, עזבה את דירת המערער ונהגה לבית הוריה המצוי בקרבת מקום. לאחר שאביה עמד על כך שפגיעותיו של הפעוט הן תוצאה של תקיפה מינית, היא נסעה עם הפעוט לבית החולים שניידר.

16. בתגובה לשאלה מדוע לא עזבה את הדירה מיד לאחר שגילתה את הפגיעות בפעוט, האם השיבה כי תחילה לא סברה שהפגיעות הן תוצאה של פגיעה מינית. לאחר מכן, לפי גרסתה, כאשר היא הקשתה על המערער בשאלות, הוא החל להשתולל בדירה ואף זרק חפצים – ובעקבות זאת היא חשה מאוימת מהתנהגותו וחששה לעזוב.

17. בית המשפט המחוזי הטעים כי יש לבחון בזהירות את עדותה של האם, שכן היא הייתה בטוחה באשמתו של המערער בעת עדותה. בית המשפט מצא כי רכיבים מסוימים בעדותה של האם היו מוגזמים ביחס להודעותיה במשטרה, וכי הם נועדו לקבע את התוצאה הרצויה לה. עם זאת, בית המשפט המחוזי התרשם כי ליבת גרסתה של האם היא עקבית, נתמכת בראיות חיצוניות ותואמת את גרסאותיו המוקדמות של המערער במשטרה, ולכן ייחס לה משקל רב.

גרסת המערער

18. המערער העיד תחילה על נסיבות חייו – ובפרט על החשיבות של קיום פעילות גופנית עבורו – ועל נסיבות הקשר בינו לבין האם. בכל הנוגע ליחסו החם לפעוט, עליו עמדה האם בעדותה, המערער הבהיר כי הדבר נעשה בעיקר כדי למצוא חן בעיני האם וכך לפלס את דרכו לליבה, נוכח מקומו המרכזי של הפעוט בחייה ובשגרת יומה.

19. המערער תיאר בעדותו כי ביום האירוע, התעורר מאוחר ולא הספיק לקיים פעילות גופנית כלשהי. בשל כך, לדבריו, הוא היה מעוניין לנצל את חלון הזמנים עד ליציאה למסעדה כדי להתאמן בחדר הכושר שבבניין, ולקח עמו את הפעוט כדי לאפשר לאם להתארגן ב"ראש שקט". לטענתו, הפעוט לבש בעת ירידתו את הסרבל בלבד, ללא בגף גוף מתחתיו – וזאת, בניגוד לעדות האם. המערער העיד כי כאשר הגיע לחדר הכושר, נמצא שם זוג אנשים אשר התאמנו על ההליכון. המערער הניח את הפעוט על מזרן במרכז חדר הכושר, לצד מספר צעצועים, ועלה על אופני הכושר. לגרסת המערער, לאחר כרבע שעה, הזוג עזב את חדר הכושר, והוא נותר במקום לבדו עם הפעוט, לפרק זמן אשר אותו תיאר כ"ממש דקות בודדות". לפי עדות המערער, אף

שהפעוט התרוצץ והשתולל בכל משך היותם בחדר הכושר, הוא נותר בטווח ראייתו לכל אורך הימצאותו בחדר הכושר, מלבד מספר שניות בודדות בכל פעם – והוא לא ראה אותו סופג מכה כלשהי.

20. המערער הדגיש כי הוא היה מצוי בלחץ זמנים אדיר, שכן ביקש להספיק לחזור לדירתו בשעה 11:10 לערך, להתקלח, ולצאת אל המסעדה בסביבות השעה 11:30. מסיבה זו, לאחר כעשרים דקות של אימון, הוא ירד מהאופניים ונטל את התינוק בידיו מתוך כוונה להתארגן לקראת עלייה חזרה לדירה. בשלב זה, לפי גרסתו, המערער הריח מהפעוט ריח חריף, וכלשונו "ריח של צואה אבל מאוד-מאוד מוזר". הוא הסביר שהיה לו "לא נעים" ממי שעלולים להיכנס לחדר הכושר, ולכן החליט לבדוק את מקור הריח. הוא הניח את הפעוט על יד הכיור המצוי בחדר הכושר, הסיט את החיתול, ומצא בו חתיכת צואה עגולה וקשה, עם דם עליה, כמו גם הפרשה צהובה כלשהי. לפי עדות המערער, הפעוט עצמו לא סבל מדימום באותו שלב, אך היה מעט דם על אזור הישבן והמפשעה שלו. המערער הסיר את החיתול מהפעוט, קשר אותו והשליכו בפח המצוי בשירותי חדר הכושר. לאחר מכן, הוא הביא מספר ניירות, הרטיב אותם וניגב באמצעותם את ישבנו של הפעוט. לדבריו, הוא הלך וחזר פעמיים-שלוש כדי להביא ניירות.

בתשובה לשאלה מדוע בחר להסיר את החיתול מהפעוט דווקא בחדר הכושר, כאשר אין בידו את הציוד הנדרש לניקוי והחלפת חיתול, המערער הסביר כי דווקא בשל הקרבה לדירה, הוא לא ראה בכך בעיה, וסבר שיסיר בזריזות את החיתול ואז יעלה לדירה כדי לשים חיתול חדש לפעוט שם.

21. המערער המשיך ותיאר כי לאחר שסיים לנקות את הפעוט, הוא הרים אותו על ידיו, יצא עמו מחדר הכושר והזמין את המעלית. בטרם המעלית הגיעה, הוא חזר לכיוון חדר הכושר כדי לוודא שהאורות ושאר מכשירי החשמל בחדר הכושר מכובים, בשל קפדנות השומרים בבניין בנושא זה. לאחר שוודא מהמסדרון כי הכול תקין, שב אל המעלית ועלה אל הלובי של הבניין. שם ביקש סיגריה מהשומר, ואז יצא עם הפעוט אל מחוץ ללובי כדי להביט בדולפינים מפלסטיק המצויים בבריכה ליד דלת הכניסה. לאחר מכן, שב על עקבותיו עם הפעוט בזרועותיו, ועלה במעלית אל דירתו. המערער הדגיש בעדותו כי בכל אותה העת, הפעוט היה רגוע, לא בכה ולא צעק.

22. המערער העיד כי כאשר הוא והפעוט נכנסו אל הדירה, האם נמצאה באמבטיה

ולא שמעה שקרא לה. לכן הוא הניח את הפעוט על הספה בסלון הדירה, הביא חיתול השייך לבתו והניח אותו לצד הפעוט. כאשר האם יצאה מהאמבטיה הוא קרא לה פעם נוספת, והיא לקחה את הפעוט לספה האחרת. המערער תיאר כי על אזור ישבנו של הפעוט הייתה במועד זה כמות קטנה של דם, בצורת מריחה, וכי מפאת הדם האם נכנסה ללחץ והדביקה מגבונים לפי טבעתו של הפעוט. המערער הוסיף כי לא היה עצבני כלל, אלא שעה לבקשותיה של האם: הוא אפשר לה להתקשר לאמה ולאחיה מהטלפון הנייד שלו; הוא הציע לקחת את הפעוט לבית החולים או לקופת חולים כדי להרגיע אותה; והוא שלח את הנהג לקנות עבורה חיתולים, משום שלא היו לה חיתולים משלה. המערער העיד כי מצבו של הפעוט בשלב זה היה תקין: הוא רץ בבית ללא דימום ובלי לבכות, המערער האכיל אותו במעדן והם צפו יחד בטלוויזיה. המערער אף הציע לאם כי יצאו בכל זאת למסעדה, אולם היא סירבה לכך משום שהייתה כעוסה ולחוצה.

בשלב מסוים, לפי גרסת המערער, האם פתחה את חיתולו של הפעוט, והוא ראה כיצד היא דוחפת את אצבעה לאזור ישבנו ומוציאה ממנה "גלילת בשר קטנה", כלשונו. לדבריו, האם הראתה לו את "גלילת הבשר" ושאלה אותו לפרשה, והוא השיב כי הוא אינו רופא. לאחר מכן, האם חיתלה את הפעוט, והוא שב לרוץ מעט ולצפות בטלוויזיה. המערער העיד כי רק בשלב זה, לאחר שרץ וצפה בטלוויזיה כאמור, הפעוט עשה את צרכיו בפעם היחידה מאז שחזרו לדירה מחדר הכושר. לאחר שהאם החליפה לפעוט את החיתול, המערער התקשר לנהג בסביבות השעה 15:30 וביקש ממנו לסור לבית הוריה של האם, ולהביא משם אוכל ואת מכשיר הטלפון הנייד של האם. לאחר שהשלושה אכלו מהאוכל, הם הלכו אל המיטה, שם הפעוט והמערער נרדמו. כאשר המערער התעורר, הוא מצא כי האם עזבה את הדירה עם חפציה ועם הפעוט. לאחר שלא הצליח לאתר את האם, המערער התקשר אל הנהג – אשר המשיך להמתין בחנית הבניין לאחר עזיבת האם – וזה סיפר לו על נסיבות עזיבתה את הדירה. הנהג הצטרף אל המערער בדירתו ונותר עמו שם עד לשעה 20:00 בקירוב, ובמקביל הגיעה אחותו של המערער, ונותרה עמו עד לשעת מעצרו, בשעה 23:11 לערך.

23. בית המשפט המחוזי מצא כי גרסתו של המערער לוקה בחוסר היגיון פנימי ובסתירות אשר אינן ניתנות ליישוב. ראשית, בית המשפט מצא כי המערער לא סיפק הסבר מדוע בחר לרדת לחדר הכושר עם הפעוט לבדו. בית המשפט הטעים כי מדובר בפעוט בן 18 חודשים, אשר מחייב השגחה בכל עת, ולכן ברי כי לא ניתן להתאמן כאשר הפעוט מתרוצץ בחדר הכושר בין משקולות ומכשירים. בית המשפט ציין כי המערער ניסה לשוות להתנהגותו נופך סביר בכך שתיאר כי יום לפני כן נמצא בחדר הכושר עם בתו, שהיא כאמור בת גילו של הפעוט, והציג צילומים התומכים בכך.

ואולם, בית המשפט המחוזי עמד על כך שהמערער ציין שאינו זוכר מי צילם את התמונות, חרף העובדה שהיה זה הנהג – אשר העיד כי כאשר בתו של המערער נמצאת עמו בחדר הכושר, תפקידו הוא לשמור עליה. שנית, בית המשפט המחוזי הדגיש כי המערער לא פירט מהם הצעצועים שאותם הניח לצד הפעוט, וכי בסיוור שנערך לשופטים בחדר הכושר, באי-כוח המערער לא הצביעו על הצעצועים אותם תיאר. שלישיית, בית המשפט מצא כי הסברו של המערער לכך שבחר להסיר את חיתולו של הפעוט כבר בחדר הכושר לוקה ב"חוסר סבירות קיצוני". בית המשפט עמד על כך שכל אדם הגיוני בנסיבות דומות היה בוחר לעלות אל הדירה, שם יש את הציוד הנדרש להחלפת חיתול ולניקוי הפעוט – בפרט, כאשר הוא מצוי ב"לחץ זמנים אדיר", כתיאורו של המערער. רביעית, ולבסוף, בית המשפט המחוזי ציין כי בגרסה הראשונה אותה מסר המערער בהודעתו במשטרה (ת/22א), בטרם ידע מהי חומרת פגיעותיו של הפעוט, הוא חזר ותיאר שלוש פעמים שראה את הפעוט מגרד את עצמו, וכאשר נתקל בחוסר אמון מצד החוקר, אף עמד על אפשרות זו ותיאר כמה הפעוט חזק. גם בחקירתו למחרת היום (ת/23א) הוא שב וסיפר כי הפעוט גירד את עצמו. לעומת זאת, בעדותו בבית המשפט המערער זנח לחלוטין את האפשרות הזו, וכאשר נשאל על כך השיב שלא ביקש לקשור בין הפגיעות בפני טבעתו של הפעוט לבין הגירוד, אלא ביקש למסור מידע רב ככל הניתן לחוקרי המשטרה כדי לסייע בעדם. בית המשפט המחוזי לא קיבל את הסבריו של המערער, ומצא כי המערער חזר מגרסה זו לאחר שהבין כי היא אינה יכולה לשמש הסבר לחבלות בפני טבעתו של הפעוט.

מצלמות האבטחה

24. בבניין מותקנות כ-26 מצלמות אבטחה במיקומים שונים, וביניהם במסדרון המוביל אל חדר הכושר ובלובי הבניין – אך לא בחדר הכושר עצמו או בקומות בהן מצויות דירות המגורים. המשיבה הגישה כראיה 4 קבצים של סרטונים ממצלמות האבטחה (אשר סומנו ת/1), המהווים תיעוד חלקי של פרק הזמן בין השעות 10:00 ל-12:00 ביום האירוע. בסרטון הראשון, נראים המערער והפעוט יוצאים מהמעלית במסדרון המוביל אל חדר הכושר בשעה 10:37 בקירוב, כאשר הפעוט הולך על רגליו לצד המערער. בסרטון השני, מהשעה 11:12 לערך, נראים המערער והפעוט מגיעים מהמסדרון המוביל אל חדר הכושר חזרה אל המעלית. המערער נושא את הפעוט על זרועותיו, כאשר ראשו מונח על כתפו של המערער. המערער נראה מזמין את המעלית, שב על עקבותיו, ואז חוזר בשנית אל עבר המעלית. בשלב זה מגיע למקום אדם נוסף – הוא עד התביעה יאיר לוי (להלן: לוי). המערער נעמד במרחק מסוים מלוי, וכאשר המעלית מגיעה, שניהם נכנסים אליה. בית המשפט המחוזי התרשם כי הפעוט נראה

בסרט זה כאילו הוא ישן או שראשו "שמוט" – מלבד כאשר לוי מגיע, אז הפעוט מרים את ראשו לכיוונו. בסרטון השלישי, מהשעה 11:14 לערך, נראים המערער והפעוט יוצאים מהמעלית בקומת הלובי, ואז הם יוצאים מהתמונה למשך כדקה וחצי. כאשר הם שבים, המערער חולף על פני המעלית לכיוון קצה המסדרון, ואז חוזר ומזמין את המעלית, והשניים עולים בה. לבסוף, הסרטון הרביעי, ממצלמה המשקיפה על הכניסה לבניין, מתעד את אותו פרק זמן בן דקה וחצי שבו יצא מהמערער מטווח המצלמה בסרטון השלישי ועד ששב אליו. המערער ניגש אל עמדת השומר, מסמן לו משהו, ואז יוצא אל מחוץ לדלת הבניין לכיוון הבריכה. החל מהרגע בו המערער נע מכיוון עמדת השומר אל עבר דלת היציאה, הפעוט מרים את ראשו מכתפו של המערער ומביט סביבו. לאחר מכן, השניים חוזרים אל הבניין, הפעוט מניח את ראשו על כתפו של המערער, והשניים יוצאים מטווח המצלמה חזרה לכיוון המסדרון. בית המשפט המחוזי הטעים כי בצילומים לא ניתן לראות את פניו של הפעוט, וכי מלבד שני הרגעים שנמנו לעיל, ראשו מונח תמיד על כתפו של המערער.

שאר עדויות הראייה

25. הגברת מתי בר (להלן: גב' בר) הייתה אחת מבני הזוג אשר התאמנו בחדר הכושר בשעה שהמערער והפעוט הגיעו למקום. בעדותה, גב' בר העידה כי היא ובעלה הגיעו לחדר הכושר בסביבות 10:20-10:30, ולאחר שהתאמנו כרבע שעה הגיעו למקום המערער והפעוט. היא תיארה כי המערער התיישב על אופני הכושר והחל להתאמן, בעוד הפעוט הסתובב בחדר הכושר. לדבריה, הפעוט נראה בריא בשלב זה. גב' בר העידה כי היא ובעלה עזבו את המקום בסביבות 10:40-10:45, וכי במועד עזיבתם, הפעוט הגיע אל המערער וישב על ברכיו. גב' בר הבהירה לראשונה בעדותה כי היא חולת לב, ולכן מוקצב לה פרק זמן מסוים לביצוע פעילות אירובית על ההליכון – ומשום כך היא יודעת להעריך מתי היא ובעלה יצאו מחדר הכושר. בחקירתה הנגדית, עימת בא-כוח המערער את גב' בר עם הודעתה במשטרה, שם ציינה כי הגיעה לחדר הכושר "אחרי 10:30 בבוקר". בתשובה לשאלה זו, גב' בר הדגישה כי בכל מקרה היא הייתה בביתה לפני השעה 11:00 בבוקר, וכי היא יודעת זאת נוכח מחלתה המחייבת אותה להביט בשעון. בית המשפט המחוזי התרשם כי גב' בר היא עדה אובייקטיבית, וכי עדותה תואמת את גרסתו הראשונית של המערער באמרתו ת/22א, שם ציין כי בני הזוג שנמצאו עמו בחדר הכושר היו "עשר דקות משהו כזה והם הלכו". משכך, בית המשפט המחוזי מצא כי יש להעדיף את עדותה על פני עדות המערער, לפיה מדובר בדקות בודדות. על סמך עדות זו וסרטוני מצלמות האבטחה, בית המשפט קבע כי המערער והפעוט נותרו לבדם בחדר הכושר, לכל הפחות, למשך 17 דקות לאחר עזיבת

בני הזוג בר.

26. לוי העיד על המפגש עם המערער, אשר כאמור תועד חזותית באחד מסרטוני מצלמות האבטחה. הוא תיאר כי הגיע מכיוון החניון, ופגש שם במערער כשהוא נושא את הפעוט על ידיו. יוער, כי לוי סבר בטעות שמדובר בילדה, בשל שערו הארוך של הפעוט באותו מועד ונוכח ידיעתו כי המערער הוא אב לבת. לוי העיד כי התרשם ממבט ראשון שהפעוט אינו מרגיש טוב או חולה, ולכן שאל את המערער האם "הילדה" לא מרגישה טוב. על כך השיב המערער כי לא מדובר בילדה שלו אלא של חברתו, ומתשובה זו הבין לוי ששאלותיו אינן רצויות. עם זאת, בחקירתו הנגדית לוי ציין שהפעוט לא בכה כאשר פגש בו, כי הוא לא חשד שמהו אינו כשורה, וכן כי המערער לא היה בלחץ. בתשובה לשאלת באת-כוח המשיבה בחקירה חוזרת, מדוע בכל זאת שאל את המערער לשלום הפעוט, הבהיר כי הפעוט נראה לו אפאטי. בהערכת עדותו של לוי, בית המשפט המחוזי הדגיש כי המערער לא שלל באף אחת מגרסאותיו את תשובתו הלא-עניינית לשאלתו של לוי. בהסתמך על כך, בית המשפט קבע שהתרשמותו של לוי כי המערער אינו מעוניין בשאלותיו היא מבוססת, וכי התרשמות זו אף נתמכת בסרטון האבטחה השני, שבו נראה המערער נעמד במרחק מה מפתח המעלית שעל ידו עומד לוי, ללא כל סיבה נראית לעין.

27. עוד העיד השומר בלובי עמו שוחח המערער, ואשר משמש גם כאב הבית בבניין. הוא תיאר כי המערער ניגש אליו כאשר הפעוט מצוי על זרועו, ושאל באמצעות סימן האם יש ברשותו סיגריה. לאחר שהשומר השיב שאין לו, המערער עזב את המקום. השומר הוסיף וסיפר כי הפעוט לא בכה וכי המערער התנהג כתמול שלשום וכי הוא לא היה לחוץ כלל.

העדות הרפואיות

28. ד"ר ענת גוז-מרק (להלן: ד"ר גוז-מרק), רופאה המתמחה ברפואת ילדים, שימשה בערב האירוע בתפקיד הרופאה התורנית בחדר המיון לילדים בבית החולים שניידר והייתה הראשונה לבדוק את הפעוט עם הגעתו לבית החולים, מעט לפני השעה 18:00 ביום האירוע. ברישומה בתיק הרפואי של הפעוט (ת/8) נכתב כי הוא היה נינוח ושקט, אך מבדיקה חיצונית היא זיהתה שפי טבעתו מורחב וכי מצויים בו שני חתכים, לצד סימני דימום בחיתול ללא דימום פעיל.

29. ד"ר גוז-מרק העידה בבית המשפט כי שוחחה עם האם בעת ההגעה לחדר המיון. לדבריה, האם תיארה בפניה שהפעוט יצא עם המערער לחדר הכושר וחזר

כשהוא מדמם מפי הטבעת, וכי האם לא הצליחה להבין מה בדיוק התרחש מהסבריו של המערער. ד"ר גוז-מרק תיארה כי בעת בדיקת הפעוט, פי הטבעת שלו היה "מורחב או פעור, יותר ממה שמצפים מילד בגיל הזה" (עמ' 451 לפרוטוקול). היא הטעימה כי מטרת הבדיקה הייתה להעריך האם מצבו של הפעוט יציב דיו, כדי שניתן יהיה להעביר אותו לבית החולים וולפסון לבדיקה מדוקדקת יותר של החשד לתקיפה מינית – וכי בעקבות הבדיקה והשיחה עם האם, היא דיווחה על המקרה לעובדת סוציאלית ולמשטרה. בחקירתה הנגדית, ד"ר גוז-מרק ציינה שהפעוט לא בכה כאשר הגיע לחדר המיון, אולם החל לבכות כאשר השכיבו אותו על המיטה למטרת הבדיקה.

30. לשאלת באת-כוח המשיבה, ד"ר גוז-מרק שללה את האפשרות כי הפעוט היה יכול לגרום את הנזק לעצמו על ידי גירוד בפי הטבעת, וכן שללה את האפשרות שהגורם לפגיעתו של הפעוט הייתה פגיעה קלה שהוחמרה. לדבריה: "אני לא יכולה לחשוב על מחלה שתיתן החמרה של פגיעה כזאת, בטח אצל ילד שהבדיקה הכללית שלו היא תקינה, ההתפתחות שלו היא תקינה, המצב הגופני שלו הוא תקין, גם הממצאים עצמם מבחינת כמות דימום ביחס לחתך או לקרע שראיתי לא נראים מוגזמים לפגיעה" (עמ' 453 לפרוטוקול).

31. פרופ' פרנטיס סרור (להלן: פרופ' סרור), מומחה בכירורגיית ילדים, היה הרופא אשר ניתח את הפעוט בחדר 4 בבית החולים וולפסון. פרופ' סרור תיאר בעדותו כי כאשר ראה את הפעוט לראשונה, הוא היה שקט מאוד והמום, אך לא זכר אם הפעוט בכה. בחקירתו הנגדית, פרופ' סרור התבקש ליישב את תיאור הפעוט כ"המום", עם התיעוד הרפואי בעת קבלת הפעוט למיון בבית החולים וולפסון (ת/33), לפיו הפעוט היה "ערני, חיוני". הוא השיב כי המונח "ערני" מייצג בעיניו אדם המצוי בהכרה ומגיב לסביבה – בשונה ממי שמצוי במצב של "שוק" – בעוד תיאורו את הפעוט כ"המום" הסתמך על העובדה שחרף היותו של הפעוט ערני, הוא לא ביטא כל תגובה לכך שנמצא בחדר סגור עם אנשים זרים רבים, ובפרט לא הביע אי-שקט או אי-נוחות.

32. בתיעוד הרפואי אותו ערך (ת/34), פרופ' סרור פירט כי בפי הטבעת של הפעוט נמצא קרע אחד לאורך 0.5 סנטימטרים, וקרע נוסף ברוחב של כסנטימטר אחד ובאורך של כ-4.5 סנטימטר לצד קרע של הספינקטר החיצוני של פי הטבעת. כן ציין כי "ממצא זה עשוי להיות מוסבר ע"י חדירה". בחוות דעתו, אשר הוגשה לבית המשפט (ת/50), ציין פרופ' סרור כי "פגיעה אנטומית היא כתוצאה של הרחבה מוגזמת של פי הטבעת ושל קרע של הספינקטר החיצוני" – ובהמשך, בעדותו, הבהיר פרופ' סרור כי לשיטתו, הגורם לפגיעותיו של הפעוט הוא "חדירה מחוץ לפי הטבעת לתוך החלחולת של חפץ או משהו אחר אבל לא כתוצאה ממחלה" (עמ' 534 לפרוטוקול). יצוין, כי בעקבות

ההבדל בין לשון המסמך ת/34 – בו תוארה חדירה כהסבר אפשרי בלבד לפגיעות בפי הטבעת של הפעוט – לבין לשון חוות הדעת ת/50 בו חדירה הוצגה כהסבר בלעדי, נדחתה עדותו של פרופ' סרור מהמועד המקורי שיועד לה, כדי לאפשר להגנה להיערך לשינוי (ראו עמ' 99-104 לפרוטוקול). חרף האמור, בסופו של דבר לא נחקר פרופ' סרור ביחס לממצאיו וביחס להבדל בין המסמך ת/34 לחוות הדעת ת/50 בחקירה נגדית. בית המשפט המחוזי קבע כי הימנעות ההגנה מלחקור את פרופ' סרור בסוגיה זו – בהיותו המומחה הקליני היכול לבחון האם המנגנונים השונים שהוצעו כגורמים לפגיעותיו של הפעוט תואמים את הממצאים שהתקיימו בו בפועל – מהווה הימנעות טקטית שנועדה לאפשר הצגה של "תזה רפואית גמישה המבוססת על הראיות שתשמענה עד למועד הגשתה" (פסקה 15 להכרעת הדין). עוד מצא בית המשפט כי אין למעשה סתירה בין התיעוד הרפואי ת/34 לחוות הדעת ת/50, וכי מדובר בהשלמה שהגיעה בעקבות שאלות ישירות שנשאלו על ידי באת-כוח המשיבה, על רקע המנגנון החלופי לגרימת חבלותיו של הפעוט אשר הוצג על ידי ההגנה. נוכח כל האמור, בית המשפט המחוזי מצא כי מסקנתו של פרופ' סרור, לפיה החבלות הן תוצאה של חדירה לפי הטבעת, לא נסתרה.

חוות דעת הרופאים המשפטיים

33. מטעם התביעה העיד ד"ר קונסטנטין זייצב (להלן: ד"ר זייצב), רופא מהמכון לרפואה משפטית, אשר בדק את הפעוט בחדר 4, וממצאיו ומסקנותיו תועדו בחוות הדעת ת/4. ד"ר זייצב העיד שהפעוט החל לבכות ולצרוח כאשר ניסה לגעת בעכוזו, ועל כן הוא הזמין רופא כירורג (פרופ' סרור) – אשר החליט על ביצוע הבדיקה תחת הרדמה. עם זאת, ד"ר זייצב הדגיש בעדותו כי חלק מהצילומים אותם צילם, ואשר הראו את פי טבעתו של הפעוט מורחב, צולמו לפני שהפעוט הורדם (צילומים 1-12 מתוך מוצג ת/4(א)). על סמך בדיקת הפעוט, ד"ר זייצב קבע בחוות הדעת ת/4 כי חבלותיו נגרמו כתוצאה "מהחדרת גוף קשיח כגון פיץ בזקפה או אצבעות או חפץ אחר דומה לפי הטבעת עד כ-12 שעות לפני מועד הבדיקה". בעדותו, ד"ר זייצב הבהיר כי אין ביכולתו להבחין, לפי הפגיעות, האם מדובר בהחדרת איבר מין או חפץ אחר – אך הוא שלל את האפשרות שהקרעים נגרמו במנגנון שאינו כולל חדירה (עמ' 140 לפרוטוקול). בין היתר, ד"ר זייצב שלל את האפשרות שהוצגה על ידי ההגנה, כי הפגיעות הן תוצאה של "פיסורה" – דהיינו, סדק בפי הטבעת הנגרם בשל מחלה – אשר הוחמרה בהמשך בשל החדרת אצבע או טיפול רשלני אחר בפעוט. זאת, לדבריו, משום שהתהליך הנטען הוא תהליך כרוני, בעוד הפצעים בפי טבעתו של הפעוט היו טריים ולא סימני ריפוי (עמ' 171 לפרוטוקול).

34. עוד התייחס ד"ר זייצב בחוות דעתו לשפך הדם על לחיו של הפעוט, וקבע כי זה נגרם פחות מ-18 שעות לפני מועד הבדיקה, וכן כי צורתו מתיישבת עם הפעלת לחץ באמצעות קצות האצבעות. בעדותו, ציין ד"ר זייצב כי קביעתו בדבר מועד גרימת שפך הדם מבוססת על צבעו של השפך, אך אישר בחקירתו הנגדית כי האפשרות לקבוע את "גילו" של שפך דם לפי צבעו שנויה במחלוקת בקרב רופאים משפטיים וכי קיימות אסכולות שונות בסוגיה.

35. ד"ר זייצב בדק גם את המערער בבוקר למחרת האירוע, וקבע כי לא נמצאו על גופו, ובפרט על איבר מינו, סימני חבלה (ת/5). בנוסף, בבדיקת מטושים שנערכה למערער, לא נמצאו סימני דם או DNA על גופו או על איבר מינו (ת/5ג). עם זאת, ד"ר זייצב סבר כי העדרם של סימני חבלה על איבר מינו של המערער אינו שולל את האפשרות שהחדיר את איבר מינו אל הפעוט. לדבריו, מסקירה של הספרות בתחום הרפואה המשפטית עלה כי אין כל התייחסות לחבלות באיבר המין כתוצאה מיחסי מין, בין אם יחסי מין אנאליים ובין אם יחסי מין גינאליים.

36. מטעם ההגנה הוגשה חוות דעתו של ד"ר חן קוגל (להלן: ד"ר קוגל) (נ/29), אשר שימש באותו מועד מומחה פרטי, וכיום מכהן בתפקיד ראש המכון לרפואה משפטית. בחוות דעתו, ד"ר קוגל עמד על כך שעל פי הגישות המקובלות בתחום הרפואה המשפטית, לא ניתן לקבוע את מועד גרימתו של שפך דם לפי צבעו. עוד ציין ד"ר קוגל בעדותו שאמנם שפך הדם עשוי להתיישב עם הפעלת לחץ מקומי באמצעות אצבע, אך הוא עשוי להתיישב גם עם תאונה או פעולה לא מכוונת. בהמשך לכך, ד"ר קוגל טען שאין מקום לקשור בין שפך הדם על לחיו של הפעוט לבין החבלות בפי הטבעת, נוכח ההסברים ה"תמימים" היכולים להסביר את שפך הדם.

37. עוד טען ד"ר קוגל שיש להפריד בין הרחבת פי הטבעת כממצא פורנזי לבין החבלות בפי הטבעת. לדבריו, הרחבת פי הטבעת עד לקוטר של שני סנטימטרים אינה מקימה חשד לתקיפה מינית ועשויה להיגרם כתוצאה מנסיבות טבעיות. בנוסף, הוא הדגיש כי קוטר פי הטבעת במקרה שלפנינו נמדד רק לאחר שהפעוט הורדם, וכי הרדמה מרחיבה את פי הטבעת באופן מלאכותי. לפיכך, ד"ר קוגל מצא כי הממצא בדבר הרחבת פי הטבעת אינו ממצא בעל משמעות.

38. אשר לחבלות בפי טבעתו של הפעוט, ד"ר קוגל הדגיש כי הוא אינו חולק על הממצאים שתיארו ד"ר זייצב ופרופ' סרור, אך הוא חולק על המסקנות אותן הסיקו ממצאים אלה. בחוות דעתו, ד"ר קוגל עמד על כך שסביר יותר שהחבלות נגרמו כתוצאה מחדירת חפץ נוקשה לפי הטבעת מאשר מהחדרת איבר מין. הוא הסביר

בעדותו כי הסבירות לכך שהקרעים בפי הטבעת של הפעוט נגרמו כתוצאה מהחדרת איבר מין היא נמוכה, נוכח הממצאים הנלווים – העדרם של סימני חבלה ושרידי DNA ודם על איבר מינו של המערער. לתמיכה במסקנתו, ד"ר קוגל הפנה למחקר משנת 2010, בעניין סימני חבלה קלים הנותרים על איבר המין לאחר קיום יחסי מין ואגינאליים. בנוסף, בנסיבות עניינו של הפעוט, הוא עמד על כך שהפעמים החמורות שנגרמו לפעוט מעידים על כוח רב שהופעל על פי הטבעת על ידי העצם החודר. משכך, לדבריו, הוא ציפה למצוא סימני חבלה על איבר מינו של המערער אם זה גרם לחבלות בפי הטבעת – בהסתמך על "החוק השלישי של ניוטון", לפיו כאשר גוף אחד מפעיל כוח על גוף אחר, הגוף האחר מפעיל בתגובה כוח שווה בעוצמתו על הגוף הראשון. זאת, בפרט נוכח פער הגדלים המשמעותי בין איבר מינו של אדם בוגר לבין פי טבעת של פעוט. כמו כן, ד"ר קוגל סבר שהיה צריך להימצא DNA של הפעוט על איבר מינו של המערער בנסיבות המתוארות.

39. בכל הנוגע למנגנון הגרימה לחבלותיו של הפעוט, ד"ר קוגל העלה את האפשרות שהפעוט סבל בחדר הכושר מפיסורה – אשר לפי עדותו מהווה סיבה שכיחה לדימום הקיימת אצל 26% מהילדים – ושזו הייתה הסיבה לדימום בו הבחין המערער בחדר הכושר. ד"ר קוגל אף ציין כי לפעוט נרשם מרשם לתרופה המכילה ברזל מספר ימים לפני האירוע (12/נ), והדגיש כי עצירות היא תופעת לוואי של נטילת ברזל והגורם המרכזי להיווצרותן של פיסורות. ד"ר קוגל הבהיר כי החדרת אצבע לפי טבעת בו קיימת פיסורה, "פי טבעת חבלתי" כלשונו, הייתה עשויה להרחיב את הפיסורה לכדי קרע, וכך ליצור את הקרעים שנצפו עם הגעת הפעוט לבית החולים. לשאלת בית המשפט, ד"ר קוגל השיב כי בגדר תרחיש זה, הוא היה מצפה שהפעוט יצרח ויבכה באותו רגע בו מוחדרת האצבע אל פי הטבעת שלו ומחמירה את הפיסורה. בנוסף, הוא פירט כי פעוט הסובל מפיסורה יסבול ברוב המקרים מכאב והפרעות אחרות בעת ניסיון לעשות את צרכיו. עם זאת, ד"ר קוגל הבהיר כי תרחיש הפיסורה הוא אפשרות תיאורטית: "אני לא אומר שהייתה לו פיסורה, אני אומר שאני יכול להסביר את הדימום הזה שנמצא בחדר הכושר על ידי פיסורה" (עמ' 1448 לפרוטוקול).

40. בית המשפט המחוזי העדיף את חוות דעתו של ד"ר קוגל על פני זו של ד"ר זייצב ביחס לשפך הדם, וקבע כי לא ניתן לקבוע מתי הוא נגרם לפי צבעו. עם זאת, בית המשפט ציין כי המערער עצמו מיקם את האירוע בו נגרם שפך הדם בחדר הכושר, שכן גרסתו העקבית הייתה כי ייתכן והפעוט קיבל שם מכה. בהסתמך על כך ששפך הדם מוקם בחדר הכושר, בית המשפט קבע כי יהיה זה טבעי לקשור בינו לבין ההרחבה והחבלות בפי הטבעת.

אשר להרחבה בקוטר של 2.5 סנטימטרים בפי הטבעת של הפעוט, בית המשפט המחוזי דחה את האפשרות כי ההרחבה היא תוצאה של נסיבה טבעית כלשהי, ודחה את טענת ההגנה כי קוטר ההרחבה נמדד רק לאחר שהפעוט הורדם. בית המשפט המחוזי עמד על כך שקיימים שני גורמים מהם ניתן ללמוד כי פי הטבעת של הפעוט היה מורחב עוד בטרם הוא הורדם – עדותה של ד"ר גוז-מרק וצילומיו של ד"ר זייצב. בנוסף, בית המשפט ציין כי ההגנה כלל לא חקרה את ד"ר זייצב בעניין האפשרות שבדיקת קוטר ההרחבה בפי הטבעת נעשתה לאחר ההרדמה.

נוכח ממצאיו ביחס לשפך הדם ולהרחבה בפי הטבעת, בית המשפט המחוזי דחה את ניסיונו של ד"ר קוגל להפריד בין שני הממצאים האלה לבין הקרעים בפי הטבעת. בעניין זה, בית המשפט הדגיש כי על פי הספרות הרפואית, ריבוי פגיעות באיברים שונים מהווה אינדיקציה להתעללות מינית, ולכן מצא שהפרדת הפגיעות, כפי שעשה ד"ר קוגל, היא מלאכותית – בעוד דווקא ההתייחסות אל הממצאים השונים כמכלול היא דרך הפעולה הסבירה בנסיבות העניין.

41. זאת ועוד, בית המשפט דחה את מסקנתו של ד"ר קוגל לפיה הסבירות שאיבר המין של המערער גרם לחבלותיו של הפעוט היא נמוכה. בית המשפט מצא כי המחקר אליו הפנה ד"ר קוגל לא היה רלבנטי, משום שעסק במקרים של דיווח עצמי וביחסי מין וגינאליים ולא אנאליים – ולכן העדיף את עדותו של ד"ר זייצב לפיה אין תימוכין בספרות המקצועית לטענה שהחדרת איבר המין הייתה מביאה בהכרח לקיומם של סימנים על איבר המין או להיוותרותן של שאריות DNA. על יסוד האמור, בית המשפט המחוזי מצא כי היעדרם של סימני חבלה או ממצאים פורנזיים כלשהם על איבר מינו של המערער אינו שולל את האפשרות כי ביצע מעשה סדום בפעוט.

42. לבסוף, בית המשפט המחוזי קבע כי תרחיש הפיסורה שהוחמרה מבוסס על השערות ערטילאיות שהעלה ד"ר קוגל, ואשר נעדרות תמיכה בחומר הראיות. בית המשפט ציין כי אין כל אינדיקציה בתיקו הרפואי של הפעוט לכך שסבל מעצירות, וכי אין כל ראיה לכך שהפעוט אכן נטל בפועל את התרופה המכילה ברזל. בית המשפט הוסיף כי פרופ' סרור יכול היה לעמוד על הקשר בין נטילת ברזל לבין פיסורה ולעמוד על היתכנות היווצרותה של פיסורה בשל מקרה עצירות חד-פעמי, אך לא נחקר על כך – וכך גם האם לא נשאלה כלל האם הפעוט סבל אי פעם מעצירות. ממכלול הטעמים המפורטים לעיל, בית המשפט המחוזי קבע כי פגיעותיו של הפעוט הן תוצאה של תקיפה מינית.

כתמי הדם על תחתוני המערער

43. לאחר מעצרו, המערער מסר לד"ר זייצב את התחתונים שלבש ביום האירוע (להלן: התחתונים). התחתונים נבדקו, ונמצאו בחלקם הפנימי-קדמי מספר כתמים חשודים. בעקבות זאת, נגזרו מהתחתונים שני גזירים, ונבדקו במעבדת המז"פ. מטעם התביעה הוגשה חוות דעתו של מומחה המז"פ יעקב משיח (להלן: משיח) (ת/17-16/16). משיח תיאר כי לכתמים בוצעה בדיקה ממנה עלה שמדובר בחומר חשוד כדם. בהמשך לכך, הוא מיצה מהכתמים DNA, אשר נמצא תואם את פרופיל ה-DNA של הפעוט. עוד ציין משיח כי מצא כתם דם על החלק החיצוני של כיס המכנסיים שלבש המערער ביום האירוע, ואף בו נמצא לדבריו פרופיל גנטי התואם את זה של הפעוט. בחלק הפנימי של המכנסיים לא נמצאו כתמים חשודים.

44. ההגנה טענה כי הראיות בדבר כתמי הדם אינן קבילות, משום שלשיטתה היה על משיח להותיר חלק מכל כתם שנבדק לבדיקה מקבילה של מומחה מטעמה, או לחלופין להזמין נציג של ההגנה כדי שיהיה נוכח בשעת הבדיקה. בתגובה לטענה זו, משיח הסביר כי היה חייב לגזור את שני הגזירים המכילים את הכתמים במלואם, אחרת לא היה נותר לו די חומר לביצוע בדיקותיו. עם זאת, הוא הדגיש כי נותרו כתמים נוספים אותם הייתה ההגנה יכולה לבדוק. בית המשפט המחוזי קיבל את ההסבר של משיח וקבע כי לא נמנעה מההגנה האפשרות להתמודד עם תוצאות הבדיקה, מאחר שהיה באפשרותם לבחון את הכתמים הנוספים שלא נגזרו. משכך, בית המשפט מצא כי כתמי הדם וחוות הדעת בעניינם מהווים ראיות קבילות.

45. מר אבנר רוזנגרטן (להלן: רוזנגרטן), איש מז"פ בעברו, המתמחה בסיבים ופולימרים ובתצורת כתמי דם, הגיש חוות דעת מטעם ההגנה בעניין כתמי הדם (נ/23). בחוות דעתו, רוזנגרטן מצא כי תצורת הכתמים על תחתוני המערער היא תצורה של מריחה, התואמת העברה במגע ישיר מהגוף המדמם או העברה משנית מגוף אשר בא במגע עם הגוף המדמם. הוא שלל את האפשרות שמקורם של כתמי הדם על התחתונים הוא בטפטוף. עוד עמד רוזנגרטן על כך שסביר יותר שהמקור המשני הוא "כגון אצבע", אם כי בעדותו הוא לא שלל את האפשרות כי מדובר בהעברה מאיבר מין. במהלך עדותו של רוזנגרטן, הסתבר כי לא הועמדו לעיונו צילומים דיגיטליים של התחתונים, לפני גזירת הגזירים, ולכן הוחלט לאפשר לו לקבל את התצלומים ולהשלים את חוות הדעת במידת הצורך. רוזנגרטן הגיש חוות דעת משלימה (נ/23א), וכלל בה גם תוצאות של ניסוי אותו ערך, במסגרתו ניסה לבחון תרחישים שונים בדבר המקור המשני שיצר את כתמי הדם. כך, הוא הכתים בדם אצבעות ואיבר מין, וניסה למרוח

באמצעותם על תחתונים דוגמת אלה שלבש המערער ביום האירוע, במטרה לשחזר את תצורת הכתמים על תחתוני המערער. רוזנגרטן הסביר כי לא הצליח ליצור מריחה בכמות קטנה כמו זו שנמצאה על תחתוני המערער, ולכן מסקנתו הייתה כי מקור כתמי הדם הוא בגוף משני בו קיים פגם, דוגמת קפל עור, או מקום בו קיימת אי-רציפות, כגון ציפורניים.

46. בית המשפט המחוזי קיבל את ממצאיו של רוזנגרטן בחוות הדעת נ/23, לפיהם כתמי הדם מקורם בהעברה משנית, ודחה את גרסת המשיבה לפיה מדובר בכתמים כתוצאה מטפטוף. עם זאת, בית המשפט הטעים כי גם איבר המין יכול להוות "מקור משני" אשר באמצעותו הועברו כתמי הדם אל התחתונים. בית המשפט לא קיבל את מסקנתו של רוזנגרטן בנ/23(א), תוך שציין כי ניסויו נערך על תחתונים חדשים ותוך שימוש בצורת מריחה מכוונת ולא אקראית. בית המשפט אף הדגיש כי רוזנגרטן כלל לא ניסה לבצע את הניסוי באמצעות קצה ציפורן או איבר אחר אשר לשיטתו יכול היה ליצור את הכתמים הקטנים בתחתונים. לפיכך, בית המשפט מצא על סמך עדותו של רוזנגרטן כי הכתמים היו יכולים להיווצר באמצעות איבר מין או באמצעות אצבע, וקבע כי בנסיבות המקרה הכף נוטה לכיוון איבר המין נוכח מיקום הכתמים בחלק הפנימי של התחתונים, מעל כתם שתן, במקום שבו טבעי שיימצא איבר המין.

47. יצוין, כי המערער הסביר בעדותו שהוא נוהג לגרד את מבושיו באופן קבוע, עד כדי כך שמדובר בפעולה טבעית עבורו. לדבריו, מאחר שהוא טיפל בפעוט בעת שזה דימם, ייתכן כי טיפות דם מצאו את דרכן מאצבעותיו אל תחתוניו ומכנסיו. בית המשפט המחוזי התרשם כי מדובר בגרסה מתפתחת, משום שבהודעותיו הראשונות בחקירתו, המערער התמקד באפשרות שנגע בתחתוניו בטעות לאחר שניקה את הפעוט, והעלה את עניין גירוד המבושים רק בדרך אגב – ועל כן, לא ייחס לה משקל רב.

לבוש הפעוט

48. כמבואר לעיל, בין גרסאות האם והמערער קיימת סתירה ביחס ללבושו של הפעוט בעת הירידה לחדר הכושר. בעוד האם תיארה כי הפעוט לבש בגד גוף ומעליו סרב, המערער גרס כי הפעוט לבש סרב בלבד וכי בגד הגוף הולבש על הפעוט לאחר מכן. רוזנגרטן הגיש חוות דעת נוספת מטעם ההגנה (נ/24), בה ניתח את כתמי הדם על בגד הגוף ועל הסרב, והגיע למסקנה כי כתמי הדם שעל פרטי הלבוש נוצרו בזמנים שונים. זאת, לשיטתו, משום שכל אחד מהכתמים נוצר עקב מגע ישיר עם הגוף המדמם – מבלי שהתקיים מעבר בין בגד הגוף לבין הסרב. רוזנגרטן הסביר כי כתם העובר מצד פנימי של בגד לצד החיצוני, צורתו עוברת עיוות והתרחבות, ובמעבר לבגד אחר

ייווצר כתם בעל צורה רחבה יותר ונחרצת פחות מאשר צורת הכתם בצד הפנימי של הבגד הראשון. לדבריו, כתם הדם על הסרבול לא תאם את הצורה הצפויה מבחינת התפשטות הכתם. רוזנגרטן הוסיף והבהיר כי אין משמעות לעובדה שכתמי הדם נמצאים באותו "מיקום גיאוגרפי" בשני פרטי הלבוש, שכן מדובר בבגדיו של אותו אדם, ולכן טבעי שאם הוא מדמם מישבנו בשני אירועים שונים, הכתמים ייווצרו באותו מקום על בגדיו. בית המשפט המחוזי מצא כי בצילומים המוגדלים של הכתמים על פרטי הלבוש (ת/85), יש דמיון בולט בצורות הכתמים, כאשר אלה הצטמצמו במעבר בין בגד הגוף לסרבול. בהתאם לכך, בית המשפט לא קיבל את מסקנתו של רוזנגרטן ודחה את הגרסה לפיה הפעוט לבש בחדר הכושר את הסרבול ללא בגד הגוף.

עדים מומחים נוספים מטעם ההגנה

49. עד מומחה נוסף מטעם ההגנה היה ד"ר לאוניד לנדא (להלן: ד"ר לנדא), פסיכיאטר משפטי אשר שימש עד לשנת 2010 בתור מעריך מסוכנות מטעם המדינה. בחוות דעתו (נ/27), עמד ד"ר לנדא על תופעת הפדופיליה ועל התכונות האישיותיות אשר מקובל לראות אותן כמאפיינות פדופילים. על סמך התרשמותו מהמערער וממאפייני אישיותו, ד"ר לנדא הגיע למסקנה שהסבירות כי הוא ביצע מעשה סדום בפעוט היא נמוכה. לשאלת בא-כוח המשיבה, ד"ר לנדא אישר כי הסתמך בעיקר על מידע שהתקבל בשיחותיו עם המערער עצמו. ד"ר לנדא עומת בחקירתו הנגדית עם נתון אשר הובא באחד מהמאמרים עליהם הסתמך, ולפיו כמחצית מעברייני המין כלפי ילדים אינם פדופילים – והשיב כי נתון זה משמעותו שאותם אנשים לא ביצעו קודם לכן עבירת מין כלפי ילדים. עם זאת, לדבריו, לכל אדם המבצע עבירת מין בילד קיימים בהכרח דחפים פדופיליים, אחרת לא יבצע את המעשים. עוד ציין ד"ר לנדא כי אצל אדם המבצע עבירות בילד יימצאו תמיד חומרי פורנוגרפיית ילדים, אשר מאפשרים לו להגשים את מאווייו מבלי לבצע עבירות. מאחר שאצל המערער לא נמצאו חומרים כאלה, ד"ר לנדא קבע שהסבירות לכך שהמערער ביצע את המיוחס לו היא נמוכה.

בית המשפט המחוזי קבע כי הסבריו של ד"ר לנדא, לפיהם אין אדם המבצע עבירת מין בילד בלי שיהיה בעל דחפים פדופיליים ויחזיק חומרים פורנוגרפיים, אינם עולים בקנה אחד עם הספרות המקצועית העוסקת בפדופיליה. כך, בית המשפט ציין כי על פי המאמרים שצורפו כנספחים 3 ו-6 לחוות דעתו של ד"ר לנדא, ישנם עברייני מין בילדים שאינם פדופילים, ואף הודגש כי החזקת חומרים פורנוגרפיים היא מאפייין בעל חשיבות באבחון של אדם כפדופיל – אך היעדרו של מאפייין זה אינו שולל אפשרות שאדם הוא פדופיל. נוכח האמור, בית המשפט לא קיבל את מסקנתו של ד"ר לנדא, לפיה הסבירות לכך שהמערער יבצע מעשה סדום בפעוט היא נמוכה עד מאוד.

50. כן העידה מטעם ההגנה ד"ר שלה שירזי (להלן: ד"ר שירזי), מומחית אמריקאית לפסיכיאטריה של הילד. ד"ר שירזי בחנה את סרטוני מצלמות האבטחה ואת הודעות המערער, האם, לוי והשומר – ועל בסיס כל אלו הגיעה למסקנה כי התנהגותו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר אינה מתיישבת עם החבלות שנגרמו לו (נ/25). לדבריה, הפעוט לא הפגין סימנים של אי-נוחות או של כאב חמור ממנו הוא סובל, חרף העובדה שנמצא בנוכחות האדם אשר לכאורה פגע בו. היא הסבירה כי פעוט אשר חווה פגיעה חמורה, יבכה ויתנהג באופן המעיד על פחד ואי-שקט, או לחלופין יהיה במצב של שוק – כפי שהיה מצבו, לדבריה, מאוחר יותר בחדר 4 בבית החולים וולפסון. ד"ר שירזי ציינה כי אינה יכולה להפנות לספרות או למקרה קודם שבו ניתנה אבחנה בנסיבות דומות של הסתמכות על צפייה בסרטוני וידאו, וכי היא עצמה לא נתנה חוות דעת דומה מאז הכשרתה. עם זאת, היא הפנתה אל מחקר בתנאי מעבדה, שבו אם שיחקה עם הילד שלה בחדר משחקים, יצאה מהחדר וחזרה אליו לאחר מספר דקות – ועל בסיס האינטראקציה שהתקיימה בין השניים חיוו החוקרים את דעתם על טיב היחסים ביניהם. לשאלת באת-כוח המשיבה, ד"ר שירזי אישרה כי לא היה ביכולתה לראות את פניו של הפעוט בסרטונים שלאחר היציאה מחדר הכושר, והבהירה כי מסקנותיה מסתמכות על שפת גופו – שהעידה על כך שהוא הרגיש בנוח – ועל הרמת ראשו אל לוי אשר העידה על ערנות.

בעת הערכת חוות דעתה של ד"ר שירזי, בית המשפט המחוזי הצביע על כך שהיא לא הציגה כל אסמכתה ממנה ניתן ללמוד על האפשרות לבצע אבחנה באמצעות סרטון וידאו, והדגיש כי המחקר שאליו היא הפנתה אינו רלבנטי. בנוסף, בית המשפט מצא כי קביעתה לפיה הפעוט היה במצב של "שוק" מאוחר יותר, בחדר 4, אינה מתיישבת עם עדות ד"ר גוז-מרק לפיה הפעוט נראה "נינוח, שקט", ועם עדות פרופ' סרור – אשר עמד בעדותו על כך שתיאור הפעוט כ"המום" משמעותו כי הוא הגיב לסביבתו באופן שקט ולא אופייני למצב שבו הוא נתון, אך לא היה במצב של "שוק". בית המשפט המחוזי מצא שהתנהגותו של הפעוט בבתי החולים שניידר וולפסון אינה תואמת את המאפיינים של שתי האפשרויות אשר הוצגו על ידי ד"ר שירזי, ולפיכך קבע כי מסקנותיה הן מופרכות.

מחדלי חקירה

51. לאחר בחינת חומר הראיות, בית המשפט המחוזי התייחס לטענות ההגנה בדבר מחדלי חקירה של גורמי החקירה. בית המשפט המחוזי עמד על שלושה מחדלי חקירה בנסיבות המקרה: האחד, כי נתפסו רק חלק מהסרטונים המתעדים את השעות

12:00-10:00 ביום האירוע, בניגוד להוראה מפורשת של ראש צוות החקירה (ת/53), כך שלא הושגה ראייה אובייקטיבית בדבר המועד שבו יצאו בני הזוג בר מחדר הכושר. השני, כי לא נתפסו סרטוני מצלמות האבטחה אשר תיעדו את המתרחש בבניין לאורך יום האירוע. חשיבותו של תיעוד זה הייתה בכך שבפח האשפה שבדירת המערער נתפס בסופו של דבר חיתול אחד בלבד ומספר מגבונים (ת/59), ממצא שאינו עולה בקנה אחד עם גרסת האם לפיה החליפה לפעוט חיתול אחד טרם ירד לחדר הכושר, ושלושה חיתולים לאחר שובו מחדר הכושר. משלא נתפסו סרטוני מצלמות האבטחה, לא ניתן היה לדעת האם המערער או מי מטעמו העלימו ראיות. השלישי, כי המשטרה לא סגרה את חדר הכושר וסביבתו מיד לאחר האירוע – וכך, כאשר נסרק חדר הכושר על ידי חוקר זירה יומיים לאחר האירוע, לא נמצאו בו ממצאים אשר היו יכולים לאשש או להפריך את גרסת המערער.

52. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער לפיה לא מדובר במחדלי חקירה אלא בהעלמה מכוונת של ראיות שנועדה לפגוע בהגנתו. בית המשפט מצא כי המחדלים האמורים "מעלים את החשש כי היחידה אשר ביצעה את החקירה חסרה את הכישורים הנדרשים לביצוען של חקירות מורכבות", ונובעים מ"הירות ושטחיות של הממונים על החקירה" (עמ' 48 להכרעת הדין). בית המשפט התרשם כי החוקרים סברו שדי בעצם נוכחותו של המערער עם הפעוט בחדר הכושר כדי להוכיח את אשמתו, ולכן, לא טרחו לבחון ראיות נוספות ולעמת מולן את גרסאות המערער והאם. בכל הנוגע למשמעותם של מחדלי החקירה המתוארים, בית המשפט המחוזי מצא כי המחדל הנוגע למועד יציאתם של בני הזוג בר מחדר הכושר "רופא" בעדותה של גב' בר, אשר אפשרה להתגבר על הפגם באמצעות עדות אובייקטיבית אשר נמצאה כמהימנה. ביחס למחדל השני, בית המשפט קבע כי בשל המחדל לא תוכל המשיבה להישמע בטענות כי המערער או מי מטעמו נקטו בפעולות כלשהן להעלמת ראיות. אשר למחדל השלישי, בית המשפט ציין כי לא ניתן לקבוע ממצא ודאי כלשהו בשאלה האם המערער העלים ראיות מחדר הכושר. עם זאת, וחרף מחדלי החקירה, בית המשפט המחוזי מצא כי הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של המערער במיוחס לו.

