

ע"פ 4481/14 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 4481/14

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, מיום 10.11.2013, בתפ"ח 10514-03-10, שניתנה על ידי הרכב השופטים: ר' אבידע; ח' סלוטקי; ו- מ' לוי

תאריך הישיבה: כ"ד בניסן התשע"ו (2.5.2016)

בשם המערער: עו"ד אסתר בר- ציון; עו"ד ויקטור אוזן

בשם המשיבה: עו"ד נורית הרצמן

פסק-דין

השופט א' שהם:

עמוד 1

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בתפ"ח 10514-03-10 (כב' השופטים ר' אבידע; ח' סלוטקי; ו-מ' לוי), מיום 10.11.2013. מלכתחילה נסב הערעור, באורח חלופי, גם על חומרת העונש, אך ב"כ המערער הבהירו, כי המערער אינו משיג על גזר דינו, וערעורו מתמקד בהכרעת הדין בלבד.

2. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, לאחר ניהול משפט הוכחות, בביצוע מספר רב של עבירות מין במשפחה ובידי אחראי על קטין, לפי סעיף 351(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: חוק העונשין); במספר רב של עבירות מין במשפחה ובידי אחראי על קטין, לפי סעיף 351(ג) לחוק העונשין; במספר רב של מעשים מגונים, בין השנים 1996-1998, לפי סעיף 348(א), בנסיבות 345(א)(3) לחוק העונשין; ובמספר מעשי סדום, באותן שנים, לפי סעיף 347(ב), בנסיבות סעיף 345 לחוק העונשין.

3. במסגרת גזר הדין, שניתן ביום 14.5.2014, הושתו על המערער העונשים הבאים: 12 שנות מאסר לריצוי בפועל; שתי שנות מאסר על תנאי, לבל יעבור עבירת מין מסוג פשע, החל מיום שחרורו ממאסר (לא פורטה בגזר הדין תקופת התנאי); בנוסף, חוייב המערער לפצות את המתלונן בסכום של 100,000 ₪.

עובדות כתב האישום המתוקן שהוגש נגד המערער

4. על פי כתב האישום המתוקן (להלן: כתב האישום), המערער והמתלונן, קטין יליד שנת 1985, התגוררו בשכונת בעיר , ובתקופה הרלוונטית לכתב האישום היה המתלונן מצוי במשמורתו של המערער, כשהמערער שימש "אחראי" עליו כהגדרת חוק העונשין. במהלך השנים 1994-1998, כשהמתלונן והמערער שהו בביתו של המערער ב..... או בפארק המים ב....., ביצע המערער במתלונן את המעשים הבאים: נגע בישבנו של המתלונן מספר רב של פעמים, לשם גירוי וסיפוק מיניים; הכניס את ידו לתחתוני המתלונן ונגע באיבר מינו כשהמתלונן ישן, וזאת לשם גירוי וסיפוק מיניים; החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן במספר הזדמנויות; וכאשר המתלונן ישן בביתו של המערער, העיר המערער את המתלונן במספר הזדמנויות, לקח אותו לחדרו, שם הקרין בפניו סרטים פורנוגרפיים, וכן גרם למתלונן להכניס את איבר מינו לפי הטבעת של המערער.

עוד מפרט כתב האישום, כי המערער הוביל את המתלונן לרכבו ונסע עימו לפארק המים ב..... בעת ששהו השניים ברכב, העביר המערער את המתלונן למושב האחורי, הכניס את איבר מינו של המתלונן לפיו, ומצץ אותו. בהמשך, מרח המערער שמן על איבר מינו של המתלונן, וגרם למתלונן להכניס את איבר מינו לפי הטבעת של המערער. בנוסף, ובמספר הזדמנויות, נגע המערער באיבר מינו של המתלונן, ולאחר מכן הכניס אותו לפיו ומצץ אותו.

בהזדמנויות אחרות, כפי הנטען בכתב האישום, נכנס המערער למקלחת כאשר המתלונן התקלח בה, נגע באיבר מינו של המתלונן, הכניס אותו לפיו ומצץ אותו. לאחר מכן העביר המערער את המתלונן לחדרו כאשר הוא רטוב, הקרין בפניו סרטים פורנוגרפיים, ובהמשך, הכניס המערער את איבר מינו של המתלונן לפיו ומצץ אותו. המערער גם שאל את המתלונן האם הוא רוצה לעשות "מה שהם עושים בסרט". עוד צויין בכתב האישום, כי המערער גרם למתלונן להכניס את איבר מינו לפי הטבעת של המערער. במקרים אחרים, כך נטען בכתב האישום, מרח המערער שמן על איבר מינו

5. זה המקום להבהיר, כי כתב האישום המקורי שהוגש נגד המערער כלל עבירות של התעללות בקטין ובחסר ישע וכן נסיון לביצוע מעשי סדום. כתב האישום תוקן לראשונה כשנה לאחר הגשתו, ובהמשך, לאחר תחילת המשפט, תוקן בשנית לנוסחו הנוכחי. התיקון השני לכתב האישום בוצע בעקבות דברים שמסר המתלונן לפרקליטות, במסגרת פגישת ההכנה לקראת עדותו, עליהם הוא גם נחקר, מאוחר יותר, במשטרה.

תמצית הכרעת דינו של בית משפט קמא

6. בית משפט קמא הרשיע את המערער במיוחס לו על יסוד עדותו המהימנה של המתלונן, לאחר שנקבע כי הלה דייק בדבריו; נמנע מלהפריז בתיאוריו את מעשיו של המערער; ושטח את גרסתו לאורך שלוש ישיבות ארוכות, במהלכן הוא נחקר חקירה נגדית ממצה. עמדת ההגנה, לפיה מקורה של גרסת המתלונן בזכרונות "מושתלים", והיא אינה משקפת את אשר התרחש, נדחתה על ידי בית המשפט. בית משפט קמא קבע, לעניין זה, כי המתלונן זכר באופן רציף את המעשים שביצע בו המערער בילדותו, ואולם הוא ניסה להדחיקם בשל תחושות של בושה ואשמה, ומפאת הקושי להתמודד עם משמעות המעשים. בית משפט קמא אף דחה את טענות באי כוח המערער, לפיהן עדות המתלונן אינה מהימנה משום שהלה השתמש בעברו בסמים ובאלכוהול, או מאחר שהוא תיאר חלק ממעשיו המיניים של המערער באופן מפורט ומוחשי יותר במסגרת עדותו, בהשוואה לגרסה שמסר במהלך עדותו במשטרה. עוד נקבע, כי המתלונן מסר דברי אמת בנוגע לצפייה המשותפת עם המערער בסרטים פורנוגרפיים ובאשר לנסיעותיהם לפארק וכי העובדה שטעה בדבר המועד בו עברה משפחת המערער להתגורר ברחוב ב....., אינה פוגמת באמינות גרסתו.

לעדו של המתלונן נמצאו חיזוקים ראייתיים בדמות עדותה המהימנה של אמו ועדות חברתו, אשר תיארו את הנסיבות בהן חשף המתלונן את אשר ארע לו, ועמדו על מצבו הנפשי. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מצבו הנפשי של המתלונן, בשלב חשיפת האירועים, ולאחריו, כמתואר בעדויות אמו וחברתו, מהווה, כשלעצמו, חיזוק נוסף לעדותו. תמיכה ראייתית מרכזית לעדותו של המתלונן נמצאה גם בתוכן שיחת טלפון ממושכת שנערכה בינו לבין המערער, ביום 10.1.09 (ת/1) (להלן: השיחה המרכזית). שיחה זו הוקלטה במכשיר הטלפון הנייד של המתלונן, לאחר שהוא קיבל הסבר מחברת הסלולר, בה הוא מנוי, באשר לאופן ביצוע ההקלטה. בהמשך, העתיק המתלונן את השיחה המרכזית למכשיר הקלטה נייד. לאחר מכן, ובעקבות בקשת המשטרה, העתיקה אמו של המתלונן את הקלטת השיחה המרכזית למחשב, וצרבה אותה על גבי תקליטור. התקליטור (ת/1א), בצירוף מכשיר ההקלטה הנייד (ת/5), הוגשו כראיה לבית משפט קמא. בהכרעת הדין נקבע כי הקלטת השיחה המרכזית מהווה ראיה קבילה, וכי תוכנה אף עולה כדי ראשית הודייה מצידו של המערער.

אשר לגרסתו של המערער, נקבע כי הגרסה שמסר בפני בית משפט קמא, כמו גם במסגרת חקירותיו במשטרה, הינה גרסה מתחמקת, רוויית סתירות, ובלתי אמינה. בית משפט קמא קבע עוד, כי עדויות ילדיו של המערער ושל חבריו לקהילה הינן עדויות מתואמות, שאין ליתן בהן אמון.

לבסוף, דחה בית משפט קמא את טענת התיישנות העבירות שהעלה המערער, ופסק, שבמקרה דנן ניתן אישורו של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום, כנדרש בסעיף 354 רישא לחוק העונשין. עוד נקבע, כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום שימש המערער כ"אחראי" על המתלונן הקטין, לפי הגדרות סעיף 368א לחוק העונשין, באופן המאפשר להרשיעו בביצוע העבירות, לפי סעיף 351 לחוק העונשין.

לאחר זאת, הרשיע בית משפט קמא את המערער בביצוע העבירות הנקובות בכתב האישום, למעט בביצוע המעשים המגונים במהלך השנים 1996-1998, בניגוד לסעיפים 348(ב) ו-345(ב)(1) לחוק העונשין. בהתייחס לעבירות אלו, נקבע, כי מאחר שבמועדים הרלוונטיים לאירועי כתב האישום טרם בוטלה דרישת השימוש בכוח, אשר עוגנה בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, אליו מפנה, בין היתר, סעיף 345(ב)(1) לחוק, ומאחר שאין טענה כי המערער ביצע את המעשים תוך שימוש בכוח, הרי שיש להענות לבקשת המשיבה בסיכומיה, ולהרשיע את המערער, חלף זאת, בביצוע מעשים מגונים בקטין מתחת לגיל 14, באותן שנים. לפיכך, הורשע המערער בביצוע מעשים מגונים, במהלך השנים 1996-1998, לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק, תחת הרשעתו באותן עבירות, בהתאם לסעיפים 348(ב) ו-345(ב)(1) לחוק העונשין.

גזר דינו של בית משפט קמא

7. לצורך קביעת מתחם העונש ההולם בעניינו של המערער, נתן בית משפט קמא את דעתו לחומרת העבירות שביצע המערער במתלונן; לגילו הצעיר של המתלונן; למשך הזמן בו בוצעו העבירות, תקופה של כארבע שנים; לתכנון המוקדם של העבירות על ידי המערער; ולעובדה שהלה ביצע את המעשים המפורטים בכתב האישום, תוך ניצול לרעה של סמכותו, ושל האמון שנתן בו המתלונן, אשר מחייב נעדרה דמות הורה. בית משפט קמא עמד על הערכים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של המערער, ובהם זכותו של המתלונן לכבוד, לשלמות גופו, לשליטה על גופו ולפרטיותו. כמו כן, סקר בית משפט קמא את הענישה הנוהגת בעבירות דומות. לאחר זאת, קבע בית משפט קמא כי מתחם העונש ההולם בגין ביצוע המעשים המגונים נע בין 2 ל-4 שנות מאסר בפועל, לכל אירוע; כי מתחם הענישה ההולם בגין מעשי הסדום, שהמערער גרם למתלונן לבצע בו, נע בין 2 ל-6 שנות מאסר בפועל, לכל אירוע; וכי מתחם הענישה הראוי בגין יתר מעשי הסדום מצוי בטווח שבין 5 ל-10 שנות מאסר בפועל, לכל אירוע.

בבואו לגזור את עונשו של המערער, נתן בית משפט קמא את דעתו לפגיעה שתיגרם למערער ולילדיו החולים כתוצאה מהענישה; להתנהגותו הנורמטיבית, בדרך כלל, של המערער ולתרומתו לחברה, כעולה מעדויות האופי שנשמעו בבית המשפט; לעובדה שהינו נעדר עבר פלילי; ולחלופי הזמן, מסיום ביצוע העבירות בהן הורשע ועד לגזירת הדין, תקופה העומדת על כ-16 שנים. לצד החומרה, עמד בית משפט קמא על הנזק הכבד שנגרם למתלונן ממעשיו של המערער. לאחר זאת, השית בית משפט קמא על המערער עונש כולל, כמפורט בפסקה 3 לעיל.

טענות המערער

8. במבוא להודעת הערעור המנומקת של המערער, נטען כי המתלונן הינו "צעיר המערער בנפשו, מתוחכם ועתיר דמיון" שהצליח, באמצעות סיפורי בדיה ושימוש מניפולטיבי באמצעי הקלטה, להוביל להרשעת המערער, על לא עוול בכפו.

9. הערעור על הכרעת הדין מבוסס על מספר אדנים. האדן הראשון, עניינו בהשגות על קביעת מהימנותם של המתלונן ושל יתר עדי התביעה. לטענת המערער, שגה בית משפט קמא כאשר נתן אמון מלא בעדויות המתלונן, חברתו, ואמו, בבית המשפט. אשר לעדותו של המתלונן, נטען, בין היתר, כי המדובר בעדות כבושה ולחילופין, עסקינן בעדות מודחקת, שלא נמצאה לה ראיית סיוע כנדרש. בהמשך טיעונו, העלה המערער את האפשרות, כי מקורה של גרסת המתלונן נעוץ בדמיונו המפותח ובאישיותו המערערת, להם לא ניתן משקל במסגרת הכרעת הדין. המערער הוסיף וטען, כי אופן חשיפת המעשים המיניים על ידי המתלונן אינו מתיישב עם ההגיון והשכל הישר, שכן חשיפתם לא היתה הדרגתית, ולא נלוו לה קשיים רגשיים, כפי שניתן היה לצפות. עוד נטען, כי יש לפקפק במהימנות גרסתו של המתלונן, אף לנוכח השינוי שחל בתיאוריו את המעשים המיניים שבוצעו בו, במסגרת הודעתו הרביעית והמאוחרת במשטרה. המערער הוסיף וטען בערעורו, כי גרסת המתלונן באשר למקום ביצוען של חלק מהעבירות; בנוגע לנסיעותיו לפארק; ובעניין צפייתו המשותפת עם המערער בסרטים פורנוגרפיים, אינה מתיישבת עם לוח הזמנים המופיע בכתב האישום, ולפיכך אין ליתן בה אמון.

10. האדן הנוסף עליו נשען הערעור, נסב על חוסר האמון שייחס בית משפט קמא לגרסתו של המערער, ושל מרבית עדי ההגנה שהעידו מטעמו. המערער טען, בהקשר זה, כי בית משפט קמא טעה עת שקל לחובתו את הגרסה המבולבלת שמסר במשטרה, וזאת כאשר המערער נחקר במשטרה בשפה העברית, בעוד שהוא דובר את השפה באופן חלקי בלבד. עוד נטען, כי העדות שמסר המערער בבית המשפט היתה ברורה, קוהרנטית ועקבית, וזאת בניגוד למסקנת הערכאה הדיונית בנידון דידן. המערער הוסיף וטען, כי בית משפט קמא התייחס באופן מגמתי לעדויות עדי ההגנה, חברי , בהניחו, אפרוירית, כי הללו אינם דוברי אמת, ומבלי לתת את הדעת לפערי השפה והתרבות בין אורחות חייהם לאורח החיים הנוהג בישראל. זאת, בעוד שכלפי עדות המתלונן ויתר עדי התביעה נקט בית המשפט בגישה סלחנית ואמפטית.

11. עניינו של האדן השלישי בערעור הוא בהקלטת השיחה המרכזית, שהתנהלה בין המערער לבין המתלונן (ת/א1). ראשית, נטען, כי לבית המשפט הוגש העתק רביעי של השיחה המקורית, ומשום כך אין מדובר בראיה קבילה. המערער הבהיר, בהמשך דבריו, כי, הלכה למעשה, השיחה האמורה הוקלטה בתא הקולי בטלפון הנייד של המתלונן ונשמרה בזכרון המחשבים של חברת הסלולר, כך שניתן היה לשמוע אותה באמצעות חיוג אל הטלפון הנייד של המערער, מכל מכשיר טלפון אחר, ולאחר הקשת הקוד האישי של המערער. על יסוד הנחה זו, נטען בערעור, כי המתלונן שיקר, כשהבהיר במשטרה כי השיחה המרכזית הוקלטה במכשיר הנייד גופו, ומשאין המכשיר מצוי ברשותו, הוא יכול למסור למשטרה רק את העתקה של השיחה. מהלך זה, כך לשיטתו של המערער, נועד למנוע מרשויות החקירה להאזין לשיחה המקורית, ולאפשר למתלונן לשבש את קולות הדוברים בה, באמצעות העתקה חוזרת ונשנית של ההקלטה למכשירים אלקטרוניים אחרים. עוד הודגש, כי במועד מסירת תלונתו במשטרה, החזיק המתלונן במכשיר הטלפון הנייד בו הוקלטה השיחה המרכזית, וחרף זאת הוא בחר למסור למשטרה רק את העתקה, וזאת כאמור, במטרה להפיל את המערער. שנית, טען המערער, כי בנסיבות דנן לא מתקיימים תנאי הקבילות הטכנית שנקבעו בפסיקה ושרק בהתקיימם, ניתן לקבל את הקלטת השיחה המרכזית כראיה. בין היתר, גרס המערער כי בית משפט קמא פירש באופן מוטעה את

מסקנות חוות הדעת של מחלקת הזיהוי הפלילי, בנוגע לזיהוי קולות הדוברים בהקלטה (נ/7), שכן חוות הדעת שללה את האפשרות, כי הדובר הנוסף בשיחה המרכזית, מלבד המתלונן, הוא המערער. לגישת המערער, היה על בית משפט קמא ליתן משקל לאפשרות הסבירה, לפיה המתלונן ביים שיחה, בסיועו של אדם נוסף, שמטרתה להפליל את המערער, ולפיכך אף שיבץ בשיחה פרטים ביוגרפיים הנוגעים למערער, והידועים למתלונן.

12. לבסוף, טען המערער להתיישנות העבירות המיוחסות לו, וכפר בהיותו "אחראי" על המתלונן, כאמור בסעיף 351(א) לחוק העונשין.

טיעוני המשיבה

13. לגישת המשיבה יש לדחות את הערעור שלפנינו, מאחר שעניינו בהשגה על ממצאי מהימנות ועובדה מובהקים, שנקבעו בהכרעת דין מפורטת ומנומקת של בית משפט קמא. המשיבה הוסיפה וטענה, כי בית משפט קמא נתן אמון בעדות המתלונן, על אף מורכבותה, ועמד באופן מפורש על חוסר מהימנותו של המערער, אליה מצטרפת אף ראשית הודיה מטעמו בביצוע המעשים המיניים.

