

בית המשפט המחוזי בירושלים

9 פבר 2023
57890-12-21

הכרעת דין לנאשם בביצוע מעשה מגונה בקטין במסגרת טיפול רפואי

תמר בר-אשר

השופטת

מדינת ישראל
ע"י עו"ד דנה חביליו (פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי))

המאשימה

- נגד -

פלוני
ע"י עו"ד נמיר אדלבי

הנאשם

הכרעת דין

בהתאם להכרעת דין זו ומהטעמים שיובאו בה, הנאשם מזוכה מחמת הספק מהעבירות שבהן הואשם.

א. כללי – עובדות כתב האישום, תשובת הנאשם, הראיות וסיכומי הצדדים

עובדות כתב האישום

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

2.הנאשם יליד 1966 (כבן 54 במועד האירוע וכיום כבן 57). על-פי כתב האישום (שהוגש ביום 27.12.2021 ותוקן, בשל טעות בסעיף האישום, ביום 8.12.2022), במועד האירוע נושא האישום עבד הנאשם כמזכיר רפואי במרפאת קופת חולים === בשכונת === (להלן – המרפאה).

על-פי הנתען, ביום 11.11.2019 = סמוך לשעה 17:00 ביקר הקטין ===, יליד 2005 (להלן – הקטין) במרפאה כדי לקבל טיפול רפואי בשל כאבים בצווארו. הנאשם הבחין במתלונן וקרא לו להיכנס עמו אל חדר הטיפולים במרפאה בלי שאמר לו כי אינו מורשה לטפל טיפולים כלשהם וכי מעשיו אינם פעולה רפואית מותרת (להלן – מצג השווא). הקטין שסבר כי הנאשם בעל הכשרה רפואית, נכנס עמו אל חדר הטיפולים והנאשם סגר אחריהם את הדלת ונעל את החדר במפתח. הנאשם הורה למתלונן להוריד את חולצתו, להתכופף ולהניח את חזהו על מיטת הטיפולים כדי לעסות את גבו התחתון, ומרח שמן על גבו והחל לעסות אותו. לאחר מכן, הורה הנאשם למתלונן לפשוט את מכנסיו ואת תחתוניו והחל לעסות את ישבנו. הנאשם המשיך לעסות את הקטין ופתח את רוכסן מכנסיו (של הנאשם), שלא בהסכמת הקטין והתקרב אל גופו של הקטין. הקטין הסתובב אל הנאשם, הדף אותו בידו, שאל לפשר מעשיו ויצא מחדר הטיפולים.

3. עוד נטען בכתב האישום, כי הנאשם אינו מטפל או מעסה במרפאה ואף אינו בעל הכשרה לכך וכי את המעשים המתוארים עשה לשם גירוי וביזוי מיני. בכך, נטען, עשה מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו שש-עשרה שנה, בהסכמת הקטין שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה וכן עשה מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו שש-עשרה שלא בהסכמתו החופשית.

תשובת הנאשם לאישום

4. תשובת הנאשם לכתב האישום הוגשה בכתב (ביום 9.8.2022). במסגרתה אישר ששימש מזכיר רפואי ומנהל המרפאה. לטענתו, עבודתו כללה גם סיוע לרופאים בבדיקות שונות כגון, בדיקת משקל, לחץ דם, בדיקת סוכרת ואף עיסוי, אם נדרש.

הנאשם אינו חולק על כך שהקטין התלונן על כאב בצוואר, אך לטענתו, הוא התלונן גם על בעיות גב. לטענתו, הקטין היה אצל הרופא והתלונן על כאבים בצוואר ובגב והרופא ביקש מהנאשם לעשות לקטין מסאז'. העיסוי נעשה בחדרו של הרופא ולא בחדר נפרד והנאשם אף לא נעל את דלת החדר.

הנאשם אינו חולק על כך שאין לו כל הכשרה רפואית, אך הוא לא הציג את עצמו כבעל הכשרה לעשיית טיפולים או עיסויים, אלא לדבריו, נהג לעשות כן לשם סיוע לרופאים ולבקשתם.

הנאשם מכחיש שהורה לקטין להסיר את חולצתו. לטענתו, הקטין הסיר את החולצה מיזמתו, הנאשם מרח שמן על צווארו של הקטין והחל בעיסוי. בהמשך אמר הקטין שכואב לו בגב ובגב התחתון ולכן הנאשם עיסה גם את גבו. לשם כך, הוריד הקטין מעט את מכנסיו באזור הגב התחתון.

מעבר לכך, הכחיש הנאשם את כל תיאור המעשים שעל-פי הנתען, עשה בקטין וכן הכחיש בתוקף כי מעשיו נעשו לשם סיפוק, גירוי או ביזוי מיני.

העדים, הראיות וסיכומי הצדדים

5. מטעם המאשימה העידו שבעה עדים: הקטין, אחותו == (להלן – האחות), אמו == (להלן – האם), דודו == (להלן – הדוד), עובדת המרפאה ב' (להלן – ב'), רופא המרפאה ד"ר == (להלן – הרופא או ד"ר == (העידו בדיון מיום 24.10.2022), וחוקרת משטרה רס"ר גל דבוש (ורון) (להלן – חוקרת המשטרה) (העידה בדיון מיום 19.12.2022). כמו כן, מטעם המאשימה הוגשו חמשת המוצגים הבאים: הודעת הנאשם מיום 12.5.2020, תכתוב תיעוד חקירתו ודיסק תיעוד החקירה (ת/1, ת/1א ו-ת/1ב); מזכר של חוקר משטרה מיום 22.2.2021, המתעד שיחה עם אמו של הקטין (ת/2); מזכר של חוקרת המשטרה מיום 14.5.2020 המתעד פעולת חקירה (ת/3).

מטעם ההגנה העיד רק הנאשם (העיד בדיון מיום 19.12.2022) וכן הוגשו מטעמה חמשת המוצגים הבאים: ההודעות שמסר הקטין במשטרה ביום 9.2.2020 (נ/1) וביום 26.1.2021 (נ/2); מסמכים רפואיים בעניין הקטין ממועד האירוע (נ/3); מזכר של חוקרת המשטרה מיום 14.5.2020, המתעד שיחה עם דודו של הקטין (נ/4); מכתב ההתפטרות של הנאשם מעבודתו במרפאה מיום 21.8.2019, שתורגם לעברית באמצעות המשטרה (נ/5).

סיכומי טענות הצדדים נשמעו בעל-פה בדיון מיום 26.12.2022.

ב. המסגרת העובדתית והגדרת המחלוקות

6. לשם הבנת טענות הצדדים בסיכומיהם, אשר יפורטו להלן, נקדים ונעמוד על הרקע העובדתי העולה מכלל הראיות, אשר בעיקרו אינו שנוי במחלוקת, תוך ציון העובדות אשר לגביהן הצדדים חלוקים. לאחר מכן נגדיר את עיקרי השאלות העובדתיות אשר טענות הכרעה.

7. מכלל הראיות עולה כי במועד האירוע, 11.2019, סבל הנאשם מכאב בצווארו וחש כי צווארו "תפוס". הוא הגיע אל המרפאה בשכונת מגוריו, ==, אשר בשונה מהאמור בכתב האישום, אינה מרפאה של ==, אלא מרפאה פרטית בבעלותו של == (להלן – א'), המעניקה שירותי מרפאה

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

למספר קופות חולים ובהן גם שירותי בריאות כללית. במועדים הרלוונטיים בדרך כלל עבדו במרפאה רופא ומזכיר (הנאשם) או מזכירה (ב'). א' נמנה עם עדי התביעה, אך לא העיד מאחר שנטען כי לא יכול היה להתייצב במועד שאליו הוזמן ולכן המאשימה ויתרה על חקירתו ואילו ההגנה לא ביקשה להזמין מטעמה.

אין מחלוקת על כך שעם הקטין היה נער נוסף, אך בעניין אותו נער ישנן מספר מחלוקות, שהעיקריות הן, אם הנער הנוסף הגיע עם הקטין אל המרפאה, או שהיה שם במקרה; אם דובר בחבר של הקטין, או רק בנער שמוכר לו; אם אותו נער נכח במהלך כל הזמן שבמהלכו עיסה הנאשם את צווארו של הקטין ואת גבו, או רק בתחילת העיסוי ולאחר מכן עזב את המקום.

מחלוקת נוספת נוגעת לשאלה אם בעת הגעת הקטין אל המרפאה הרופא, ===, ראה אותו והפנה אותו אל הנאשם, מזכיר המרפאה, כדי שיעסה את צווארו. עם זאת, אין מחלוקת על כך שלרופא אין רישיון לעסוק ברפואה בישראל וכי עובדה זו עלתה לראשונה במהלך עדותו בבית המשפט. מסיבה זו, כפי שהבהיר בעדותו, במסמכים הרפואיים שהוא מנפיק הוא משתמש בשמו של רופא אחר, ד"ר ד'. אף אין מחלוקת על כך שתיק החקירה כלל מסמכים ממועד האירוע, שעליהם חתום אותו ד"ר ד', המתעדים את נסיבות הגעת הקטין אל המרפאה, שעל תוכנם נעמוד בהמשך הדברים (נ/3). מחלוקת נוספת נוגעת לנושא מצג השווא הנטען, שעניינו האופן שבו על-פי הנטען, הנאשם הוצג בפני הקטין. עם זאת, בניגוד לאופן הצגת הדברים וכפי שעוד יפורט בהמשך הדברים, בין הנאשם לקטין הייתה היכרות מוקדמת. הקטין הכיר את הנאשם, את שמו, את כינויו וידע היטב מה תפקידו במרפאה ואילו הנאשם הכיר את הקטין ואת משפחתו.

בעניין האירוע נושא האישום, אין מחלוקת על כך שהקטין הלך עם הנאשם כדי שיעסה את צווארו, אך על-פי הראיות, העיסוי נעשה בחדרו של הרופא ולא בחדר טיפולים כלשהו, אשר ככל הנראה, כלל לא קיים במרפאה. מעשי הנאשם במהלך אותו עיסוי, עומדים במוקד המחלוקת בין הצדדים.

לאחר העיסוי ולאחר שהקטין עזב את המרפאה, הוא הלך אל דודו וסיפר לו את אשר אירע והדוד חזר עמו אל המרפאה ושוחח עם הרופא ועם הנאשם. אין מחלוקת בעניין מפגש זה, אך ישנן גרסאות שונות בעניין אופן התנהלותו. סמוך לאחר האירוע, סיפר הקטין גם לאחותו על אשר אירע ורק כעבור כשלושה חודשים סיפר על כך גם לאמו, אשר פנתה אל המשטרה. סמוך לאחר מכן, ביום 9.2.2020 נמסרה הודעתו הראשונה של הקטין ב"בית לין" (נ/1). הנאשם נחקר ביום 12.5.2020, כשלושה חודשים לאחר מסירת הודעתו הראשונה של הקטין וכחצי שנה לאחר האירוע (ת/1). כשנה לאחר מסירת הודעתו הראשונה של הקטין, ביקשה הפרקליטות את השלמת חקירתו ובהתאם לכך, ביום 26.1.2023, נמסרה הודעתו השנייה (נ/2). כתב האישום הוגש כאמור, ביום 27.12.2021 ועדות הקטין נשמעה ביום 24.10.2022, כשלוש שנים לאחר האירוע.

8. המחלוקות העיקריות אשר בעניין גם התמקדו באי-כוח הצדדים בסיכומיהם, הן בשתי השאלות הבאות:

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

השאלה הראשונה עוסקת במצג השווא הנטען, והיא כוללת שלוש שאלות משנה: האחת, אם הקטין ביקר אצל הרופא קודם לעיסוי ואם הרופא הפנה אותו לעיסוי אצל הנאשם; השנייה, אם הנאשם הציג לקטין מצג שווא, שלפיו הוא מורשה לטפל ולעשות עיסויים; השלישית, אם הקטין הניח או הוטעה לחשוב כי הנאשם בעל הכשרה רפואית כנטען.

השאלה השנייה עוסקת במעשיי הנאשם בשלב העיסוי ובבחינת כלל הראיות, אם בכוחן להוכיח מעבר לספק סביר את עובדות כתב האישום ואף את גרסת הקטין בעדותו בבית המשפט. אם ייקבע כי עלה בידי המאשימה להוכיח גרסה זו, השונה מגרסתו בהודעה שמסר במשטרה, כי אז נידרש אל בקשת המאשימה להרשעת הנאשם גם על יסוד אותן עובדות בהתאם להוראת סעיף 184 בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי).

ג. טענות הצדדים

טענות המאשימה

9. המאשימה טענה כי כל עובדות כתב האישום הוכחו מעבר לספק סביר ולפיכך עתרה להרשעת הנאשם בעבירות שבהן הואשם. עוד טענה, כי מעבר לעובדות כתב האישום הוכח גם כי הנאשם נגע באיבר מינו של הקטין ואף חיכך את איבר מינו (של הנאשם) בישבנו של הקטין. לפיכך ועל-פי הוראת סעיף 184 בחוק סדר הדין הפלילי, עתרה להרשעת הנאשם גם על יסוד עובדות אלו אשר לא נכללו בכתב האישום. לטענתה, עובדות אלו נודעו לה בעת הכנת הקטין לעדות ותוכנן נשלח אל הסניגור, כך שלנאשם ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן ולחקור את הקטין בעניינן. כמו כן, ניתנה הודעתה בדבר האפשרות שתתבקש הרשעת הנאשם גם על-פי העובדות הנוספות. מאחר שהנאשם הכחיש כל מעשה מגונה או כוונה מינית במעשיו, העובדות הנוספות אינן משפיעות על הגנתו.