סיכום הראיות

53. לאחר שקבע ממצאים ביחס לכל אחת מהראיות בנפרד, בית המשפט המחוזי בחן האם ממסכת הראיות בכללותה הוכחו שלוש השאלות השנויות במחלוקת אשר הוצגו בפתח הכרעת הדין: מהו מנגנון הגרימה לחבלותיו של הפעוט, מתי נגרמו החבלות ומי גרם להן.

54. ביחס למנגנון הגרימה, בית המשפט המחוזי קבע כי הקרעים בפי הטבעת של הפעוט נגרמו כתוצאה מחדירת עצם קהה, וזאת בהסתמך על כך שהמומחים הרפואיים כולם היו תמימי דעים בסוגיה זו. בית המשפט דחה את מנגנון הגרימה החלופי שהעלה ד"ר קוגל, לפיו הקרעים הם תוצאה של פיסורה שהוחמרה בהמשך על ידי החדרת אצבע לפי הטבעת. ראשית, בית המשפט שב וציין כי התרחיש לפיו הפעוט סבל מפיסורה בחדר הכושר לא נתמך בראיות כלשהן. שנית, בית המשפט עמד על כך שתרחיש ההחמרה נסמך על עדות המערער, לפיה האם החדירה אצבע עם ציפורן חדה לישיבנו של הפעוט. בית המשפט דחה גרסה זו כלא אמינה, הן בשל חוסר המהימנות אותה ייחס לעדות המערער והן משום שהיא עמדה בסתירה לעדויות ד"ר קוגל וד"ר זייצב. כזכור, מומחים אלו הדגישו כי למיטב ידיעתם, החמרת פיסורה בשל החדרת אצבע אמורה להיות מלווה בצרחות ובככי מצד הפעוט – בעוד המערער סיפר כי הפעוט לא בכה ואף התרוצץ ברחבי הבית לאחר החדרת האצבע.

55. בכל הנוגע למועד גרימת החבלות, בית המשפט המחוזי קבע כי הפגיעה בפעוט נעשתה בחדר הכושר, על יסוד שילוב הממצאים הרפואיים יחד עם גרסתו של המערער עצמו, לפיה הדימום מישבנו של הפעוט התגלה לראשונה בחדר הכושר. קביעה זו נסמכה גם על ממצאו של בית המשפט לפיו התנהגותו של הפעוט בשלב הירידה לחדר הכושר שונה לעומת התנהגותו בעת החזרה ממנו לדירה. ממצא זה התבסס על כך שבעת היציאה מחדר הכושר, המערער נשא את הפעוט על ידיו, והעד לוי אשר פגש בהם סבר שהפעוט חולה משום שנראה אפאטי.

56. אשר לזהות הפוגע, בית המשפט המחוזי ציין שהתנהגותו של המערער עצמו בעת החזרה מחדר הכושר הייתה שונה מהתנהגותו הרגילה. בית המשפט הסביר כי המערער נראה בסרטון מצלמת האבטחה השלישי כשהוא פוסע הלוך ושוב לפני דלת המעלית, שב לחדר הכושר למשך למעלה מדקה, ואז חוזר אל המעלית ונעמד ללא סיבה במרחק מסוים מלוי. בנוסף, בית המשפט מצא כי ההחלטה לעלות אל הלובי עם הפעוט, חרף לחץ הזמנים בו היה מצוי, משוללת היגיון. בית המשפט המחוזי ראה בהתנהגות זו של המערער כנסיבה נוספת התומכת במסקנה המפלילה אותו בביצוע עבירת מעשה סדום בפעוט בחדר הכושר.

עוד קבע בית המשפט כי כתמי הדם בתחתונים הם ראיה נסיבתית משמעותית לכך שהמערער הוא זה שפגע בפעוט. בית המשפט ציין כי גרסתו של המערער ביחס לכתמים אלו הייתה מתפתחת, ואף הוסיף כי גרסה זו מעוררת תמיהה על רקע הימנעותו העקבית של המערער מלציין במפורש מה הייתה כמות הדם אותה ראה על ישיבנו של

הפעוט בחדר הכושר. ביחס לכתם הדם על מכנסי המערער, בית המשפט המחוזי מצא כי הוא אינו מאיין את משקל הכתמים בתחתונים, אף שלא ניתן לו הסבר כלשהו. כמו כן, בית המשפט המחוזי מצא כי שפך הדם על לחיו של הפעוט הוא ראיה המחזקת את שאר ראיות המשיבה. בית המשפט המחוזי עמד על כך שגם לפי גרסתו של המערער, שפך הדם נוצר בחדר הכושר, וכי נוכח עדויותיהם של ד"ר זייצב וד"ר קוגל קיימת אפשרות סבירה ששפך הדם נוצר מהפעלת לחץ אצבעות על הלחי.

57. על יסוד מכלול הראיות המפורטות לעיל, בית המשפט המחוזי מצא כי הוכח מעבר לספק סביר כי הפעוט ירד לחדר הכושר עם המערער כשהוא בריא, וחזר כשהוא חבול בפי הטבעת. מאחר שהסבריו של המערער ביחס לאירועים בחדר הכושר ובדירה נדחו, ומשנמצא כי המנגנון שבו נגרמו החבלות הוא חדירה של עצם קהה – אף שלא ניתן היה לקבוע האם העצם הקהה הוא איבר מין או חפץ אחר – בית המשפט המחוזי קבע כי המסקנה המתחייבת היא שהמערער ביצע מעשה סדום בפעוט. על כן, בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

58. ביום 25.2.2014, בית המשפט המחוזי גזר את דינו של המערער. בגזר הדין, בית המשפט עמד תחילה על הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות, על נסיבות ביצוען ועל מדיניות הענישה במקרים דומים. בית המשפט מצא כי המערער פגע בערכים חברתיים של שמירה על כבוד האדם ושלמות גופו, וכי הפגיעה בערכים אלו גבוהה מאוד נוכח העובדה שנפגע העבירה היה פעוט בן 18 חודשים, שהמערער היה מופקד על שלומו. ביחס לנסיבות ביצוע העבירות, בית המשפט המחוזי ציין כשיקולים לחומרה את הנסיבות הבאות: (א) התכנון שקדם למעשה – בית המשפט מצא כי בחירתו של המערער לרדת עם הפעוט לחדר הכושר, מבלי שעלה בידו לספק הסבר סביר לבחירה זו, מעידה על כוונתו הזדונית כבר באותו שלב; (ב) הנזק כתוצאה מהמעשה – מבחינת פוטנציאל הנזק, בית המשפט ציין כי כל אדם בר דעת יודע שהחדרה כוחנית של עצם לפי הטבעת של פעוט בן 18 חודשים עשויה לגרום לפגיעה פיזית ונפשית חמורה. בית המשפט עמד על כך שלפעוט נגרמו בפועל חבלות חמורות, אשר רק אודות לפעולתם המיומנת של הרופאים לא הסתיימו בנזק פיזי בלתי הפיך. כן ציין בית המשפט, בהסתמך על עדותה של ד"ר שירזי, כי לאירוע ייתכנו השלכות ארוכות טווח מבחינת בריאותו הנפשית של הפעוט, אשר לא ניתן להעריכן בשלב זה; (ג) האכזריות בביצוע המעשה וניצול הנפגע – בית המשפט הדגיש כי העבירות בוצעו תוך ניצול היות המערער בן זוגה של האם, וכי האכזריות שבמעשים ניכרת מהחבלות הקשות שנגרמו לפעוט. אשר למדיניות הענישה הנוהגת, בית המשפט הדגיש כי חומרת העבירות היא

כה קיצונית – הן בשל החבלות החמורות שנגרמו לפעוט והן בשל גילו הצעיר – עד כי המקרה כלל אינו בר-השוואה למקרים אחרים אשר הוצגו על ידי ההגנה. נוכח כל האמור, בית המשפט המחוזי העמיד את מתחם העונש ההולם בין 16 ל-20 שנות מאסר בפועל.

59. בקביעת העונש המתאים למערער בתוך המתחם, בית המשפט המחוזי התחשב כשיקולים לקולה לכך שהמערער נעדר עבר פלילי ולכך שניהל אורח חיים נורמטיבי עד לאירועים מושא כתב האישום. עם זאת, בית המשפט הטעים כי המשקל שיש להעניק לנסיבות אלה הוא מוגבל, מחמת הפער הניכר בין אורח החיים הנורמטיבי האמור לבין "החייתיות שבמעשים האכזריים שבוצעו בגופו של פעוט חסר ישע" (עמ' 10 לגזר הדין). בשקלול מכלול הנתונים האמורים, בית המשפט המחוזי השית על המערער עונש של 17 שנות מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים כמפורט בפסקה 1 לעיל. מכאן הערעור שלפנינו, המופנה כלפי הכרעת הדין המרשיעה וכלפי חומרת העונש.

הערעור

60. נימוקי הערעור המפורטים חובקים 147 עמודים, ומכוונים נגד כל רכיבי הכרעת הדין המרשיעה. למען הנוחות, אציג עתה את טענות המערער בקיצור נמרץ, ובהמשך אעמוד בהרחבה על הטענות בהתאם להקשרן הרלבנטי. ניתן לחלק את טענותיו של המערער לטענות כלליות נגד תוקפה של הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, ולטענות פרטניות המכוונות נגד ממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו בהכרעת הדין. אפתח בהצגתן של הטענות הכלליות. ראשית, המערער טוען כי בהכרעת הדין נפלו סתירות פנימיות, אשר יורדות לשורשו של עניין, ושומטות את הקרקע תחתיה. שנית, המערער מציין כי בספרות המקצועית והמשפטית, אין כל דוגמה למקרה קודם בו בוצע בפעוט שגילו פחות משנתיים מעשה סדום באמצעות חדירה. לגישתו, הדעת אינה סובלת את הרשעתו של אדם בגין מעשה שהמדע טרם נתקל בו. כן גורס המערער כי לאורך פרשת ההגנה, בית המשפט המחוזי "נטש" את תפקידו הניטרלי והציג לעדי ההגנה שאלות רבות אשר, לדידו, חרגו מגדר שאלות הבהרה והיוו חקירה נגדית קטגוריאלי ועוינת. לבסוף, לעמדת המערער, מחדלי החקירה בעניינו פגעו בהגנתו ללא תקנה, באופן המחייב, לשיטתו, את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, ולחלופין את זיכוי מהעבירות המיוחסות לו.

61. אשר לממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, המערער מעלה שורה של טענות מדוע יש להעדיף את עדי ההגנה ועדויות

המומחים מטעמה על פני עדויות התביעה. בפרט, המערער סבור כי עדותה של האם הייתה שקרית בסוגיות מהותיות וכי לא היה מקום לקבוע ממצאים על סמך עדותה, בעוד עדותו שלו הייתה עקבית ואמינה, ואף השתלבה עם חומר הראיות. לגישת המערער, מכלול הממצאים הפורנזיים והרפואיים בתיק מצביע על חפותו באופן חד-משמעי. המערער מוסיף וטוען כי היה מקום לקבל כראיה את בדיקת הפוליגרף שנערכה לו, ובה נמצא כי הוא דובר אמת. לטעמו, בדיקת פוליגרף אינה מדויקת דיה כדי לשמש ראיה לחובתו של נאשם, אך די במידת הדיוק שלה כדי לפעול לטובתו ולהקים ספק סביר באשמתו.

62. לבסוף, המערער טוען כי העונש שנגזר עליו הוא חמור מדי. לעמדתו, במקרים אחרים בהם נעברו עבירות מין חמורות בילדים קטנים, הוטלו עונשי מאסר הנמוכים משמעותית מזה שהוטל עליו. יוער, כי מדובר במקרים אשר עסקו בילדים בני 6-7 שנים, אולם לשיטת המערער מדובר במקרים הקרובים ביותר מבחינת גיל הקורבן למקרה שלפנינו, מבין המצוי בפסיקת בתי המשפט. זאת ועוד, לדידו, לא ניתן משקל מספיק להעדרן של הרשעות קודמות ולאורח חייו הנורמטיבי עד להרשעתו.

63. המשיבה, מאידך, סבורה כי יש לדחות את הערעור. המשיבה סומכת את ידה על ממצאיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי, ולטעמה הכרעת הדין היא מבוססת, מנומקת ומעוגנת היטב בחומר הראיות.

הבקשות לצירוף ראיות נוספות

64. טענות הצדדים נשמעו בשלוש ישיבות אשר נערכו בפנינו בימים 21.12.2015, 2.2.2016 ו-19.4.2016. במקביל לכך, הוגשו על ידי המערער שלוש בקשות להגשת ראיות נוספות בשלב הערעור, לפי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). בבקשה הראשונה, אשר הוגשה ביום 4.11.2015, התבקשה הגשתם של מסמכים שונים מהתיק הרפואי של הפעוט – ובפרט מסמך המלמד על כך שהפעוט סבל מאנמיה, ובשל כך נטל מגיל שלושה חודשים תרופה בשם Tiptipot Ferripel על פי מרשם רופא, אשר מכילה ברזל; מסמכים רפואיים הנוגעים למצבה של האם, ובפרט למצבה הנפשי; ומספר חוות דעת נוספות מטעם ההגנה, הכוללות חוות דעת של רופאה מומחית לענייני כאב באשר למצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר, חוות דעת של רופא מומחה לאורולוגיה בסוגיית סימני חבלה על איבר המין לאחר חדירה כוחנית, וחוות דעת משלימה של ד"ר שירזי הנסמכת על תמונות מוגדלות של סרטוני מצלמות האבטחה ת/1. בבקשה השנייה, שהוגשה ביום 14.12.2015, התבקש צירופם של מסמכים הנוגעים לחוות הדעת

שהוגשה על ידי ד"ר זייצב. בין היתר, התבקש צירופו של מסמך שבו נראות תוספות בכתב ידו של פרופ' יהודה היס, מנהל המכון לרפואה משפטית בתקופה הרלבנטית (להלן: פרופ' היס), על טיוטת חוות דעתו של ד"ר זייצב. לטענת המערער, מסמך זה מעיד על בידוי וזיוף נתונים הנוגעים לבדיקת הפעוט בחדר 4 בבית החולים וולפסון, ואשר הוסתרו לכאורה מההגנה – ובפרט הנתון לפיו קוטר ההרחבה בפי הטבעת של הפעוט היה כ-2.5 סנטימטרים. בבקשה השלישית, שהוגשה ערב הדיון בפנינו ביום 2.2.2016, ביקש המערער לצרף תמליל של תכנית הטלוויזיה "עובדה" העוסקת בד"ר זייצב ומסמכים נוספים אשר מוכיחים, לשיטתו, את טענת בידוי הנתונים בחוות הדעת של ד"ר זייצב. בנוסף, המערער ביקש לזמן לעדות את ד"ר קוגל, ולהפנות לחמישה מאמרים העוסקים בסוגיות שונות של העברת DNA.

65. המשיבה התנגדה לבקשות להגשת ראיות נוספות. בכל הנוגע לבקשה הראשונה, המשיבה הדגישה כי זו אינה עומדת בתנאים שנקבעו בפסיקת בית משפט זה להיענות לבקשה לפי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי. כך, לשיטת המשיבה, להגנה הייתה אפשרות להביא את הראיות בפני בית המשפט המחוזי; קבלתן עשויה להביא לפגיעה באינטרס הציבורי בסופיות הדיון; וטיבן של הראיות הוא כזה אשר אין בכוחו לשנות את הממצאים והמסקנות שבהכרעת הדין. המשיבה הדגישה כי הראיות המבוקשות מהוות ניסיון לערוך "מקצה שיפורים" בשלב הערעור, אשר אינו מוצדק. אשר לבקשה השנייה, המשיבה טענה כי טיוטת חוות דעתו של ד"ר זייצב עם הערותיו של פרופ' היס עליה, אינה מהווה חומר חקירה ולכן לא צריכה הייתה להימצא בידי הצדדים; וכי ממילא היו בידי ההגנה מסמך ה"הקלדה הראשונה" אותו ערך ד"ר זייצב בחדר 4 וחוות הדעת הסופית שלו – ולהגנה הייתה אפשרות לערוך בירורים בנוגע להבדלים בתוכן חוות הדעת. לבסוף, המשיבה עמדה על כך שסוגיית הקוטר המדויק של הרחבת פי הטבעת היא שולית, מאחר שכל המומחים הרפואיים הסכימו כי פי הטבעת היה מורחב מעבר לנורמה, וכי הקרעים שנמצאו בו הם תוצאה של חדירה לפי הטבעת. המשיבה הוסיפה וציינה כי פנתה אל ד"ר זייצב, שאישר כי התוספות במסמך הן בכתב ידו של פרופ' היס – אולם הדגיש כי הדבר נעשה בנוכחותו ועל פיו, בהתאם לנהלי העבודה של המכון לרפואה משפטית. לבסוף, ביחס לבקשה השלישית, המדינה גרסה כי התמלילים אשר צירופם התבקש, ובפרט התמליל של תכנית הטלוויזיה "עובדה", כלל אינם מהווים ראיה קבילה. עוד חזרה המשיבה על נימוקי התנגדותה לבקשה השנייה בכל הנוגע לטענת בידוי הראיה.

66. לא מצאתי מקום להיעתר לבקשות המערער לצירוף ראיות חדשות. סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי בית המשפט הדין בערעור רשאי לגבות ראיות חדשות

או להשיב את הדיון לערכאה הדיונית כדי שזו תגבה את הראיות, אם הוא סבור כי הדבר דרוש לשם עשיית צדק. הוראה זו מהווה חריג לכלל הרגיל, לפיו יש להביא את מלוא חומר הראיות בפני הערכאה הדיונית (ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, פסקה 8 (6.8.2014); ע"פ 3578/11 סטרודק נ' מדינת ישראל, פסקה 65 (13.8.2012)). בפסיקת בית משפט זה נפסק כי ישנם שלושה שיקולים עיקריים אותם נדרשת ערכאת הערעור לבחון, בבואה להכריע בבקשה להוספת ראיות בשלב הערעור, המוגשת על ידי הנאשם. ראשית, יש לבחון האם היה באפשרותו של הנאשם להשיג את הראיות אשר צירופן מתבקש במהלך הדיון בערכאה הדיונית, וככל שהתשובה חיובית, מהי הסיבה לכך שלא הוגשו כאמור; שנית, יש לשקול את עיקרון סופיות הדיון – במובן זה שהאינטרס הציבורי מחייב כי להתדיינות הפלילית יהיה סוף, ועל כן, ככלל, אין זה ראוי שערכאת הערעור תרחיב את גדר המחלוקת בין הצדדים ותפתח את המשפט מחדש. שלישית, יש להעריך את משקלן הסגולי של הראיות שצירופן מתבקש, ולבחון את הפוטנציאל הגלום בהן לשינוי תוצאת המשפט (וראו: ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (12.11.2014); ע"פ 6630/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (10.7.2014); ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר (1997)). במקרה שלפנינו, שוכנעתי כי מכלול השיקולים תומך בדחיית הבקשות לצירוף ראיות נוספות. אדון בכל אחת מהבקשות בנפרד להלן.

67. בכל הנוגע לבקשה הראשונה, הרי שזו מחולקת למעשה לשני ראשים: בקשה לצירוף מסמכים רפואיים הנוגעים לאם ולפעוט, ובקשה לצירוף שתי חוות דעת נוספות של מומחים וחוות דעת משלימה של ד"ר שירזי. אפתח בבקשה לצירוף חוות דעת המומחים. המערער לא סיפק כל הסבר לכך שחוות דעת אלה לא הוגשו במהלך דיוני ההוכחות, ודומה כי ניתן היה בנקל לערוך ולהציג את חוות הדעת בפני הערכאה הדיונית. יתרה מכך, דומה לכאורה כי חוות הדעת מוגשות עתה בשל דחיית בית המשפט המחוזי את חוות דעתה של ד"ר שירזי בסוגיית מראהו של הפעוט בסרטוני מצלמות האבטחה ת/1, ואת חוות דעתו של ד"ר קוגל בנושא סבירות הימצאותם של סימני חבלה על איבר מין. מדובר בניסיון מובהק ל"מקצה שיפורים" בשלב הערעור, המנוגד לעקרון סופיות הדיון. אין מקום, לגישתי, להתיר הבאתן של חוות דעת מומחים בשלב הערעור, אך מהטעם שחוות דעת אחרות אשר הוגשו לערכאה הדיונית, נדחו על ידה. כבר נפסק בעניין זה כי: "הסמכות להתיר הגשתן של ראיות חדשות לא נועדה לאפשר לצדדים לבצע 'מקצה שיפורים' בקו הגנה בו נקטו. היא אף לא נועדה לאפשר להם להעלות טענות חדשות מקום בו התברר, בבחינת חכמה לאחר מעשה, כי טענות שהעלו בפני הערכאה הדיונית לא צלחו או כי מומחה אליו פנו ביוזמתם לא סיפק את 'הסחורה' אליה ייחלו" (ראו: ע"פ 4117/06 מקייטן נ' מדינת ישראל, פסקה 19

(22.2.2010) (להלן: עניין מקייטון); ההדגשה הוספה – ס.ג.). אף מבחינת הפוטנציאל הראייתי הגלום בשתי חוות הדעת החדשות שצירופן התבקש על ידי ההגנה, לא מצאתי כי יש בהן לשנות מהתוצאה אליה הגעתי בסופו של דבר, וגם בשל כך אין מקום להיעתר להגשתן. אשר לחוות הדעת של הרופאה המומחית לענייני כאב – כפי שאבהיר בהמשך, ממילא מצאתי כי מראהו של הפעוט, כפי שהוא נראה בסרטוני מצלמות האבטחה ת/1, אינו מתיישב עם האפשרות שהפעוט סבל במועד זה מהקרעים בפי הטבעת שלו – וזאת מבלי להידרש כלל לחוות דעת מומחי ההגנה בסוגיה. בעניין חוות הדעת בעניין סימני חבלה על איבר המין, לטעמי אין בחוות דעת זו כדי להוסיף על חוות דעתם של ד"ר קוגל וד"ר זייצב. אכן, ייתכן כי קיימים ניצנים לשינוי בעמדה המקובלת בתחום הרפואה המשפטית, ביחס למידת הסבירות להימצאות של סימני חבלה על איבר המין לאחר חדירה כוחנית. ואולם, כפי שהבהיר ד"ר קוגל בעדותו, הגישה המקובלת עודנה כי הופעתם של סימני חבלה כאמור אינה מתחייבת כלל ועיקר. אשר לנסיבות המקרה הפרטניות, ממילא מצאתי כי יש להעדיף את מסקנתו של ד"ר קוגל בחוות דעתו, לפיה נוכח חומרת הפצעים בפי הטבעת של הפעוט, העדרם של סימני חבלה על איבר מינו של המערער מפחית מהאפשרות כי מעשה הסדום בוצע באמצעות איבר המין.

אשר למסמכים הרפואיים של האם והפעוט, מסמכים אלו אמנם לא נמצאו בידי ההגנה לפני הערעור, ונחשפו בפניה רק במסגרת הליך אזרחי המתנהל בין המערער לבין האם והפעוט. עם זאת, לדידי, מסמכים אלה אינם יכולים לסייע להגנתו של המערער, ועל כן אין מקום לצירופם. אינני סבור כי יש טעם בהצגתם של מסמכים נוספים הנוגעים למצבה הנפשי של האם, מאחר שטיעונו של המערער ביחס למהימנותה נפרשו בהרחבה בפני בית המשפט המחוזי. באשר למסמכים הרפואיים של הפעוט, לטעמי, העובדה כי הפעוט נטל תרופות המכילות ברזל במשך תקופה ארוכה, יש בה דווקא להחליש את טענת המערער בכל הנוגע לאפשרות קיומה של פיסורה שהוחמרה. זאת, שכן אם הפעוט נטל ברזל במשך זמן רב, ואין כל אינדיקציה לכך שסבל עקב כך מעצירות – הרי שהאפשרות לכך שסבל מעצירות בעקבות נטילת תרופה המכילה ברזל מספר ימים לפני האירוע, הופכת להיות דחוקה ורחוקה.

68. אשר לבקשה השנייה – זו נוגעת, כאמור, לטענת ההגנה בדבר בידוי וזיוף נתונים בחוות דעתו של ד"ר זייצב. לאחר שבחנתי את המסמכים שצירופם התבקש, דומני כי אין בחומר זה כדי להוכיח את טענות הזיוף והבידוי המועלות על ידי ההגנה. אכן, במסמך שצירופו התבקש, מופיעות הערות שונות בכתב ידו של פרופ' היס על טיוטת חוות דעתו של ד"ר זייצב – ובין היתר הוסף בכתב יד הנתון בדבר קוטר הרחבת

פי הטבעת של הפעוט. עם זאת, בחינת הערותיו של פרופ' היס בכתב יד מגלה כי רובם המכריע של התיקונים וההערות הוא שינויים סגנוניים ושינויי עריכה. סבורני כי ההסבר שניתן על ידי ד"ר זייצב בתגובה לשאלתה של באת-כוח המשיבה, לפיו התיקונים נעשו בנוכחותו של ד"ר זייצב ומפיו, הוא הסבר המניח את הדעת. שיטת העבודה במסגרתה גורם בכיר יותר עובר על חוות דעתו של גורם זוטר, ומעיר לו הערות על חוות דעתו בכתב יד, היא שיטת עבודה מקובלת במערכות היררכיות. משכך, אינני סבור כי יש בחומר הראיות אשר צירופו מבוקש במסגרת הבקשה השנייה כדי לתמוך בטענת הזיוף ובידוי הראיות המועלית על ידי ההגנה.

זאת ועוד, מקובלת עליי עמדת המשיבה כי סוגיית קוטר ההרחבה של פי הטבעת היא סוגיה שולית יחסית, אשר אין בה להשליך על התוצאה במקרה שלפנינו. כפי שאראה בהמשך, בין כלל המומחים הרפואיים קיימת תמימות דעים כי עצם כלשהו אכן הוחדר אל פי הטבעת של הפעוט, וגרם לו לקרעים שהתגלו. המחלוקת ביניהם נוגעת לשאלה מהי זהות העצם הזה. בנסיבות אלה, דומני כי אין נפקות ראייתית ממשית לקוטר ההרחבה בפי הטבעת. אף בשל כך, אין בידי להיעתר לבקשה השנייה, ככל שהיא נוגעת לחוות דעתו של ד"ר זייצב.

69. אשר לבקשה השלישית, ניתן לחלק את החומר שצירופו מבוקש לשניים: חומר הנוגע לטענת הזיוף והבידוי, וכולל תמלילים של תוכנית הטלוויזיה "עובדה", פרוטוקול של אחת מוועדות הכנסת בדבר הקשר בין פרקליטות המחוז לבין המכון לרפואה משפטית, ותמלילים של ראיונות בכלי התקשורת; וחמישה מאמרים הנוגעים לסוגיות שונות בהעברת DNA. בכל הנוגע לתמלילים המבססים את טענת הזיוף, עמדתי לעיל על כך שלטעמי אין בחומר המצורף על ידי ההגנה כדי לבסס את הטענה המועלית על ידה. בנוסף, מדובר בחומר שכלל אינו קביל במשפט הפלילי, ועל כן אין בו כדי לבסס את טענות ההגנה. משכך, אין מקום להיעתר לבקשה לצירוף חומר זה כראיה.

בכל הנוגע לחמשת המאמרים שצירופם התבקש במסגרת הבקשה השלישית, בחנתי את האמור בהם ומצאתי כי אין מקום להתיר את צירופם. ראשית, לא הוברר מדוע מאמרים אלה לא צורפו אל חוות דעתם של המומחים מטעם ההגנה במהלך הדיונים בערכאה הדיונית. כמו כן, לא הוסבר מדוע צירופם של מאמרים אלה לא התבקש באחת משתי הבקשות הקודמות לצירוף ראיות. שנית, אף בכל הנוגע למאמרים אלו, סבורני כי מדובר בניסיון מצד ההגנה לבצע מקצה שיפורים בשלב הערעור, לאחר שהחומרים אשר צורפו לחוות הדעת אשר הוגשו מטעמה לבית המשפט המחוזי לא

הובילו למסקנה הרצויה לה. שלישית ועיקר, המאמרים עוסקים בסוגיות אשר אינן נוגעות באופן ישיר לסוגיות העומדות להכרעה בערעור שלפנינו. כך, אחד המאמרים עוסק במקרים בהם נותרים שרידי DNA אשר מקורם ברוק לאורך זמן, כאשר בענייננו עסקינן בשרידי DNA אשר מקורם בדם או זרע. שלושה מהמאמרים עוסקים בהעברת חומר מגוף אחד אל משנהו, ומהם מבקשת ההגנה ללמוד כי לא ייתכן התרחיש לפיו נותרו כתמי דם על איבר מינו של המערער והועברו במלואם אל תחתוניו. ואולם, לדידי, תרחיש מעין זה כלל לא עומד ביסודה של הכרעת הדין – אלא התרחיש לפיו איבר מינו של המערער נוגב והוסרו ממנו שאריות כתמי הדם, אך במקביל הועברו טיפות מעטות אל התחתונים. לפיכך, אף שלושת המאמרים המתוארים אינם רלבנטיים למקרה שלפנינו. בנוסף, כפי שיבואר בהמשך, ממילא מצאתי כי ממצאו של בית המשפט המחוזי לפיו סביר יותר שהמערער ביצע מעשה סדום באמצעות איבר מינו, אינו יכול לעמוד. לבסוף, המאמר החמישי עוסק בהיותו שרידי DNA על איבר המין לאחר קיום יחסי מין. ואולם, מאמר זה עוסק ביחסי מין וגניליים, ואין בו כל התייחסות ליחסי מין אנאליים – והדבר אף מודגש בו במפורש. על כן, לא ניתן לגזור גזירה שווה ממאמר זה לעניין המקרה שלפנינו, ואין הוא יכול להצדיק התערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא הוצגה כל ספרות רפואית אשר יש בה לתמוך בטענת ההגנה כי היו חייבים להימצא שרידי DNA של הפעוט על איבר מינו של המערער.

סיכומם של דברים, אני מוצא כי דין שלושת בקשותיו של המערער לצירוף ראיות בשלב הערעור, לפי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי – להידחות. משכך, אפנה עתה להכריע בערעור שלפנינו לגופו.

70. ייאמר כבר בפתח הדברים, כי לאחר שעיינתי בנימוקי הערעור ובעיקרי הטיעון מטעם המשיבה, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל – במובן זה שתבוטל הכרעת דינו המרשיעה של בית המשפט המחוזי וייקבע כי המערער יזוכה מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום מחמת הספק. אפרט את נימוקי להלן, אך תחילה אציג את המסגרת הנורמטיבית הנוהגת ביחס לאפשרות להרשיע נאשם בהסתמך על ראיות נסיבתיות בלבד.

המסגרת הנורמטיבית – ראיות נסיבתיות

71. כמפורט לעיל, אין כל ראייה ישירה הקושרת את המערער לעבירת מעשה הסדום המיוחסת לו, והרשעתו במסגרת הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מבוססת על מארג של ראיות נסיבתיות. כידוע, הראייה הנסיבתית נבדלת מהראייה הישירה בכך שהיא אינה מוכיחה במישרין עובדה הטעונה הוכחה, אלא היא מבססת נסיבה כלשהי – ממנה ניתן להסיק את דבר התקיימותה של העובדה. מכאן, שתהליך קביעת הממצאים העובדתיים בהסתמך על ראיות נסיבתיות נעשה בדרך של הסקת מסקנות הגיוניות מהנסיבות אשר הוכחו (ראו: ע"פ 8948/12 נמר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (1.2.2016) (להלן: עניין נמר); ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקה 96 (21.1.2015) (להלן: עניין קריאף). בשל מאפיין זה של הראייה הנסיבתית, מקובל לומר כי נלווה אליה קושי אינהרנטי מיוחד, שאינו מנת חלקה של הראייה הישירה, והוא קיומה האפשרי של טעות בעת הסקת המסקנות העובדתיות מהנסיבות אשר הוכחו (ראו: ע"פ 3652/14 כנעאני נ' מדינת ישראל, פסקה 51 (28.12.2015) (להלן: עניין כנעאני); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 150 (10.11.2011); ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577, פסקה 7 (2003)).

72. הלכה ידועה היא כי ניתן להרשיע נאשם בהסתמך על ראיות נסיבתיות בלבד. לצורך הרשעה, יש הכרח כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות. זאת, לאחר שבית המשפט בחן את מכלול הראיות ואת הסבריו של הנאשם וגרסתו העובדתית החלופית באספקלריה של ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. ככל שקיימת גרסה עובדתית חלופית, המועלית על ידי הנאשם או המתגלה מהעובדות אשר הוכחו בפני בית המשפט, ממנה עולה מסקנה אפשרית אחרת מלבד המסקנה המרשיעה, יהיה די בכך לשם זיכוי מהאשמה המיוחסת לו. עם זאת, אין די בכך שתתקיים מסקנה חלופית דחוקה, תיאורטית או מופרכת, היכולה לעלות מחומר הראיות, כדי להקים ספק סביר באשמתו של הנאשם – אלא נדרשת מסקנה

חלופית סבירה שיש לה אחיזה בחומר הראיות (ראו: ע"פ 2460/15 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פסקה 51 (4.5.2016); ע"פ 8823/12 שבתאי נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (1.7.2014); ע"פ 543/79 מדינת ישראל נ' נגר, פ"ד לה(1) 113, פסקה 17 (1980)).

73. בשיטת משפטנו, הדרך המקובלת ליישום העקרונות המתוארים לעיל בעת בחינתם של תיקים פליליים המבוססים על ראיות נסיבתיות בלבד היא באמצעות "המבחן התלת-שלבי" (לגישה חלופית אשר מסתפקת בבחינה דו-שלבית בלבד, ראו: עניין קריאף, פסקה 1 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). בשלב הראשון של המבחן נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, כדי לקבוע האם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. שלב זה זהה במהותו לבחינתה של ראיה ישירה על ידי בית המשפט, ובמסגרתו נבחנת עוצמתן, מהימנותן ודיותן של הראיות, כדי להבטיח שהראיה היא ראיית אמת (ראו: ע"פ 8422/14 מוגאהד נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (10.5.2015) (להלן: עניין מוגאהד); עניין כנעאני, פסקה 52; עניין קריאף, פסקה 97).

74. בשלב השני נבחנת המסכת הראייתית כולה, כדי לקבוע האם היא מובילה למסקנה לכאורית לפיה הנאשם אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו, בהסתמך על ניסיון החיים והשכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של מספר ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת מהן כשלעצמה אינה מספיקה לצורך הפללה, אולם משקלן המצטבר בהשתלבותן יחדיו הוא משקל ראייתי מפליל (ראו: ע"פ 6073/11 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (11.6.2012) (להלן: עניין סגל); ע"פ 9372/03 פון וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (2004); עניין נמר, פסקה 32). בפסיקת בית משפט זה הוטעם כי הראיות הנסיבתיות אינן חייבות להוכיח את כל פרטיו העובדתיים של מעשה העבירה, אלא רק להרכיב מסכת עובדתית המוכיחה את חלקיה המהותיים של העבירה (ראו: ע"פ 2661/13 יחיב נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (18.2.2014) (להלן: עניין יחיב); ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ, פסקה 50 (22.4.2010) (להלן: עניין רבינוביץ)).

75. לבסוף, בשלב השלישי נבחנים הסברים חלופיים למערכת הראיות הנסיבתית, אשר עשויים לשלול את המסקנה המפלילה שקמה בשלב השני של הבחינה. על פי רוב, בית המשפט יבחן בשלב זה את התזה המפלילה של התביעה אל מול גרסתו העובדתית החלופית של הנאשם – ויקבע האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל את גרסתו והסבריו של הנאשם, או שיש בהם להקים ספק סביר באשמתו. ודוק, אין די בהסבר תמים לכל ראיה נסיבתית בפני עצמה, שכן בחינת המסקנה המרשיעה נעשית כמכלול, ועל כן נדרש הנאשם להציע גרסה חלופית שלמה המתייחסת למכלול הראיות נגדו

(ראו: עניין יחייב, פסקה 39). עם זאת, בית המשפט אינו מוגבל לבחינת גרסתו של הנאשם בלבד, אלא עליו להעלות בעצמו הסברים חלופיים בעלי פוטנציאל מזכה, אפילו אם הם אינם מתיישבים עם טענות ההגנה (ראו: ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל, פסקה 121 (11.12.2014); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, פסקה 9 (2002)). כמצוין לעיל, על ההסבר החלופי – בין אם הוצע על ידי הנאשם ובין אם הועלה ביוזמת בית המשפט – להיות מתקבל על הדעת ומבוסס במידה כלשהי על המסכת הראייתית הקיימת, ואין די בהסבר מאולץ, תיאורטי או כזה שאינו מתיישב עם השכל הישר וניסיון החיים (ראו: ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן בע"פ 5496/14 (29.12.2015) (להלן: עניין קלנר); ע"פ 4656/03 מירופולסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (1.12.2004)). ככל שלא קיים הסבר חלופי המתקבל על הדעת, והמסקנה המפלילה נותרת בגדר המסקנה ההגיונית היחידה, ניתן להרשיע את הנאשם בהסתמך על הראיות הנסיבתיות.

76. גדר התערבותה של ערכאת הערעור בהכרעת דין המבוססת על ראיות נסיבתיות משתנה בהתאם לשלבים השונים של המבחן ה"תלת-שלבי", ונגזר ממהותו של כל שלב בבחינה. בשלב הראשון – אשר כפי שצוין זהה הוא לתהליך בחינתן של ראיות ישירות – חל הכלל הרגיל בדבר אי-התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית (ראו: עניין מוגאהד, פסקה 33; עניין קריאף, פסקה 119). על פי כלל זה, ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית אשר עניינם בעובדה ובמהימנות, וזאת לאור יתרונה האינהרנטי של הערכאה הדיונית, הנגזר מאפשרותה להתרשם מהעדים שבפניה באופן ישיר ובלתי אמצעי (ראו: ע"פ 3030/15 מוגרבי נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (19.4.2016); ע"פ 1072/15 שייניס נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (10.11.2015)). לכלל זה קיימים מספר חריגים: מצבים בהם ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על הערכתה של ראייה חפצית או על שיקולים שבהיגיון, בהם אין לה יתרון מובנה על ערכאת הערעור; במצבים בהם נפלו טעויות של ממש באופן הערכת המהימנות; ובמצבים בהם הוצגו בפני הערכאה הדיונית עובדות ממשיות, לפיהן לא ניתן היה לקבוע את הממצאים שקבעה (ראו: ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקאות 93-94 (18.2.2016); ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (27.8.2012); ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (29.3.2007)).

שונים הם הדברים כאשר עסקינן בשלב השני והשלישי של המבחן ה"תלת-שלבי". שלבים אלו עניינם בתהליך ההיסק הלוגי אותו מבצעת הערכאה הדיונית מהראיות שבפניה, ולערכאת הערעור מוקנה מתחם התערבות רחב יותר במסקנות המבוססות על תהליך זה (ראו: ע"פ 2304/12 מטר נ' מדינת ישראל, פסקה 36

(13.1.2015); עניין סגל, פסקה 22). זאת, הן משום שלערכאה הדיונית אין כל יתרון על פני ערכאת הערעור בביצוע היסקים לוגיים מהעובדות המוכחות לפנייה, והן בשל הזהירות הרבה המתחייבת בהליך הסקת המסקנות, שהוא הליך אשר מטבעו רגיש לטעויות (ראו: עניין קלנר, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן בע"פ 5496/14; עניין יחייב, פסקה 40)).

77. בהסתמך על הכללים המפורטים לעיל, אפנה עתה לבחון את טענותיו של המערער, תוך יישום המבחן התלת-שלבי. אפתח בבחינת טענותיו הכלליות של המערער נגד הכרעת הדין. לאחר מכן, אבחן את טענותיו של המערער ביחס לראיות הנסיבתיות שהוצגו בפני בית המשפט המחוזי. לשם הנוחות, אחלק את הדיון בראיות למספר חטיבות עובדתיות, ואדון במקובץ בטענות הרלבנטיות של המערער לכל חטיבה. בשלב הבא, שהוא השלב השני למבחן התלת-שלבי, אבחן האם מכלול הראיות מביא למסקנה המפלילה את המערער בביצוע העבירות המיוחסות לו. כפי שיבואר להלן, נוכח התוצאה אליה הגעתי במסגרת שלב זה, לא אדרש לשלב השלישי של המבחן.

טענותיו הכלליות של המערער

משמעות ייחודו של המקרה שלפנינו

78. לאורך נימוקי הערעור, הן בכתב והן בעל פה, שזורות טענות של המערער לפיהן המקרה שלפנינו הוא מקרה ייחודי. לדבריו, אין בספרות המקצועית המשפטית או הרפואית ולו מקרה אחד שבו בוצע מעשה סדום בפעוט שגילו למטה משנתיים, באמצעות החדרת איבר מין או חפץ. בטיעונו, המערער הפנה לעדותו של ד"ר לנדא, אשר ציין כי ביצוע מעשים מיניים בקורבן כה רך בשנים מהווה תת-קטגוריה של פדופיליה הקרויה "אינפנטופיליה" (מלשון infant), וכי קטגוריה זו מאופיינת תמיד במגע מיני שאינו מלווה בחדירה. ד"ר לנדא אף הדגיש כי חדירה לפי טבעתו של פעוט היא תופעה בעלת "נדירות אסטרונומית, או שבכלל לא קיים. אין כזה דבר" (ראו: עמ' 1335-1336 לפרוטוקול). המערער גורס כי עדותו של ד"ר לנדא בנקודה זו לא נסתרה על ידי המשיבה, ולמרות זאת היא לא זכתה להתייחסות בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי. לשיטתו, די בכך כדי להביא לזיכוי, משום שלטעמו "הדעת אינה סובלת את הרשעתו של אדם בגין תרחיש שמדע הרפואה והספרות המשפטית לא נתקלו בשכמותו מעולם".

79. אין בידי לקבל טענה זו של המערער. אכן, ללא צל של ספק, המקרה שלפנינו הוא ייחודי, שכן ככל הידוע לנו, מדובר במקרה ראשון מסוגו בהיסטוריה המשפטית

הישראלית בו אדם מואשם בביצוע מעשה סדום בפעוט כה רך בשנים. כך גם כלל המומחים שהעידו בתיק ציינו כי לא נתקלו במקרה דומה לאורך שנות ניסיונם. המעשים המיוחסים למערער מעוררי חלחלה, והנפש מסרבת להאמין כי ישנו אדם המסוגל לעשותם. ואולם, למרבה הצער, ידוע הביטוי "המציאות עולה על כל דמיון". בדרכם של העוסקים במלאכה השיפוטית מזדמנים לא אחת מקרים, אשר נדמה כי לא ייתכנו, ואולם מסתבר כי הם התרחשו בפועל. כך בכלל, וכך גם בסוגיה הנקרת כעת לפתחנו. הנה, למשל, בשנת 2014 בית המשפט הפלילי לערעורים באנגליה הותיר על כנה את הרשעתו של אדם בניסיון לבצע מעשה סדום בפעוט בן 12 חודשים, ניסיון אשר כמעט והושלם (ראו: R. v. Watkins [2014] EWCA Crim 1677). מאחר שמקובל על המומחים הרפואיים בענייננו כי המעשים המיוחסים למערער הם אפשריים מהבחינה הפיזית, סבורני כי אין בעובדה שמדובר במקרה נדיר ביותר, כשלעצמה, כדי להנביע את המסקנה לפיה המערער אינו יכול להיות אשם במעשים המיוחסים לו. כך, אילו הייתה לפנינו ראייה ישירה לפיה המערער ביצע מעשה סדום בפעוט, ברי כי הטענה לפיה מדובר במקרה ייחודי וראשון מסוגו לא הייתה יכולה לסייע בעדו. משעסקינן בתיק המבוסס כולו על ראיות נסיבתיות, ייחודו של המקרה שלפנינו מהווה, לגישתי, נסיבה אשר יש לשקול במסגרת בחינת סבירותה של התזה המפלילה הקמה ממכלול הראיות הנסיבתיות. ככל שיימצא כי קיימות במקרה שלפנינו די ראיות כדי לבסס את המסקנה בדבר אשמתו של המערער כמסקנה הגיונית יחידה, הרי שאין בייחוד ובנדירות המקרה כדי למנוע את הרשעתו במעשים המיוחסים לו.

מידת מעורבותו של בית המשפט המחוזי

80. המערער טוען בנימוקי הערעור כי בית המשפט המחוזי לא התנהל באופן ניטרלי במהלך חקירתם של עדי ההגנה ומומחיה, אלא "הצטרף לתביעה בסדרה אין סופית של חקירות נגדיות-צולבות קטגוריאליות ועוינות במובהק". כך, המערער מציין כי במהלך חקירתם של מומחי ההגנה, בית המשפט המחוזי הציג להם תרחישים רבים, אשר לשיטת המערער נועדו להביא לכרסום או לאיון חוות דעת המומחים מטעמו. לעמדתו, תרחישים אלו אף עמדו בסתירה לראיות אשר הוצגו. המערער סבור כי בית המשפט המחוזי נכנס בכך לנעליה של התביעה, וזאת בניגוד לפסיקה הקובעת את גדר סמכותו של בית המשפט בהצגת שאלות הבהרה לעדים במהלך חקירתם.

81. דינן של טענות המערער בעניין זה להידחות, ויש להצר על הסגנון שבו נטענו. סמכותו של בית המשפט הדין בהליך פלילי להציג שאלות לעדים מוגדרת בסעיף 175 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כך: "סיימו בעלי הדין את חקירתם, רשאי בית המשפט לחקור את העד; ורשאי הוא לשאול עד שאלה גם במהלך חקירה בידי בעלי הדין

להבהרת ענין שנתעורר בה". בכל הנוגע להפעלת סמכות זו, הכלל הנקוט בפסיקת בית משפט זה הוא כלל של איזון. כך, מודגש כי החובה להוציא את האמת אל האור רובצת לפתחו של בית המשפט, ולפיכך, במקרים המתאימים הוא לא רק רשאי אלא גם חייב להציג לבעלי הדין שאלות הבהרה במהלך חקירתם. אך זאת, כל עוד בית המשפט אינו חורג בשאלותיו "מן המידה והמשורה", וכל עוד אין בשאלות כדי להפר את חובתו לשמור על אובייקטיביות וניטרליות בין הצדדים (ראו: ע"פ 919/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (3.9.2015); ע"פ 6144/19 גטצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (10.4.2013); ע"פ 332/86 גינדיל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 543, פסקה 8 (1987); ע"פ 233/55 גרין נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט 1877, פסקה 5 (1955)). השאלה מהו היקף המעורבות הראוי של בית המשפט תלויה בנסיבותיו של התיק העומד בפניו. עמדתי על כך בע"פ 2842/10 קלדרון נ' מדינת ישראל (23.1.2012), תוך שציינתי:

"טענה נוספת שהעלה המערער, הייתה לעניין מידת מעורבותו של שופט בית המשפט קמא בהליך. נכון הוא הדבר כי אל לו לשופט לרדת מכסאו וליטול לעצמו את מלאכתם של בעלי הדין. אך מנגד, אין תפקידו של השופט מתמצה בצפייה סבילה במתרחש לפניו. עליו לשמור על קיומו של הליך הוגן ויעיל. בנוסף, אם נדרש הוא לשאלות הבהרה – על מנת שיוכל להגיע לחקר האמת – רשאי הוא להפנות שאלותיו לעדים. מידת ההתערבות הנדרשת או כמות השאלות הדרושה (עליה מלין המערער במקרה שלפנינו), איננה ניתנת או צריכה הגדרה מראש. היא נגזרת ממורכבותו וייחודיותו של כל תיק ותיק. עיקר הוא, שהשאלות המופנות יהיו חסרות צבע, כל ייתפש או ייכנס בית המשפט לנעליו של אחד הצדדים" (שם, פסקה 15; ההדגשות הוספו – ס.ג.).

לאחר שבחנתי בעיון את הפרוטוקולים של דיוני ההוכחות בעניינו של המערער, שוכנעתי כי מעורבותו של בית המשפט המחוזי בחקירות עדי ההגנה לא חרגה מן המידה והמשורה. אכן, במהלך חקירותיהם, בית המשפט המחוזי הציג לעדים המומחים שאלות הבהרה רבות, אשר כללו תרחישים שונים. ואולם, התרשמתי כי שאלות אלה נבעו מהצורך לקבל תמונה עובדתית ברורה ככל הניתן, נוכח מורכבותו של התיק, ומתוך שאיפה להבין את עמדותיהם וחוות דעתם של המומחים אשר העידו בפני בית המשפט. התרחישים שהוצגו לא נועדו "לאיין" את חוות הדעת, כפי שטוען המערער, אלא נועדו להעמיד דברים על דיוקם ולהבהיר את המסקנות העולות מחוות הדעת השונות. נוסף על כך, לא מצאתי כי שאלותיו של בית המשפט המחוזי ביטאו העדפה לעמדת המשיבה, שכן אף לעדים ולמומחים מטעם המשיבה הוצגו שאלות הבהרה לא מעטות ביחס לסוגיות שונות בעדותם. נוכח האמור, סבורני כי מעורבותו

של בית המשפט המחוזי בפרשת ההגנה אכן התמצתה, בעיקרה המוחלט, בשאלות הבהרה בעקבות עדויות המומחים, וכי לא נפל פגם במעורבותו של בית המשפט בתיק.

מחדלי החקירה

82. כמפורט בפסקאות 51-52 לעיל, בית המשפט המחוזי עמד בהכרעת דינו על שלושה מחדלי חקירה בענייננו: (1) תפיסה חלקית בלבד של סרטוני מצלמות האבטחה המותקנות בבניין, המתעדים את המתרחש בין השעות 10:00-12:00 ביום האירוע; (2) אי-תפיסתם של סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את המשך יום האירוע ועד למעצרו של המערער; ו- (3) אי-סגירתו של חדר הכושר עד לביצוע חיפוש יסודי בו. כזכור, בית המשפט המחוזי קבע כי בשל מחדלי החקירה, לא תוכל המשיבה להישמע בטענות כי המערער העלים ראיות – אך חרף המחדלים המתוארים, בית המשפט מצא כי הונחה תשתית ראייתית מספקת לחובתו של המערער.

83. המערער חוזר על טענתו כי מחדלי החקירה האמורים למעשה אינם מחדלים אלא העלמה מכוונת של ראיות מזכות על ידי גורמי החקירה, במטרה להביא להרשעתו. המערער מציין כי ראש צוות החקירה, רב-פקד משה אלק (להלן: רפ"ק אלק), הורה במזכר ת/53 במפורש לתפוס את כל צילומי מצלמות האבטחה הרלבנטיים לחדר הכושר, בין השעות 10:00-12:00 ביום האירוע. בהמשך לכך, המערער מוסיף כי מר אבי זמיר, אב הבית בבניין (להלן: זמיר), העיד שהתבקש להכין עבור חוקרת המשטרה את סרטוני מצלמות האבטחה הרלבנטיים, וכי הוא העתיק את הקבצים הללו להחסן נייד (Disk on key), אותו העביר לשוטרת אילנית ישראל (להלן: השוטרת). לשיטת המערער, משמעות הדבר היא כי הועברו לידי גורמי החקירה סרטונים נוספים, המתעדים גם את הגעתם של בני הזוג בר לחדר הכושר ואת עזיבתם – וכי סרטונים אלו הועלמו במכוון. המערער טוען כי גרסתה של השוטרת, לפיה זמיר הציג לה רק את ארבעת הסרטונים ת/1, סותרת את עדותו של זמיר ואף אינה מתיישבת עם הוראת מזכר ת/53. עוד לדידו של המערער, גרסתו של רפ"ק אלק, לפיה שעת הכניסה והיציאה של בני הזוג בר לא הייתה בעלת משמעות מבחינת רשויות החקירה, היא "מגוכחת שקרית ונלעגת", וכי היא נועדה לחפות על העלמת הראיות. נוכח כל האמור, המערער סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שדחה את טענתו כי מדובר בענייננו בהעלמה מכוונת של ראיות שנועדה להביא להרשעתו.

84. לחלופין, ככל שמדובר במחדלי חקירה, המערער גורס כי מדובר במחדלים אשר קיפחו את יכולתו להתגונן מפני האישומים נגדו, שכן הם הקשו עליו להתמודד עם חומר הראיות המפליל אותו ולהוכיח את גרסתו. לגישתו, הצילומים המתעדים את

מועד יציאתם של בני הזוג בר מחדר הכושר היו יכולים לאפשר לו להוכיח בראיה חפצית ואמינה את גרסתו לפיה הוא שהה לבדו עם הפעוט בחדר הכושר רק דקות בודדות – פרק זמן אשר לא היה מאפשר את ביצוע מעשה הסדום המיוחס לו. המערער מוסיף כי לא היה מקום להסתפק בעדותה של גב' בר, שכן, כפי שיפורט בהמשך, עדותה מהווה לשיטתו עדות לא קבילה ובלתי מהימנה. עוד סבור המערער כי משעה שהעלה בחקירתו הראשונה את הטענה ששהה בחדר הכושר עם הפעוט דקות בודדות בלבד, היה על החוקרים לבחון את טענתו כטענת אליבי באופן מידי, ומשלא נהגו כך – הרי שמדובר במחדל המחייב את זיכוי.

85. המערער מוסיף וטוען לקיומם של מחדלי חקירה נוספים אשר לא זכו, לגישתו, להתייחסות בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי. ראשית, המערער מציין כי בשום שלב האם לא עומתה על ידי החוקרים עם העובדה שגרסתה לעניין מספר הפעמים שעשה הפעוט את צרכיו, אינה תואמת את דו"ח התפיסה ת/59 לפיו נתפס בדירה רק חיתול אחד; וכן לא עומתה עם העובדה שגרסתה לפיה הפעוט בכה בעת הכניסה לדירה, אינה מתיישבת עם עדויות לוי והשומר לפיהן הפעוט לא בכה כלל. שנית, המערער גורס כי נפל פגם בכך שבעלה של גב' בר כלל לא הובא לעדות. לשיטת המערער, הימנעות המשיבה מלהעיד את הבעל יוצרת חזקה כי אילו היה נחקר, היה סותר את עדות גב' בר. לבסוף, המערער סבור כי אי-העדתם של הורי האם בדבר קרות האירועים לאחר שהגיעה האם אל ביתם ועד להגעת הפעוט אל בית החולים שניידר מהווה מחדל שמשקלו לא מבוטל.