14. בתגובה לטענות המערער בשאלת מהימנותו של המתלונן, הבהירה המשיבה כי המתלונן התמודד עם שאלות קשות שהופנו אליו במסגרת עדותו, ואף חשף, בגילוי לב, פרטים מאורחות חייו, שאינם מציגים אותו באור חיובי. עוד הוסיפה המשיבה וטענה, כי, כפי שקבע בית משפט קמא, גרסתו של המתלונן אודות המעשים המיניים שבוצעו בו אינה בגדר זכרון "מודחק" או "מושתל", אלא שהמתלונן זכר את המעשים, אך הוא כבש את תלונתו, כמקובל בעבירות מסוג זה, וזאת, בין היתר, משום שחשש לפגוע בבני משפחתו של המערער, שהיו לו כבני משפחתו שלו. עוד נטען, כי מצבו הנפשי המערער של המתלונן אינו הגורם להגשת תלונתו כי אם תוצר מעשיו של המערער עצמו, וכי ההגנה לא הצביעה על כל מניע סביר, בגינו יעליל המתלונן עלילת שווא על המערער. לשיטת המשיבה, יש גם לדחות את טענות המערער לפיהן חשיפת מעשיו של המערער לא היתה הדרגתית, וכי המתלונן לא הביע קושי רגשי כשהעיד אודותיהם. אשר לשינוי שחל בגרסתו של המתלונן, בנוגע לחלק מהמעשים המיניים שבוצעו, נטען כי, מלכתחילה, הלה התקשה מאוד לחשוף את העובדה שהוא נפל קורבן למעשי סדום מצידו של המערער, ולכן חשף עובדה זו רק במסגרת הודעתו הרביעית והאחרונה במשטרה. אשר לטענותו של המתלונן בדבר מקום מגוריו של המערער, בזמן ביצוע המעשים, נטען, כי לטעות זו נמצא הסבר מספק על ידי בית משפט קמא, וכי ממילא אין מדובר בטעות משמעותית.

15. המשיבה אף ביקשה לדחות את טענות המערער באשר לקביעת בית משפט קמא בדבר חוסר מהימנות גרסתו וגרסת מרבית עדי ההגנה שהעידו מטעמו. נטען, כי בית משפט קמא היה מודע למאפיינים המיוחדים של , ובין היתר, לשפת הדיבור השגורה בפיהם ולאורחות חייהם, ובכל בזאת הגיע למסקנה כי גרסת המערער ומרבית עדויות ההגנה אינן מהימנות, קביעה עובדתית, שאין כל הצדקה להתערב בה. עוד גרסה המשיבה, כי טענות המערער בנוגע לגרסתו במשטרה אינן מבוססות על אדנים עובדתיים מוצקים.

16. אשר לשאלת קבילות הקלטת השיחה המרכזית, טענה המשיבה, כי אף שהעתק ההקלטה אינו בגדר הראיה המקורית, לתוכן השיחה שהתנהלה בין המתלונן למערער, אין בכך כדי לפסול את קבילותה של ההקלטה. זאת, גם אם העדרה של הראיה המקורית, היא הטלפון הנייד של המתלונן, מקורה במחדל חקירתי כזה או אחר. בתגובה לטענת המערער, לפיה השיחה המרכזית נשמרה במחשבי החברה הסלולרית וכי ניתן "למשוך" אותה באמצעות כל מכשיר נייד ולהאזין לה, הבהירה המשיבה כי מדובר בטענת הגנה חדשה, שאינה נתמכת בראיות, קל וחומר כאשר מדובר בשנת 2009, במהלכה הוקלטה השיחה המרכזית. עוד נטען, כי בנסיבות דנן מתקיימים התנאים לקבילותה הטכנית של הקלטת השיחה המרכזית. הובהר, בהקשר זה, כי בית משפט קמא פירש נכונה את חוות הדעת שניתנה על ידי של מחלקת הזיהוי הפלילי במשטרה, וכי העובדה שהמערער הוא הגורם אשר משוחח בה עם המתלונן עולה מעדויות המתלונן ואמו, ואף מתוכן השיחה המרכזית עצמה. המשיבה הוסיפה וטענה, כי אין שחר להשערה לפיה המתלונן ביקש לפגוע במכוון באיכות השמע של ההקלטה, וערך שיחה עם צד שלישי, במטרה להפליל את המערער, וממילא טענה מעין זו לא הוטחה בפני המתלונן בבית משפט קמא. עוד הודגש, כי אף אם איכות השמע של הקלטת השיחה המרכזית אינה מהמשובחות, הרי שההקלטה מהימנה, וניתן לעמוד על עיקרי תוכנה, ועל כך שהמערער נטל בה חלק, יחד עם המתלונן.

17. לבסוף, ובמענה לטענת ההתיישנות שבפי המערער, נטען, כי לתיקון האחרון של כתב האישום צורף אישורו של היועץ המשפטי לממשלה, כנדרש בחוק העונשין, ולפיכך אין לטענה זו כל בסיס.

דין והכרעה

18. חלק הארי של הערעור שלפנינו, מתמקד בקביעות ממצאי מהימנות ועובדה שנעשו על ידי הערכאה הדיונית, אשר כידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהם. חלקו האחר של הערעור עניינו בסוגיית קבילות הקלטת השיחה המרכזית, שנערכה בין המתלונן לבין פלוני, אשר בית משפט קמא קבע כי הוא המערער. לשיטת ההגנה, ההקלטה איננה בגדר ראיה קבילה, ובפרט כאשר, לשיטתה, יש לדחות את מסקנת בית משפט קמא, לפיה המערער הוא הגורם המשוחח עם המתלונן באותה הקלטה.

דרך הילוכנו בפסק הדין תהיה כדלקמן: בתחילה, אדרש לשאלת קבילותה של הקלטת השיחה המרכזית, שהינה, כפי שיובהר להלן, שאלה בעלת משקל מכריע בנסיבות דנן. שאלה זו תחולק לשתי סוגיות משנה - הראשונה, סוגיית מעמדו של "כלל הראיה הטובה ביותר", מאחר שבענייננו לא הוגשה ההקלטה המקורית של השיחה המרכזית, שבוצעה באמצעות מכשיר הטלפון הנייד של המתלונן; והשנייה, סוגיית היקפם ותוקפם של הכללים בדבר קבילותה של הקלטה כראיה בהליך משפטי, בימינו אנו. סוגיות אלו ייבחנו גם בראי ההלכה הנוהגת בחלק ממדינות המשפט המקובל. לאחר שאגבש את מסקנותי בשתי הסוגיות האמורות, תוכרע שאלת קבילותה של הקלטת השיחה המרכזית בנדון דידן. בהמשך, אדרש להשגות המערער בנוגע לממצאי המהימנות שנקבעו בידי בית משפט קמא, הן ביחס לעדי התביעה והן ביחס לעדי ההגנה שהופיעו בפניו.

19. לשיטתו של המערער, העובדה שהמשיבה הגישה לבית משפט קמא העתק "רחוק" של הקלטת שיחה המרכזית, העתק שלטענת המערער הופק באופן מכוון ומגמתי, פוגמת בקבילות ההקלטה כראיה. במילים אחרות, המערער סבור כי מאחר שהקלטת השיחה המרכזית הינה בגדר ראיה משנית - ממקור שלישי (אם מתייחסים למכשיר ההקלטה הנייד שהוגש לבית משפט קמא) או רביעי (אם הכוונה לתקליטור עליו נצרבה הקלטת השיחה המרכזית) - לא היה מקום לקבל אותה כראיה במשפט. כפי שיובהר להלן, דעתי בנושא זה שונה.

20. טרם שאדרש לטיבו ולעקרונותיו של כלל "הראיה הטובה ביותר", אציין, כי אין מחלוקת שההקלטה המקורית של השיחה המרכזית, אשר בוצעה על ידי המתלונן, ביום 10.1.2009, באמצעות שירות *91 של חברת הסלולר, אליה השתייך המתלונן באותה תקופה, לא הוגשה כראיה לבית המשפט. המתלונן הקליט את השיחה בטלפון הנייד שלו, וכאמור, לטענת המערער, השיחה אף מוקלטת במחשבי חברת הסלולר בה היה מנוי המתלונן. בהמשך, השמיע המתלונן את השיחה באמצעות הרמקול של הטלפון הנייד, וכך הקליט אותה על גבי מכשיר הקלטה נייד שקיבל מאמו. המתלונן העיד, כי הוא השמיע את הקלטת השיחה המרכזית ברצף, אך מדי פעם, כאשר הקובץ במכשיר ההקלטה הנייד הגיע למיצוי מירבי, הוא פתח קובץ חדש, מבלי לעצור את רצף ההשמעה של השיחה. לאחר מכן, אמו של המתלונן העתיקה את הקלטת שיחה המרכזית למחשב שברשותה, ובהמשך צרבה את השיחה שהועתקה למחשב על גבי תקליטור. סיכומם של דברים, מאחר שהטלפון הנייד של המתלונן לא נמסר לידי המשטרה, הראיות שעמדו בפני בית משפט קמא, בכל הנוגע להקלטת שיחה המרכזית, כללו את אלה: (א) פלט שיחות הטלפון הנייד של המתלונן (נ/3), ממנו עלה, כי המתלונן התקשר לטלפון הנייד של המערער ביום 8.1.2009 מספר פעמים; ביום 9.1.2009, יצר המתלונן קשר טלפוני, פעמים מספר, עם שירות *91 של חברת הסלולר בה הוא מנוי (כאמור בפסקה 32 להכרעת הדין, המדובר ב "שירות המאפשר בקלטת השיחה ולאחר מכן את השמעתה"); וביום 10.1.2009, בוצעה שיחה לשירות *91, אשר נמשכה 74:59 דקות, היא השיחה המרכזית. (ב) מכשיר ההקלטה הנייד (ת/5), בו הוקלטה השיחה המרכזית, שנשמרה במכשיר הטלפון הנייד של המתלונן. (ג) תקליטור (ת/1א), עליו צרבה אמו של המתלונן את הקלטת השיחה המרכזית, לאחר שזו הועתקה ממכשיר ההקלטה הנייד למחשב (ת/5). (ד) תמליל השיחה המרכזית, שהתקיימה בשפה האנגלית (ת/1ב) ותרגומה לעברית (ת/1ג). (ה) חוות דעת של המחלקה לזיהוי פלילי במשטרה, מיום 23.5.2012 (נ/7) (להלן: חוות דעת מז"פ), אשר השוותה בין קולו של הדובר בהקלטת השיחה המרכזית, אשר נצרבה על גבי התקליטור (ת/1א), לבין דגימת קולו של המערער, שהוקלטה על גבי תקליטור נפרד. כאמור, לעמדת ההגנה, לא ניתן לקבל כראיה את הקלטת השיחה המרכזית על גבי מכשיר ההקלטה הנייד או התקליטור, משום שמדובר בראיות משניות, שהוגשו בניגוד לכלל "הראיה הטובה ביותר".

התשתית הנורמטיבית

21. כלל "הראיה הטובה ביותר", אשר מקורו במשפט האנגלי (1744) 125 ER 1310 (*Omychund v Barker*), קובע, כי לצורך הוכחת תוכנו של מסמך בבית המשפט, יש להציג בפניו את המסמך המקורי. ביסודו של הכלל ניצבת ההנחה, כי רק המסמך המקורי יכול לשקף, באופן המהימן ביותר, את תוכנו (ע"פ 612/76 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד

לא(3) 365 (1977); נינה זלצמן "סליל-הקלטה כמסמך והדרישה הראייתית לכתב" עיוני משפט יב 77, 85 (1987) (להלן: זלצמן); שלמה שרשבסקי "כלל הראיה הטובה ביותר" משפטים ד 382,386-385 (תשל"ב- תשל"ג)). מאחר שהקלטה מוגדרת אף היא כמסמך (ע"פ 175/10 חנוכיב נ' מדינת ישראל (28.7.2011) (להלן: עניין חנוכיב); ע"פ 869/81 שנירנ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169 (1984) (להלן: עניין שניר), הרי שלכאורה דורש הכלל את הגשת ההקלטה המקורית של השיחה המרכזית, מושא הערעור.

עם זאת, בצידו של הכלל, אשר הכביד על הבאת ראיות שונות, והוביל, בנסיבות מסוימות, לעיוותי דין, התפתחו חריגים. כך, נקבע כי ראיה משנית תהא קבילה גם היא, מקום שהמסמך המקורי אבד או הושמד, ללא כוונת זדון, או כאשר הגשתו כרוכה בקשיים (נמרוד קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי - ראיות אלקטרוניות וסדרי דין, 161 (2000); ע"פ 105/51 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלד, פ"ד ו 783)או באי נוחות רבה (ע"א 8423/06 שדה נ' לוינזון (10.8.2010); ע"א 1046/90 ברוכיאן נ' כלי, פ"ד מה(5) 345 (1991)).

זאת ועוד, על רקע המגמה להקל בכללי קבילותה של ראיה, ולהתמקד בשאלת מהימנותה ומשקלה של הראיה (ע"פ 4178/10 פרג' נ' מדינת ישראל (19.8.2013) (להלן: עניין פרג'); ע"א 4814/09 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' מדינת ישראל (22.12.2010)), וכן לנוכח ההתפתחות הטכנולוגית, שאפשרה הצגת העתקי מסמכים זהים למקור, הוסיף והתערער מעמדו של כלל "הראיה הטובה ביותר". בהמשך למגמה זו, קבעה ההלכה הפסוקה כי ניתן להוכיח תוכנו של מסמך באמצעות העתקו - קרי ראיה משנית - ככל שבעל הדין הנוגע בדבר יספק טעם ראוי לאי הצגתו של המסמך המקורי (עניין שניר; ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71 (2001)). למעשה, השתרש בפסיקה הכלל, כי "בהיעדר חשש לאמינות ה'העתק', לא יהיה באי הבאת המסמך המקורי כשלעצמו כדי לכרסם בתשתית הראייתית של בעל הדין העושה בו שימוש" (ע"א 9622/07 הולין נ' קופת חולים כללית של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פסקה 25 לפסק הדין (30.5.2010)). וראו גם: ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (16.11.2010); ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565 (1993)).

22. למען שלמות התמונה, יובהר, כי גם במסגרת החקיקה הישראלית עוגנה אפשרות מסוימת לקבלת ראיות משניות כראיה. כוונתי לאפשרות להגיש לבית המשפט העתק צילומי של רשומה מוסדית, כראיה לאמיתות תוכנה, אף שההעתק הצילומי הוא בגדר ראיה משנית (סעיף 41 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971 (להלן: פקודת הראיות)), וכן פלט מחשב של רשומה מוסדית (סעיף 41 לפקודת הראיות), שאף הוא, מעצם טיבו, נחשב לראיה משנית של מסד הנתונים המצוי במערכת הממוחשבת עצמה (גבריאל הלוי תורת דיני הראיות ג 861-858 (2013) (להלן: הלוי)).

עוד ראוי להדגיש, כי בעבר הוגשה הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (מספר 15) (העתק מקור), התשס"ו-2006 (ה"ח 232, 248), במסגרתה הוצע לבטל את כלל "הראיה הטובה ביותר", ולקבוע כי גם העתק יהיה קביל כראיה, ובלבד שהוא "תוצר המתקבל מתהליך טכנולוגי שבו מיוצרים תוצרים הזוהים בתוכנם למקור". הצעת חוק זו לא הבשילה לכדי חקיקה, ואולם, לאחרונה, שוב עומלים במשרד המשפטים לקידומה של אותה הצעה. כך, בחודש אוגוסט 2015, פרסם משרד המשפטים "קול קורא" המזמין את הציבור להעביר את התייחסותו בכתב לצוות הבוחן את תקפותו של כלל "הראיה הטובה ביותר" (<http://www.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/KolKoreAug15.aspx>).

23. לבסוף, יש ליתן את הדעת לעובדה, כי בהלכה הפסוקה לא קיים "מדרג" של ראיות משניות, העשוי להשפיע על

שאלת קבילותן. במילים אחרות, בעל דין רשאי להגיש ראיה משנית, גם אם נטען כי מהימנותה מוטלת בספק, ולהמנע מהגשת ראיה משנית אחרת, הנחשבת כמהימנה יותר. בכך אין כדי לפסול את הגשת הראיה המשנית, שלכאורה, מהימנה פחות (עניין שניר). גם סוג הראיה המשנית, היינו, בין אם המדובר בעדות בעל פה אודות תוכן המסמך ובין אם בהעתק כתוב שלו, אינו קובע את שאלת קבילותה של הראיה, ולעיתים דווקא עדות מדוייקת של עד, אודות תוכנו מסמך (הוא הראיה המקורית שאינה בנמצא), עשויה להיות מהימנה יותר מהעתק בלתי קריא של המסמך (הלוי, בעמ' 456). רוצה לומר, כי טיבה ומידת מהימנותה של הראיה המשנית עשויים למצוא את ביטויים רק בשאלת המשקל שיינתן לראיה, וזאת בסופו של ההליך המשפטי. דברים אלו נכונים גם מקום בו ראיה משנית אחת היא העתק "רחוק", של המסמך המקורי, והראיה המשנית האחרת, מהווה העתק "קרוב" יותר של המקור. מידת "המרחק" של ההעתק מהמסמך המקורי, אינה משפיעה על קבילותו של ההעתק כראיה משנית (הלוי, שם).

משפט משווה

24. הכרסום במעמדו של כלל "הראיה הטובה ביותר" בישראל עוקב אחר מגמה דומה שהתרחשה במשפט האנגלו-אמריקאי. כך, באנגליה הצטמצם עד מאוד היקפו של הכלל, ולפי ההלכה הפסוקה בעל דין ידרש למסור את המסמך המקורי, כראיה לתוכנו, רק בנסיבות בהן הוא מצוי ברשותו. R v. Wayte (1982) 76 Cr. App. R. 110 ; Kajala v. Brshoto. [2001] EWCA (Civ) 563, Noble (1982) 75 Cr. App. Rep. 149; Masquerade Music Ltd v Springsteen [2001] EMLR 654. אשר למשמעות המונח "מצוי ברשותו" הובהר, כי "we would say that it means a party who has the original of the document with him in court or could have it in court without any difficulty. In such a case, if he refuses to produce the original and can give no reasonable explanation [...] the copy will be excluded" (Arowolo v. Department for Work and Pension [2013] [17] [EWHC (admin) 1671].