10. בעניין הוכחת מעשיי העבירות, הפנתה המאשימה אל עדות הקטין, כבן 14.5 במועד האירוע. בעניין אמינות גרסתו, העלתה את הנימוקים הבאים: הקטין נעדר היכרות קודמת עם הנאשם מעבר לכך שראה אותו במרפאה; היעדר טענה בדבר סכסוך בין הקטין או מי מבני משפחתו לבין הנאשם והיעדר מניע להעליל על הנאשם מעשה שלא אירע; עדות הקטין שהצביעה על החוויה הקשה שעבר ועל הקושי לשתף בכל הנוגע להתרחשותה, הייתה אמינה ואותנטית, לרבות בכל הנוגע לנסיבות הגעתו אל המרפאה ואי ידיעתו כי הנאשם נעדר הכשרה טיפולית; לפי עדות הקטין, לאחר שהנאשם פתח את רוכסן מכנסיו, הוא נגע באיבר מינו של הקטין והתחכך בישבנו עם איבר מינו, הקטין שאל לפשר מעשיו ועל כך השיב הנאשם, "אל תבין אותי לא נכון". לטענת המאשימה, אמירה זו מצביעה על מעשה בעייתי ולכן אין היגיון בהסברו של הנאשם כי הדבר נאמר לאחר שעשה לקטין "קליק" לשחרור גבו התפוס והוא נבהל מכך; הקטין גדל בחברה שמרנית ולפיכך סביר שייטה לצמצום האירוע; הקטין לא העצים את חומרת הדברים מעבר למה שאירע בפועל ואם לא היה בטוח לגבי עובדה כלשהי, אמר זאת. כך למשל, במענה לשאלת בית המשפט אם ראה את איבר מינו של הנאשם, השיב בשלילה.

11. המאשימה הפנתה לראיות בעניין התנהלות הקטין לאחר האירוע, כלהלן: מיד לאחר התרחשותו, פנה הקטין אל דודו, בעודו נסער, וחזר עמו אל המרפאה כדי שהדוד יתעמת עם הנאשם, כפי שעלה מעדויותיהם של הדוד ושל הקטין ומעדותה של אחותו. על השינויים שחלו במצבו של הקטין, שאף הם תומכים בגרסתו, העידו הדוד, אחותו ואמו, אשר לפי עדותה, חשה בשינויים בהתנהגות בנה עוד קודם שנודעו לה עובדות האירוע. בכל אלו יש לטענת המאשימה כדי לחזק את גרסת הקטין, כפי שאף נקבע בפסיקה שאליה הפנתה. בעניין מהימנות בני משפחת הקטין טענה המאשימה, כי מדובר בעדים שהעידו בעניין השינוי שחל במצבו של הקטין ואשר לפי טענתה, אין להם כל היכרות עם הנאשם. אף סביר להניח כי אילו מעשי הנאשם התמצו בעיסוי גבו של הקטין, הוא לא היה נסער, לא היה משתף את דודו ולא היה חל שינוי במצבו הנפשי.

12. בעניין העובדות הנוספות שעלו בעת הכנת הקטין לעדותו, אשר לא נכללו בכתב האישום, המאשימה טענה כי חלקן הוזכרו בהודעה שמסר הקטין, גם אם באופן עמום. כך למשל, כבר בהודעתו הוא אמר כי הנאשם עיסה את ישבנו וכי הרגיש משהו שנוגע בו והניח שהרגיש את איבר מינו של הנאשם נוגע בישבנו. לטענת המאשימה, לא אחת קורה שנפגע עבירת מין מתקשה לתאר את העובדות במלואן וכי הוא חושף את מידע נוסף בהדרגה. לטענתה, מדובר בקטין כבן 14 שהתקשה לפנות אל המשטרה ולהתלונן ואף התקשה להעיד בבית משפט ומטעם זה התבקשה השמעת עדותו בעוד הנאשם שומע אותה במעגל סגור (ולא נוכח באולם) ובאמצעות מתורגמן גבר. אף מדובר בנער "יחסית דל", שגדל בחברה שמרנית, שנפגע מגבר ולכן חש אי נוחות לתאר את הדברים. המאשימה הפנתה אל פסיקה העומדת על הקושי של נפגעי עבירות מין לחשוף את מלוא הפגיעה בהם, בין מחמת בושה ובין בשל הדחקה וכי רק בעת העמקה בעובדות, האירוע צף במלואו. המאשימה טענה כי בניגוד לטענת ההגנה, הקטין לא שיקר אלא באמת התבייש וחשש לספר את אשר אירע. עובדה שאף נתמכת בעדותה של אמו, שהייתה מי שלחצה עליו להגיש תלונה במשטרה.

13. בעניין גרסת הנאשם טענה המאשימה, כי לפי עדותו, הוא אינו נוהג לעשות טיפולים משלימים במרפאה וכי כך העידו גם אנשי הצוות ובכל מקרה, הוא לא חלק על כך שהוא נעדר הכשרה מקצועית מתאימה. בעניין טענתו כי הרופא שלח את הקטין אליו לצורך העיסוי, טענה המאשימה כי טענה זו נסתרה בעדויותיהם של הרופא ושל ב', שהעידו כי אסור לנאשם לעשות טיפולים מסוג זה וכן בעדותו של הקטין, שטען כי לא הרופא שלח אותו אל הנאשם. המאשימה אף טענה כי הרופא רק אמר כי אולי ראה את הקטין באותו יום. אמנם אמו ואחותו העידו שהקטין היה אצל הרופא, אך לטענתה, אין בכך כדי לבסס את הטענה שהרופא שלח אותו אל הנאשם.

המאשימה חלקה על טענת ההגנה שלפיה הרופא לא היה מאשר בבית משפט כי היה מי ששלח את הקטין לעיסוי אצל הנאשם. לטענתה, חרף אי הנעימות שבה היה נתון הרופא לאחר שהתברר כי הוא עובד כרופא, חרף היותו נעדר רישיון לעסוק ברפואה בישראל, הוא אישר שהוא עובד. מכאן לטענתה, כשם שאישר עובדה שעשויה לסבכו, לא הייתה מניעה שיאשר שהפנה את הקטין לעיסוי אצל הנאשם, חרף העובדה שהנאשם נעדר הכשרה או הסמכה לכך. בעניין זה טענה, כי הרופא היה עקבי בתשובתו כי מעולם לא שלח מטופל לעיסוי אצל הנאשם. עוד הוסיפה, כי למרבה הצער, ישנה פרקטיקה במזרח ירושלים של רופאים שאינם מורשים לעסוק ברפואה בישראל, שעובדים בפועל כרופאים. לטענתה, אף

נראה כי משרד הבריאות מודע לכך, כפי שעולה מפסקי הדין בעניין ת"א (מחוזי ירושלים) 3509/01 פרוך נ' בית החולים אל מאקדס (21.9.2005) ובעניין בש"א 5260/08 המרכז הכירורגי ירושלים בע"מ נ' מדינת ישראל (13.1.2009). עם זאת, לטענתה, יש להבחין בין רופא שהוכשר לעסוק ברפואה, אך אינו מורשה לעסוק בכך בישראל לבין מזכיר רפואי שלא עבר כל הכשרה לעסוק בעיסויים. בעניין המסמך המפנה את הקטין לפיזיותרפיה טענה המאשימה, כי הרופא לא זכר אם הוציא הפנייה זו, כי ישנה אפשרות שהנאשם הנפיק זאת ובכל מקרה, אילו הפנה הרופא את הקטין אל הנאשם, לא הייתה נדרשת הפניה רשמית.

כך או אחרת, טענת המאשימה היא כי אפילו הפנה הרופא את הקטין אל הנאשם כדי שיעסה את צווארו, אין בכך כדי להסביר את העיסוי הנרחב שעשה, אשר כלל מגע בישבנו של הקטין ובאיבר מינו ואת פתיחת רוכסן מכנסיו של הנאשם ואת ההתחככות בישבנו של הקטין.

14. המאשימה ביקשה לדחות את טענותיו של הנאשם כי לא ניתן להסתמך על עדותה של ב'. לטענתה, מעדותה של ב' אף עלו קשרי הידידות עם הנאשם. אמנם בתקופה הרלוונטית הם לא עבדו באותן שעות, אך בעבר הם עבדו תקופה ממושכת יחד ועל-פי עדותה, מזכיר רפואי אינו מעניק טיפולי עיסוי ופיזיותרפיה ומכל מקום, לא כדבר שבשגרה.

המאשימה הוסיפה כי הנאשם ניסה לצמצם את יריעת המחלוקת בכך שאישר את עצם העיסוי שעשה לקטין, אך חלק על אופיו המיני ועל התיאור שמסר הקטין. לטענתה, התיאור שמסר הקטין מצביע על כוונה למעשים בעלי אופי מיני מצד הנאשם וכי אינם תואמים עיסוי שנועד לכאבי צוואר או לכאב גב תחתון. לטענתה, הנאשם לא נתן הסבר הגיוני לכך שהקטין ימסור גרסה שאינה אמת. לשיטתה, אף אין מקום לניסיון לטעון כי הקטין לא הבין את המצב, מאחר שדובר במעשים שלא ניתן היה להבינם, אלא כמעשים בעלי אופי מיני.

המאשימה טענה כי גרסת הנאשם כי הוא בעל ניסיון בעיסויים, אף אם לא הוכשר מקצועית באופן רשמי, אינה הגיונית. לטענתה, הנאשם טען שהשתתף בקורסים שונים, אך לא הציג תעודה או אישור לכך; טענתו כי האישיורים מצויים אצל מנהל המרפאה, א', אינה יכולה להתקבל בשל הימנעותו מזימונו להעיד, לאחר שהמאשימה ויתרה על עדותו בשל הבנתה כי לא היה בישראל במועד שנקבע לשמיעת עדותו; גרסת הנאשם אף אינה הגיונית במישור המעשי, מאחר שלפי טענתו, עיסה את הקטין בצווארו ובגבו, אך למרות השימוש בשמן זית, לא ביקש מהקטין להסיר את חולצתו; בעניין טענת הנאשם כי מסר למשטרה שמות של אנשים שעיסה אותם בעבר, אך הדבר לא נבדק, טענה המאשימה כי אפילו היה על המשטרה לבדוק זאת, עצם הימנעות הנאשם מזימון מי מבין אותם אנשים להעיד מחלישה את טענתו.

15. בנושא נוכחותו של הנער הנוסף שנטען כי נכח במקום, טענה המאשימה, כי הקטין טען כי את אותו נער הוא מכיר מהשכונה וכי הוא נכח בחדרו של הרופא רק בתחילת האירוע, אך הנאשם ביקש שיצא מהחדר, כך שהוא לא נכח במהלך העיסוי. כן טענה, כי הנאשם טען שהוא יודע מי הוא אותו נער, ציין את שמו, טען כי הוא נכח בחדש במהלך כל העיסוי וכי עדותו תסייע לזיכויו, אך למרות זאת ההגנה לא זימנה

אותו להעיד. בנסיבות אלו טענה המאשימה, כי הימנעות הנאשם מהזמנת אותו נער למתן עדות, פועלת לחובתו הנאשם.

טענות ההגנה

16. ההגנה טענה כי לא עלה בידי המאשימה להוכיח את העובדות מעבר לכל ספק ולפיכך יש לזכות את הנאשם. לטענת ההגנה, העד היחיד והמרכזי הוא הקטין וכי השוואת דבריו במשטרה עם דבריו בבית המשפט מעלים ספקות ותהיות בדבר אמינות גרסתו.

בעניין העובדות שעלו במהלך המשפט ואשר לא נכללו בכתב האישום, ההגנה טענה כי השאלה אינה רק אם ניתנה לנאשם הזדמנות להתגונן, אלא יש לבחון את מידת אמינות הדברים שעלו לראשונה כשלוש שנים לאחר מסירת הודעת הקטין במשטרה. לטענתה, כי אין זה מצב של גרסה מתפתחת של נפגע עבירת מין, אשר בתחילה נמנע ממסירת מלוא העובדות מחמת בושה או קושי להיפתח, שהרי הקטין כבר מסר שתי גרסאות, אחת כשלושה חודשים לאחר האירוע והשנייה כעבור כשנה, בעוד שגם בהודעתו המאוחרת לא מסר את העובדות הנוספות. ההגנה טוענת אפוא, כי לא רק שאין לקבל את גרסתו החדשה של הקטין, אלא עצם העלאתה פוגעת באמינותו.

17. בעניין עדויותיהם של בני משפחת הקטין, אחותו אמו ודודו, ההגנה טענה כי יש לבחון זאת בהינתן העובדה שמדובר בדברים שהם שמעו מהקטין. בעניין העדויות של הרופא, של ב' ושל חוקרת המשטרה טענה ההגנה, כי יש לבחון אותן לנוכח הסבריו של הנאשם.