86. המשיבה, מצדה, סומכת את ידה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס למחדלי החקירה. לעמדתה, בית המשפט דחה בצדק את הטענות בדבר העלמה מכוונת של ראיות, ויישם כראוי את ההלכה הנוהגת בסוגיית הערכת משקלם של מחדלי חקירה. המשיבה סבורה כי המערער לא הצביע על פגיעה ממשית בזכותו להליך הוגן כתוצאה מהמחדלים שאירעו, ומדגישה כי בהכרעת הדין נקבע שמחדלי החקירה אינם שומטים את הקרקע מתחת לשאר הראיות בתיק. אשר לטענה כי אי-זימון בעלה של גב' בר והורי האם לעדות מהווה מחדל, המשיבה מטעימה כי לא הייתה מניעה שהמערער יזמנם לעדות, ומשלא עשה כן – אין לו להלין אלא על עצמו.

87. אפתח ואומר כי לאחר שבחנתי את טענות המערער ואת העדויות אליהן הוא מפנה בטענותיו, מצאתי כי בצדק דחה בית המשפט המחוזי את הטענה בדבר העלמה מכוונת של ראיות. טענת המערער מסתמכת על עדותו של זמיר, אב הבית של הבניין, אשר לשיטת המערער מלמדת כי הוא העביר לידי השוטרת תיעוד מלא של השעות 10:00-12:00. ואולם, בחינה מדוקדקת של העדות שמסר זמיר מעלה כי אין ממש

בדברים אלו. כך, זמיר העיד כי אחת החוקרות שוחחה עמו טלפונית וביקשה ממנו לבחון סרטונים ממצלמות האבטחה בשעות מסוימות ביום האירוע. הוא העיד כי שמר שלושה קבצים המתעדים את המערער עם הפעוט באזור חדר הכושר, וכי לאחר מכן הגיעה השוטרת והשניים בחנו את פלטי המצלמות שליד חדר הכושר ומצלמות נוספות, בשעות הרלבנטיות ביום האירוע. בהמשך, לדבריו, השוטרת "לקחה איזה ארבעה קבצים או חמישה קבצים" לפי בחירתה (עמ' 15-17 לפרוטוקול). זמיר אישר כי הסרטונים ת/1 הם הקבצים אותם נטלה השוטרת (עמ' 22 לפרוטוקול), ובהמשך עדותו הבהיר כי מדובר היה בשלושת הקבצים אותם הוא שמר קודם לכן, וקובץ נוסף מהמצלמה המתעד את אזור לובי הבניין (עמ' 27, ובהמשך עמ' 41 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית, זמיר אישר כי התבקש בשיחה הטלפונית לסמן את כל מה שנראה במצלמות המתעדות את המסדרון המוביל אל חדר הכושר, בין השעות 10:00-12:00. לשאלת בית המשפט, השיב כי הראה לשוטרת את כל התנועות בין השעות האלה, ולפיכך, לדבריו, ככל שבני הזוג בר תועדו במצלמות בשעות אלה, ניתן להניח שהראה זאת לשוטרת (עמ' 30-32 לפרוטוקול). עם זאת, זמיר הסביר כי התיעוד על ידי המצלמות אינו רציף, אלא מדובר בקבצים קצרים בני מספר דקות: "אין קובץ של שעתיים, הוא כל הזמן זה בקטעים של 5 דקות" (עמ' 37-39 לפרוטוקול).

88. מדברים אלו של זמיר עולה בבירור כי בשום שלב לא הועבר לידי המשטרה פלט מלא המתעד את כל מה שהתרחש בין השעות 10:00-12:00 ביום האירוע – אלא רק מספר קבצים המתעדים דקות בודדות בכל פעם. אכן, מדבריו של זמיר עולה כי הוא והשוטרת בחנו יחדיו את הפלט המלא המתעד שעות אלה, וניתן אף להניח כי ראו גם את הקטע שבו נראים בני הזוג בר יוצאים מחדר הכושר – אך השוטרת לא ייחסה לקטע זה חשיבות באותו מועד, ולכן לא ביקשה להעתיק אותו. על פי עדויות זמיר והשוטרת, ברי כי השוטרת בחרה מתוך הפלט המלא של המצלמות רק את אותם קטעים בהם נראים המערער והפעוט יחדיו – והם אלו שהועתקו אל ההחסן הנייד על ידי זמיר. משכך, אין יסוד לטענת המערער כי גורמי החקירה העלימו בכוונת מכוון ראיות שהיה בהן כדי להביא לזיכוי, אלא עניין לנו במחדלי חקירה. על כן, אבחן עתה את משמעותם של מחדלים אלו.

89. אודה ולא אכחד, כי דעתי אינה נוחה כלל ועיקר מהתנהלותם של גורמי החקירה בענייניו של המערער. במקרה שלפנינו רב הנסתר על הגלוי, והתמונה העובדתית היא חלקית מאוד. האחריות לכך רובצת, במידה רבה, לפתחה של המשיבה. למקרא עדויותיהם של הגורמים המעורבים בחקירה, אשר העידו בפני בית המשפט המחוזי, לא ניתן להשתחרר מהרושם כי אלו היו נתונים במצב של "ראיית מנהרה"

(Tunnel vision) ביחס לאשמתו של המערער, קרי – משעה שמצאו כי למערער היה חלון הזדמנויות שבו נמצא לבדו עם הפעוט בחדר הכושר, ומשעה שעמדו בפניהם הודעותיה של האם, הם שוכנעו באשמת המערער, ועקב כך לא ביצעו מהלכי חקירה נחוצים ומתבקשים. ואולם, נפסק לא אחת כי "מטרתה של החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו" (ראו: ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (4.6.2006) (להלן: עניין בשירוב); ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, פסקה 9(ג) (1981); וראו גם: ע"פ 7255/14 אנטקלי נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (11.4.2016) (להלן: עניין אנטקלי)). לטעמי, התנהלות החקירה, כפי שהיא מצטיירת מעדויות החוקרים, אינה עולה בקנה אחד עם אופן ניהולה של חקירה משטרית תקינה, ואבאר להלן, בהתייחס לכל אחד ממחדלי החקירה אשר נפלו בתיק.

90. ראשית, כפי שציין בית המשפט המחוזי, לא נתפסו סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את יציאת בני הזוג בר לחדר הכושר. אם בתחילה, כאשר השוטר בחנה את הסרטונים יחד עם זמיר, ניתן היה לקבל את דבריה כי מועד יציאתם של בני הזוג בר לא נתפס בעיניה כמהותי – הרי שלאחר שהמערער תיאר בהודעותיו במשטרה כי הוא נמצא ביחידות עם הפעוט דקות בודדות, הייתה זו חובתם של החוקרים לתפוס את סרטוני מצלמות האבטחה. הסבריהם של רפ"ק אלק והחוקרת חיה פורקוש (להלן: החוקרת) בעדותם, לפיהם סברו שהדבר אינו רלבנטי (עמ' 499-500, 553-555 לפרוטוקול), אינם מתקבלים על הדעת, שכן מחובתם של החוקרים להפריך או לאשש את גרסת הנאשם, ובייחוד כאשר הטענה אותה הוא מעלה היא מעין טענת אליבי (וראו למשל: ע"פ 8515/13 זכרייב נ' מדינת ישראל, פסקה 67 (9.12.2015) (להלן: עניין זכרייב); ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, פסקה 5(ב)(ב) (25.5.1994) (להלן: עניין מליקר; עניין מקייטון, פסקה 33). שנית, לא נתפסו סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את המתרחש בבניין בהמשך יום האירוע, וזאת, אף לאחר שהסתבר לחוקרים כי בדירה נתפס חיתול אחד בלבד, נתון שאינו מתיישב עם עדות האם. התנהלות זו תמוהה במיוחד נוכח העובדה כי החוקרת, כאשר נשאלה על הסתירה בעניין כמות החיתולים בפח האשפה בדירה, ציינה כי יכול להיות "שזה נזרק לפח, נזרק לפח בבניין" (עמ' 503 לפרוטוקול). אין חולק כי היה בכוחם של סרטוני מצלמות האבטחה לגלות את האמת לאשורה בעניין זה. שלישיית, כפי שמציין המערער בנימוקי הערעור, האם כלל לא עומתה עם חוסר ההתאמה בין הודעותיה בנוגע לבכיו של הפעוט בעת חזרתו לדירה לבין עדויותיהם של לוי והשומר לפיהן הפעוט לא בכה כאשר פגשו בו; וכן לא עומתה עם העובדה כי בפח האשפה שבדירה נתפס חיתול אחד בלבד. גורמי

החקירה לא סיפקו בעדותם כל הסבר העשוי להניח את הדעת מדוע נמנעו מלעמת את האם עם הנתונים החיצוניים שאינם תואמים את גרסתה (ראו למשל, עמ' 503-504 לפרוטוקול). רביעית, לא נגבתה הודעה מהוריה של האם, בדבר המועד שבו היא והפעוט הגיעו אל בית ההורים לאחר שעזבו את דירתו של המערער, ובדבר השתלשלות האירועים מאותו מועד ועד לזמן שבו הגיעו לבית החולים שניידר. הודעות אלה היה בכוחן לגבש תמונה ברורה יותר של ההתרחשויות אשר הביאו את האם לקחת את הפעוט לבית החולים בסופו של יום, וכך היה בכוחן להפריך את האפשרות שהפעוט נפגע לאחר שהאם עזבה את דירת המערער.

בכל הסוגיות המפורטות לעיל, מצאתי כי מדובר במהלכי חקירה אשר היו הכרחיים כדי לאשש או להפריך את ליבת גרסתה של האם – שהיא ראייה מרכזית לחובתו של המערער – ואת ליבת גרסתו שלו. אין מדובר במהלכי חקירה שהם בגדר בחינה של גרסאות חלופיות קלושות, אלא בפעולות חקירה הכרחיות אשר היה בהן להעמיד תמונה עובדתית מלאה בפני רשות התביעה ובפני בית המשפט – אף אם משמעות הדבר הייתה ניקויו של המערער מהחשדות נגדו. העובדה כי החוקרים היו משוכנעים כי בידיהם די ראיות להוכחת אשמתו של המערער בשלב זה אינה מעלה ואינה מורידה כהוא זה, מחובתם למצות את החקירה. על גורמי החקירה להעמיד בכל רגע ורגע כנר לרגליהם את הכלל לפיו "על הרשות החוקרת לפעול לחשיפת האמת. תפקידה אינו רק להאשים, אלא לעתים לנקות" (ראו: ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (23.11.2011)). בהמשך לכך, אל להם לחוקרים "להינעל בדעתם", ועליהם להמשיך ולבחון סתירות וקשיים בחומר הראיות, ככל שאלו מתגלים, ולבקש לעבות את חומר הראיות הקיים. דומני מחדלי החקירה במקרה שלפנינו נובעים מכך שרשויות החקירה לא פעלו בהתאם לאמור. ייטב, אם יסיקו רשויות החקירה את המסקנות המתחייבות מהמחדלים שאירעו במקרה שלפנינו, כדי להבטיח את מניעת הישנותם בעתיד. בית משפט זה שב על קריאה זו לא אחת, אך למרבה הצער אין מנוס מלשוב ולהדהד אותה בפסקי הדין (וראו למשל: ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 168 (20.2.2014)).

91. עם זאת, כפי שציין בצדק בית המשפט המחוזי, נפקותם של מחדלי החקירה היא במישור הראייתי. כידוע, עובדת קיומו של מחדל חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכויו של נאשם. השאלה אותה נדרש בית המשפט לבחון היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ראו: ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, פסקה נב (15.2.2016); ע"פ 5373/12 אבו רומד נ' מדינת ישראל, פסקה 48

(15.4.2015)). ההכרעה בדבר נפקותם של המחדלים נעשית תוך שקלולם אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. כך, יש לבחון האם בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת בתיק ובספקות הספציפיים אותם מבקש הנאשם לעורר, מגיע משקלם של המחדלים לכדי יצירת ספק סביר (ע"פ 7066/13 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקה 81 (22.12.2015); ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, פסקה ז(2) (18.5.2006) (להלן: עניין אלחורטי); עניין זכרייב, פסקה 112; עניין בשירוב, בפסקה 7 לחוות דעתי)).

92. בהתאם לאמור ובנסיבות המקרה שלפנינו, לשיטתי יש לבחון את מחדלי החקירה שנפלו אל מול התשתית הראייתית המבססת את הממצא העובדתי הרלבנטי, אשר ביחס אליו טוען המערער כי נפגעה הגנתו. כך, בכל הנוגע למחדל באי-תפיסת סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את יציאת בני הזוג בר מחדר הכושר, יש לבחון את התשתית הראייתית אותה הציגה המשיבה ביחס לפרק הזמן בו נמצא המערער לבדו עם הפעוט בחדר הכושר; בכל הנוגע למחדל באי-חקירתה של האם ובאי-תפיסת סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את המשך יום האירוע, יש לבחון האם קיימת תשתית ראייתית מספקת המבססת את מסקנותיו של בית המשפט המחוזי ביחס למצבו של הפעוט בטרם הירידה לחדר הכושר ולאחר היציאה ממנו; ואילו ביחס למחדל באי-גביית הודעה מהורי האם, יש לבחון האם קיימות די ראיות כדי לשלול את האפשרות שהפעוט נפגע במועד מאוחר למועד עזיבתה של האם את דירתו של המערער. לשם נוחות הדיון, אדון בכל אחת משאלות אלה בהמשך, במסגרת הדיון בחומר הראיות הרלבנטי לכל שאלה.

קבילות בדיקת הפולוגרף שנערכה למערער

93. טענה נוספת בפי המערער היא כי יש לקבל את בדיקת הפולוגרף שנערכה לו על ידי מומחה פרטי, ואשר במסגרתה הוא נמצא דובר אמת כשהשיב בשלילה לשאלה האם החדיר את איבר מינו או חפץ אחר לפי טבעתו של הפעוט. לגישת המערער, מתקיימת במקרה שלפנינו הצטברות של נסיבות חריגות: (1) לכל אורך חקירתו, המערער ביקש להיבדק בבדיקת פולוגרף, אך סורב על ידי חוקריו. למרות זאת, הוא התעקש וביצע בדיקה פרטית; (2) הוא נבדק אצל בודק רב מוניטין, אשר שימש בעברו כראש מחלקת הפולוגרף בשב"כ; (3) בדיקת הפולוגרף מוגשת כראיה מטעם ההגנה, ושיעור הדיוק של הבדיקה מספיק כדי להקים ספק סביר; (4) מדובר, לגישתו, במקרה ייחודי, אשר אין מקרה דומה לו בספרות המשפטית והרפואית. לעמדת המערער, הצטברות נסיבות חריגות אלה מצדיקה את קבלת בדיקת הפולוגרף כראיה במקרה שלפנינו, תוך יצירת חריג לכלל הרגיל בדבר אי-קבילות בדיקות פולוגרף.

94. לא מצאתי מקום להתערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי שלא לקבל את בדיקת הפוליוגרף כראיה. הלכה מושרשת בבית משפט זה היא כי בדיקות פוליוגרף אינן קבילות כלל כראיה במשפטים פליליים, ואף עצם הסירוב להיבדק בבדיקה כאמור אינו ראיה קבילה (ראו: ע"פ 9447/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (2.2.2014); ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, פסקה 11 (1993)). זאת, אף אם מדובר בבדיקה המובאת כראיה מטעם הנאשם ונועדה להוכיח את חפותו, ואף אם הבדיקה נערכה מיוזמתו במכון פרטי מוכר (ראו למשל: מ"ח 2175/14 סויסה נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (21.9.2014); ע"פ 3399/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (27.2.2012)). משכך, שלושת הנסיבות "החריגות" הראשונות עליהן עומד המערער נדחו בפסיקת בית משפט זה. נוכח האמור לעיל בדבר ייחודו של המקרה שלפנינו, אינני סבור כי יש בו כדי להצדיק סטייה מהכלל בדבר אי-קבילות הבדיקה. על כן, דין טענתו של המערער בעניין בדיקת הפוליוגרף להידחות.

95. משמצאתי כי אין בטענותיו הכלליות של המערער נגד הכרעת הדין כדי להביא לזיכוי מהעבירות המיוחסות לו, אפנה עתה לבחינת טענותיו הפרטניות של המערער נגד הראיות הנסיבתיות השונות שעמדו ביסודה של הרשעתו. מדובר, למעשה, בשלב הראשון למבחן התלת-שלבי להערכתן של ראיות נסיבתיות. כפי שצוין לעיל, לשם הנוחות אחלק את הדיון בראיות הנסיבתיות למספר חטיבות עובדתיות: (א) מנגנון הגרימה לחבלות בפי הטבעת של הפעוט; (ב) מצבו של הפעוט בטרם הירידה לחדר הכושר; (ג) משך הזמן בו נמצא המערער עם הפעוט בחדר הכושר; (ד) מצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר; (ה) כתמי הדם על תחתוני המערער; ו-ו) שפך הדם על לחיו של הפעוט. יובהר, כי כל חטיבה מייצגת ממצא מהממצאים העובדתיים אשר עמדו ביסוד הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי. בנוסף, אייחד חטיבה עובדתית נוספת לפרק הזמן שבין עזיבתה של האם את דירת המערער לבין הגעתה לבית החולים שניידר. במסגרת כל חטיבה, אדון במקובץ בטענות המערער הרלבנטיות לאותן ראיות נסיבתיות, שעליהן מבוסס הממצא העובדתי הרלבנטי.

בחינת הראיות הנסיבתיות לגופן

מנגנון הגרימה לחבלות בפי טבעתו של הפעוט

96. בית המשפט המחוזי קבע בהכרעת דינו, בהסתמך על עדויות המומחים הרפואיים, כי הקרעים בפי הטבעת של הפעוט הם כתוצאה מחדירת עצם קשה, אשר מהותו אינה ידועה. בית המשפט שלל הסברים חלופיים לאופן גרימת הקרעים, כגון "השתפדות" – דהיינו, כי הפעוט נפגע מחפץ מסוים במנגנון תאונתי – או חתיכת צואה

גדולה וקשה במיוחד. לאחר מכן, בית המשפט המחוזי בחן האם החדרת העצם הייתה מכוונת, או שמא היה מדובר בפעולה רשלנית. בית המשפט מצא כי החבלות על גופו של הפעוט – קרי, הקרעים וההרחבה בפי הטבעת, לצד שפך הדם על הלחי – מהווים מכלול של ממצאים, המקימים חשד לכך שהתינוק עבר תקיפה מינית. בנוסף, בית המשפט דחה את המנגנון החלופי אשר הוצע על ידי ד"ר קוגל, לפיו הפעוט סבל בחדר הכושר מפיסורה בפי הטבעת, שהוחמרה לאחר מכן בשל טיפול רשלני כלשהו – דוגמת החדרת אצבע לא זהירה. נוכח האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי החדרת העצם הקהה לפי הטבעת של הפעוט הייתה מכוונת, ומשכך קבע כי פגיעותיו הן למעשה תוצאה של תקיפה מינית.

97. בנימוקי הערעור, המערער טוען כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא העדיף את מסקנותיו של ד"ר קוגל על פני מסקנותיו של ד"ר זייצב ביחס למנגנון הגרימה לפגיעותיו של הפעוט. המערער מציין כי ד"ר קוגל אמנם הסכים לכך שהקרעים בפי הטבעת הם כתוצאה מהחדרת עצם נוקשה לפי הטבעת, אך בהמשך לכך ציין כי ישנו קושי רב לקבוע האם מדובר היה בתקיפה מינית או בגורם שאינו מיני. לדברי ד"ר קוגל, לא קיימת כל ראיה פורנזית או רפואית התומכת באפשרות של תקיפה מינית, כשם שאין ראיה התומכת באפשרות של תאונה או רשלנות. אשר למנגנון הגרימה הקונקרטי, המערער מטעים כי ד"ר קוגל כלל לא טען שזו בהכרח הייתה החדרת אצבע על ידי האם שגרמה לפגיעותיו של הפעוט, אלא כי מדובר בתרחיש המהווה הסבר אפשרי להתרחשויות במקרה שלפנינו, שאינו תקיפה מינית. כך, ד"ר קוגל ציין כי פיסורה היא תופעה נפוצה בקרב ילדים, וכי לא ניתן לשלול את התרחיש לפיו הפעוט סבל מפיסורה כזו, אשר גרמה לדימום אליו נחשף המערער לפי גרסתו. לחיזוק אפשרות זו, ד"ר קוגל הפנה לכך שהפעוט קיבל מרשם לנטילת תרופה המכילה ברזל ארבעה ימים לפני האירוע, וכי תופעת לוואי ידועה של נטילת ברזל היא עצירות – המהווה גורם שכיח להיווצרותן של פיסורות. לפי התרחיש המוצע על ידי ד"ר קוגל, לאחר שהפעוט יצא מחדר הכושר, התרחש אירוע נוסף ונפרד אשר גרם להחמרתה של הפיסורה. אירוע זה, לפי ד"ר קוגל, יכול להיות החדרת אצבע. בעניין זה, ד"ר קוגל חלק על מסקנותיו של ד"ר זייצב – לפיהן החדרת אצבע אינה יכולה לגרום לקרעים בפי הטבעת של הפעוט – וסבר כי תרחיש זה הוא אפשרי אם החדרת האצבע נעשית באופן לא זהיר ומבלי להשתמש בחומר סיכה.

98. טענה נוספת בפי המערער היא שלא ייתכן כי בוצע בפעוט מעשה סדום, משום שבבדיקה של זגוגיות ורשתית העין שנערכה לו בבית החולים וולפסון (7/נ), לא נמצאו

עדויות לטלטול. לדידו של המערער, ד"ר זייצב אישר בעדותו כי ביצוע מעשה הסדום בפעוט היה מביא לטלטול חזק, אך בהמשך חזר בו מגרסה זו. המערער טוען כי הכרעת הדין אינה מתייחסת כלל לנ/7, ולשיטתו לא ניתן ליישב בין נ/7 לבין התזה המרשיעה.

99. כמו כן, המערער סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שהתייחס להרחבת פי הטבעת של הפעוט, לקרעים בפי הטבעת ולשפך הדם על הלחי כמכלול ממצאים, המקימם חשד לתקיפה מינית. כך, לגישת המערער, ד"ר קוגל הבהיר בעדותו כי לא ניתן ללמוד דבר מהרחבת פי הטבעת, שכן מדידת קוטר ההרחבה נעשתה לאחר שהפעוט הורדם, והרדמה מרחיבה את פי הטבעת באופן טבעי. המערער מפנה לדבריו של ד"ר קוגל, לפיהם הרחבת פי הטבעת הנראית בתמונות יכולה להיגרם מסיבות טבעיות, ומשלא ניתן לשלול כי פי הטבעת הורחב לקוטר של 2.5 סנטימטרים כתוצאה מההרדמה – לא ניתן להתייחס אליו כממצא. נוכח האמור, המערער גורס כי אין לייחס להרחבת פי הטבעת כל משמעות ראייתית. לטעמו של המערער, גם את שפך הדם לא ניתן לקשור לשאר הפגיעות, מאחר שלא ניתן לשלול את האפשרות שהוא נגרם כתוצאה מחבלה תאונתית במועד שונה.

100. המשיבה, בעיקרי הטיעון מטעמה, טוענת כי יש להעדיף את חוות דעתו של ד"ר זייצב, הנתמכת בעדותו של פרופ' סרור, לפיה ההסבר האפשרי היחיד לחבלות בפי הטבעת של הפעוט הוא חדירה לפי הטבעת. המשיבה סבורה כי בצדק נדחה תרחיש הפיסורה, נוכח העדר אינדיקציה בתיקו הרפואי של הפעוט לכך שסבל מעצירות, וכן נוכח קביעתו של ד"ר זייצב כי הפציעות אינן תוצאה של תהליך כרוני משום שאין בהן כל סימני ריפוי. אשר לאפשרות כי החדרת האצבע גרמה לקרעים, המשיבה מפנה לדברי ד"ר זייצב, לפיהם החדרת אצבע לא הייתה יכולה לגרום להתרחבות של פי הטבעת כפי שנצפתה אצל הפעוט. משכך, המשיבה גורסת כי התרחיש העובדתי החלופי אינו תואם את גרסתו של המערער וכי הוא נותר בגדר אפשרות תיאורטית בלבד.

101. המשיבה מדגישה כי אף לפי הספרות אליה הפנה ד"ר קוגל בעצמו, בהעדר גורמים דוגמת עצירות כרונית או הרדמה, הרחבה של פי הטבעת לקוטר של מעל 2 סנטימטרים מקימה חשד להתעללות מינית. כן מצוין שם כי חתך עמוק בפי הטבעת הפוגע בספינקטר (השריר הסוגר את פי הטבעת), הוא אינדיקציה לחדירה תוך הפעלת כוח. אשר לטענה לפיה פי הטבעת נמדד רק לאחר ההרדמה, המשיבה מדגישה כי ד"ר זייצב כלל לא נחקר בסוגיה, וכי ממילא כלל הרופאים שטיפלו בפעוט בערב האירוע היו תמימי דעים כי פי הטבעת היה מורחב מהמצופה בפעוט בן גילו של הפעוט.

102. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים בסוגיית מנגנון הגרימה, שוכנעתי כי אין מקום להתערבות בממצאיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה. עם זאת, בפתח הדברים אעיר כי אני סבור שישנו קושי לקשור בין מכלול הממצאים שנמצאו על גופו של הפעוט, כממצאים הקשורים לאירוע אחד. לשיטתי, היה על בית המשפט המחוזי לבחון תחילה האם מחומר הראיות עולה כי כל אחד ממצאים אלו מתקשר בהכרח למעשה הסדום הנטען. משעסקינן בתיק פלילי המסתמך על ראיות נסיבתיות, סבורני כי מתחייבת זהירות רבה בעת עריכת קישור בין ממצאים שונים, אשר ניתן לספק להם הסבר חלופי המניח את הדעת, ואשר שולל את הקשר בינם לבין התקיפה המינית הנטענת. כך, בכל הנוגע לשפך הדם שעל לחיו של הפעוט, בית המשפט המחוזי קבע כי לא ניתן לקבוע את מועד גרימתו של השפך לפי צבעו, ואף ציין כי סימן זה יכול להיגרם כתוצאה מתאונה. בנסיבות אלה, לדידי, אין לראות את שפך הדם כחלק ממכלול ראיות המקים חשד לתקיפה מינית.

דברים אלו יפים גם בכל הנוגע להרחבה בפי הטבעת. על פי חוות דעתו של ד"ר קוגל, שלא נסתרה בעניין זה, הרחבה בפי הטבעת בקוטר של מתחת לשני סנטימטרים, אינה מהווה ממצא המקים חשד לקיומה של תקיפה מינית. במקרה שלפנינו, קוטר ההרחבה הנטען על ידי המאשימה אמנם היה שני סנטימטרים וחצי, אולם סבורני כי לא ניתן לשלול את האפשרות שמדידת קוטר ההרחבה נעשתה לאחר הרדמת הפעוט – וכפי שמצוין בהכרעת הדין, הרדמה יכולה להביא להרחבת פי הטבעת באופן טבעי. בעניין זה, יובהר כי ד"ר זייצב לא נחקר מפורשות בעניין טענת ההגנה כי מדידת קוטר ההרחבה בפי הטבעת בוצעה לאחר הרדמת הפעוט, אך מעדותו עולה כי לא עלה בידו לבצע בדיקה כלשהי בטרם הפעוט הורדם, מלבד צילום פציעותיו. ודוק, ד"ר זייצב נשאל בחקירתו הראשית מדוע הבדיקה בוצעה תחת הרדמה והשיב: "כשאני הגעתי לתינוק הוא התחיל לבכות ולצרוח ובוודאי כאב לו [...] אנחנו עושים בדיקה דרך פתיחת העכוזים, בדיקה חיצונית של פי הטבעת, ואחר כך אנחנו פותחים ומסתכלים קצת יותר לעומק. אבל במקרה הזה אני לא הצלחתי אפילו אהה, לגעת בעכוז, הוא התחיל לבכות ולצרוח, והזמנתי את הכירורג וכשהוא הגיע אז החלטנו להוריד אותו למטה לחדר ניתוח ותחת הרדמה גם לבדוק" (עמ' 114 לפרוטוקול). מדברים אלו, דומני כי המסקנה המתחייבת היא שמדידת קוטר ההרחבה בפי הטבעת נעשתה לאחר הרדמת הפעוט. כמו כן, לשיטתי, אף בעדויות הרופאים ד"ר גוז-מרק ופרופ' סרור – לפיהן פי הטבעת היה מורחב יותר מהמצופה בילד בגילו של הפעוט – אין די כדי לבסס ממצא כלשהו בדבר קוטר ההרחבה בטרם הורדם הפעוט. פרופ' סרור הבהיר בעדותו כי במצב דברים תקין, פי הטבעת מצוי במצב בו דפנותיו נוגעות זו בזו, וכי ההרחבה אותה זיהה היא לעומת מצב הדברים הרגיל (עמ' 538

לפרוטוקול). מעדותו של פרופ' סרור ברי כי כל הרחבה של פי הטבעת, גם אם קוטר הוא מתחת לשני סנטימטרים, הייתה נחשבת בעיניו להרחבה שהיא מעבר למצופה בילד בגילו של הפעוט. מהאמור עולה כי אין ראייה כלשהי בדבר קוטר ההרחבה בפי הטבעת של הפעוט לפני ההרדמה, ועל כן נותרת בעינה האפשרות שהרחבת פי הטבעת אל מעל לקוטר של שני סנטימטרים נגרמה בענייננו מסיבות טבעיות וללא קשר לתקיפה מינית. בהסתמך על כך, אני מוצא כי לא ניתן לראות בהרחבה בפי הטבעת של הפעוט כממצא המקים חשד לתקיפה מינית.

חרף האמור שוכנעתי, בהסתמך על הראיות הרפואיות שהוצגו בפנינו, כי די בקיומם של הקרעים שנמצאו בפי הטבעת של הפעוט – מבלי לקשור ביניהם לשפך הדם והרחבת פי הטבעת – כדי לבסס ממצא עובדתי לפיו הפעוט נפגע כתוצאה מהחדרה מכוונת של עצם קהה לפי הטבעת, ולא כתוצאה ממנגנון בלתי מכוון כלשהו.

103. כאמור לעיל, אין מחלוקת בין המומחים הרפואיים מטעם שני הצדדים כי הקרעים בפי הטבעת של הפעוט הם כתוצאה מחדירה של גוף קהה כלשהו לפי הטבעת של הפעוט. כך, ד"ר זייצב ציין בחוות דעתו כי ממצאי בדיקתו "מתיישבים עם החדרת פיץ או חפץ אחר לפי הטבעת" (ת/4, עמ' 5); פרופ' סרור הטעים בעדותו כי ההסבר לקרעים הוא "חדירה מחוץ לפי הטבעת לתוך החלחולת" (עמ' 534 לפרוטוקול); וד"ר קוגל ציין בחוות דעתו כי "הקרעים שנמצאו בפי הטבעת נגרמו ללא ספק כתוצאה מחבלה קהה [...] במקרה שלפנינו אני מקבל את ההנחה שהפגיעות בפי הטבעת נגרמו כתוצאה מהחדרת עצם נוקשה לפי הטבעת" (נ/29, עמ' 12).

104. המחלוקת בין המומחים נוגעת לשאלה האם קיים מנגנון שאינו מיני לקרעים האלה. ד"ר קוגל, בחוות דעתו, ציין כי קשה מאוד לקבוע על פי מאפייני החבלות בלבד האם פגיעה נגרמה כתוצאה מיחסי מין או מגורם שאינו מיני, וציטט מהספר Current Practice in Forensic Medicine כי: "פיסורה חריפה בפי הטבעת ופציעות אחרות של פי הטבעת ותעלת הרקטום יכולות לתמוך בטענות על חדירה מינית, אך רק לאחר שלילה של פציעות על רקע רפואי, תאונתי, ומכוון" (נ/29, עמ' 13). בהמשך חוות דעתו, ד"ר קוגל ציין כי לא ניתן לשלול מבחינה רפואית שלפעוט הייתה פיסורה שאינה כרונית בחדר הכושר, אשר דיממה מעט, והוחמרה בהמשך על ידי החדרה של עצם כלשהו – אשר לשיטתו יכול להיות גם אצבע. ד"ר קוגל הסביר שפיסורה היא ממצא שכיח ברפואת ילדים, המופיע אצל בין 6 ל-26 אחוז מהילדים. הוא הוסיף כי הפעוט קיבל מספר ימים לפני האירוע מרשם לברזל, אשר מהווה סיבה נפוצה להיווצרותן של פיסורות (נ/29, עמ' 20-22).

105. בחנתי בעיון את חוות דעתו של ד"ר קוגל ואת עדותו, ומבלי להכריע לגופו של עניין במחלוקת בינו לבין ד"ר זייצב בשאלה האם החדרה לא זהירה של אצבע עשויה להחמיר פיסורה עד כדי הקרעים שנמצאו בפי הטבעת של הפעוט – סבורני כי האפשרות של פיסורה שהוחמרה לא בוססה כנדרש על חומר הראיות. ד"ר קוגל עצמו העיד, בהגנותו, כי התרחיש המוצע על ידו הוא תרחיש תיאורטי העשוי להסביר את הממצאים שהוצגו לו, וכי הוא אינו יודע אם כך אכן אירע (עמ' 1444-1445, 1448 לפרוטוקול). מטבע הדברים, תחום הרפואה המשפטית אינו תחום של מדע מדויק, והוא מבוסס על השערות שונות. על מנת שניתן יהיה לקבל השערות אלה כהסבר אפשרי לאירוע שבפנינו, נדרש לגישתי כי הן יעוגנו בחומר הראיות. אין כך הדבר במקרה שלפנינו. לפי דבריו של ד"ר קוגל, פיסורה בפי הטבעת צריכה להתבטא בכאב אצל הפעוט הסובל ממנה, לכל הפחות בעת עשיית צרכים, כמו גם בתסמינים נוספים (עמ' 1446-1447 לפרוטוקול). ואולם, בחינת עדות המערער מגלה כי הוא לא ציין שהפעוט סבל מכאב או אי-נוחות כלשהי בבוקר האירוע עד לירידה אל חדר הכושר (ראו: עמ' 693 לפרוטוקול). יתרה מכך, לפי גרסת המערער עצמו, הפעוט לא בכה ולא הראה סימני כאב או אי-נוחות בעת שעשה לכאורה את צרכיו בחדר הכושר (ראו: פסקה 163 להכרעת הדין; עמ' 628-634 לפרוטוקול). לדברי המערער, רק כאשר הוא העביר את הפעוט מהכיור אל הספסל, לאחר שכבר עשה את צרכיו, הפעוט "עשה מעין נהמה קטנה כזאתי של בכי, והפסיק" (עמ' 818 לפרוטוקול). דומה כי דברים אלו אינם מתיישבים עם התיאור שניתן על ידי ד"ר קוגל להתנהגות של פעוט הסובל מפיסורה, כך שיש בגרסתו של המערער עצמו כדי לשלול את אפשרות קיומה של פיסורה באותו מועד.

106. זאת ועוד, המערער ביקש להיבנות מהעובדה כי לפעוט ניתן מרשם לברזל מספר ימים לפני האירוע (נ/12). לעמדתו, הואיל ונטילת ברזל עשויה להוביל לעצירות, וזו עשויה להוביל לקיומה של פיסורה, אין יסוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי בפסקה 165 להכרעת הדין, לפיה אין בסיס עובדתי לטענה בדבר קיומה של פיסורה. דעתי בעניין זה כדעת בית המשפט המחוזי. ראשית, יוטעם כי לא הוצגה תשתית עובדתית מספקת, ממנה ניתן יהיה ללמוד מהי מידת ההיתכנות לכך שנטילת ברזל תוביל לעצירות. אמנם, ד"ר קוגל עמד על כך שעצירות היא תופעת לוואי של נטילת ברזל, אך הוא לא פירט מהי ההסתברות לכך במקרה של נטילת התרופה במשך מספר ימים. כידוע, ישנן תופעות לוואי מסוימות אשר ההיתכנות להופעתן היא מזערית, ומתרחשת לעתים רחוקות בלבד. לפיכך, לא ניתן ללמוד מעצם העובדה שעצירות היא תופעת לוואי של נטילת ברזל, על כך שהשתלשלות האירועים המתוארת

על ידי ד"ר קוגל היא אכן התרחשות סבירה בנסיבות המקרה. שנית, בתיקו הרפואי של הפעוט אין כל התייחסות לכך שהוא סבל מעצירות בשלב כלשהו.

לבסוף, מקובלת עליי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי הימנעות ההגנה מלחקור את פרופ' סרור בשאלה האם הממצאים שמצא בפי הטבעת של הפעוט מתיישבים עם קיומה של פיסורה או עצירות, נעשתה ללא נימוק סביר – וכי בחירה זו פועלת לחובת ההגנה בכך שהיא מפחיתה ממשקלו של התרחיש החלופי המוצע על ידה (ראו: פסקה 15 להכרעת הדין). פרופ' סרור, כמומחה בכירורגיה של ילדים אשר טיפל בפעוט ובחן את הקרעים באופן בלתי אמצעי, היה יכול לתרום לעיגון התרחיש התיאורטי בממצאים שנמצאו אצל הפעוט בפועל, ובדרך זו לשפוך אור על סוגיית מנגנון הגרימה. המערער ניסה להסביר את הימנעותו מלחקור את פרופ' סרור בסוגיה, בכך שהשאלה האם נטילת ברזל יכולה להביא לפיסורה היא שאלה מובהקת של רפואה משפטית, שאינה בתחום מומחיותו של פרופ' סרור. אינני סבור כי הסבר זה הוא ממין העניין. אכן, פרופ' סרור אינו מומחה בתחום הרפואה המשפטית, ומשכך סוגיית מנגנוני הגרימה האפשריים אינה מתחום מומחיותו. ואולם, השאלה המונחת לפתחנו אינה כיצד נגרמו הקרעים, אלא האם הממצאים אשר נמצאו בפי הטבעת של הפעוט תומכים בתזה לפיה הפעוט סבל מפיסורה. זוהי שאלה המצויה בתחום מומחיותו של מומחה בכירורגיה של ילדים, אשר בחן וטיפל בפציעותיו של הפעוט בפועל. לא למותר לציין כי ד"ר זייצב, בעת שנשאל בחקירתו הנגדית האם התרחיש העובדתי שהוצע על ידי ההגנה הוא אפשרי, הפנה את הסנגור אל פרופ' סרור, באומרו כי "הוא מומחה בדברים קליניים ולדעתי זו שאלה קלינית" (עמ' 167 לפרוטוקול). לא זו אף זו, אם ההגנה סברה כי פרופ' סרור כלל אינו מומחה רלבנטי לעניין מנגנוני הגרימה, מתעוררת תהייה מדוע ביקשה לדחות את חקירתו כאשר סברה ששינה את מסקנותיו ביחס לאופן בו נגרמו הקרעים בפי הטבעת. לשיטתי, בנסיבות אלה, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי בחירתה של ההגנה להימנע מלחקור את פרופ' סרור בעניין מנגנון הגרימה החלופי המועלה על ידה מהווה בחירה טקטית, במטרה להימנע מקבלת תשובה אשר הייתה עשויה לפגוע בתרחיש החלופי אותו היא העלתה.

107. נוכח כל האמור, אני מוצא כי המערער לא השכיל לבסס את מנגנון הגרימה החלופי אותו העלה, שעניינו פיסורה אשר הוחמרה בשל החדרה לא מכוונת של עצם כלשהו. כמובא לעיל, ד"ר קוגל ציטט בעמ' 13 לחוות דעתו מאמר לפיו "פיסורה חריפה בפי הטבעת ופציעות אחרות של פי הטבעת ותעלת הרקטום יכולות לתמוך בטענות על חדירה מינית, אך רק לאחר שלילה של פציעות על רקע רפואי, תאונתי, ומכוון" (ההדגשות הוספו – ס.ג.). משעה שנשללת האפשרות לסיבה רפואית, תאונתית

או לא מכוונת לקרעים בפי טבעתו של הפעוט, יש לקבוע כי החדרת העצם קהה לפי הטבעת הייתה מכוונת.

108. בנוסף, לא מצאתי ממש בטענת המערער, לפיה לא ייתכן כי הפעוט חווה תקיפה מינית, בהעדרם של סימני טלטול בבדיקה שנערכה לו (7/ג). בניגוד לטענת המערער, ד"ר זייצב כלל לא אישר את הטענה שאילו היה מבוצע בפעוט מעשה סדום, היה הדבר גורם לו לטלטול. תשובתו של ד"ר זייצב "כן, כן", המצוטטת בנימוקי הערעור, ניתנה בתגובה לדברי הבהרה של הסנגור, בהם הבהיר את משמעות המונח "טלטול". תשובתו הברורה של ד"ר זייצב, לאחר שהובהרה לו השאלה, הייתה: "טלטול זה לא חלק מהאונס [...] אני לא פגשתי ואני לא יודע את זה, אני לא פגשתי שום עבודה לגבי זה שבזמן אונס לתינוק בן 18 חודשים נגרם גם טלטול [...] אני לא שמעתי על זה ואני לא יודע אם זה אפשר לגרום ל-shaking baby לדימומים בתוך רשתיות וכל הדברים בזמן האונס" (עמ' 228-229 לפרוטוקול). דברים אלו מדברים בעד עצמם. לא למותר לציין, כי בחוות דעתו של ד"ר קוגל אין כל התייחסות לשאלה האם טלטול הוא הכרחי בנסיבות של ביצוע מעשה סדום בפעוט בן 18 חודשים. משכך, אין כל עיגון בחומר הראיות לטענותיו של המערער בעניין זה, ודינן להידחות.

109. לסיכום חטיבה זו, אני מוצא כי עלה בידי המשיבה להראות שמכלול הראיות מאפשר לקבוע כממצא עובדתי כי מנגנון הגרימה לחבלותיו של הפעוט הוא כתוצאה מהחדרה מכוונת של עצם קהה לפי הטבעת, ולא כתוצאה ממנגנון בלתי מכוון כזה או אחר. עם זאת, אין באמור כדי לספק הסבר למקור הדימום שנוצר בחדר הכושר, עליו העיד המערער ועל התרחשותו אין עוררין. כל שניתן לקבוע הוא כי האפשרות שהעלה ד"ר קוגל לפיה מקור הדימום הראשוני בפיסורה – שהוחמרה לאחר מכן לכדי קרעים של ממש כתוצאה מהחדרת אצבע – לא בוססה כדבעי בחומר הראיות.

מצבו של הפעוט בבוקר האירוע

110. המערער גורס כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו לפיה הפעוט ירד לחדר הכושר כשהוא בריא, ללא פגיעה נטענת או מוכחת בפי הטבעת שלו. המערער סבור כי ממצא זה מבוסס על גרסת האם לפיה היא החליפה לפעוט חיתול בבוקר האירוע, ולא ראתה כל סימן של חבלה או דימום על ישבנו. לשיטת המערער, מאחר שגרסת האם היא שהיא השליכה את החיתול בפח האשפה שמתחת לכיור בדירה, וגרסה זו עומדת בסתירה לדוח התפיסה ת/59 – שבו נתפס בפח חיתול אחד בלבד ועליו מעט דם – הרי שגרסתה נשללת ולא ניתן לבסס עליה ממצא כלשהו. המערער מדגיש בעניין זה כי על

פי הכרעת הדין, המשיבה מנועה מלטעון כי הוא או מי מטעמו העלימו ראיות, בשל מחדלם של החוקרים לתפוס את סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את המתרחש בבניין ביום האירוע, לאחר חזרתו מחדר הכושר. לגישתו, מאחר שאין כל הסבר אפשרי אחר לכך שהחיתול המתואר בעדות האם לא נמצא בפח, זולת העלמת ראיות, הרי שהדבר מאיין את הממצא לפיו הפעוט היה בריא בבוקר האירוע.

111. המשיבה, מנגד, גורסת כי אין מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט המחוזי לקבל את עדותה של האם. המשיבה מדגישה כי לעדות האם באשר למצבו של הפעוט בבוקר האירוע נמצאו חיזוקים חיצוניים: סרטוני מצלמות האבטחה בהם נראה הפעוט יוצא מהמעלית כשהוא צועד על רגליו; עדותו של המערער, אשר סיפר כי מצבו של הפעוט בבוקר המקרה היה תקין, וכי הפעוט התרוצץ בחדר הכושר; ועדות גב' בר, אשר התרשמה כי הפעוט היה בסדר כאשר פגשה בו בחדר הכושר. בכל הנוגע לטענת ההגנה לפיה העדר אפשרות לטעון שהמערער העלים ראיות מאינת את גרסת האם בעניין החלפת החיתול בבוקר – המשיבה סבורה כי בית המשפט המחוזי לא קבע קביעה פוזיטיבית לפיה המערער לא העלים ראיות, אלא רק קבע שהמשיבה לא תוכל להציג ראיות ולהשמיע טענות בעניין זה. נוכח האמור, המשיבה טוענת כי הוכח שמצבו של הפעוט בבוקר האירוע היה תקין.

112. לא מצאתי מקום להתערב בממצאיו של בית המשפט המחוזי בדבר מצבו של הפעוט בבוקר האירוע. אמנם, לגישתי, לא ניתן היה להסתמך בסוגיה זו על עדותה של האם, נוכח קביעתו הברורה של בית המשפט המחוזי כי המשיבה לא תוכל לטעון להעלמת ראיות מצדו של המערער. על אף האמור, מעיון בחומר הראיות עולה כי קיימות די ראיות חיצוניות, אשר אינן תלויות בגרסתה של האם בדבר החלפת החיתול, כדי לקבוע שמצבו של הפעוט בעת הירידה לחדר הכושר היה תקין, למעט צינור ממנו סבל.

113. במאמר מוסגר, יצוין כי מקובלת עליי טענתו של המערער כי קביעתו של בית המשפט המחוזי בפסקה 84 להכרעת הדין, לפיה: "העובדה שלא נמצאו חיתולים נוספים בפח האשפה מתחת לכיור אינה שוללת את טענת האם שהוחלף חיתול בבוקר", עומדת בסתירה לקביעה כי בשל מחדלי החקירה, המשיבה תהיה מנועה מלטעון שהמערער או מי מטעמו העלימו ראיות. בפי המשיבה או בגוף הכרעת הדין אין כל הסבר חלופי כיצד ייתכן שהוחלף חיתול בבוקר האירוע, אך חיתול זה לא נמצא בפח (וראו: פסקה 85 להכרעת הדין) – וההסבר האפשרי היחיד שנותר הוא שהמערער העלים ראיות. משכך, המשמעות המעשית של קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה האם החליפה לפעוט חיתול בבוקר האירוע, היא שהמערער אכן העלים ראיות. ואולם,

בהעדרן של ראיות חיצוניות כלשהן אשר יתמכו בגרסת האם בעניין זה, וכאשר הראיה החפצית היחידה בסוגיה היא דוח התפיסה ת/59, אשר סותר את גרסת האם – סבורני כי קביעתו של בית המשפט המחוזי, בשילוב עם מחדלי החקירה, יוצרת עיוות דין למערער. זאת, שכן הלכה למעשה מועבר אליו הנטל להוכיח שלא העלים ראיות או שהפעוט לא עשה את צרכיו בבוקר האירוע. תוצאה זו אינה יכולה לעמוד. לגיشتי, משקבע בית המשפט המחוזי כי עקב מחדלי החקירה, לא תוכל להישמע המשיבה בטענות לפיהן המערער העלים ראיות, אין הוא יכול להגיע לתוצאה ממנה מתחייבת המסקנה הבלעדית כי המערער העלים ראיות, שכן מדובר בקביעת דבר והיפוכו – באופן המקפח את הגנתו של המערער. ודוק, אין בדברים אלו כדי לקבוע מסמרות כלשהן בדבר מהימנות גרסתה של האם בסוגיה, ואינני מקבל את טענת המערער כי אי-ההתאמה בין עדותה לבין דוח התפיסה ת/59 שוללת את גרסתה. אכן, כשיטת המשיבה, בית המשפט המחוזי לא קבע בהחלטתו ממצא פוזיטיבי לפיו המערער לא העלים ראיות. עם זאת, כפי שעמדתי על הדברים לעיל, מחדלי החקירה מחייבים לבחון האם לא נפגעת בעטיים יכולתו של המערער להתגונן מפני האישומים נגדו.

114. חרף האמור, כפי שצינתי לעיל, מצאתי כי ניתן לקבוע ממצא עובדתי בדבר מצבו של הפעוט בבוקר האירוע על סמך ראיות אחרות. קביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר מצבו של הפעוט בבוקר האירוע התבססה – בנוסף לגרסת האם בדבר החלפת חיתול – על מספר אדנים נוספים, אשר סבורני כי הם מבססים במידה הנדרשת את הממצא לפיו הפעוט ירד לחדר הכושר כשהוא בריא.

בראש ובראשונה, גרסתו העקבית של המערער הייתה כי לפי מראית עיניו מצבו של הפעוט בעת הירידה אל חדר הכושר היה תקין. המערער אמנם ציין בעדותו כי הפעוט סבל מחום ונטל אנטיביוטיקה – אך הוא שב והבהיר כי מלבד פרט זה, מצבו של הפעוט היה כשורה. כך, ביחס להחלטה לצאת לארוחה במסעדה, השיב המערער: "ילד אחרי שלושה או ארבעה ימים של אנטיביוטיקה, סביר להניח שהוא לא חש בסדר [...] ובגלל, בין היתר, ראיתי שהילד רץ ומשחק, הכול בסדר איתו, ומפאת זה שאנחנו כמעט ולא יוצאים אז אמרתי לה – אנחנו נצא" (עמ' 690 לפרוטוקול; ההדגשה הוספה – ס.ג.). בהמשך, המערער נשאל מפורשות לגבי מצבו של הפעוט טרם הירידה לחדר הכושר, והשיב כי מצבו היה תקין:

"עו"ד בילנקה: תראה. אתה, אני רוצה רגע להבין, אתה בשבת בבוקר, אתה אומר בעצמך, הילד, ראית שהוא בסדר, נכון? הוא רץ כבר נכון? ואתה אומר את זה בעצמך. לפני שירדתם לחדר הכושר.

[המערער]: כן.

עו"ד בילנקה: כלומר, הילד היה במצב, אהה, בהחלט סביר. לא הבחנת שמהו אצלו שלא כשורה, נכון?

כב' הש' דותן: אני אשאל את השאלה - הילד לא היה במצב שמנע ללכת למסעדה.

[המערער]: כן, גברתי.

כב' הש' דותן: הילד היה במצב גם שלא מנע לרדת איתו לחדר כושר.

[המערער]: כן, גברתי" (עמ' 691 לפרוטוקול).

כך גם ביחס למצבו של הפעוט בעת שהייה בחדר הכושר, המערער העיד כי הפעוט "רץ והשתולל בחדר הכושר בלי סוף. ממש רץ וחזר, רץ וחזר, ממש בלי סוף" (עמ' 634 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית, המערער אישר כי לא התרשם שמהו במצבו של הפעוט לא היה כשורה:

"עו"ד בילנקה: ומתי בר העידה כאן שבזמן שהיא הייתה בחדר הכושר - הילד היה בסדר גמור. הוא רץ, הוא טיפס, לא הייתה שום סיבה לחשוב שמהו מציק לו, משהו לא כשורה אצלו.

[המערער]: נכון.

עו"ד בילנקה: נכון. כלומר גם אתה לא הבחנת במשהו שאיננו כשורה בשלב הזה.

[המערער]: נכון" (עמ' 705 לפרוטוקול).

115. דברים ברורים אלו של המערער זוכים לתמיכה משני מקורות. המקור הראשון, הוא הסרטון הראשון מביין סרטוני מצלמות האבטחה ת/1. בסרטון זה, נראים המערער והפעוט יוצאים מהמעלית אל המסדרון המוביל לחדר הכושר. הפעוט עומד על רגליו ויוצא מהמעלית בכוחות עצמו. ניכר כי הוא אינו מעוניין להמשיך לכיוון חדר הכושר והוא מנסה לשוב חזרה אל המעלית, אך דלתה נסגרת מאחוריו. המערער לוקח את ידו של הפעוט בידו, והשניים יוצאים מטווח המצלמה. מהמקטע בסרטון שבו נראים המערער והפעוט בעדשת מצלמה, אשר אורכו כ-25 שניות לערך, דומה כי הפעוט מתנהג בצורה תקינה.

המקור השני לחיזוק עדות המערער, הוא בעדותה של גב' בר, אשר עמדה אף היא על כך שמצבו של הפעוט היה תקין בעת הימצאותו בחדר הכושר. גב' בר נשאלה

בדבר התרשמותה ממצבו של הפעוט והשיבה: "הוא היה בסדר גמור [...] ההליכון לידי, הרי בעלי ירד, הוא היה ריק, אז הוא כזה עלה עליו וירד, מה שיש לשחק שם, אין הרבה מה לשחק בחדר כושר לילד, אבל הוא היה נראה בסדר גמור, ממה שאני מבינה, היה לי גם כמה שניות, אבל היה נראה בסדר גמור" (עמ' 478-479 לפרוטוקול).

116. ממכלול הראיות המפורטות לעיל, עולה כי מצבו של הפעוט בבוקר האירוע, עובר למועד שבו נותר לבדו עם המערער בחדר הכושר, היה תקין – למעט אותו צינור אשר הוזכר לעיל. אין בחומר הראיות ולו בדל ראיה אשר עשויה ללמד על כך שהפעוט לא היה בריא בשעה שהמערער ירד עמו לחדר הכושר, או בשעה שהשניים נמצאו בחדר הכושר בנוכחותם של בני הזוג בר. על כן, אין בידי לקבל את טענת המערער כי חוסר ההתאמה בין עדות האם בדבר החלפת חיתול בבוקר האירוע לבין דוח התפיסה ת/59, שולל את הממצא לפיו הפעוט ירד לחדר הכושר כשהוא בריא. סבורני כי חומר הראיות בסוגיה זו הוא בעוצמה מספקת כדי לבסס עליו ממצא לפיו מצבו של הפעוט בבוקר האירוע היה תקין, וכי הוא לא סבל בשלב זה מפגיעה כלשהי. בכך, חומר הראיות הקיים מאפשר להתגבר על מחדלי החקירה שבאי-תפיסת סרטוני מצלמות האבטחה ובאי-עיומתה של האם עם הבעייתיות שבגרסתה, ועל כן שוכנעתי כי מחדלים אלו אינם מקפחים את הגנתו של המערער.