פסקה 133 ל- 44- Criminal Justice Act 2003, c. באנגליה מצביעה על גמישותו של הכלל, שכן היא קובעת כי ניתן להוכיח תוכנו של מסמך באמצעות העתקו, אם אותו העתק יאומת בכל דרך שתאפשר על ידי בית המשפט, גם אם המקור אינו בנמצא. כך, ניתן להוכיח את תוכנה של הקלטה או של קלטת וידאו באמצעות העתק ההקלטה או הקלטת, וכן באמצעות עדות של מי שהאזין להקלטה או צפה בקלטת הוידאו. משקלה של הראיה ייקבע בהתאם לאיכותה ולאמינותו של העד המעיד על תוכנה (R v Nazeer [1998] Crim. L.R. 750 (AC); Taylor v Chief Constable of Cheshire [1986] 1 WLR 1479 (QB); Ian Dennis, The Law Of Evidence 520 (4th ed. 2010) (להלן: Dennis). הראיה המשנית יכולה גם להיות העתק שני ושלישי של המסמך המקורי, כל עוד הוכח כי מדובר בהעתק מהימן של המקור (Peter LL.B. Murphy & Richard Glover, Murphy on Evidence 660 (12th ed. 2011) (להלן: Murphy); Adrian Kean & Paul Mckeown, The Modern Law of Evidence 268 (9th ed. 2012) (להלן: Murphy)). וכמו בישראל, אין עדיפות דווקא לראיה משנית אחת על פניה ראיה משנית אחרת.

25. גם בארצות הברית נקבע כי בתי המשפט יכולים להסתפק בהצגתה של ראיה משנית, אם המסמך המקורי אבד או הושמד, שלא בזדון. זאת, כאשר השגות בעניין טיבה של הראיה המשנית יילקחו בחשבון במסגרת קביעת משקלה של הראיה (United States v. Billingsley, 160 F.3d 502 (8th Cir. 1998); Seiler v. Lucasfilm, Ltd., 808 F.2d)

.((1316 (9th Cir.1986);Bituminous Cas. Corp. v. Vacuum Tanks, Inc., 975 F.2d 1130 (5th Cir. 1992 לפיכך, אם הקלטה מקורית אבדה בתום-לב, ובית המשפט משתכנע כי הראיה המשנית משקפת במדויק את המילים שנאמרו בהקלטה המקורית, לא יהא פגם בקבילותה של הראיה המשנית (Kenneth S. Broun et al., McCormick; McCormick; United States v. Blazano, 687 F.2d 6) (להלן: McCormick; United States v. Blazano, 687 F.2d 6) (on Evidence, Vol 2, at 131 (7th ed. 2013)). ראייה משנית לתוכנה של הקלטה עשויה להיות תמליל שהוגש באמצעות מי שהקליד את התמליל, או באמצעות עדות של מי שנטל חלק בשיחה, ואישר כי האמור בתמליל תואם את שהוקלט (United States v. Workinger, 90 F.3d 1409 (9th Cir. 1996); United States v. Ross, 33 F.3d 1507 (11th Cir. 1994); McCormick, 137).

במסגרת דיני הראיות הפדרליים, קובע כלל 1002 ל-Federal Rules of Evidence כי יש להגיש מסמך מקורי על מנת להוכיח את תוכנו. ואולם, כלל 1003 מבהיר, כי גם העתקו של מסמך יהא קביל כראיה, כמו המסמך המקורי, ובלבד שלא התעוררה שאלה כנה בנוגע לאמינות המסמך המקורי, או מתקיימות נסיבות לפיהן יהא זה בלתי הוגן להגיש את ההעתק במקום את המקור. החריגים לכלל 1003 מכוונים לנסיבות בהן הצגתו של המקור עשויה לגלות סימנים או שינויים, שלא ניתן לאתר באמצעות העתקו בלבד. ואולם, טענתו של בעל דין בדבר חוסר האותנטיות של המסמך המקורי צריכה להתמך בעובדות ספציפיות, אשר מעלות תהיה סבירה בעניין זה, ולא ניתן להסתפק בטענות בעלמא (Kassel v. U.S., 319 F. App'x. 558 (9th Cir. 2009); U.S. v. Starr, 241 Neb. 609, 489 N.W.2d (1992) (857)). חוסר ההגינות בו מדבר כלל 1003 יכול להתקיים כאשר ההעתק המוצג בפני בית המשפט אינו כולל חלקים חיוניים מהמקור (McCormick, 149).

בשולי הדברים אציין, כי אף החוק הפדרלי אינו קובע "מדרג" של ראיות משניות, וכולן תהיינה קבילות בהתאם לתנאים הקבועים בו. יחד עם זאת, בחלק קטן ממדינות ארצות הברית אומצה הגישה, שהיתה מקובלת בעבר בארצות הברית, כי העתק כתוב של מסמך מקורי ייחשב ראיה משנית עדיפה על עדות פני עדות בעל פה אודותיו (פסקה 1523 ל-California Evidence Code)).

26. כמו במרבית מדינות ארצות הברית ובאנגליה, גם בקנדה נשחק מעמדו של כלל "הראיה הטובה ביותר". זאת, בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות המייתרות, לרוב, את משמעות ההבדל בין מסמך מקורי להעתקו (John Sopinka, Alan W. Bryant & Sidney N. Lederman, The Law of Evidence in Canada 939-940 (1992)). כך נקבע בפסיקה הקנדית, כי מקום שבו בעל דין מספק הסבר סביר להעדרו של המסמך המקורי, ניתן להגיש לבית המשפט ראיה משנית (R. v. Duncan, [2016] O.J. No. 834 (Ont. Sup. Ct.); R. v. Swartz (1977) 37 C.C.C. (2d) 409 (Ont. C.A.); R. v. Shayesteh (1996) 94 O.A.C. 81 (Ont. C.A.); R. v. Fitzgerald (1980), 29 NB (2d) 283). לפיכך, כאשר בית המשפט העליון של קנדה השתכנע כי המסמכים המקוריים, שבאותן נסיבות היו קלטות, נמחקו על ידי אנשי המשטרה, שלא בזדון, הוא קיבל כראיה את העתקי הקלטות, שנחזו להיות אותנטיות (Papalia v. R. [1979] 2 S.C.R. 256). כך גם, אישרה ערכאת הערעור של ניו ברנזוויק הגשת העתק חלקי של הקלטה מקורית, שהיה רלוונטי וברור יותר מחלקו האחר, כמו גם את תמלולו של ההעתק (R. v. Fitzgerald (1980), 29 NB (2d) 283).

27. עוד ראוי להוסיף, כי החקיקה באוסטרליה הצהירה על ביטול עקרונות וכללי המשפט המקובל הנוגעים לאמצעים להוכחת תוכנו של מסמך, ולמעשה ביטלה בכך את הצורך להגיש את המסמך המקורי דווקא, לשם הוכחת תוכנו (סעיף

51 ל- The Evidence ACT 1995). לשאלת היותו של המסמך מקור או העתק, מכל סוג שהוא, אין עוד חשיבות, כל עוד ההעתק זהה למסמך המקורי, בחלקים הרלוונטיים הנדרשים (Alan Davidson, Social Media and Electronic Commerce Law Of 388-389 (2016)).

ומן הכלל אל הפרט

28. לנוכח ההתרופפות, המוצדקת לטעמי, במעמדו של כלל "הראיה הטובה ביותר", אינני רואה כל קושי ראייתי בקבילותם של מכשיר ההקלטה הנייד או התקליטור, המתעדים את תוכן השיחה המרכזית. זאת, בין אם מדובר בהעתק שלישי של השיחה המרכזית או בהעתק רביעי שלה. לגיטימי, נוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות, המצמצמות את הפער שהיה בעבר בין מסמך מקור להעתקו, ולאור הגמשת כללי קבילות הראיות ומתן הדגש לשאלת משקלה של הראיה, אין עוד טעם מבורר לפסול העתק של הקלטה. זאת, ככל שבעל הדין, המבקש להגישו, מצהיר כי ההקלטה המקורית אינה ברשותו, וההעתק נחזה להיות העתק מהימן של אותה הקלטה. במצב דברים זה, יהא מקום לשקול את פסילת העתק ההקלטה כראיה, רק מקום בו המבקש את הפסילה, יציג ראיות קונקרטיות המעוררות חשש של ממש כי ההקלטה מזוייפת. אחרת, אין לפסול את ההקלטה, על יסודו של כלל "הראיה הטובה ביותר", וזאת בלבד. אין צריך לומר, כי השגות בדבר איכות ההקלטה או מהימנותו של המקליט יילקחו בחשבון בעת קביעת משקלה של הראיה.

29. בענייננו, לא מצאתי בדל של ראיה לטענת ההגנה, כי הראיה המשנית זוייפה או נערכה מחדש על ידי המתלונן, והכל בכדי למנוע מרשויות החקירה להחשף לראיה המקורית, היא השיחה המרכזית שהוקלטה באמצעות הטלפון הנייד שברשותו. אכן, ראוי היה כי גורמי החקירה יפעלו לקבל לרשותם את מכשיר הטלפון הנייד של המתלונן, עת זה הגיש את תלונתו. יחד עם זאת, אין יסוד לטענת ההגנה, כי העובדה שהמתלונן לא מסר למשטרה את מכשיר הטלפון הנייד שלו, אלא רק את מכשיר ההקלטה הנייד, נועדה לאפשר למתלונן להשלים את תוכניתו הזדונית, היינו: לביים שיחה מפלילה שתקשור את המערער למעשים המיניים, תוך שיבוש איכות השמע של השיחה, באופן שימנע מרשויות החקירה להיווכח, כי למעשה המערער לא נטל בה כל חלק.

מן הראוי לציין, בנוסף, כי ההגנה לא העידה כל מומחה שיאשר, את מה שהיה מובן מאליו, לשיטתה, כי השיחה המרכזית נשמרה בזכרון המחשבים של חברת הסלולר. טענה מעין זו גם לא נטענה קודם להגשת הערעור, וממילא המתלונן לא התבקש להתייחס אליה. אוסיף עוד, כי גם אם היה בידי ההגנה להוכיח את האמור לעיל, אין כל ראיה לפיה המתלונן הוליק את המשטרה שולל, וגרם לה לסבור כי אין דרך להאזין להקלטה המקורית של השיחה המרכזית, אלא באמצעות העתק ההקלטה שנשמר במכשיר ההקלטה הנייד. אוסיף, בהקשר זה, את המובן מאליו, כי על אנשי המשטרה, ולא על המתלונן, מוטל הנטל לאסוף את הראיות הרלוונטיות לחקירה. לפיכך, גם אם המשטרה התרשלה בתפקידה בעניין זה, אין בכך כדי להעיד כי הדבר היה באשמתו של המתלונן.

30. בהמשך לאמור, יודגש, כי גם אם רשלנות חמורה של גורמי המשטרה, היא שמנעה את קבלתה של הראיה המקורית - השיחה שהוקלטה במכשיר הטלפון הנייד של המתלונן - אין בכך כדי לשלול את קבילותה של הראיה המשנית, המעידה על תוכנה של אותה הקלטה. ואכן, לא פעם, אישרו בתי המשפט בישראל קבלתה של ראיה משנית לתוכנה של הקלטה, גם מקום בו ההקלטה המקורית לא נמצאה מחמת רשלנות, לכאורה, של מי שביקש להגיש את

הראיה המשנית. כך, קיבל בית המשפט עדות אודות תוכן קלטות מצלמת אבטחה; קלטות ערוכות, ששימרו רק חלק מתוכן הקלטות מקוריות; וכן טבלאות נתונים שערך עד, לאחר צפייה בקלטות המקוריות - שעה שקלטות המצלמה המקוריות לא נשמרו במלואן (רע"פ 9517/10 נסריאצ'י נ' מדינת ישראל (30.1.2011)). עדות, וכן מזכר אודות תוכנה של קלטת וידאו, התקבלו כראיה, גם כאשר התגלו קשיים בהפעלת קלטת הוידאו המקורית, בשל בעיית קידוד (עניין חנוכיב). במקרה אחר, קיבל בית המשפט כראיה תמליל קלטת שחזור עבירה ואת דו"ח השחזור, שנרשם בידי השוטרים שערכו את השחזור, מקום בו קלטת השחזור נעלמה "בחלוף הזמן" (ע"פ 4380/08 סעסע נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (8.4.2010)). תמליל שיחה מוקלטת התקבל כראיה, גם בנסיבות בהן סלילי הקלטת המקורית נמחקו על ידי אחת השוטרות, שסברה, בטעות, כי אין בהם צורך, ועשתה בסלילי ההקלטה שימוש חוזר (ע"פ 3795/92 לוינ' מדינת ישראל (22.9.94)). לבסוף ובעניין שני, התקבלה כראיה תמצית תוכן שיחה מוקלטת, שנרשמה על ידי איש המשטרה שהאזין לה, כאשר ההקלטה המקורית נמחקה. לאור האמור לעיל, אין לפסול את קבילות הראיות המשניות שהוגשו בענייננו, גם אם נגיע למסקנה כי העדרה של הראיה המקורית הוא תוצר מחדליהם של גורמי החקירה, ואף של המשיבה בענייננו, דבר שאליו אדרש בהמשך.

31. בשולי הדברים, אבהיר כי גם אם המשיבה לא היתה מחוייבת להגיש לבית המשפט את הראיות הטובות ביותר, אותן יכולה היתה להשיג, קרי: מכשיר הטלפון הנייד של המתלונן, או למצער ראייה משנית ראויה בדמות הקלטה מקצועית יותר של תוכן השיחה המרכזית (ע"פ 7255/14 אנטקלי נ' מדינת ישראל (11.4.2016)); ע"פ 2950/11 חן נ' מדינת ישראל (8.5.2014); ע"פ 4844/09 מסעאד נ' מדינת ישראל (31.5.2010); ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 135 (2001)), הרי שהמנעות המשיבה מהגשת הראיות הטובות ביותר, עליהן יכולה היתה המשיבה לשים את ידה, כרוכה בסיכון, שמא ינתן משקל מופחת לראיות שהוגשו על ידה, באופן שעשוי להוביל לאי עמידתה בנטל השכנוע המוטל על כתפיה.

קבילות הקלטת השיחה המרכזית - תנאי הקבילות הטכנית

32. כאמור לעיל, הגעתי לידי מסקנה כי הראיה המשנית בענייננו, היינו: מכשיר ההקלטה הנייד או התקליטור עליהם הוקלטה השיחה המרכזית, מהווה ראייה קבילה. ואולם, ראייה זו, ככל הקלטה המוגשת לבית המשפט, צריכה לעמוד בתנאי הקבילות הטכנית שנקבעו בהלכה הפסוקה. כללי קבילות אלו נועדו להבטיח כי ההקלטה אכן משקפת נאמנה את אשר נאמר בפועל על ידי הדוברים בה (ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857 (1990)).

התשתית הנורמטיבית והצעה לשינוי

33. בע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 1205, 1209 (1959) נקבעו, בהמשך לפסיקה בארצות הברית (United States v. McKeever, 169 F. Supp. 426 (S.D.N.Y. 1958); United States v. McMillan, 508 (F.2d 101 (8th Cir. 1974))), ששה תנאים מצטברים לקבילותו של סרט הקלטה כראיה, הטעונים הוכחה, ואלו הם: (1) המכשיר, או האמצעי האחר ששימש להקלטה, פועל כהלכה ועשוי לקלוט או להקליט את הדברים שנאמרו; (2) האדם אשר טיפל בהקלטה הידע את מלאכתו; (3) ההסרטה או ההקלטה מהימנים ונכונים; (4) בסרט ההקלטה לא נעשו

שינויים בצורת הוספות או השמטות; (5) קולות הדוברים בהקלטה זוהו כהלכה; (6) הדברים נאמרו מרצונם הטוב של הדוברים "שמא טופל בסליל באופן שיש בו כדי להוסיף או לגרוע, הרי עולה כאן השאלה, אם לא טופל בדובר או בדוברים באופן שיש בו כדי להביאם לאמירת דברים, שהשמעתם נכפתה עליהם, או, לחלופין, שמא נעדרת תגובה של אחד הנוכחים, מאחר שמנעו ממנו בכוח להשמיע דבריו" (עניין שניר, פסקה 16).

ראוי להבהיר כי, הלכה למעשה, התנאי השישי והאחרון מתייחס לתוכנה של השיחה המוקלטת, ולא לתנאים הטכניים לקבלתה כראיה. התנאי יהא רלוונטי מקום בו יש להוכיח, כי הדברים המופיעים בהקלטה נמסרו מרצונו הטוב של הדובר, ולא בכפייה - כגון כאשר מדובר בהודאת נאשם מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות. בנסיבות אחרות, שאלת קיומו של תנאי זה עשויה להשפיע רק על משקלה של הראיה המוקלטת, וזאת בלבד, ולא על קבילותה (יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1330 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009)). בענייננו, ממילא לא נטען על ידי ההגנה, כי הדברים שנאמרו בשיחה המרכזית נמסרו עקב כפייה או איום, ולכן גם אם עסקינן בתנאי רלוונטי, הרי שהוא אינו מעלה או מוריד, בנסיבות דנן.

זה גם המקום לציין, כי בעל דין, המבקש להגיש את ההקלטה כראיה, הוא אשר נושא בנטל להוכיח את קבילותה הלכאורית, בהתאם לתנאים האמורים. זאת, כאשר הצד היריב רשאי, אך אינו חייב, להביא ראיות משלו להוכחת אי קבילותה הטכנית של הראיה (זלצמן, בעמ' 80; ע"פ 405/80 מדינת ישראל נ' שדמי, פ"ד לה (2) 757 (1981); ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 561 (1980) (להלן: עניין אפללו)).

34. ברבות הימים, התפתחה בהלכה הפסוקה מגמה של גמישות מסויימת בבחינת תנאי הקבילות הטכנית של הקלטה כראיה במשפט. בעיקר אמורים הדברים בנוגע להוכחת התנאי הרביעי לקבילותה של הקלטה, שעניינו בהקפדה שלא נערכו שינויים בהקלטה גופה. כך נקבע, כי מטרתו של הכלל היא להבטיח כי לא נוספו להקלטה דברים שלא נאמרו בפועל על ידי הדוברים בה, או שמא הושמטו ממנה חלקים, באופן שהחלק שנותר בהקלטה אינו משקף נכונה את אשר נאמר בה (עניין אפללו; עניין שניר). עם זאת, נקבע, כי "כל עוד אין ראיה בדבר טיפול זדוני בהקלטה כדי לשנותה בדרך זו או אחרת, אין בעובדה, שקטעים ממנה לא ניתנים לפיענוח או להבנה או שקטעים ממנה לא הוקלטו או נמחקו בטעות, כדי לפסול כראיה את שניתן לשמיעה ולהבנה" (ע"פ 331/88 חלובה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 141, 146 (1990) (להלן: עניין חלובה)). וראו גם: ע"פ 378/74 מסר נ' מדינת ישראל, פ"מ ל (1) 687 (1976)). בהתאם למגמה האמורה, קיבלו בתי המשפט סלילי הקלטה כראיה, גם כאשר אלו לא תיעדו באופן רציף את השיחה שהוקלטה, אם בשל תקלה (עניין חלובה), ואם בשל פעולה מכוונת של מי שביצע את ההקלטה (עניין אפללו). עוד נקבע, והדברים נוגעים יותר ליישומם של שני התנאים הראשונים לקבילות הטכנית, כי איכות נמוכה של הקלטה לא תפגע בקבילותה כראיה (עניין פרג').