ההגנה חזרה על גרסת הנאשם שלפיה הקטין הגיע אל המרפאה, התלונן על כאבים בצווארו ובהמשך גם על כאבים בגב התחתון. הרופא בדק אותו וביקש מהנאשם לעסות את גבו של הקטין וכך הוא פעל. הקטין הסיר את חולצתו והפשיל מעט את מכנסיו, אך הנאשם הכחיש בתוקף כי עיסה את ישבנו של הקטין או כי עשה את המעשים המיניים המיוחסים לו. ההגנה טענה כי המאשימה נתנה משקל רב לכך שהנאשם לא אמר לקטין כי אינו מורשה לעשות טיפולים רפואיים וכי לכאורה, ניצל הזדמנות לקרוא לקטין, אך הוכח כי הקטין היה אצל הרופא, שבדק אותו והפנה אותו אל הנאשם. הדבר אף עולה מהודעתו השנייה של הקטין (2/נ), אשר במענה לשאלה שנשאל, אמר כי הנאשם קרא לו כדי שיטפל בו, תוך כדי שהייתו אצל הרופא. דברים אלו אף מתיישבים עם עדותה של האם, ששמעה זאת מהקטין וכן עם המזכר המתעד את שיחת חוקרת המשטרה עם הדוד (4/נ).

טענת ההגנה היא אם כן, כי מי שהפנה את הקטין אל הנאשם הוא הרופא, כך שטענת המאשימה כי הנאשם מצא הזדמנות לעשות מעשה מיני בקטין נסתרת ולפיכך אף נפגע חלק ניכר מהעדויות. כך, אמינות עדות הקטין נפגעת מאחר שבתחילה הוא שלל לחלוטין את העובדה שהרופא הפנה אותו אל הנאשם, אך לאחר שהופנה אל דבריו בהודעתו, אמר כי אולי אינו זוכר.

18. בעניין עדותה של ב' הפנתה ההגנה לכך שהיא אישרה כי היא והנאשם עובדים כמזכירים רפואיים במרפאה, אך לא באותן שעות, כך שאינה יכולה להעיד מה הוא נדרש לעשות. היא אף העידה כי בעבר הם עבדו יחד שנים רבות, כי מעולם לא הבחינה בהתנהגות חריגה של הנאשם או בסטייה מינית כלשהי וכי הוא אדם טוב וישר. היא גם אישרה שאת המסמכים הרפואיים רק הרופא שבדק יכול להנפיק, כך שניסיון המאשימה להראות כי הנאשם יכול היה להנפיקם לא צלח.

בעניין עדותו של הרופא טענה ההגנה, כי בתחילה הוא לא אישר שפגש את הקטין קודם לאירוע הנטען ואף הכחיש שביקש מהנאשם לעסות את הקטין, אך עדותו הייתה מאד בעייתית. במהלכה התברר כי הוא עובד ללא רישיון רפואה ישראלי וכי הוא חותם בשמו של רופא אחר ולכן נראה כי זו סיבת הכחשתו את בדיקת הקטין ואת הפנייתו לטיפולו של הנאשם שאינו מורשה לטפל. בא-כוח הנאשם הדגיש את התנהלות הרופא בעדותו, אשר היה נבון מאד מכך שנתפס כמי שפועל באופן מאד בעייתי. לאחר שהמסמכים הרפואיים, שעליהם חתם בשמו של רופא אחר הוצגו לו הוא אף התקשה להשיב לשאלות בית המשפט. לפיכך, כי לא רק שישנן עדויות לכך שהרופא בדק את הקטין, אלא הדבר נתמך במסמכים ולכן, אף שתחילה טען הרופא בתוקף כי הקטין לא נכנס אליו, לאחר הצגת המסמכים, שינה את דבריו וטען כי אינו זוכר.

19. מעבר לטענות ההגנה בעניין עדויותיהם של הרופא ושל ב', בא-כוח הנאשם הוסיף וטען כי יש לבחון את העובדות לנוכח המנטליות והאווירה במרפאה. מדובר במרפאה שכונתית, שעובדים בה רק רופא אחד ומזכיר. הרופא אינו מורשה לעסוק ברפואה בישראל ולכן משתמש בשמו של רופא אחר והמזכיר העובד עמו, צבר ניסיון במהלך השנים, השתתף בקורס או שניים ובפועל, מעבר לעבודות המזכירות מתפקד כ"אח" במרפאה. הנאשם לא התיימר לנהוג כבעל הכשרה מקצועית ומעולם לא הציג עצמו ככזה. כפי שהעיד הנאשם, באי המרפאה הם "פרימיטיביים" הבאים אל הרופא ואף נכנסים אליו במהלך בדיקת מטופל אחר, בלי להמתין, כך שאין רלוונטיות לטענות שעניינן בכך שהנאשם נעדר הכשרה לעסוק בעיסוים.

20. בעניין עדות הקטין הדגישה ההגנה, כי יש לבחון את הדברים גם לנוכח השיהוי בטיפול בתיק. האירוע היה ביום 11.2019, ההודעה הראשונה נגבתה מהקטין ביום 9.2.2020, לאחר שהדבר נודע לאמו. אף אם לשיהוי זה יש הסבר, הנאשם נחקר לראשונה רק ביום 12.5.2020, כחצי שנה לאחר האירוע וכשלושה חודשים לאחר הגשת התלונה וכך גם יתר העדים. רק כעבור שנה מהגשת התלונה, הקטין נחקר שוב ורק כעבור שנה נוספת, ביום 27.12.2021, הוגש כתב האישום. בניסבות אלו כי עצם ההשתהות בטיפול בתיק הסבה נזק משמעותי והיא בגדר מחדל חקירה, המתבטא בעדותו הלא קוהרנטית של הקטין בבית המשפט.

להמחשת הדברים הפנה בא-כוח הנאשם לכך שהקטין החל את עדותו בתיאור המפגש הראשוני עם הנאשם, בלי להזכיר שנבדק אצל הרופא; המשיך בכך שהנאשם אמר לו להסיר את המכנסים והתחתונים, בלי שהדבר עלה בחקירתו במשטרה; הזכיר בחור נוסף שהיה במקום ובהמשך תיאר את מעשי הנאשם בחצאי מילים; כשנשאל לגבי דברים שלא אמר במשטרה, טען כי שכח; בחקירה הנגדית,

הכחיש שנפגש תחילה עם הרופא; בהודעה הראשונה שמסר, אמר הקטין שהנאשם מזכיר במרפאה ורק בהודעה השנייה כינה אותו "רופא", דבר המעלה תהיות בדבר "זיהום" דבריו והשפעה על הקטין להציג את הנאשם כרופא, חרף זאת שהוא כלל לא חשב כי הנאשם הוא רופא, כפי שאף עלה מעדותו בחקירתו הנגדית, כך שניכר כי מישהו גרם לקטין לשנות מדבריו; בעניין המעשים המיניים, הקטין אישר שלא ראה את איבר מינו של הנאשם, אך הניח ששמע אותו פותח את רוכסן המכנסיים שלו ושהוציא את איבר מינו ואף טען שהרגיש משהו קשיח; גם המקום שבו לפי תיאורי הקטין הנאשם נגע בו, היה הגב התחתון, בעוד שעיסוי בקצה הגב התחתון מתקרב אל הישבן ומכל מקום, כל תיאורי הקטין את העיסוי בישבן לא עלו בהודעות שמסר במשטרה, אלא רק בתיאור המופרז שעלה לראשונה בעדות בבית המשפט; במענה לשינוי גרסתו, אמר הקטין כי לא זכר את כל הפרטים בעת שמסר את הודעתו במשטרה, אך אם אמנם כך, אזי לא ניתן לומר כי בעדותו כעבור שלוש שנים זכר את הפרטים.

בעניין שינוי גרסת הקטין טען בא-כוח הנאשם, כי מיד לאחר האירוע הקטין שיתף את דודו בפרטי הדברים וכעבור זמן גם סיפר לאמו. אף אם מיד לאחר האירוע הקטין היה נסער וחש בושה ולכן לא מסר את מלוא העובדות, הרי שכעבור כשלושה חודשים כבר מסר גרסה מפורטת. כך גם כעבור כשנה, בלי להזכיר את מה שתיאר בעדותו בבית משפט רק כעבור שלוש שנים. לפיכך, לא רק שלא ניתן להרשיע את הנאשם על יסוד עובדות אשר לא פורטו בכתב האישום, אלא שעצם השינוי בגרסת הקטין פוגע באמון שניתן לתת בו. מאחר ששאר העדים, הדוד, האם והאחות, ניזונו מדבריו, אף עדויותיהם אינן יכולות לחזק את גרסתו, כך שעדותו היא עדות יחידה של נפגע עבירת מין, אשר קבלתה מחייבת הנמקה (על-פי סעיף 54א(ב) בפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971). ככל שהעדויות חלשה יותר, כך חובת ההנמקה משמעותית יותר.

21. ההגנה הדגישה כי אינה טוענת כי מדובר בעלילת שווא או כי לקטין או למי מבני משפחתו היה מניע או אינטרס להפללת הנאשם, אלא טוענת ההגנה היא כי הקטין פירש באופן שגוי את הנסיבות וכי הרחבת תיאור הדברים למגע באיבר מינו, אינו נכון. על-פי טענת ההגנה, תיאור הדברים הנכון הוא כי מדובר בקטין שלפי דבריו זו הפעם הראשונה שהגיע לבדו אל המרפאה וזו אף הפעם הראשונה שנעשה לו עיסוי עם שמן. לכן, לא מן הנמנע שהוא פירש באופן שגוי את המצב שהיה זר לו. הוא יצא מהמרפאה ופנה אל דודו באופן היסטרי ולכן משפחתו ראתה בכך כאילו נעשה בו מעשה מגונה. לעומת זאת טוענת ההגנה, כי גרסת הנאשם הגיונית יותר. אף עדות אחותו של הקטין מתיישבת יותר עם גרסת הנאשם. לפי עדותה, הקטין אמר לה שהוא פנה אל הרופא שהפנה אותו אל הנאשם שיעשה לו עיסוי, הנאשם הוריד את מכנסי של הקטין והחל ללטף. בחקירתה הנגדית היא אישרה זאת וכך עלה אף מעדותה של האם. הדוד הכחיש את ההפניה של הרופא, אך סיפר את הדברים שהקטין סיפר לו וכן סיפר על המפגש עם הנאשם כשחזר אל המרפאה עם הקטין שבמהלכה הכחיש הנאשם את הדברים שנטענו כלפיו. ההגנה טענה אפוא, כי עדויות עדים אלו אינן מחזקות בהכרח את דברי הקטין, אלא רק את מצבו הנפשי, אשר לגביו לא הוגש דו"ח פסיכולוגי, חרף זאת שמדובר בקטין שנסיבותיו מורכבות בין השאר, על רקע העובדה

=====

22. לבסוף טענה ההגנה בעניין שלושה מחדלי חקירה, שלטענה הם משמעותיים: ראשית, לא ניתן הסבר מדוע הקטין לא נחקר פעם נוספת כדי לעמת אותו עם גרסת הנאשם. השערת החוקרת כי אולי היה זה בשל מצבו הנפשי, לא נתמכה בדבר ומכל מקום, כעבור כשנה הוא זומן למסירת הודעה נוספת בשל בקשת הפרקליטות להשלמת חקירה, אך גם אז הוא לא עומת עם גרסת הנאשם. שנית, במהלך חקירת

הנאשם נעשה ניסיון לטעון כי התפטרותו מהעבודה הייתה, אך הוכח כי הוא שלח את מכתב ההתפטרות (5/נ) בחודש אוגוסט, כשלושה חודשים קודם לאירוע, כך שאי בדיקת הדברים היא בגדר מחדל חקירה; שלישית, לאחר שהרופא, ב' וא' (שלא העיד), טענו בניגוד לגרסת הנאשם, שהנאשם לא טיפל באנשים, היה על המשטרה לשוב ולעמת אותם עם גרסתו כי הרופא היה מי שביקש מהנאשם לעסות את הקטין.

23. לנוכח גרסתו המפורטת של הנאשם ובהיעדר סתירות בגרסתו, ההגנה טענה כי יש לקבוע כי גרסתו קוהרנטית והגיונית יותר מזו של הקטין וכי למצער, נותר ספק לגבי נכונות דברי הקטין ולכן לטענתה, יש לזכות את הנאשם. בא-כוח הנאשם חזר וטען כי הנאשם לא פגע מינית בקטין, אלא כי דובר בנסיבות של חוסר הבנה מצד הקטין וכי חוסר הבנה זה הוביל לכך שהוא יצא נסער מהמרפאה, פנה אל דודו וסיפר כי הנאשם פגע בו.

ד. דיון והכרעה

(1) השאלה הראשונה: שאלת הוכחת מצג השווא

כללי

24. השאלה הראשונה, הבוחנת אם הוכח מצג השווא הנטען, כוללת כאמור לעיל, את שלוש שאלות המשנה הבאות: אם הקטין ביקר אצל הרופא קודם לעיסוי ואם הרופא הפנה אותו לעיסוי אצל הנאשם; אם הנאשם אמנם הציג לקטין מצג שווא, שלפיו הוא מורשה לטפל ולעשות עיסויים; אם הקטין הוטעה לחשוב או אם הניח כי הנאשם בעל הכשרה רפואית כנטען.

שאלת הביקור אצל הרופא קודם לעיסוי

25. במועד האירוע הגיע הקטין אל המרפאה והתלונן על כאב בצוואר. הגעתו אל המרפאה והטיפול שהוענק לו תועדו במסמכים רפואיים ממועד האירוע, בשעה 19:42, בחתימתו של ד"ר ד' (3/נ). מסמך אחד עוסק בסיבת הפניה ובו נכתב "כאבים בצוואר. טיפול בפיזיותרפיה עם שמן" [כך במקור] והשני הוא מסמך הפנייה למכון לפיזיותרפיה בעמוד השדרה ובצוואר.