משך הימצאותו של המערער ביחידות עם הפעוט בחדר הכושר – חלון ההזדמנויות

117. בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי דחה את גרסת המערער לפיה הוא נמצא עם הפעוט ביחידות בחדר הכושר דקות בודדות בלבד, וקבע כממצא עובדתי כי פרק הזמן שבו הם נותרו שם לבדם היה 17 דקות לפחות. ממצא זה נקבע בהסתמך על סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את כניסתם ויציאתם של המערער והפעוט מחדר הכושר, ובהסתמך על עדותה של גב' בר בדבר משך הימצאותה בחדר הכושר יחד עם בעלה. בית המשפט המחוזי אמנם ציין כי בשל מחדל חקירה, לא נתפסו הסרטונים המתעדים את המועד המדויק שבו בני הזוג בר יצאו מחדר הכושר – אך מצא כי עדותה של גב' בר היא עדות אמינה ואובייקטיבית, המאפשרת להתגבר על מחדל החקירה, וכי ניתן לבסס באמצעותה ממצא עובדתי בסוגיה.

118. המערער סבור כי עדותה של גב' בר בסוגיית משך הזמן בו נמצאה בחדר הכושר אינה קבילה, ולחלופין כי משקלה הוא אפסי. המערער מציין כי ההסבר של גב' בר – לפיו היא יודעת בוודאות ששבה לדירתה מחדר הכושר עד לשעה 11:00 משום שהיא חולת לב והדבר מחייב אותה להגביל את זמן האימון – הועלה לראשונה בחקירתה הראשית, מבלי שנשאלה על כך. בעניין זה, המערער מדגיש כי בניגוד לאמור

בהכרעת הדין, גב' בר כלל לא נשאלה כיצד היא יודעת מתי יצאה מחדר הכושר, ונידבה מידע זה מיוזמתה. לשיטת המערער, העלאת ההסבר לראשונה בשלב כה מאוחר מנוגדת להוראת סעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי, המחייב מתן הזדמנות סבירה להגנה לעיין בכל ראיה והודעה, כתנאי לקבילותן. בנוסף, לעמדת המערער, מדובר בעדות כבושה, שלא ניתן הסבר סביר לכבישתה עד לשלב החקירה הראשית.

119. עוד טוען המערער כי בית המשפט המחוזי לא התייחס כלל לסתירה בעדותה של גב' בר בדבר המועד שבו היא ובעלה הגיעו אל חדר הכושר. המערער מדגיש כי בהכרעת הדין צוין, בהתאם לחקירתה הראשית של גב' בר, כי היא הגיעה אל חדר הכושר בין השעות 10:20-10:30 – וזאת חרף העובדה שבחקירתה הנגדית אישרה גב' בר את האמור בהודעתה במשטרה, כי הגיע לחדר הכושר מעט אחרי השעה 10:30. המערער מוסיף כי על פי עדות גב' בר, היא ובעלה הגיעו לחדר הכושר מעט אחרי השעה 10:30, התאמנו רבע שעה עד להגעת המערער, ושהו יחד עמו בחדר הכושר עוד רבע שעה. לוח זמנים זה, לגישת המערער, סותר את עדותה לפיה עד השעה 11:00 כבר נמצאה בביתה, ומחייב מתן משקל אפסי לעדותה. עוד לשיטת המערער, בית המשפט המחוזי שגה בכך שבחר להעדיף את גרסתו בהודעתו הראשונה במשטרה (ת/22א), לפיה שהה בחדר הכושר עם בני הזוג בר כעשר דקות, על פני עדות הגב' בר, לפיה מדובר בפרק זמן של כרבע שעה – ותוך התעלמות מהעובדה כי באותה הודעה המערער מסר גם כי היה עם הפעוט דקות בודדות בלבד לאחר שבני הזוג בר עזבו את חדר הכושר.

120. טענה נוספת בפי המערער היא שלא היה מקום לקבוע כי עדות גב' בר מאפשרת להתגבר על מחדל החקירה באי-תפיסתו של הקטע בסרטוני מצלמות האבטחה המתעד את יציאתם של בני הזוג בר מחדר הכושר. לעמדת המערער, היה על בית המשפט לקבוע כי ראיה חפצית-אובייקטיבית מדויקת כמו מצלמת אבטחה עדיפה על פני הסתמכות על הזיכרון האנושי. משכך, לטעמו, מחדל החקירה מנע ממנו את האפשרות להציג ראיה טובה יותר בדבר חפותו, ועל כן, לדידו, ברי כי נפגעה וקופחה הגנתו בשל מחדל החקירה. המערער מוסיף וטוען כי נוכח הכלל בדיני הראיות, לפיו הימנעותו של צד מלהביא ראיה הנמצאת או שהייתה יכולה להימצא ברשותו מקימה חזקה שראיה זו הייתה פועלת נגדו – יש לקבוע כי אי-הצגתו של הקטע בסרטוני מצלמות האבטחה המתעד את מועד יציאתם של בני הזוג בר מחדר הכושר, מקים חזקה לחובת המשיבה לפיה לא היה למערער חלון הזדמנויות מספיק לביצוע המיוחס לו.

121. לגישת המשיבה, מאידך, אין ממש בטענות המערער בסוגיית "חלון

ההזדמנויות". המשיבה עומדת על כך שסרטוני מצלמות האבטחה ת/1 תוחמים את זמן שהייתו של המערער עם הפעוט בחדר הכושר לפרק זמן של כ-35 דקות, בין השעות 11:12-10:37. המשיבה מדגישה כי גב' בר חזרה באופן עקבי, הן בעדותה והן בהודעתה, על כך שנמצאה בביתה עד לשעה 11:00, ועדותה נמצאה מהימנה על בית המשפט המחוזי. המשיבה מוסיפה כי עדותה של גב' בר אף מתיישבת עם גרסתו של המערער בתחילת חקירתו הראשונה (ת/22א). כך, המשיבה מציינת כי המערער כלל לא העלה מיוזמתו את העובדה כי נמצאו בחדר הכושר אנשים נוספים, וכי לא הייתה לו שהות מספקת לבצע בפעוט מעשה סדום. לשיטת המשיבה, המערער העלה את דבר נוכחותם של אנשים נוספים רק בתשובה לשאלות חוקריו, ורק בהמשך חקירתו ציין כי נמצא עם הפעוט לבדו בחדר הכושר דקות בודדות בלבד. נוכח האמור, לטעמה של המשיבה, אין מקום להתערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה המערער, במהלך גרסאותיו השונות, האריך בהדרגה את משך הימצאותם של בני הזוג בר בחדר הכושר. על יסוד טעמים אלו, המשיבה סבורה כי בצדק החליט בית המשפט המחוזי להעדיף את עדותה של גב' בר על פני עדות המערער, וכי קביעתו בדבר פרק הזמן שבו נמצאו המערער והפעוט לבדם בחדר הכושר מבוססת כדבעי.

122. אפתח בטענת המערער הנוגעת לסעיף 77(א) לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף זה קובע כי: "לא יגיש תובע לבית המשפט ראייה ולא ישמיע עד אם לנאשם או לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראייה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם ויתרו על כך". הסעיף ממוקם בסימן ג' לפרק ד' לחוק סדר הדין הפלילי, אשר כותרתו "עיון בראיות התביעה". זכות העיון בחומר החקירה נחשבת לזכות בעלת מעמד רם, הנמנית על זכויות היסוד של הנאשם. זאת, משום שהיא מעניקה לנאשם הזדמנות מלאה להתגונן מפני האישום נגדו, ובכך היא מאפשרת לממש את זכותו להליך הוגן (ראו: בש"פ 7990/14 מקונן נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (29.12.2014); בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684, פסקה 7 (2007); בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, פסקה 11 (2005)). כמו כן, מקובל לומר כי זכות העיון באה לצמצם במידת מה את פער הכוחות בין המדינה לבין הנאשם (ראו: בש"פ 5027/14 מדינת ישראל נ' הירשמן, פסקה יד (31.7.2014); בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, פ"ד סג(2) 453, פסקה 21 (2009); בש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 203, פסקה 4 (2004)).

123. ההוראות הפרטניות המעוגנות בסימן ג' לפרק ד' לחוק סדר הדין הפלילי, מהוות את היישום של זכות העיון בחיי המעשה. ליבו של ההסדר הוא בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, המתיר לנאשם ולסניגורו לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה

וברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם על ידי המאשימה בנוגע לכתב האישום, ולהעתיקים. בגדר הסעיף, אף נקבע מנגנון של ביקורת שיפוטית על הגשמתה של זכות העיון (וראו: סעיפים 74(ב)-74(ו) לחוק סדר הדין הפלילי). סעיף 75 לחוק סדר הדין הפלילי קובע את האופן בו יבוצעו העיון בחומר החקירה והעתקתו, וסעיף 77 לחוק קובע את הסנקציה בצד הפרת זכותו של הנאשם לעיון בחומר החקירה (וראו: 11364/03 פלוני נ' משטרת ישראל, פ"ד נח(5) 583, פסקה 5 (2004); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 1013-1015 (מהדורה שלישית, 2009)).

124. לגישת המערער, עדותה של גב' בר – לכל הפחות, בחלק הנוגע למחלת הלב ממנה היא סובלת – אינה קבילה בהיותה מפרה את הוראת סעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי, משום שלא הופיעה בהודעתה במשטרה ולא הועברה לעיון ההגנה טרם מתן העדות. אין בידי לקבל פרשנות זו של המערער. מיקומו והגיונו של סעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי מלמדים, לשיטתי, כי הוא מתמקד בפעולותיה של המאשימה ולא בפגיעה בנאשם, ולכן הוא מוגבל לאותם מצבים בהם קיימת ברשותה של המאשימה ראייה או עדות כלשהי, וזו לא הועברה אל הנאשם. במילים אחרות, לגישתי, סעיף 77 מטיל על המאשימה חובה "לשחק בקלפים פתוחים", ולגלות לנאשם כל ראייה ועדות המצויה באמתחתה, וכך לאפשר לו להכיר את קווי הטיעון אותם בכוונתה להעלות נגדו. אי-קיום חובה זו מקים בפני המאשימה מחסום דיוני מפני שימוש בראיות או בעדויות שלא נמסרו לידי הנאשם. ואולם, אם רכיב מסוים בעדות אינו ידוע למאשימה ולא נחשף בפניה קודם לכן, אין זה מוצדק למנוע את הצגתו רק בשל כך שלא הועבר לעיון ההגנה קודם לכן – ובלבד שאין הדבר פוגע בהגנתו של הנאשם. ניתן להקביל את המצב המתואר לסעיף 74 לחוק הדין הפלילי. סעיף זה מקנה, כאמור, זכות עיון בחומר החקירה. ככל שראיה או עדות מסוימת אינה מצויה בידי המאשימה, משום שלא גולתה על ידי העד עובר לעדותו, ברי כי המאשימה לא הפרה את זכות העיון המוקנית לנאשם. בהתאם לכך, סבורני כי מקום שבו ראייה מסוימת כלל אינה מצויה ברשותה של המאשימה, ומתגלה רק במהלך דיוני ההוכחות, אין תחולה לסעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי – והנפקות שיש לייחס להעלאת פרט מסוים לראשונה בשלב העדות הוא במישור המשקל ולא הקבילות. במקרה מעין זה, מוטל על הערכאה הדיונית להבטיח כי ניתנת לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן מפני אותו רכיב חדש בעדות, וכן מוטל עליה לבחון את ההסבר שמעניק העד להחסרת הפרטים עד לאותו שלב. ככל שאין פגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, וככל שניתן הסבר משכנע להעלאת הפרט בשלב מאוחר, אין מניעה, לדידי, להסתמך על העדות.

125. מן הכלל אל הפרט, אין מחלוקת כי הודעתה של גב' בר במשטרה הועברה אל

ההגנה, וכי ניתנה להגנה האפשרות לעיין בתוכן ההודעה. אף אין מחלוקת כי ההסבר אותו הציגה גב' בר לא היה ברשות המשיבה. משכך, סבורני כי המשיבה עמדה בחובותיה לפי סעיף 77 לחוק סדר הדין הפלילי. כמו כן, לא מצאתי כי יש בהעלאתו המאוחרת של הסבר זה כדי לפגוע בהגנתו של המערער. ראשית, גב' בר מסרה כבר בהודעתה לחוקרי המשטרה את הפרט לפיו הייתה בדירתה עד לשעה 11:00, ומאחר שהודעתה הועברה להגנה מבעוד מועד – ההגנה יכולה הייתה לדעת מראש איזה שימוש מבקשת המשיבה לעשות בעדותה של גב' בר ולהתכונן לכך. מחלת הלב של גב' בר היא ההסבר כיצד היא יודעת פרט זה, כך שאין מדובר במקרה בו ההגנה מופתעת ביחס לנתון העובדתי אותו מבקשת המשיבה להוכיח ולקו הטיעון שבו בכוונתה לנקוט. שנית, הפרט הועלה במסגרת חקירתה הראשית של גב' בר, כך שהייתה בידי ההגנה האפשרות לחקור אותה בדבר נסיבות העלאתו באיחור, במסגרת החקירה הנגדית. שלישית, ולבסוף, מחלת הלב ומגבלת הזמן לאימון היא נסיבה אובייקטיבית, אשר היה באפשרותה של ההגנה לבדוק לאחר עדותה של גב' בר, ובמידת הצורך לבקש להשלים את חקירתה של גב' בר בהתאם לממצאי הבדיקה. חזקה על ההגנה כי בחנה את ההסבר שניתן על ידי גב' בר, ועל כן, משלא ביקשה להשלים את חקירתה של גב' בר – עולה מכך כי לא נמצא דבר העלול לשלול את הסברה של גב' בר.

126. זאת ועוד, אני מוצא כי גב' בר סיפקה הסבר משכנע לכך שהעלתה את סוגיית מחלת הלב ממנה היא סובלת רק בשלב עדותה הראשית, וכי אין ממש בטענות המערער לפיהן מדובר בעדות כבושה. יוזכר ויודגש, כי גב' בר מסרה כבר בהודעתה בפני חוקרי המשטרה שהיא שבה לדירתה מחדר הכושר עד לשעה 11:00 בבוקר יום האירוע. בחקירתה הנגדית, גב' בר נשאלה על ידי בא-כוח המערער מדוע לא ציינה בהודעתה כי היא יודעת פרט זה בשל כך שמחלתה מחייבת אותה להגביל את זמן האימון ועקב כך להסתכל בשעון. היא הסבירה כי בעת שמסרה את הודעתה במשטרה, היא התבקשה לספר על קרות האירוע, אך מאחר שלא ידעה דבר בנוגע למעשה המיוחס למערער באותו מועד, לא הבינה כי סוגיית מחלתה מהווה פרט חשוב. היא תיארה כי בהמשך גביית הודעתה, השוטר גובה ההודעה שאל אותה שאלות, אך לא שאל כיצד היא יודעת שהייתה בביתה עד השעה 11:00, ומשכך לא מסרה פרט זה. רק בהמשך, כאשר נשאלה שאלות במהלך חקירתה בנושא, הבינה כי מדובר בפרט משמעותי. הסבר זה, לדידי, הוא הסבר המניח את הדעת. מטבע הדברים, עד אשר מוסר הודעה לשוטר אינו מסוגל לעמוד בפירוט מלא על האופן שבו הוא יודע את הפרטים אותם הוא מוסר. בדיוק לשם כך, הוא נשאל שאלות הבהרה על ידי השוטר לאחר שהוא מוסר את גרסתו. לא אחת, אנו נתקלים במקרים בהם עד נשאל במהלך חקירותיו שאלות הנוגעות לרכיבים בעדותו, ואז מוסר דברים המבהירים פרטים הכלולים בהודעותיו. על כן, אינני מוצא

מקום לקבל את טענת המערער כי עדותה של גב' בר אינה קבילה או כי מדובר בעדות כבושה.

יתרה מכך, אין בידי לקבל את טענתו של המערער כי גב' בר מסרה את הפרט בדבר מחלת הלב ממנה היא סובלת מיוזמתה ומבלי שנשאלה על כך. תחילה, גב' בר מסרה פרט זה בחקירתה הראשית. היא נשאלה אם היא זוכרת "מתי, באיזה שעה יצאתם מחדר הכושר", והשיבה "לדעתי רבע ל-11, כי אני פחות או יותר מסתכלת בשעון כשאני מסיימת כי אני חולת לב אז יש לי ככה זמן מוקצב להתאמן על ההליכון" (עמ' 478 לפרוטוקול). אמנם, שאלת באת-כוח המאשימה לא נגעה במפורש לשאלה כיצד גב' בר זוכרת מתי יצאה מחדר הכושר, אולם למקרא השאלה שנשאלה, אינני סבור כי ניתן לומר שגב' בר העלתה את ההסבר בדבר מחלת הלב מיוזמתה בלבד ומבלי שנשאלה על כך. מדובר בהבהרה אשר ניתנה באופן טבעי, לפרט בעדותה אשר גב' בר לא הייתה בטוחה לגביה. מכל מקום, בחקירתה הנגדית נשאלה גב' בר לראשונה מפורשות כיצד היא יודעת שהייתה בביתה עד לשעה 11:00, ואז השיבה כי היא יודעת זאת "משום שאני מסתכלת בשעון [...] אני תמיד מסתכלת בשעון כשאני בחדר כושר" (עמ' 481 לפרוטוקול). בנסיבות אלה, דומני כי ההסבר שניתן על ידי גב' בר, ניתן רק בשלב זה, משום שרק במהלך עדותה נתבקשה להבהיר כיצד היא זוכרת באופן ודאי שהייתה בביתה עד לשעה 11:00. משכך, אינני מוצא כי נפל פגם בהחלטתו של בית המשפט המחוזי לקבל את עדותה של גב' בר ולבסס עליה ממצאים עובדתיים.

127. כן סבורני כי יש לדחות את טענת המערער לפיה בית המשפט המחוזי שגה בכך שקבע כי עדות גב' בר מאפשרת להתגבר על מחדל החקירה שנפל באי-תפיסת צילומי מצלמות האבטחה המתעדים את יציאתם של בני הזוג בר מחדר הכושר. עסקינן במחדל חקירה שעניינו באי-הצגתה של ראיה רלבנטית, אשר הייתה יכולה לבסס טענה שהיא מעין טענת אליבי, לפיה למערער לא היה חלון הזדמנויות לביצוע המעשה המיוחס לו. בכגון דא, ההגנה יכולה לנסות ולהצביע על הראיה החסרה כשיקול בדבר קיומה של האפשרות הנטענת על ידה בנסיבותיו של המקרה. על בית המשפט לבחון האם הראיות שהוצגו בפועל על ידי התביעה מוכיחות את הנטען על ידה מעבר לספק סביר, אף אם המחדל מנע את הצגתה של ראיה טובה יותר. זאת, בשים לב לכלל לפיו אין התביעה נדרשת להוכיח את המוטל עליה באמצעות "הראיה המקסימלית" – דהיינו, הראיה הטובה ביותר שתיתכן – אלא עליה להוכיח את המוטל עליה באמצעות "ראיה מספקת" – שהיא הראיה הטובה ביותר בנמצא (וראו: ע"פ 846/10 בדוי נ' מדינת ישראל, פסקה 68 (14.7.2014); עניין אנטקלי, פסקה 4; עניין אלחודטי, פסקה ז(2); עניין מליקר, פסקה 6(ג); יעקב קדמי על הראיות 1981 (מהדורה מעודכנת, 2009)).

במקרה שלפנינו, בצדק ציין המערער בטיעונו כי סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את יציאת בני הזוג בר היו יכולים לספק ראייה חפצית ומדויקת לגבי משך הזמן שבו נמצא המערער עם הפעוט ביחידות בחדר הכושר. במובן זה, אין חולק כי סרטונים אלה ממצלמות האבטחה היו הראיה הטובה ביותר שתיתכן. ואולם, בית המשפט המחוזי בחן את חומר הראיות שבנמצא, ומצא כי עדותה של גב' בר היא "ראיה מספקת", המאפשרת לקבוע ממצא עובדתי בדבר פרק הזמן בו המערער והפעוט נמצאו בחדר הכושר לבדם. כאמור, בית המשפט המחוזי מצא כי עדותה של גב' בר היא עדות מהימנה ואובייקטיבית, ואף מצא כי היא מתיישבת עם גרסתו הראשונה של הנאשם לפיה בני הזוג בר שהו בחדר הכושר עמו כעשר דקות והלכו. המדובר בממצא מהימנות מובהק, המבוסס על התרשמותו של בית המשפט המחוזי מעדותה של גב' בר. משמצא בית המשפט המחוזי כי עדותה של גב' בר מהימנה עליו, הוא היה רשאי להסתפק בחומר הראיות הקיים, חרף המחדל שבאי-השגתה של ראייה טובה ומדויקת יותר.

128. המערער מוסיף וטוען כי במקרה שלפנינו מתקיים אחד החריגים לכלל אי-ההתערבות בממצאי המהימנות של הערכאה הדיונית, וזאת, לגישתו, נוכח סתירות מהותיות שנפלו בלוח הזמנים אותו תיארה גב' בר. עיינתי בעדותה של גב' בר בכל הנוגע לפרקי הזמן בהם נמצאה בחדר הכושר ולא מצאתי בה סתירה המצדיקה שינוי ממצאיו של בית המשפט המחוזי. בחקירתה הראשית, גב' בר ציינה כי "ירדנו אני ובעלי להתאמן בחדר הכושר, זה היה נדמה לי קרוב ל-10:30, 10:20 משהו כזה, התאמנו איזה רבע שעה, משהו כזה, ואז הוא נכנס עם התינוק". בהמשך, נשאלה גב' בר מתי יצאה מחדר הכושר, והשיבה "לדעתי רבע ל-11" (עמ' 478 לפרוטוקול). בסוף חקירתה הראשית, נשאלה גב' בר כמה זמן התאמנו בנוכחות המערער והפעוט, והשיבה "איתם מקסימום רבע שעה לדעתי" (עמ' 480 לפרוטוקול). בחקירתה הנגדית, נשאלה גב' בר על ידי בא-כוח המערער: "תראי, תסכימי איתי שאת לא זוכרת ממש את לוח הזמנים, מתי בדיוק הגעת, מתי בדיוק יצאת", והשיבה: "זה אני זוכרת, לא על הדקה אבל אני זוכרת" (עמ' 481 לפרוטוקול). בא-כוח המערער עימת את גב' בר עם הודעתה במשטרה, לפיה ירדה לחדר הכושר מעט לאחר השעה 10:30, והיא אישרה זאת: "ירדתי 10:30, אולי קצת אחרי, כן" (עמ' 484 לפרוטוקול).

ממכלול הדברים האמורים, עולה כי גב' בר אכן לא ידעה ליצור לוח זמנים ברור "על הדקה" של השעה שבה ירדה לחדר הכושר והשעה שבה הגיע לשם המערער עם הפעוט. ואולם, סבורני כי אין מדובר בסתירה מהותית כפי שהמערער מבקש לטעון,

מאחר שלטעמי אין לדקדק בקוצו של יוד בפרקי הזמן אותם תיארה גב' בר. ברי מדבריה כי היא מוסרת הערכת זמן שאינה מדויקת, וכי סביר בהחלט שמדובר בפרקי זמן קצרים או ארוכים במספר דקות מרבע שעה. לדידי, הפרט המהותי בגרסתה של גב' בר, עליו שבה ועמדה באופן חד-משמעי, היה כי היא חזרה לביתה עד לשעה 11:00. כך, כאשר נשאלה גב' בר בחקירתה הנגדית "אז תסכימי איתי שממה שאת אומרת יכול להיות שאתם ירדתם, זאת אומרת נכנסתם לחדר הכושר ב-10:34, 5, 6 והיית שם כחצי שעה", היא שללה זאת והדגישה "לא, אני לפני 11 הייתי בבית" (עמ' 481 לפרוטוקול); ובהמשך, כאשר נשאלה: "ושוב, אם הייתי אומר לך שהיית 18 דקות, או 20 דקות או 21 או 13, את לא יודעת", השיבה גב' בר: "אתה יכול להגיד מה שאתה רוצה, אבל אני יודעת מתי אני סיימתי. אני ב-11 הייתי בבית, כמה דקות לפני כן, 2-3 דקות" (עמ' 483 לפרוטוקול). אף כאשר בא-כוח המערער טען בפניה כי ישנן ראיות לפיהן הפער בין המועד בו עזבה את חדר הכושר לבין המועד בו המערער והפעוט עזבו אותו הוא מספר דקות, נותרה גב' בר איתנה בעמדתה: "לא יודעת הפער, אה, לא, אני הייתי עד 11 בבית בטוח", ולשאלת בית המשפט האם לא יכול להיות שטעתה, השיבה "בלי הנחות" (עמ' 486 לפרוטוקול).

כפי שהובהר לעיל, גב' בר סיפקה בעדותה הסבר כיצד היא יודעת בוודאות ששבה לדירתה עד לשעה 11:00, ולא עלה בידו של המערער לשלול את ההסבר אותו סיפקה. בשונה מחוסר הוודאות שאפיין את תשובותיה בנוגע למועד המדויק בו הגיעה לחדר הכושר או למועד בו הגיע אליו המערער – בכל הנוגע למועד בו חזרה אל ביתה, עדותה של גב' בר הייתה בטוחה, עקבית ולא נסתרה. מאחר שפרט זה הוא הפרט המהותי בעדותה, עליו נסמך הממצא בדבר חלון ההזדמנויות – קרי, משך הזמן בו המערער והפעוט נמצאו לבדם בחדר הכושר – מצאתי כי לא עלה בידי המערער להראות טעם להתערבות במהימנות שייחס בית המשפט המחוזי לעדותה של גב' בר ולמצא העובדתי שאותו ביסס על עדות זו. על יסוד האמור, אני מוצא כי הממצא העובדתי לפיו המערער נמצא עם הפעוט בחדר הכושר לבדו לפרק זמן של 17 דקות לפחות מבוסס כדבעי. בהתאם לכך, אני קובע כי היה למערער פרק זמן מספיק לביצוע המעשים המיוחסים לו.

מצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר

129. בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי קיבל את גרסת האם לפיה הפעוט היה חבול בפי טבעתו כשהגיע לדירה. בית המשפט אמנם מצא כי עדותה של האם לפיה פי הטבעת של הפעוט היה "קרוע לגזרים" היא מוגזמת ונובעת מרצונה לשכנע את בית

המשפט באשמתו של המערער – אך קבע כי התיאור המחמיר פחות אותו מסרה בהודעותיה במטרה תואם את הצילומים שצילם ד"ר זייצב בחדר 4 בבית החולים וולפסון. בית המשפט מצא כי עדותה של האם, לפיה הפעוט היה "כבוי" ולא ערני כרגיל, מתיישבת עם התיאור שנמסר על ידי לוי, כמו גם עם סרטוני מצלמות האבטחה ת/1, שבהם ראשו של הפעוט נראה מונח על כתפו של המערער. בעניין זה, בית המשפט קבע כי מעדותו של לוי ומסרטוני מצלמות האבטחה עולה שהתנהגותו של הפעוט אכן הייתה שונה לאחר היציאה מחדר הכושר. בנוסף, בית המשפט המחוזי ציין כי לעדותה של האם, לפיה הפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים לאחר החזרה מחדר הכושר, נמצאה תמיכה בגרסתו של המערער בעדותו, ממנה חזר באופן מידי בשל רמז מבא-כוחו; ובדבריו בעימות שנערך בינו לבין האם (ת/24א), כאשר האם הטיחה בו שהפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים, והוא השיב "נכון נו מה לעשות". נוכח כל האמור, בית המשפט המחוזי מיקם את המועד והמקום שבו נפגע הפעוט לפרק הזמן בו נמצא עם המערער בחדר הכושר.

130. לשיטת המערער, עדותה של האם היא שקרית ובלתי מהימנה בעליל, והוא סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שביסס עליה ממצאים עובדתיים. כך, המערער מציין כי התרשמותו של בית המשפט המחוזי כי האם ביקשה לקבע את הרשעתו של המערער "בכל מחיר", וכי לשם כך תיארה באופן מוגזם את חבלותיו של הפעוט, מאיינת כל אפשרות לבסס עליה ממצא מרשיע. המערער מוסיף כי ההסבר שניתן על ידי האם לכך שלא עזבה את דירת המערער מיד לאחר שגילתה את החבלות החמורות – שהוא חששה מהמערער – נדחה אף הוא על ידי בית המשפט המחוזי כמוגזם. לשיטתו, ההסבר החלופי שניתן על ידי בית המשפט המחוזי, לפיו האם לא הייתה מודעת לחומרת הפגיעה, נסתר בעדותה שלה. עוד מציין המערער כי האם הסתירה את העובדה שהפעוט היה חולה ביום האירוע, וקיבל טיפול תרופתי שכלל אנטיביוטיקה וסטרואידים דרך אינהלציה. כמו כן, המערער סבור כי הראיות החיצוניות אליהן הפנה בית המשפט המחוזי לחיזוק גרסתה של האם, למעשה מפריכות אותה.

131. בנוסף, המערער טוען כי דוח התפיסה ת/59, שבו נתפס בפח האשפה שבדירה חיתול אחד בלבד, סותר את גרסתה של האם כי החליפה לפעוט שלוש פעמים חיתול, בשלב שלאחר עלייתו לדירה מחדר הכושר. המערער מדגיש כי המשיבה לא הציעה כל הסבר אשר יש בו ליישב סתירה זו, זולת ההסבר לפיו הוא העלים את החיתולים הנוספים. לעמדתו, נוכח הקביעה בהכרעת הדין לפיה מחמת מחדלי החקירה, המשיבה לא תוכל להישמע בטענה שהוא העלים ראיות, ובהעדר הסבר חלופי לסתירה בין גרסת

האם לבין דוח התפיסה ת/59, המסקנה המתחייבת היא שגרסתה של האם היא שקרית. מנגד, לעמדת המערער, דוח התפיסה ת/59 דווקא מתיישב עם עדותו ועם גרסתו כי הוחלף חיתול אחד בלבד. על כן, המערער סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שהעדיף את גרסתה של האם ביחס לאירועים בדירה על פני גרסתו. זאת ועוד, המערער גורס כי לא היה מקום להסתמך על אמירתו במסגרת העימות שנערך עם האם בסוגיית החיתולים. המערער מפנה לאמירות שונות שלו בעימות, בהן הוא מצייין החלפת חיתול אחת בלבד. לעמדתו, אמרתו בעימות "נו נכון מה לעשות", עליה התבסס בית המשפט המחוזי, נאמרה לאחר שלא שמע את דבריה של האם בבירור בשל צעקות הרקע. לחיזוק דבריו, המערער מפנה לכך שבתמלול המקורי שנערך לעימות, דברי האם לפיהם "שלוש פעמים הוא חרבן" תועדו כ"משפט לא ברור - מדברים ביחד] חרבן". יתרה מכך, לשיטתו, אין מקום להסתמך על אמירה יחידה שלו כבסיס לקביעת ממצא עובדתי, כאשר קיימת ראייה חפצית השוללת את גרסת האם, בדמות דוח התפיסה ת/59.

132. עוד לדידו של המערער, מראהו של הפעוט, כפי שהוא נקלט בסרטוני מצלמות האבטחה ת/1, שולל כל אפשרות כי הפעוט הותקף מינית בחדר הכושר. המערער מפנה לעדויות המומחים מטעמו, אשר כולם סברו כי התנהגותו של הפעוט אינה תואמת את המצופה ממי שהותקף מינית אך לפני מספר דקות. המומחית הראשונה היא ד"ר שירזי, אשר ציינה כי הייתה מצפה שהפעוט יהיה באחד משני מצבים בעת היציאה מחדר הכושר: מצב של שוק, או לחלופין מצב של אי-שקט, בכי, פחד ורתיעה. לשיטת ד"ר שירזי, בסרטונים ת/1, הפעוט מגיב לסביבתו – ולכן אינו מצוי במצב של שוק – ואינו מביע פחד, בכי או אי-שקט. על כן, היא הגיעה למסקנה כי אין זה סביר שהפעוט הותקף מינית בחדר הכושר. המומחה השני הוא ד"ר קוגל, אשר עמד בעדותו על כך שאילו הקרעים אשר אובחנו בפי הטבעת של הפעוט היו קיימים בעת מועד היציאה מחדר הכושר, הפעוט היה סובל מכאבים חזקים בעת שהיה נישא על ידיו של המערער – וכי כאבים אלו היו באים לידי ביטוי בהתנהגותו. ד"ר קוגל אף הטעים: "אני שם את הרפוטיישן המקצועי שלי על זה ואני אומר שלדעתי, כמומחה, בחדר כושר הזה לא הייתה חדירה, אני לא חושב שמי שקיבל חדירות כאלה, קרעים כאלה לפי הטבעת יצא מחדר הכושר כפי שיצא משם הפעוט בזמן שהוא נמצא עם עכוזו על היד של הנאשם, לא סביר בעיני בשום דרך" (עמ' 1449 לפרוטוקול). המומחה השלישי הוא ד"ר לנדא, אשר ציין כי לדעתו סרטוני מצלמות האבטחה מדברים בעד עצמם בצורה מוחלטת, והתכוון לכך שהסרטונים תומכים בעמדתו כי לחלוטין לא סביר שהמערער ביצע את המיוחס לו. לשיטת המערער, עמדות המומחים נתמכות בעדויותיהם של לוי והשומר, אשר העידו שניהם כי הפעוט לא בכה עם צאתו מחדר הכושר.

133. המערער מוסיף וטוען כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שקבע כי ראשו של הפעוט היה שמוט על כתפו של המערער "במשך דקות ארוכות". לעמדת המערער, הוא והפעוט נראים בסרטונים המתארים את המתרחש לאחר יציאתם מחדר הכושר במשך 3 דקות וחצי בלבד, כאשר במרביתו של פרק זמן זה ראשו של הפעוט מורם והוא מתנועע בערנות. נוכח דברים אלו, המערער סבור כי ממצאיו של בית המשפט המחוזי ביחס למצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר אינם יכולים לעמוד. לגישתו, עדויות המומחים מטעמו בשילוב עם מראהו של הפעוט, מאיינים כל אפשרות שהחבלות בפי הטבעת של הפעוט נגרמו בחדר הכושר.

134. המשיבה, מאידך, סבורה כי חומר הראיות מבסס היטב את הממצאים העובדתיים אליהם הגיע בית המשפט המחוזי, וממקם את מועד הפגיעה בפעוט לחדר הכושר. ראשית, לדידה, הראיות בדבר מצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר מבליטות את ההבדל בין מצבו בשלב זה לבין מצבו בעת הירידה לחדר הכושר. לטעמה, בעוד בסרטון מצלמות האבטחה המתעד את ההגעה לחדר הכושר, נראה הפעוט הולך בכוחות עצמו – בסרטונים שלאחר היציאה מחדר הכושר הוא נישא על ידיו של המערער, כשראשו שמוט על כתפו של המערער במרבית הזמן. תמונה זו משתלבת, לגישת המשיבה, עם עדותו של לוי, אשר תיאר כי בעת שפגש את המערער והפעוט במסדרון שליד המעלית, התרשם שהפעוט אפאטי ואינו מרגיש טוב.

135. אשר למצבו של הפעוט בהגיעו לדירת המערער, המשיבה מטעימה כי בית המשפט המחוזי מצא שגרסת האם, לפיה הפעוט החל לבכות בהרימה את רגליו, מתיישבת עם עדויותיהם של ד"ר גוז-מרק וד"ר זייצב – שציינו כי כל מגע בישבן או ניסיון לבדיקה גרמו לבכי מצד הפעוט. כן מדגישה המשיבה את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי תיאור האם את הפעוט כאפאטי ורדום תואם את התיאור שנמסר על ידי לוי ואת התרשמותו של פרופ' סרור בעת הטיפול בפעוט בערב האירוע.

136. לבסוף, בכל הנוגע לסוגיית מספר הפעמים שעשה הפעוט את צרכיו לאחר חזרתו מחדר הכושר, המשיבה נסמכת על דבריו של המערער בעימות. לעמדת המשיבה, דברי האם בעימות היו מלווים בתנועות ידיים ונשמעו היטב, ולכן אין ממש בטענת המערער לפיה לא שמע את הדברים. המשיבה מוסיפה ומציינת כי המערער לא הכחיש בשום שלב של העימות את טענות האם כי החליפה חיתול שלוש פעמים, כאשר אלה הוטחו על ידה בפניו.

137. אקדים ואציין כי לאחר עיון מדוקדק בטענות הצדדים ובחומר הראיות אליו

הפנו, שוכנעתי כי אכן לא הוכח כי מצבו של הפעוט בעת היציאה מחדר הכושר לא היה תקין ופי טבעתו היה חבול. אסביר את טעמי לקביעה זו להלן.

138. אפתח בסרטוני מצלמות האבטחה ת/1, המתעדים את יציאתם של המערער והפעוט מחדר הכושר, ומסלולם עד למועד שבו עלו חזרה אל הדירה. חזרתי וצפיתי בסרטונים אלו, וסבורני כי אופן התנהגותו של הפעוט, כפי שהוא נצפה בהם, אינו מתיישב עם האפשרות כי הוא חווה קודם לכן, בחדר הכושר, תקיפה מינית וכי הוא כבר סובל מהקרעים בפי טבעתו. בעניין זה, ראוי להדגיש כי הסרטונים ת/1 מהווים ראיה חפצית, אשר לערכאה הדיונית אין כל יתרון בהערכתה. בהתאם לכך, הכלל בדבר אי-התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה של הערכאה הדיונית אינו חל על אותם ממצאים של בית המשפט המחוזי, אשר מבוססים על הערכת הסרטונים (וראו פסקה 76 לעיל). לפיכך, אין מניעה להתערבותו של בית משפט זה בממצאיו אלו של בית המשפט המחוזי, ככל שקיים טעם לכך. לעמדתי, במקרה שלפנינו ממצאיו של בית המשפט המחוזי המבוססים על הערכת הסרטונים אכן מצריכים את התערבותנו, וזאת, מבלי להידרש כלל לחוות דעתם ועדותם של המומחים מטעם ההגנה בכל הנוגע למראהו של הפעוט בסרטונים. בטרם אפרט את הנימוקים העומדים ביסוד מסקנתי זו, אעמוד בפירוט על תוכן הסרטונים, בסדר כרונולוגי.

139. בסרטון השני מבין הארבעה, נראה המערער יוצא מהדלת המובילה אל חדר הכושר, ונעמד ליד המעלית כשהוא נושא הפעוט על ידו. האופן שבו המערער נושא את הפעוט הוא כך שידו הימנית ממוקמת מתחת לישבנו של הפעוט ותומכת בו, ומיד בתחילת הסרטון מחליף המערער את היד התומכת לידו השמאלית. כזכור, אין מחלוקת כי בשלב זה הפעוט אינו לובש חיתול תחת בגדיו. ראשו של הפעוט מונח על כתפו של המערער, וידיו מונחות על צווארו. כאשר המעלית מגיעה, המערער עומד להיכנס לתוכה, אך מיד נמלך בדעתו, שב על עקבותיו לכיוון חדר הכושר ונעלם מהתמונה.

לאחר כדקה, מגיח לוי מצדו הנגדי של המסדרון, ומזמין את המעלית. מיד באותו רגע, כדקה ורבע לאחר שיצא מהתמונה, חוזר המערער מהדלת המובילה לחדר הכושר, כשהוא נושא את הפעוט כך שישבנו ממוקם מעל ידו הימנית, וראשו של הפעוט עודנו על כתפו. לוי נראה אומר למערער דבר מה – אך לא ניתן לזהות האם המערער, שגבו אל המצלמה, משיב לו. הוא חולף על פני לוי לכיוון המסדרון, ומיד מסתובב חזרה לכיוון המעלית. בשלב זה, מרים הפעוט את ראשו מעל כתפו של המערער, מזדקף, ודומה כי הוא מביט בכיוונו של לוי. המערער, הפעוט ולוי נכנסים אל המעלית ועולים בה.

בסרטון השלישי, המתרחש מיד לאחר הסרטון השני, נראים המערער, הפעוט ולוי יוצאים מהמעלית בלובי הבניין. ראשו של הפעוט שוב מונח על כתפו של המערער. לוי והמערער משוחחים, ויוצאים מטווח המצלמה לכיוון דלת הכניסה לבניין. בשלב זה, כמתועד בסרטון הרביעי מהמצלמה המשקיפה על דלת הכניסה לבניין, המערער – שעדיין נושא את הפעוט על זרועותיו באופן שתואר לעיל – ניגש לעמדת השומר ומסמן לו דבר מה. לאחר מכן, הוא מסתובב לכיוון דלת הכניסה לבניין. ברגע זה הפעוט מרים את ראשו ומביט תחילה לכיוון השומר, ובהמשך מסובב את ראשו אל עבר הדלת. המערער והפעוט יוצאים אל מחוץ לבניין ונעמדים בקרבת הדלת, שם, על פי עדות המערער, מצויה בריכה ובה דולפינים מפלסטיק. בחלק מהזמן, המערער והפעוט נסתרים מעין המצלמה על ידי מסגרת דלת הכניסה – אולם באותם מקטעים בסרטון שבהם השניים גלויים, ראשו של הפעוט נותר זקוף. רק כאשר השניים חוזרים חזרה אל הבניין, הפעוט שב ומניח את ראשו על כתפו של המערער, ומיד לאחר מכן הם יוצאים מטווח המצלמה חזרה לכיוון ממנו הגיעו. שלב זה בהתרחשות מתועד בהמשך הסרטון השלישי, 1:35 דקות לאחר תחילתו. המערער, הנושא את הפעוט, חולף על פני המעליות וצועד עד לסוף המסדרון, תוך שהוא מביט במכשיר הטלפון הנייד שבידו. לאחר מכן הוא מסתובב, מחזיר את הטלפון לכיסו, חוזר אל המעלית, מזמין אותה ונכנס אל תוכה. אין מחלוקת כי המערער והפעוט עלו מכאן חזרה אל הדירה.

140. הדגשתי בתיאור לעיל כי לכל אורך שלושת הסרטונים המערער נושא את הפעוט על ידיו, כך שאחת מזרועותיה מצויה מתחת לישבנו של הפעוט. אף שבמרבית הסרטונים פניו של הפעוט אינם נראים בבירור, ניתן להתרשם כי הפעוט אינו מביע אי-נוחות כלשהי ואינו נראה כמי שסובל מכאבים. ככל שהפעוט אכן סובל בשלב זה מקרעים בפי הטבעת – בהתאם לתזה המרשיעה – הרי שהעדר כל תגובה מצדו למגע זרועו של המערער עם ישבנו, אינו מתיישב עם עדותם של הרופאים אשר טיפלו בפעוט בערב האירוע. בית המשפט המחוזי הטעים בפסקה 90 להכרעת הדין, ביחס לעדותה של האם, כי "עדותה לפיה הפעוט החל לבכות בהרימה את רגליו על מנת להחליף לו חיתול וכאשר עשה את צרכיו בהחלט מתיישבת עם עדותם של ד"ר גוז מרק וד"ר זייצב, אשר ציינו שכל מגע בישבן או ניסיון לבדיקה גרמו לבכיו". נוכח דברים אלו, דומני כי ניתן היה לצפות שהפעוט יראה סימני כאב או בכי כלשהם, כאשר הוא נישא על ידיו של המערער. זאת, בפרט כאשר במהלך הסרטון ניתן לראות כי המערער אף החליף את היד באמצעותה הוא תמך בפעוט, ואילו בסרטון הרביעי הוא שינה את מיקומו של הפעוט על זרועו בטרם הוא נכנס למעלית – והפעוט לא הגיב לכך. יצוין, כי ד"ר זייצב הבהיר שהפעוט החל לבכות רק כאשר פתח לו את החיתול ונגע בישבנו

(עמ' 115 לפרוטוקול) – ואף באותם פרקי זמן שבהם המערער נצפה בסרטונים נושא את הפעוט, אין הפעוט לובש חיתול. נוכח האמור, לטעמי, ישנו קושי לקבוע כי בשלב זה, הפעוט סובל מאותם קרעים בפי הטבעת, אשר אובחנו אצלו בחדר 4 בבית החולים וולפסון.

141. בנוסף, לשיטתי, אף לא ניתן לקבוע בהסתמך על סרטוני מצלמות האבטחה ועדותו של לוי ממצא בדבר הרעה כלשהי במצבו של הפעוט בעת היציאה מחדר הכושר, לעומת מצבו בעת הגעתו לשם. אמנם לאורך שלושת הסרטונים שלאחר היציאה מחדר הכושר, הפעוט נישא על ידיו של המערער, ולמעט רגעי המפגש עם לוי ופרק הזמן שבו יצאו מהבניין אל עבר בריכת הדגים, ראשו מונח על כתפו של המערער ומראהו דומה למי שישן. עם זאת, דומה כי הפעוט דווקא מודע לסביבתו. בסרטון השני, כאשר הוא מזהה את לוי, ניתן לראותו מרים את ראשו ומראהו הופך זקוף. בסרטון הרביעי, ראשו של הפעוט זקוף, והוא נראה מעורה במתרחש סביבו, מהרגע שבו השניים נעים מכיוון עמדת השומר אל עבר דלת הכניסה לבניין ובריכת הדגים, ועד לרגע שבו הם שבים לתוך הבניין – פרק זמן של קרוב לדקה. התנהגות זו ודאי אינה מתיישבת עם מצב של "שוק", כפי שתואר על ידי המומחים הרפואיים שהעידו בפני בית המשפט המחוזי, והיא אף שונה, לדידי, מהתיאור שנתן פרופ' סרור להתנהגותו של הפעוט בעת שבדק אותו בחדר 4 בבית החולים וולפסון. פרופ' סרור ציין בעדותו כי התרשם שהפעוט "המום", ובחקירתו הנגדית הסביר כי כוונתו היא: "אם הוא המום, עוד פעם, כמו שאני רואה את זה, זה ילד שהוא בהכרח מלאה, מגיב בצורה איטית, שונה ולא, למרות שמבחינת הסקאלה של ההכרה היא תקינה, הוא לא מגיב באותה מהירות או באותה ערנות" (עמ' 542 לפרוטוקול). למראה תגובותיו של הפעוט לסביבתו לאורך סרטוני מצלמות האבטחה, אינני סבור כי ניתן לומר שבשלב זה, הוא נמצא במצב אותו מתאר פרופ' סרור כ"המום".

142. לאחר בחינת סרטוני מצלמות האבטחה ועדותו של לוי, סבורני כי לא ניתן לשלול את האפשרות הפשוטה כי הפעוט היה עייף בעת יציאתו מחדר הכושר, מסיבות תמימות לחלוטין. כך, כפי שצוין לעיל, הן לפי גרסת המערער והן לפי עדות גב' בר, הפעוט התרוצץ בחדר הכושר. אף האם, בעדותה, ציינה כי "הילד שלי רץ כל הזמן ומשתולל, הוא ילד שובב מטבעו" (עמ' 91 לפרוטוקול). לכך יש להוסיף את העובדה, שלא נסתרה על ידי המאשימה, כי הפעוט סבל ביום האירוע מצינון (וראו פסקה 89 להכרעת הדין). יתרה מכך, מטעם ההגנה הוצג דוח ביקור של הפעוט אצל רופא, ארבעה ימים לפני יום האירוע, בו אובחן הפעוט כסובל מדלקת ריאות, ונרשם לו בעקבות זאת מרשם לטיפול אנטיביוטי ולנטילת סטרואידים על דרך של אינהלציה

(נ/12). האם אמנם העידה כי לא נתנה לפעוט אנטיביוטיקה או סטרוואידים בקרבת יום האירוע – אלא מי מלח באינהלציה בלבד – אך בית המשפט דחה את עדותה בעניין זה (ראו: עמ' 316-317 לפרוטוקול). נוכח כל האמור, סבורני כי קיימת אפשרות סבירה שאותה התנהגות של הפעוט אשר נראתה לעד לוי כאפאטיות, הייתה למעשה עייפות עקב התרוצצות, מחלה של הפעוט, או אף שילוב של השניים. בעניין זה, יש לציין כי לוי עצמו הבהיר שלא חשד בדבר, אלא רק סבר שהפעוט נראה חולה, ואף אישר את דבריו בהודעתו כי אילו חשד שדבר מה אינו כשורה במצבו של הפעוט, היה עושה משהו (עמ' 358 לפרוטוקול). ממכלול הטעמים המפורטים לעיל, אני מוצא כי קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה "כל חזותו והתנהגותו של הפעוט הצביעו על כך שמהו לא בסדר איתו" (פסקה 178 להכרעת הדין), אינה מתחייבת כלל מחומר הראיות.

143. עוד אני סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שבחר להעדיף את גרסתה של האם ביחס לקרות האירועים בדירה, על פני גרסתו של המערער. כזכור, על פי גרסתה של האם, כאשר הגיעו המערער והפעוט לדירה, היא גילתה את הקרעים בפי הטבעת של הפעוט, ותחקרה את המערער בעניין זה. היא העידה כי הניחה מגבונים בתוך ישבנו של הפעוט, על מנת לספוג את הדם, ולאחר כחצי שעה ראתה שהדימום פסק וחיתלה את הפעוט. לדבריה, לאחר פרק זמן מסוים, היא שמה לב שהפעוט בוכה ונראה סובל, ולכן פתחה את החיתול ומצאה בו צואה מעורבת בדם, נוזל צהוב וחתיכת עור. היא החליפה לפעוט חיתול, ולטענתה בטווח זמן של כחצי שעה, הפעוט עשה את צרכיו פעמיים נוספות. מנגד, גרסתו של המערער הייתה כי הפעוט עשה את צרכיו פעם אחת בלבד מרגע ששבו לדירה ועד שהאם והפעוט עזבו.

144. כמצוין לעיל, בחיפוש שנערך בדירתו של המערער בשעת מעצרו, בשעה 23:00 לערך, נתפס בפח האשפה שבדירה חיתול אחד בלבד לצד מספר מגבונים (ת/59). ממצא זה, כמובן, מתיישב עם גרסתו של המערער ואינו מתיישב עם גרסתה של האם. מצד המשיבה לא הוצג הסבר כלשהו, זולת העלמת ראיות על ידי המערער, כיצד ייתכן שהוחלפו שלושה חיתולים על ידי האם, אך בפח האשפה נמצא חיתול אחד בלבד. מחמת מחדל חקירה, לא נתפסו על ידי המשיבה סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את אירועי יום האירוע – ובפרט את הדלתות המובילות אל פחי האשפה המצויים בקומת המרתף של הבניין – וכך נמנעה תפיסתה של ראייה אשר הייתה יכולה לאשש או להפריך את האפשרות לפיה המערער העלים ראיות. בשל כך, בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבה לא תוכל להישמע בטענות לפיהן המערער או מי מטעמו העלימו ראיות (פסקה 174 להכרעת הדין). בפסקה 113 לעיל, עמדתי על כך שלגישתי,

נוכח מחדלי החקירה שאירעו בתיק, משמעותה של קביעה זו היא כי בהעדר ראיות חיצוניות שיש בהן כדי לתמוך בגרסת האם, ובהעדר הסבר חלופי לאי-הימצאותם של החיתולים בפח האשפה – בית המשפט המחוזי לא היה רשאי לקבוע ממצא ממנו מתחייבת המסקנה לפיה המערער העלים ראיות, שכן תוצאה זו מובילה, לשיטתי, לעיוות דינו של המערער. זאת, שכן הלכה למעשה מועבר אליו הנטל להוכיח שלא העלים ראיות, חרף קיומה של ראיה אובייקטיבית התומכת בגרסתו, היא דוח התפיסה ת/59. דברים אלו יפים גם לסוגיית מצבו של הפעוט לאחר האירוע. דוח התפיסה ת/59 מהווה ראיה חפצית-אובייקטיבית התומכת בגרסת המערער ועומדת בסתירה לגרסת האם. מאחר שבהכרעת הדין אין כל הסבר כיצד ניתן ליישב את דוח התפיסה ת/59 עם גרסת האם בדבר החלפת החיתולים – זולת ההסבר לפיו המערער העלים ראיות – נדרשות ראיות חיצוניות משכנעות התומכות בגרסת האם כדי שניתן יהיה לסמוך עליה ממצא כלשהו. כל תוצאה אחרת משמעותה היא העברת הנטל אל המערער להוכיח שלא העלים ראיות או לסתור את גרסת האם, ותוצאה זו אינה ראויה מחמת מחדלי החקירה אשר שללו מהמערער את האפשרות להוכיח את טענתו כי לא העלים ראיות.

145. בנסיבות המקרה שלפנינו, לא מצאתי כי קיימות ראיות משכנעות התומכות בגרסת האם בדבר החלפת החיתולים. הראיה המרכזית עליה הסתמך בית המשפט המחוזי הייתה דברי המערער בעימות עם האם. כך, במהלך העימות בין השניים (ת/24), הטיחה האם במערער "שלוש פעמים הוא חרבן, שלוש פעמים", והוא השיב "נכון נו מה לעשות". בית המשפט המחוזי ראה בדברים אלו של המערער כמעין הודאה מצדו בכך שהפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים. בטרם אבחן את קביעתו של בית המשפט המחוזי לגופו, אציין כי אין ממש בטענת המערער לפיה הוא לא הבין את דברי האם בשל אווירת הרעש שאפפה את העימות. עיון בתיעוד החזותי של העימות מגלה כי האם ליוותה את אמירתה בסימון הספרה 3 באצבעותיה, וכי המערער שמע את דבריה היטב. העובדה שקטע זה תועד בתמלול המקורי כך: "[משפט לא ברור - מדברים ביחד]", נובעת מקשיים טכניים ורעשי רקע בהקלטה עצמה, אשר ככל הנראה הקשו על המתמלל בשמיעת הדברים.

ואולם, חרף התרשמותי כי המערער שמע את דברי האם, אינני סבור כי ניתן לראות באמירה זו מצד המערער הודאה בגרסת האם כי הפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים. מדברי האם והקשרם, לא ניתן להבין בהכרח כי כוונתה היא לכך שהפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים לאחר שעלו מחדר הכושר – וקיימת אפשרות כי המערער הבין את דבריה כמתייחסים לשלוש פעמים במהלך היום כולו. מכל מקום, נוכח עמדתו העקבית של המערער כי הוחלף חיתול אחד בלבד משעה שהפעוט חזר מחדר הכושר,

דומני כי אין די באמירה שאינה חד-משמעית מצד המערער, כדי להתגבר על מחדל החקירה שבאי-תפיסת סרטוני מצלמות האבטחה, וכדי להוכיח מעבר לספק סביר כי הפעוט אכן עשה את צרכיו שלוש פעמים לאחר שעלו מחדר הכושר. זאת, בפרט נוכח קיומה ראייה אובייקטיבית שאינה מתיישבת עם אפשרות זו – היא דוח התפיסה ת/59.