בנסיבות מסויימות, הכירה הפסיקה בישראל באפשרות לקבל הקלטת שיחה כראיה, גם כאשר תנאי הקבילות הטכנית האמורים לא הוכחו, כלל ועיקר. כך, התקבלה הקלטה כראיה, מבלי שנבחנו תנאי קבילותה הטכנית, מקום בו הנאשם אישר, מפורשות או במשתמע, את תוכן השיחה (ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 150 (2000); ע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (1) 791 (1998)). המשיבה סברה, כי ניתן להקיש מהפסיקה האמורה לענייננו, ואולם בנדון דידן, המערער מתכחש להיותו הדובר בשיחה המרכזית. קבלת ההקלטה, תוך

יותר על בחינת כללי הקבילות הטכנית, מקום בו המתלונן, שהינו בעל אינטרס בהרשעת המערער, הוא שביצע את ההקלטה, והוא היחיד המאשר את האמור בה, הינה, לטעמי, מרחיקת לכת.

35. יחד עם זאת, אני סבור כי הגיעה העת להעריך מחדש את תנאי הקבילות הטכנית של הקלטה, אשר נקבעו עוד בשלהי שנות ה-50, וזאת מבלי להידרש לשאלה, האם הגורם שעשוי להפגע מתוכנה של ההקלטה, אישר את הנאמר בה. יצויין, כי גם באי כוחו של המערער הסכימו, כי תנאי הקבילות הטכנית מתאימים לשנים עברו, עת נעשה שימוש בקלטות על מנת לתעד תוכן של שיחה, ופחות לימינו אנו, כאשר השימוש ביישומי הטלפון הנייד ובמחשבים, לצרכי הקלטה והעתקה של שיחה, הוא בגדר חזון נפרץ. ואולם, בעוד שההגנה סבורה כי בשל ההתפתחות הטכנולוגית יש לדקדק עוד יותר בתנאי הקבילות, דעתי היא כי יש לעמוד, כיום, רק על חלק מאותם תנאים. בסופו של יום, תנאי הקבילות הטכנית, שנקבעו בפסיקה, נועדו להבטיח כי ההקלטה היא מהימנה, במובן זה שהיא משקפת נאמנה את אשר נאמר בה. לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות, להן אנו נחשפים מדי יום ביומו, אינני סבור כי יש לעמוד על קוצו של י' בהוכחת כל אחד ואחד מהתנאים. הדברים אמורים במיוחד בנוגע לתנאים בדבר הוכחת תקינותו של מכשיר ההקלטה וכשירותו של המקליט.

לטעמי, ברירת המחדל כיום היא כי מכשירי ההקלטה הדיגיטליים, לרבות אלו המותקנים בטלפונים ניידים, הינם תקינים לצורך הקלטה (לברירת מחדל דומה, באשר לתקינות מערכת ממוחשבת, מקום שבעל דין מבקש להגיש פלטי מחשב כראיה במשפט פלילי, ראו את ההלכה במשפט המקובל (Dennis), בעמ' 521)). עוד יש להניח, כל עוד לא הוכח אחרת, כי המחזיק בטלפון הנייד, אשר עשוי להיות, לעיתים, צעיר מאוד בגילו, הינו "כשיר" להקליט באמצעות המכשיר, המשמש אותו גם כאמצעי הקלטה. לשיטתי, ועל יסוד האמור לעיל, ראוי לנסח מחדש את התנאים המרכזיים לקבילותה של הקלטה, באופן שבתי המשפט יעמדו, באופן דווקני, על קיומם של שני תנאים מרכזיים: הוכחת מהימנותה של ההקלטה, כמשקפת את אשר נאמר בין הצדדים לשיחה במועד ההקלטה; וזיהוי כהלכה של הדוברים באותה שיחה. בשלב של בחינת מהימנותה של ההקלטה, ניתן להדרש גם לשינויים ולמחיקות, שאולי נעשו בה, ומידת השפעתם על התוכן הרלוונטי, בגינו הוגשה ההקלטה. סבורני, כי בחינה קפדנית של מהימנות ההקלטה עשויה ליתן מענה לחשש, כי דווקא עקב חידושי הטכנולוגיה קל יותר לזייף תוכנה של הקלטה, מבלי להותיר עקבות מוחשיים.

משפט משווה

36. זה המקום להראות כי אף מדינות נוספות, המחזיקות בשיטת המשפט המקובל, נוקטות בעמדה גמישה כלפי כללי הקבילות הטכנית של הקלטה כראיה.

בארצות הברית קבעה ההלכה הפסוקה, כי על בעל דין המגיש הקלטה במשפט פלילי להוכיח ארבעה תנאים: תקינות מכשיר ההקלטה; כשירותו של הגורם המבצע את ההקלטה; העדר מחיקות, תוספות או שינויים מהותיים, בחלק הרלוונטי של ההקלטה; וזיהוי הדוברים הרלוונטיים בשיחה (United States v. Thompson, 130 F.3d 676 (5th Cir. 1997); United States v. Biggins, 551 F.2d 64 (5th Cir. 1977)). ואולם, בתי המשפט הדגישו, לא אחת, כי אין דרישה להקפדה נוקשה על קיומם של התנאים, ולבית המשפט מוקנה שיקול דעת רחב בקביעת קבילותה של ההקלטה, כאשר המטרה העיקרית היא להבטיח ולבסס את מהימנותה (United States v. Chaney, 299 F. App'x.).

447 (5th Cir. 2008); *United States v. Stone*, 960 F.2d 426 (5th Cir. 1992); *United States v. Hughes*, 658 F.2d 317 (5th Cir. 1981). כן למשל, בפסק דין Hughes, העובדה שהמדינה כשלה מלהוכיח את תקינות מכשיר ההקלטה ואת כשירותו של המקליט לא עמדה לה לרועץ. זאת, לאחר שבית המשפט קבע כי תוכן ההקלטה תאם את האמור בעדותו של השוטר, אשר נטל בה חלק; כי הנאשם הוא הדובר בשיחה, לאחר שקולו זוהה על יד השוטר, שניהל איתו בעבר שיחות קודמות ומשהנאשם עצמו אישר כי מדובר בקולו; וכי לא היה כל רמז לכך שההקלטות עברו שינוי. לדברי בית המשפט, בעמ' 323: "Where there is sufficient independent evidence of the accuracy of the tape recordings to insure their reliability, we will not disturb the trial court's decision to admit them, even though at the time that judgment was made, the government had not carried its particularized burden" (ראו גם: *biggins*, בעמ' 67; *United States v. Buchanan*, 70 F.3d 67 (5th Cir. 1995)). אשר לחשש בדבר שיבוש תוכנה של הקלטה, הובהר בפסיקה, כי אין צורך לשלול לחלוטין אפשרות של שינויים או זיוף של ההקלטה, כתנאי לקבילותה, ודי אם יקבע כי אין מדובר באפשרותסבירה (*United States v. Haldeman*, 559 F.2d 31, 107(D.C. Cir. 1976); *United States v Sandoval*, 709 F.2d 1553, 1555 (D.C. Cir. 1983)).

37. באנגליה, קבעו בתי המשפט כי ניתן יהא לקבל הקלטה כראיה בתנאים אלה: המדובר בראיה רלוונטית; ההקלטה מדוייקת ונכונה; וקולות הדוברים בה זוהו לאשורם. עוד הובהר בפסיקה, כי בית המשפט יבחן את קיומם של התנאים בזהירות, ובהתאם לנסיבות שבפניו (*R. v Haq, The Times* 28 (AC) February 1996). לעניין הוכחת נכונות ההקלטה, נקבע, כי על מגיש ההקלטה לשכנע את בית המשפט, במאזן ההסתברויות, כי ההקלטה היא, לכאורה, אותנטית ומובנת לשמיעה. עוד הובהר, כי הוכחת מקורה של ההקלטה, ומה נעשה בה עד לרגע בו הוגשה לבית המשפט, תספק את תנאי האותנטיות (*R v Robson and R v Harris* [1972] 2 All ER 699, [1972] 1 WLR 651; *Murphy*, 673; *Colin Tapper, Cross and Tapper on Evidence* 65 (11th ed, 2007); ולפסיקה בצפון-אירלנד (*R v. Murphy* [1990] NI 306; *R v. Quinn* [2010] NICC 27). יצוין, כי בתי המשפט באנגליה קיבלו הקלטה כראיה לתוכנה גם כאשר איכותה היתה גרועה והתעוררו קשיים של ממש בתמלולה, וזאת כל עוד כללה ההקלטה חלקים, אותם ניתן היה לשמוע ולהבין (*R v. Haq, The Times* 28 February 1996). (AC)

38. בדומה לאנגליה, קבעה ההלכה הפסוקה בקנדה, כי מקום שבית המשפט משתכנע כי ההקלטה אותנטית, מדוייקת ומשקפת את אשר נאמר בזמן אמת, ללא תוספות או מחיקות; קולות הדוברים בה מזוהים; והשיחה (אלמלא ההקלטה) הינה קבילה, הרי שניתן לקבלה כראיה (*R. v. Windrum (p.)* (1994), 126 Sask. R. 15 (Sask. Q.B.); *R. v. Sommervill*, [1963] 3 C.C.C. 240 (Sask. C.A.); *R. v. Parsons* (1977), 33 N.R. 161 (Ont. C.A).), והחלטת בית המשפט נאמר בזמן אמת, ללא שינויים ומחיקות. (*R. v. Charette*, [1980] 1 S.C.R. 785).

39. עוד אציין, כי אף באוסטרליה השתרשו תנאים דומים לקבילותה של הקלטה. תנאים אלו דורשים ממגיש ההקלטה להוכיח כי תוכנה הוא רלוונטי; כי קולות הדוברים בה מזוהים, למשל על ידי עדות; וכי ההקלטה הינה אותנטית ולא מזוייפת. בנסיבות בהן אין להקלטה תרומה ראייתית נכבדה, וישנן ספקות באשר לאותנטיות שלה, היא עשויה להפסל כראיה (*I. A. Wilson & K. N. Garner, Evidence of Tape Recordings*, 4 Queensl. U. Tech. L. J. 113 (1988)).

סיכומם של דברים, מדינות נוספות, הנוהגות על פי המשפט המקובל, אינן עומדות על הוכחת תקינותו של מכשיר ההקלטה וכשירותו של המקליט, כתנאי לקבילותה של ההקלטה כראיה. בדומה לעמדתו, ההלכה הפסוקה הנוהגת באותן מדינות מדגישה שני תנאים עיקריים לקבילותה של ההקלטה - בחינת מהימנותה של ההקלטה וזיהוי הדוברים בה. כאמור, סבורני כי יש לנהוג כך, גם בעת בחינת קבילותה של ההקלטה בשיטת משפטנו.

ומן הכלל אל הפרט

40. במקרה שלפנינו, המערער מכחיש כי נטל חלק בשיחה המרכזית. מעבר לכך ולטענתו, האזנה להקלטה המשובשת של השיחה המרכזית ועיון בתמליל השיחה, אשר כולל קטעים רבים שהוגדרו על ידי המתמלל כלא-ברורים, אינם מאפשרים לקבל את ההקלטה כראיה. בהתייחס לתנאי הקבילות הטכנית שנקבעו בפסיקה, העלה המערער את הטענות הבאות: (1) לא ניתן לקבוע שמכשיר ההקלטה פעל כהלכה; (2) "האדם שטיפל בהקלטה", כלומר המתלונן, ידע את מלאכת השיבוש, אותה ביצע היטב; (3) אין מדובר בהקלטה מהימנה ונכונה - וזאת, מאחר שלא הוכח כי השיחה המרכזית התקיימה לאחר שהמתלונן התקשר לטלפון הנייד של המערער; משום שבית משפט קמא לא שקל את האפשרות הסבירה, לפיה המתלונן ביים שיחה בינו לבין אדם שלישי, ושזר בה פרטים ביוגרפיים אודות המערער, הגם שאפשרות זו לא הועלתה על ידי ההגנה בפני בית משפט קמא; ומשום שמהימנות ההקלטה נסמכה על מהימנות המתלונן, אשר גרסתו ממילא אינה מהימנה; (4) נעשו בהקלטה שינויים בצורת הוספות או השמטות, שכן, לדידו של המערער, עצם העתקת השיחה המרכזית ממכשיר למכשיר מהווה שינוי מהותי בהקלטה; (5) ולבסוף, לא זוהו קולות הדוברים בהקלטה, משום שעל פי חוות הדעת של מז"פ לא ניתן לקבוע שהמערער הוא הדובר בה.

41. אין בידי לקבל את טענותיו אלה של המערער, ודעתי היא כי ההקלטה כשרה כראיה, כפי שקבע בית משפט קמא. טרם שאדרש לתנאי הקבילות הטכנית, אבהיר, כי ער אני לעובדה שמבצע ההקלטה, בנסיבות דנן, איננו גורם אובייקטיבי, כדוגמת איש משטרה המקליט חשודים בביצוע עבירה, כחלק משגרת תפקידו. על פי הכרעת הדין, המדובר ביוזמה של קורבן לעבירות מין, אשר ביקש כי יעשה עימו צדק בתקווה להקל במעט על נפשו הפצועה. עם זאת, לשיטתי, אין בזהותו של המקליט ובמידת נגיעתו לעניין מושא ההקלטה, כדי לפגום בקבילות ההקלטה כראיה. לאחר שאמרתי זאת, הנני סבור כי יש לבחון באופן זהיר וקפדני את מידת המהימנות והאמינות של ההקלטה, שעה שזו בוצעה ביוזמתו של קורבן העבירה ועל ידו.

42. בנסיבות דנן, ובהתייחס לתנאי הקבילות הטכנית, כפי שנוסחו לעיל, שוכנעתי, כי עלה בידי המשיבה להוכיח את מהימנותה ונכונותה של ההקלטה. זאת, חרף העובדה כי היא אינה רציפה, ואף כוללת חלקים שאינם ברורים לשמיעה. הנדבך המרכזי לקביעת מהימנותה של ההקלטה מצוי בעדותו המפורטת והאמינה של המתלונן, אודות הדרך בה ביצע את ההקלטה, ובדבר המניע שהוביל לביצועה.

המתלונן העיד, כי לאחר שחשף בפני חברתו וגילה באוזני אימו את העובדה, כי בוצעו בו מעשים מיניים, הוא התקשר לטלפון הנייד של המערער במטרה להקליט את השיחה עימו. בתחילה, המתלונן לא הצליח להקליט את השיחה כראוי, והדברים שנאמרו על ידו באותה שיחה לא נשמעו, אלא רק דברי המערער (עמ' 81 לפרוטוקול, ש' 27-24; עמ' 151 לפרוטוקול, ש' 31). במהלך השיחה, הוא סיפר למערער כי חשף את מעשיו בפני אימו, ודרש

שיתרחק ממשפחתו. המערער, בתגובה, התנצל על מעשיו (עמ' 82 לפרוטוקול, ש' 3-4; עמ' 120 לפרוטוקול, ש' 16), וגם ביקש להפגש עם המתלונן, על מנת שיוכלו לדבר "בארבע עיניים" (עמ' 60, ש' 17; עמ' 82, ש' 24-25; עמ' 120, ש' 30-31). המתלונן מסר עוד בעדותו, כי השיחות שערך עם המערער, במטרה לעמת אותו עם מעשיו, התקיימו בין יום רביעי ליום שבת, אם כי הוא לא זכר את התאריך המדויק. על פי האמור בהודעתו של המתלונן במשטרה, מיום 8.2.2009, נסיון ההקלטה הראשון בוצע ביום 8.1.2009, בשעה 22:50 (נ/ב). משכשל המתלונן בהקלטת שיחה זו, הוא יצר קשר עם חברת הסלולר אליה השתייך, וקיבל הנחיות באשר לאופן ביצוע ההקלטה באמצעות הטלפון הנייד שברשותו. כך, ביום 10.1.2009 עלה בידו להקליט את השיחה המרכזית עם המערער, שנמשכה מעל לשעה. לאחר מכן, כאמור, העתיק המתלונן את השיחה המרכזית למכשיר ההקלטה הנייד שקיבל מאימו, ועימו ניגש להגיש את תלונתו במשטרה. המתלונן אף אישר בעדותו, כי ההקלטה משקפת את תוכן השיחה המרכזית שניהל עם המערער, אודות המעשים שביצע בו (עמ' 32 להכרעת הדין). עוד ראוי להדגיש, כי המתלונן הסביר בבית המשפט, מה הניע אותו לבצע את ההקלטה: "אני הקלטתי אותו לא חשבתי על לעשות תיק, אני רציתי לקבל את האמת בשבילי, לדעת שאני לא משוגע בראש. תגיד לי את האמת ופה נגמר הסיפור, אני לא יעשה כלום" (עמ' 59 לפרוטוקול, ש' 25-28).

43. לא מצאתי טעם להתערב בקביעת בית משפט קמא בדבר מהימנות עדותו של המתלונן, אודות מועד ונסיבות ביצוע ההקלטת השיחה המרכזית, ויודגש, כי עדות זו נתמכת בראיות חיצוניות:

(א) פלט שיחות הטלפון הנייד של המתלונן (נ/3) מעיד על השיחות שקיים המתלונן עם המערער ועל נסיונותיו להקליטן. כך, עולה מהפלט כי המתלונן צלצל מספר פעמים לטלפון הנייד של המערער ביום ה', ה- 8.1.2009, משעה 22:33:03 ואילך; בשעה 22:39:26 ערך המתלונן שיחה עם המערער שנמשכה 19:16 דקות; בהמשך היום, ואף למחרת, בוצעו מספר שיחות לשירות הלקוחות של חברת הסלולר; ביום 9.1.2009 ניתן לראות כי התקיימו מספר רב של שיחות לשירות *91 של חברת הסלולר, שכאמור, מאפשר הקלטת שיחות והשמעתן; ביום 10.1.2009 שעה 14:00, בוצעה לשירות *91 שיחה שנמשכה 74:59 דקות, אשר תואמת את אורכה של השיחה המרכזית, עליה העיד המתלונן. המשיבה טענה בפני בית משפט קמא כי שיחה ארוכה זו מבטאת את משך השמעת השיחה המרכזית, באמצעות חיגור לשירות *91. זאת, משום שאם מחסירים מהשעה 14:00 את משך השיחה המרכזית, מקבלים את השעה 12:46, היא השעה בה החלה הקלטת השיחה המרכזית, כאמור במענה הקולי הנשמע בתחילת ההקלטה ((ת/1 ו- ת/1ב)). בית משפט קמא סבר, כי המשיבה לא הוכיחה טענתה זו. ואולם חרף זאת, הוא קבע, כי ניתן לראות בפלט שיחות הטלפון הנייד משום תמיכה בטענת המתלונן, לפיה הוא שוחח עם המערער ביום שבת שיחה שנמשכה מעל לשעה, ואיני מוצא טעם להתערב בקביעתו זו.