מהקטין נגבו שתי הודעות קצרות מאד, המתמקדות בעיקר באירוע עצמו. עם זאת, בהודעה השנייה אמר הקטין כי תוך כדי שיחתו עם הרופא, הגיע הנאשם וקרא לו כדי שיטפל בו (2/נ שורות 28-29), ובכך אישר את העובדה שתחילה היה אצל הרופא. למרות זאת, במענה לשאלה מי הפנה אותו אל הנאשם, אמר כי אינו זוכר (שם, שורות 22 ו-24). מכל מקום, העובדה שהקטין היה בתחילה אצל הרופא או דיבר עם הרופא שהפנה אותו אל הנאשם, נתמכת אף בדברי הדוד אשר תועדו במזכר (4/נ). כאמור בו, הקטין

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

אמר לדודו שהגיע אל המרפאה, פגש את הרופא בחוץ ואמר לו שצווארו כואב והרופא הפנה אותו אל מזכיר המרפאה, הנאשם, כדי "שיעשה לו מסאג". כך תיארו את הדברים גם אמו של הקטין (עמ' 86 שורות 17-18) ואחותו (עמ' 72 שורות 14-16).

הרופא, ===, אמנם העיד בתחילה כי אינו מפנה מטופלים אל הנאשם כדי שיטפל בהם טיפולים כלשהם או יעשה להם עיסויים והוא אף טען כי כלל לא ראה את הקטין או טיפל בו (עמ' 122-123). אולם לאחר שהוצגו לו המסמכים הרפואיים, הוא ענה כי יתכן שאינו זוכר שראה את הקטין וכי אולי ערך את המסמכים לאחר שהקטין חזר עם דודו (עמ' 128). הוא גם הסביר כי חרף התמחותו בבתי חולים ישראלים, אין לו רישיון רפואה ישראלי ולכן הוא עובד על שמו של ד"ר ד', ששמו מופיע במסמכים הרפואיים בתור הרופא המטפל (עמ' 128-131).

26. המסקנה העולה מכלל הראיות האמורות היא כי הקטין כן פנה אל הרופא וכי הרופא היה מי שהפנה אותו אל הנאשם כדי שיעשה לו עיסוי. טענה אחרת, לא הוכחה ואף נסתרה. לפי הסברו של הנאשם, העיסוי נעשה בחדרו של הרופא, לאחר שהרופא קרא לנאשם ויצא מחדרו מאחר שלדברי הנאשם, הרופא הלך לשירותים ולהתפלל ורק לאחר מכן חזר (עמ' 144-145).

הסברו של בא-כוח הנאשם לכך שהרופא ניסה להתכחש לכך שבדק את הקטין, הוא כאמור, כי הכחשתו נבעה מחששו שייפתס הן בכך שהוא עוסק ברפואה חרף היותו נעדר רישיון לעסוק ברפואה בישראל, הן בכך שהוא חותם על מסמכים רפואיים בשמו של רופא אחר. הסבר זה מקובל עליי וזאת בייחוד לנוכח אופן התנהלותו של הרופא במהלך עדותו מעת שנושא זה עלה לראשונה. מרגע זה ניכר היה כי הרופא היה שרוי בלחץ עצום ובמתח רב, אשר נבעו מכך שהעובדות האמורות הובהרו בבית המשפט ובעיקר מאחר שרוב דבריו בעניין זה היו במענה לשאלות בית המשפט (שם). מטעמים אלו ייאמר כבר עתה, כי המשקל שניתן לדברי הרופא הוא נמוך מאד, אם בכלל.

עוד יש להוסיף, כי אין רלוונטיות לניסיון המאשימה לטעון כי מצב שבו רופאים נעדרו רישיון רפואה ישראלי עובדים כרופאים, הוא בגדר תופעה מוכרת במזרח ירושלים. לא רק שהדבר לא הוכח, אלא דווקא נסתר בעדות הנאשם, אשר סיפר כי רופאים שעבדו במרפאה קודמת של א' ללא רישיון רפואה ישראלי ובהם הרופא הנדון, נעצרו בעבר (בשנת 2007). מטעם זה, אף ניתנה הוראה לרופאים לא ללבוש חלוק במהלך העבודה (עדות הנאשם, עמ' 142). מכל מקום, חשיבות העניין להליך הנדון היא רק בכך שמהתנהלותו של הרופא ניכר היה בכירור, כי גילוי העובדות האמורות לראשונה במהלך חקירתו הנגדית גרמו לו ללחץ מובהק, כמעט אובדן עשתונות, וכי תגובה זו מתיישבת עם הסברו של הנאשם. מעבר לכך ספק רב אם שני פסקי דין שאליהם הפנתה המאשימה אמנם תומכים בקיומה של תופעה כאמור ומכל מקום, אחד מהם עוסק באירוע שאירע לפני מעל עשרים שנה והשני באירוע שאירע לפני כחמש-עשרה שנה, כך שבכל מקרה, לא ניתן ללמוד מהם על המצב כיום.

לנוכח המסקנה שלפיה הרופא היה מי שהפנה את הקטין אל הנאשם כדי שיעשה לו עיסוי, נפנה לבחינת השאלה אם המאשימה הוכיחה את מצג השווא הנטען.

מצג השווא הנטען – האופן שבו הציג הנאשם את עצמו בפני הקטין

27. בכתב האיטום נטען כי לאחר הגעת הקטין אל המרפאה בשל כאב בצווארו, "הנאשם הבחין במתלונן [הקטין] וקרא לו להיכנס עמו לחדר טיפולים במרפאה, מבלי שגילה את אוזנו של המתלונן כי הוא אינו מורשה לבצע טיפולים כלשהם, וכי מעשיו אינם פעולה רפואית מותרת (להלן – מצג השווא). המתלונן, שסבר שהנאשם הוא בעל הכשרה רפואית, נכנס עמו לחדר הטיפולים..." (פסקאות 3-4 בכתב האיטום).

כאמור לעיל, הטענה כי הנאשם, מיוזמתו, קרא לקטין להיכנס עמו אל חדר הטיפולים במרפאה לא הוכחה. המסקנות העולות מהראיות שפורטו לעיל הן כי הרופא ראה את הקטין וכי הוא היה מי שהפנה אותו לעיסוי בצווארו אצל הנאשם. אף לא נסתרה טענת הנאשם כי העיסוי נעשה בחדרו של הרופא, שיצא ממנו מאחר שלדבריו, הלך לשירותים ולהתפלל וכי חזר לאחר מכן. עוד עלה, כי מדובר במרפאה קטנה, שכלל אין בה חדר טיפולים.

כך גם לא הוכח ואף נסתר מצג השווא הנטען, שעל-פיו הנאשם לא גילה לקטין כי "הוא אינו מורשה לבצע טיפולים כלשהם, וכי מעשיו אינם פעולה רפואית מותרת". כן נסתרה הטענה כי הקטין "סבר שהנאשם הוא בעל הכשרה רפואית". זאת מהטעמים שיוסברו עתה.

28. תחילה יש להעיר, כי הצירוף "טיפולים כלשהם" אינו ברור. מכל מקום, הנאשם העיד כי מאחר שאין במרפאה גורם סיעודי, במסגרת עבודתו במרפאה הוא סייע גם בעשיית פעולות שאינן מצריכות הכשרה מקצועית, כגון, בדיקת לחץ דם, מדידת משקל וגובה, בדיקת סוכרת, סיוע בחבישת פצעים פשוטים, מתן אקמול בהנחיית הרופא וסיוע לו בפעולות שונות וכן כי עשה פעולות עיסוי פשוטות. בהודעתו במשטרה ובעדותו תיאר הנאשם שאף השתתף בקורסים שונים מטעם מגן דוד אדום ומטעם קופת החולים, שבהם למד את אותן פעולות (תכתוב חקירת הנאשם, ת/א שורה 95; עמ' 149-150). אם היה צורך ברישום נתוני המדדים האמורים, הוא היה רושם זאת בתיקו של המטופל תוך שימוש בהרשאה למחשב של אחות העובדת במרפאה אחרת (עמ' 142, שורות 22-25; עמ' 147-150). למיטב הידיעה, אף אם בדרך כלל גורם סיעודי מקצועי עושה את אותן פעולות, לא נדרשת הכשרה מקצועית לעשייתן ומכל מקום, המאשימה לא הראתה אחרת.

אף איני מקבלת את ניסיון הרופא לסתור את דברי הנאשם שלפיהם הוא עשה את כל אותן פעולות. בעדותו היה הרופא טרוד ועסוק בהצדקת עבודתו ללא רישיון רפואה ישראלי, תוך שימוש בהרשאה של רופא אחר ובחרדה שאחזה אותו מעת שהדבר התברר. ניכר היה כי הוא בעיקר חשש להיתפס נוקט פעולות אסורות ולכן בחר בדרך של הכחשה גורפת, תוך הכחשה כי הנאשם עשה את אותן פעולות, אף אם לא נראה כי ישנה מניעה לכך שהנאשם יעשה אותן. אף ספק אם יש רלוונטיות לטענת ב' כי הנאשם אינו עושה את כל אותן פעולות, מאחר שאין מחלוקת על כך שבכל השנים הרבות האחרונות, היא והנאשם לא עבדו במרפאה באותן שעות.

29. המאשימה כלל לא הוכיחה כי כל אותן פעולות שמנה הנאשם ואשר לפי טענתו הוא עשה במרפאה, לרבות עיסוי, הן בגדר "פעולה רפואית" אשר לשם עשייתן יש צורך בהכשרה מקצועית רשמית או ברישיון כלשהו. כך גם לא הובאה כל ראיה כדי להוכיח כי מדובר במעשים אשר בהיעדר הכשרה מתאימה, "אינם פעולה רפואית מותרת".

למיטב הידיעה, שאף לא נסתרה, אין כל דרישה בחוק לרישיון או להכשרה כלשהי כדי לעסוק בעיסוי ומכל מקום, המאשימה לא הראתה אחרת. אף אם יהיה מי שיטען כי רצוי שהעוסק בעיסויים ילמד זאת במסגרת מסודרת או כי רצוי שהעיסוק בכך יוסדר בחקיקה או בנוהל, נכון להיום אין דבר חקיקה המחייב הכשרה מקצועית כלשהי או רישיון לשם עיסוק בעיסוי. כך למשל, בדף הבית באתר המרשתת של 'איגוד מקצועות העיסוי בישראל' (imba.org.il), נאמר כי עמדת האיגוד היא כי ראוי "לקדם את האסדרה של החוק בישראל בתחום הרפואה המשלימה ומקצועות העיסוי", אשר תחול על "מקצוע הטיפול במגע". אולם נכון להיום, הנושא טרם הוסדר ומכל מקום המאשימה לא הראתה אחרת.

30. נמצא אם כן, כי הנאשם לא יצר כל מצג שווא לקטין. לא מצג שלפיו הוא עומד לעשות פעולה רפואית, ואף לא כי הוא "מורשה... לבצע טיפולים כלשהם", כך שכלל לא הוצג לקטין מצג השווא הנטען, מצג השווא הנטען לא הוכח ואף נסתר. כפי שיוסבר עתה, דווקא הוכח באופן מובהק כי הקטין כלל לא טעה בעניין עיסוקו של הנאשם ואף לא הניח כל הנחה שגויה בעניין זה. למעט החוקר שהטעה את הקטין במהלך גביית הודעתו השנייה, הוא לא הוטעה כנטען.

הטענה בעניין הנחותיו של הקטין בנוגע לעיסוקו של הנאשם או להכשרתו

31. כאמור, הטענה שלפיה הקטין "סבר שהנאשם הוא בעל הכשרה רפואית" לא הוכחה אלא דווקא נסתרה באופן מובהק. לא רק שלא הוכח כי כך סבר הקטין, אלא הוכח דווקא ההפך מכך. הוכח כי הקטין ידע היטב כי הנאשם הוא מזכיר המרפאה וכי אינו רופא. אף הוכח כי הקטין כלל לא הניח בשום שלב כי לנאשם ישנה הכשרה מקצועית רפואית או טיפולית כלשהי. הקטין אף הכחיש במפורש כי הניח או אמר שהנאשם הוא רופא או כל כיוצא בזה. הטעיית הקטין לא הייתה אלא באופן המטעה שבו הוצגו לו השאלות בעת גביית הודעתו השנייה (במסגרת השלמת החקירה).

בא-כוח הנאשם טען, כאמור לעיל, כי בהודעה הראשונה שנגבתה מהקטין, הוא אמר במפורש כי הנאשם הוא מזכיר המרפאה וכי הוא מכיר אותו מביקורים קודמים במרפאה. למרות זאת, בהודעה השנייה שנגבתה מהקטין, כשנה ושלושה חודשים לאחר האירוע, הוכנסה אל פיו העובדה השגויה כי הנאשם הוא רופא. בא-כוח הנאשם אף טען, כי בכך "זוהמה" הודעתו השנייה של הקטין וכי עולה חשש כי היה זה מכוון, מאחר שבפועל וכאמור, הקטין כלל לא חשב שהנאשם הוא רופא.

הטענה כי הדברים הוכנסו אל פיו של הקטין נכונה ומקובלת עליי. אכן עולה באופן ברור ומובהק כי הקטין כלל לא סבר כי הנאשם הוא רופא וכי כלל לא טעה לחשוב כי לנאשם הכשרה רפואית או טיפולית כלשהי. עם זאת, לא מן הנמנע כי הטעיית הקטין והכנסת הדברים אל פיו לא היו מכוונות, אלא נבעו מחמת טעות של גובה ההודעה השנייה של הקטין. כך או אחרת, אין בכך כדי לשנות מכך שהעובדה השגויה שלפיה הקטין הניח כי הנאשם הוא רופא, ממש הוכנסה אל פיו.