146. לשיטתי, בהעדר חיזוק לגרסתה של האם בכל הנוגע למספר הפעמים שהפעוט עשה את צרכיו לאחר העלייה מחדר הכושר, בית המשפט המחוזי לא היה רשאי להסתמך עליה לשם קביעת ממצאים עובדתיים ביחס למצבו של הפעוט לאחר עלייתו לדירה. מסקנה זו נובעת מכך שתיאור מספר הפעמים שבהם עשה הפעוט את צרכיו מהווה נדבך מרכזי בגרסת האם, משום שרכיב זה בעדותה – לצד דבריה כי הפעוט בכה בעת שהרימה את רגליו – מהווה את מקור החיזוק העיקרי לתזה המפלילה, לפיה הפעוט חזר מחדר הכושר כשהוא סובל מהקרעים בפי הטבעת שלו. ואבהיר: העובדה כי הפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים בפרק זמן קצר מלמדת כי דבר מה במצבו לא היה כתמול שלשום. נוסף על כך, על פי חוות דעתו של פרופ' סרור, הקרע הגדול מבין השניים שהתגלו בפי הטבעת של הפעוט, חתך את שריר הספינקטר החיצוני. פרופ' סרור הסביר בעדותו כי הספינקר הוא השריר הסוגר את פי הטבעת, וכי "התפקיד של השריר הזה זה להיות מכווץ כל הזמן כדי שאנחנו לא נאבד את הצואה והוא משתחרר לפי הצורך, לפי הצורך ביציאה וחלק ממנו היה קרוע, כמו שאמרת" (עמ' 532-533 לפרוטוקול). בהמשך עדותו, פרופ' סרור התייחס לנתון שהוזכר בסיכום האשפוז של הפעוט – לפיו הייתה בריחה זמנית של נוזל צואתי – והסביר: "זה מעיד על חוסר כיווץ שלם של השריר ושהפתח של פי הטבעת הוא פתוח, הוא מאפשר בריחת נוזלים. זה חלק מהוכחה שהטונוס שנקרע, זאת אומרת החוזק של הכיווץ של השריר לא לגמרי תקין" (עמ' 538 לפרוטוקול). מדברים אלו עולה כי אם אכן עשה הפעוט את צרכיו שלוש פעמים בתוך חצי שעה, הרי שהדבר יכול להעיד על כך שהקרע בשריר הספינקטר קיים כבר באותו שלב. ככל שלא ניתן להסתמך על רכיב זה בעדותה של האם, הרי שגרסתה מאבדת חלק ניכר ממשקלה המפליל.

147. יתרה מכך, כפי שעמדתי לעיל, מצאתי כי סרטוני מצלמות האבטחה ת/1, עליהם הסתמך בית המשפט המחוזי כחיזוק לגרסת האם, אינם מתיישבים עם האפשרות לפיה הפעוט סובל באותו מועד מקרעים בפי הטבעת שלו. כמו כן, מצאתי כי לא ניתן ללמוד מסרטונים אלה ומעדותו של לוי כי אירע שינוי לרעה במצבו של הפעוט בשעת יציאתו מחדר הכושר, לעומת מצבו בעת ההגעה לחדר הכושר. אף בשל כך, לגישתי, לא ניתן לבסס על גרסת האם ממצא עובדתי לחובתו של המערער, בכל הנוגע למצבו של הפעוט לאחר העלייה מחדר הכושר אל הדירה.

148. לסיכום האמור בחטיבה עובדתית זו, מצאתי כי חומר הראיות הקיים אינו מאפשר לקבוע ממצא עובדתי לפיו הפעוט הגיע אל הדירה כשהוא סובל מחבלות בפי הטבעת שלו – ואף אינו מאפשר לקבוע ממצא לפיו אירע שינוי כלשהו לרעה במצבו במהלך שהותו בחדר הכושר. נוכח האמור, אני מוצא כי לא ניתן להגיע למסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, לפיו מצבו של הפעוט מלמד בהכרח על כך שהוא נפגע בפרק הזמן שבין הירידה אל חדר הכושר לבין שובו מחדר הכושר אל הדירה. עם זאת, יובהר כי אין בקביעה זו, כשלעצמה, כדי לשלול את התזה המפלילה. ככל שקיימות ראיות נסיבתיות אחרות המבססות את התזה המפלילה, ובפרט את הקשר שבין המערער לחבלותיו של הפעוט, הרי שעדיין ניתן להגיע לתוצאה לפיה המערער ביצע מעשה סדום בפעוט בחדר הכושר. בשלב זה, משמעות הממצא היא רק כי לא ניתן למקם את הפגיעה בזמן ובמקום לחדר הכושר, בהסתמך על מצבו של הפעוט טרם הגיע אל חדר הכושר אל מול מצבו כאשר יצא ממנו.

כתמי הדם על תחתוני המערער וזהות החפץ שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט

149. בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי עמד על כך שלא ניתן לקבוע מהו אותו עצם קשיח אשר הוחדר לפי הטבעת של הפעוט – אם איבר מין או שמא חפץ אחר (פסקה 184 להכרעת הדין). עם זאת, במהלך הדיון בסוגיית כתמי דמו של הפעוט אשר נתגלו על תחתוני המערער, בית המשפט קבע כי האפשרות שמדובר באיבר מין סבירה יותר. בית המשפט המחוזי אמנם קיבל את מסקנתו של מומחה ההגנה רוזנגרטן כי מדובר בכתמים שהם תוצאה של מריחה על ידי גורם משני, שבא במגע עם הגוף המדמם – ולא כתם שהוא תוצאה של טפטוף, כפי שביקשה לטעון המשיבה. אולם, בית המשפט הוסיף וקבע כי "מיקום הכתמים, והסברו הדחוק של הנאשם לשאלה כיצד הגיעו הכתמים למקום בו נמצאו מטה את הכף לכיוון האפשרות השנייה" – קרי, כי המקור המשני אשר כתוצאה ממנו נוצרו כתמי מריחת הדם על התחתונים היה איבר מין (פסקה 170 להכרעת הדין). נוכח האמור, בית המשפט המחוזי מצא כי כתמי הדם על תחתוני המערער מהווים ראיה נסיבתית משמעותית להוכחת הטענה כי הוא ביצע מעשה סדום בפעוט. אשר לכתם הדם הנוסף שנמצא על הכיס האחורי של מכנסי המערער, בית המשפט המחוזי מצא כי אין בו לאיין את משקל הכתמים בתחתונים, אף שלא נמצא הסבר לאופן היווצרותו (פסקה 180 להכרעת הדין).

150. המערער טוען כי ישנה חשיבות ראייתית רבה לשאלה האם העצם שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט הוא איבר מין. לעמדתו, ככל שהעצם אינו איבר מין, הרי שמתחייבת המסקנה כי כתמי הדם נוצרו במעבר מאצבעותיו, ואז הם אינם יכולים

לשמש ראיה נסיבתית לחובתו – משום שאף לפי גרסתו הכתמים נוצרו על ידי אצבעותיו. העדר הכרעה מפורשת בשאלה מהו העצם שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט מהווה, לשיטת המערער, סתירה מן ההיגיון השומטת את הקרקע תחת הכרעת הדין.

151. לגישת המערער, העדרם של ממצאים פורנזיים כלשהם, מלבד כתמי הדם, שולל כל אפשרות שהוא ביצע את המעשים המיוחסים לו – ובפרט לא באמצעות איבר מינו. כך, המערער מדגיש כי על איבר מינו לא נמצא DNA של הפעוט, חרף העובדה שאינה שנויה במחלוקת כי הפעוט דימם כתוצאה מחדירת העצם לפי טבעתו; על בגד הגוף, הסרבל ואף בפי הטבעת של הפעוט לא נמצאו תאי זרע או שאריות DNA של המערער; בחדר הכושר לא נמצאו סימני דם או שרידי DNA אחרים השייכים לו או לפעוט; על הספה בדירה לא נמצאו סימני דם של הפעוט, וכך גם לכל אורך מסלול הליכתם של המערער והפעוט מחדר הכושר חזרה אל הדירה. כן גורס המערער כי הממצאים הרפואיים אף הם שוללים את האפשרות שהוא ביצע מעשה סדום בפעוט. המערער מטעים כי בבדיקה שנערכו לו, לא נמצאו שום סימני חבלה ושפשוף על איבר מינו. לחיזוק עמדתו, המערער מפנה לחוות דעתו של ד"ר קוגל (נ/29) ולעדו. כזכור, ד"ר קוגל סבר כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, נוכח חומרת הקרעים בפי הטבעת של הפעוט, היו צריכים להימצא לכל הפחות סימני חבלה קלים על איבר המין אשר ביצע את החדירה.

152. עוד סבור המערער כי כתמי הדם כלל אינם קבילים כראיה. הוא מצייין כי כתמי הדם נגזרו במלואם מתחתוניו ואז מוצו לצורך בדיקת ה-DNA, כך שלא ניתנה להגנה אפשרות לערוך מיצוי משלה לכתמים. המערער מפנה להחלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע במ"ת 22431-09 נחמיאס נ' מדינת ישראל מיום 22.11.2010 (להלן: עניין נחמיאס), בה נדון תוקפו של נוהל פנימי של המעבדה הביולוגית במרכז הלאומי לרפואה משפטית (להלן: הנוהל). לשיטת המערער, נוהל זה מלמד כי מומחה המז"פ היה חייב להותיר מכל אחד מכתמי הדם כמות שתאפשר בדיקה מקבילה על ידי ההגנה, וכי נטילת הדגימה הייתה צריכה להתבצע בנוכחות נציג מההגנה. המערער מוסיף כי על פי הנוהל, ככל שלא ניתן להותיר מכתם הדם כמות מספקת לבדיקה מקבילה, עדיין נותרת בעינה החובה להזמין מומחה מטעם החשוד להשתתף או להשקיף על הבדיקה. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שדחה את הטענה בדבר קבילות כתמי הדם, מהנימוק שנותרו כתמי דם נוספים אותם הייתה ההגנה יכולה לבדוק ומשכך לא נמנעה ממנה האפשרות להתמודד עם תוצאת הבדיקה. לדידו, העובדה כי קיימים כתמים נוספים אינה רלבנטית, שכן אפילו אם תוצאת בדיקתו של כתם אחר הייתה שלילית, התביעה הייתה יכולה לטעון שלא ניתן להסיק מכך מסקנה כלשהי לגבי הכתם

שבו התקבלה תוצאה חיובית. על כן, לגישתו, בהכרח נפגעה יכולתו להתמודד עם תוצאות הבדיקה.

153. המערער מוסיף וטוען כי אף אם יימצא שכתמי הדם הם קבילים כראיה, הרי שהוא סיפק הסבר תמים ועקבי לנוכחותם של הכתמים על תחתוניו. כך, המערער מציין כי כאשר התבקש לראשונה בחקירתו ת/25(א) – שנערכה כארבעה ימים לאחר האירוע – להסביר את הימצאותם של כתמי הדם על התחתונים, הוא השיב כי טיפל בפעוט, וייתכן כי נגע לאחר מכן בתחתוניו. המערער מדגיש כי חזר על הסבר זה בעקביות בחקירותיו הבאות, גם כאשר הטיחו בו החוקרים כי הכתמים הם כתמי טפטוף. נוכח האמור, המערער גורס כי לא היה מקום לקבוע שגרסתו בעניין אופן הגעתם של כתמי הדם לתחתוניו התפתחה לאורך חקירותיו. עוד לעמדת המערער, גרסתו נתמכת הן בחוות דעתו של רוזנגרטן, לפיה מדובר בכתמי מריחה ולא טפטוף, והן בעובדה שנמצא כתם דם על הכיס האחורי של מכנסיו – פרט התואם, לטעמו, העברה מקרית באמצעות אצבע, ואינו מתיישב כלל עם האפשרות של העברה על ידי איבר המין.

154. כמו כן, המערער גורס כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שדחה את מסקנתו של רוזנגרטן בחוות דעתו המשלימה נ/23(א). כזכור, רוזנגרטן מצא כי פיזור כתמי הדם באזור ממוקד בתחתונים וגודלם הקטן מלמד על כך שמקור הכתמים הוא בגוף משני בו קיים פגם, דוגמת שריטה או כפל עור, או אי-רציפות, דוגמת ציפורן – וכי הוא אינו מתיישב עם האפשרות שמדובר באיבר מין שנוגב חלקית. לגישת המערער, אף אם חוות הדעת נ/23(א) עסקה בנושא רחב יותר מזה שלגביו נתבקשה השלמת חוות הדעת, הרי שחקר האמת חייב את בחינת חוות הדעת לגופה. עוד לגישתו, בית המשפט המחוזי שגה בכך שייחס חשיבות לעובדה כי רוזנגרטן ערך ניסוי על תחתונים חדשים, ואילו תחתוניו של המערער כובסו בעבר. המערער מדגיש כי רוזנגרטן הבהיר בעדותו שאין כל הבדל בין תחתונים חדשים ומכובסים לעניין תצורת הכתמים הנוצרים, ועל כן, לדידו, אין יסוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי. המערער מוסיף וטוען כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו לפיה רוזנגרטן ניסה להימנע בעקביות מלהגדיר מהם האיזורים בהם קיימת אי-רציפות, מלבד ציפורניים. לבסוף, לטעמו של המערער, לא היה מקום להפחית ממשקל הניסוי שערך רוזנגרטן בשל כך שלא ביצע את הניסוי עם ציפורן.

155. המשיבה סומכת את ידה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לכתמי הדם על התחתונים, הן בסוגיית קבילותם והן בסוגיית המשקל הראייתי שיש לייחס להם. לעמדת המשיבה, מיקום הכתמים בתחתונים – באזור שבו נמצא באופן

טבעי איבר המין – ודחיית ההסבר החלופי שהוצג על ידי המערער, אכן מאפשרים לקבוע כממצא כי מעשה הסדום בוצע באמצעות איבר מינו של המערער. עם זאת, לדידה, אין להכרעה זו בדבר סוג העצם שהוחדר אל פי הטבעת של הפעוט כל נפקות לעניין הרשעתו של המערער.

156. אף בכל הנוגע להעדרם של ממצאים פורנזיים או רפואיים מלבד כתמי הדם, המשיבה סבורה כי אין יסוד להתערבות בממצאיו של בית המשפט המחוזי. אשר להעדר סימני חבלה על איבר המין, המשיבה מטעימה כי ד"ר קוגל עצמו אישר במכתב שהעביר להגנה (ת/92) את דברי ד"ר זייצב, לפיהם העובדה שלא נמצאו סימני חבלה על איבר מינו של המערער אינה שוללת את האפשרות כי הוא ביצע את מעשה הסדום באמצעות איבר מינו. ביחס לאי-מציאת DNA על איבר מינו של המערער, המשיבה מציינת כי ד"ר קוגל אישר בעדותו שבספרות המדעית אין התייחסות כלשהי לשיעור מציאת DNA על איבר מין של אדם המחזיר את איבר מינו לפי טבעתו של אחר. בנוסף, לעמדתה, המערער נעצר 12 שעות לאחר ביצוע המעשה, כך שהיה לו די והותר זמן לשטוף את איבר מינו. לבסוף, לעניין אי-מציאת DNA של המערער בפי הטבעת של הפעוט, המשיבה מדגישה כי ד"ר קוגל אישר בעדותו שבחלק לא מבוטל מהמקרים לא ימצא DNA, אם החודר לא שפך את זרעו.

כן גורסת המשיבה כי לא נפל פגם בהחלטתו של בית המשפט המחוזי שלא לקבל את מסקנותיו של רוזנגרטן בנ/23(א), באשר למקור כתמי הדם. המשיבה מדגישה בעניין זה את קביעותיו של בית המשפט המחוזי באשר לפגמים באופן שבו ערך רוזנגרטן את הניסוי עליו נסמכות מסקנותיו. על יסוד כל האמור, לגישת המשיבה, מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי האפשרות שהמערער החזיר את איבר מינו לפי הטבעת של הפעוט היא סבירה יותר, עומדת בעינה.

157. אקדים ואומר כי לא מצאתי מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי בסוגיית קבילות כתמי הדם. לגישתי, ההחלטה בעניין נחמיאס, אליה הפנה המערער, כלל אינה רלבנטית למקרה שלפנינו. אותה החלטה עסקה בבקשה של נאשם כי יועברו אליו כל המוצגים בתיק החקירה לשם ביצוע DNA עצמאיות, והמדינה התנגדה תוך הפניה לנוהל, אשר מסדיר את תהליך העברתן של דגימות לידי ההגנה לשם ביצוע בדיקות על ידה. בית המשפט המחוזי בעניין נחמיאס דחה את הטענה כי הנוהל פוגע בזכויות נאשמים ומצא כי הוראותיו סבירות וראויות. עם זאת, אין בהחלטה כל קביעה לעניין קבילות של בדיקות DNA שבוצעו תוך אי-עמידה בהוראות הנוהל. אף אני

סבור כי ההוראות המצוטטות מהנוהל בהחלטה בעניין נחמיאס הן ראויות, ומשקפות איזון נכון בין צרכי החקירה לבין יכולתו של הנאשם להתגונן מפני האישומים נגדו. ראוי בעיניי כי מומחי המז"פ מטעם התביעה ישתדלו להותיר חומר מספיק לבדיקה מקבילה של הנאשם, במידת האפשר. עם זאת, לשיטתי, ככל שמומחי המז"פ אינם עומדים בהוראות הנוהל, ואינם מאפשרים בדיקה מקבילה כאמור – על נפקותה הראייתית של החריגה מהוראות נוהל להיבחן במישור המשקל ולא במישור הקבילות. כך, לגישתי, בדיקה אשר נערכת תוך חריגה מהנוהל היא קבילה – אולם במסגרת הערכת משקלה הראייתית של הבדיקה, על בית המשפט לבחון האם ניתנה לנאשם הזדמנות ראויה לעמוד על האופן שבו נערכו הבדיקות ולהתמודד עם תוצאותיהן.

158. במקרה שלפנינו, מומחה המז"פ מטעם המשיבה, משיח, הסביר בעדותו כי כתמי הדם היו קטנים, וכי אילו היה חותך רק חלק מהכתם, לא היה נותר בידו די חומר לביצוע הבדיקות השונות (עמ' 373 לפרוטוקול). עם זאת, משיח הדגיש כי נותרו על התחתונים כתמים נוספים אותם ההגנה הייתה יכולה לבדוק, וכי הגזירים מהם מיצה את ה-DNA אף הם עמדו לרשות ההגנה לשם ביצוע בדיקות מטעמה – אך ההגנה סירבה להצעה לקבל חומרים אלו (עמ' 372-373 לפרוטוקול). בנסיבות המתוארות, סבורני כי לא נפגעה אפשרותה של ההגנה להתמודד עם הבדיקה ותוצאותיה, חרף העובדה כי לא ניתנה לה האפשרות לבדוק את אותו כתם דם שנבדק על ידי משיח טרם מיצויו. ראשית, להגנה ניתנה הזדמנות לחקור את משיח באריכות על האופן שבו ערך את בדיקותיו, ולא הועלתה על ידה טענה כלשהי בדבר פגם בביצוע הבדיקות בפועל על ידו. שנית, להגנה הייתה האפשרות לבחון את כתמי הדם האחרים שעל התחתונים, והיא בחרה שלא לעשות כן. יובהר, כי בעניין זה אין בידי לקבל את טענת ההגנה כי לאפשרות זו אין כל רלבנטיות, משום שהדבר לא היה שולל את תוקפן של תוצאות חיוביות בכתמים הנוספים. ברי כי אילו ההגנה הייתה בוחנת כתמים נוספים על תחתוני המערער, והיה נמצא כי למעשה אף אחד מהם אינו כתם דם או שאינו מכיל DNA של הפעוט – בנסיבות בהן לא ניתנה להגנה אפשרות לבחון את הכתמים אותם מגישה המדינה כראיה – היה ממצא זה משליך באופן משמעותי על המשקל שיש לייחס לכתמי הדם שנבדקו על ידי המשיבה. על כן, אני דוחה את טענות המערער בדבר קבילות כתמי הדם כראיה.

159. שונים הם פני הדברים ביחס לממצאו של בית המשפט המחוזי כי כתמי הדם על התחתונים מהווים ראיה נסיבתית משמעותית להוכחת הטענה לפיה המערער הוא זה שביצע מעשה סדום בפעוט. מקובלת עליי טענת המערער כי לזהות העצם שהוחדר אל פי הטבעת של הפעוט ישנה חשיבות מהותית בכל הנוגע לאפשרות להסתמך על כתמי

הדם כראיה נסיבתית עצמאית הקושרת את המערער למעשה המיוחס לו. ואסביר: בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי מצא, בהסתמך על חוות דעתו של רוזנגרטן, כי כתמי הדם על התחתונים הם כתמי מריחה, אשר הגיעו ממקור משני שנגע בגוף המדמם. בנסיבות המקרה שלפנינו, נוכח גרסאותיהם של הצדדים, קיימים למעשה שני מקורות משניים אפשריים אשר היה ביכולתם להעביר את הדם מישבנו של הפעוט אל תחתוניו של המערער – האחד, הוא איבר מינו של המערער, והאחר הוא אצבע. זהות העצם אשר הוחדר לפי הטבעת של הפעוט, לפי התזה המפלילה, משליכה גם על זיהוי המקור המשני. כך, ככל שמדובר באיבר מין שהוחדר, האפשרות הסבירה היא שכתמי הדם על התחתונים נוצרו גם הם כתוצאה מאיבר המין המוכתם. לעומת זאת, ככל שהחדירה לפי הטבעת בוצעה באמצעות חפץ כלשהו או באמצעות אצבעות, הרי שהדבר שולל, הלכה למעשה, את האפשרות כי איבר מין יצר את כתמי הדם הנראים בתחתונים, ומחייב את המסקנה כי הם נוצרו על ידי אצבע.

160. בהמשך לכך, לא למותר לציין כי גרסתו של המערער לאופן היווצרות הכתמים – ואשר נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי – הייתה כי מדובר בהעברה באמצעות אצבע. כך, בעדותו, המערער עמד על כך שההסבר האפשרי היחיד להיווצרות הכתמים, מבחינתו, הוא כי נותר מעט דם על ידו לאחר שטיפל בפעוט, והדם עבר אל תחתוניו כאשר גירד את מבושיו (עמ' 643-644 לפרוטוקול). אין בידי לקבל את הקביעה בהכרעת הדין כי גרסתו של המערער ביחס לאופן היווצרות הכתמים בתחתונים הייתה מתפתחת, וכי בשל כך יש לדחות אותה. סבורני כי בקביעה זו בית המשפט המחוזי נתפס לכלל טעות. אמנם, כפי שציין בית המשפט המחוזי בצדק, מידת הביטחון שבה התייחס המערער אל גירוד מבושיו כהסבר להגעתם של כתמי הדם אל תחתוניו גברה ככל שהתקדם ההליך בעניינו – מהסבר אפשרי מהוסס בגרסאותיו הראשונות, עד להסבר אפשרי יחיד במהלך עדותו. עם זאת, סבורני כי מידת הביטחון של המערער בהסבר הנמסר על ידו, מהווה את הטפל ולא את העיקר בגרסאותיו של המערער בנוגע לכתמי הדם. העיקר בגרסאותיו, לדידי, הוא כי המערער שלל באופן עקבי את טענות החוקרים לפיהן כתמי הדם על התחתונים הן תוצאה של טפסוף בעת שביצע בפעוט מעשה סדום, וכי בכל הודעותיו הסברו להיווצרות כתמי הדם היה האפשרות של העברה בהיסח הדעת של דם מאצבעו לתחתוניו, לאחר שטיפל בפעוט.

גרסתו הראשונה של המערער בסוגיה מצויה בעמ' 15-16 לחקירתו ת/25א,

ומצוטטת בפסקה 145 להכרעת הדין:

"[החוקרת]: איך אתה מסביר את זה שנמצאו טיפות דם של [הפעוט] בתחתונים שלך?

[המערער]: יכול להיות, יכול להיות [...] שאני ניגבתי וניקיתי את [הפעוט] או משהו כזה, כן? נמרח עליי קצת דם."

[רפ"ק אלק]: הדם לא נמצא על ידיך, הדם לא נמצא על חולצתך ולא על מכנסיך. הדם נמצא בחלק הפנימי של תחתוניך באזור שקרוב לפין. מה אתה רוצה לומר על כך?

[המערער]: [...] אם היה מצב שאני ניגבתי את [הפעוט] מדם על ספסל הקרש, שניגבתי את [הפעוט] על ספסל הקרש, בסדר? על ספסל הקרש אני ניגבתי אותו או משהו כזה, יכול להיות שנגעתי אחרי זה בתחתונים, עברו שלושה ימים. עברו יומיים. יכול להיות שנגעתי בטעות בתחתונים או משהו כזה."

בהמשך עמ' 16, לאחר שהמערער מכחיש את האשמות החוקרים כי ביצע מעשה סדום בפעוט, מציין המערער: "יכול להיות אולי אולי, יכול להיות, כן? יכול להיות שאני ניגבתי את [הפעוט], ברור שהיה לי על הידיים דם של [הפעוט] כי אני ניגבתי אותו, אני ניקיתי אותו ולאחר מכן, ולאחר מכן, לך תדע אולי הכנסתי יד, אולי גירבצתי, אולי דברים כאלה" (שורות 33-36). ניתן להתרשם מדברים אלו כי ההסבר המוצע על ידי המערער, אף אם בהיסוס, הוא להעברה מקרית לאחר שניקה את הפעוט.

בחקירה ת/26(א), שנערכה לאחר חמישה ימים, נשאל המערער פעם נוספת כיצד הוא מסביר את כתמי הדם בתחתוניו, ומשיב: "הלכתי לשירותים פעמיים לפחות. אני גם בנאדם, אני גם בנאדם יש לי הוכחות לזה [...] אני בנאדם שהרבה. בנאדם מכניס את היד שלו מגרד" (עמ' 8, שורות 11-15). כאשר החוקרת שבה ושואלת איך הגיע דם לתחתוניו, משיב המערער: "מאוד יכול להיות, מאוד, מאוד, יכול להיות שהכנסתי יד לגרד. מאוד יכול להיות, מאוד יכול להיות שהלכתי לשירותים והורדתי את המכנסיים, כמובן אתה במגע גם עם התחתונים ועם הידיים שלך [...] יש לי גם תכונה, גם יש לי הרבה, הרבה תכונה ויש לי גם הוכחות לכך. יש לי הוכחות לכך שאני הרבה פעמים מגרד. כן אפילו למטה, מת... מחוץ לתחתונים, בתוך התחתונים, אני מה שנקרא בשפה העברית מגרביץ" (עמ' 9, שורות 11-18). החוקרת מטיחה במערער כי "הדם שבתחתונים שלך לא נגרם כתוצאה מהכנסת יד לתחתונים, אחרת הייתה שם מריחה. יש שם טיפות בתחתונים שנגרמו כתוצאה מטפטוף דם בתוך התחתונים שלך. זה לא מריחה של גרבוץ" – ולכך משיב המערער "לא היה ולא נברא [...] זה לא יכול להיות בשום פנים ואופן. זה לא ייתכן מצב כזה" (עמ' 9, שורות 30-37).

סבורני כי מבחינת מכלול אמירותיו של המערער המובאות לעיל, עולה כי ליבת גרסתו באשר לאופן שבו נוצרו הכתמים על תחתוניו הייתה עקבית. אף אם תיאור מנהגו לגרד את מבושיו הועלה בצורה מהוססת תחילה, הרי שהסברו היה ונותר כי נגע בצורה מקרית בתחתוניו לאחר שטיפל בפעוט. על כן, אני מוצא כי לא היה מקום לדחות מעיקרה את גרסתו בנושא, כגרסה מתפתחת ולא מהימנה.

161. משמעות הדבר, אפוא, היא שלמערער קיים הסבר תמים ועקבי לאופן שבו נוצרו כתמי הדם על תחתוניו – לפיו אצבעותיו הן המקור המשני. קביעה זו משליכה על נושא הקשר שבין זהות העצם שהוחדר אל פי הטבעת של הפעוט לבין הנפקות הראייתית של כתמי הדם, עליו עמדתי לעיל. מהאמור עולה כי ככל שיסתבר שהעצם שהוחדר אל פי הטבעת אינו איבר מין, הרי שלא ניתן לראות בכתמי הדם ראיה נסיבתית עצמאית. זאת, משום שאם אצבעות הן המקור המשני אשר יצר את הכתמים – הדבר תואם הן את התזה המפלילה והן את גרסתו של המערער, ואינו מאפשר לסמוך ממצא עובדתי כלשהו על כתמי הדם בלבד. נוכח האמור, יש לבחון את ממצאו של בית המשפט המחוזי, לפיו האפשרות כי הוחדר איבר מין אל פי הטבעת של הפעוט היא אפשרות מסתברת יותר מאשר האפשרות כי הוחדר חפץ אחר. ההכרעה בסוגיה זו תקבע האם כתמי הדם יכולים לשמש ראיה נסיבתית עצמאית.

162. אומר כבר עתה, כי לדידי ממצא זה של בית המשפט המחוזי אינו יכול לעמוד, שכן מצאתי כי האפשרות שהעצם שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט הוא איבר מינו של המערער, אינה סבירה נוכח חומר הראיות, וכי דווקא האפשרות שמדובר בהחדרה של חפץ היא המסתברת יותר. אפרט את טעמי להלן.

163. כאמור, מטעם ההגנה הוצגו בפני בית המשפט המחוזי שתי חוות דעת מומחים, אשר נועדו לתמוך בעמדתה כי התרחיש לפיו המערער החדיר את איבר מינו אל פי הטבעת אינו אפשרי: חוות הדעת הפורנזית של רוזנגרטן, וחוות הדעת של ד"ר קוגל. אדון בהן כסדרן. חוות הדעת הראשונה היא חוות דעתו של רוזנגרטן (נ/23), אשר עמד על חמישה ממצאים, מהם הסיק כי אין זה סביר שכתמי הדם על התחתונים נבעו ממגע של איבר מינו של החשוד: (1) לא נמצאו שרידי זרע במקום בו נמצאו הכתמים; (2) לא נמצא DNA של הפעוט על איבר מינו של המערער; (3) כתם הדם על כיס המכנסיים אינו מתיישב עם יצירת הכתם על ידי איבר המין; (4) מיקום הכתמים בתחתונים אינו מיקום אופייני לאיבר המין; (5) פיזור הכתמים וגודלם העיד על כמות קטנה של דם באזור ממוקד, ואשר אינו מתיישב עם מריחה מאיבר מין, אלא עם גוף קטן יותר כמו אצבע. עם זאת, במהלך חקירתו הנגדית, אישר רוזנגרטן כי אם איבר המין נוגב חלקית,

ייתכן כי הכתמים נוצרו על ידו. בהמשך, התבקש רוזנגרטן להשלים את חוות דעתו בנושא אחר, לאחר שהסתבר כי לא היו בידו צילומים דיגיטליים של התחתונים. בחוות דעתו המשלימה (נ/23א), התייחס רוזנגרטן גם לסוגיית מקור הכתמים. הוא ערך ניסוי במסגרתו ניסה למרוח על תחתונים דוגמת אלה של הנאשם דם, באופן אקראי, באמצעות איבר מין ואצבעות, ולא הצליח לחזור על פיזור וגודל הכתמים שבתחתוני המערער. על יסוד ממצאים אלו, רוזנגרטן הגיע למסקנה כי מקור הדם הוא בגוף שבו קיים פגם (כמו קפל עור) או אי-רציפות (כמו ציפורניים).

164. בית המשפט המחוזי לא קיבל את מסקנותיו של רוזנגרטן, המבוססות על הניסוי שערך. בית המשפט מצא כי אופן עריכת הניסוי אינו מאפשר להסיק מסקנות בנוגע למקרה שלפנינו. כך, בית המשפט ציין כי רוזנגרטן השתמש בתחתונים חדשים, בעוד תחתוני המערער כובסו בעבר; התחתונים היו מונחים על שולחן ולא לבושים על הגוף בשעת הניסוי; והניסוי נערך רק באמצעות איבר מין ואצבע, אך לא באמצעות אותם חלקי גוף אשר לשיטת רוזנגרטן היו יכולים ליצור פיזור וגודל כתמים דומה לאלה שנמצא בתחתונים. כמו כן, בית המשפט המחוזי התרשם כי רוזנגרטן ניסה להימנע מלהגדיר אזורים אחרים בהם מתקיימת אי רציפות, מלבד הדגשתו כי קפלים של איבר מין אינם עונים להגדרה.

165. לא מצאתי מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לחוות דעתו המשלימה של רוזנגרטן. מאחר שרוזנגרטן שב והדגיש בחקירתו הנגדית, לאחר שהוגשה חוות הדעת המשלימה, כי הניסוי נועד לצורכי המחשה (עמ' 1152-1150 לפרוטוקול), ניתן היה לצפות כי לא יסתפק בבדיקה "שלילית" בלבד לשם עיגון מסקנתו – המראה כי לא הצליח לשחזר את פיזורם וגודלם של הכתמים באמצעות איבר מין – אלא ימשיך ויבצע בדיקה באמצעות אזור בו קיים פגם או אי-רציפות, כדי להגיע לתוצאה המשחזרת את הפיזור והגודל של הכתמים בתחתוני המערער. רוזנגרטן לא סיפק בחקירתו הנגדית הסבר כלשהו מדוע לא עשה כן, מלבד טענה כללית ומעורפלת לפיה הדבר לא עלה בידו (עמ' 1154-1158 לפרוטוקול). אף העובדה כי הניסוי נערך על תחתונים חדשים, שלא כובסו קודם לכן, פוגע בתוקפו של הניסוי. במהלך חקירתו הנגדית, הציגה באת-כוח המאשימה בפני רוזנגרטן מאמר בשם Blood Stains on Fabric, בו הוטעם: "Fabric and therefore new fabrics should never be used for blood stain experimentation – testing for comparison to actual investigative observations" (ההדגשה הוספה – ס.ג.). רוזנגרטן אישר את האמור, תוך שהדגיש כי תצורת הכתמים על הבד לא תשתנה – כלומר, שעדיין ניתן יהיה לזהות כי מדובר בכתמי מריחה ולא בכתמי טפטוף (עמ' 1158-1154 לפרוטוקול).

1134-1134 לפרוטוקול). ואולם, הסוגיה המונחת לפתחנו אינה תצורת הכתמים אלא גודלם ופיזורם, ובסוגיה זו אישר רוזנגרטן כי קיימים הבדלים בין בד חדש לבד מכובס (עמ' 1134 לפרוטוקול). נוכח האמור, סבורני כי בצדק בית המשפט המחוזי דחה את מסקנותיו של רוזנגרטן בחוות דעתו המשלימה, ומשכך אני מוצא כי אין בחוות דעתו כדי לבסס את המסקנה לפיה מקור העברת הכתמים אינו איבר מין אלא אצבע.

166. חוות הדעת השנייה אשר הוצגה על ידי ההגנה היא חוות דעתו של ד"ר קוגל (נ/29). ד"ר קוגל מצא בחוות דעתו כי סביר יותר שהחבלות בפי הטבעת של הפעוט נגרמו כתוצאה מהחדרת עצם כלשהו, שאינו איבר מין. ד"ר קוגל ביסס את מסקנתו על מספר גורמים. ראשית, הוא הדגיש כי הפגיעות החמורות בפי הטבעת של הפעוט הן נדירות, והבהיר כי תעלה אנאלית של פעוט, חרף היותה קטנה וצרה, מסוגלת "לקבל עצם בגודל של פין, מבלי שיהיו סימני חבלה חמורים" (עמ' 14 לחוות דעתו). עובדה זאת תמכה, לשיטתו, בכך שהפגיעה לא נעשתה על ידי איבר מין אלא חפץ. שנית, ד"ר קוגל הסתמך על העובדה כי על איבר מינו של המערער לא נמצאו סימני חבלה כלשהם. בעניין זה, ד"ר קוגל ציין כי בספרות המדעית קיימים מחקרים ראשוניים המלמדים על קיומם של סימני חבלה קלים לאחר קיום יחסי מין וגניליים, והפנה למחקר משנת 2010, שבו רוב הגברים דיווחו על סימני חבלה לאחר קיום יחסי מין מרצון. בנוסף, ד"ר קוגל עמד על כך שבנסיבות המקרה, הפגיעות החמורות בפי הטבעת של הפעוט מלמדות על דרגה רבה של כוח שהופעלה בעת החדירה לפי הטבעת, ואשר לדבריו הייתה צריכה להתבטא גם בחבלות על איבר מינו של המערער. שלישית, ד"ר קוגל התייחס להעדר DNA של הפעוט על איבר מינו של המערער כנסיבה המחלישה את האפשרות לכך שהמעשה בוצע על ידי איבר המין.

167. בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי דחה את מסקנותיו של ד"ר קוגל. בכל הנוגע לסימני חבלה על איבר המין, בית המשפט קבע כי למחקר משנת 2010 אין כל רלבנטיות, מאחר שהוא עוסק במקרים של דיווח עצמי (Self-reporting). בית המשפט הוסיף וציין כי במכתב שכתב להגנה (ת/92) טרם הוגשה חוות דעתו, ד"ר קוגל הסכים לאמור בחוות דעתו של ד"ר זייצב, תוך שהדגיש כי "העובדה שלא נמצאו סימני חבלה כלשהי בפין אינה שוללת החדרת פין לפי הטבעת של התינוק [...] על פי הספרות ברוב המקרים של החדרת איבר מין לפי הטבעת אין סימנים על איבר המין". בית המשפט המחוזי דחה את ההסבר לפיו בעת כתיבת המכתב ת/92 לא ידע ד"ר קוגל על המחקר משנת 2010. גם ביחס להעדר DNA של הפעוט על איבר מינו של המערער, ולהעדר תאי זרע או DNA של המערער בפי הטבעת של הפעוט, בית המשפט המחוזי מצא כי לא הוצגה ספרות מקצועית רלבנטית כלשהי שיש בה לתמוך במסקנותיו של ד"ר קוגל.

משכך, בית המשפט המחוזי מצא כי העדרם של הממצאים עליהם עמד ד"ר קוגל אינו מפחית מסבירותה של האפשרות שמעשה הסדום בוצע באמצעות איבר מינו של המערער.

168. לאחר שעיינתי בקפידה בהכרעת הדין, מצאתי כי בית המשפט המחוזי שגה בדחותו את מסקנותיו של ד"ר קוגל בכל הנוגע לסימני החבלה על איבר מינו של המערער. אמנם, לגישתי, בצדק דחה בית המשפט המחוזי את הטענה הכללית לפיה מצופה למצוא סימני חבלה על איבר המין לאחר חדירה לפי הטבעת. אף לטעמי, לא ניתן לבצע בעניין זה היקש ממאמר יחיד, אשר עוסק ביחסי מין ואגינליים בהסכמה – בעוד העמדה המקובלת בסוגיה לאורך שנים, כפי שהבהיר ד"ר קוגל בעצמו, היא כי במרבית המקרים לא נמצאים סימני חבלה על איבר המין. ואולם, בית המשפט המחוזי לא התייחס בהכרעת דינו כלל למסקנותיו של ד"ר קוגל המבוססות על נסיבות המקרה הפרטני וחומרת פציעותיו של הפעוט במקרה שלפנינו – ובכך, חוששני כי נתפס לכלל טעות, שכן היה עליו להכריע במפורש במחלוקת בסוגיה זו בין ד"ר קוגל לד"ר זייצב.

169. בהמשך המכתב ת/92, מציין ד"ר קוגל: "יחד עם זאת, אם נביא בחשבון את הפגיעות הקשות בפי הטבעת של התינוק במקרה שלפנינו, וגם את הפרש היחסים בין פין של אדם מבוגר לפתח פי הטבעת של תינוק, הרי שבמאזן הכללי, לדעתי, כף הסבירות נוטה יותר לכיוון שהיו צריכים להימצא סימנים חבלתיים מסוימים על הפין שגרם לחבלות כאלו". במהלך עדותו, הבהיר ד"ר קוגל את דבריו, תוך שהפנה אל החוק השני מבין חוקי התנועה של ניוטון [צ"ל החוק השלישי – ס.ג.], הידוע גם כ"חוק הפעולה והתגובה". לפי חוק זה, כאשר גוף אחד מפעיל כוח כלפי גוף אחר, הגוף האחר ישיב בהפעלת כוח נגדי ושווה בעוצמתו על הגוף הראשון. ד"ר קוגל הסביר כי הכוח שהופעל על פי הטבעת של הפעוט היה רב מאוד, וכך גרם לו לקרעים החמורים. על כן, לשיטתו, ובהסתמך על החוק השלישי של ניוטון, כוח דומה היה צריך להיות מופעל על איבר מינו של המערער – אם זה אכן הוחדר לפי הטבעת. כוח זה, לפי ד"ר קוגל, היה צריך להתבטא בסימני חבלה כלשהם על איבר מינו של המערער (עמ' 1386-1387 לפרוטוקול). ד"ר קוגל הוסיף כי הוא סבור שככל שקיים פער גדלים משמעותי יותר בין איבר המין לבין פי הטבעת, כך הסבירות לפציעות בפי הטבעת, ובהמשך לכך על איבר המין, גדלה (עמ' 1389-1390 לפרוטוקול).

מנגד, ד"ר זייצב שלל בחוות דעתו ת/7 – אשר ניתנה בתגובה למכתב ת/92 – את מסקנתו של ד"ר קוגל המבוססת על פער הגדלים בין איבר המין לבין פי הטבעת ועל חומרת פציעותיו של הפעוט. במהלך חקירתו הנגדית, נשאל ד"ר זייצב האם הכוח

שיופעל על פי הטבעת של פעוט יהיה רב יותר מאשר זה המופעל על פי טבעתו של אדם בוגר, והשיב כי הוא סבור שאדם בוגר יכול להתנגד באמצעות כיווץ פי הטבעת, בשונה מפעוט. משכך, לעמדת ד"ר זייצב, התנגדותו של האדם הבוגר לחדירה לפי הטבעת שלו, תחייב אף היא את החודר להפעלת כוח רב – ואין סיבה, לשיטתו, להניח כי הכוח המופעל לשם חדירה אל פי הטבעת של הפעוט הוא גדול יותר מזה המופעל לשם חדירה לפי הטבעת של אדם בוגר.

170. לאחר שבחנתי את חוות דעתם ועדויותיהם של ד"ר זייצב וד"ר קוגל, מצאתי כי יש להעדיף את חוות דעתו של ד"ר קוגל לעניין הימצאות סימני חבלה בנסיבות פגיעותיו הספציפיות של הפעוט. כידוע, בבואו של בית המשפט לפסוק בין עמדותיהם של שני מומחים, עליו לתת דעתו לאמינות המקצועית של העדים, בהסתמך על רמתם המקצועית וטיב ואופי הבדיקה או הבריור שערכו ומכוחו הגיעו אל מסקנותיהם. ההכרעה בין עמדות המומחים נעשית תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי, בהסתמך על הידע השיפוטי, ניסיון החיים והשכל הישר – אותם כלים באמצעותם מכריע בית המשפט בין גרסאות סותרות של עדים (ראו: ע"פ 8277/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 26-27 (23.2.2016); ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 331 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (23.12.2015) (להלן: עניין זדורוב); ע"פ 1839/92 אשקר נ' מדינת ישראל, פסקה 4(א)(1) (4.9.1994)). ד"ר קוגל עמד בחוות דעתו ובמהלך עדותו על כך שהפעלים בפי הטבעת של הפעוט הם ייחודיים בחומרתם, וביסס את מסקנותיו על חומרה זו של הפעלים. ד"ר זייצב, במהלך חקירתו הנגדית, הסתמך על העובדה שאדם מבוגר עשוי לכווץ את פי טבעתו, וכך לחייב את החודר להפעיל כוח רב יותר – ולכן, לגישתו, דרגת הכוח שמופעלת בעת חדירה לפי טבעתו של הפעוט אינה בהכרח גבוהה יותר. ואולם, ד"ר זייצב אינו מתייחס בעדותו כלל לטענה כי הפציעות החמורות שנגרמו לפעוט במקרה שלפנינו, מלמדות על הפעלת דרגה רבה יותר של כוח מאשר במקרה "טיפוסי" של חדירה לפי הטבעת, הנתקלת בהתנגדות. הסברו של ד"ר קוגל לממצאיו מדוע בנסיבות המקרה, נוכח חומרת פציעותיו של הפעוט, ניתן היה לצפות למצוא סימני חבלה על איבר מינו של המערער, מניח את הדעת, ואני מוצא כי הוא לא נסתר על ידי ד"ר זייצב לגופו של עניין.

171. מסקנתו של ד"ר קוגל לפיה האפשרות הפחות מסתברת היא כי מעשה הסדום בוצע באמצעות החדרת איבר מין, זוכה לחיזוק בדמות כתם הדם על כיס מכנסיו האחורי של המערער. בהכרעת הדין, בית המשפט המחוזי מצא כי כתם זה אינו מאיין את משקלם של הכתמים בתוך התחתונים, אף שלא נמצא לו הסבר. דעתי שונה. סבורני כי

האפשרות כי כתם הדם על המכנסיים נוצר על ידי איבר המין היא בלתי סבירה בנסיבות המקרה. מבחינה פיזית, אין זה אפשרי כי איבר המין יהווה מקור משני להיווצרות הכתם, ככל שמדובר בכתם מריחה – ואין סיבה להניח כי הכתם על המכנסיים הוא כתם טפטוף, בשונה מהכתמים שעל התחתונים, ומכל מקום, הדבר אף לא נטען על ידי המשיבה. לפיכך, האפשרות היחידה המתקבלת על הדעת היא שכתם הדם על המכנסיים נוצר כתוצאה ממגע אצבעות מקרי. לא ניתן, לדידי, לפטור את קיומו של כתם זה בלא כלום, שכן הוא מפחית בצורה ניכרת מסבירותה של האפשרות כי איבר מינו של המערער הוא המקור המשני לכתמי הדם שבתוך התחתונים, ותומך באפשרות שהמקור להיווצרות כתמים אלו הוא אצבע.

172. מהטעמים המפורטים לעיל, אני מוצא כי חומר הראיות מבסס, בדרגת הסתברות גבוהה, את המסקנה כי המקור המשני האחראי להיווצרותם של כתמי הדם בתוך תחתונים הוא אצבע. יודגש, כי אין בממצא זה כדי להוביל למסקנה לפיה המערער לא ביצע מעשה סדום בפעוט, שכן על פי התזה המפלילה קיימת האפשרות שהמערער ביצע את המעשה באמצעות חפץ כלשהו או באמצעות אצבעותיו, וכתוצאה מכך הוכתמו אצבעותיו בדם הפעוט – ודם זה הועבר אל תחתוניו ואל הכיס האחורי של מכנסיו. ואולם, משקיים למערער הסבר תמים ומתקבל על הדעת לנוכחותם של הכתמים בתוך תחתוניו, אשר ליבתו היא עקבית ואשר מתיישב היטב עם הממצא לפיו סביר יותר כי אצבע היא המקור להיווצרותם של הכתמים בתוך התחתונים – סבורני כי מתחייבת התוצאה לפיה כתמי הדם אינם יכולים לשמש ראיה נסיבתית עצמאית המערבת אותו בביצוע מעשה סדום בפעוט. לכל היותר, מדובר בראיה היכולה לשמש, בשלב השני של המבחן התלת-שלבי להערכתן של ראיות נסיבתיות, כראיה מחזקת לאותן נסיבות עובדתיות אותן עלה בידיה של המשיבה להוכיח במסגרת השלב הראשון של המבחן.

שפך הדם על לחיו של הפעוט

173. בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי קבע כי שפך הדם על לחיו של הפעוט אינו יכול להוות ראיה נסיבתית עצמאית, אך מצא כי הוא יכול לשמש חיזוק לראיות התביעה. בית המשפט אמנם דחה את האמור בחוות דעתו של ד"ר זייצב, כי צבעו של שפך הדם מלמד על כך שהוא תוצאה של חבלה שאירעה 18 שעות לפני הבדיקה – והעדיף את חוות דעתו של ד"ר קוגל לפיה צבעו של שפך דם אינו יכול להוות מדד מדויק למועד שבו נגרמה החבלה (פסקאות 23 ו-146 להכרעת הדין). אך עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי ניתן ללמוד מראיות אחרות על המועד שבו ספג הפעוט את החבלה אשר כתוצאה ממנה נוצר שפך הדם. כך, בית המשפט הפנה לכך שבחקירתו

ת/26א, כאשר המערער נשאל על מקורו של שפך הדם על לחיו של הפעוט, הוא השיב כי "אולי הוא קיבל מכה בחדר הכושר". בית המשפט הוסיף וציין כי מאחר שהמערער עצמו לא טען בשום שלב כי הפעוט קיבל מכה עובר לירידת השניים לחדר הכושר, המסקנה המתבקשת היא שהמערער עצמו מיקם את המועד שבו נחבל הפעוט לזמן בו השניים שהו בחדר הכושר. על יסוד האמור, ובהסתמך על עדויותיהם של ד"ר זייצב וד"ר קוגל לפיהם צורת שפך הדם מלמדת כי קיימת אפשרות שהוא נגרם על ידי לחץ אצבעות על הלחי – בית המשפט המחוזי קבע כי שפך הדם מהווה חיזוק לתזה המפלילה.

174. מצאתי כי יש לקבל את טענת המערער לפיה בית המשפט המחוזי שגה בקביעה כי הוא עצמו מיקם את האירוע שבו ספג הפעוט את המכה שגרמה לשפך הדם לחדר הכושר. המערער, בחקירתו ובעדותו, הבהיר כי הוא אינו יודע כיצד נגרם שפך הדם על לחיו של הפעוט, והאפשרות כי הפעוט נחבל בחדר הכושר הועלתה על ידו כסברה בלבד. בחקירתו 26/א, נשאל המערער: "[פעוט] יש חבלה בלחי. ממה היא נגרמה?", והוא משיב: "לא נגעת ב[פעוט], ברמה תוקפנית. בשום פנים ואופן. יכול להיות הוא רץ בחדר הכושר, אולי הוא קיבל איזה מכה קלה". החוקרת שבה ושואלת אותו "ממה החבלה", והמערער משיב: "אני לא יודע ממה החבלה" (עמ' 7, שורות 20-27).

זאת ועוד, אמנם המערער אישר בעדותו שהפעוט לא ספג מכה כלשהי טרם הירידה לחדר הכושר (עמ' 693 לפרוטוקול), אך אין הדבר שולל את האפשרות כי הפעוט נפגע במועד מוקדם יותר. כמבואר לעיל, בית המשפט המחוזי קבע, לאחר ניתוח חוות דעתם של ד"ר קוגל וד"ר זייצב, כי לא ניתן לקבוע מהו המועד שבו אירעה החבלה אשר גרמה לשפך הדם על לחיו של הפעוט לפי צבעה. לכך יש להוסיף כי אין כל מקור בחומר הראיות ממנו ניתן לקבוע מהי מסגרת הזמנים האפשרית לאירוע שבו נוצר שפך הדם, ואין בהכרעת הדין כל נימוק מדוע בית המשפט המחוזי תיחס את בחינתו ליום האירוע בלבד. בנסיבות המקרה, דומני כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהפעוט ספג את החבלה אשר בעקבותיה נוצר שפך הדם על לחיו לפני יום האירוע, במועד בו המערער כלל לא היה מצוי בקרבתו – ולכן לא היה יכול להעיד על כך. נוכח האמור, לגישתי, לא היה מקום לייחס לשפך הדם על לחיו של הפעוט משמעות ראייתית כלשהי, אף לא כראיה מחזקת.

פרק הזמן לאחר שהאם והפעוט עזבו את דירת המערער ועד להגעתם לבית החולים

175. בא-כוח המערער טען בטיעונו בעל פה בפנינו כי בגרסתה של האם קיים "חור שחור" ביחס לפרק הזמן שבין עזיבתה את דירת המערער ועד להגעתה לבית החולים

שניידר. המערער מציין כי על פי ממצאי הכרעת הדין, האם עזבה את דירתו של המערער בשעה 16:30 בקירוב ונסעה משם אל בית הוריה, המצוי במרחק של דקות נסיעה בודדות מדירתו. המערער מוסיף ומפנה לעדות האם, לפיה היא הראתה להוריה בביתם את חבלותיו של הפעוט, ואביה (סבו של הפעוט) אמר לה כי המערער "אנס את הילד". עקב כך, האם והפעוט נסעו במהירות לבית החולים שניידר, אשר לדברי המערער מצוי במרחק של כ-20 דקות נסיעה מבית הוריה של האם. על כן, המערער סבור כי גרסתה של האם אינה מתיישבת עם העובדה שהיא והפעוט הגיעו לבית החולים שניידר רק בשעה 18:00 לערך – כשעה וחצי לאחר שעזבו את דירת המערער. לעמדתו, גרסת האם מותירה פרק זמן של כשעה, אשר לא ניתן לדעת מה התרחש בו. המערער גורס כי קיימת אפשרות שבפרק זמן זה, טיפול רשלני גרם להחמרה בחבלותיו של הפעוט, וכי זהו תרחיש חלופי לתזה המפלילה, המקים ספק בדבר אשמתו. לדידו של המערער, ספק זה מתחזק נוכח מחדל החקירה שבאי-גביית הודעה מהורי האם בכל הנוגע להתרחשויות לאחר שהיא הגיעה לדירתם עם הפעוט ביום האירוע.

176. אפתח בטענת המערער הנוגעת למחדל החקירה שבאי-גביית הודעה מהורי האם. אמנם, כפי שעמדתי לעיל, העובדה שהוריה של האם לא נחקרו מהווה מחדל חקירה, והיה מוטב אילו גורמי החקירה היו גובים מהם הודעות – כדי לגבש תמונה ברורה יותר ביחס לפרק הזמן שלאחר עזיבת האם את ביתו של המערער. עם זאת, לגישתי, הגנתו של המערער לא קופחה כתוצאה ממחדל זה, ואין בו, כשלעצמו, כדי להקים ספק בדבר האפשרות שהמערער ביצע את המעשים המיוחסים לו. למערער הייתה אפשרות לבקש לזמן את הוריה של האם לעדות כעדי הגנה, אילו סבר שיש בכך כדי לסייע לו להקים ספק בדבר אשמתו. משלא עשה כן, ואף לא העלה כל טעם לבחירתו שלא לזמן את ההורים לעדות, מוקהית במידה ניכרת עוצמתו של מחדל החקירה (וראו למשל: ע"פ 7606/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (25.2.2013)).

177. שאלה אחרת היא האם עלה בידי המשיבה לשלול את האפשרות לפיה הפעוט נפגע במועד מאוחר למועד עזיבתה של האם את דירתו של המערער. נפקותה של שאלה זו היא בשלילת האפשרות לקיומו של תרחיש חלופי למיהות האדם שפגע בפעוט, ולמיקום הפגיעה בפעוט בחדר הכושר. ואבהיר: על פי ממצאיו של בית המשפט המחוזי, המערער ירד עם פעוט בריא לחדר הכושר, וחזר עמו כשהוא מדמם מפי הטבעת. בנסיבות אלה, ניתן היה למקם את הפגיעה בפעוט בחדר הכושר, ואז אין כל נפקות לפרק הזמן שבו האם שהתה בבית הוריה עם הפעוט. לעומת זאת, משמצאתי בפסקה 148 לעיל כי לא ניתן לבסס ממצא בדבר מצבו של הפעוט לאחר שיצא מחדר הכושר, הרי שעל מנת לבסס את התזה המפלילה, על המשיבה לשלול חלופות אחרות

שבהן הפעוט היה יכול להיפגע במועד מאוחר יותר. אומר כבר עתה כי לא מצאתי שעלה בידי המשיבה לשלול אפשרות זו, שכן מצאתי כי לא ניתן לבסס ממצא בדבר פרק הזמן שבו שהתה האם עם הפעוט בבית הוריה ובדבר האירועים אשר התרחשו שם.