אכן, וכפי שטען המערער בערעורו, אין בפלט שיחות הטלפון הנייד של המתלונן משום אינדיקציה לשיחה ארוכה שערך המתלונן עם הנמען במספר הטלפון של המערער, ביום 10.1.2009. ואולם, עדותו של המתלונן בדבר הקלטת השיחה המרכזית עם המערער, באמצעות שירות *91 של חברת הסלולר, והעובדה כי הפלט משקף הקלטה של שיחה באורך דומה באותו היום, באמצעות אותו שירות, מאפשרת לראות בפלט השיחות משום ראייה, התומכת באמינות הקלטת השיחה המרכזית.

(ב) עדות חברתו של המתלונן, דבורה, שבית משפט קמא התרשם ממהימנותה, תומכת בעדותו של המתלונן בכל

הנוגע לנסיבות הקלטת השיחה המרכזית, ואופן העתקתה למכשיר ההקלטה הנייד. כבית משפט קמא, אף אני סבור, כי העובדה שדבורה העידה כי בנו של המערער ענה בתחילה לשיחת הטלפון, אף שלאמור אין תיעוד בהקלטה, אינה פוגמת בעדותה לעניין מהימנות ההקלטה. כפי שציין בית משפט קמא, השיחה המרכזית לא הוקלטה מראשיתה, אין בה דברי פתיחה של הדוברים בה, ואלו נשמעים כמי שממשיכים בשיחה שהחלה קודם לכן. לפיכך, ייתכן שבנו של המערער ענה לשיחת הטלפון, מבלי שהיה לכך ביטוי בהקלטה. גם העובדה שדבורה לא ידעה מהו סוג מכשיר ההקלטה הנייד בו השתמש המתלונן כדי להקליט את השיחה המרכזית, אינה מכרסמת בעיקרי גרסתה באשר לאופן ביצוע ההקלטה, כפי שקבע בית משפט קמא (עמ' 30 להכרעת הדין). עוד יודגש, כי עדותה של דבורה אודות תוכנה של השיחה המרכזית (עמ' 200-201 לפרוטוקול), תואמת את גרסתו של המתלונן לעניין זה, וגם בכך יש כדי לחזק את המסקנה, לפיה ההקלטה שהוגשה לבית משפט קמא, אכן משקפת את שנאמר בין הדוברים באותו שלב.

(ג) עדות אמו של המערער, שאף היא נמצאה אמינה על ידי בית משפט קמא, תומכת בעדותו של המתלונן בדבר מהימנות הקלטת השיחה המרכזית. האם זיהתה את מכשיר ההקלטה הנייד במהלך עדותה, ואישרה כי העבירה אותו למתלונן. לאחר מכן, ולבקשת בנה, היא העתיקה את ההקלטה, באמצעות מחשב ביתי, לתקליטור. כמו כן האם העידה, כי לא ביצעה כל שינוי או עריכה בחומר המוקלט (עמ' 30 להכרעת הדין), ובית משפט קמא לא הטיל כל ספק בעדותה זו. לא מצאתי לנכון לקבל את טענות המערער, המבקשות להשיג על מהימנות עדותה של האם בכל הנוגע לסוגיית ההקלטה. כך, העובדה שמפלט שיחות הטלפון הנייד של המתלונן עולה, כי האחרון שוחח עם אימו בימים שלאחר עריכת השיחה המרכזית, שיחה אחת ארוכה, בממוצע ביום, אינה מלמדת שהאם היתה שותפה, אם מרצונה ואם בעל כורחה, לרקיחת מזימה שפלה נגד המערער, באמצעות הקלטת שיחה מבויימת. זוהי טענת מרחיקת לכת ביותר, שלא נמצא לה ולושמץ של ראייה.

לאור המפורט לעיל, מסקנתי היא כי הקלטת השיחה המרכזית הינה מהימנה, ומשקפת את תוכן השיחה שביצע המתלונן במועדים הרלוונטיים.

44. לא מצאתי גם בפגמים אחרים, אותם ניתן לזהות בהקלטה גופה, משום טעם לפקפק במהימנותה. אכן, ההקלטה אינה רציפה, ואולם המתלונן סיפק הסבר משכנע והגיוני לכך. הוא הבהיר בעדותו, כי היה עליו להפסיק את פעילות מכשיר ההקלטה הנייד כל אימת שקובץ ההקלטה התמלא, לשמור אותו, ולפתוח קובץ הקלטה חדש במכשיר. זאת, בעוד שהשמעת השיחה מן הטלפון הנייד נמשכה ברציפות (עמ' 33-34 להכרעת הדין). כאמור, כל עוד אין מדובר בהשמטה מכוונת של חלקים מתוך ההקלטה או בנסיון לערוך אותה מחדש, וההגנה לא הציגה להשערתה זו כל יסוד או ראייה של ממש, ההקלטה תהא קבילה (עניין אפללו; עניין חלובה; עניין שניר).

עליו לדחות אף את טענת ההגנה, לפיה עצם העתקת השיחה ממכשיר אחד למשנהו מהווה "שינוי" של תוכן ההקלטה. פעולת ההעתיקה אינה מתערבת בתוכן ההקלטה, ולכל היותר, היא עשויה, אולי, לשבש את איכות השמע, דבר המוטל בספק, כאשר ההקלטה מתבצעת במכשירים דיגיטליים. אכן, אין מחלוקת כי איכות ההקלטה שלפנינו אינה מן המשובחות, ולפיכך אף תמלול השיחה המרכזית אינו משקף באופן מלא את כל הדברים שהוחלפו במהלכה (אם כי בחלקים רבים, דבריו של המערער ברורים אף יותר מאלו שנאמרו על ידי המתלונן). ואולם, כל עוד אותם חלקים בלתי מובנים בהקלטה אינם פוגמים בהבנת החלק המהותי והמשמעותי של ההקלטה, אשר תומלל, הרי שההקלטה הינה

קבילה.

עוד יודגש, כי המערער צדק בטענתו, כי בית משפט קמא טעה כאשר ציין, שעל פי חוות דעת מז"פ "איכות ההקלטה טובה יחסית" (עמ' 33 להכרעת הדין), בהתייחסו לאיכות הקלטת השיחה המרכזית. קביעה זו בחוות הדעת התייחסה לדגימת קולו של המערער, על יסודה ניסתה המעבדה לזהות את הדובר הנוסף בהקלטה. ואולם, לאמירה זו של בית משפט קמא אין משמעות רבה, משום שאף בית המשפט היה מודע לעובדה, כי אין מדובר בהקלטה באיכות גבוהה, וממילא, בהמשך הכרעת הדין ציטט בית משפט קמא את קביעות חוות הדעת של מז"פ, באופן מדויק (עמ' 36 להכרעת הדין).

45. לבסוף, וכפי שהבהרתי קודם לכן, לא מצאתי כל שחר לטענת ההגנה, לפיה המערער "ביים" את עריכת השיחה המרכזית עם אדם פלוני, על מנת שיוכל להפיל את המערער בביצוע עבירות מין, על לא עוול בכפו. מעבר לעובדה, כי טענה זו לא הועלתה בפני בית משפט קמא, הרי שהיא בגדר השערה בעלמא, בלתי מבוססת לחלוטין.

ראשית, וכפי שיפורט בהמשך, המתלונן ואמו זיהו את קולו של המערער בשיחה, ואף חברתו של המתלונן העידה כי שמעה את שמו נזכר בתחילתה של השיחה.

שנית, ההקלטה כוללת פרטים מתוך חייו האישיים של המערער ומשקפת דינמיקה המיוחדת ליחסים ששררו בינו לבין המתלונן, ושאותה קשה מאוד לביים. תוכן הדברים שהוחלפו בין הדוברים, הכולל הטחת האשמות מצידו של המתלונן, ונסינות הדובר האחר להרגיעו ולהסיט את מיקוד השיחה לנושא אחר; טון ואופן אמירת הדברים- המבטאים את פגיעותו וכעסו של המתלונן, את רגשות האשם שמלווים אותו, ואת הקשר העמוק שהיה לו עם הדובר האחר, שגם דאג לו ואהב אותו- מעידים על כך שהשיחה התקיימה בין מי שנטל חלק אמיתי במעשים, ואינו מוכן להכיר במשמעותם, לבין מי שנפל קורבן להם.

שלישית, לא השתכנעתי כי למתלונן היה מניע לטפול על המערער עלילת שווא. ההגנה טענה, כי המתלונן ביקש לנקום במערער, משום שהלה הורה לו לשוב ולהתגורר בביתו שלו, לאחר שבשלב מסוים לא עלה בידו להסתדר עם ילדיו. סבורני, כי בצדק דחה בית משפט קמא אפשרות בלתי סבירה זו (עמ' 59 להכרעת הדין). אכן, אמו של המתלונן העידה כי היה שלב שבו התבקש המתלונן לשוב ולהתגורר בביתו, משום שלא הסתדר עם ילדיו של המערער (עמ' 223 לפרוטוקול, ש' 22-23), ואולם היה זה בהיותו כבן 14, כעשור טרם הגשת תלונתו במשטרה. המערער עצמו טען בעדותו כי הורה למתלונן לשוב לבית הוריו, משום שהמתלונן נהג לחזור לביתו (של המערער) כשהוא שתוי (עמ' 285 לפרוטוקול, ש' 7-9). ואולם, גם המערער לא ידע להסביר מדוע המתין המתלונן חמש שנים, כגרסתו שלו, לאחר האירוע בו התבקש לעזוב את בית המערער, טרם הגשת התלונה נגדו (עמ' 294, ש' 14-19). לפיכך, לא מצאתי כל יסוד לטענה, לפיה המתלונן טפל על המערער האשמת שווא.

לכך יש להוסיף, כי מרקם היחסים בין המתלונן לבין המערער ובני משפחתו אינו מותר פתח לאפשרות שהמתלונן בדה את הדברים מליבו. המתלונן שהה תקופות ממושכות ומגיל צעיר בביתו של המערער, ולאורך מספר שנים הוא לן

בביתו, באופן קבוע. המתלונן חש קרבה וחיבה למערער ולבני משפחתו ששימשו לו כמשפחה. לא בכדי טען המתלונן בעדותו, כי "גם היום, אני אגיד לך את האמת, אני אפילו לא יודע למה אני עדיין אוהב אותו (את המערער - א.ש). קשה לי לראות אותו בכלל יושב פה בתוך הסיטואציה הזאת. אבל הייתי חייב בשביל הסגירת מעגל שלי". יתר על כן, טרם הגשת התלונה, התקשר המתלונן לכלתו של המערער (אשת בנו הבכור), סיפר על כוונתו להגיש תלונה, וניסה לברר אם תהא נכונה לשמור על ילדי המערער כאשר יזדקקו לכך (עמ' 56 לפרוטוקול, ש' 11-14; עמ' 123 לפרוטוקול, ש' 10-15). התנהלות זו אינה מתיישבת, כלל ועיקר, עם מי שמבקש לרקום עלילת שווא נגד המערער. עוד יושם אל לב, כי ההגנה עצמה אוחזת בטענה שהמתלונן כבש את תלונתו זמן רב, אך כבישה זו אינה מתיישבת כלל, עם טענתה האחרת של ההגנה בדבר רצונו של המתלונן להפיל את המערער, ולטפול עליו עלילת שווא.

46. משעמדתי על מהימנותה ואמינותה של הקלטת השיחה המרכזית, עליי להדרש לשאלת זיהויים של הדוברים בה, כתנאי לקבילותה כראיה. ההלכה הפסוקה קובעת, כיזיהויו של הדובר בהקלטה, מהווה תנאי מהותי לקבילותה של ההקלטה. זיהוי הדוברים יכול להעשות באופן ספונטני ומידי, על ידי מי שמכיר את הדובר (ע"פ 4211/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי, פ"ד מז(5), 624 (1993); ע"פ 87/53 אל - נבארי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 964 (1953) (להלן: עניין אל - נבארי), כאשר זיהוי זה הינו, לעיתים, בעל מהימנות גבוהה יותר מזיהוי קולו של הדובר על פי סימנים שבקולו (עניין אל - נבארי) או על פי תוכן דבריו (ע"פ 5140/99 וידאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 844 (2002)).

47. לשיטתו של המערער, בית משפט קמא טעה כאשר קבע, כי הוא הדובר הנוסף בשיחה המרכזית, משום שלטענתו קביעה זו אינה מתיישבת עם חוות דעת מז"פ. עוד נטען, כי הערכאה הדיונית ביססה את זיהויו של המערער כדובר בשיחה המרכזית על תוכן הדברים שהוחלפו בינו לבין המתלונן, ולא על מאפייני קולו, כפי שדורשת ההלכה הפסוקה. לבסוף, הדגיש המערער כי במהלך השיחה ביצע הדובר האחר טעויות בשפה האנגלית, שאינן מאפיינות דוברי אנגלית מלידה, כמערער, אלא דווקא אדם ישראלי, המשוחח עם אחר בשפה שאינה שפת אמו. אין בידי לקבל טענות אלו.

חוות דעת מז"פ, אשר הוגשה לבית משפט קמא, קבעה, כי "לא ניתן להגיע למסקנה כלשהי" בשאלה אם המערער הוא אחד הדוברים בשיחה המרכזית. לפיכך, בית משפט קמא פירש נכונה את חוות הדעת בהסיקו, כי היא אינה שוללת אפשרות שהמערער השתתף בשיחה. יתר על כן, כבר נקבע בבית משפט זה, כי "גם אם זיהוי בהשוואה מעבדתית הינו הזיהוי הוודאי ביותר, אין בכך בלבד כדי להשמיט את הבסיס מתחת למשקלו של זיהוי קול באמצעות 'אוזן האדם'; והלכה פסוקה היא, כי בית המשפט רשאי לקבוע זהותו של קול על ידי האזנה ישירה לסרט ההקלטה" (ע"פ 2135/94 אלפי נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (5.9.1995). וראו גם: ע"פ 440/87 חדדנ' מדינת ישראל; פ"ד מג(1) 793 (1989); ע"פ 414/76 אוחנה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 295 (1977)). בנסיבות דנן, המתלונן ואמו, אשר מכירים את המערער עוד מיום היוולדו של המתלונן, זיהו בוודאות את קולו של המערער כדובר בשיחה המרכזית. על יסוד זיהוי זה וסימנים נוספים שעלו מתוכן השיחה, קבע בית משפט קמא, כי המערער הוא אכן הדובר הנוסף בשיחה. חוות הדעת, שאין בה משום מסקנה חד משמעית לגבי שאלת זהותו של הדובר הנוסף, אינה גורעת מקביעתו של בית משפט קמא, ווודאי שאינה עומדת בסתירה לה.

48. בנוסף, ובניגוד לטענת המערער, בית משפט קמא היה רשאי להשתית את זיהויו של הדובר בהקלטה על יסוד תוכן דבריו, אם כי ייתכן שמשקלו של הזיהוי, בנסיבות אלו, יהיה מועט, ויידרשו לו חיזוקים ראייתיים (עניין וידאל; ע"פ

461/92 זכאי' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 580 (1993)). כך או כך, בנסיבות שלפנינו תוכנה של השיחה שימש אך כחיזוק לזיהוי הוודאי של המתלונן ואמו את קולו של המערער, ולא עמד כראיה בודדת. באותה שיחה, כפי שפירט בית משפט קמא, ביקש הדובר מהמתלונן לחשוב על "דברים שאני עזרתי, הדברים שאני הייתי שם בשבילך [...] על הדברים הטובים שאני עשיתי" (עמ' 10 לתמליל (ת/ג), ש' 5-6 ו-11). בהמשך, מתייחס הדובר לתקופה הקשה שעברו המתלונן ואימו, במהלכה ביקשה האם שהמתלונן ישהה בביתו, וטענה כי הוא זקוק לאח, והדובר מוסיף כי גם הוא, כמו המתלונן, גדל ללא אבא (עמ' 23); בחלק אחר של השיחה הציע הדובר מספר פעמים למתלונן להפגש עימו, ולשוחח עימו פנים מול פנים, במקום בטלפון, אך לכך המתלונן סירב (עמ' 24-25). לאחר מכן, הדובר מבטא כעס על המתלונן, מכנה אותו "חוצפן" ומזכיר את אשתו (של הדובר) שחייתה עימו שלושים שנה ונפטרה (עמ' 27-28). פרטים אלו בשיחה תואמים את העובדות שעליהן אין מחלוקת - אמו של המתלונן ביקשה מהמערער שהמתלונן יתגורר אצלו והוא ישגיח עליו בהעדרה; למתלונן לא היה אח, והוא גדל ללא אביו; בצד מעשיו הקשים, המערער דאג למתלונן; המערער היה נשוי לאשתו במשך כשלושים שנה, וזו נפטרה. לפיכך, בהחלט ניתן לראות בתוכן השיחה משום חיזוק לקביעה, כי הגורם אשר משוחח עם המתלונן, הוא המערער.

עוד יודגש, כי עדות חברתו של המתלונן תומכת אף היא בזיהוי של המערער, כמי שניהל את השיחה המרכזית עם המתלונן. חברתו של המתלונן נכחה לידו כשניהל את השיחה המרכזית, והאיזנה לה. כאמור, היא העידה כי המתלונן ביקש ממי שענה לשיחה מצדו השני של הקו, להעביר לו את המערער (שכונה "זרחיה"), ורק לאחר מכן החלה השיחה. כפי שצינתי בדבריי הקודמים, לא מצאתי להתערב במידת המהימנות הרבה שייחס בית משפט קמא לעדה זו, ולפיכך אין מקום לפקפק גם בדבריה אלו, המחזקים את המסקנה כי המערער הוא שקיים את השיחה המרכזית עם המתלונן.

49. אשר לטענתו האחרונה של המערער, לפיה הדובר בשיחה המרכזית ביצע טעויות בשפה אנגלית, אשר אינן מאפיינות את דוברי השפה מלידה, הרי שלטענה זו לא הובאו כל תימוכין. וודאי שאין להסיק מטענה זו, כל מסקנה לטובתו של המערער.

50. כאמור לעיל, עמדתי היא כי המשיבה אינה נדרשת להוכיח את תקינותו של מכשיר ההקלטה ואת כשירותו של המקליט, טרם שתתקבל הקלטת השיחה המרכזית, כראיה במשפטו של המערער. יחד עם זאת, ולמעלה מן הדרוש, התרשמתי כי אף שמכשיר הטלפון הנייד של המתלונן לא הוגש לבית המשפט, התנאים האמורים לקבילותה של ההקלטה מתקיימים בנסיבות דנן.

כך, אין מקום להרהר אחר קביעת בית משפט קמא לפיה מכשיר הטלפון הנייד של המתלונן פעל כהלכה. זאת, לאור עדותו של המתלונן בעניין זה (כך, המתלונן העיד כי, לדעתו, השיחה הראשונה עם המערער, אותה הקליט במכשיר ביום 8.1.2009, עודנה מוקלטת במכשיר (עמ' 82 לפרוטוקול, ש' 27) ואף ניתן להניח כי מלכתחילה, לא היה פונה לשירות *91 שסייע לו בהקלטת השיחה המרכזית, אלמלא המכשיר היה תקין); לנוכח העובדה שהקלטת השיחה המרכזית בוצעה בהתאם להנחיות שקיבל המתלונן משירות *91, ולא היה עולה בדעתו לבצע את השיחות המרובות לשירות זה, אם מכשיר הטלפון הנייד לא היה תקין; ומאחר שאין מחלוקת, כי המכשיר אכן הקליט שיחה מלאה וארוכה בין המתלונן לאדם נוסף, אשר בית משפט קמא קבע כי הוא המערער.