32. בהודעה הראשונה שמסר הקטין כשלושה חודשים לאחר האירוע (נ/1), הוא תיאר את הנאשם בתור "המזכיר" של המרפאה. כבר באחת השאלות הראשונות שבהן התבקש לספר מה אירע לאחר הגעתו אל המרפאה, הוא סיפר שצווארו היה תפוס וכי "המזכיר הוא שחרר לי אותה" (כך במקור) (עמ' 1, תשובה לשאלה השמינית). בהמשך נשאל הקטין שוב, מי טיפל בו ועל כך השיב, "אחד בשם ג', קוראים לו אבו ק" (שם, התשובה לשאלה השלוש-עשרה). כך שברור כי הקטין הכיר את שמו של הנאשם ואת כינויו (אבו ק'). בשאלה הבאה נשאל הקטין מה תפקידו ועל כך השיב "הוא יושב איפה המזכירות שם" (השאלה האחרונה בעמ' 1 והתשובה הראשונה בעמ' 2). בשאלה הבאה נשאל הקטין אם הנאשם היה לבוש בחלוק או בבגדים רגילים ועל כך השיב, כי הוא לבש חולצה מכופתרת ומכנסי ג'ינס (לא חלוק, אלא "בגדים רגילים"). בשאלה שלאחריה נשאל הקטין אם הכיר את הנאשם קודם לכן ועל כך השיב, "כן. אני מכיר אותו. כל פעם שאני הולך לשם פוגש אותו..." (סימני הפיסוק אינם במקור) (התשובות לשתיהן השאלות הראשונות בעמ' 2).

ברור אפוא, כי הקטין הכיר את הנאשם מביקורים קודמים במרפאה, ידע את שמו ואת כינויו, ידע היטב כי הנאשם הוא מזכיר המרפאה, כי אינו רופא, אינו בעל תפקיד רפואי או סיעודי וכי הנאשם כלל לא הציג את עצמו בפני הקטין כרופא, כבעל הכשרה רפואית או כל כיוצא בזה. הוא אף לא היה לבוש בחלוק באופן העשוי לטעת את הרושם כי הוא נושא תפקיד רפואי כלשהו (אם כי ראוי להעיר, כי במרפאות רבות מזכירים רפואיים ובעלי תפקידים מינהליים לובשים חלוק). דברי הקטין היו ברורים מאד והוא אף לא אמר דבר שממנו ניתן היה להסיק או לשער כי הוא טעה לחשוב אחרת.

33. בהודעה השנייה שנגבתה מהקטין כשנה לאחר מסירת הודעתו הראשונה (נ/2), נפלו מספר טעויות בולטות. כך למשל, לאחר שתי שאלות מקדימות, נשאל הקטין לגבי כניסתו אל "בית החולים" (שם, שורה 6), בעוד שדובר במרפאה קטנה. בדומה, על דעת עצמו בוחר החוקר לכתוב את הנאשם בכינוי "רופא". כך, באחת השאלות הראשונות הוא שואל את הקטין, "בעת מתן העיסוי אצל הרופא, האם היה עוד אנשים בתוך החדר" (שם, שורה 10). כך למרות העובדה שדובר במזכיר המרפאה, הקטין אמר במפורש כי הוא מזכיר המרפאה ומעולם לא אמר כי דובר ברופא.

החוקר, מיוזמתו, על דעת עצמו וללא כל בסיס, המשיך משום מה, לכתוב את הנאשם "הרופא" גם בתשובותיו של הקטין. כך, במענה לשאלה אם מישו ביקש מהבחור שהיה במקום לצאת מהחדר, נכתב מפי הקטין "הרופא ביקש מהבחור לצאת..." (שם, שורות 17-18). בהמשך, שוב הכניס החוקר אל פיו של הקטין את העובדה השגויה כי עושה העיסוי הוא "רופא". החוקר שאל את הקטין, "איך קוראים לרופא שעשה לך עיסוי", אך הקטין אמר את שמו, "ג'" (שם, שורות 19-20), בלי לציין כי מדובר ברופא, שהרי הקטין ידע את שמו של הנאשם, הכיר אותו ואף ידע היטב כי היה מזכיר המרפאה שאינו רופא.

למרות זאת, מרגע זה, ניכר כי החוקר בחר על דעת עצמו לכנות את הנאשם "הרופא ג' ===", ואף לחזור על כך כמו מנטרה, בשורה של שאלות ואף בתשובות שכתב החוקר מפי הקטין: החוקר שאל את הקטין, "ומי הפנה אותך אליו" ובתשובה כתב מפי הקטין, "אני לא זוכר מי, אבל מה שזכור לי כי הרופא ג' === אמר לי..." (שם, שורות 21-22). החוקר המשיך בכל שאלותיו, בזו אחר זו, להשתמש בכינוי זה גם ברצף שאלותיו: "האם היה מישהו שהפנה אותך לרופא ג' ==="; "האם קיבלת הפנייה... לרופא ג' ==="; "אז איך הגעת אל הרופא ג' ===" (שם, שורות 23, 25, 27). בהתאמה לכך, גם בתשובה האחרונה שכתב החוקר מפי הקטין, בחר החוקר לכתוב את הצירוף "הרופא ג' ===" (שם, שורות 28-29).

קשה עד בלתי אפשרי להניח שהקטין מיוזמתו כינה את הנאשם בצירוף "הרופא ג' ===". לנוכח דברי הקטין בהודעתו הראשונה ולנוכח תשובתו כשנשאל לשמו של הנאשם ועל יסוד דבריו ודברי בני משפחתו בעדויותיהם, שעליהם נעמוד עתה, הדעת נותנת כי מדובר בניסוח שהחוקר בחר, בין במכוון ובין מחמת טעות בתום לב.

34. עוד יש להוסיף, כי בשל הנטען בכתב האישום בעניין מצג השווא, מצופה היה שהשאלה אם הקטין טעה לחשוב כי הנאשם הוא רופא תישאל באופן חד וברור במהלך עדותו. למרות זאת, השאלה היחידה שנמצאה בעניין זה בחקירה הראשית של הקטין הייתה שאלה מדריכה. לאחר שהקטין אמר "... הוא התחיל לטפל בצוואר... ואמר שהוא עושה לי משהו מיוחד... ואפילו הוא לא רופא", הוא נשאל, "... אבל בזמנו, ידעת שהוא לא רופא" ועל כך השיב "לא" (עמ' 19, שורות 12-17). בחקירתו הנגדית הבהיר הקטין באופן חד משמעי כי הוא ידע וחשב שהנאשם הוא מזכיר המרפאה, למרות אמירתו כי לא ידע מה בדיוק תפקידו (עמ' 43). כך גם בהמשך עדותו של הקטין, הוא חזר, אמר, הדגיש והבהיר מספר פעמים, כי מעולם לא אמר שהנאשם הוא רופא, כי לא ידע שהחוקר כתב בהודעה השנייה מפיו כי הוא אמר שהנאשם הוא רופא וכי אינו יודע מדוע כך כתב החוקר (עמ' 44, שורות 13-15; עמ' 45 שורה 25 עד עמ' 47).

35. העובדה שהקטין ידע כי הנאשם הוא מזכיר המרפאה וכי מעולם לא חשב שהנאשם הוא רופא, בעל מקצוע רפואי או בעל הכשרה רפואית כלשהי, עולה גם מעדויותיהם של בני משפחת הקטין. אחותו העידה כי הקטין הגיע אל המרפאה, אמר לרופא שכואב לו בצוואר "ואמר לו הרופא, תפנה למזכיר והוא יעשה לך עיסוי" (עמ' 72 שורות 15-16). כך העידה גם אמו של הקטין (עמ' 85-87). הדברים משתמעים גם מדברי הדוד, אשר בעדותו הבחין בין הרופא, שאותו כינה "ד"ר ===", לבין הנאשם, שאותו כינה בשמו (עמ' 94) וכן מכך שבהמשך עדותו אמר הדוד במפורש כי הנאשם אינו רופא (בחקירתו הנגדית, עמ' 96-98).

סיכום השאלה הראשונה

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

36. מכל האמור עולה כי מצג השווא הנטען בכתב האישום לא הוכח ואף נסתר באופן חד-משמעי וברור. על-פי הראיות שעליהן עמדנו, הרופא הפנה את הקטין אל הנאשם, מזכיר המרפאה, לשם עיסוי צווארו או שחרור צווארו התפוס. הקטין הכיר את הנאשם היטב מביקורים קודמים במרפאה, הכיר את שמו ואת כינויו ואף ידע היטב כי הנאשם הוא מזכיר המרפאה וכי אינו רופא. בשום שלב לא טעה הקטין לחשוב כי הנאשם הוא רופא או כי הנאשם עומד לעשות פעולה רפואית כלשהי. אף הנאשם כלל לא הטעה את הקטין לחשוב זאת. הקטין אף לא טעה או הוטעה לחשוב כי הנאשם אינו מורשה לשחרר את צווארו, לעסות אותו או כי הוא עומד לעשות "פעולה רפואית" שאינה מותרת. מסקנת הדברים היא כי מצג השווא לא הוכח וכאמור, אף נסתר.

(2) השאלה השנייה: מעשי הנאשם בשלב "העיסוי"

כללי

37. השאלה הנדונה עוסקת במעשי הנאשם בשלב העיסוי ובבחינה של כלל הראיות ואם בכוחן להוכיח מעבר לספק סביר את עובדות כתב האישום ומעבר לכך, את גרסת הקטין בעדותו בבית המשפט, השונה מגרסתו בהודעה שמסר במשטרה. אם גרסה זו תוכח, כי אז נידרש אל בקשת המאשימה להרשעת הנאשם גם על יסוד אותן עובדות בהתאם להוראת סעיף 184 בחוק סדר הדין הפלילי. תחילה נעמוד על עיקרי גרסאותיהם של הקטין, של בני משפחתו ושל הנאשם. לאחר מכן נבקש להכריע בין הגרסאות הסותרות, תוך בחינת מספר שאלות, שהעיקרית שבהן עוסקת בשאלה אם אמנם במהלך העיסוי נכח נער נוסף ומה ההשלכות של המסקנות בעניין שאלה זו.

גרסאותיו של הקטין בהודעותיו במשטרה ובעדותו

38. בהודעה הראשונה שנגבתה מהקטין כשלושה חודשים לאחר האירוע (נ/1, מיום 9.2.2020), הוא סיפר על כך שצווארו היה תפוס וכי הוא נכנס עם הנאשם אל חדר הטיפולים כדי שיעסה את צווארו וישחרר את צווארו התפוס. כך תיאר הקטין את אשר אירע בחדר הטיפולים (שגיאות הקלדה תוקנו וחלק מסימני הפיסוק הוספו):

"בהתחלה נכנסנו לחדר הוא סגר את הדלת ונעל אותו עם מפתח. אני נעמדתי, הוא נעמד מאחורי, התחיל לעסות לי את הצוואר שלי, לאחר מכן הוא ביקש ממני להוריד את החולצה, נשארתי ערום בחלק גוף העליון שלי. ביקש ממני לשכב עם החלק העליון שלי על המיטה, אני שמתתי את החלק העליון שלי, שכבתי עם הבטן על המיטה והרגליים שלי היו על הרצפה, אני נעמדתי בצד של המיטה והחלק גוף עליון שלי היה על המיטה, ואז הוא, אבו ק', שם לי שמן על הגב שלי והתחיל לעסות אותי בגב בחלק התחתון. לאחר

מכן הוא ביקש ממני לעמוד, אני עמדתי והוא היה מאחורי, ואז הוא אמר לי להוריד את המכנס על מנת לעסות לי את הגב התחתון, ואז הוא הוריד לי את המכנס ואת התחתונים שלי, והוא התחיל לעסות לי את התחת. אני הרגשתי שהוא פותח את הרוכסן שלו, אני הסתובבתי אליו ואמרתי לו 'מה אתה עושה'. הוא אמר לי, 'אל תבין אותי לא נכון'. אני אמרתי לו אני הולך כעת לספר למשטרה מה שקרה ואני ישר יצאתי משם ולא התקשרתי למשטרה. הלכתי ישר לבית, סיפרתי את זה לדוד שלי העונה לשם... הדוד שלי לאחר מכן הלך לספר את זה לרופא שעובד שם, אני לא יודע מי זה, הוא סיפר לו הכול וביקש מהרופא להעביר לאבו ק' שיתקשר לדוד שלי לפני שנפנה למשטרה, אבל אבו ק' לא התקשר והדוד שלי לא עשה כלום עם זה" (עמ' 2).

במענה לשאלות החוקר בעניין מעשיו של הנאשם, הוסיף הקטין כי הנאשם "עיסה לי את התחת שלי עם היד שלו, ונראה לי עם איבר המין שלו". הקטין השיב כי לא ראה את איבר מינו של הנאשם, אולם במענה לשאלותיו של החוקר שביקש להבין אין הוא ידע כי מדובר באיבר מינו של הנאשם, הוא השיב, "הרגשתי שם משהו". במענה לשאלה מה הרגיש, השיב "לא יודע, משהו גדול", ובמענה לשאלה אם היה זה "דבר קשה", השיב, "לא. היה משהו רך" ובעניין תגובתו לכך ואם צעק, השיב הקטין, "לא. רק הרחקתי אותו ממני בעזרת היד" (שם).

במענה לשאלות החוקר אם הקטין סיפר זאת למישהו נוסף לדודו, הוא הוסיף כי סיפר לאחותו על האירוע עוד באותו יום ולאמו, שלא הייתה בארץ במועד האירוע, סיפר רק לאחרונה.