178. לשלילת האפשרות לפיה הפעוט נפגע במועד מאוחר יותר, המשיבה הציגה מטעמה את עדותה של האם, לפיה היא שהתה בבית הוריה כרבע שעה טרם נסעו לבית החולים. בפרק זמן זה, לגרסת האם, היא הציגה להוריה את חבלותיו של הפעוט, ואביה שטח בפניה כי החבלות נגרמו כתוצאה מתקיפה מינית. עם זאת, לגישתי, גרסת האם בדבר משך הזמן שבו שהתה בבית הוריה אינה עולה בקנה אחד עם התיאור שמסרה בדבר האירועים בבית הוריה, ואינה מאפשרת לבסס עליה ממצא בדבר מצבו של הפעוט במהלך פרק זמן זה. כדי להבהיר את הטעמים העומדים ביסוד מסקנתי זו, אבחן עתה את לוח הזמנים לאחר עזיבת האם את דירת המערער.

בהכרעת דינו, בית המשפט המחוזי מצא כי "על פי הראיות האחרות שהוצגו לנו, האם עזבה את בית הנאשם בשעה 16:30 בקירוב" (פסקה 78). המערער ביקש להיבנות ממצא זה, עת טען לקיומו של "חור שחור" בגרסת האם. ואולם, בחינת חומר הראיות מגלה כי מסקנה זו של בית המשפט המחוזי מהווה הערכה גרידא, וכי למעשה לא ניתן לקבוע ממצא כלשהו בדבר המועד המדויק שבו עזבה האם את דירת המערער.

כזכור, בעת שהאם עזבה את דירת המערער, הוא ישן, ואילו מי שסייע בידה לאסוף את חפציה ולעזוב את הדירה היה הנהג – ולפיכך, האם והנהג הם אלו אשר יכולים לשפוך אור על סוגיית מועד עזיבת הדירה. בעדותה, האם הבהירה כי אינה יודעת במדויק מתי עזבה את הדירה. אמנם, כאשר נשאלה על כך בחקירתה הראשית, השיבה "אני עזבתי את הדירה שלו בסביבות 16:00, משהו כזה, 16:00-16:30" (עמ' 73 לפרוטוקול). אך בחקירתה הנגדית כבר הדגישה האם: "אני לא יודעת, אני חושבת שזה היה משהו בסביבות אם אני לא טועה ארבע בערך. ארבע. אני לא יודעת. אני משערת. לא היה לי שעון, אני לא יכולה לדעת" (עמ' 313 לפרוטוקול).

מנגד, הנהג, אשר העיד כעד הגנה, נשאל בחקירתו הראשית האם הוא יכול למקם מתי ביקשה ממנו האם לסייע לה לעזוב את הדירה, והשיב: "15:30? משהו כזה" (עמ' 951 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית, הוצגו לנהג שיחת טלפון והודעת SMS שהתקבלו אצלו מהמערער והאם בשעה 15:30. בהודעה, נמסרו לנהג כתובתם של הורי האם ומספר הטלפון שלהם, כדי שיוכל לאסוף מהם אוכל, טלפון נייד של האם ותרופה עבור הפעוט. בתגובה להצגת ראיות אלה, הנהג אישר כי ייתכן שרק בשעה 15:30 הוא

נסע אל בית הוריה של האם כדי להביא ציוד כאמור, וכי האם עזבה את הדירה במועד מאוחר יותר (עמ' 956 לפרוטוקול). בהמשך חקירתו הנגדית, הקריאה באת-כוח המשיבה לנהג את הודעתו במשטרה לפיה "הבאתי להם את האוכל, ירדתי שוב פעם למטה, אחרי משהו כמו שעה וחצי [האם] התקשרה אלי שאני אעזור לה להביא את הדברים לאוטו", והוא אישר את האמור. באת-כוח המשיבה המשיכה ושאלה את הנהג: "כלומר, אם הבאת להם את האוכל בחזרה בסביבות 15:30, 15:40, 15:45, בסביבות השעה הזאת, [האם] מתקשרת אליך שתעזור לה להוריד את הדברים בסביבות השעה 17:00, והנהג השיב "כן" (עמ' 960 לפרוטוקול).

מעדויות אלה עולה כי לא ניתן למקם באופן מדויק את המועד שבו עזבה האם את הדירה. כל שניתן לקבוע הוא כי בשעה 15:30 לערך, הנהג נסע להביא מבית הוריה של האם אוכל וציוד. זמן מסוים לאחר מכן, אשר לא ניתן לקבוע במדויק מהו, האם ביקשה מהנהג לסייע לה לאסוף את הפציה ולעזוב את דירת המערער. בהתאם לעדויות האם והנהג, אני מוצא כי טווח הזמנים שבו האם עזבה את הדירה הוא בין השעות 17:00-16:30.

179. השתלשלות האירועים לאחר מועד עזיבת הדירה, כפי שתוארה על ידי האם בעדותה, היא כדלהלן: (1) נסיעה בת מספר דקות מדירת המערער לבית הוריה של האם; (2) שהייה של בין רבע שעה לעשרים דקות בבית ההורים (עדות האם בעמ' 321 לפרוטוקול); (3) נסיעה האורכת כחצי שעה מבית ההורים אל בית החולים שניידר; (4) והגעה לבית החולים שניידר בשעה 18:00 לערך. ההגעה לבית החולים בשעה זו נתמכת ברישום לסיכום בדיקתו הראשונית של הפעוט שאותו ערכה ד"ר גוז-מרק (ת/8), הראשונה לבדוק את הפעוט בעת הגיעו לבית החולים. רישום זה נושא את השעה 18:10, ופשיטא, כי האם והפעוט הגיעו לבית החולים אף מספר דקות קודם לכן.

השתלשלות האירועים המפורטת לעיל מתיישבת מבחינת לוח הזמנים – ככל שהאם אכן עזבה את דירת המערער בשעה 17:00. ואולם, ככל שהאם עזבה את הדירה מוקדם יותר – וכאמור טווח זמני עזיבת הדירה הוא החל מהשעה 16:30 – הרי שפרק הזמן שבו שהתה עם הפעוט בבית הוריה (הרכיב השני להשתלשלות האירועים לאחר עזיבת הדירה) "מתרחב" ועשוי להגיע למשך זמן של 45 עד 50 דקות. העדות היחידה בדבר פרק הזמן בו נמצאה האם בבית הוריה היא עדות האם. לפי גרסתה, היא שהתה בבית הוריה פרק זמן קצר בלבד, שבו הראתה להם את פגיעותיו של הפעוט. לדבריה: "אז טסתי להורים שלי, כי הם ממש גרים שתי דקות משם, ועליתי עם הילד להורים שלי הביתה, שמתי את הילד על המיטה של ההורים שלי, פתחתי את הטיטול ואמרתי

להם: 'תראו מה קרה ל[פעוט]', אז אבא שלי ואימא שלי הסתכלו ואבא שלי אמר לי: 'הוא אנס את הילד, מיד לבית חולים, הוא אנס את הילד, הוא אנס את הילד', טסנו לבית חולים" (עמ' 82 לפרוטוקול). בחקירתה הנגדית הוסיפה האם: "זה היה כזה ממש תיק תק הכול קרה. לקחתי את הילד להורים שלי, שמתו אותו על המיטה, הראיתי לו את זה, דיברנו עוד כמה דקות, היינו כזה בהלם ונסענו ישר לבית החולים" (עמ' 321 לפרוטוקול). אלא שסבורני, כי ישנו קושי ליישב את פרק הזמן המתואר על ידי האם ביחס לשהותה בבית הוריה – של למעלה מרבע שעה – עם התיאור שמסרה בחקירתה הראשית בדבר אותה התרחשות מהירה ובהולה בבית הוריה, שכללה הצגת פגיעות הפעוט והפצרה לנסוע לבית החולים ללא דיחוי. עוד ישנו קושי ליישב את תיאור ההתרחשות הבהולה שתיארה האם בחקירתה הראשית, עם שיחה של מספר דקות בטרם הנסיעה לבית החולים, אותה תיארה בחקירתה הנגדית. קשיים אלו, בצירוף העובדה כי הוריה של האם לא נחקרו כלל ביחס לקרות האירועים בדירתם, אינם מאפשרים, לגישתי, לקבוע ממצא בדבר פרק הזמן שבו שהתה האם עם הפעוט בבית הוריה ובדבר האירועים אשר התרחשו שם.

סיכום השלב הראשון למבחן התלת-שלבי

180. לאחר שהפכתי ובחנתי את כלל הטענות ביחס לכל אחת מהראיות הנסיבתיות במקרה שלפנינו, מצאתי כי הוכחו כדבעי הנסיבות העובדתיות הבאות:

(-) מנגנון הגרימה לקרעים שהתגלו בפי הטבעת של הפעוט הוא החדרה מכוונת של עצם קשה לפי הטבעת.

(-) מצבו של הפעוט בבוקר האירוע, קודם לירידתו עם המערער לחדר הכושר, היה תקין.

(-) המערער והפעוט נמצאו יחד בחדר הכושר במשך 17 דקות, פרק זמן המהווה חלון הזדמנויות מספיק לביצוע המעשה המיוחס לו.

בנוסף, מצאתי כי כתמי דמו של הפעוט על תחתוני המערער מהווים ראיה היכולה לשמש ראיה מחזקת, אך לא ראיה עצמאית. ראיה מחזקת נוספת בנסיבות המקרה, אשר לגביה לא הייתה כל מחלוקת בין הצדדים, היא העובדה שהמערער עצמו ממקם את המועד שבו הורע לראשונה מצבו של הפעוט לזמן שבו השניים נמצאו לכדם בחדר הכושר.

אל מול ממצאים אלו, מצאתי כי לא ניתן לבסס על חומר הראיות הקיים ממצא

עובדתי כלשהו בדבר מצבו של הפעוט לאחר שיצא עם המערער מחדר הכושר, ובדבר קרות האירועים בפרק הזמן שבו שהתה האם בבית הוריה לאחר שעזבה את דירת המערער עם הפעוט. עוד מצאתי כי שפך הדם על לחיו של הפעוט הוא חסר ערך ראייתי.

181. לאחר שבחנתי כל ראיה לגופה, בהתאם לשלב הראשון במבחן התלת-שלבי להערכתן של ראיות נסיבתיות, אפנה עתה לבחון האם יש במסכת הראייתית בכללותה להקים מסקנה לכאורית בדבר אשמתו של המערער בעבירות המיוחסות לו.

השלב השני למבחן התלת-שלבי – בחינת המסקנה המרשיעה

182. לאחר שחזרתי והפכתי במלוא חומר הראיות במקרה שלפנינו, והערכת את על יסוד ניסיון החיים, ההיגיון והשכל הישר, סבורני כי אין די במסכת הראייתית הקיימת כדי לבסס במידה הנדרשת את המסקנה הלכאורית לפיה המערער ביצע מעשה סדום בפעוט. כפי שאבאר להלן, מצאתי כי מחומר הראיות עולים ספקות שונים, אשר בהצטברותם יוצרים ספק סביר בדבר התקיימותה של התזה המפלילה, לפיה המערער תקף מינית את הפעוט בחדר הכושר. כפועל יוצא מכך, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להורות על זיכוי של המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

183. אמנם, לכאורה, די בשילובן של אותן נסיבות עובדתיות אשר הוכחו במסגרת השלב הראשון כדי ליצור תמונה עובדתית על פיה המערער הוא זה שפגע בפעוט – וזאת, אף נוכח קביעתי כי לא ניתן לבסס ממצא עובדתי בדבר מצבו של הפעוט לאחר היציאה מחדר הכושר וכי כתמי הדם אינם יכולים לשמש ראיה נסיבתית עצמאית. כך, ככל שהמנגנון לגרימת חבלותיו של הפעוט הוא מנגנון של החדרה מכוונת של עצם קשה לפי הטבעת ונשללת האפשרות לגורם תאונתי או בלתי מכוון, הרי שהמערער נותר כמועמד האפשרי היחיד לביצוע המעשה. זאת, שהרי נמצא כי הפעוט היה במצב תקין בבוקר האירוע, ולאחר שהוחזר מחדר הכושר אל הבית נמצא בכל העת בנוכחותה ובהשגחתה של אמו. כפי שצוין בסעיף ה' לחוות דעתו של השופט ש' שוחט בהכרעת הדין, המערער לא העלה טענה לפיה חבלותיו של הפעוט נגרמו כתוצאה מפגיעה מכוונת לאחר שהאם עזבה את הדירה – בשונה מפגיעה בלתי מכוונת. אף בדיון בפנינו, כאשר בא-כוח המערער העלה את האפשרות שהפעוט נפגע בעת ששהה בבית הוריה של האם, הוא נמנע מלטעון כי הפגיעה בפעוט הייתה מכוונת. כך, כאשר חברי השופט י' עמית תהה האם התזה של המערער היא "בין ארבע וחצי לשש בזמן עוד יותר קצר בחזקת האמא וההורים נעשה לו משהו רע", הדגיש בא-כוח המערער: "לא בכוונה" (ראו: עמ' 25 לפרוטוקול הדיון בפנינו מיום 21.12.2015). כמו כן, המערער הדגיש כי

בפרק הזמן שבו הוא נמצא לבדו עם הפעוט, הפעוט היה מצוי בכל עת תחת השגחתו, ולא היה רגע שבו אדם אחר יכול היה לבצע מעשה סדום בפעוט. כתמי הדם על תחתוניו של המערער והעובדה כי לפי גרסתו שלו הפעוט החל לדמם בחדר הכושר, מהווים חיזוק לתזה המפלילה המתוארת. חרף האמור, סבורני כי התמונה העובדתית המתוארת לעיל אינה נקיה מספקות, ומשקלם המצטבר של ספקות אלו אינו מאפשר לבסס את המסקנה הלכאורית בדבר אשמתו של המערער.

184. בראש ובראשונה, כפי שעמדתי על הדברים בפסקאות 140-141 לעיל, מראהו של הפעוט, כפי שהוא נראה בסרטוני מצלמות האבטחה ת/1, אינו מתיישב עם האפשרות שהפעוט הותקף מינית בחדר הכושר דקות ספורות לפני כן. כך, אף שעל פי התזה המפלילה, הפעוט סבל בשלב זה מהקרעים בפי הטבעת שלו – הוא אינו מגיב ככאב או באי-נוחות כלשהי לכך שידו של המערער נמצאת מתחת לישבנו. זאת, בניגוד מוחלט לתיאורם של ד"ר גוז-מרק וד"ר זייצב, כי הפעוט בכה בכל ניסיון שלהם לגעת בישבנו. בנוסף, התרשמותי כי הפעוט מגיב לסביבתו במהלך הסרטונים ת/1 אינה עולה בקנה אחד עם תיאורו של פרופ' סרור את הפעוט כ"המום" ובעל תגובות איטיות בעת בדיקתו בבית החולים וולפסון. לגישתי, הפער בין מראהו והתנהגותו של הפעוט בסרטונים ת/1 לבין האופן שבו תיארו הרופאים את התנהגותו בערב האירוע, כאשר הוא סובל באופן ודאי מהקרעים בפי הטבעת, מקים ספק בדבר האפשרות שהפגיעה בפעוט אירעה בחדר הכושר. מאחר שלפי התזה המפלילה, המועד שבו המערער והפעוט שהו בחדר הכושר הוא המועד היחיד שבו המערער היה יכול לבצע את המעשה המיוחס לו – יש בכך להקים ספק בדבר אשמתו של המערער בעבירות המיוחסות לו.

185. החסר העובדתי ביחס לפרק הזמן שבו האם שהתה עם הפעוט בבית הוריה לאחר שעזבה את דירת המערער מעצים את הספק האמור. משמצאתי כי לא ניתן לבסס ממצא בדבר מצבו של הפעוט בעת היציאה מחדר הכושר, וכי מראהו בסרטוני מצלמות האבטחה אינו מתיישב עם האפשרות כי נפגע במועד זה – הרי שכאמור, על המשיבה מוטל הנטל לשלול את האפשרות לפיה הפעוט נפגע במועד מאוחר יותר, כדי שניתן יהיה לבסס את אשמתו של המערער. ואולם, כפי שעמדתי על הדברים לעיל, בנסיבות המקרה שלפנינו לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי כלשהו באשר לפרק הזמן שבו האם שהתה בבית הוריה עם הפעוט ולאירועים שאירעו במהלכו. כך, מצאתי כי האם והפעוט נמצאו בבית הוריה פרק זמן הנע בין 15 ל-50 דקות, וכי לא ניתן לדעת את אשר אירע בפרק זמן זה. אף אם נקבל את גרסת האם ביחס לפרק הזמן שבו שהתה בבית הוריה עם הפעוט – חרף הקשיים בגרסה זו שעליהם עמדתי בפסקה 179 לעיל – עדיין זהו פרק זמן של כ-15 עד 20 דקות. ברי, כי פרק זמן זה מספיק לפגיעה בפעוט, שהרי אף לפי

התזה המפלילה – זהו פרק הזמן שהמערער והפעוט נמצאו לבדם בחדר הכושר. יתרה מכך, וכאמור לעיל, קיימת האפשרות כי האם שהתה עם הפעוט בבית הוריה אף פרק זמן ממושך יותר, אשר מגיע עד כ-50 דקות. בנסיבות אלה, סבורני כי לא עלה בידי המשיבה לשלול את האפשרות כי הפעוט נפגע בפרק הזמן שבו שהה בבית הורי אמו, וכך נותרת בעינה האפשרות לפיה הפעוט נפגע במועד מאוחר יותר למועד הימצאותו עם המערער בחדר הכושר. אפשרות זו מעצימה את הספק באשמתו של המערער, העולה מסרטוני מצלמות האבטחה ת/1.

186. לשיטתי, הספק המתואר מועצם גם על ידי מספר נסיבות נוספות, אשר אינן דרות בכפיפה אחת עם האפשרות שהמערער ביצע מעשה סדום בפעוט. ראשית, העדרם של סימנים כלשהם בדפוסי אישיותו של המערער לכך שקיימות אצלו נטיות פדופיליות בכלל, ונטיות אינפנטופיליות בפרט, מקשות על קבלת האפשרות כי הוא ביצע מעשה כה מחליא ומזעזע. זאת, במיוחד נוכח דברי ד"ר לנדא כי מעשים מיניים המבוצעים בפעוטות אינם מאופיינים בחדירה, וכי מדובר במעשה בעל "נדירות אסטרנומית". כפי שהבהרתי בפתח הכרעתי, בפסקה 79 לעיל, ייחודו של המקרה שלפנינו מהווה נסיבה אותה יש לשקול במסגרת בחינת סבירותה של המסקנה המפלילה הקמה ממכלול הראיות הנסיבתיות. שנית, העדרם של ממצאים פורנזיים כלשהם על גופם של המערער והפעוט, למעט כתמי הדם, וזאת חרף הפציעות הקשות שנגרמו לפעוט, מפחית מסבירותה של המסקנה המפלילה, אף שאינו שולל אותה כליל. שלישית, וככל שניתן להסביר את העדרם של ממצאים פורנזיים כלשהם בכך שהמערער ביצע את מעשה הסדום באמצעות חפץ אחר שאינו איבר מינו או אצבעו, הרי שהעובדה כי לא נמצא על ידי גורמי החקירה חפץ כלשהו אשר ייתכן כי באמצעותו בוצע המעשה – אף היא מעוררת קושי. לכך יש להוסיף, כי משדחה בית המשפט המחוזי את טענת האם לפיה לא עזבה את דירת המערער לאחר שראתה את החבלות משום שחששה ממנו, נותרים אנו עם התהייה האם הפגיעות הכה חמורות שאובחנו בפעוט בהמשך היום בבית החולים הן אותן פגיעות – או אותה רמת פגיעה – שהתקיימה אצל הפעוט עת חזר עם המערער מחדר הכושר.

187. אל הנסיבות המפורטות לעיל, מתווספות גם תמיהות המתעוררות נוכח הרכיב בתזה המפלילה שהוצגה על ידי המשיבה, לפיו המערער תכנן מבעוד מועד את מעשה הסדום, וירד עם הפעוט לחדר הכושר כדי לבצע בו את זממו שם. בית המשפט המחוזי לא קיבל רכיב זה בתזה המפלילה במפורש בהכרעת הדין, אלא רק קבע כי גרסתו של המערער לפיה בחר לרדת עם הפעוט לחדר הכושר לוקה בחוסר היגיון פנימי ובחוסר סבירות – מאחר שבית המשפט מצא כי לא ניתן להתאמן בצורה סבירה כאשר ישנו

פעוט המתרוצץ בין המכשירים בחדר הכושר. בית המשפט המחוזי אף הטעים כי המערער היה מודע לכך שמדובר בהתנהגות הטעונה הסבר, ולכן ניסה להסתמך על כך שצולם מתאמן עם בתו, בת גילו של הפעוט, בחדר הכושר. הסבר זה נדחה על ידי בית המשפט המחוזי על סמך עדותו של הנהג, אשר סיפר כי הוא שמר על הבת בעת שהמערער התאמן. עם זאת, בגזר דינו של המערער, בית המשפט המחוזי התייחס לדברים אלו כמעידים על "כוונה זדונית" מצד המערער, ולכן קבע כנסיבה לחומרה כי מעשה הסדום בפעוט היה מתוכנן.

ואולם, גם האפשרות שהמעשה הוא מתוכנן לא חפה מספקות. ראשית, שעת הכושר שנבחרה על ידי המערער לביצוע המעשה מעוררת תמיהה. כך, על פי התזה המפלילה, המערער בחר כמועד לביצוע מעשה סדום בפעוט דווקא את היום שבו קיים לו חלון הזדמנויות צר ומתוחם. הואיל והמערער סיכם עם האם כי יצאו לאכול ארוחת צהריים במסעדה בשעה 12:00, הוא היה חייב לשוב אל הדירה עם הפעוט כבר בסביבות השעה 11:15-11:30 – כך שנוותר לו פרק זמן מוגבל ביותר לביצוע המעשה. כל זאת, חרף ידיעתו הברורה של המערער כי צפויות להיות לו הזדמנויות טובות הרבה יותר לביצוע המעשה – שהרי אין כל מחלוקת כי האם סמכה עליו להימצא ביחידות עם הפעוט, וכאמור, שבועיים לפני המעשה, היא אפשרה לו לקחת את הפעוט לבדו לג'ימבורי בכניסה לבניין למשך כשעה וחצי.

אף הבחירה לבצע את המעשה בחדר הכושר היא משוללת היגיון. זאת, שכן חדר הכושר הוא מקום ציבורי, אשר דלתותיו שקופות ולדיירי הבניין גישה אליו. בכל רגע עשוי היה להיכנס אל חדר הכושר דייר כלשהו, ולתפוס את המערער בשעת מעשה. יתרה מכך, אף אם המערער תכנן לבצע את המעשה בשירותי חדר הכושר או בסאונה, שאינם גלויים לכל, הוא בוודאי ידע כי קיימת אפשרות שיגיע דייר להתאמן במהלך הזמן הזה, ואז הוא יאלץ לחלוף על פניו עם הפעוט בדרך החוצה מחדר הכושר. לבסוף, הייתה קיימת האפשרות – כפי שאכן אירע בפועל – כי בחדר הכושר יהיו אנשים נוספים בשעת הגעתו אליו, כך שלא יוותר לו פרק זמן מספיק לביצוע המעשה. אף בתמיהות המתוארות ביחס לזמן ולמקום שנבחרו, לכאורה, לביצוע מעשה הסדום, יש, לגישתי, כדי לעורר ספק ביחס לתזה המפלילה.

188. יודגש ויובהר, כי כל הנסיבות עליהן עמדתי כמקימות ספק בתזה המפלילה היו ידועות אף לבית המשפט המחוזי – וייתכן כי נוכח הממצאים העובדתיים שנקבעו בהכרעת דינו, לא היה בכל אחת מהן, ואף לא בהצטברותן יחד, כדי להקים ספק סביר בדבר אשמתו של המערער. עם זאת, משמצאתי כי לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי בדבר

מצבו של הפעוט לאחר יציאתו מחדר הכושר, ומשמצאתי כי מראהו של הפעוט בסרטוני מצלמות האבטחה ת/1 אינו מתיישב עם התזה המפלילה, סבורני כי נדרש להעניק משקל רב יותר לספק המתעורר מהצטברותן של הנסיבות אשר אינן מתיישבות עם התזה המפלילה. דעתי היא כי לא ניתן לגרש את אותו ספק המקנן בלב, כתוצאה מהצטברות נסיבות אלה, שמא לא היה זה המערער שביצע מעשה סדום בפעוט.

189. נוסף על האמור, ובבחינת למעלה מן הצורך, אציין כי חרף העובדה שמצאתי כי חומר הראיות מאפשר לבסס ממצא לפיו המנגנון לפגיעותיו של הפעוט הוא החדרה מכוונת של עצם קהה לפי הטבעת, בכל זאת נותר בי הספק שמא ייתכן כי פגיעותיו של הפעוט לא נגרמו כתוצאה ממעשה מיני, אלא במנגנון עלום כלשהו אשר טיבו לא הוברר. בסופו של יום, השופט המכריע בדין הפלילי, נדרש להסתמך על צו ליבו, ואף במקרה שבו ניתוח הראיות מוביל לכאורה למסקנה לחובתו של הנאשם – דהיינו, כי המנגנון שגרם לפגיעות הפעוט הוא החדרה מכוונת של עצם קהה לפי הטבעת – אסור לשופט להתעלם ממצפוננו, ככל שזה אינו מתיישב עם מסקנה זו. זהו היסוד הסובייקטיבי-מוסרי של הספק הסביר (וראו: עניין זדורוב, פסקה 352 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר; עניין בשירוב, פסקה ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (כתוארו כיום) א' דובינשטיין); ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, פסקאות 26-25 (1995)).

190. על יסוד טעמים אלו, אני מוצא כי חומר הראיות הנסיבתיות במקרה שלפנינו, אינו מאפשר לבסס במידה הנדרשת את המסקנה המרשיעה, לפיה המערער ביצע מעשה סדום בפעוט בחדר הכושר. משכך, שוכנעתי כי הרשעתו של המערער בעבירות המיוחסות לו אינה יכולה להיוותר על כנה.

טוף דבר

191. המקרה שלפנינו הוא קשה מנשוא. ליבי יוצא אל משפחת הפעוט, אשר נאלצה לחוות חוויה כה טראומטית, אשר מלווה ותלווה אותה במשך שנים רבות. לא ביד קלה אני מגיע למסקנה אשר משמעותה היא, למעשה, כי ככל הנראה לעולם לא נדע מה אירע לפעוט וכתוצאה ממה נגרמו חבלותיו. ואולם, נחה דעתי כי חומר הראיות במקרה שלפנינו אינו מאפשר לבסס, מעבר לספק סביר, את המסקנה לפיה המערער הוא זה שביצע בפעוט מעשה סדום ואחראי לפגיעותיו. בהתאם לאמור, אציע לחבריי לבטל את הכרעת דינו המרשיעה של בית המשפט המחוזי, להורות על זיכויו של המערער מהעבירות המיוחסות לו מחמת הספק, ולהורות על שחרורו מבית המאסר לאלתר.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. אין חולק שהמקרה שבפנינו הוא חריג, הן בעולם המשפט והן בעולם הרפואה, ומכאן הקושי המשפטי (והנפשי) לדון בו.

טענה מרכזית של ההגנה היא, שמדובר במקרה שלא היה כמותו בהיסטוריה. המדינה טענה בתגובה כי הטענה אינה נכונה, והפנתה לחקירתו הנגרית של ד"ר קוגל במהלכה הוצגו בפניו פגיעות בילדים בני 4-5 שנים וגם פגיעות בילדים רכים יותר, ומכאן טענתה שגם אם המקרה חריג, הוא לצערנו אינו בלתי אפשרי או משהו שלא יכול לעלות על הדעת.

2. חברי, השופט ס' ג'ובראן, סקר ביסודיות כל ראיה וראיה ואני הולך עמו יד ביד כמעט לאורך כל הדרך. אך דווקא המסקנות אליהן הגיע, כפי שסוכמו היטב על ידו בפסקה 180 לפסק דינו, אינן יכולות לטעמי אלא להביא להרשעתו של המערער, באשר איני רואה תרחיש חלופי סביר שיש בו כדי לזכות את המערער. כשלעצמי, ולאור נסיבותיו הקשות והמוזרות של תיק זה, הייתי אף נכון להסתפק בתרחיש חלופי דחוק ביותר, שהרי גם המעשה המיוחס למערער הוא בלתי נתפס, אך יגעתי ולא מצאתי תרחיש כאמור.

אניח לפני, כנקודת מוצא, את מסקנותיו של חברי כפי שסוכמו בסעיף 180 לפסק דינו, ואסקור אותן על פי שורת ההיגיון.

א. "מצבו של הפעוט בבוקר האירוע קודם לירידתו עם המערער לחדר הכושר היה תקין והוא לא סבל מחבלות כלשהן בישבנו". ואכן, הקטין נראה הולך על רגליו, וגם ההגנה לא טענה כי הפעוט נפגע בזמן כלשהו לפני הירידה לחדר הכושר. למרות זאת, בהמשך אבחן גם את האפשרות כי הפעוט ירד לחדר הכושר כשהוא כבר פצוע כפי הטבעת.

ב. "המערער והפעוט נמצאו יחד בחדר הכושר במשך 17 דקות, פרק זמן המהווה חלון הזדמנויות מספיק לביצוע תקיפה מינית". גם בית משפט קמא הגיע למסקנה כי המערער והפעוט שהו יחדיו לפחות 17 דקות, ואין לי אלא להצטרף למסקנה זו. אוסיף ואומר כי כשלעצמי, איני רואה חשיבות רבה לשאלה אם מדובר ב-17 דקות או ב-14 דקות או ב-20 דקות, שהרי גם לגרסתו הראשונה של המערער, הוא היה עם הפעוט לבד בחדר הכושר לפחות כמה דקות.

ג. "מנגנון הגרימה לקרעים שהתגלו בפי הטבעת של הפעוט הוא תקיפה מינית, במסגרתה הוחדר באופן מכוון עצם כלשהו לפי הטבעת". לא בכדי הגיע חברי למסקנה חשובה וקרדינלית זו. פרופ' סרור, הרופא שניתח את הפעוט, הסביר כי החבלה מקורה ב"חדירה לפי הטבעת לתוך החלחולת של חפץ או משהו אחר אבל לא כתוצאה ממחלה" וכי נוכח הקרע "והחתך בצורה של משולש כאשר הקצה לכיוון הפנימי" מדובר בחדירה (עמ' 534 לפרוטוקול וכן ת/50). ד"ר זייצב גרס כי החבלות נגרמו מחדירת פין או אצבעות או חפץ כלשהו. גם ד"ר קוגל, המומחה מטעם ההגנה, הסכים כי הקרעים שנגרמו לפעוט מעידים על כוח רב שהופעל כתוצאה מחדירת חפץ נוקשה לפי הטבעת. ובקיצור, כל שלושת המומחים היו תמימי דעים כי בהחדרה של עצם כלשהו לפי הטבעת עסקינן. כל אפשרות תיאורטית של חפץ שיצא מפי הטבעת לא הועלתה אפילו כאפשרות על ידי מי מהמומחים.

3. חברי אינו שולל את מסקנתו של ד"ר קוגל כי הרחבת פי הטבעת נגרמה בענייננו מסיבות טבעיות וללא קשר לתקיפה מינית. לטעמי, ההפרדה שעשה ד"ר קוגל בחוות דעתו בין הרחבת פי הטבעת לבין הקרעים בפי הטבעת של הפעוט, היא מלאכותית ובלתי סבירה לחלוטין.

בסעיף 8א לחוות הדעת של ד"ר זייצב נכתב "פי הטבעת מורחב, בקוטר כ-2.5 ס"מ". בנקודה זו אפתח מאמר מוסגר ואומר שאני מקבל טענת ההגנה כי ד"ר זייצב לא מדד בזמן אמת את רוחב פי הטבעת, והנתון של כ-2.5 ס"מ הוסף בהמשך לחוות הדעת על ידי ד"ר היס, על פי הערכתו את גודל ההרחבה. חברי התייחס לכך בפסק דינו, ואני מסכים לדעתו, כי אין כל רבותא בתיקון של חוות דעת, לאחר שנערכה בקרה של טיוטת חוות הדעת ומוגשת חוות דעת סופית. עם זאת, לטעמי, מאחר שקוטר ההרחבה לא נמדד בזמן אמת, היה צריך לדייק בניסוח הדברים ולציין במפורש כי מדובר בהערכה על סמך הצילומים ולא במדידה (ולא נעלם מעיני כי הניסוח עצמו נוקט לשון הערכה "כ"), כדי שהקורא לא יטעה לסבור כי מדובר במדידה.

ונחזור לדרך המלך. גם בהנחה שההרחבה אינה של כ-2.5 ס"מ אלא "רק" של 2 ס"מ, ד"ר זייצב העיד כי צילם את פי הטבעת וצילומים נוספים עוד טרם הרדמת הפעוט (צילומים 1-12) ולא נשאל על כך במפורש על ידי ההגנה. למעשה, אין מחלוקת, ולא יכולה להיות מחלוקת כי פי הטבעת של הפעוט היה מורחב בעת קבלתו לבית החולים, והצילומים הקשים מדברים בעד עצמם. ד"ר גוז-מרק, הרופאה המטפלת שראתה ראשונה את הפעוט, כתבה בתעודת חדר מיון (ת/8) "...בפי הטבעת – הרחבת האנוס", ובעדותה הבהירה כי פי הטבעת היה מורחב או פעור יותר ממה שמצפים מילד בגיל זה. גם פרופ' סרור הסביר כי במצב נורמלי פי הטבעת סגור ודפנותיו נוגעות זה בזה אך "פה היה מורחב ופתוח" (עמ' 538 לפרוטוקול), ובחוות דעתו פירט כי הפגיעה האנטומית היא "כתוצאה של הרחבה מוגזמת של פי הטבעת ושל הקרע של שריר הספינקטר החיצוני" (ת/50). ד"ר קוגל אישר כי רוחב נורמלי של פי טבעת אצל פעוט הוא אפס (עמ' 1425 לפרוטוקול), אך הסביר כי בשל מצבים שונים, יכול להיות שהרחבה של עד 2 סנטימטר היא נורמלית ותקינה ("זה תקין אצל ילדים 2 סנטימטר" – ש, עמ' 1430). כאמור, הרופאה בחדר מיון מצאה לציין הרחבה של פי הטבעת של הפעוט, וגם ד"ר קוגל נאלץ לבסוף לאשר, נוכח התמונות שהוצגו לו ושצולמו לפני ההרדמה של הפעוט, כי "זה לא פי טבעת נורמאלי של תינוק... ממש לא, זה פי טבעת מורחב" (ש, עמ' 1432). נוכח החתכים והקרעים באזור פי הטבעת - שגם לשיטת ד"ר קוגל נגרמו מהחדרה של חפץ כלשהו - אך טבעי הוא לייחס את ההרחבה של פי הטבעת לאותה החדרה. מה עוד, שאין חולק כי לפעוט נגרם גם קרע בשריר החיצוני (ספינקטר) של פי הטבעת.

ובקיצור, כאשר מוטל לפנינו פעוט שפי הטבעת שלו נקרע בצורה כה קשה עקב חדירה, התזה של ד"ר קוגל כי הרחבת פי הטבעת אינה קשורה לכך, אינה סבירה בעליל, באשר יש לראות את הדברים כמכלול.

מנגד, מקובלת עלי מסקנתו של ד"ר קוגל, לה הקדיש כמחצית מחוות דעתו, כי ההמטומה בלחי הפעוט יכולה להיגרם מסיבות רבות. לידידי, הקישור של אותה המטומה לענייננו, הגם שהוא אפשרי, הוא מלאכותי ומאולץ, ויש להתעלם ממנו.

4. התרחיש החלופי, התיאורטי, שהעלה ד"ר קוגל, הוא כלהלן: הפעוט נטל ברזל, הברזל גרם לעצירות, העצירות גרמה לפיסורה (סדק בפי הטבעת), הפיסורה גרמה לפעוט לדמם בחדר הכושר, והחדרת אצבע לפי הטבעת בו קיימת פיסורה, עשויה

להרחיב את הפיסורה לכדי קרע. ד"ר קוגל עצמו הסתייג מאפשרות זו, וכלשונו: "אני לא אומר שהייתה לו פיסורה, אני אומר שאני יכול להסביר את הדימום הזה שנמצא בחדר הכושר על ידי פיסורה". ודוק: תזת הפיסורה – שלא נמצא לה בדל תימוכין בראיות – יכולה לדעתו של ד"ר קוגל להסביר את הדימום של הפעוט בחדר הכושר, אך לא את הקרעים בפי הטבעת. אם כך, כיצד נגרמו הקרעים?

אחזור בהמשך לשאלה זו, ובשלב זה אבקש מהקורא לרשום לפניו, כי אין חולק שהפעוט דימם בחדר הכושר. וכעת, אבחן את התזה לפיה הדימום בחדר הכושר נגרם כתוצאה מברזל שגרם לעצירות שגרמה לפיסורה.

5. כפי שהדגיש המערער בדיון בפנינו, מהתיק הרפואי של הקטין עולה כי האם לא חסכה בביקורים אצל רופא הילדים, והייתה עם הפעוט אצל הרופא לעיתים מזומנות.

נוכח הטענה המרכזית של ההגנה לגבי מצבו של הפעוט, אני נכון לקבל את כל שנכתב בבקשה להגשת ראיות נוספות לגבי התיק הרפואי המלא של הפעוט. בהקשר זה, יש להצר על כך שהתביעה לא הסכימה לכך מלכתחילה, ועל כך שהשופט שדן בבקשת ההגנה לקבל חומרי חקירה במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, החליט שלא לחשוף את מלוא התיק הרפואי של הפעוט בשל פגיעה בפרטיותו, למעט שלושה מסמכים (ההגנה לא עררה על החלטה זו ולא ביקשה לזמן את התיק הרפואי על פי סעיף 108 לחסד"פ, למרות שנאמר על ידי בית המשפט כי זה המסלול המתאים - עמ' 569 לפרוטוקול). התיק הרפואי המלא הגיע לידי המערער בעקבות תביעה אזרחית שהוגשה כנגדו על ידי האם בשמו של הפעוט, וכתב ויתור סודיות רפואית (וס"ר) שנחתם על ידה במסגרת התביעה.

בבקשה להגשת ראיות נוספות נטען כי מהתיק הרפואי של הקטין עולה שהפעוט קיבל ברזל "כדרך שגרה" מגיל שלושה חודשים. אם נטל הפעוט ברזל מגיל שלושה חודשים עד גיל שנה וחצי, הכיצד אין בתיק הרפואי, הכולל ביקורים תכופים אצל הרופא בגין עניינים של מה בכך כמו הצטננות, כל תלונה אודות עצירות? אף לא ידוע אם הפעוט נטל בפועל ברזל, מאחר שביום 14.2.2012, ארבעה ימים לפני האירוע מושא דיונו, ביקרה האם אצל הרופא וברישום הרפואי נכתב: "סיבת הפניה: חום ירד ושוב עלה היום, שיעול חזק, אנמיה – יקבל ברזל". ב"ממצאי הבדיקה" נכתב כי הפעוט ב"מצב כללי טוב, ללא סימני מצוקה כלשהיא, אודם קל אוזניים" ונראה כי

נערכה לו בחינה כללית כפי שרופא ילדים נוהג לעשות "לב בטן במפ" [כלי ממצא פתולוגי – י"ע] (נ/12). אם נטל הפעוט ברזל מאז גיל שלושה חודשים מדוע נכתב "יטול ברזל"? שמא ההמלצה והמרשם נותרו "על הנייר"? מכל מקום, המערער לא הפנה לאף תלונה בתיק הרפואי על עצירות ממנה סבל הפעוט, שלא לדבר על תלונה אודות פיסורה ממנה הוא סבל. אדרבה, אני נכון לקבל כל שנאמר בבקשה להבאת ראיות נוספות, לגבי התיק הרפואי המלא של הקטין, והדברים נזקפים דווקא לחובתו של המערער. בבקשה הראשונה להוספת ראיה בשלב הערעור, ההגנה ביקשה לצרף מסמך לפיו הפעוט נטל תרופה בשם "טיפטיפות" המכילה ברזל, ואני נכון להניח כי בשלבים מסויימים בחייו, הפעוט אכן נטל ברזל, אך ההגנה לא הפנתה לכל ראיה בתיק הרפואי על כך שהפעוט סבל מעצירות, או שסבל מפיסורה. לכל היותר ניתן להסיק מהתיק כי האם אינה חוסכת בביקורים אצל רופא הילדים גם כאשר בנוזלת עסקינן, כפי שעושים הורים רבים, במיוחד כאשר מדובר בילד ראשון (נטען כי על פי הרישומים בתיק הרפואי, הפעוט ביקר אצל רופא כ-50 פעמים מאז הולדתו).

6. ומעניין לעניין באותו עניין. אין לחשוד בבא כוחו המלומד של המערער כי הוא בבחינת מי שאינו יודע לשאול. והנה, האם לא נשאלה אם הפעוט נטל ברזל, ואם כן, משך כמה זמן; האם לא נשאלה אם הפעוט סבל מעצירות, ואם סבל, אם אובחנה אצלו פיסורה או כאבים שמקורם בפיסורה קודם לכן. כאמור, המערער ביקש להציג את התיק הרפואי של הפעוט על מנת להוכיח את "שקרי" האם כי הפעוט היה בריא, ומנה וספר כ-50 ביקורים בשנה וחצי. אם כך, ניתן היה לצפות כי האם תתלונן על עצירות אצל הפעוט ובוודאי על פיסורה, שמן הסתם גורמת לפעוטות סבל רב.

אך נניח לאם, שההגנה חזרה וכינתה כ"שקרנית", נניח גם לד"ר זייצב, שההגנה טענה להיעדר האובייקטיביות שלו, ונבחן את דברי פרופ' סרור. דא עקא, שפרופ' סרור לא נשאל כלל אודות תזה זו. לא בכדי הסכים חברי, השופט ג'ובראן, למסקנת בית המשפט המחוזי כי הימנעות זו פועלת לחובת ההגנה בכך שהיא מפחיתה ממשקלו של התרחיש החלופי המוצע על ידה (פסקה 106 לפסק דינו). פרופ' סרור הוא כירורג ילדים, ותורתו-אומנותו בכגון דא עולה על כל המומחים שהופיעו בפני בית המשפט. ד"ר זייצב עצמו, משנשאל על האפשרות שמדובר בפיסורה שהתרחבה, השיב כי יש להפנות את השאלה לפרופ' סרור שהוא מומחה בתחום, וכלשונו "לשאלה הזאתי חייב להגיב פרופסור סרור, כי הוא מומחה בדברים קליניים ולדעתי זו שאלה קלינית" (עמ' 167 לפרוטוקול). בהמשך, משנשאל שוב ושוב על ידי הסניגור ועל ידי בית המשפט השיב ד"ר זייצב: "אני לא מכיר מצבים כאלה שהפיסורה יכולה להגיע עד

למצב של פצע קרע, ואם עורך דין יודע על מצבים שהוא יביא לי איזשהו מראה מקום. אני לא מכיר מצב כזה" (שם, עמ' 168). לכן, יש ליתן משקל להימנעות הטקטית של ההגנה מלעמת את פרופ' סרור עם תיאוריית הפיסורה. מנגד, ההגנה, שטרחה והביאה מומחית ממדינות הים, נמנעה מלהגיש חוות דעת של כירורג ילדים התומכת בתזה זו.

7. עד כאן לגבי תיאוריית הפיסורה. אך אמשיך הלאה, ואניח לזכות המערער - למרות שלא הובאה שמץ של ראיה לתיאוריית הפיסורה, ולמרות שנמנע במכוון לשאול את האם ואת פרופ' סרור על תיאוריית הפיסורה - כי הפעוט אכן סבל מפיסורה, וזו גרמה לו לדמם בחדר הכושר. עדיין, בהינתן שאין מחלוקת כי משהו הוחדר לפי הטבעת של הפעוט, עומדים אנו בפני השאלה היחידה הצריכה לענייננו - מי החדיר לפעוט את החפץ שגרם לו לשני קרעים בפי הטבעת? בנקודה זו אנו מגיעים לגרסת המערער כי האם החדירה אצבע לפי הטבעת של הפעוט, והתזה שהעלה ד"ר קוגל, כי עקב החדרת אצבע הוחמר המצב ונגרם הקרע בפי הטבעת.

עוד טרם אנו באים לבחינת אפשרות זו, אזכיר את טענת ההגנה כי המעשה המיוחס למערער הוא נדיר, אם אירע בכלל, בתולדות הפשע האנושי. ההגנה לא השכילה להראות, ולו מקרה אחד בעולם הרפואה, שבו ידוע על אם שקרעה לבנה הפעוט את פי הטבעת בצורה כה קשה בשל החדרת אצבע. אדרבה, דווקא מאחר שפיסורה בפעוטות היא נפוצה, כטענת ההגנה, ניתן היה לצפות כי יהיו מקרים נוספים, ואפילו רבים, של אמהות שגרמו לילדיהם נזק מעין זה.

בחוות דעתו של ד"ר קוגל הוא מסכים כי מובן מאליו שלא הייתה לפעוט פציעה כרונית ממושכת בפי הטבעת, שאחרת היו מבחינים בה בבדיקה. אלא שלדעתו, לא ניתן לשלול כי לפעוט הייתה מסיבה כלשהי פיסורה שאינה כרונית שדיממה מעט בחדר הכושר, ולאחר מכן, הכנסת האצבע לפי הטבעת גרמה להחמרה של הפציעה. בעמוד לפני כן, מסביר ד"ר קוגל כי החדרת אצבע בכוח לפי הטבעת יכולה לגרום נזקים חבלתיים ו"יכולות להיגרם פציעות לרירית התעלה האנאלית והחלחולת", ולכן יש הנחיות כיצד לבצע בדיקה רקטלית על מנת למנוע פציעה של פי הטבעת והתרחבות מוגזמת של הסוגר (נ/29 עמ' 21). דומני כי על כך לא יכולה להיות מחלוקת, אך האם החדרת אצבע (להבדיל מאצבעות) יכולה לגרום גם לקרעים בפי הטבעת? לתיאוריה זו לא ניתנו סימוכין. אציין כי במהלך חקירתו הנגדית של ד"ר קוגל, נראה היה כי השופטים תמהים על תשובתו לפיה "הערכה שלי כמומחה שפין יגרום פחות [פגיעה] למרות שהגודל שלו הוא גדול יותר מאצבע" (עמ' 1393 לפרוטוקול). אף אני שותף

לתמיהה זו, שבוודאי אינה עולה בקנה אחד גם עם התזה של ההגנה כי לא ייתכן שאיבר מין זכרי עבה יחדור לפי הטבעת.

הבסיס לתזה זו הוא הגרסה של המערער. אלא שבחקירתו השניה במשטרה, כאשר החוקרת מטיחה בו שוב ושוב שאין לו מצפון, הוא משיב:

”חוקרת: כמה ילדים עשית להם את זה... אין לך לב?
 הילד שוכב בבית חולים הוא מאושפז אחרי ניתוח. אתה לא מקשיב. הוא שוכב אחרי ניתוח...
 המערער: [מדבר ביחד עם החוקרת]
 החוקרת: כתוצאה מחדירה. מי חדר לו, אימא שלו?
 המערער: אני לא...אמא שלו?
 חוקרת: מי חדר לו לפי הטבעת?
 המערער: אמא שלו עם מה תחדור לו, איזה אמא שלו?
 חוקרת: יפה, זה מה שאני אומרת, מי יכול היה לחדור לו? רק אתה, הוא היה בהשגחתך” (ת/א 23 עמ’ 14).

הנה כי כן, בגרסה הראשונה, המערער פוטר כאבסורד את האפשרות שהאם חדרה לפי הטבעת של הפעוט. אני נכון להניח לזכותו של המערער כי התכוון לומר שאבסורד הוא לייחס לאם חדירה עם איבר מין, אך זה היה הזמן מבחינתו לומר לחוקרת כי האם החדירה אצבע ואולי כך נגרם הדבר. המערער אינו עושה כן, אלא מעלה את האפשרות כי הפעוט גרם לעצמו נזק, והוא מתאר כיצד מצא כי הפעוט מגרד את עצמו באיזור המפשעה. גם מעדותה של האם, בכל הודעותיה במשטרה וגם מהעימות שנערך בינה למערער, עולה שהמערער העלה בפניה בזמן אמת את האפשרות כי הפעוט גרם לעצמו את הדימום, תוך שהוא מסביר כי הפעוט חזק במיוחד. הסבר זה העלה המערער גם בפני החוקר בחקירתו הראשונה, וחזר עליו גם בפני ד”ר זייצב, שם נרשם “לדבריו, הדימום נגרם כנראה כיוון שהפעוט גירד באזור הבושת ופי הטבעת” (ת/א 5 עמ’ 2).

הנה כי כן, בעוד שבשלוש נקודות זמן שונות העלה המערער את האפשרות כי הפעוט הוא שפגע בעצמו (פעם ראשונה לאם לאחר שעלה לדירה, ולאחר מכן לחוקרי המשטרה ולד”ר זייצב), ולאחר שדחה כמעט בזלזול את האפשרות שהאם פגעה בפעוט, אפשרות זו הופכת אצלו לדאשונה בעימות בינו לבין האם, לאבן פינה בגרסה החדשה, כביכול האם היא “מפלצת” או שפעלה בצורה חסרת אחריות כאשר החדירה אצבע לפי הטבעת של הפעוט והוציאה משם “חתיכת בשר”. הטענה גרמה לאם להתפלץ ולפרוץ בצעקות, ואביא את חילופי הדברים מהעימות (דקה 30: 17):

"האמא: ... אתה מפלצת
 המערער: את מפלצת, את מפלצת, את מפלצת שדחפת
 אצבעות לבן שלך!
 האמא: אני דחפתי לו אצבעות?
 המערער: כן, למעלה בבית והוצאת איזה חתיכה גם,
 ואמרת לי אוי תראה ואת דוחפת לו אצבע, ואני
 אומר לך בואי לחדר מיון, ככה היה!
 האמא: שקרן! שקרן!
 המערער: בואי למכונת אמת, בואי למכונת אמת".

האם ייתכן שהמערער לא יזכיר עובדה כל כך דרמטית, שעה שהוא נחקר על כך
 במשטרה ומיוחס לו מעשה כל כך חמור?

תזת האצבע שהוחדרה על ידי האם, היא אפוא גרסה כבושה וחדשה של
 המערער, גרסה שיכולה ללמד אותנו כי המערער נכון לטפול דבר שקר על האם. כפי
 שציין בית משפט קמא בפסק דינו (פסקה 40), אין חולק כי החדרת אצבע וגרימת קרע
 בפני הטבעת תגרום לגל כאבים, לבכי ולצרחות של הילד, אך גם לגרסת המערער,
 הפעוט לא בכה כאשר אמו החדירה, כביכול, אצבע לפי הטבעת שלו. המערער עצמו
 סיפר כי לאחר ששמו לפעוט חיתול, הוא עמד על רגליו, רץ, הלך, אכל מעדן ולאחר
 מכן שלושתם הלכו לישון. ד"ר זייצב מצידו הדגיש כי החדרת אצבע עם ציפורן אינה
 יכולה לגרום לקרעים שנמצאו בפני הטבעת של הפעוט.

8. לא רק שאין בפנינו תרחיש חלופי סביר, ואפילו דחוק, אלא שהתנהגותו
 והתנהלותו של המערער מחשידה ומעוררת תמיהה של ממש.

(-) מדוע, מלכתחילה, מצא המערער לרדת עם הפעוט לחדר הכושר? האם
 זה המקום המתאים לשמור על הפעוט, בעוד המערער מתאמן על אופניים והפעוט
 מתרוצץ ללא השגחה צמודה? בעימות שנערך בין האם לבין המערער, העלתה האם
 פעמים מספר תמיהה זו. כשלעצמי, אני סבור כי משקלה של תמיהה זו נמוך, אם בכלל,
 וניתן לקבל את הסברו של המערער כי ביקש לנצל את הזמן עד שיצאו למסעדה כדי
 להתאמן.

(-) המערער אף פעם לא החליף חיתול לפעוט, והייתה זו הפעם הראשונה
 שעשה זאת (המערער אישר בעימות בינו לבין האם, כי אינו זוכר אם עד אז החליף
 לפעוט חיתול (ת/24 עמ' 3, 11)). בהינתן עובדה זו, התמיהה הבאה אך מתחדדת.

(-) מדוע שהמערער יצא מגדרו, יסיר לפעוט את החיתול (המסריח לגרסתו) בחדר הכושר, כשאין עמו חיתול להחלפה ואפילו לא מגבוניים לחים, כאשר יכול היה בנקל לחזור לדירה, שם הייתה אמו של הפעוט מחליפה לו חיתול, או שהיה מחליף לפעוט בעצמו, אך בסביבה נוחה יותר ועם חיתול ומגבוניים לחים לידו. תשובתו של המערער כי הוא ממילא במרחק של שניות מהדירה, אינה נותנת מענה לתמיהה זו. אדרבה, היא הנותנת שהדבר הטבעי ביותר הוא לעלות לדירה.

(-) מדוע המערער נעצר בלובי למשך מספר רגעים בדרכו בחזרה לדירה? לגרסת המערער, הוא הוריד לפעוט את החיתול בחדר הכושר והבחין ש"הילד היה עם דם, הוא גירד את עצמו ואני, ואני ניגבתי אותו. הוא היה עם דם ובאותה שניה עלינו ללובי" (חקירתו הראשונה ת/22(א) עמ' 7-8). המערער מספר כי לפעוט היו כמה טיפות של דם, ומספר שורות לאחר מכן, "הבאתי חבילה של ניירות, שמתי עליהם מים, ניגבתי אותו מהדם", ובהמשך אומר כי הניח את הפעוט על הספסל ו"אני לא פעם אחת, איזה פעמיים שלוש, כן? פעמיים שלוש שהלכתי להביא ניירות עם מים". פעוט מדמם ללא חיתול, מצב מלחיץ לכל הדעות, במיוחד שהפעוט אינו הילד שלך - מה מצא המערער זמן להתמהמה, לעלות ללובי, לבקש מהשומר סיגריה ו"לעשות סיבוב" כדי להראות לפעוט את הדגים?