בשולי הדברים, יובהר, כי בניגוד לאמור בעיקרי הטיעון מטעם המשיבה (סעיף 30), המתלונן לא תירץ את ההמנעות ממסירת מכשיר הטלפון הנייד במועד הגשת תלונתו למשטרה, בעובדה שהמכשיר היה תפוס על ידה, במסגרת תיק פלילי אחר שהתנהל נגדו, ואפשר שהיה למתלונן יותר נוח למסור את העתק ההקלטה מאשר את מכשיר הטלפון הנייד גופו. כך או כך, גם אם ניתן לתהות מדוע כך פעל המתלונן, אין לבוא אליו בטרזניה בנוגע להתנהלותו זו. כפי שאפרט בהרחבה בהמשך, ראוי היה שהמשטרה, או המשיבה בשלב מאוחר יותר, יעמדו על מסירת המכשיר הנייד לידם, על מנת שניתן יהיה להתרשם מהדברים שנאמרו בין הצדדים באופן ישיר, ולהגיע לחקר האמת.

אשר לכשירותו של המקליט, הרי שגם אם המתלונן כשל בביצוע ההקלטה בתחילת הדרך, הוא הקליט את השיחה המרכזית לאחר שקיבל הנחיות מנציגי חברת הסלולר בה הוא מנוי. שירות ההקלטה (*91) זמין לכלל ציבור לקוחות החברה, אשר רשאים לעשות בו שימוש ככל שיחפצו, ואין הוא דורש הכשרה מיוחדת. לפיכך, לא מצאתי לחלוק על מסקנת בית משפט קמא כי גם תנאי זה מתקיים בענייננו.

סיכום ביניים

51. משסברתי כי תנאי קבילות הקלטת השיחה המרכזית מתקיימים, הרי שהקלטת השיחה המרכזית שהוגשה לבית משפט קמא, כמו גם תמלילה, הינן ראיות (גם אם משניות) קבילות במשפט, כפי שקבעה הערכאה הדיונית.

זה המקום להבהיר מדוע החלטתי לפתוח את דיוננו בשאלת קבילותה של הקלטת השיחה המרכזית. לטעמי, ניתן היה לסיים את פסק הדין בערעור בשלב זה, היינו לאחר ההכרעה בשאלת קבילותה של ההקלטה. זאת, משום שבאי כוחו של המערער, עו"ד אסתר בר-ציון ועו"ד ויקטור אוזן, לא הכחישו בטיעוניהם בכתב, כי תוכן השיחה המרכזית מעיד על ביצוע מעשים מיניים במתלונן על ידי הדובר הנוסף בשיחה, שהוא, כפי שקבע בית משפט קמא, המערער (ראו, למשל, סעיף 12 בעמ' 13 ל"הודעת ערעור מנומקת בשנית"). יתר על כן, משנדרשה עו"ד בר-ציון, במהלך הדיון בערעור, לשאלת ההשלכות המעשיות על הערעור, ככל שתאפשר קביעת בית משפט קמא, לפיה הדובר בהקלטת השיחה המרכזית הוא המערער ולא אחר, אישרה הסנגורית, כי מסקנה כזו סותרת את הגולל על הערעור לעניין ההרשעה. וכך באו הדברים לידי ביטוי בפרוטוקול הדיון בערעור:

"כבוד הש' א' שהם: [...] אתם אומרים אין הקלטה במובן שזה לא קולו של המערער. אתם לא טוענים טענה חלופית שאם יקבע שזה קולו אז מה אז? [...] אם נקבע שההקלטה היא קולו של המערער אז בעצם אין לכם ערעור עו"ד בן ציון: אם כבוד ההרכב יקבע שזהו קולו של המערער אז וודאי הוא שקרן. זה מאוד ברור. בבית משפט קמא זה היה מאוד ברור והמערער העיד על זה בבית משפט קמא. הוא טוען שלא הוא ניהל את השיחה עם המתלונן וזה לא קול שלו" (עמ' 3, ש' 35 - עמ' 4, ש' 13).

52. ואכן, האזנה מדוקדקת לשיחה, כמו גם עיון בתמליל השיחה בשפה האנגלית (ת/1ב) ובתמליל שתורגם לשפה העברית (ת/1ג), מוכיחים כי הדובר באותה שיחה, שנקבע כי הוא המערער, מנפק אמירות מפלילות, אשר מלמדות על ביצוע מעשים מיניים במתלונן בתקופת ילדותו.

לאורך השיחה כולה, מנסה המערער להתחמק ממתן תשובות ישירות לשאלות המתלונן, אשר מבקש לברר איתו מה ארע לו בילדותו. הוא אומר, פעם אחר פעם, כי יהיה מוכן לענות לשאלות אם המתלונן יפגש איתו פנים מול פנים, מבלי ליצור דרמה, אך המתלונן מסרב לכך. בין היתר, אומר המערער שמה שהמתלונן חווה היה "תגובה לסיטואציה [...] אני הגבתי לסיטואציה, אולי, יכול להיות שהגזמתי בתגובה במקרה שלך, לדעתך" (ת/ג, עמ' 9, ש' 14 - 16). המתלונן מבקש לברר אם הוא טיפש או משוגע, חשש שהביע גם במהלך עדותו בבית המשפט, והמערער משיב לו כי לא כך הם פני הדברים, אך מזכיר שהוא השתמש בסמים ובאלכוהול. בתגובה מסביר לו המתלונן, כי הוא עשה זאת בעקבות הדברים שקרו לו, בגלל המערער (שם, עמ' 11, ש' 19-30; כל ההדגשות שלי - א.ש.). בהמשך, המתלונן דורש מהמערער לספר לו "על מה שאתה לעזאזל עשית לי כילד, זה מה שאני רוצה לדעת" (שם, עמ' 24, ש' 20-21) לאחר שמוזכרת בשיחה אשתו המנוחה של המערער, חלה תפנית בנכונותו של המערער לחשוף את מעשיו. כך, המתלונן מטיח במערער כי אשתו "לא הסכימה עם העובדה שאתה היית נוגע בילדים. כן, זה מה שהיא לא הסכימה עליו ושהרג אותה כי הלב שלה לא עמד בזה יותר" (שם, עמ' 30, ש' 2-4). ואכן, בעקבות אותם דברים, מאשר המערער למתלונן כי הוא זוכר את כל מה שקרה, ובתשובה לשאלת המתלונן - האם היה זה הוא "שחיים" אותו (heated you up" במקור), משיב לו המערער בחיוב, ומסביר לו שלפעמים, כמו בערבי יום שישי, המתלונן היה לובש תחתוני בוקסר והמערער ישב בסלון וצפה בטלוויזיה, כשאף אחד לא היה בבית, וזה מה שהיה "מחמם" את המערער (ת/ב, עמ' 27, ש' 24 - עמ' 28, ש' 9; ראו גם עמ' 39 להכרעת הדין).

יצוין, כי באותו קטע רלוונטי, נרשם בתמליל בשפה האנגלית (ת/ב, עמ' 27-28), בטעות, הביטוי "needed you up", כאשר מהאזנה להקלטה (קטע 3 בת/א, החל מהדקה ה-16:00), עולה כי המדובר בביטוי "heated you up" שפירושו בעגה "לחמם אותך". טעות נוספת נעשתה בתמליל בשפה העברית (ת/ג), כשהמילה "heated" תורגמה ל"הרבצת", והמילה "boxers", שנרשמה בתמליל בשפה האנגלית, תורגמה ל"קופסאות" בתמליל בשפה העברית (שם, עמ' 32-33). יובהר, כי במהלך הדיון בבית משפט קמא, הסכימו הצדדים כי התמליל בעברית אינו באיכות טובה, ובית משפט קמא אף המליץ להם להגיש תמליל מוסכם (עמ' 162-165 לפרוטוקול), אולם, לא נמצא תמליל כזה בחומר הראיות שלפנינו.

בהמשך השיחה, מסביר המערער כי הדברים התרחשו אחרי שכולם הלכו לישון או כאשר אשתו לא היתה בבית, בשעות 23:00, 24:00 או 01:00 לפנות בוקר, כשהמתלונן היה מגיע עם "מכנסי הבוקסר הקטנים האלה". מייד לאחר מכן מבהיר המערער, כי "אל תבין אותי לא נכון אני לא משתמש בזה כתירוץ להגיד שזו היתה אשמתך או [...] זה משהו שהכרחת אותי לעשות, אני לא, אני לא הכרחתי אותך ואתה לא הכרחת אותי [...] זה היה בהסכמה, אבל עדיין אני הייתי הבוגר ואתה היית הילד [...] אני הייתי האחראי" (ת/ג, עמ' 33, ש' 36-34, עמ' 4; ראו גם עמ' 39 להכרעת הדין). לאחר מכן, וכפי המפורט בהכרעת הדין, שואל המתלונן את המערער "האם הוא הרגיש שהמתלונן, מבין שניהם, היה הראשון שרצה לעשות את זה, האם הוא חשב שהוא נהנה ממה שהנאשם (המערער - א.ש) עושה לו כילד או שהוא חש שזה היה לא בסדר? והנאשם (המערער - א.ש.) משיב לו שכנראה זה היה תערובת של כל התחושות ביחד [...] ובהמשך [...] כי זה לא היה כאילו הנאשם (המערער - א.ש.) כיוון אקדח לראשון של המתלונן" (עמ' 40 להכרעת הדין).

עוד נשאל המערער באותה שיחה, אם הוא זוכר אירוע בו הוא לקח את המתלונן בשעה 01:00 בבוקר במכונית, והמערער טוען כי הוא אינו זוכר זאת (ת/ב, עמ' 30, ש' 19-23), וכי הדברים התרחשו לפי 3 או 4 שנים, והוא לא יכול

לזכור אירוע במועד ספציפי (שם, עמ' 31, ש' 1-7; תרגום השיחה בפסקה זו מופיע, באופן זה או אחר, גם בעמ' 40 להכרעת הדין). בהמשך השיחה, מברר המערער האם המתלונן שואל אותו (את המערער - א.ש.) האם הוא זוכר שהוא העיר את המתלונן בשעה 01:00 בבוקר, הוציא אותו, הוריד את מכנסיו ונגע בו (ת/ב, עמ' 31, ש' 13-16), אך תשובתו של המערער לעניין זה בהקלטה, אינה ברורה. המערער גם נשאל, האם הוא זוכר כי המתלונן לא הכיר סרטים "כחולים" כילד, למרות שהוא אהב את זה, ועל כך משיב לו המערער בחיוב, ובהקשר לסיבה לכך (שצפו בסרטים "כחולים" - א.ש.) הוא משיב באופן מעורפל, כי באותו שלב הוא והמתלונן כבר היו בשלבים מתקדמים ביחסים "בשלב הזה הדברים כבר התחילו, זה עבר את השלבים הראשונים [...] זה היה משהו שכבר המשיך והנאשם (המערער - א.ש.) כבר היה חלק מזה" (ת/ב, עמ' 31, ש' 28-32; ראו גם עמ' 40 להכרעת הדין). לאחר מכן, המערער מבהיר, כי הוא לעולם לא היה נוגע בילדיו, ולא היה פוגע בהם (שם, עמ' 32, ש' 13-16) ואף ממשיך באנאלוגיה- זה כמו במצב של אח ואחות, כפי שאח לא ימשך לאחותו, גם אם הוא לא יוצא עם אחרות, כך הוא המצב ביחס אליו (שם, עמ' 33, ש' 11-1). בתגובה לדברים אלו, מסביר לו המתלונן, כי המעשים אסורים ומנוגדים לחוק, שכן הוא (המערער - א.ש.) מבוגר, ולא משנה אם מדובר בילד שלו או לא (שם, ש' 29-32).

53. תוכן השיחה המרכזית הינו משמעותי ביותר, שכן מלבד הטחות של המתלונן במערער אודות חלק מהמעשים שעשה בו, המערער מודה כי המתלונן גירה אותו מינית כשהסתובב בבית עם מכנסי הבוקסר; כי בוצעו מעשים מסויימים בשעות הלילה, כשאחרים לא היו בבית, ולטענת המערער, "בהסכמתו" של המתלונן; כי הם צפו בסרטים "כחולים"; וכי המערער לעולם לא היה נוגע בילדיו שלו, בניגוד, אולי, לילדים אחרים. אזכיר, כי אף חברתו של המתלונן, אשר האזינה לשיחה, העידה על עיקרי תוכנה. לפיכך, ומשההגנה הסכימה כי תוכנה של ההקלטה, וזיהויו של המערער כמי ששוחח בה עם המתלונן, מכריעים את גורל הערעור, ניתן לקבוע, כבר עתה, כי יש לדחותו.

יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העובדה, כי הרשעתו של המערער בבית משפט קמא נשענה בעיקרה על מהימנות עדותם של המתלונן, אמו וחברתו, תוך דחיית גרסאות המערער ומרבית העדויות מטעם ההגנה. כזכור, המערער השיג בערעור גם על קביעות המהימנות השונות שנעשו בידי הערכאה הדיונית, ולא מיקד את ערעורו רק בנושא ההקלטה. לפיכך, אפנה עתה לבחינת טענותיו בסוגיה זו.

הערעור על ממצאי העובדה וקביעות המהימנות שנעשו על ידי בית משפט קמא

54. הלכה מושרשת היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי מהימנות ועובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. זאת, משום שבניגוד לערכאה קמא, חסרה ערכאת הערעור את היכולת להתרשם, באופן בלתי אמצעי, מהעדים שהופיעו בפני הערכאה הדיונית, מהתנהלותם על דוכן העדים, ומשפת גופם (ע"פ 4213/15 פלוני נ' מדינת ישראל (30.3.2016); ע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל (13.12.2015); ע"פ 2177/13 פלוני נ' מדינת ישראל (9.7.2015)).

עם זאת, הכירה ההלכה הפסוקה במספר חריגים המאפשרים לערכאת הערעור, בנסיבות מצומצמות, להתערב בקביעות העובדה והמהימנות של בית משפט קמא. כך הוא הדבר, כאשר מסקנותיה של הערכאה המבררת אינן מושתתות על התרשמותה מהעדים אלא על ראיות בכתב; כאשר הממצאים הם פרי הסקת מסקנות מן העובדות שהוצגו

בפניה או שהם תוצר של שיקולי הגיון ושכל ישר; או בנסיבות בהן הוכח, כי נפלה טעות מהותית בהערכת מהימנותם של העדים, שהופיעו בפני בית משפט קמא (ע"פ 1551/15 שולי נ' מדינת ישראל (6.9.2016); ע"פ 6344/12 בוגוסלבסקי נ' מדינת ישראל (12.7.2016); ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.2016)).

55. אינני סבור כי חריגים אלו מתקיימים בענייננו, ולא מצאתי טעם מבורר להתערב במידת האמון שנתן בית משפט קמא בגרסתו של המתלונן. באותה מידה, וכפי שיובהר בהמשך, לא ראיתי לנכון להתערב במסקנת בית משפט קמא בנוגע למהימנות האם וחברתו של המתלונן. המתלונן העיד בפני בית משפט קמא לאורך מספר ישיבות ארוכות, ומסר גרסה עקבית וברורה אודות מעשיו של המערער בגופו. המתלונן לא הסתיר מבית משפט קמא עובדות שהיו עשויות לעמוד לו לרועץ, כגון התמכרותו לאלכוהול ולסמים ותהליך גמילתו מהם, וכן את דבר מעורבותו בפלילים בתחום הסמים. בגילוי לב חשף המתלונן כיצד בגיל רך וצעיר הוא נפל קורבן למעשיו של מי שאהב אותו ודאג לו, מבלי שהוא הבין את משמעות המעשים, ואף סיפר על רגשות האשם המקננים בו - על כך שאפשר לדברים להתרחש, ועל העובדה שחלק מהמעשים הסבו לו הנאה. בית משפט קמא בחן בקפדנות את השגותיו של המערער בעניין מהימנות גרסתו של המתלונן, ודחה אותן, אחת לאחת. עיינתי בטיעוניו של המערער, שמרביתם הועלו גם בפני הערכאה הדיונית; בהכרעת הדין, מושא הערעור; ובחומר הראיות שהונח לפנינו, ולא מצאתי טעם לסטות ממסקנתו זו של בית משפט קמא.

56. אשר לטענות המערער בסוגיית עדותו הכבושה של המתלונן או קיומו של "זכרון מודחק", הרי שיש לקבל את מסקנת בית משפט קמא, לפיה גרסתו של המתלונן אודות מעשי המערער אינה בגדר "זכרון מודחק", שהמתלונן לא זכר לאורך השנים. המדובר בזכרון קשה וכואב, שהציף אותו לפרקים, כאשר המתלונן לא הבין את משמעות הדברים, עד שבגר. המתלונן העיד כי זכר את המעשים, אך ניסה שלא להכיר בעובדת התרחשותם, משום שהתקשה להתמודד עימם; משום שהתבייש מהסובבים אותו; ומשום שחש הכרת תודה למערער ולילדיו. רק בהיותו כבן 24, בעת שצפה עם חברתו בסדרת פשע בטלוויזיה אודות נערה שביצעה עבירה, ולא נתפסה על ידי רשויות החוק, הוא אזר אומץ לספר, אף שלא בפירוט, על מה שעבר עליו. אם כך, וכפי שקבעה הערכאה הדיונית, המתלונן כבש את עדותו אודות המעשים, אך לא שכח את דבר קיומם.

תופעה זו של כבישת עדות על ידי מי שנפל קורבן לעבירות מין, הינה תופעה מוכרת וידועה, ואין בה, כשלעצמה, כדי לפגום, בהכרח, במהימנות גרסתו של הקורבן. קל וחומר, כאשר הקורבן הינו קטין והעברייני הינו בן משפחה או אדם קרוב, שהמתלונן שם בו את מבטחו (ע"פ 5585/15 פלוני נ' מדינת ישראל (9.8.2016); ע"פ 2106/15 אקוע נ' מדינת ישראל (19.4.2016); ע"פ 5348/15 פלוני נ' מדינת ישראל (3.4.2016)). לפיכך, משמסר המתלונן טעמים משכנעים לכבישת גרסתו, אין בכך כדי לפגום במהימנותו, ועל כן יש לדחות את טענות ההגנה בעניין זה.