39. ההודעה השנייה נגבתה מהקטין במסגרת השלמת חקירה, כשנה לאחר מתן הודעתו הראשונה (נ/2, מיום 26.1.2021). בהודעה זו הוא לא נשאל כל שאלה בעניין מעשיו של הנאשם במסגרת העיסוי, אלא רק לגבי השאלה מי הפנה אותו אל הנאשם (כפי שכבר פורט לעיל) ובעניין השאלה אם במקום נכח נער נוסף שעמו הגיע אל המרפאה. בעניין זה אמר הקטין כי לא הגיע אל המרפאה עם חבר, אלא לאחר שכבר היה במרפאה "הגיע לשם בחור שאני מכיר אותו... לקחת מסמך מהרופא" (שם, שורה 7). לטענתו, הוא אינו מכיר את שמו, אלא מכיר אותו רק בפניו וכי אותו בחור יצא כעבור כשתי דקות. במענה לשאלה מדוע לא סיפר על כך קודם לכן, אמר הקטין כי כן אמר זאת (שם, שורות 8-14). כמו כן אמר, כי אותו בחור יצא לפני תחילת העיסוי לבקשת הנאשם, מאחר שהוא (הקטין) הסיר את חולצתו (שם, שורות 18-16).

40. בעדותו של הקטין הוא חזר על עיקרי הדברים שתיאר בהודעתו הראשונה וכן סיפר על הבחור הנוסף שהיה בחדר, אך יצא עם התחלת העיסוי (עמ' 16-19, עמ' 27-28). בעניין התיאור שלפיו הנאשם נגע עם איבר מינו בישבנו של הקטין, הוסיף כי שמע שהנאשם פתח את רוכסן מכנסיו, אך לא ראה זאת. כאשר סובב את ראשו כדי לשאול את הנאשם לפשר מעשיו, ראה שהנאשם סוגר את רוכסן מכנסיו (עמ' 25-20). הקטין גם חזר על כך שהוא שאל את הנאשם למעשיו והנאשם אמר לו "שלא תבין אותי בטעות" ובתגובה הקטין אמר לנאשם להתרחק ממנו (עמ' 27, שורות 10-14).

עם זאת, הקטין הוסיף פרטים שלא נזכרו בהודעה שמסר במשטרה. הוא סיפר כי בעת שהנאשם הניח את איבר מינו על ישבנו של הקטין, הוא גם נגע באיבר מינו של הקטין ו"היה משחק לי באיבר המין שלי" (עמ' 25, שורות 18-19) וכן כי "היה מאונן לי ולו גם" (שם, שורה 25). במענה לשאלה מדוע לא סיפר על כך קודם לכן, אמר הקטין ששכח לספר על כך וכי מה שגרם לו להיזכר היה "ישבתי, חשבתי על הסיפור הזה. עשיתי שחזור ומה שקרה איתי, מה הוא עשה לי" (עמ' 26, שורה 12). זה היה גם הסברו של הקטין בחקירה הנגדית, במענה לשאלת הסיניגור מדוע עובדות אלו לא נזכרו בהודעה שמסר במשטרה (עמ' 62, שורה 2).

עדויות בני משפחתו של הקטין

41. על אשר התרחש במהלך העיסוי, העידו גם בני משפחתו של הקטין, אשר העידו על העובדות שעליהן שמעו מהקטין.

דודו של הקטין, אחי אביו, עובד ===== עם אנשים הסובלים =====. על-פי עדותו ועדויות נוספות, ישנה קרבה בינו לבין הקטין, =====. הוא היה הראשון שפגש את הקטין סמוך לאחר האירוע, לאחר שהקטין התקשר אליו נסער וכפי שכבר נאמר, הוא מיהר אל המרפאה כדי לדבר עם הנאשם ועם הרופא על אשר אירע. בעניין מעשיו של הנאשם הוא סיפר כי בתחילה הקטין התבייש, היה נבוך ואמר שהוא לא יכול לספר לאף אחד מה קרה, למעט לו (לדוד) (עמ' 93, שורות 18-25). לאחר מכן, סיפר הקטין לדודו שהוא הלך למרפאה בשל כאב בצוואר, סיפר על הנער הנוסף שהיה במקום, שלדבריו, הנאשם ביקש שייצא מהחדר. בעניין מעשיו של הנאשם אמר הקטין, כי הנאשם החל "לעשות לו מסאז'. ובסוף אמר לי הוא שם יד שלו על [ה]ישבן שלי. והתחיל לפתוח המכנסיים. והוא, ואני ברחתי והתקשרתי אלייך" (עמ' 94, שורות 4-6). הדוד גם תיאר את תחושת הבושה הקשה שהייתה לקטין ואת תגובתו הקשה לאחר האירוע, עד כדי אי רצון לחיות (עמ' 95, שורות 9-11).

אחות של הקטין, =====. אף היא שמעה מהקטין על האירוע עוד באותו יום. היא סיפרה שהקטין הלך אל המרפאה בשל כאב בצוואר והרופא הפנה אותו אל הנאשם כדי לעסות את צווארו. הקטין סיפר לה שהנאשם אמר לו להסיר את חולצתו ותוך כדי שסיפר זאת, החל לבכות. בהמשך אמר לה שהנאשם הסיר את מכנסיו והחל ללטף ואז הקטין הרחיק אותו והלך לספר על כך לדודו. הקטין ביקש שלא תספר לאמם, מאחר שהיא "לא תשתוק" (עמ' 72, שורות 13-19).

אמו של הקטין, עובדת ב===== בעדותה סיפרה על השינויים שחלו בהתנהגותו של הקטין, שהרבה להתבודד ולהתנהג באופן שונה מאופן התנהלותו קודם לכן. בתחילה היא פנתה אל העובדת הסוציאלית של בית הספר, אך בסופו של דבר הבינה שככל הנראה הוא חווה אירוע כלשהו. לאחר שהיא דובבה אותו, הוא סיפר לה מה אירע ואז היא החליטה לפנות אל המשטרה ולהגיש תלונה (עמ' 80-81).

גרסת הנאשם – בהודעתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט

42. הנאשם נחקר פעם אחת בלבד, ביום 12.5.2020, כחמישה חודשים לאחר האירוע (ת/1) וכאמור, היה עד ההגנה היחיד (עמ' 141-164). הנושאים העיקריים שעליהם נחקר ושבעניינם העיד, שאף נוגעים לסוגיות העומדות במוקד המחלוקות, הם: נושא עבודתו ותפקידיו במרפאה; עיסוקו בתחום העיסויים; ועובדות האירוע נושא האישום, לרבות מידת ההיכרות את הקטין.

43. עיקרי דברי הנאשם בהודעתו (ת/1 שורות 13-40) ובעדותו (בעיקר בעמ' 142-143) בכל הנוגע לעבודתו במרפאה ולתפקידיו שם הם כי הוא עבד במרפאה במשך כשש-עשרה שנה, עד חודש ינואר 2020, בתפקיד מנהל המרפאה. הוא עזב את מקום העבודה לאחר שהתעייף מעבודתו, ושלל כל ניסיון לקשור את התפטרותו באירוע הנדון. טענתו זו נתמכה במכתב התפטרותו מחודש אוגוסט 2020 (נ/5), שעל-פי עדות חוקרת המשטרה, נמסר במסגרת הודעתו של א' ונכלל בחומר החקירה (עדות חוקרת המשטרה, בעמ' 139-140). הנאשם העיד כי לא למד סיעוד, אך השתתף בקורסים שונים בעניין עזרה ראשונה, סיעוד, רפואה דחופה, עיסויים וכדומה מטעם קופות החולים שלהם ניתן שירות במרפאה ומטעם מגן דוד אדום. כאמור לעיל, במסגרת עבודתו הוא עסק בכל הקשור בהיבט המינהלי של המרפאה (קביעת תורים, מתן טופסי התחייבויות וכדומה). לצד זה ובהיעדר גורם סיעודי במרפאה, מילא גם תפקיד חלקי של אח, בכך שסייע לרופא בפעולות שונות (כגון, מדידת חום, לחץ דם, גובה משקל וכדומה) ובעיסויים. הנאשם גם הרחיב בעניין נושא עבודת הרופא העובד במרפאה, אשר כאמור לעיל, אינו מורשה לעבוד בישראל וכן הסביר כי לצורך רישומים שבהם נדרשה הרשאה של גורם סיעודי, הוא השתמש בהרשאה של אחות העובדת במרפאה אחרת (עמ' 149-150, אף זאת, כפי שכבר פורט לעיל).

44. בנושא העיסויים שנהג הנאשם לעשות, הוא הסביר כי רכש את הידע ממומחה לעיסויים שעבד בעבר במרפאה והוא סייע לו בכך וכן מניסיון. לפי דבריו, הוא נהג לעשות עיסויים לאנשים רבים גם במרפאה עצמה, לעתים אף לבקשת הרופא וכי היה זה בידיעת א', מנהל המרפאה. הנאשם הסביר על סוגי העיסויים שעשה ועל ניסיונו בכך ובכלל זה לאנשים עם דלקות בצוואר וברגלים, לאנשים בכל הגילים, אך לא לנשים וכן כי בדרך כלל עשה את העיסויים בחדרו של הרופא (עדותו בעמ' 150-152; ת/1, שורות 39-66). במהלך חקירתו במשטרה נשאל הנאשם בעניין האנשים שלהם נהג לעשות עיסויים ובמענה לכך החל לתת את שמותיהם ואת מספרי הטלפון שלהם, אך כפי שעולה מתכתוב הודעתו המוקלטת, החוקרת קטעה אותו ואמרה לו שכדי להימנע מקטיעת רצף החקירה, היא תיקח ממנו את מספרי הטלפון בתום גביית ההודעה (ת/1א, שורות 148-151). למרות זאת נראה כי בסופו של דבר היא לא עשתה זאת.

45. בעניין האירוע נושא האישום, תחילה יש להזכיר כי בשונה מהרושם העולה מקריאת כתב האישום וכפי שכבר נאמר, הנאשם והקטין הכירו זה את זה קודם לאירוע. כשם שהקטין הכיר היטב את הנאשם ואת כינויו וידע מה תפקידו במרפאה, כך גם הנאשם הכיר את הקטין ואת משפחתו מביקורים רבים קודמים של הקטין במרפאה (עדות הנאשם, בין השאר, בעמ' 157).

במענה לשאלה שהוצגה לנאשם בחקירתו בעניין העיסוי שעשה לקטין, אם הוא זוכר אירוע כזה, השיב הנאשם, שהוא זוכר את האירוע "וגמרנו עם זה" (שם, שורות 67-69). הוא התבקש להסביר את כוונתו ועל כך השיב, כי כחצי שעה לאחר העיסוי "הוא הגיע אליי עם דוד שלו והסברתי לו שלא היה מעשה מגונה ובסך הכול עשיתי לו מסאג' והוא ילד בוגר והוא מבין" (שם, שורות 71-74).

כך תיאר הנאשם את האירוע עצמו: "לפני המסאג' ישבנו אני והוא והרופא חצי שעה והילד התחיל לבכות שכואב לו הצוואר והגב, הרופא אמר לי שאני יעזור לו ויעשה לו מסאג'. תעשה לו קליקים וזהו". במענה לשאלות נוספות הבהיר, כי העיסוי נעשה בחדרו של הרופא, כי היה בחדר גם חבר של הקטין, ממשפחת מ' (שורות 78-85). לפי דבריו, הקטין אמר לו שכואב לו בצוואר והנאשם אמר לו שישב בכיסא. "היה בחדר שמן זית שמתי לו בצוואר שלו והתחלתי לחמם קצת, לעשות מסאג'. עשיתי לו עם הצוואר שמאלה ימינה. ואז הוא אמר שכואב לו הגב. אמרתי לו תעמוד ושישכב על המיטה. הוא הוריד את החולצה מבלי שאני אמרתי לו והתחלתי לחמם את המקום, שאלתי אותו איך, אמר לי בסדר, אמר לי שכואב לו מתחת לגב. התחלתי לעשות לו מסאג' בערך חצי שעה. בסוף הוא עמד, רצה שאני יעשה לו קליקים בגב ואז תפסתי אותו מאחורה והרמתי אותו ואז הוא חשב שהצמדתי אותו אליי והוא כעס. אמרתי לו, אל תכעס אני מגדל אותך כמו הבן שלי" (שם, שורות 87-92). ליתר דיוק, בניסוח המקורי נאמר (בתכתוב הקלטת ההודעה): "אמרתי לו אל תכעס, אני גידלתי אותך מאז שהיית [במקור הוקלד בטעות "הייתי"] קטן כמו הבן שלי" (ת/א, שורה 287).

לשאלת החוקרת בעניין מה שאירע לאחר מכן, הוסיף הנאשם, שהקטין חזר עם דוד שלו וטען שהוא הטריד את הקטין (הבן של אחיו). הם ישבו אתו והנאשם הסביר לו שסך הכול עשו לו מסאג' "וחבר שלו גם היה אתו". הקטין הבין זאת והתנצל ונישק לו את הראש. לדבריו, אף הרופא היה עד לכך ולאחר מכן הם הכינו קפה (ת/א, שורות 94-98; ת/א, שורות 298-305).