[במאמר מוסגר: בחקירתו הראשונה נשאל המערער אם יצא מהלובי והוא משיב בשלילה ואומר כי נשאר "בתוך הלובי מסתכלים החוצה" ואף מדגים לחוקרת איך מסתכלים מהלובי החוצה, הוא נשאל שוב ומשיב "מאה מליארד" אחוז שלא יצא החוצה. אך לאחר שהחוקרת אומרת לו שיש מצלמות ורואים אותו יוצא, הוא נזכר כי יצא מהלובי. המערער נתפס כאן בשקר, אך איני רואה אינטרס שהיה לו לשקר בנקודה זו, ולא אזקוף זאת לחובתו, שמא אכן לא זכר].

(-) מדוע המערער, שהיה כדבריו כל כך "לחוץ" בזמן לצאת למסעדה, יצא ללובי כדי "לשנורר" סיגריה מהשומר ולצאת החוצה עם פעוט מדמם ללא חיתול? שמא הדבר נעשה על מנת להשתהות כדי להרגיע את הפעוט שאכן הגיב בקריאות "דג דג" למראה הדולפינים?

(-) ובכלל, כל התנהגותו של המערער עודנו ממתין למעלית היא מוזרה ומחשידה. גם בהנחה שלאחר שלחץ על הכפתור נזכר כי שכח לבדוק אם כיבה אורות בחדר הכושר, מדוע לקח לו כדקה ורבע לבדוק אם האור מכובה? בהמשך, כשהוא

יוצא מחדר הכושר, הוא מתרחק לצד השני, במה שנחזה כניסיון להתחמק מאנשים שעלולים לרדת במעלית. גם במצלמת האבטחה המשקיפה על דלתות המעלית בלובי, כאשר המערער והשכן לוי יוצאים יחדיו, המערער פונה ימינה ויוצא מטווח המצלמה וחוזר כעבוד דקה וחצי - לאחר ששהה בלובי - אך אינו עוצר ליד המעליות, אלא צועד לסוף המסדרון וחוזר ומזמין את המעלית ואז נכנס לתוכה. התנהלותו של המערער יכולה להעיד כי משהו אינו כשורה, ובהמשך, כאשר נבחן את התנהגותו בדירה, רושם זה מתחזק.

(-) לשיטתו של המערער, לאחר עזיבתם של הזוג בר את חדר הכושר הוא נשאר אך דקות ספורות עם הפעוט. באותן דקות, הפעוט שקודם לכן התרוצץ בחדר הכושר, "כבה" כמעט בבת אחת. דבר זה בהחלט אפשרי, ופעוטות יכולים "לשנות פאזה" כהרף עין כאשר עייפותם מתגברת עליהם. אך גם המערער מאשר כי הפעוט בכה קצת כשהוריד לו את החיתול ("נהמה קטנה של בכי" כלשונו), ומשהו בדרך שבה הפעוט היה "שפוף" על כתפו של המערער לאחר שיצאו מחדר הכושר גרם לשכן לוי לשאול אותו אם "הילדה שלך לא מרגישה טוב"? לוי, שהתרשם כי שאלותיו אינן רצויות וכי הפעוט נראה לו אפאתי, אומנם אישר שלא חשד במאומה, אך חשב ש"הילדה" במבט ראשון נראתה חולה.

(-) המערער חוזר לדירה, האם עדיין במקלחת. הוא מביא חיתול ועומד לחתל את הפעוט ואז יוצאת האם מהמקלחת. מדוע המערער, שלא החליף אף פעם חיתול לפעוט, לא המתין לאם כדי להראות לה את הדימום (וכפי שנראה בהמשך, לא היה מדובר בדימום של מה בכך). שמא מיהר להסתיר זאת מעיניה?

אניח בשלב זה לתמיהות אלה, שניתן ליישב אותן בהסברים כאלה ואחרים, גם אם דחוקים: נראה שהמערער מבקש להתחמק מאנשים אחרים במעלית? שמא המערער הוא מסוג האנשים שאינם מסוגלים לעמוד במקומם, והם חסרי מנוחה. המערער ביקש להימנע מנגע עם אנשים אחרים? אם כך, מדוע בסופו של דבר עלה עם השכן לוי במעלית אל ה"לובי" כאשר יכול היה להימנע מכך. המערער יכול היה לעלות לדירה כדי להחליף חיתול? שמא בשל הריח הרע פתח את החיתול, התבלבל, המשיך והסיר את החיתול למרות שלא היו ברשותו מגבונים לחים או חיתול אחר.

9. סיכום ביניים: הפעוט יורד לחדר הכושר עם המערער כשהוא בריא, חוזר עם דם בפי הטבעת, מגיע לחדר מיון עם קרעים בפי הטבעת. לכך נלווית התנהגות תמוהה

ומחשידה של המערער, ובנוסף, נמצאות טיפות דם של הפעוט בחלק הפנימי בתחתונו, באיזור איבר המין.

איני רואה בהימצאות כתמי דם הפעוט על כיס מכנסיו של המערער משום ראיה מזכה. אם נטף דם מהפעוט – ואני סבור כי השאלה אם מדובר בכתמי "מריחה" או "טפטוף" היא שולית, באשר גם על פי מומחה ההגנה, דם מאיבר המין הוא העברה משנית – אין כל רבותא בכך שהמערער גם נגע באצבעו בדם, וכך הגיע הדם לכיס המכנסיים, בין אם הדבר אירע בחדר הכושר ובין אם לאחר שהפעוט כבר הוחזר לדירה. לכן, אין ממש בטיעון הדרמטי של הסניגור המלומד לפיו אין למערער "נחש בין הרגליים", שהרי אין טענה שהדם הגיע לכיס המכנסיים מאיבר המין של המערער. רוצה לומר, כי הדם על כיס המכנסיים הוא ראיה ניטרלית, בעוד שהדם בתחתוני המערער בחלק הפנימי הקדמי באיזור הפין היא ראיה בעלת משקל.

10. וכעת, אחזור לתרחיש החלופי שכל כך חסר בתיק שבפנינו. מבחינת לוחות הזמנים, קיימות שתי אפשרויות: האחת – כי הקרע בפי הטבעת של הפעוט אירע בנקודת זמן כלשהי לפני שירד עם המערער לחדר הכושר (תרחיש שלא הועלה על ידי ההגנה). השניה – הדבר אירע בנקודת זמן כלשהי החל מהירידה של המערער והפעוט לחדר הכושר ועד להגעתו של הפעוט לבית החולים.

11. אפתח באפשרות הראשונה לפיה הקרע בפי הטבעת נגרם לקטין עוד לפני שירד לחדר הכושר.

על פי גרסת המערער והאם, השניים אכלו ארוחת ערב שבת בבית הורי האם, ובסביבות השעה 22:00 חזרו לבית המערער והלכו לישון. המערער ציין כי לא קיימו יחסי מין באותו לילה, ומאחר שהפעוט בכה כאשר הושכב לישון במיטת בתו של המערער, הוא והאם העבירו אותו למיטה הזוגית וישנו יחד איתו. קשה להלום כי הפעוט היה כבר אז עם קרעים בפי הטבעת, לאחר שישן לילה עם בני הזוג וגם לגרסת המערער לא בכה ולא גילה סימני כאב. אף ידוע לנו ממצלמות האבטחה כי הפעוט התהלך על רגליו, המערער עצמו מספר כי הפעוט התרוצץ בחדר הכושר, וגם העדה גב' בר מספרת כי הפעוט הסתובב בחדר הכושר. האם אמרה בעימות בינה לבין המערער, ובעדותה בבית המשפט, כי החליפה לפעוט חיתול כאשר התעורר בבוקר (פעולה סבירה והגיונית לגבי פעוט לאחר שנת לילה) ולא הבחינה בדבר, ולדבריה הקקי

והטוסיק שלו היה "חלק ובריא" לפני שהוא ירד לחדר הכושר (דקה 56:35 לעימות). המערער עצמו טוען שלא היה ליד הטוסיק של הילד ולא החליף לו, ואינו יודע ולא ראה מה היה המצב לפני שירד עמו לחדר הכושר.

כאמור, החלפת חיתול לפעוט לאחר שנת לילה, היא פעולה שדרכם של רוב ההורים לעשות. אך לא רק בשל כך אימץ בית משפט קמא את גרסתה של האם כי החליפה בבוקר חיתול לפעוט, אלא גם לאור האמירה הספונטנית שלה בהודעה שנגבתה ממנה בבית החולים, כשעתיים לאחר שהגיעה לשם, עוד בשלב שלא יכולה הייתה לדעת כי תתעורר מחלוקת לגבי מספר החלפות החיתולים: "ואני רוצה להוסיף ש[הפעוט] עשה קקי לפני שהוא ירד עם [המערער] למטה וזה לא הגיוני שהוא יעשה עוד פעם קקי" (ת/9 עמ' 2; יצויין כי נכתב בטעות כי ההודעה נגבתה בשעה 17:55, אך לאור השעה שנרשמה בתחתית הדף ובהמשך, עולה שההודעה נגבתה בשעה 19:55). אל הודעה זו של אם הפעוט אשוב ואתייחס בהמשך הדברים. ובקיצור – אין כל סימן לכך שמשהו לא היה כשורה עם הפעוט, וקשה להלום כי הפעוט סבל מקרעים כה קשים בפני הטבעת עוד ערב קודם לכן, לפני שהאם והמערער עזבו את בית הורי האם ונסעו לדירתו של המערער.

בהמשך, אתייחס גם למספר החיתולים שהוחלפו, אך כבר כעת אקדים ואציין כי אם מקבלים את גרסת המערער בבית המשפט, הרי שהפעם הראשונה והיחידה שהוחלף לקטין חיתול באותו יום, עד לשעה 16:30 אחר הצהריים, היה לאחר שחזר מחדר הכושר.

12. נראה כי התרחיש השני מקובל על הצדדים, ולפיו הקרע בפני הטבעת נגרם בנקודת זמן כלשהי לאחר ירידת הפעוט לחדר הכושר. נשים נגד עיננו עובדה פשוטה זאת: פעוט יורד לחדר כושר ללא חבלה בעכוזו וחוזר כשהוא מדמם מהעכוז. כאן יש להדגיש נקודה חשובה. גם המערער אינו חולק על כך שכאשר חזר לדירה עם הפעוט, הלה דימם מפני הטבעת בצורה כזו, שאפילו המערער הציע לאם, לגרסתו-שלו, ללכת לבית חולים.

בעימות שנערך בין המערער לבין האם – עימות קשה לצפייה – השניים מתווכחים בצעקות ביניהם על פרטים שונים שאירעו במהלך אותן שעות. כך, למשל, המערער חוזר וטוען בלהט כי הציע לאם מספר אפשרויות – להמתין ולראות מה קורה, לחזור לבית הוריה, או לקחת את הפעוט לבית חולים – "מה שאת רוצה". האם מכחישה שהמערער הציע ללכת לבית חולים, אך החשוב לעניינו הוא, שהמערער אינו

חולק על תיאור האם כי ניסתה לספוג את הדימום מפי הטבעת במגבונים, ואינו חולק על התיאור שלה כמי שצעקה עליו בדירה "בזמן אמת" והמטירה עליו שאלות על מנת להבין מה קרה לפעוט. בעדותה בבית המשפט אף סיפרה האם כי המערער אפילו ירד לחדר הכושר והביא נייר טואלט נקי, על מנת להסביר לה במה ניגב את ישבנו של הפעוט. לכל מי שצופה בעימות המצולם בין המערער לבין האם, ברור כי לאחר שהמערער חזר מחדר הכושר לדירה, אירע בדירה משהו דרמטי שגרם למריבה עם האם, ולמצער, להתרגשות רבתי של האם, וברור כי האירוע הדרמטי הוא שהאם נוכחה לראות כי דם זב מישבנו של הפעוט.

כאמור, העימות בין השניים עלה לטון של צעקות וצרחות הדדיות "שקרן" "שקרנית", כאשר המערער העלה לראשונה את הטענה כי האם הכניסה אצבע לפי הטבעת של הפעוט והוציאה משם "חתיכת בשר". אולם גם מדברי המערער במהלך העימות, עולה שאין מחלוקת כי הפעוט הגיע עם דם לדירה, כי כתוצאה מכך האם נכנסה ללחץ והייתה "המומה". אביא מקצת הדברים:

"חוקר: לא הבחנת בזמן הזה שבגד הגוף והפיג'מה שהילד לובש מתחילים להיות ספוגים בדם?
מערער: כן. כן. ניגבתי אותו
חוקר: וראית את זה כדבר רגיל לחלוטין בשביל להתעכב עם הילד ולהראות לו דג דג?
מערער: כן. כן. ניגבתי, ניגבתי, עלייתי ללובי לשניה ועלינו הביתה" (דקה 17: 13).

"המערער: היא לקחה את הילד לספה השניה, הייתי במרחק של מספר מטרים כל הזמן מהם, מנסה להרגיע אותה, היא התחילה לטפל בילד, ברמה של לנגב את הילד, לנגב לנגב לנגב את הילד, מספר דקות, אחרי זה.

האמא: מה זה לנגב אתה לא ראית אותי המומה?

המערער: היית המומה. בטח. בטח, את המומה בגלל שאת גם בוכה מדם, ושנינו יודעים את זה... " [דקה 00: 34].

ולצופה בעימות אין ספק כי האם אכן הייתה המומה למראה הדם שנגלה לעיניה.

בחקירתו הראשונה מספר המערער כי הציע לשים לפעוט מגבונים לחים, משחה וטיטול ולבדוק בעוד שעה שעתיים "ואם יש בעיה בואי נלך לבית חולים ביחד.

נלך עם הילד ניקח אותו לבית חולים, והצעתי לה אם את רוצה עכשיו בואי נלך עכשיו לבית חולים" (ת/22(א) עמ' 17 שורות 24-29). גם בחקירה מיום 20.2.2012, טוען המערער כי הציע פעמיים "עכשיו נעוף לחדר מיון ולבית חולים" (ת/23 עמ' 6 שורה 165) החשוב לענייננו, שתיאור זה של פעוט מדמם מפי הטבעת, אינו מתיישב עם התיאוריה של דימום בשל פיסורה עד כדי כך שגם המערער אומר, לגרסתו שלו, כי הציע לאם ללכת לבית חולים. מכל מקום, גם לגרסתו האחרונה של המערער, לפיה האם החדירה כביכול אצבע (מה שהוכחש נמרצות על ידי האם), הדבר נעשה כתוצאה או בהמשך לאותו דימום ולא כסיבה לדימום.

13. נקודת המוצא לפיה הפעוט ירד בריא לחדר הכושר וחזר עם דימום מפי הטבעת, שבהמשך נתגלה כשני קרעים בפי הטבעת, בצירוף כל התהיות וכתמי דם הפעוט בתחתוניו, יש בה כדי להעביר למערער את נטל הבאת הראיות, להבדיל מנטל השכנוע. אך מאחר שבראיות נסיבתיות עסקינן, אין בכך כדי לפטור את בית המשפט מלהעלות אפילו ביוזמתו תרחישים סבירים אחרים שעשויים לשלול את המסקנה המפלילה כמסקנה הגיונית יחידה. המקרה שבפנינו הדיר את שנתי, בניסיון למצוא תרחיש, ואפילו דחוק-מה, שיכול ליתן תשובה שאינה מפלילה, אך לא עלה בידי.

14. כאמור, כל שלושת הרופאים היו מאוחדים בדעתם כי הקרעים בפי הטבעת של הפעוט, נגרמו עקב החדרת חפץ נוקשה. ידוע לנו כי רק לאחר הביקור בחדר הכושר, הפעוט החל לדמם מפי הטבעת. מהעיומות בין האם למערער עולה כי הוא לא חולק על כך שלאחר שהגיע עם הפעוט לדירה, בעוד האם נמצאת במקלחת, הוא הלך להביא חיתול מהחדר של בתו, השכיב את הפעוט על הספה, ישב ליד הפעוט ועמד לשים לו את החיתול, ואז האם יצאה מהמקלחת (לגרסתה, מאחר ששמעה מעין התנשפות או בכי של הפעוט). אחזור על התמיהה עליה כבר עמדנו לעיל - מדוע המערער, שאף פעם לפני כן לא החליף חיתול לפעוט, עמד לשים חיתול לפעוט, על אף שידע שהוא מדמם בצורה כל כך רצינית. האם ביקש להסתיר את הדימום מהאם?

גם אם נלך לגרסתו של המערער כי הוא עצמו אמר לאם, כאשר יצאה מהמקלחת "בואי תראי מה קרה" (עמ' 635 לפרוטוקול), הרי שהוא לא חולק על התיאור לפיו עמד להחליף לפעוט חיתול כאשר האם יצאה מהמקלחת. וכאשר בית המשפט ממשיך ושואל את המערער "מה רצית שהיא תראה"? באותו רגע בית המשפט מעיר לסניגור "מר שפטל, מר שפטל, אנחנו שומרים פה על הסדר ואדוני לא יעזור לנו" ואיכשהו כבר לא ניתנת תשובה לשאלה זו.

15. האם נטלה לידיה את הטיטול ואז הבחינה בדימום מפי הטבעת של הפעוט. גם אם לא נקבל את התיאור הדרמטי של האם לפיו פי הטבעת היה קרוע לגזרים, ברור כי הפעוט דימם בצורה רצינית ומכאן התיאור לפיו הייתה המומה, ומכאן הויכוח שהתלקח בינה לבין המערער, הנסיונות שלה להפסיק את הדימום על ידי מגבונים, הלחץ אליו נכנסה והניסיון שלה להתקשר לאחיה. אציין כי בעימות, סיפרה האם כי התקשרה לאמא שלה "ואז: הוא [המערער] אומר לי באנגלית, relax, why you calling, your mother, you're gonna make her scared", והמערער מגיב "שקר וכזב נתתי לה את הפלאפון!". האם מזכירה בעימות פעם נוספת את אמה, לאחר שהיא מתווכחת עם המערער, שטען כי אמר לה שלוש פעמים "בואי לבית חולים" בעוד היא טוענת כי אמר לה שהפעע ייסגר לפעוט תוך 6 שעות, והאם אומרת "ואז התקשרתי לאמא שלי והיא אומרת לי בטלפון, משהו פה לא נשמע הגיוני אני רוצה לראות את הילד, קחי את הילד ובואי אלי" (דקה 52:24 לעימות). [במאמר מוסגר: העימות בין המערער לבין האם, וגרסתו של המערער עצמו, מסבירים היטב מדוע האם לא נטלה את הפעוט לבית החולים מייד כשנוכחה לראות כי הוא מדמם מעכוזו, ומדוע עברו מספר שעות עד שחמקה מדירת המערער (לאחר שנרדם) ונסעה מייד לבית הוריה, ומשם לבית החולים].

גם בחקירתו בבית המשפט אישר המערער כי האם נכנסה ללחץ כשראתה את הדם, לקחה מגבונים "והדביקה" לפעוט. ברור כי לאחר שהאם יצאה מהמקלחת וראתה את מצבו של הפעוט האווירה בדירה הפכה טעונה והאם החלה לצעוק על המערער, וכדבריו: "היא יצאה [מהמקלחת] מאותו רגע היא טיפלה בילד. היא צעקה, מספר פעמים..." (שם, דקה 31 לעימות).

אין אפוא מחלוקת כי משהו חריג קרה לפעוט, כל כך חריג שהועלתה האפשרות לקחת אותו לבית החולים; שפרצה מריבה בין המערער לבין האם שהאשימה את המערער שלא השגיח כהלכה על הפעוט (באותה עת האם לא העלתה על דעתה כי המערער עצמו הזיק לפעוט); שהאם נלחצה והייתה המומה; ושהאם ניסתה להתקשר לאחיה כדי לשאול אותו מה לעשות. תעיד על כך גם העובדה שהאם "חמקה" מהדירה לאחר שהמערער נרדם. גם על כך אין מחלוקת, שהרי המערער מספר כי כאשר התעורר מצא שהאם והפעוט הסתלקו מהדירה. המערער אף שלח לאם ארבעה מסרונים בהם שאל מדוע עזבה בפתאומיות (ת/2 צילום 13 - שעה 17:42 "תעני לי"; שעה 17:48 "לא מבין מה הלכת...ולא עונה תעני את בממתינה"; שעה 18:07 "אולי תעני.. רק

ישנתי הלכת מוזר.. תעני בובה"; שעה 21:01 "?)". המערער גם שלח לאחותו בסביבות השעה 18:00 מסרון וביקש "תעני דחוף" (עמ' 892 לפרוטוקול). בהקשר זה אציין כי אחותו של המערער אכן הגיעה לדירה, ושהתה עמו כאשר המשטרה הגיעה ועיכבה את המערער לחקירה בסביבות השעה 23:00.

16. משהזכרנו את עדותה של האם, אציין כי בית משפט קמא הזהיר עצמו מפני עדותה, נוכח התרשמותו כי להשקפתה אין ספק בדבר אשמתו של המערער. אולם, נקבע כי "לאחר שמנפים מהעדות את פרץ הצעקות וחילופי ההאשמות, אותם היטיב הסניגור ללבות, נמצא כי ליבת גרסתה עקבית, נתמכת בראיות ממקורות חיצוניים ותואמת בחלקיה העיקריים את גרסתו הראשונית של הנאשם" (שם, פסקה 71). ענייננו בקביעת מהימנות, אך לשם הזהירות, אני נכון אפילו שלא ליתן משקל להתרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית מהעדה. כפי שציין בית משפט קמא, ואף אני התרשמתי כך כאשר צפיתי בעימות, האם משוכנעת באשמתו של המערער, היא מנתחת את התנהגותו לאורך תקופת היכרותם וצובעת בדיעבד בשחור כל חיבוק, נשיקה ותשומת לב שהעניק בשעתו לפעוט. כך, בהודעתה שנגבתה ביום העימות (ת/11) היא מלקה את עצמה "עכשיו אני מתחילה לקשר דברים, לצערי מאוחר מדי... חבל שלא נדלקה לי נורה אדומה לפני כן, הוא דיבר על הילד שלי בצורה לא הגיונית, כאילו הוא לא ילד", ובהמשך נותנת דוגמאות לפינוק ולדאגה שהיה מעתיר על הפעוט או אפיזודה בה הפעוט ביקש להשתחרר מחיבוקו והוא אמר לו "אני לא אתן לך ללכת, תהיה גבר, תסבול שיהיה לך כוח, גבר צריך שיהיה לו כוח סבל" (שם, עמ' 5-6).

ניתן להבין לליבה של האם, אך חלקים אלה בעדותה ובגרסתה הם בבחינת סברה בדיעבד לגבי זדוניותו של המערער. ראוי אפוא לילך בדרכו של בית משפט קמא ולהתמקד באירועי אותו יום.

בנקודה זו, מצאתי להביא במלואה את גרסתה הראשונה של האם, שניתנה כבר בבית החולים, כשעתיים לאחר שהפעוט הובהל לשם. הדברים חשובים, מאחר שלכל אורך הדרך, האם דבקה בגרסה ראשונה זו, ואניח לקורא להתרשם מהדברים בעצמו:

"היום בשעה 11:00 בבוקר, חבר שלי [המערער] ירד עם הבן שלי [הפעוט] לחדר כושר למטה, תכננו לצאת להסתובב, ולבנתיים אני התארגנתי. לציין כי אני כבר כמה שבתות מגיעה לישון אצל [המערער]. הוא היה אמור לעלות הביתה תוך חצי שעה כי הנהג שלו הפרטי היה צריך לאסוף אותנו ב-11:30. חיכיתי וראיתי שהוא

מתעכב ואז הוא הגיע הביתה בסביבות 12:00 ואז אני שומעת את הילד בוכה, וזה היה כבר בכי לקראת הסוף, וניגשתי לסלון ואני רואה את [המערער] עם חיתול ביד וניסה לשים חיתול ל[פעוט], ואז אני שואלת [את המערער] למה הילד בוכה, והתיישבתי על הספה כדי לשים לו את החיתול ואני רואה שכל הטוסיק של [הפעוט] מלא בדם וחתכים פנימיים. ואני אומרת ל[המערער] 'מה קרה לילד', הוא אומר לי שהוא היה עם הילד למטה, והילד עשה קקי וזה הסריח אז הורדתי לו את החיתול. שאלתי ממנו למה הוא הוריד לו את החיתול, ולא עלה למעלה כדי שאני יחליף לו כי לא היה לו, לא מגבונים ולא חיתולים למטה. אז הוא אומר לי שהקקי שלו הסריח והיו עוד שני אנשים בחדר כושר, אז שאלתי ממנו איך ניגבתה לו את הטוסיק, הוא אמר לי שהוא שאיר אותו על הספסל והלך להביא לו נייר ספוג עם מים. אמרתי לו ולא פחדת שהילד יפול, הוא אמר לי לא שהוא היה בקרבת העין שלו. והוא אמר לי שכשהוא חזר לילד הוא ראה אותו שהילד שיחק בטוסיק עם האצבעות ושרט את עצמו. הסתכלתי על [המערער] ואמרתי לו שזה לא יכול להיות שילד שורט את עצמו בצורה כזאת, ואז הוא אמר לי מה את חושבת שאני שקרן, אני אוהב את הבן שלך כמו את הבת שלי. הסתכלתי על [הפעוט] והילד היה כאילו בהלם ולא נינוח ושמתי לו מגבונים בטוסיק כדי לעצור לו את הדימום, כי ירד לו מלא דם מהטוסיק ואז אני שואלת עוד פעם [את המערער] שיסביר לי מה קרה, כי זה לא הגיוני. אז עוד פעם הוא התחיל לצעוק עלי ולהגיד עוד פעם את חושבת שאני משקר. ואז אמרתי לו שאני חושבת שצריך תפרים לילד כי החתכים עמוקים, ואז [המערער] אמר לי זה שטויות, תקשיבי מה שאני אומר לך אל תשימי לו חיתול, תשאירי את זה ככה, תוך 6 שעות זה יתרפה. [הפעוט] נרדם ואני ישבתי לידו. ואני שואלת [את המערער] עוד פעם ועוד פעם שיסביר לי מה קרה והוא אמר לי קחי אותי למכונת אמת ואני לא משקר לך. ואז כש[הפעוט] התעורר, שמתי לו חיתול עם משחה ואז הוא התחיל לבכות, ואמרתי ל[המערער] כנראה יצא לו קקי אז המערער אמר לי אל תחליפי לו חיתול תחכי שזה ירגע קצת. ואז לקחתי את [הפעוט] והחלפתי לו חיתול ואני רואה בקקי משהו צהוב ואדום, שאלתי [את המערער] מה זה, אז הוא אמר לי זה כלום. לציין שמאז ש[הפעוט] חזר הוא עשה קקי 3 פעמים. ואני רוצה להוסיף ש[הפעוט] עשה קקי לפני שהוא ירד עם [המערער] למטה, וזה לא הגיוני שהוא יעשה עוד פעם קקי" (שגיאות כתיב במקור – י"ע).

כפי שציין בית משפט קמא, גרסתה של האם תואמת ממילא בחלקים עיקריים את גרסתו של המערער, חלקים ניכרים בדברים שהיא מטיחה במערער במהלך העימות

ביניהם אינם מוכחשים על ידו ותואמים במדויק את גרסתה בבית המשפט. כשלעצמי, אוסיף ואומר כי למקרא חקירותיה של האם במשטרה, ניכר שלמרות הזעזוע הקשה שעברה, ולמרות שהיא מכנה את המערער "מפלצת" ומלקה את עצמה, היא אינה מגזימה ולא מנסה לתאר את המערער כסוטה מין. היא מספרת כי למערער היה פטיש לכפות רגליים, כי "היה מלקק לי את כפות הרגליים מעבר לנורמל", כי אהב לדבר איתה באלימות מילולית במיטה, אך משיבה כי לא הציע לה להשתמש באביזרי מין, לא הציע לראות סרטים פורנוגרפיים, ובתשובה לשאלה אם ביקש ממנה לעשות משהו חריג במהלך קיום יחסי מין משיבה "לא, לא משהו חריג, הכל רגיל היה". דהיינו, לצד זעמה של האם נראה כי היא מנסה להיצמד לתיאור העובדות.

17. החיתולים: וכעת אתייחס למספר החיתולים שנמצאו בדירת המערער, נקודה קרדינלית מבחינת ההגנה, שבגינה היא גם מייחסת לאם שקרים.

ת/59 הוא הדוח שערך השוטר סודאי לאחר שבמוצאי שבת שעה 23:11 התדפק על דלתו של המערער והודיע לו שהוא מעוכב לצרכי חקירה. בדוח נכתב: "ביקשתי מהאחות ש' אם יש לה שקית ונתנה לי שקית חדשה מהארון בצבע צהוב. פתחתי את הארון מתחת לכיור וראיתי פח זבל ואספתי בעזרת השקית את הטיטולים והמגבונים שהיו בפח וסגרתי אותם בשקית ותפסתי אותם בידיי... כמוצג מס' 1 שקית צהובה ובה טיטולים ומגבונים שנתפסו בפח האשפה מתחת לכיור במטבח שהוכנסה לשקית מס' ... וסומנה בראשי תיבות שלי והועברה לידי החוקר יונתני...".

מהדוח עולה כי מדובר בפח הזבל מתחת לכיור במטבח, אך לא נכתב בדוח שהשוטר סודאי ערך חיפוש בחדר השירותים או האמבטיה. גם לא ברור אם הפח במטבח היה מלא בפסולת או ריק, ואם הפח היה מלא, האם חיטט וחיפש מתחת לשכבות הפסולת בפח. השוטר סודאי גם לא נשאל על כך בחקירתו בבית המשפט. מכל מקום, למרות שבדוח נכתב כי סודאי אסף בעזרת השקית את ה"טיטולים" בלשון רבים, הרי שבשרשרת התפיסה אנו מוצאים מזכר של החוקר יונתני ביום למחרת (ת/63 מיום 19.2.2012) שבו נכתב כי קיבל את המעטפה עם המספר שנכתב על ידי סודאי ובתוכה טיטול ומגבונים לחים. מתמונות שצולמו עולה כי מדובר ב-12 מגבונים שחלקם מוכתמים במה שנחזה כצואה ודם (8/1).

18. הנה כי כן נתפס חיתול אחד בלבד, בעוד שעל פי עדותה של האם צריכים היו להימצא לפחות ארבעה חיתולים. החיתול שהחליפה לפעוט בבוקר ושלושה נוספים שהחליפה לו, לגרסתה, בזה אחר זה, לאחר שהפעוט חזר מחדר הכושר.

עודנו באים להידרש לנקודה זו, אקדים ואומר כי כאשר האם נחקרה, וכאשר הוכנסה לעימות עם המערער, האם לא ידעה כי מספר החיתולים שהוחלפו לפעוט עומד להיות נושא קרדינלי במשפט. נראה שגם החוקרים עצמם לא הבינו זאת ב"זמן אמת", ואין כל אינדיקציה לכך שהחוקרים סיפרו לאם כי בדירה נתפס רק חיתול אחד. הודעתה הראשונה של האם נגבתה כאמור בבית החולים בשעה 19:55, כחמש שעות לפני שהמערער נחקר, וכבר בגרסה הראשונה שמסרה, עודנה נסערת, היא משיחה לפי תומה "לציין שמאז ש[הפעוט] חזר הוא עשה קקי 3 פעמים, ואני רוצה להוסיף ש[הפעוט] עשה קקי לפני שהוא ירד עם ניסים למטה, וזה לא הגיוני שהוא יעשה עוד פעם קקי" (ת/9 עמ' 2 ש' 6-8).

גם בהודעתה השנייה, שהפעם נגבתה בתחנת המשטרה למחרת בבוקר, האם מתבטאת לפי תומה: "עכשיו אני החלפתי [לפעוט] חיתול עם קקי רבע שעה לפני ש[המערער] לקח אותו לחדר כושר אז לא יכול להיות ש[הפעוט] עשה מיד שוב קקי... [הפעוט] עשה 3 פעמים קקי אחרי שקם משינה, את שלושת החיתולים אתם לקחתם מהזבל. אחרי הפעם השלישית שהוא עשה קקי [המערער] לקח את [הפעוט] על הידיים ו[הפעוט] נרדם...". (ת/10 מיום 19.2.2012, עמ' 2 ש' 40-45). ברי מהדברים שהאם מאמינה כי החיתולים נתפסו, והיא אומרת את הדברים כדבר מובן מאליו.

אין כל סיבה שלא להאמין לאם, שהמשיכה לדבוק בתיאור זה לכל אורך הדרך, ובאותה עת לא יכולה הייתה לצפות מה יאמר המערער וכי מספר החיתולים יהפוך לסוגיה שבמחלוקת. לא למותר לציין כי האם הדגישה בעימות שכאשר החליפה חיתול לפעוט בבוקר לפני הירידה לחדר הכושר, לא ראתה דבר, והכל היה נקי.

המערער מתאר החלפת חיתול אחת בלבד:

"עו"ד בילנקה (התובעת): עכשיו תגיד לי, כמה פעמים הפעוט עשה קקי אחרי שעליתם הביתה?
המערער: עלינו הביתה? פעם אחת" (עמ' 796 ש' 1-2).

(וגם בעמ' 638 לפרוטוקול מתאר המערער החלפת חיתול אחת).

לשיטת המערער עולה כי החל משעות הבוקר, עת הפעוט התעורר לאחר שנת לילה, ועד לשעה ארבע וחצי-חמש אחר הצהריים, שאז נטלה אותו אמו ונסעה לבית הוריה, הוא הוריד לפעוט את החיתול בחדר הכושר, והחיתול היחיד שנמצא בפח חייב

אפוא להיות החיתול שהאם החליפה לו בנוכחותו לאחר שעלה לדירה מחדר הכושר. דהיינו, מהמועד בו הפעוט הלך לישון בלילה עד אחר הצהריים למחרת, הוחלף לו חיתול אחד בלבד.

קשה להלום כי הפעוט התעורר לאחר לילה ואמו לא תחליף לו חיתול, ואם כך עשתה, הרי שהיו צריכים להיות לפחות שני חיתולים בפח. אין מדובר רק בעניין שבסברה ובהגיון, מאחר שבעימות בין האם לבין המערער, האם אומרת למערערת שהחליפה חיתול לפעוט כאשר התעוררה, והמערער לא מגיב על כך. היכן החיתול שהוחלף בבוקר כאשר הפעוט התעורר?

איני רואה כיצד ניתן להתעלם מגרסת האם, כפי שבאה לידי הן בהודעותיה והן בעימות בינה לבין המערער, כי לאחר שהפעוט חזר מחדר הכושר עם המערער, הוא עשה את צרכיו שלוש פעמים רצוף. הסניגור המלומד טען בפנינו כי האם סתרה את עצמה ומסרה שלוש גרסאות - פעם טענה כי הפעוט עשה צרכיו 3 פעמים ב-5 שעות, בפעם אחרת כי עשה צרכיו 3 פעמים תוך 3 שעות ובפעם אחרת כי עשה צרכיו 3 פעמים ב-10 דקות. קראתי בעיון את העמודים אליהם הפנה הסניגור המלומד (עמ' 241, 247 ו-248 לפרוטוקול) ודומה כי הוא רואה מהרהורי ליבו. הייתה זו השופטת אבניאלי שהעירה "זה לקח ארבע חמש שעות", כאשר כוונתה לפרק הזמן מאז שהמערער חזר מחדר הכושר ועד שהאם והפעוט עזבו את הדירה. מהפרוטוקול עולה שהאם חזרה שוב ושוב על גרסתה כי הפעוט עשה צרכיו שלוש פעמים רצופות וכי החליפה לו טיטול שלוש פעמים בהפרש של 5-10 דקות בכל פעם.

במהלך העימות המצולם אמרה האם שהפעוט עשה קקי 10 דקות לאחר שהחליפה לו, וכי בסך הכל עשה קקי שלוש פעמים בטווח של 30-40 דקות. המערער אינו חולק על דברי האם בנקודה זו, בשתי הזדמנויות שהאם אומרת את הדברים. בתגובה לדבריה שהפעוט עשה צרכיו שלוש פעמים פעם אחר פעם, כשהיא גם מסמנת בידיה שלוש פעמים, המערער מאשר ואומר ספונטנית "נכון מה לעשות". לאחר שצפיתי בעימות בין השניים, אני מתקשה מאוד לקבל את האפשרות שהעלה חברי השופט ג'ובראן (בפסקה 145) כי המערער הבין את דברי האם כמתייחסים לשלוש פעמים במהלך היום כולו. הדברים באו לאחר תיאור של האם את שהתרחש, תוך שהמערער מגיב לדברים ומאשים את האם כי החדירה אצבע לישבנו של הפעוט:

"המערער: את הכנסת אצבע והוצאת לו חתיכת בשר
ואמרת לי הנה הנה בוא תראה

האמא: אני באתי ואמרתי לך מה זה הבשר הזה והיה
שמה דם, עם קקי, עם העור שלו, עם נוזל צהוב, הכל
ביחד היה
המערער: קקי הוא חירבן עוד פעם
האמא: שלוש פעמים הוא חירבן! [מראה עם האצבעות
– י"ע]
המערער: נכון!
האמא: שלוש פעמים! [מראה עם האצבעות – י"ע]
המערער: נו מה לעשות?
האמא: מה לעשות?
המערער: כן!
האמא: ... לפני שירדת אתו לחדר כושר אני החלפתי
לילד שלי חיתול, הוא עשה קקי ופיפי כמו שכל בוקר
אני מחליפה לו
המערער: מותק, ילדים מחר [בנים]
האמא: אני החלפתי לו חיתול!
המערער: אז איך אחרי חצי שעה הוא עוד פעם חירבן?
נו באמת" (ת/24 א מתוקן עמ' 21, דקה 40:35).

כמו חברי השופט ג'ובראן (בפסקה 145 לפסק דינו) וכמו בית משפט קמא, אף
אני סבור כי יש לדחות את טענת המערער כי לא שמע את דבריה של האם בעימות.
פרוטוקול הדיון משקף את שהתרחש בבית משפט קמא, כאשר המערער נתבקש להגיב
על כך, ואביא אך חלק מהדברים:

"עו"ד בילנקה: אומרת לך, אומרת לך [האם] – שלוש
פעמים הוא חרבן, שלוש, ואז אתה אומר נכון נו אז מה,
עכשיו,
עו"ד שפטל: אוי נו באמת
כב' השופטת דותן: מאחר שעורך דין שפטל אמר נו אז
מה, אז אנחנו מצפים לשמוע את אותה תשובה מהנאשם.
כן.
עו"ד בלינקה: אז בוא בבקשה, תראה, אומרת לך,
אומרת לך
עו"ד שפטל: אני לא אמרתי אז מה, אמרתי נו באמת
כב' השופטת דותן: מר שפטל, אתה תשב בשקט בזמן
החקירה הנגדית, אחרת התשובות של הנאשם עלולות,
משקלן עלול להיפגם. בבקשה" (עמ' 796-797
לפרוטוקול).

המערער מסביר בהמשך כי בשל הצעקות בעימות לא שמע את האם אומרת את
המילים שלוש פעמים, אך משאלות השופטים בבית משפט קמא עולה כי הם מתקשים
לקבל את הסבריו, מאחר שהאם מסמנת גם ביד את מספר הפעמים.

[במאמר מוסגר: משהזכרנו את העימות בין המערער לאם, אציין כי מצאתי עצמי מסכים עם המערער, שהליך על האווירה בעימות וטען כי "יושבים שם שני חוקרים, קורעים לי את הצורה, הקלדנית שהיא גם חוקרת כן? שהיא גם חוקרת וגם מייעצת באופן קבוע, גם מייעצת גם בחוץ וגם בפנים, איזה צעקות, כולם צועקים עליי שם בצורה מטורפת... כל העימות הזה, מלכתחילה, מלכתחילה, מהרגע הראשון, עוד פעם אני חוזר, שלושה אנשים, אני לא רגיל לדברים האלה, תוקפים אותך בצורה מטורפת... צועקים צרחות אדירות, אני מנסה להגיד משהו" (עמ' 799 לפרוטוקול). במהלך העימות האם צועקת על המערער, אשר מנסה "להשחיל" מילה, ובשלב מסויים אף הוא צועק עליה. החוקרים לא מאפשרים למערער ליתן גרסתו באופן רצוף כי הוא נקטע כל הזמן, עד אשר החוקרת יוצאת מהחדר והמערער נשאר לבד עם החוקר והשניים מדברים ביניהם באופן רגוע. אכן, עימות כשמו כן הוא, ואחת ממטרותיו היא לצפות בתגובות המעורבים, ולכן, "גבולות הגזרה" הם גמישים ואין מקום לכללים נוקשים. יחד עם זאת, באספקלריה של חשוד שמנסה להילחם על חפותו, העימות שנערך למערער, כאשר החוקרת אינה מסתירה את סלידתה ממנו ומטיחה בו שוב ושוב את אשמתו, כאשר לא מתאפשר למערער לומר שני משפטים ברצף – לא כך צריך להתנהל עימות.

אף לא למותר לציין את חוסר ההתאמה בין דו"ח ביצוע העימות, אשר מוקלד על ידי החוקרת תוך כדי העימות, לבין התמליל המלא של העימות. כך, מצאתי בעמ' 4 לדו"ח בשורות 76-79:

"האם: אני אמרתי לך מה זה הבשר הזה עם דם. אתה ירדת איתו לחדר כושר ולפני כן הוא עשה קקי ואני החלפתי לו חיתול.
 המערער: אז איך הוא עשה אח"כ שלוש פעמים קקי?
 החוקר משה: כי השריר השולט על הסוגרים שלו נקרע?"

לא היה ולא נברא. המערער לא אמר את המשפט הזה בעימות. החוקרת ייחסה לו משפט שלא נאמר על ידו.

בתום העימות ביניהם, לאחר שהאם יצאה מהחדר (האם הוצאה מהחדר גם בשלב מסוים במהלך העימות על מנת להירגע), הייתה אפשרות למערער להגיב לכל דברי האם, והוא עשה כן, אך לא הגיב על הטענה כי החליפה שלושה חיתולים האחד אחר השני. גם בכך יש לחזק את גרסת האם בנקודה זו. עם זאת, לאור האמור לעיל

לגבי הדרך בה התנהל העימות, כשהאם צורחת על המערער, כאשר המערער נקטע שוב ושוב בניסיונותיו ליתן את גרסתו, אני נכון להניח לזכותו כי בלהט העימות שכח להגיב על נקודה זו].

19. בית משפט קמא סבר שחיזוק לגרסתה של האם אודות מספר החיתולים שהוחלפו, ניתן על ידי המערער עצמו. אביא להלן את הקטע הרלוונטי מתוך הכרעת הדין:

"בחקירתה הנגדית של ש.ה. הטיח בפניה הסניגור מספר רב של פעמים, כי היא אינה דוברת אמת בטענתה לפיה חיתלה את הפעוט שלוש פעמים וחזר והדגיש כי בפח האשפה בדירת הנאשם נמצא חיתול אחד בלבד. למזלה נמצא לגרסה זו חיזוק ממקור בלתי צפוי, עדות הנאשם, כאשר התבקש להבהיר היכן שמה ש.ה. את המגבונים ואיך נהגה כאשר טיפלה בפעוט, השיב הנאשם:

'מה זאת אומרת, בהחלפות אחרות?
כב' השופטת אבניאלי: כן'.

והנאשם עונה: 'אני לא הייתי לידה בהחלפות האחרות'.

ואז לאחר מספר נסיונות לקבל תשובה לשאלה כיצד נהגה האם בעת שטיפלה בדימום של הפעוט, מתערב עו"ד שפטל ואומר:

'למה כבודה שמה את העובדה שמחליפים כמה פעמים טיטול בכל הכבוד'.

הנאשם מבין את הרמז ומשיב שהפרוצדורה של החלפת חיתול היתה רק פעם אחת.
לא רק בעדותו לפנינו פלט הנאשם, שלא ברצונו, נתון התומך בגרסתה של ש.ה. באשר למספר הפעמים בהן עשה הפעוט את צרכיו..." (פסקה 100 להכרעת הדין).

20. כך או כך, איני רואה סיבה שלא לקבל דברי האם בנקודה זו, שכאמור, חוזקה ואושרה על ידי המערער בעימות ביניהם.

משכך, עולה הקושיה, הכיצד ייתכן שבחיפוש שערכה המשטרה נמצא רק חיתול אחד בפח, במקום לפחות ארבעה חיתולים – אחד או שניים מהבוקר (האחד לאחר שהפעוט התעורר והשני כאשר עשה צרכיו רבע שעה לפני שירד לחדר הכושר), ושלושה שהוחלפו לאחר העלייה מחדר הכושר? לאן נעלמו אפוא שלושה-ארבעה חיתולים? ואם לא שלושה-ארבעה, לפחות חיתול אחד נוסף, החיתול שהחליפה האם

לפעוט בבוקר או החיתול שהחליפה לו כאשר עשה את צרכיו כרבע שעה לפני שירד לחדר הכושר?

מאחר שלא נתפסו כל צילומי האבטחה של אותו יום, מחדל חקירתי שאין חולק לגביו, חברי מניחים לטובת המערער כי אילולא אותו מחדל ניתן היה להיווכח אם המערער יצא מהדירה על מנת להשליך זבל, בין השעות 11:12 שאז עלה לדירה עם הפעוט, ועד למעצרו בשעה 23:00 באותו יום. אך אם מקבלים גרסתה של האם, ממנה עולה כי היו צריכים להימצא לפחות ארבעה חיתולים (או לפחות שני חיתולים אם נקבל לפחות את העובדה שהאם החליפה לפעוט חיתול כאשר התעורר בבוקר), הרי שהמחדל החקירתי אינו יכול להתגבר על עובדה זו. ידוע לנו כי הנהג של המערער פקד את הדירה מספר פעמים – להביא חיתולים, להביא אוכל מהוריה של האם, להביא שלוש סיגריות למערער ולהניחם תחת השטיח בכניסה; ידוע לנו כי המערער יצא לחדר הכושר כדי להביא נייר להראות לאם באיזה נייר ניגב את עכוזו של הפעוט; ידוע לנו כי המערער שהה בדירה בין השעות 17:00 – 23:00 עד שהמשרה הגיעה, וכי בפרק זמן זה גם אחותו שהתה עמו כמה שעות עד שהמשרה הגיעה; לא ידוע לנו כי השוטר סודאי טרח לבדוק פחים אחרים בחדר השירותים או בחדר האמבטיה (פעולה שלא נזכרה בדוח שלו) ולא ידוע לנו כיצד בדק את פח האשפה מתחת לכיור. מנגד, בהינתן גרסתה הספונטנית והעקבית של האם; בהינתן (אי) תגובתו של המערער בעימות לאמירה זו של האם; ובהינתן הגיונם של דברים (כי האם החליפה לפעוט חיתול בבוקר וכי קשה להלום כי מאז שהפעוט הושכב לישון בלילה ועד לסביבות השעה 17:00 הוחלף לו חיתול אחד מעבר לחיתול שהוסר ממנו בחדר הכושר) – נוכח כל אלה, אני סבור כי אין במחדל החקירה כדי להוות משקל נגד לזכות המערער בנושא מספר החיתולים.

ועיקרו של דבר. האם נושא החיתולים, שהפך לראש פינה בהגנתו של המערער, אכן כל כך חשוב? ונניח שאנו מקבלים את גרסתו של המערער כי לאחר שהסיר את החיתול בחדר הכושר ולאחר שהביא את הפעוט לדירה האם שמה לפעוט חיתול (לאחר שהוא עצמו עמד לשים אותו), כך שהוחלף חיתול אחד בלבד. מה לכך ולעובדה כי נמצאו קרעים בפי הטבעת של הפעוט? מה הקשר בין הדברים?

21. המערער עלה ללובי עם הפעוט, כשהלה מדמם מפי הטבעת וללא חיתול, וביקש מהשוער בלובי סיגריה. המערער אינו מכחיש דברי האם כי עישן בדירה, ומוסכם כי נהגו הביא לו שלוש סיגריות שאותן הניח מתחת לשטיח שמחוץ לדלת

הדירה. אזכיר את גרסתה של האם כי לאחר חזרתו מחדר הכושר והוויכוח שהתנהל ביניהם, המערער החל לעשן בעצבנות וביקש מהנהג כי יניח עבורו שלוש סיגריות מתחת לשטיח. המערער הסביר כי הוא מנסה להיגמל מסיגריות תקופה ארוכה ויש תקופות "on and off", אך גם מדבריו עולה כי בתקופה בה יצא עם האם, הוא ניסה להימנע מלעשן בנוכחותה. לטענתו, רוב הזמן בילו ביחד בדירתה, אך בדירתו-שלו התיר לעצמו לעשן. אציין כי לגרסת האם, היא לא ייחסה באותה עת למערער מעשה זדוני, וחשבה כי התרשל בהשגחתו על הפעוט, ובכל פעם שהטיחה במערער שאלה הנוגעת לפעוט ודרשה הסברים, המערער החל לעשן סיגריה, התנהגות חריגה של המערער, שאישר כי קודם לכן נמנע מלעשות כן בנוכחותה. ובכלל, האם מתארת אורה מתוחה בפרק הזמן של כחמש שעות לאחר שהמערער חזר מחדר הכושר ועד שחמקה מהדירה שעה שהמערער ישן (כאמור, לאחר מכן המערער שלח לה מסרון וניסה להתקשר אליה עשרות פעמים). בעימות ביניהם, האם מטיחה במערער שהיה עצבני בצורה בלתי אופיינית, וכי אף השליך בזעם חבילת עוגיות עם אוזני המן על הרצפה, טענה שהמערער לא הגיב לה. כל אלה מלמדים על אורה טעונה לאחר שהמערער חזר מחדר הכושר.

22. בנקודה זו אחזור לקרעים בפי הטבעת של הפעוט.

המחלוקת בין ד"ר זייצב לד"ר קוגל אינה גדולה, ושניהם מסכימים כי הקרעים נגרמו עקב החדרת גוף קשיח. ד"ר קוגל מעמיד את מסקנתו כי סביר יותר להניח שהעצם הנוקשה שחדר לפי הטבעת היה עצם כלשהו ולא פין, על הנימוקים הבאים:

ראשית – בשל חומרת הפציעה (עמ' 14 לחוות דעתו). מכאן שלשיטתו של ד"ר קוגל, חדירת פין הייתה גורמת לחבלות קלות יותר. טענה זו לא עולה בקנה אחד עם טענת ההגנה כי המעשה המיוחס למערער הוא פשוט בלתי אפשרי. מכל מקום, מאחר שאיננו יודעים איזה "עצם נוקשה" הוחדר לפי הטבעת של הפעוט, מה רוחבו ומה גודלו, הרי שההנחה של ד"ר קוגל אינה אלא השערה. ד"ר קוגל ציין בחוות דעתו כי תעלה אנאלית של פעוט מסוגלת "לקבל עצם בגודל של פין, מבלי שיהיו סימני חבלה חמורים", ולשיטתו, דווקא חומרת הפציעה מעידה על כך שאין מדובר בחדירת פין. מסקנתו של ד"ר קוגל היא כי הפציעות החמורות בפי הטבעת מלמדות על כך ש"הופעלה דרגה גבוהה של כוח בעת החדירה" (עמ' 14-15 לחוות דעתו). אדרבה, שמא חדירה של איבר מין תוך הפעלת כוח רב בעת החדירה היא שגרמה לפציעות חמורות בפי הטבעת? אם מקבלים הטענה כי החדרת איבר מין לפי הטבעת של הקטין

הצריכה דרגה גבוהה של כוח, הדבר דווקא מתיישב עם הפציעות החמורות בפי הטבעת. כך עולה, לטעמי, מתשובתו של ד"ר קוגל לפיה "ככל שיש דיספרופורציה בין הפין לבין התעלה אליה הוא נכנס, אז סיכוי שתהיה פציעה, הסיכוי שתהיה פציעה עולה" (שם, עמ' 1390).

שנית, ד"ר קוגל מצביע על היעדר ממצאי חבלה על הפין של המערער, כממצא שמעיד על כך שלא הייתה חדירה כוחנית של פין אל פי הטבעת. אולם ממצא זה, אינו יכול לתמוך כלל בנימוק הראשון, באשר את השאלה מי חדר לפי הטבעת, יש לבחון במנותק מהשאלה מה חדר אל פי הטבעת. ואכן, בחקירתו הנגדית הבהיר ד"ר קוגל כי לא נתכוון לשלול בחוות דעתו את האפשרות שהחבלה נגרמה כתוצאה מהחדרת פין "אני חושב שזה לא הפין של הנאשם, זה יכול להיות פין, נכון, אני מצפה שעל הפין הזה יהיה סימני חבלה..." (עמ' 1384 לפרוטוקול); "יכול להיות שפין עשה את זה, אני חושב שלא סביר בכלל שהפין של הנאשם עשה את זה..." (שם, עמ' 1412).

מכל מקום, ראוי לציין כי ד"ר קוגל לא סבר כך בתחילת הדרך. בחוות דעתו הראשונית להגנה, לאחר שביקר במכון לרפואה משפטית עם עמיתתו ד"ר מאיה פורמן, מצא כי "אני מסכים לחוות דעתו של ד"ר זייצב כי הנזקים בפי הטבעת נגרמו מהחדרת גוף קשיח כגון פין בזקפה, אצבעות או חפץ אחר דומה לפי הטבעת. יחד עם זאת נוכח צורת הממצאים בפי הטבעת, אופיים, חומרתם ומיקומם, לדעתי האפשרות הסבירה ביותר היא שממצאים נגרמו מהחדרת עצם קשה, נוקשה, ככל הנראה מוארך לתוך התעלה האנאלית. נכון הדבר כי לא ניתן לשלול שהממצאים נגרמו מהחדרת פין בזקפה או אצבעות אך מבין האפשרות שהוזכרו הכף נוטה באופן מובהק לכיוון החדרה של עצם קשה נוקשה" (ת/88 מיום 23.3.2012). ובתשובה לשאלות שהופנו אליו על ידי ההגנה, כתב ד"ר קוגל כי היעדר סימני חבלה בפין של הנאשם "אינה שוללת החדרת פין לפי הטבעת של התינוק... על פי הספרות ברוב המקרים של החדרת איבר מין לפי טבעת אין סימנים על איבר מין...", אם כי סבר כי נוכח הפגיעה הקשה בפי הטבעת של הפעוט "כף הסבירות נוטה יותר לכיוון שהיו צריכים להימצא סימנים חבלתיים מסוימים על פין שגרם לחבלות כאלה" (ת/92 מיום 16.8.2012). כאמור, רק בשלב מאוחר יותר, שינה ד"ר קוגל את דעתו והציג מאמר התומך בסברה כי החדרה אמורה להותיר סימני חבלה על הפין. די בכך כדי להעיד, לפחות, שהשאלה אם חדירה באמצעות הפין תשאיר בהכרח סימנים על איבר המין רחוקה מלהיות טריוויאלית, כפי שמעיד מכתבו הנ"ל של ד"ר קוגל. אף לא למותר להזכיר את האפשרות שהעלה ד"ר זייצב, ולפיה דווקא מאחר שמדובר בפעוט ששרירי פי הטבעת שלו חלש מזה של בוגר, ייתכן כי החדירה לא הותירה סימני חבלה על איבר המין.