57. המערער הוסיף וטען, בתמיכה לעמדתו בדבר חוסר מהימנותו של המתלונן, כי המתלונן לא חשף את המעשים שנעשו בו בהדרגתיות ובליווי קשיים רגשיים, "כמצופה" מקורבן לעבירות מין. עוד נטען, כי אף במהלך עדותו בבית המשפט תיאר המתלונן את המעשים המיניים הקשים "בשטף", וב"זחיחות הדעת". ואולם, ראוי להבהיר, בראש ובראשונה, כי טענות אלו הינן מוטעות מבחינה עובדתית. מעדויות המתלונן, חברתו ואמו, עולה כי המתלונן לא חשף בפניהם פרטים אודות המעשים שנעשו בו, ורק ככל שהתקדם בטיפול במרכז הגמילה, הוא הרגיש מחוזק יותר נפשית לספר את שעבר עליו. האם והחברה גם תיארו בבית משפט קמא את מצבו הנפשי הקשה של המתלונן, בסמוך לחשיפת

המעשים. אשר לאופן מסירת עדותו של המתלונן בבית המשפט, הרי שבית המשפט הצביע מספר פעמים על מצבו הרגשי הקשה בזמן מסירת עדותו (עמ' 37, 76, ו-190 לפרוטוקול), הגם שהמתלונן עצמו הצהיר, כי הוא מאוד היה רוצה להציג חזות אדישה, וכדבריו: "אני מנסה לשבת פה ולהחזיק מעמד, אני לא רוצה להרגיש כמו מסכן [...] בקיצור אני מנסה לשמור על עצמי" (עמ' 173 לפרוטוקול, ש' 24-25).

יתרה מזאת, גם אם טענותיו של המערער בדבר אופי עדותו של המתלונן היו נכונות, ולא היא, הרי שאין בכך כדי להעיד כי גרסתו של המתלונן אינה מהימנה. קורבנות לעבירות מין בתוך המשפחה, כבני האדם בכללותם, אינם עשויים מקשה אחת. הטראומה שעברה עליהם מותירה בהם צלקות שלא יגלידו לעולם, אך כל אחד מוצא דרך אחרת להתמודד עימן. לעיתים, הקורבנות ימסרו את גרסתם במשטרה או בבית המשפט כשהם נחזים להיות מנותקים או אדישים, ולא תמיד יפרצו בבכי או יגלו את רגשותיהם האמיתיים, במהלך תיאור המעשים שנעשו בגופם.

בע"פ 5920/13 אטלן נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (2.7.2015), נדרשתי לאותו עניין, ושם ציינתי:

"כי חזות מאופקת או אדישה לכאורה של עד, אינה מצביעה בהכרח על חוסר אמינותו. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף כשעסקינן בקורבן לעבירות מין, אשר נדרש לגולל מסכת מעשים קשים וטראומטיים שנעשו בגופו. נקבע, לא פעם, כי אין תבנית אחת ויחידה לדרך חשיפת סיפורו הקשה והמייסר של קורבן העבירה. יש קורבנות אשר יפתחו סגור ליבם, יביעו רגש, ויכאבו בפומבי את אשר עבר עליהם, יש כאלו שדווקא יבקשו להרחיק עצמם מהסיטואציה הקשה, כאילו מדובר באדם אחר, ויקרינו מעין אדישות, המשמשת, לעיתים, מנגנון הגנה שאמור לסייע להם להתמודד עם נסיבות מסירת עדותם" ראו גם ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.2016); ע"פ 7606/11 פלוני נ' מדינת ישראל (25.2.2013); ע"פ 2326/11 פלוני נ' מדינת ישראל (15.3.2012).

לפיכך, אין בידי לקבל את עמדת ההגנה אף בסוגיה זו.

58. עוד נטען בערעור, כי חל שינוי מהותי בגרסתו של המתלונן בנוגע לטיבם של המעשים המיניים שלכאורה ביצע בו המערער, ושינוי זה מטיל, לדידו של המערער, ספק בנכונות גרסתו של המתלונן. טענה זו מקורה בעובדה שהמתלונן נמנע מלספר על המין האנאלי שביצע בו המערער, במסגרת שלוש ההודעות שמסר במשטרה (נ/2א; נ/2ב; נ/2ג) במהלך חודש פברואר 2009, ובמהלך העימות שביצע מול המערער (ת/2), אף הוא באותו חודש. ואולם, במהלך חודש ספטמבר 2011, ובעקבות פגישה שערך המתלונן בפרקליטות לקראת מתן עדותו בבית המשפט, מסר המתלונן הודעה נוספת במשטרה, לפיה, המערער חדר לפי הטבעת שלו פעמיים, כאשר הם שהו יחדיו בפארק , ופעם אחת בביתו של המערער (נ/2; להלן: "ההודעה המאוחרת"). על גרסה זו אף חזר המתלונן בבית המשפט (עמ' 41 לפרוטוקול, ש' 26-29). בית משפט קמא התייחס באריכות להסלמה שחלה בתיאוריו של המתלונן את המעשים המיניים שבוצעו בו, ולא סבר כי הדבר מערער את מהימנות גרסתו. כפי שאבהיר להלן, הנני שותף למסקנתו זו של בית המשפט.

יצוין, בראש ובראשונה, כי המתלונן "זרע" רמזים לעניין ביצוע מעשי הסדום בגופו גם במסגרת הגרסאות הראשונות

שמסר במשטרה, במהלך שנת 2009. ועל כן, כלל לא ניתן להסיק כי המתלונן שינה באופן מהותי את גרסתו בנוגע לטיב המעשים המיניים שבוצעו בו, כטענתו של המערער. בנוסף לאמור, הרי שגם אם המתלונן לא היה רומז כלל על האפשרות כי המערער ביצע בו, מספר פעמים, מעשי סדום מלאים, קודם להודעתו המאוחרת משנת 2011, לא היה בכך כדי לפגום באמינותו. לעיתים, קורבנות לעבירות מין מציגים גרסה "מתפתחת", בתארם 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 (שולמית אלמוג "טראומה, נרטיב ומשפט" ספר דליה דורנר 143, 153 (2009)), כאשר רק בשלב מאוחר יותר אוזר הקורבן את תעצומות הנפש הנדרשות כדי לגולל את מסכת הייסורים שחווה. בע"פ 7015/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (18.11.2012), הזדמן לי להבהיר, כי:

"קורבנות לעבירות מין מתקשים לחשוף ולתאר את המעשים המבזים שנעשו בגופם, ומנסים להתמודד עם הטראומה והחרדה הנלווים אליהם באמצעות הפעלת מנגנוני הגנה שונים, כגון הכחשה, הדחקה, רציונליזציה או ניתוק (דיסוציאציה) [...] הדבר נכון ביתר שאת, כאשר הפוגע הוא בן משפחה בוגר, והנפגע הינו קטין. בנסיבות אלו, נאלץ הנפגע להתמודד לא רק עם העובדה כי נפל קורבן לעבירת מין, אלא גם עם החשש, כי חשיפת המעשים תוביל לפגיעה בבן המשפחה, שעל אף מעשיו, עודנו קרוב לליבו, או תבייש את שם המשפחה כולה ואף תוביל להתפרקות התא המשפחתי. לעיתים, מפעיל הפוגע איומים כאלו ואחרים על המתלונן, תוך ניצול יחסי הקרבה בין השניים, על מנת למנוע את גילוי מעשיו [...] לאור האמור, ברי כי חשיפת פרטי העבירות, היקפן ומשכן, אורכת זמן. לא תמיד המועד בו הוגשה התלונה הראשונה במשטרה, הוא המועד בו הם נחשפים במלוא כיעורם"

לאור האמור, קבעה ההלכה הפסוקה, כי חשיפה הדרגתית של המעשים המיניים אינה מהווה משום עילה להטלת ספק במהימנות גרסתו של הקורבן (ע"פ 10163/08 פלוני נ' מדינת ישראל (13.9.2010); ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010); ע"פ 8916/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.7.2009)).

בנסיבות דנן, המתלונן סיפר בהודעתו המאוחרת, כי התקשה לספר על כך שנפל קורבן למעשי סדום מצידו של המערער "לא יכולתי לספר את זה גם לא רציתי בזמנו לספר הכל כי התביישתי" (נ/ד, עמ' 3, ש' 2). במהלך עדותו, חזר המתלונן וביטא את הקושי בחשיפת מעשי הסדום באלו המילים: "אני אומר לך הכי מדוייק והכי ישיר שיש. אף אחד לא רוצה, במוח הנורמלי שלו, להגיד שהוא קיבל זין בתחת. אף אחד גם בהתחלה לא רוצה להגיד את זה שהוא קיבל את זה מספר פעמים" (עמ' 89 לפרוטוקול, ש' 14-16). אף מתסקיר נפגע העבירה בעניינו של המתלונן עולה, כי הוא חווה מצוקה רבה בשל העובדה שבוצעו בו מעשי סדום על ידי גבר אחר, והדבר עורר אצלו שאלות בנוגע לזהותו המינית (עמ' 5-6). לדבריו של המתלונן, הוא הצליח להכיר ולהתמודד עם המעשים שבוצעו בגופו בעקבות טיפולים פסיכולוגיים שקיבל, וזאת בעיקר במרכז הגמילה לנפגעי סמים, אליו הגיע בסוף שנת 2010 (עמ' 68; עמ' 89; עמ' 183-184 לפרוטוקול). על כן, גם אם לא ניתן היה למצוא בהודעותיו הראשונות של המתלונן רמזים לכך שהמערער ביצע בו מעשי סדום (וכאמור, דעתי בעניין זה שונה), הרי שאין בהודעתו המאוחרת, החושפת מעשים אלו, כדי לכרסם במידת מהימנותו.

59. זה המקום לדחות גם את טענת המערער, לפיה מצבו הנפשי "המעורער" של המתלונן, הוא העומד ביסוד גרסתו המפלילה. ההגנה לא הציגה כל חוות דעת בעניין זה, וטיעוניה בסוגיה מבוססים על השערות בעלמא, ועל פרשנותה לחלקים מסויימים מדבריו של המתלונן בעדותו. זאת, אף שמפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא עולה, כי המתלונן הביע את נכונותו למסור לידי ההגנה את החומר הרפואי והפסיכולוגי בעניינו (עמ' 65-67 לפרוטוקול).

מעבר לכך, ראוי להבהיר, כי הגם שהמתלונן היה שרוי שנים רבות במצוקה נפשית עצומה ואף ביצע נסיונות אובדניים, הרי שמצבו זה הינו, לדבריו, בעיקר, תוצר מעשיו הקשים של המערער, ולא הגורם להם. הדברים נכונים גם בנוגע לעובדה שהמתלונן בדה לעצמו דמויות דמיוניות, תופעה אשר אליה מתייחס המערער בטיעונו. דמויות אלו, המהוות, לדבריו של המתלונן, חלק ממנו, סייעו לו להתמודד עם נסיבות חייו הקשות בכלל, ועם מעשיו של המערער בפרט. תסקיר נפגע העבירה בעניינו של המתלונן מאשש את הדברים ומבהיר, כי בדומה לילדים אחרים, נפגעי גילוי עריות, גם המתלונן אימץ לעצמו מנגנוני הדחקה, ניתוק (דיסוציאציה) ופיצול רגשי, על מנת שיוכל להמשיך ולתפקד בצל העבירות המיניות הקשות שבוצעו בו. כך הובהר בתסקיר, כי המתלונן נאלץ "להכיל בתוכו שתי מציאויות שונות, שאינן מתיישבות זו עם זו. האחת, קשורה למציאות הנורמאלית לכאורה, כפי שהמשפחה בקרֶבָה חי רצתה להאמין בה ולהציג כלפי העולם, והשנייה ייצגה את המציאות העגומה והמוכחשת של הפגיעות. כדי להתמודד עם הפיצול המתואר [...] במהלך השנים המציא דמויות שונות שסייעו לו להתמודד עם החוויות הטראומטיות שעבר [...] סמוך לגיוסו לצבא [...] החליף את שמו מתוך הרצון שלו ליצור לעמנו זהות חדשה ואחרת, שונה מהזהות שלו כילד שנפגע מינית" (עמ' 5-6). לפיכך, וכפי שקבע גם בית משפט קמא (פסקה 46 להכרעת הדין), אין בעובדה שהמתלונן בדה לעצמו דמויות דמיוניות כדי לפגום במהימנות גרסתו.

60. לבסוף, איני מוצא טעם לחלוק על מידת מהימנותו של המתלונן, נוכח עדותו בדבר הצפייה המשותפת עם המערער בסרטים פורנוגרפיים, הצרובים על גביתקליטורי D.V.D, כאשר לטענת המערער מכשירי D.V.D לא היו בשימוש בארץ באותה תקופה; ובאשר לנסיעותיו המשותפות עם המערער בימי שישי לפארק , כאשר האדם בשמו נקב המתלונן (כמי שמסר את הרכב למערער) לא שימש בתפקיד סדרן הרכב בקהילה באותן שנים. טענות המערער בעניינים אלו נדחו כדבעי בהכרעת דינו של בית משפט קמא, וזאת בין היתר, על יסוד חוסר מהימנותם של עדי ההגנה שהעידו באותן סוגיות. אבקש להתעכב רק על טעותו של המתלונן בשאלת מקום מגוריו של המערער בשנים 1994-1998, ומידת השפעתה על מהימנות גרסתו.

61. אין מחלוקת, כי לשיטתו של המתלונן, המעשים המיניים שבוצעו בדירתו של המערער התרחשו בדירתו שברחוב ב..... זאת, כאשר ההגנה הוכיחה, להנחת דעתו של בית משפט קמא, כי המערער החל להתגורר ברחוב רק בשנת 1997, כלומר כשמתלונן היה בערך כבן 12 שנים. יצוין, כי קודם לכן התגורר המערער ב"....." ב....., אשר שימש מקום מגוריה של (להלן:). המערער סבר, כי עובדות אלו מערערות את מהימנות גרסת המתלונן, שכן על פי גרסה זו, וכאמור בכתב האישום, המערער ביצע בו את המעשים המיניים בין השנים 1994 עד 1998, מאז היה המתלונן בן תשע ועד הגיעו לגיל 13, ולא רק החל משנת 1997, כפי שעולה מטענת המתלונן בדבר מקום התרחשותם. לעניין זה, קבע בית משפט קמא, כי המתלונן אמנם טעה בנוגע למקום מגוריו של המערער בשנים שקדמו לשנת 1997, אך אין בטעות זו כדי לקעקע את גרסתו.

אף אני סבור, כי טעותו של המתלונן בשאלת מקום מגורי המערער אינה מכרסמת במהימנות גרסתו. בית משפט קמא קבע, ובצדק, כי לנוכח גילו הצעיר של המתלונן בעת ביצוע המעשים, ניתן להבין את טעותו בנוגע למועד בו עבר המערער להתגורר בדירה שברחוב כידוע, אין לצפות מקורבן לעבירות מין, לזכור מפורשות בצורה מדוקדקת את המועדים או את המיקומים בהם בוצעו בו המעשים המיניים, כאשר הוא מתבקש לגולל בבית המשפט את מסכת הייסורים שעברה עליו. הדברים נכונים, על אחת כמה וכמה, שעה שמדובר בעדותו של קורבן למעשים מיניים שבוצעו בו בעבר, בעת היותו קטין (ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.2016); ע"פ 2470/15 פלוני נ' מדינת ישראל (25.10.2015); ע"פ 2331/13 פלוני נ' מדינת ישראל (13.10.2015)).

לטעותו של המתלונן ייתכנו מספר הסברים. כפי שנקבע בהכרעת הדין, מאחר שהמערער ומשפחתו התגוררו במבנה דירות דומה, הן ברחוב והן קודם לכן ב....., אפשר שהמתלונן טעה לחשוב שהמעשים בוצעו בדירה ב....., בעוד שחלקם בוצעו, ככל הנראה, דווקא בדירת המערער ב..... יובהר, לעניין זה, כי גם בתקופת מגוריהם של משפחת המערער ומשפחת המתלונן ב....., שהה המתלונן בביתו של המערער, ואף לן בדירה פעמים רבות, כעולה מעדות המתלונן ואמו; מחלק מהודעותיו של המערער (ת/א3); ומהקלטת השיחה המרכזית. אפשרות נוספת היא, כי מאחר שמעשיו של המערער החמירו באופן הדרגתי, והסתיימו בתקופה בה התגורר המערער בדירה שברחוב, נצרב בזכרונו של המתלונן דווקא מיקום זה, ולא דירתו הקודמת של המערער ב..... לאור האמור, דעתי היא כי טעותו של המתלונן, בדבר מקום מגוריו של המערער, אינה מערערת את יסודות גרסתו, ואין בה כדי להטיל ספק בקביעת בית משפט קמא, לפיה המעשים המיניים בוצעו במתלונן, עוד טרם שנת 1997, היינו לפני שעבר המערער להתגורר ברחוב ב.....

62. עוד עליי לדחות את טענת המערער, לפיה לא ייתכן שביצע מעשים מיניים במתלונן, עובר לשנת 1997, ובעת מגוריו ב....., משום שהמגורים בשכונת ה.... היו צפופים עד מאוד. ראשית, נסיון העבר מוכיח כי עברייני מין מעיזים ליטול סיכונים, העשויים להתפס כבלתי סבירים בעיני המתבונן מהצד, על מנת לספק את יצריהם האפלים. כפי שניתן ללמוד מהפסיקה, שאלת נוכחות אחרים בקרבת מקום, אפילו בחדר הסמוך, אינה מניאה אותם מביצוע זממם (ע"פ 8080/11 פלוני נ' מדינת ישראל (31.12.2013); ע"פ 1611/11 פלוני נ' מדינת ישראל (7.5.2012); ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני (3.7.2007)). שנית, וכפי שעולה מדבריו של המערער עצמו בהקלטת השיחה המרכזית, הרי שחלק מהמעשים בוצעו כשבני משפחתו נעדרו מהבית או נמו את שנתם. לפיכך, שאלת צפיפות המגורים או נוכחותם של אחרים, כך נראה, לא היוותה, מבחינתו של המערער, כל גורם מרתיע.

לאור המפורט לעיל, לא מצאתי כל הצדקה להתערב בממצאי המהימנות שקבע בית משפט קמא ביחס לגרסתו של המתלונן.

63. מסקנתי דומה גם באשר לממצאי המהימנות שנקבעו ביחס לעדויות אמו של המתלונן וחברתו. גם אם ניכרו אי אלו סתירות בין גרסאות האם והחברה, לבין גרסתו של המתלונן, בנוגע לנסיבות ואופן חשיפת המעשים המיניים על ידי המתלונן, ואף אם אמו של המתלונן לא זכרה תאריכים מסויימים במהלך עדותה, לא מצאתי מקום לפקפק במידת מהימנות הרבה של עדות אלו, עליה עמד בית משפט קמא. קל וחומר, שלא מצאתי כל יסוד לטענה, כי המתלונן שיתף את אמו, ואולי אף את חברתו, ברקימת מזימה נגד המערער, וזאת, בראש ובראשונה, באמצעות "בימוי" השיחה

המרכזית. כפי שהתרשם בית משפט קמא, האם והחברה מסרו עדויות מפורטות ועקביות, אישרו שאינן זוכרות פרטים מסויימים, ולא ביקשו להרע למערער, באמצעות מסירת תיאורים מוגזמים, גם מקום שיכלו לעשות כן. ראוי לציין, לענין זה, כי האם, שמחד גיסא, נתנה את הסכמתה לכך שבנה יתגורר תקופות ממושכות בביתו של המערער ומאידך גיסא, נחרדה לגלות על דבר מעשיו, פנתה אל המערער במהלך עדותה, לאחר שלא ראתה אותו מספר שנים, ואמרה לו, כי "אני אהבתי אותך כאח כל הזמן שבילינו יחד בחגים [...] אני לא הייתי סתם ממצאה עליך באמת, אם (המתלונן - א.ש.) היה משקר לגביך אני הייתי הראשונה להשיג אותו" (עמ' 274 לפרוטוקול).