בעניין האירוע עצמו הנאשם הכחיש את התיאור שמסר הקטין כפי שהוצג לו וכן אמר כי כאשר הקטין הגיע עם הדוד הם טענו שהנאשם חיבק אותו מאחור, אך לא טענו שהוריד את מכנסיו של הקטין. עם זאת אמר שהקטין הוריד מעט את מכנסיו ולשאלת החוקרת הסביר, שהקטין רק הפשיל מעט את מכנסיו ואת חולצתו וטען שכואב לו בגב התחתון (שם, שורות 105-108).

במענה לשאלות שנשאל הנאשם, הוא לא יכול היה להסביר מדוע יטענו שעשה את הדברים אם לא עשה אותם, הוסיף כי אינו מסוכסך עם איש והעלה השערה שאולי הטענה עלתה בשל החלטתו לעזוב את מקום העבודה או בשל רצון בכסף. בכל מקרה, הכחיש את גרסת הקטין כפי שהוצגה לו (שם, שורות 109-116). הוסיף שהטיפול בקטין נעשה בהסכמתו וכן כי ידועים לו האיסורים בעניין מעשים מגונים בקטינים וכי השתתף בהרצאות בעניין (שם, שורות 121-124).

46. בעדותו בבית המשפט חזר הנאשם ביתר פירוט על דבריו בהודעתו. בכלל זה חזר על כך שהחבר של הקטין, ששמו ע' מ', נכח בחדר במהלך כל העיסוי. הוא חזר על כך מספר פעמים, בחקירתו הראשית (עמ' 143-144) ובחקירתו הנגדית (עמ' 155-156, עמ' 163-164). במענה לשאלה מדוע הנאשם לא

הזמין את אותו נער להעיד, השיב שחלפו כבר שלוש שנים ושהוא חושב שכיום הוא עצור (שם, עמ' 164).
בחקירה הנגדית הבהיר שבמהלך העיסוי דלת חדר הרופא, שבו נעשה העיסוי, נשארה פתוחה כדי שיוכל לראות אם מישהו מגיע (עמ' 156).

בעניין העיסוי עצמו חזר הנאשם על דבריו במשטרה והוסיף ביתר הרחבה כי לאחר שהקטין אמר לו שכואב לו גם בגב התחתון, הוא "עשה לו קליק" לשחרור הגב התחתון. לדבריו, לאחר הפעולה הזו הקטין הסתכל עליו במבט של כעס ולכן הנאשם אמר לו, "אל תבין אותי לא נכון" (בחקירה הראשית, עמ' 144-143; בחקירה הנגדית, בעמ' 159). לשאלת באת-כוח המאשימה בעניין כוונת הדברים, הסביר שהקטין עשוי היה להבין שקרה משהו לא בסדר בגבו וכי פחד או נבהל מכך (שם, עמ' 159-160).

הנאשם גם הדגיש כי הורדת החולצה לצורך העיסוי הייתה ביוזמת הקטין, שלא רצה שהחולצה שלבש תתכלך מהשמן ששימש לעיסוי. הנאשם לא ביקש זאת ממנו, מאחר שעיסוי בצוואר לא אמור היה לכלוך את החולצה (שם, עמ' 156-157). הנאשם הכחיש מכל וכל את תיאוריו של הקטין בעניין הסרת המכנסיים והתחתונים וטען, שהקטין נשאר לבוש וכי לאחר שטען שכואב לו גם בגב התחתון, הקטין עצמו הפשיל מעט את מכנסיו (שם, עמ' 158). הנאשם אף הכחיש בתוקף שפתח את מכנסיו שלו, שעיסה את הקטין בישיבו או כי עשה לו כל מעשה מיני אחר (שם, עמ' 158-159). בעניין עצם הטיפול בקטין שנכח ללא מבוגר טען הנאשם, כי פעל על-פי הנחיית הרופא וכן הוסיף, שאפשר לבדוק ולראות שהקטין בדרך כלל היה מגיע לבד אל המרפאה (שם, עמ' 157).

בעניין הגעת הקטין עם דודו כחצי שעה לאחר האירוע אמר הנאשם, בדומה לדבריו במשטרה, כי לאחר העיסוי הקטין יצא מהמרפאה עם החבר שלו ופתאום חזר עם הדוד שכעס, אך הקטין עצמו לא הסתכל עליו ועל הרופא (שם, עמ' 161). לדברי הנאשם, לאחר שהסביר לדוד שלא דובר ב"הטרדה מינית", כפי שטען הדוד, אלא בכך שלבקשת הרופא הוא עיסה את צווארו של הקטין ואף עשה לו "קליק" בגב, הדוד הבין שהייתה אי הבנה. אולם הדוד ביקש לא לטפל יותר בקטין אם הוא מגיע ללא אדם מבוגר, אמו או הדוד ואף ביקש מהקטין להתנצל. עוד אמר, כי לאחר שאי ההבנה הובהרה, הם הכינו קפה וישבו לשתות קפה. בניגוד לטענת הדוד, כי השיחה עם הנאשם והרופא לא הסתיימה כפי שתיאר זאת הנאשם וכי הוא לא רצה לשתות עמם קפה, הנאשם עמד על דעתו כי הדברים היו כפי שתיאר (בחקירה הראשית, עמ' 144-145; בחקירה הנגדית, עמ' 161-162).

הנאשם הוסיף עוד כי הרופא היה אתו וראה הכול, אך הוא פחד שייעצר שוב בשל כך שהוא עובד כרופא ללא רישיון רפואה ישראלי ולכן לא סיפר אמת (עמ' 146). כפי שכבר הוסבר ונאמר, הסברו זה של הנאשם לגרסת הרופא ולסיבת התחמקותו מתיאור נכון של הדברים, מקובלת עליו. מטעם זה וכאמור, איני מקבלת את דברי הרופא שלא נמצא כי יש לתת בהם אמון.

גרסת הקטין אל מול גרסת הנאשם

47. גרסת הקטין עומדת בסתירה מוחלטת לגרסתו של הנאשם. עם זאת, בעת בחינת גרסתו של הקטין, ניתן משקל לעובדה שמיד לאחר האירוע הוא היה נסער, פנה בדחיפות אל דודו ותיאר בפניו חוויה של פגיעה מינית, גם אם מחמת המבוכה תיאר זאת באופן מינורי. עצם פנייתו אל דודו מחזקת את עצם דברי הקטין בדבר התרחשות האירוע הנטען או פגיעה כלשהי ולמצער, את תחושת הקטין כי זה עתה חווה פגיעה מינית. זאת אף בהתאם להלכה "כי מצבו הנפשי של קורבן לעבירת מין, בסמוך לאירוע הנטען... יכול לשמש כראייה אובייקטיבית שיש בה כדי לסייע לעדותו" (ע"פ 2686/15 בנטו נ' מדינת ישראל (5.3.2017), כבוד השופט א' שהם, פסקה 55 וראו גם את פסקי הדין הנזכרים שם).

בדומה, אמנם ניתן משקל לכך שחלו שינויים מהותיים בגרסת הקטין בין דבריו הראשונים לדודו ולאחותו, לדברים שאמר בהודעתו הראשונה במשטרה ולדברים שאמר בעדותו בבית המשפט, אך לצד זה גם נשקלה העובדה שאין בכך בלבד כדי בהכרח לפגום באמינותו של הקטין. שכן, כפי שנקבע לא אחת, "לעיתים, קורבנות לעבירות מין מציגים גרסה 'מתפתחת', בתארום את המעשים המיניים שבוצעו בהם, משום הקושי להכיר בטראומה שהיתה מנת חלקם, ויותר מכך, הם מתקשים לספר עליה לאחרים. לא פעם, הגרסה הראשונית, המתארת את המעשים המיניים, היא לאקונית, מאופקת ומרוככת (...), כאשר רק בשלב מאוחר יותר אוזר הקורבן את תעצומות הנפש הנדרשות כדי לגולל את מסכת הייסורים שחווה" (ע"פ 4481/14 פלוני נ' מדינת ישראל (16.11.2016); כבוד השופט א' שהם, פסקה 58. ראו גם: ע"פ 8805/15 פלוני נ' מדינת ישראל (2.4.2017), כבוד השופט ס' ג'ובראן, פסקה 20 וראו גם את פסקי הדין שהוזכרו שם).

48. עם זאת, נשקלה גם העובדה שלא נמצא דבר בגרסת הנאשם אשר לגביו הוכח כי אינו נכון או כי אינו אמת. כך גם דבר מהדברים שמסר בחקירתו במשטרה בעניין הנסיבות הקשורות באירוע לא נסתר. להפך. כפי שכבר פורט לעיל, הנאשם לא נמצא כמי שמסתיר דברים, מסלף או משבש אותם. זאת למשל, בשונה מהרופא שהסתיר דברים בשל חששו להיתפס כמי שעובד כרופא חרף היותו נעדר רישיון ישראלי לעסוק בכך או כמי שחותם בשמו של רופא אחר, אך בסופו של דבר נאלץ לאשר אי דיוקים בעדותו או לטעון כי אינו זוכר.

לעומת הרופא וכאמור, בכל הנוגע לכלל הנסיבות הקשורות באירוע, הנאשם לא נתפס בדבר שאינו אמת ודבר מהדברים שעליהם נחקר והעיד לא נסתר או התברר כאי אמירת אמת. בכלל זה, לא נסתר דבריו בכל הנוגע לעיסוקיו בעיסויים זה שנים רבות. דבריו בעניין זה אף נתמכו בעצם העובדה שהיה ברשותו שמן הזית שבו השתמש לעיסויים, בהסבריו המפורטים בעדותו בעניין אופי העיסויים שנהג לעשות ובעיקר, נכונותו למסור שמות ומספרי טלפון של אנשים שלהם עשה עיסויים ואף מסירת חלקם בפועל. מהודעתו עולה כאמור, כי הנאשם החל למסור שמות ומספרי טלפון של אותם אנשים, אך הופסק כדי לא לקטוע את רצף הודעתו, תוך אמירת חוקרת המשטרה שתיקח אותם מאוחר יותר, אך הדבר לא נעשה. נראה כי למשטרה לא היה עניין לקבל את אותם פרטים או לבדוק אותם ואת נכונות גרסתו של הנאשם בעניין זה.

בכל הנוגע לאי בדיקת טענת הנאשם בדבר עיסוקו בעיסויים, מקובלת עליי טענת בא-כוח הנאשם כי מדובר במחדל חקירה. למרות זאת, נראה כי אין בכך משום מחדל חקירה העשוי להביא לזיכוי הנאשם. לעומת זאת, מחדל המשטרה לחקור באופן רציני את סוגיית נוכחותו של הנער נוסף במהלך העיסוי

שעשה הנאשם לקטין, הוא בגדר מחדל חקירה חמור מאד. כך במיוחד במצב שבו גרסת הנאשם עומדת אל מול גרסת הקטין ובהיעדר כל ראיה אובייקטיבית התומכת באחת הגרסאות. על כך נעמוד עתה.

מחדל החקירה הנעוץ באי בדיקת נוכחותו של הנער הנוסף

49. ההודעה הראשונה שנגבתה מהקטין (נ/1 מיום 9.2.2020), קצרה ודלה מאד בתוכנה בכל הנוגע לנסיבות הקשורות בעצם האירוע הנטען. כך בין השאר, הקטין כלל לא נשאל אם הגיע לבדו אל המרפאה או אם היה עמו מישהו וממילא גם לא נאמר דבר בעניין נוכחותו של נער נוסף באירוע.

הנאשם נחקר ביום 12.5.2020, כחצי שנה לאחר האירוע ובהודעתו אמר, כאמור לעיל, כי הנער הנוסף שהגיע עם הקטין אל המרפאה נכח לאורך כל העיסוי שעשה לקטין בחדרו של הרופא (ת/1 שורות שורת 79-85). מתכתוב החקירה המוקלטת אף עולה כי הנאשם נשאל מספר פעמים אם הוא בטוח בכך והוא השיב "כן. בטוח". הוא נשאל לשמו של אותו נער, אמר כי באותו רגע הוא שכח את שמו הפרטי, אך מדובר במישהו מ"משפחת מ'. שכחתי מה שם שלו, אבל הוא [הקטין] מכיר אותו חבר שלו" (ת/1א שורות, 236-250). על כך חזר הנאשם גם בעת תיאור המפגש עם הדוד והקטין כחצי שעה לאחר האירוע. הוא הסביר שאמר לדוד שרק עשה לקטין עיסוי וכי "חבר שלו גם היה אתו והילד הבין והתנצל" (ת/1 שורה 95; ת/1א שורות 298-305).

לשלמות הדברים נוסיף כי לקראת סוף חקירת הנאשם, תוך רצף של שאלות, הוא נשאל אם נעל את הדלת לאחר שהחבר של הקטין הלך והנאשם השיב בשלילה (ת/1 שורות 101-102; ת/1א שורות 323-322). מדובר בשאלה לא ברורה שאף עיון בתכתוב החקירה אינו מסייע בהבנתה או בהקשר שבו נשאלה. בשל אי בהירות זו ובעיקר בשל עקביות מוחלטת של הנאשם בדבריו, בהודעתו ובעדותו, כי הקטין הגיע אל המרפאה עם חבר המוכר לו היטב, אשר נכח במשך כל העיסוי ואף יצא עם הקטין מהמרפאה בתום העיסוי, לא נמצא מקום לתת משקל לשאלה לא ברורה זו.