שלישית, היעדר DNA על איבר מינו של המערער מחלישה לדעתו של ד"ר קוגל את האפשרות שהחדירה בוצעה על ידי איבר המין. אך שוב, נימוק זה אינו יכול לתמוך בתזה כי החדירה לא בוצעה על ידי איבר מין, ושאלה זו יש לבחון על פי סימני החדירה עצמה, בנפרד מהשאלה מי חדר, וכאמור, ד"ר קוגל הבהיר בחקירתו הנגדית כי יכול להיות שהחדירה בוצעה על ידי פיין, אם כי לדעתו, לא מדובר בפיין של המערער. אוסיף ואומר בזהירות הנדרשת, כי בכל תיקי האינוס ומעשי הסדום שנזדמן לי לעסוק בהם, לא זכור לי שהוגשה אי פעם חוות דעת לגבי הימצאות DNA על איבר המין הזכרי של התוקף. לכל אלה יש להוסיף כי המערער נבדק בשעה 15:00 ביום למחרת, דהיינו, כ-26 שעות לאחר האירוע. אין זה בלתי סביר להניח שהמערער - שהתעורר בבוקר, הלך לחדר כושר, מצא עצמו לבדו בסביבות השעה חמש אחר הצהריים ונעצר סמוך לשעה 23:00 - התקלח במהלך אותן שעות, הגם שהכחיש זאת (לגרסת המערער את התחתונים לבש מיום חמישי). ואכן, בעימות במשטרה בינו לבין האם, המערער אומר לפי תומו כי היה לחוץ בזמן כי רצה לעלות למעלה ולהתקלח (לפני שהולכים למסעדה – י"ע). מדוע שהמערער יזנח את תוכניתו להתקלח, לאחר שהתעורר משנתו, לאחר שהאם כבר עזבה את הדירה והוא נותר בדירה לבדו כשש שעות עד שנעצר?

אך נניח לאפשרות זו, ונניח לזכות המערער כי אכן לא התקלח באותן שעות. גם בהנחה זו, אין לייחס משקל רב להיעדר סימני DNA על איבר מינו שעות כה רבות לאחר העלייה מחדר הכושר. ההיקש מגברים שקיימו בהסכמה יחסי מין וגינליים עם נשים ונמצא על איבר מינם DNA נקבי הוא מוקשה. זאת, בשל נימוקים רבים שהועלו על ידי המאשימה, שבגינם אין להסתמך על המאמרים השונים שהובאו לתמיכה בתזה זו, ובין היתר: ההבדל בהפרשות מאיבר המין של האישה, ואף ד"ר קוגל הסכים לכך בחקירתו הנגדית (עמ' 1414 שורות 29-32); משך הזמן של קיום יחסי מין בהסכמה לעומת חדירה חד-פעמית; והאבחנה בין נימולים לבין שאינם נימולים באשר המקום העיקרי שבו נמצא ה-DNA בפיין הוא סביב העטרה ובתוך העורלה (ד"ר קוגל בעמ' 1420).

[במאמר מוסגר: בית משפט קמא מצא כאיזוטרי את המאמר שד"ר קוגל הסתמך עליו, באשר אותו מאמר מתייחס ליחסי מין בהסכמה ב-11 זוגות בלבד. המערער ביקש להגיש בשלב הערעור מאמרים נוספים המוכיחים, לטענתו, כי גם לאחר מקלחת, שטיפה במים לא תביא בהכרח להורדה מוחלטת של תאים זרים שהתייבשו ונדבקו על פני העור, וכי האפשרות שכתם הדם בתחתוני המערער הועבר דרך איבר

מינו מבלי שחלק ממנו יישאר על איבר מינו הוא בלתי סביר. כשלעצמי, הייתי נכון לקבל מאמרים אלה, לפני משורת הדין, הגם שאינם עומדים בקריטריונים של הגשת ראייה נוספת ולא ניתן היה לחקור עליהם ולהגיב להם, מאחר שממילא ניתן לאבחן אותם מענייננו, בין היתר, מהטעמים שנזכרו לעיל. מעבר לכל ההסתייגויות הנ"ל, לכל היותר ניתן להסיק ממאמרים אלה כי יש אפשרות (של 60% לכל היותר על פי אחד המאמרים) כי גם לאחר מקלחת - וכל שכן ללא מקלחת - יישארו שרידי DNA על הגוף].

23. ההגנה הסתמכה על חוות דעת מומחה לגבי מצבו של הפעוט בעת שיצא מחדר הכושר. בע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 45 לפסק דיני (23.12.2015) (להלן: עניין זדורוב), עמדתי על ההבחנה בין עניין שבמדע לבין עניין שבמומחיות. במקרה דנן ברי כי לא מדובר בעניין שבמדע, וספק בעיני אף אם מדובר בעניין שבמומחיות. לא בכדי ההגנה לא המציאה אסמכתא לשימוש שנעשה אי פעם בפסיקה ב"מומחים" לפענוח התנהגות ילד על פי צילומים. המערער מצא אפוא להפליג למדינות הים ולהביא כמומחית מטעמו את ד"ר שירזי, מומחית לפסיכיאטריה של הילד והמתבגר, על מנת שתחווה דעתה על סמך צילומי הווידאו כי התנהגותו של הפעוט, כפי שנצפתה בסרטי האבטחה, לא מתיישבת עם הפגיעה הקשה שנגרמה לו. בית משפט קמא דחה את חוות דעתה של המומחית ממספר טעמים. בית המשפט ציין כי המומחית אישרה שזו פעם ראשונה שהיא מגישה חוות דעת המסתמכת על "חומר" דוגמת זה שעמד לרשותה במקרה זה; כי מעולם לא הגישה חוות דעת השוללת קיומה של טראומה על בסיס צפייה בקבצים שאורכם פחות משתי דקות; וכי בצילומים שצולמו ביציאה מחדר הכושר לא יכלה לראות את פניו של הפעוט והיא אישרה עובדה זו. בשורה התחתונה, בית המשפט מצא כי מסקנתה של ד"ר שירזי "מופרכת ואין לה על מה שתסמוך", וכאן המקום לחזור ולהזכיר את ההלכה לפיה הערכת עדותם של מומחים מסורה לערכאה הדיונית, ואין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בכגון דא.

המערער ביקש להציג כראיה נוספת, חוות דעת נוספת של ד"ר שירזי, לאחר שתמונות של הפעוט הוגדלו וניתן, לטענתו, לצפות בפניו. למעשה, מדובר בחוות דעת "משופצת" שניתן היה להגישה במהלך המשפט. אך גם אם אקבל חוות דעת זו כראיה נוספת, איני רואה ליתן לה משקל, מן הטעם שתחום התמחותה של ד"ר שירזי אינו התחום הרלוונטי לענייננו. אילו רצה המערער לבסס את טיעונו כי בלתי אפשרי שילד שיעבור טראומה כזו יתנהג כפי שנחזה הפעוט בצילומים (דהיינו, מרים את ראשו מפעם לפעם כאשר יש גירוי בסביבה – כגון השכן לוי, השומר בלובי, והדגים

מפלסטיק מחוץ ללובי), היה עליו לשאול את פרופ' סרור על כך, או להביא חוות דעת של רופא ילדים או של כירורג ילדים (המערער ביקש להביא כראיה חדשה חוות דעת של מומחה לכאב ושל נוירולוג, ולמעשה, להתחיל את המשפט מחדש).

24. חברי, השופט ג'ובראן, רואה במצבו של הפעוט ראייה הנזקפת לזכותו של המערער, באשר לשיטתו אין הדבר מתיישב עם העובדה שהמערער, בצאתו מחדר הכושר, ישא על זרועו את הפעוט, והלה לא יצרר מכאבים, בהנחה שבאותה עת כבר היה במצב שלאחר חדירה לפי הטבעת. גם ד"ר קוגל סבור כי אי הפגנת כאב על ידי הפעוט לאחר יציאתו מחדר הכושר, לעומת הכאב שנצפה בעת שנבדק בבית החולים, מעידה על כך שהחדרת העצם לתוך פי הטבעת לא התרחשה בחדר הכושר.

הגם שבצילומי מצלמות האבטחה ניתן לראות כי הפעוט מרים את ראשו כאשר יש גירוי בסביבתו, הרי שרוב הזמן הפעוט מניח ראשו על כתפו של המערער. זאת ועוד. אין חולק כי הפעוט הובא לבית החולים עם קרעים בפי הטבעת, והנה, ד"ר גוז-מרק תיארה אותו בחדר מיון "ילד נינוח שקט" אך בכה בעת הבדיקה, ובעדותה חזרה על כך שהפעוט היה שקט (עמ' 451 לפרוטוקול). ואילו פרופ' סרור תיאר את הפעוט כילד המום שנמצא בהכרה, אך אינו מגיב לאנשים הרבים סביבו, וכלשונו "הוא היה כל הזמן המום ושקט מאוד... הילד היה מאוד, כמעט ללא תגובה. מאוד שקט, היה בידיים של האימא ויש לי מספיק ניסיון בלראות ילד שנמצא במצב... שהוא נמצא במצב שהוא לא מכיר ובאווירה בשבילו כמעט עוינת עם אנשים שהוא לא מכיר והוא היה בניגוד לכל התנהגות של ילד שנמצא במצב כזה. לכן זה כל כך היה בוטה וברור לי שרשמתי את זה" (שם, עמ' 532, 537). לכן, סביר כי הפעוט הגיב בצרחות כאשר נגעו בפי הטבעת שלו או כאשר ניסו לפתוח את פלחי העכוז, ואין להסיק מהעובדה שלא צרח כאשר יצא מחדר הכושר על זרועותיו של המערער. לא למותר לציין את התאוששותו המופלאה של הפעוט, כאשר כבר למחרת בבוקר נכתב בגיליון הסיעודי "ילד ערני חיוני", בערב נכתב "ילד נינוח חייכן", ויום למחרת נכתב "נינוח ערני חיוני מתרוצץ במחלקה" (נ/13).

לא למותר לציין כי המערער אמר בעדותו ובעימות עם האם, כי הפעוט התרוצץ בדירה לאחר החלפת החיתול ולא בכה, אכל מעדן ונרדם בשקט. תיאור זה לא מתיישב גם עם האפשרות שהאם החדירה אצבע לפעוט וגרמה לקרע בפי הטבעת, שעה ששמה לפעוט חיתול לאחר שחזר מחדר הכושר (אלא אם מייחסים את התיאור של המערער אודות החדרת האצבע, לשלב החלפת החיתול לאחר שהפעוט התעורר).

25. אין חולק כי למערער פטיש לרגליים, כלומר הוא נמשך לרגלי אשה, ולדבריו מדובר בתופעה נפוצה בקרב המין הגברי. ניתן לכאורה לזקוף לזכותו של המערער כי אישר עובדה זו במהלך העימות, שעה שהאם סיפרה כי לאחר שהפעוט נרדם, המערער משך לה בגרב, כמציע לה לקיים עמו יחסי מין. אלא שהמערער היה חייב באותו שלב להודות כי יש לו פטיש לרגלי נשים, לאחר שבחיפוש בדירתו, חיפוש שנערך בהסכמתו ובנוכחותו, נמצאו תמונות רבות של כפות רגלי נשים. ברשימת אנשי הקשר במכשיר הטלפון הסלולרי של המערער [ת/76] אנו מוצאים מספרי טלפון של כ-40 נשים תחת כינויים המתייחסים לכפות רגליים (כגון: פלונית – מנשק כפות רגלייך; אלמונית – מלקק זיעת רגלייך; פלמונית – קרעיני למוות ברגלייך; דרכי על קנה נשימתי, ועוד כהנה וכהנה). בין כינויים אלה ברשימת אנשי הקשר של המערער, אנו מוצאים גם ארבעה כינויים של נשים עם רמיזות להפרשות (תשתיני לגרוני עמוק; אני הנייר טואלט לישבנך; שבי וחרבני לתוך גרוני; חרבני עליך דרכי ותצחקי). אין בדברים אלה כשלעצמם כדי להעיד על אשמתו של המערער, אך מצאתי להזכירם, על אף שהם נוגעים לצנעת הפרט של המערער, מאחר שהדברים חורגים מהמקובל בתחום המיני.

[במאמר מוסגר – בית משפט קמא לא התייחס לארבע תמונות של פעוט/ה עם חיתול, שצולם מגבו מהישבן ומטה, ושנמצאו בטלפון הסלולרי של המערער. לשאלתי במהלך הדיון, הוסבר כי מדובר בבתו של המערער, שאותה הוא צילם על מנת לתעד שריטה ארוכה ועמוקה על רגליה, כדי לברר עם אמה (ידידתו שעמה הביא את בתו לעולם) מה מקור השריטה, שמא בתו נשרטה בגן הילדים, אם כי אישר שבסופו של דבר לא שאל את הגננת לפשר השריטה. נושא זה לא זכה לחקירה של ממש בבית המשפט (עמ' 772-774 לפרוטוקול), ולכן אתעלם מתמונות אלה].

26. מחדלי החקירה: על שלושה מחדלי חקירה ועל ארבעה – האם אשיכנה?

המחדל הראשון – על כך שלא נתפסו כל צילומי מצלמות האבטחה בין השעות 10:00-12:00 ביום שבת, מה שאינו מאפשר לתזמן במדויק את שעת יציאתם של הזוג בר מחדר הכושר; המחדל השני – על כך שלא נתפסו צילומי מצלמות האבטחה לאורך כל היום, כך שלא ניתן לבחון אם הנהג או המערער השליכו זבל לפח, מה שיכול היה לפתור את השאלה הכיצד נמצא חיתול בודד אחד בפח בדירה, ומה שאינו מאפשר לבחון את מצבו של הקטין בסביבות השעה 16:30-17:00 עת הוא והאם יצאו מהדירה והוסעו על ידי הנהג לבית הוריה; המחדל השלישי – על כך שחדר הכושר נבדק רק ביום שני במקום ביום ראשון מוקדם בבוקר, כך שלא ניתן היה למצוא את החיתול שאותו

הוריד המערער לפעוט לגרסתו, ולא ניתן היה לאתר סימנים אפשריים אחרים כמו סימני דם; המחדל הרביעי – על כך שהורי האם אפילו לא נחקרו במשטרה, ולא נגבתה מהם הודעה לגבי מה שאירע מאז שהאם הגיעה אליהם ועד שהגיעו לבית החולים.

לא ייפלא שבית משפט קמא השתמש במילים חריפות באומרו כי חומרם של מחדלים אלה "מעלים את החשש כי היחידה אשר ביצעה את החקירה חסרה את הכישורים הדרושים לביצוען של חקירות מורכבות". מה עוד, שהחקירה הייתה מלווה מלכתחילה על ידי הפרקליטות.

דומה כי החוקרים אכן לקו בזחירות ובשאננות, ולא אכחד כי לו מן הטעם הזה חלפה בי המחשבה להצטרף לחברי לזיכוי המערער. אך להבדיל מכללי הפסילה הנוגעים לגביית הודאות, שאחד הרציונלים שלהם הוא "לחנך" את הרשות שלא להשתמש באמצעים פסולים כדי לגבות הודאה, המבחן בפסיקה לגבי מחדלי חקירה הוא אחד: האם יש בהם כדי לפגוע בהגנתו של הנאשם, למשל, עקב כך שנמנע ממנו להעלות תרחיש חלופי נוכח אותם מחדלי חקירה. אך אין לזכות נאשם רק על מנת להלקות ו"לחנך" את גורמי החקירה על כך שלא ביצעו את כל פעולות החקירה שצריך היה לבצען. בית המשפט נדרש לבחון אם בשל מחדלי החקירה, קופחה הגנתו של הנאשם וזכותו להליך הוגן, ובחינה זו "נעשית, תוך שקלול המחדלים הנטענים אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית" (ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פס' 48 (10.7.2013)).

על פי מבחן זה, אין בארבעת המחדלים דלעיל כדי להוביל לזיכוי של המערער. גרסתה של גב' בר וגרסת המערער עצמו משלימים את החסר לגבי משך שהייתו של המערער לבדו בחדר הכושר; הגיונם של דברים, גרסתה של האם והאשרור של הגרסה במהלך העימות בינה לבין המערער משלימים את החסר לגבי מספר החיתולים שהוחלפו לקטין; מאחר שאנו נכונים להניח לזכות המערער כי אילו היו בודקים את חדר הכושר ביום ראשון בבוקר היו מוצאים חיתול אחד עם צואה ודם, כגרסתו של המערער עצמו, הרי שלא נגרם לו נזק ראייתי עקב מחדל חקירה זה. אי גביית הודעה מהורי האם, היא מחדל מרגיז ומתסכל במיוחד. מדובר בחקירה מתבקשת מאליה, כפי שנעשה לגבי כל נפגע/ת עבירת מין, שאז נחקרים העדים שראו או שוחחו עמו/ה בסמוך לאתר הפגיעה. יש להצר על כך שהדבר לא נעשה, אלא שבמקרה דנן, אף אחד לא מעלה על הדעת שהורי האם (הסבא והסבתא של הפעוט) הם אלה שפגעו בפעוט, ואין חולק כי זמן קצר לאחר שבתם הגיעה אליהם עם הפעוט, כבר החישו פעמיים לבית החולים. בהנחה שהאם עזבה את הדירה עם הנהג של המערער בסביבות

השעה 17:00 או מספר דקות לפני כן, הגעתה עם הוריה לבית החולים לפחות מספר דקות לפני השעה 18:00 אינה יוצרת כל חלל בלוח הזמנים. אך אפילו אלך לשיטה הנוחה ביותר עם המערער, ואניח כי האם עזבה את דירתו בסביבות השעה 16:30, אני מתקשה לקבל את האפשרות שהפעוט נפגע בפרק הזמן בו שהה בבית הוריה של האם (פסקאות 179 ו-185 לפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן). האם חשה לבית הוריה בגלל הפציעה של הפעוט, וזו הייתה הסיבה להגעתם המהירה לבית החולים.

27. הגיעה עת נעילת שער, ואציב כעת על כפות המאזניים את מכלול הראיות שניתן לזקוף לזכותו ולחובתו של המערער.

לזכותו של המערער אציין את הנקודות הבאות:

(-) מהרגע הראשון המערער שיתף פעולה באופן מלא בחקירותיו – הסכים כי יבוצע חיפוש בדירתו; הפציר בחוקריו לאסוף כל חומר אודותיו; הציע להיבדק במכונת אמת; וביקש מחוקריו לעשות כל בדיקה אפשרית.

(-) המערער זעק לחפותו מתחילת הדרך ולכל אורכה. כאשר הטיחו בו חוקריו שוב ושוב את שעולל לפעוט, השיב בתחינה כי הוא מבקש שלא יגידו כדבר הזה "אפילו לא בצחוק"; המערער משוכנע כי אין סיכוי שבבדיקת DNA ימצאו זרע שלו אצל הפעוט.

(-) הפעוט מגיב לגירויים כאשר הוא יוצא מחדר הכושר, והוא לא זועק מכאבים כאשר המערער מחזיק אותו על היד, כפי שניתן היה לצפות מפעוט שסובל מקרעים בפי הטבעת.

(-) דם הפעוט על החלק האחורי במכנסי המערער מצביע על כך שהדם הועבר ככל הנראה באצבעותיו של המערער.

(-) בהיבט של זמן ומקום, אין הגיון לבצע את המעשה בחדר הכושר, כאשר תוך כשעה המערער והאם היו אמורים לצאת למסעדה.

(-) למערער אין עבר פלילי, לא בכלל ולא בתחום המיני בפרט, לא נמצא ברשותו חומר פדופילי ולא רמזים לנטיות פדופיליות, בעוד המעשה המיוחס לו מזעזע וחריג במיוחד, ומעיד על סטיה מינית ועל התנהגות חריגה.

לעומת זאת, כבדה כף החובה לכיוון הרשעתו של המערער:

(-) הקרעים בפי הטבעת של הפעוט נגרמו מהחדרת חפץ נוקשה. כך עולה מכל חוות הדעת הרפואיות, כולל של הרופא המנתח ושל ד"ר קוגל מטעם ההגנה, וכך נחזה מהצילומים הקשים עצמם.

(-) אין כל רמז לכך שהפעוט ירד לחדר הכושר כשהוא פגוע בישבנו – הפעוט הילך על רגליו והתרוצץ בחדר הכושר. מנגד, ידוע לנו בוודאות שכאשר הפעוט חזר מחדר הכושר הוא דימם מישבנו כדי כך, שהאם הייתה נסערת והמומה, התפתח ריב או ויכוח בינה לבין המערער בשאלה מה קרה לפעוט ואם צריך להביא את הפעוט לבית חולים, התוכנית ללכת למסעדה בוטלה והאם חמקה מהדירה לאחר שהמערער נרדם.

(-) למערער היה "חלון הזדמנויות" לבצע בפעוט את המעשה, אם בחדר הסאונה שבחדר הכושר או בחדר הכושר עצמו.

(-) לוח הזמנים לאחר הירידה לחדר הכושר לא מאפשר כל תרחיש סביר, ואפילו תרחיש דחוק, לקרעים שנתגלו בפי הטבעת של הפעוט.

(-) ההסבר הראשון שנתן המערער לאם ב"זמן אמת" ולחוקריו בחקירות הראשונות, הוא שהפעוט גרם את הפציעה לעצמו, ושלל את האפשרות שהאם גרמה לכך.

(-) בהמשך, ולאחר ששלל בחקירתו את האפשרות כי האם גרמה לכך, העלה המערער לראשונה בעימות עם האם, גרסה כבושה, שיש לראותה כגרסה שקרית, לפיה האם דחפה אצבע לפי הטבעת של הפעוט והוציאה משם "חתיכת בשר".

(-) צירוף מקרים מוזר – בפעם הראשונה שהמערער מחליף חיתול לפעוט, הפעוט חוזר לדירה עם פי טבעת קרוע.

(-) התנהגות תמוהה – המערער, שלא החליף אי פעם חיתול לפעוט, בוחר לראשונה לטפל בחיתול של הפעוט, להסיר אותו ולנקות אותו דווקא בחדר הכושר, היכן שאין עמו חיתול להחלפה או מגבונים לחים, פריטים שנמצאים בהישג ידו בטווח של 30 שניות נסיעה במעלית, בדירה שם נמצאת אמו של הפעוט.

(-) התנהגות תמוהה – המערער לחוץ בזמן כי הוזמן מקום לשעה 12:00 במסעדה והוא גם מתכוון להספיק להתקלח. מדוע העסיק את עצמו בניקוי הפעוט מלכתחילה, ומדוע מצא זמן להתמהמה, לעלות ללובי, לבקש סיגריה ו"לעשות סיבוב" כדי להראות את הדגים לפעוט, כאשר ידוע לו כי הפעוט מדמם מישבנו וללא חיתול.

(-) התנהגות מחשידה – המערער נצפה במצלמות האבטחה כשהוא עומד ליד המעלית ומיד מתרחק כשהפעוט על זרועותיו, במה שנחזה כניסיון להתחמק מאנשים שעלולים לרדת במעלית.

(-) הפעוט, שנכנס על רגליו לחדר הכושר, יוצא "שפוך" על כתפו של המערער ומשהו במראהו גרם לשכן לוי לשאול אותו אם "הילדה שלך לא מרגישה טוב"? ולהרגיש כי המערער לא מעוניין לנהל עמו שיחה.

(-) התנהגות תמוהה – המערער חוזר לדירה ועומד לחתל את הפעוט בעצמו, (למרות שלא עשה זאת מעולם קודם לכן), כאשר האם יוצאת מהמקלחת. זאת, למרות שלגרסתו-שלו הפעוט דימם בחדר הכושר. מדוע לא המתין לאם כדי להראות לה את הדימום?

(-) התנהגות נסערת – המערער, שמנסה להיגמל מעישון ונמנע עד כה מעישון בנוכחות האם, מנסה "לשנורר" סיגריה בלובי, מעשן בדירה בנוכחות האם, מבקש שיביאו לו עוד סיגריות, ועל פי גרסתה העקבית של האם הוא עצבני ונסער.

(-) כתמי דם זעירים של הפעוט נמצאו בחלק הפנימי בתחתונו של המערער באיזור הפין.

(-) המערער אינו ב"זרם המרכזי" מבחינת העדפותיו המיניות, ולא רק לפטיש לכפות רגליים, כפי שניתן ללמוד מהכינויים ברשימת אנשי הקשר בטלפון הסלולרי שלו.

גם אם אין בכל ראייה כשלעצמה כדי להביא להרשעתו של המערער, הרי שהצטברותן, אך בראש ובראשונה היעדר תרחיש חלופי סביר לקרעים שנגרמו בפי הטבעת של הפעוט, מוליכים למסקנה אפשרית אחת, היא המסקנה המרשיעה. נקודה זו היא המרכזית והמכרעת לטעמי, והדברים באו לידי ביטוי בפסק דינו הקצר של השופט שוחט בבית משפט קמא.

בסופו של יום, לאחר שמתעלמים מ"רעשי הרקע", לפנינו הסיטואציה הבאה: המערער יורד לחדר הכושר עם הפעוט, חוזר כשהפעוט ללא חיתול ומדמם מפי הטבעת, ובבדיקה שנערכת לפעוט כעבור מספר שעות מתברר כי נגרמו לו קרעים בפי הטבעת כתוצאה מהחדרה של חפץ קהה. ואידך זיל גמור. כאשר בראיות נסיבתיות עסקינן, ניתן לבסס הרשעה על סמך היסק לוגי (ע"פ 5546/14 דנקנר נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן (29.12.2015)), ובלבד שאותו היסק מוביל למסקנה מרשיעה שאין בלתי. כפי שפתחתי ואמרתי, במקרה דנן, לא מצאתי תרחיש אחר, אף לא דחוק, שיכול להביא למסקנה מזכה.

28. על רקע כל אלה, ולו דעתי תישמע, יש להותיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו ולדחות את הערעור על הכרעת הדין.

אשר לגזר הדין שהושת על המערער, מדובר בעונש חמור ביותר, אך משמצאתי עצמי במיעוט לגבי הרשעתו של המערער, איני רואה להידרש לשאלה אם יש מקום להתערבות ערכאת הערעור בעונש שהושת על המערער.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז :

1. ההכרעה בתיק זה היא מייסרת, מדירה שינה ממש, שכן חומר הראיות אינו מאפשר לנו להגיע לכדי הכרעה וודאית והחלטית באשר לאשמתו או חפותו של המערער. המדובר באירוע חמור, אך חריג מאוד וחסר תקדים, אשר ההרשעה בו אינה מבוססת על ראיות ישירות - אנושיות או מדעיות - לאשמתו של המערער, אלא על מסקנה מסתברת מראיות נסיבתיות, ובעיקר מכך שלמערער הייתה הזדמנות לביצוע המעשה, ומהעדרו, כנטען, של תרחיש חלופי סביר.

2. לאחר בחינת חומר הראיות והכרעת הדין ולאחר עיון בחוות הדעת של חבריי, השופטים ס' ג'ובראן ו- י' עמית, ולאחר ששכתי ושקלתי את הדברים שוב ושוב הגעתי לכלל מסקנה כי אין מנוס מזיכוי של המערער מהעבירות בהן הורשע. אני מסכים אפוא למסקנתו של חברי השופט ס' ג'ובראן לפיה הרשעתו של המערער אינה יכולה לעמוד, ולעיקרי הנמקתו לכך. מאחר וחברי השופט ג'ובראן הציג בפירוט רב את התשתית העובדתית-ראייתית בתיק, אוכל להציג להלן בתמצית את עמדתי, בתמונה הכוללת, מדוע לדעתי אין מנוס מביטול ההרשעה.

3. תיק זה אינו כולל כאמור כל ראייה ישירה לאשמתו של המערער. ההרשעה בנויה כולה על מבנה ראייתי נסיבתי. מבנה ראייתי זה מייסד עצמו על שתי הנחות: הראשונה, כי בעת שירד המערער עם הפעוט מדירתו לחדר הכושר, היה הפעוט בריא ושלם ללא כל פגיעה בפי הטבעת; והשנייה, כאשר עלה המערער חזרה לדירה מחדר הכושר, כעבור כ- 35 דקות, היה הפעוט עם פגיעות קשות בפי הטבעת; ומאחר שהפעוט שהה כל פרק זמן זה עם המערער בחדר הכושר, כאשר בחלק מהזמן (כ- 17 דקות) עם המערער לבדו, הרי שהמסקנה הבלתי נמנעת כי הפגיעה בו הייתה בעת ששהה עם המערער בחדר הכושר, ועל-ידי המערער.

4. בחינת מכלול הראיות מצביע לדעתי על כך שמבנה ראייתי נסיבתי זה לוקה בחולשה ראייתית בשתי הנחותיו: הן בהנחה שהפעוט ירד בריא, ובעיקר בהנחה שהפגיעה בפעוט אירעה בהכרח בזמן שהיה בחדר הכושר עם המערער.

א. ההנחה שהפעוט ירד לחדר הכושר ללא כל פגיעה - הנחה זו מבוססת בעיקרה, ולמעשה כל כולה, על עדות האם כי החליפה לפעוט חיתול בבוקר לפני הירידה לחדר הכושר ומצבו היה כשורה ללא כל דימום או פגיעה בפי הטבעת. אלא שחיתול זה לא נמצא בדירה (ת/59) ובית המשפט קמא קבע, עקב מחדלי החקירה החמורים, כי התביעה מנועה מלטעון שהמערער העלים אותו (פסקה 174 סיפא להכרעת הדין). שלילת טענת העלמת הראיות משמעה למעשה שלילת טענת האם לגבי החלפת החיתול לפני הירידה לחדר הכושר (ראו פסקה 113 לחוות דעת חברי השופט ג'ובראן).

בכך נפגע מרכיב מרכזי הכרחי במבנה הראייתי-נסיבתי המרשיע, התוחם את הזמן והמקום של הפגיעה לחדר הכושר בעת שהותו של הפעוט עם המערער, שכן בכך נפתחת האפשרות שהפגיעה בקטין התרחשה לפני הירידה לחדר הכושר, אפשרות שלא נחקרה ולא נבחנה כלל. אזכיר לענין זה כי ד"ר זייצב תחם בחוות דעתו (ת/4) את מועד הפגיעה בפעוט ל- 12 שעות לפני בדיקתו בבית החולים, ואילו ד"ר קוגל שלל את קביעת ד"ר זייצב ותחם את מועד הפגיעה ל- 24 שעות לפני הבדיקה (נ/39 עמ' 18).

לא מקובלת עליי הטענה לענין זה, כי עדות המערער לפיה הפעוט נראה בסדר והתנהג בטבעיות ושיחק בחדר הכושר, שוללת בהכרח שהפגיעה בו הייתה קודם לכן, שכן מעדויות המערער והאם עולה כי גם אחרי העלייה מחדר הכושר והחלפת חיתול לפעוט, הוא שיחק, צפה בטלוויזיה, אכל מעדן ונרדם, ולא צרח ובכה; ויתרה מזו - גם

קודם לכן, בסמוך מאוד למועד הפגיעה הנטען, בעת היציאה מחדר הכושר, הפעוט היה שקט ולא צרח ובכה (ועל כך להלן).

האמור לעיל מעצים את החסר שבאי בחינה ממשית של תרחיש הפיסורה, שהועלה בחוות דעת ד"ר קוגל, כגורם לדימום בשלב ראשון, ולאפשרות של גרימת הקרעים בשלב מאוחר יותר בעקבות החדרת אצבע או אצבעות באופן לא זהיר ולא מקצועי. אפשרות שגם לא נחקרה כלל (לענין זה ראו עוד להלן).

ב. ההנחה שהפגיעה בפעוט הייתה בחדר הכושר - המשקל שיוחס על ידי התביעה ובית המשפט קמא להבדל שבין התנהגות הפעוט בשלב הירידה לחדר הכושר, להתנהגותו בשלב העלייה משם, הוא לטעמי מופרז ולא משכנע; זאת לאור העובדה שהפעוט היה חולה וצרך אנטיביוטיקה, ובהתחשב בכך שפעוטות נוטים לרוץ ולהשתולל, ואז במעבר חד הם מתעייפים ונחים או ישנים (הפעוט בענייננו התרוצץ כחצי שעה בחדר הכושר). הצירוף של פעילותו האקטיבית בחדר הכושר עם מחלתו ועם היותו פעוט, נותנים כשלעצמם הסבר מאד סביר וטבעי לכך שהפעוט ירד על רגליו לחדר הכושר ואילו בשלב העלייה מחדר הכושר נראה עייף וישנוני, אם כי עדיין מגיב לסביבתו ולא בוכה. על כן אין בהבדלים אלה בהתנהגות הפעוט כדי להוכיח כי הפגיעה בו הייתה בחדר הכושר.

לעומת זאת, קשה מאד ליישב את התנהגותו של הפעוט בעת העלייה מחדר הכושר - כפי שהוא נצפה בסרטוני האבטחה - שהיה אמנם ישנוני אך נינוח והגיב לסביבה, ולא צורח ובוכה - עם הקביעה כי רק דקות ספורות קודם הוא עבר אינוס אכזרי עם קרעים בפי הטבעת. זאת במיוחד כאשר הפעוט נישא על ידי המערער, ללא חיתול, כשהוא ישוב עם עכוזו (מקום הפגיעה) על זרועו של המערער. וראו גם חוות הדעת והעדויות לענין זה של ד"ר קוגל (נ/39 בעמ' 18-19, ועדותו בבית המשפט עמ' 1449 לפרוטוקול), ושל ד"ר שירזי (Chehrizi, נ/25, ועדותה בבית המשפט בעיקר מעמ' 1210 ואילך). כך, בחוות דעתו קובע ד"ר קוגל:

"התנהגותו של הפעוט לאחר יציאתו מחדר הכושר, ללא שום הפגנת כאב, התנהגותו המתוארת בביתו, שם התרוצץ אנה ואנה (על פי גרסת הנאשם), שיחק עם הנאשם במשחקים וראה אתו טלוויזיה (הודעת המתלוננת מיום 18.2.18), ולעומת זאת, כאב עז בעת שנבדק בבית החולים עד כי היה צורך להרדימו על מנת לבצע את הבדיקה (עדות ד"ר זייצב בבית המשפט, עמ' 114-115 לפרוטוקול דיון), מכוון לכך כי ההחדרה של

עצם לתוך פי הטבעת של הפעוט לא התרחשה בחדר הכושר" (שם בעמ' 19).

ובעדותו בבית המשפט אומר ד"ר קוגל דברים אף יותר נחרצים:

"... ואני שם את הרפיוטשן המקצועי שלי על זה ואני אומר שלדעתי, כמומחה, בחדר כושר הזה לא הייתה חדירה, אני לא חושב שמי שקיבל חדירות כאלה, קרעים כאלה לפי הטבעת יצא מחדר הכושר כפי שיצא משם הפעוט בזמן שהוא נמצא עם עכוזו על היד של הנאשם, לא סביר בעיני בשום דרך" (עמ' 14549 לפרוטוקול).

לכך יש להוסיף כי במסגרת מחדלי החקירה הרבים והחמורים בפרשה זו, לא נחקר כלל השלב שקדם להגעה לבית החולים, וקיים "חלל ראייתי" לגבי פרק הזמן של קרוב לשעה, שבין עזיבת האם והפעוט את ביתו של המערער לבית הוריה ועד ההגעה לבית החולים, ובכלל זה לא נחקרו הורי האם לגבי פרק הזמן שהפעוט והאם שהו בביתם.

5. התוצאה של האמור היא שהנדבך המרכזי של התיזה המרשיעה, המבוססת על "כליאת" הפגיעה בפעוט, מבחינת הזמן והמקום, בפרק הזמן התחום של שהות הפעוט עם המערער בחדר הכושר (כ- 35 דקות, מהן כ- 17 דקות לבדם), אין לו תימוכין מספיקים בחומר הראיות, ומכל מקום לא מעבר לספק סביר. כאמור, לא ניתן לשלול לחלוטין כי הפגיעה בפעוט, כפי שנמצאה ותועדה בבדיקה בבית החולים בערבו של אותו יום, אירעה לפני מועד הירידה לחדר הכושר, ובמיוחד לא ניתן לשלול כי זו אירעה בפרק הזמן שאחרי העלייה מחדר הכושר ועד ההגעה לבית החולים. ודוק: ייחוס הפגיעה בפעוט למערער מבוססת כאמור בעיקר על הקביעה כי זו בוצעה בחדר הכושר, מקום וזמן שרק המערער שהה עם הפעוט לבדו; וממילא אם קביעה זו לא יכולה עוד לעמוד כקביעה המבוססת מעבר לספק סביר, הרי שהראיות הנסיבתיות הקושרות את המערער לפגיעה, כשלעצמן, הן למצער חלקיות ולא קונקלוסיביות, ואין בהן כדי לבסס הרשעה, וכנגדן עומדים ממצאים וראיות המטילים ספק בכך.

6. ואשר לכתמי הדם: איני סבור כי כתמי הדם הזעירים שנמצאו על תחתונו של המערער (בחלק הפנימי) ועל כיס מכנסיו מאחור (בחלק החיצוני), יש בהם כדי לבסס את הרשעתו, כפי שהוסבר בהרחבה בחוות דעת חברי השופט ג'ובראן. נוכח הקביעה שמדובר בכתמי מריחה, ומאחר שנמצא כתם גם בחלק החיצוני של הכיס האחורי של

המכנסיים, ההסבר שניתן על ידי המערער (גירוד במבושיו או נגיעה בתחתונים בעת שהלך לשירותים לאחר שידי הוכתמו בדם בעת הטיפול בפעוט), אינו בלתי סביר. שהרי אין חולק שהוא הוריד לפעוט את החיתול בחדר הכושר וכי הפעוט דימם והמערער ניגב אותו, וכן הרים אותו על ידיו, ללא חיתול, בדרכם מחדר הכושר לדירה. ההסבר של המערער לכתמים שולל לדעתי מתן משקל ראייתי מרשיע לכתבי הדם, שהם למעשה הראיה הפוזיטיבית היחידה נגד המערער. לכך יש להוסיף, כי העובדה שבית משפט קמא נמנע מלקבוע כי הפגיעה בפעוט הייתה באמצעות איבר המין של המערער (פסקאות 184 ו-188 להכרעת הדין), מפחיתה עוד יותר ממשמעות כתמי הדם כראיה מפלילה.

7. כמו כן, כמצוין לעיל, לצד אינדיקציות מפלילות שונות לחובת המערער, עליהן עמדו חבריי, קיימים ממצאים לא מעטים שאינם מתיישבים עם התיזה המפלילה והתומכים לכאורה בגרסת המערער, ובהן:

- אי הסבירות וחוסר ההיגיון בבחירת המקום והזמן לפגיעה בפעוט בחדר הכושר, מקום פתוח וחשוף לרבים, בפרק זמן "לחוץ", וזאת במיוחד כאשר מדובר במערכת יחסים מתמשכת שבין המערער לאם הפעוט, שיכלה לזמן למערער הזדמנויות יותר "נוחות";
- מצבו של הפעוט ביציאה מחדר הכושר, שאינו מתיישב כלל - כמפורט לעיל - עם האפשרות כי דקות ספורות קודם עבר אינוס אכזרי;
- הגעת האם לבית החולים רק כעבור כ-7 שעות ממועד העלייה מחדר הכושר, עובדה שאינה מתיישבת עם האפשרות כי הפעוט עלה לדירה עם קרעים חמורים בפי הטבעת שניצפו מיידית על ידי האם.
- העדר דנ"א של הפעוט בדגימות שניטלו מאיבר מינו של המערער, והעדר דנ"א של המערער בפי הטבעת של הפעוט, וכן העדר סימני פגיעה על איבר המין של המערער; וככל שההסבר לכך הוא שהפגיעה בוצעה באמצעות החדרת חפץ קשה נוקשה, ולא באמצעות איבר המין, עולה הקושי שחפץ כזה לא נמצא;
- העדר כל רקע עברייני בכלל ופדופילי (ואינפנטופילי) בפרט אצל המערער. לענין אחרון אזכיר את חוות דעתו של ד"ר ל. לנדא, פסיכיאטר מומחה, שבדק את המערער פעמיים, והגיע למסקנתה כי האפשרות שהמערער ביצע את המיחוס לו היא ב"סבירות נמוכה ביותר" וכי "לא נראה לי אפשרי שאדם

מסוג זה מסוגל לבצע עבירה כל כך משונה ובנטיבות מוזרות כל כך" (בעמ' 8, וראו גם עדותו בבית המשפט לענין זה, בעיקר החל בעמ' 1339 לפרוטוקול).

לכך יש להוסיף, כפי שציין חברי השופט עמית, כי המערער שיתף פעולה באופן מלא לכל אורך הדרך, הסכים לחיפוש בדירתו, ביקש מחוקריו לערוך לו בדיקת פוליגרף (ומשסורב, ביצע זאת באופן פרטי) והסכים לבדיקות דנ"א (וראו עוד לענין האינדיקציות שאינן מתיישבות עם הגרסה המפלילה בפסקאות 184-189 לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן).

8. בסופו של דבר, כמצוין לעיל, נראה כי הנימוק העיקרי והמכריע למסקנה המרשיעה בהכרעת הדין קמא ובחוות דעת חברי השופט עמית הוא העדר תרחיש חלופי סביר, ולא הראיות הנסיבתיות המפלילות כשלעצמן. אכן, ניתן לומר שהמערער מיקד עיקר מאמציו בהחלשת הראיות הנסיבתיות נגדו, כל אחת בפני עצמה, אך לא השכיל לבסס כדבעי את התרחיש החלופי שהעלה. ואולם, כאשר עסקינן בראיות נסיבתיות, מוטלת גם על בית המשפט חובה עצמאית לבחון בעצמו ולשלול קיומו של תרחיש חלופי סביר, אף אם זה לא הועלה על ידי הנאשם (דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 859 (1998), להלן: ענין אל עביד; ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 228 (2002); ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (28.5.2007), להלן: ענין קייס; ע"פ 6244/12 סבאענה נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (11.11.2015), להלן ענין סבאענה; ע"פ 9020/14 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (9.7.2015); ע"פ 2279/15 בורוחוב נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (31.1.2016)).

ראוי להדגיש ולהבהיר כי הדרישה לבדיקה עצמאית על ידי בית המשפט כאשר התוצאה המרשיעה היא פועל יוצא של הסקת מסקנה מראיות נסיבתיות, להבדיל מקביעה מרשיעה על יסוד ראיות ישירות, היא הכרחית ומתחייבת ממהות התהליך הלוגי של הסקת מסקנה מרשיעה מראיות נסיבתיות, שכן שלילה של תרחיש חלופי סביר היא מרכיב חיוני והכרחי בהליך הלוגי של הסקת המסקנה הפוזיטיבית בדבר אשמת הנאשם מהראיות הנסיבתיות.

9. התרחיש החלופי: בענייננו הועלה על ידי המערער התרחיש כי הקרעים בפי הטבעת של הפעוט הם תוצאה של פיטורה (סדק או סדקים בפי הטבעת) שנגרמה כתוצאה מעצירות, שהיא תוצאה של ברזל שצרך הפעוט בימים שקדמו לאירוע, אשר הוחרפה על ידי החדרת אצבע לפי הטבעת של הפעוט באופן לא מיומן.

לפי חוות הדעת של ד"ר קוגל (נ/29), בהתאם לספרות הרפואית ולפי ניסיונו המקצועי, החדרת אצבע לפי הטבעת, גם כשהיא מתבצעת שלא בכפייה ותוך שיתוף פעולה, יכולה לגרום "פציעות לרירית התעלה האנאלית והחלחולת", וקל וחומר כאשר מדובר בהכנסת אצבע שלא מתוך שיתוף פעולה וללא הרפיית שרירי פי הטבעת "ובן בנו של קל וחומר שכאשר יש פציעה קודמת ומכניסים לתוך פי הטבעת אצבע בצורה לא מקצועית" (עמ' 19-20). כן הוא מסביר כי בהתאם למחקר הרפואי פיסורה שאינה כרונית היא ממצא נפוץ אצל ילדים בגיל זה (אצל 6%-26% מהילדים), ובענייננו ידוע כי בביקורו של הפעוט במרפאה חמישה ימים לפני האירוע ניתן לו מרשם לנטילת ברזל, וידוע כי אחת מתופעות הלוואי של ברזל היא עצירות, ש"היא הסיבה הנפוצה ביותר לגרימת פיסורה". לכן לדעת ד"ר קוגל, לא ניתן לשלול כי לפעוט הייתה פיסורה שאינה כרונית שדיממה מעט בחדר הכושר, ולאחר מכן גרמה החדרת אצבע לפי הטבעת, אף אם אנב טיפול בו ובלא כוונה לפגוע בו, להחמרה של הפציעה (עמ' 21-20).

אכן, ד"ר קוגל לא קבע פוזיטיבית שהפעוט סבל מפיסורה (בהעדר תיעוד לענין זה), אלא קבע שבהתאם למידע שכן קיים לא ניתן לשלול זאת. לעומת זאת, הוא שלל בתוקף את האפשרות שהפגיעה בפעוט שגרמה לקרעים בפי הטבעת אירעה בחדר הכושר (ראו דבריו בציטוטים בפסקה 4 לעיל). עוד אציין כי ד"ר קוגל הסביר בעדותו כי בעין בלתי מקצועית לא ניתן לזהות פיסורה (מה שעשוי להסביר את עדות האם שלא ראתה כל פגיעה בפעוט בעת החלפת החיתול לפני הירידה לחדר הכושר), וכי ברגיל הפיסורה לא תבוא לידי ביטוי בכאב ובכי של הילד אלא רק בעת צואה קשה (עמ' 1447 לפרוטוקול).

יש להדגיש לענין זה כי גם ד"ר זייצב, בכל שלוש חוות הדעת בכתב שהגיש לענין מקור הפגיעה בפעוט (ת/4, ת/6 ות/7) ציין כי הפגיעה יכולה להיגרם בין היתר מהחדרת אצבע או אצבעות (אם כי בעדותו בבית המשפט הסתייג מאפשרות זו במקרה דנן).

10. הנה כי כן, תרחיש הפיסורה כאמור יכול לספק תרחיש חלופי סביר. מדובר בתרחיש שאין לומר כי הוא תיאורטי בעלמא או כי אין לו אחיזה ממשית בחומר הראיות, גם אם הוא מותר קשיים ותמיהות (הקיימים כאמור גם בתרחיש על בסיסו הורשע המערער). תרחיש זה יכול להסביר את עיקרי הממצאים הראייתיים בענייננו, לרבות הדימום בחדר הכושר; התנהגותו הרגועה של הפעוט בעלייה מחדר הכושר

ובדירה, לעומת תגובותיו הקיצוניות בבית החולים בעת שניסו לבדוק אותו עד שהרופאים החליטו כי יש צורך להרדימו על מנת לבצע את הבדיקה; העדר הגעה מיידית של האם עם הפעוט לבית החולים (בית המשפט קמא דחה את גרסת האם לפיה כאשר עלו המערער והפעוט מחדר הכושר היה ישבנו של הפעוט "מלא בדם וחתכים פנימיים" - פסקה 96 להכרעת הדין); וכן את החתכים בפי הטבעת שתועדו בבית החולים. כל זאת באופן שאינו מפליל את המערער.

אכן, כפי שכבר צוין, ניתן לזקוף גם לחובת המערער את היעדר מיצוי הבירור של תרחיש הפיסורה, אך מנגד עומדים מחדלי החקירה החמורים במקרה זה - עליהם הצביע בית המשפט המחוזי, ועליהם עמד גם חברי השופט ג'ובראן - לרבות העדר חקירת הורי האם, להם השלכה ישירה על אפשרות בחינת התרחיש החלופי. מכל מקום, התרחיש החלופי המתואר לעיל, שיש לו עוגן בממצאים ובחוות הדעת, שולל לדעתי קביעה פוזיטיבית נחרצת בדבר העדר תרחיש חלופי סביר, וממילא קביעה מעבר לספק סביר של אשמת המערער.

11. לכך יש להוסיף, כי הדרישה שהמסקנה המרשיעה המוסקת מהראיות הנסיבתיות תהיה המסקנה הסבירה היחידה האפשרית, מועצמת ככל שהתרחיש המרשיע שמבקשים להסיק מהראיות הנסיבתיות הוא חריג, בלתי שגרתי או בלתי סביר כשלעצמו. לא הרי הסקת מסקנה מרשיעה מראיות נסיבתיות בדבר מעשה עברייני שיגרתי ומוכר - בין דרך כלל, ובוודאי בהתייחס לנאשם הספציפי - כהרי הסקת מסקנה מרשיעה המייחסת לנאשם מעשה חריג, בלתי סביר ושאינו מתיישב עם ניסיון החיים בכלל, ובהתייחס לנאשם בפרט.

בענייננו קיימת הצטברות של שלושה אלה: תרחיש מרשיע המייחס למערער מעשה בלתי שיגרתי וחריג ביותר, הן בכלל והן בהתייחס למערער; מחדלי חקירה חמורים אשר פגעו באופן ממשי באפשרות בחינת הסתברותו של תרחיש חלופי סביר; ומצב בו למרות האמור אינה נשללת, לפחות לא מעבר לספק סביר, אפשרות שהפגיעה בפעוט לא אירעה במקום ובזמן הנטענים, וממילא לא על ידי המערער.

12. סיכומם של דברים:

ראוי להדגיש תחילה כי אין באמור לעיל כדי "לטהר" את המערער מהחשדות כלפיו לביצוע הפגיעה בפעוט. נותר חשד כלפי המערער, ונותרו תמיהות לא מעטות באשר להתנהלותו, אך אין די באלה כדי לבסס מסקנה של אשמה מעבר לספק סביר.

המקרה דנן הוא מקרה גבולי, אך מאחר שלא ניתן לשלול לדעתי, כמוסבר לעיל, את האפשרות שהמערער לא ביצע את המיוחס לו, נוכח קיומו של תרחיש חלופי סביר, הרי שגם אם התרחיש החלופי הוא בעל סבירות נמוכה, עדיין הוא מחייב את זיכוי של הנאשם, שכן לתרחיש חלופי זה יש עיגון בחומר הראיות, בניסיון החיים ובחוות דעת מומחים שהעידו, ואין מדובר בתרחיש תיאורטי ספקולטיבי בעלמא (ענין סבאענה, בפסקאות 22-23; ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993); ענין אל עביד, בעמ' 817; עניין קייט, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה והאסמכתאות שם; ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקאות 99-100 (21.1.2015)). לענין התרחיש החלופי ראוי להדגיש, כי לא רק שהחקירה לא בחנה מלכתחילה תרחישים אחרים ו"ננעלה" על התרחיש המפליל נגד המערער, אלא שגם כאשר הועלה תרחיש חלופי על ידי המערער הוא לא נבדק. מן הראוי כי המופקדים על כך במערכת אכיפת החוק יתנו דעתם לכך ויפיקו את הלקחים הדרושים. אציין כי גם בית משפט קמא בהצביעו על מחדלי החקירה החמורים והרבים קובע בין היתר כי -

"התרשמתי כי החוקרים... סברו שעצם נוכחותו של הנאשם בחדר הכושר עם הפעוט עובר לגילוי החבלות, די בהם להוכחת אשמתו ולא טרחו לבחון לעומק את מכלול הראיות ואת גרסאות הנאשם מול הראיות האחרות" (פסקה 174 להכרעת הדין).

יש לזכור כי מצוות המחוקק היא כי "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר" (סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). רבות מאוד נכתב על סוגיית "הספק הסביר", ואין צורך לחזור ולהאריך בכך כאן (ראו למשל: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 652 (1993); דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377 (1997); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (25.1.2007), להלן: ענין וקנין; ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, (31.5.2007), להלן: ענין נימר; מ' לינדנשטראוס, על הספק הסביר - סוגיות נבחרות (תשס"ד) והאסמכתאות הרבות המובאות שם). אדגיש רק כי מדובר בעקרון בעל אופי חוקתי הנגזר מזכות היסוד של האדם לחירות אישית (סעיפים 1 ו-5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), והנטל על התביעה להוכיח אשמה פלילית מעבר לספק סביר הוא אמצעי ראשון במעלה להתמודד עם החשש להרשעת שווא אשר עלולה לשלול מאדם שלא כדין את חירותו ואת שמו הטוב.

"היקפו של הספק הסביר נעוץ באיזון הראוי בין ההגנה על חזקת החפות לבין אינטרס החברה להתגונן מפני עבריינים, אולם במתח הקיים בין ערכים אלה, ניתנת

עדיפות ברורה לכלל כי במקרה של ספק, עדיף זיכוי של האשם מהרשעתו של החף מפשע" (ענין נימר, שם בפסקה 26).

הדרישה להוכחה מעבר לספק הסביר נועדה גם להגן על אמון הציבור בהגינותו של ההליך הפלילי (ענין וקנין, פסקה 45). כלל זה מעוגן גם בתפיסה חברתית מוסרית, בעלת תחולה אוניברסלית, לפיה עדיף כי אשם יזוכה מחמת הספק מהרשעה של חף מפשע (רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 23 לפסק דינו של השופט א' לוי (14.12.2006); ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 738 (1984); וראו הסקירה בנושא בענין וקנין, פסקאות 45-50 והאסמכתאות הרבות שם). זו גם גישת המשפט העברי מימים ימימה, וידועים לענין זה דבריו של הרמב"ם: "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד" (ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ (תרגום משה אבן תיבון), וראו עוד באשר לגישת המשפט העברי בענין נימר, פסקה ה' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

יש הגורסים כי עוצמת הספק הסביר הנדרש לצורך זיכוי, עשויה להיות מושפעת בין היתר מחומרת העבירה (ענין נימר, פסקה 28). זוהי סוגיה כבדת משקל שאין מקום וצורך לעסוק בה בענין הנדון. עם זאת, אין ספק כי כאשר על הכף מונחת שליחתו של המערער לתקופת מאסר ממושך של 17 שנות מאסר, שנגזרו עליו על ידי בית משפט קמא (מהן הספיק לרצות יותר מארבע וחצי שנים), הדבר מחייב זהירות רבה, כי בדיני נפשות עסקינן.

13. אשר על כן אני סבור - כמו חברי השופט ג'ובראן - כי יש לבטל את הכרעת דינו של בית משפט קמא, ולזכות מחמת הספק את המערער מהאישומים שיוחסו לו, ועקב כך להורות על שחרורו המידי עם מתן פסק דינו.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק דינם של השופטים ס' ג'ובראן ו-מ' מזוז לזכות את המערער מחמת הספק, וכנגד דעתו החולקת של השופט י' עמית.

חל איסור פרסום על כל פרט מזהה של הפעוט ובני משפחתו.

ניתן היום, ג' באלול התשע"ו (6.9.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 14026970_H23.doc שצ
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il