50. ניסיון איתור אותו נער ובדיקת גרסת הנאשם התמצו בבדיקה שטחית מאד, בשיטת "טלפון שבור" אשר נערכה ביום 14.5.2020, יומיים לאחר חקירת הנאשם ואשר תועדה בשני מזכרים. בראשון (ת/3) נאמר שחוקרת המשטרה התקשרה אל חוקרת מ"בית לין", אשר התקשרה אל הקטין כדי לברר מי היה הנער שהיה עמו ובתגובה אמר הקטין כי לא מדובר בחבר אלא בנער שהיה במקרה במרפאה, שאינו מכיר. עוד נאמר כי החוקרת מ"בית לין" התקשרה גם אל הדוד וביקשה שיבדוק זאת שוב. דברים אלו נמסרו לחוקרת מ"בית לין" שמסרה לחוקרת המשטרה שכתבה את המזכר. במזכר השני (נ/4) נאמר שהחוקרת התקשרה אל הדוד כדי לבדוק אם כבר דיבר עם הקטין והוא ענה שהוא דיבר עם הקטין שאמר כי דובר בנער שבמקרה היה במרפאה עם אימא שלו, וכי הקטין ביקש שיכנס אתו אל הנאשם, אך הנאשם ביקש ממנו שיצא. עוד הוסיף הדוד, כי לשאלתו את הקטין, הקטין אמר שהרופא היה מחוץ למרפאה והוא הפנה אותו אל הנאשם כדי שיעשה לו עיסוי. בהתאם לכך הדוד גם העיד, כי החבר שנטען כי שהגיע עם הקטין אל המרפאה, היה נער שהקטין לא הכיר היטב (עמ' 94).

הסברה של החוקרת לכך שלא נעשתה כל בדיקה בעניין אותו נער, הייתה שמשפחת "מ" היא משפחה גדולה ===== ובהיעדר מידע מדויק קשה לאתר אדם מסוים. כמו כן, לפי הבנתם, "הוא לא היה משמעותי" וכי "מאיזושהי סיבה החלטנו שלא לזמן אותו... לא להתעקש על זה" (עמ' 137).

51. בהודעה השנייה שמסר הקטין, כשנה לאחר הודעתו הראשונה, שוב נשאל הקטין אם הגיע אל המרפאה (שכונתה "בית חולים") עם חבר ועל כך השיב "אני הייתי שם ואז הגיע לשם בחור שאני מכיר אותו. לשאלתך הוא הגיע לקחת מסמך מהרופא". במענה לשאלה מה שמו, ענה, "אני לא יודע" ובהמשך הוסיף, כי אותו בחור יצא מהחדר לאחר שתי דקות (2/נ), שורות 6-11), כפי שאמר בעדותו.

הנאשם, כאמור, היה עקבי מאד בדבריו כי הקטין הגיע עם נער אחר, שהוא חבר שלו, אשר היה עמו לאורך כל העיסוי ואף יצא עמו מהמרפאה בתום העיסוי וכי העיסוי נעשה בעוד דלת חדר הרופא, שבו נעשה העיסוי, הייתה פתוחה, כדי שהוא (הנאשם) יוכל להבחין באנשים המגיעים אל המרפאה.

52. העובדה שלא נערכה כל בדיקה אמתית (מעבר ל"טלפון השבור" הנזכר) בעניין נוכחותו של הנער הנוסף, העובדה שלא נעשה ניסיון לאתר והעובדה שהוא לא נחקר ואף לא נעשה ניסיון לחקירתו עולים לכדי מחדל חקירה חמור. כך משני הטעמים הבאים.

האחד, נעוץ בעצם העובדה שבירור נושא נוכחותו של נער נוסף יכול היה לחרוץ את גורל ההליך הנדון ואף לקבוע אם בכלל היה מקום להגשת כתב האישום. שהרי אילו התברר כי לא היה נער נוסף במהלך העיסוי, היה בכך כדי להשליך במישרין על גרסת הנאשם וממילא על שאלת אשמתו. לעומת זאת, אם אותו נער אמנם נכח במשך כל העיסוי, היה בכך בהכרח כדי להביא לדחיית כל גרסאותיו של הקטין.

השני, נובע מהשינויים המשמעותיים שחלו בגרסת הקטין בשלב החקירה וקודם להגשת כתב האישום בכל הנוגע לאותו נער, אשר על-פי טענתו העקבית של הנאשם, היה חבר של הקטין, נכח במשך כל העיסוי עם הקטין עד יציאת שניהם יחד מהמרפאה. כך, בהודעה הראשונה של הקטין, אותו נער כלל לא הוזכר (1/נ); בבירור הטלפוני שנערך עם הקטין (בסגנון "הטלפון השבור"), הקטין אישר לחוקרת מ"בית לין", שאמרה לחוקרת המשטרה, כי היה במקום נער נוסף, אך לא מדובר בחבר שלו, אלא נער שבמקרה נכח במרפאה (ת/3); מבירור טלפוני נוסף (אף הוא בסגנון "הטלפון השבור"), עלה כי לדברי הקטין דובר בנער שבמקרה הזדמן אל המרפאה עם אמו (נ/4); כעבור שנה, במסגרת השלמת החקירה, התברר כי הצגת שאלה ישירה לקטין (ולא ב"טלפון שבור"), מעלה כי הוא אמנם מכיר את אותו נער, אך הפעם אמר כי הנער הגיע אל המרפאה רק כדי לקחת מסמך, וכי חרף זאת שהוא מכיר אותו, אינו יודע את שמו (נ/2). כך או אחרת, נראה כי לקטין לא היה עניין לסייע באיתור אותו נער.

חשוב לזכור, שהנאשם ידע מי הוא אותו נער. אמנם במהלך חקירתו נשכח ממנו שמו הפרטי, אך הוא ידע היטב במי מדובר. אילו הייתה המשטרה מעוניינת לבדוק את נכונות גרסת הנאשם, חזקה עליה שהייתה יכולה להסתייע בו לשם איתור אותו נער. כמו כן, אם כטענת הקטין, אותו נער התלווה אל אמו שהגיעה

אל המרפאה או אם כטענת הקטין בפעם אחרת, אותו נער הגיע אל המרפאה רק כדי לקחת מסמכים כלשהם, אזי ללא ספק ניתן היה לאתר את זהותו המדויקת במידע הזמין במחשב המרפאה. אך דבר מאלו לא נעשה כדי לנסות לאתר את אותו נער.

53. כידוע, הצירוף 'מחדל חקירה' מתאר מצב של חסר ראייתי משמעותי הנובע מאי עשיית פעולת חקירה משמעותית וחיונית לבירור האמת. כך בין השאר, אם עד מהותי לא נחקר, אם לא נערכה בדיקה חיונית, אם ראייה או הודעה מהותית לא תועדו, אם ראייה חשובה אבדה או כל מצב אחר של חסר בפעולת חקירה חיונית שעשויה הייתה לסייע בבירור האמת. כך בין אם החסר הראייתי פוגע באפשרות הוכחת אשמת הנאשם ובין אם הוא מונע מהנאשם לנקות עצמו מהאשמה. במצב של מחדלי חקירה מעין אלו, על בית המשפט לשאול את עצמו אם מדובר במחדל חקירה כה חמור, עד כי יש מקום לחשש שמא בעטייו קופחה הגנת הנאשם (ראו דיון נרחב בסוגיית מחדלי חקירה והשלכתם בע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (18.5.2006), כבוד השופט א' רובינשטיין, פסקאות ז-ח. כן ראו את הפסיקה הרבה הנזכרת שם).

לצד זה יש לזכור כי אפילו נמצא מחדל חקירה, אין בכך בהכרח כדי להוביל לזיכוי הנאשם. "נקבע לא אחת כי העדרה של ראייה שמקורה במחדלי רשויות החקירה, ייזקף, אמנם, לחובתה של התביעה עת תידון השאלה האם הרימה את נטל ההוכחה המוטל עליה, אולם אין לומר כי מחדלי חקירה בהכרח יובילו לזיכוי של הנאשם. נפקותו של המחדל תלויה בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון, ובפרט בשאלה האם מדובר במחדל כה חמור עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של הנאשם באופן שהתקשה להתמודד עם חומר הראיות שמפילולו" (ע"פ 1977/05 גולה נ' מדינת ישראל (2.11.2006), כבוד השופט ע' ארבל, פסקה 13, לרבות הפסיקה שם). כך למשל, לעתים חרף המחדל החקירתי, ניתן יהיה להגיע למסקנה כי די ב"יש הראייתי" שהוכח, כדי להצביע על אשמת הנאשם מעבר לספק סביר (ראו למשל: ע"פ 3947/12 סאלח נ' מדינת ישראל (21.1.2013), כבוד השופט י' דנציגר, פסקאות 42-45). שכן השאלה הטעונה הכרעה "היא לא אם אפשר וראוי היה לעשות עוד צעדי חקירה אלה או אחרים, אלא אם יש די ראיות המוכיחות את האישום מעבר לספק סביר" (ע"פ 5741/98 עלי נ' מדינת ישראל (10.6.1999), כבוד השופט י' זמיר, פסקה 4).

54. בענייננו נמצא כי העובדה שלא נעשה כל ניסיון לאיתורו של אותו נער, אשר אין מחלוקת כי נכח במרפאה, וזאת כדי לברר אם נכח גם בעת העיסוי הנטען, היא בגדר מחדל חקירה חמור, מאחר שקרוב לוודאי שהיה בכוחו של נער זה להכריע בין גרסת הנאשם לגרסת הקטין. כידוע, "מטרת החקירה המשטרתית 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" (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466 (1981); כבוד השופט (כתוארו אז) א' ברק, פסקה 9ג).

אף לא ניתן לקבל את טענת המאשימה כי יש לגלגל על ההגנה את אי הבאת אותו נער כעד מטעמה. שכן כידוע, החזקה שלפיה הימנעות מהבאת ראייה או עד רלוונטיים פועלת לחובת מי שנמנע מהבאתם, חלה רק אם אותה ראייה או אותו עד מצויים בהישג ידו או באחריותו של בעל הדין שנמנע מהבאתם וכי לא היה לו הסבר סביר להימנעותו מהבאתם. כך קובעת הלכה זו, כפי שנקבעה בעניין ע"א 548/78 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (1), 736 (1980) (כבוד השופטת ה' בן-עתו, פסקה 3):

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

"כלל הנקוט בידי בתי המשפט מימים ימימה, שמעמידים בעל-דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראייה, שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראיה, הייתה פועלת נגדו. כלל זה מקובל ומושרש הן במשפטים אזרחיים והן במשפטים פליליים, וככל שהראיה יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות מכרעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע מהצגתה ... העיקרון הנידון הוא פרי היגיון פשוט, ואין צורך בהוראת חוק כדי לעשות בו שימוש" (ההדגשה אינה במקור).

החלת חזקה זו מחייבת אפוא, כי הראיה או העד שלא הובאו יהיו בהישג ידו של בעל הדין שנמנע מהבאתם או באחריותו וכי לא היה לו הסבר סביר להימנעות מהבאתם. כך לגבי ראיה המצויה ברשותו של אותו בעל דין או שהיא בת השגה מבחינתו וכך לגבי עדים שבקלות יכול היה להביאם או לבקש את הזמנתם. כך למשל נקבע לגבי עדים שהם בני משפחה ועובדי משרדו של בעל הדין שנמנע מהבאתם לעדות (על"ע 5160/04 אילן אשד, עו"ד נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, פ"ד נט(6) 223 (2005), כבוד השופטת ע' ארבל, פסקה 7).

אותו נער שהמטרה נמנעה מלפעול לאיתורו ולחקור אותו, אינו עונה על ההגדרה האמורה. הוא אינו באחריות הנאשם, חלפו כשלוש שנים מאז האירוע ולנאשם אין את פרטיו. כבר במועד חקירתו במשטרה הנאשם לא עבד במרפאה ובכל מקרה, איתור מידע במחשב המרפאה, מחייב צו שיפוטי.

55. אי חקירת אותו נער אינה רק בגדר מחדל חקירה חמור, אלא שבהיעדר ראיה זו, יש קושי להעדיף דווקא את גרסת הקטין על פני גרסת הנאשם. גרסת הנאשם הייתה עקבית מאד, עדותו הייתה קוהרנטית ומשכנעת ואף לא נמצאו בדבריו דברי שקר או סתירות, כך שלא נמצאה סיבה שלא לקבלה. בנסיבות אלו, אין די במסקנה זזה בעניין גרסתו של הקטין. אכן, לא מן הנמנע כי הקטין חווה פגיעה מינית, בין בפועל ובין שחש כך בשל אי הבנת מעשיו של הנאשם, אולם איני נדרשת להכריע בכך. בהיעדר יכולת להעדיף את גרסת הקטין, אפילו ניתן בה אמון מלא, על פני זו של הנאשם, ובהיעדר ראיה שעשויה הייתה להכריע בין הגרסאות, אין מנוס מהמסקנה כי אין בראיותיה של המאשימה כדי להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר. במצב זה יש לזכות את הנאשם, גם אם מחמת הספק.

ה.סיכום ותוצאה

56. מכל הטעמים שעליהם עמדנו, המסקנה היא כי אשמת הנאשם לא הוכחה ובוודאי שלא הוכחה מעבר לספק סביר. בהתאם לכך הנאשם מזוכה מחמת הספק מהעבירות שבהן הואשם.

זכות ערעור לבית המשפט העליון תוך ארבעים וחמישה יום.

PsakDím®

אתר המשפט הישראלי

ניתנה היום, י"ח בשבט תשפ"ג, 9 בפברואר 2023, בהיעדר הצדדים בהתאם להסכמתם (ראו החלטה מיום 7.2.2023, הודעת בא-כוח הנאשם מהיום והחלטה נוספת מהיום).



תמר בר-אשר,
שופטת