64. לא ראיתי טעם לקבל את טענותיו של המערער גם בענין חוסר מהימנות גרסתו שלו ושל עדויות מרבית עדי ההגנה מטעמו. אכן, המערער נחקר בשפה העברית, ואולם כבר בראשיתה של החקירה (ת/3א) הבהיר לו החוקר, כי במידה שלא יבין דבר מה, יסבירו לו אותו בשפה האנגלית (ואכן כך היה, למשל, בעמ' 6 לאותה חקירה). לא מצאתי כל שחר לטענה, כי חוסר ההבנה הוא שהוביל את המערער למסירת תשובות מבולבלות וסותרות בחקירתו, וטענה זו אף לא עלתה בעדותו של המערער בבית המשפט. אף לא השתכנעתי, כי יש להתערב במסקנתו הברורה, המפורשת והמבוססת של בית משפט קמא, לפיה עדותו של המערער בבית המשפט היתה בלתי מהימנה בעליל. להתרשמותו של בית משפט קמא, המערער ניסה להתחמק ממתן מענה ענייני לשאלות שעשויות היו להפילולו; ביטא חוסר הבנה מעושה, ואף נמנע מלהשיב לשאלות מסויימות; וככלל, מסר עדות רוויות סתירות בעניינים מהותיים.

סבורני, כי אין להתערב גם בממצאי המהימנות שנקבעו ביחס למרבית עדי ההגנה שהעידו בבית משפט קמא. כך, התרשמה הערכאה הדיונית כי ילדי המערער תיאמו ביניהם ועם המערער את עדויותיהם, ואף סתרו חלק מאמירותיהם במטרה להציג בפני בית משפט קמא גרסה אחידה, בדבר השנים בהן התגורר המתלונן בביתם. זאת, בניסיון לשכנע את בית המשפט, כי המתלונן לא שהה בקרבתו של המערער בתקופה הרלוונטית לכתב האישום. בית משפט קמא אף לא נתן אמון בעדויות יתר עדי ההגנה (למעט בני הזוג שהשכירו למערער את הדירה ברחוב שב.....), והכרעת הדין מפרטת כדבעי את הטעמים לכך. אינני סבור, כי בית משפט קמא טעה בהתרשמותו זו, ובניגוד לנטען בערעור, אורחות חייהם של בני קהילת והשפה השגורה בפיהם לא היוו טעם לחוסר האמון שניתן בעדי ההגנה. בהמשך לאמור, הרי שלא מצאתי כל מגמתיות באופן בו ניתח בית משפט קמא את העדויות מטעם ההגנה, וזאת בהשוואה לאופן בו בחן את העדויות מטעם התביעה, כנטען בערעור.

אמירות מפלילות מפי המערער וטענות נוספות

65. לבסוף, ראוי להדגיש, כי מלבד עדותו הבלתי מהימנה של המערער בבית משפט קמא, מצויות בחומר הראיות אמירות מפלילות שמסר המערער, ואשר תומכות בדחיית גרסתו על ידי הערכאה הדיונית. בראש ובראשונה, יש להפנות לדברים שנמסרו מפיו בהקלטת השיחה המרכזית, ושחלקם צוטט לעיל. בנוסף, יש להתייחס לדברים שכתב המערער במסרון התגובה ששלח לטלפון הנייד של אמו של המתלונן. האם העידה בבית משפט קמא כי לאחר שבנה סיפר לה על מעשי המערער, היא שלחה, ביום 11.1.09, מסרון לטלפון הנייד של המערער, בו כתבה באנגלית, בין היתר "אתה חיללת את ילדי. יהיה לך תגמול. לעולם אל תתקשר ואל תתקרב אלי או למי מבני משפחתי". על כך השיב לה המערער, במסרון שנשלח מהטלפון הנייד שלו "אני מבין את כאבך וכעסך. כדי שהילדים לא יקבלו את בושתי וחרפתי אני עושה תוכניות כדי לעזוב" (עמ' 12 להכרעת הדין). האם ניגשה למטרה עם מכשיר הטלפון הנייד שלה, הציגה את

המסרון ואת התגובה שקיבלה, ורשמה במזכר את האמור בהם. נציג המשטרה אף צילם את המסרונים, וכל החומר הוגש כראיה לבית משפט קמא (ת/4). אמנם, צילום תוכן המסרונים אינו ברור דיו, וגם לא ניתן להבין ממנו לאיזה מספר טלפון נייד נשלח המסרון של האם. יחד עם זאת, ניתן לראות בצילום, ועל כך לא חולקת ההגנה, כי האם שלחה את המסרון לאדם בשם "זרחיה" (הוא כינויו של המערער - א.ש.) ביום 11.1.09, סמוך לשעה 09:00, וכי היא קיבלה מסרון תגובה מ"זרחיה" באותו היום, שעה 10:27.

לטענתו של המערער, מדובר במסרון פיקטיבי המהווה חלק מעלילת השווא שהמתלונן רקם נגדו, אליה גייס לא רק את אמו, אלא גם את אביו החורג. לשיטתו של המערער, מאחר שהאם העידה כי שלחה את המסרון ל"בעלה" (עמ' 235, ש' 29); מאחר שקודם לשליחת המסרון התנהלו שיחות בין המתלונן לבין אמו; ומשום שכל משתמש בטלפון נייד יכול להגדיר את שמו של איש הקשר באופן חופשי, הרי שלמעשה האם הגדירה, מבעוד מועד, את אביו החורג של המתלונן בקטגוריית אנשי הקשר בטלפון הנייד שלה כ"זרחיה", שלחה אליו את המסרון, וקיבלה ממנו מסרון בתגובה, המפיל את המערער, לכאורה, במעשים.

66. לא ראיתי לנכון לקבל את התרחיש הבדיוני, אותו העלתה ההגנה במסגרת יתר תיאוריות הקונספירציה השונות שבאמתחתה, וממילא היא לא תמכה אותו בראיות. אף שבפרוטוקול עדותה של האם נרשם, כי האם טענה ששלחה את המסרון ל"בעלה" ולא למערער, הרי שמעיון בקטע הרלוונטי עולה כי מדובר בטעות תמלול, הא ותו לא. גם אין כל מחלוקת, כי המתלונן ואביו החורג מסוכסכים, והמתלונן אף העיד כי הוא נהג כלפיו באלימות, מה שהיווה את אחד הגורמים לכך שהמתלונן עבר להתגרר בביתו של המערער. עוד יש להזכיר, כי בית משפט קמא התרשם מעדותה המהימנה של האם, אשר היתה קרובה מאוד למערער ולמשפחתו, ודחה את הטענה הבלתי מבוססת, כי היא ביקשה לטפול עליו האשמת שווא. לפיכך, ההשערה כי המתלונן, אמו ואביו החורג עשו יד אחת כדי לפגוע במערער, על לא עוול בכפו, עומדת על כרעי תרנגולת.

לטעמי, ניתן לראות בדברים שנרשמו במזכרה של האם ואשר אושרו בעדותה, משום ראיה המבטאת אמירה מפלילה מפיו של המערער. ראשית, בית משפט קמא ציין, כי הוא מאמין לגרסתה של האם בנוגע למסרון, אף שלא נמצא תיעוד למסרון בטלפון הנייד של המערער, לאחר שזה נלקח לבדיקה (נ/8). עיון קצר בצילומי המסרונים, מעלה כי ניתן להבין חלק מסויים מהמילים שנכתבו במסרון שנשלח מהטלפון הנייד של האם ("Do not call [...] me or" anyone in my family ever again in life"), דברים התואמים את האמור במזכרה, ומאשרים את עדותה בנושא. שנית, תוכן המסרון ששלחה האם, זהותו של האדם אליו נשלח, והמועד בו הוא נשלח מחזקים את עדותה באשר לתכני הדברים ששלחה וקיבלה מהמערער. במילים אחרות, לפנינו מסרון שנשלח לאדם בשמו של המערער; המורה לו להתרחק ממשפחת המתלונן ומאמו, אשר היתה חברה קרובה של המערער ואשתו; וזאת למחרת היום בו התעמת המתלונן עם המערער, וסיפר על הדברים לאמו. לפיכך, המענה שהשיב המערער לאם, כי הוא מבין את כעסה, ומתכנן לעזוב, יש בו כדי להעיד על תחושת אשם בולטת, בגין מעשיו.

כידוע, התבטאויות המצביעות על תחושת אשם מצידו של נאשם מהוות ראשית הודיה, וככאלו הן עשויות לשמש כראיה עצמאית לחובתו (ע"פ 8631/13 פלוני נ' מדינת ישראל (10.3.2016); ע"פ 1119/11 אבו סרחאן נ' מדינת

ישראל (5.5.2015); ע"פ 5149/12 פלוני נ' מדינת ישראל (13.1.2014)). לפיכך, אמירותיו המפלילות של המערער במסרון שנשלח לאמו של המתלונן, בהצטרפן לדברים שמסר בהקלטת השיחה המרכזית מאשרים ומבססים את מסקנתו של בית משפט קמא בדבר הרשעתו של המערער.

67. לבסוף, אדגיש, כי אין מקום לקבל את טענותיו של המערער בדבר התיישנות העבירות שביצע. זאת, משום שהמשיבה הוכיחה בפני בית משפט קמא כי העבירות בוצעו בתקופה הרלוונטית הנקובה בכתב האישום, ומאחר שלכתב האישום צורף אישורו של היועץ המשפטי לממשלה כנדרש בסעיף 354 רישא לחוק העונשין, כפי שפירט בית משפט קמא (עמוד 62 להכרעת הדין). אשר לטענתו האחרת של המערער, אין גם ספק, כי המערער שימש "אחראי" על המתלונן כהגדרתו בסעיף 368א חוק העונשין, וכקביעת בית משפט קמא (עמוד 63 להכרעת הדין). מעדויות עדי ההגנה, ואף מעדויות המערער ובני משפחתו, עולה כי המתלונן התגורר בביתו של המערער, והיה כבן-משפחה לכל דבר ועניין. המערער הוא שדאג למחייתו ולצרכיו של המתלונן, כאמור בפסקה 1 רישא לסעיף 368א, העוסק בהגדרתו של "אחראי על קטין". בנוסף, ומאחר שהמערער סיכם עם אמו של המתלונן כי הלה יבוא להתגורר בביתו, ניתן לקבוע כי אחריותו של המערער למתלונן היתה מכוח חוזה מכללא, או מעשה כשר מטעמו, כנדרש בסיפת פסקה 1 לסעיף 368א. לחילופין, ניתן לראות במערער "מי שהקטין [...]" מתגורר עימו או נמצא עמו דרך קבע, ומלאו לו שמונה עשרה שנים; ובלבד שקיימים ביניהם יחסי תלות או מרות", כמאמר בפסקה 3 לסעיף 368א לחוק העונשין.

68. לאור המפורט לעיל, ומשדחיתי את השגותיו של המערער על הכרעת דינו של בית משפט קמא, דעתי היא כי יש לדחות את הערעור שלפנינו.

טרם סיום

69. באחרית דבריי, אחזור ואבקש לייחד מספר מילים להתנהלותה של רשות החקירה והמשיבה בתיק. לפנינו בחור צעיר שנפל קורבן לעבירות מין קשות מצד האדם הקרוב אליו ביותר, עוד מהיותו ילד כבן תשע שנים. עם התבגרותו והטיפולים שעבר, הוא אזר אומץ להתמודד עם מי שגרם לצלקות הקשות בנפשו, ואף ביקש, בכוחות עצמו, לתעד את הודאתו של המערער בביצוע המעשים המזוויעים. זאת, בעיקר כדי להוכיח לעצמו כי הוא לא איבד את שפיותו, ולאחר שהבין כי אותו אדם ניצל את תמימותו, וראה בו כלי לסיפוק יצריו האפלים. למרבה המזל, ובתושיה של ממש, הצליח הבחור הצעיר, הוא המתלונן, להקליט את שיחתו עם המערער במכשיר הטלפון הנייד שלו, וניגש עימה למשטרה. המתלונן התבקש להעתיק את תוכן השיחה לתקליטור, אך אף גורם מבין אנשי החקירה לא העלה על דעתו לבקש מהמתלונן את מכשיר הטלפון הנייד שלו, על מנת להאזין לשיחה ממקור ראשון, ואולי לתעד אותה באמצעות המכשירים המקצועיים, הקיימים ברשות המשטרה. התנהלות רשלנית זו נמשכה גם לאחר מכן, ועוד טרם הגשת כתב האישום המתוקן, כאשר מכשיר הטלפון הנייד של המתלונן כבר נתפס על ידי גורמי החקירה במסגרת תיק פלילי אחר שהתנהל נגדו. גם אז, המשטרה ונציגי המשיבה שטיפלו בתיק, לא עשו דבר על מנת לאתר את מכשיר הטלפון הנייד, וזאת במטרה לשים את ידם על הראיה המקורית, העשויה להפליל את המערער. למיטב ידיעתי, גם לא היה נסיון, של מי מגורמי המשטרה או המשיבה, לפנות לחברת הסלולר, בה היה מנוי המתלונן, בכדי לבדוק לאיזה מספר טלפון נייד אחר ביקש המתלונן להתקשר, באמצעות שירות *91. לו היה מתבצע נסיון כאמור, הדעת נותנת כי ניתן היה להוכיח עם מי ניהל המתלונן את השיחה המרכזית המפלילה. בדיקה פשוטה מעין זו היתה מייתרת, כך נראה, את כל ההתדיינות סביב

זהותו של הדובר האחר, באותה שיחה.

זאת ועוד, אמו של המתלונן ביקשה להציג בפני המשטרה מסרונים שנשלחו והתקבלו בטלפון הנייד שלה, העשויים, אף הם, להפיל את המערער. אכן, המסרונים צולמו במשטרה, ואולם מייד לאחר הצילום, ניתן היה להיווכח בנקל, כי קשה עד בלתי אפשרי להבין את מרבית תוכנם של המסרונים. חרף זאת, לא עשו נציגי המשטרה מאמץ לצלם את אותם מסרונים בשנית, ובאיכות טובה יותר. יתר על כן, ואף שחוקרי המשטרה בדקו את מכשיר הטלפון הנייד של המערער, על מנת לאתר בו את המסרונים, הם (או המשיבה בשלב מאוחר יותר) לא פנו לחברת הסלולר בה הוא מנוי, על מנת לבקש את פלט ההודעות שיצאו והתקבלו במכשיר זה. פלט כזה היה, ככל הנראה מוכיח, בקלות רבה, כי המסרונים הגיעו ויצאו מהטלפון הנייד של המערער.

70. פליאה היא בעיניי, מדוע כך התנהלו רשויות אכיפת החוק בעניינו של המתלונן, ואולם אין כל ספק כי מדובר במחדלי חקירה, שאסור שישנו. אמנם, מחדלי החקירה בעניינו לא פגעו כהוא זה בהגנתו של המערער, ואולם הם היו עלולים לסכל, או לפחות לפגוע, באפשרות להגיע לחקר האמת ולעשיית הצדק עם המתלונן. משטרת ישראל פוגשת, לעיתים קרובות, במתלוננים בעבירות מין, כמו גם בעבירות אחרות, אשר מבקשים לנסות ולהשיב למי שפגעו בהם כגמולם. לא תמיד הם מגלים יוזמה ותושייה, כמתלונן שלפנינו, ומצליחים לתעד באופן עצמאי את דבריו של הפוגע, שיש בהם משום הודאה או ראשית הודאה במעשים. הם גם לא אמורים לעשות כן. ואולם, ברי כי באותם מקרים ייחודיים, בהם מגיעים הקורבן ובני משפחתו לתחנת המשטרה, ומגישים כפרי בשל ראיות של ממש לידיה של רשות החקירה, הדעת נותנת כי יעשה בראיות אלה שימוש של ממש, תוך גילוי רצינות ואחריות. לא כך נהגה המשטרה בעניינו, ונציגי המשיבה החרו החזיקו אחריה. התנהלות רשלנית זו מחייבת בדיקה וחשבון נפש של כלל הגורמים הנוגעים בדבר, לשם הסקת מסקנות לעתיד לבוא.

סוף דבר

71. כאמור, לותשמע דעתי, יידחה ערעורו של המערער על הכרעת דינו של בית משפט קמא. אף שאין בפנינו ערעור על חומרת העונש, אציין למעלה מן הצורך, כי עונשו של המערער הינו ראוי ומאוזן, בשים לב לחומרת מעשיו ולפגיעה הקשה שנגרמה למתלונן.

שׁוֹפֵט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט א' שהם. עם זאת, אני מבקשת להוסיף שתי הערות - האחת בהתייחס לדיון בתנאים לקבילות הטכנית של הקלטות, והשנייה באשר לרשלנות בחקירה.

2. תנאים לקבילות טכנית של הקלטות - אני תמימת דעים עם חברי השופט שהם כי התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה בעבר שיקפו את המציאות הטכנולוגית של אותה עת, וכי הם מחייבים רביזיה. הכיוון שעליו מצביע חברי - המבוסס על ההבחנה המתבקשת בין הקלטה באמצעות רשמקול "מסורתי" לבין הקלטה אלקטרונית - נראה מתבקש. עם זאת, דומה שניתן להותיר את הדיון המלא בסוגיה זו לעת מצוא, מאחר שלא שמענו טיעון מקיף דיו בעניינה. מכל מקום, בנסיבות העניין, היו די ראיות אחרות שתמכו בהרשעת המערער אף ללא ההקלטה.

3. רשלנות בחקירה - אני מצטרפת לכל הדברים שכתב חברי בעניין זה, וביתר שאת. על פני הדברים, התנהלות המשטרה בתיק משקפת התייחסות לא מכבדת לתלונה חמורה בדבר עבירות מין בקטין. במאמץ קטן ניתן היה לחסוך לא רק את ההתדיינות הענפה, אלא גם את תחושת אי-הנוחות המלווה הסתמכות על הקלטות שהן בגדר "שני בשלישי", גם אם בנסיבות העניין הונח בסיס משכנע ביותר לביצוע העבירות על-ידי המערער. בנוסף לחשבון הנפש המתחייב, שאליו התייחס חברי, דומה שנדרשת בדיקה ואף קביעת נהלים ברורים יותר. אם מכשיר הטלפון של המתלונן היה מוחזק בתיק אחר, ולא כל שכן תיק שחומרתו פחותה, שומה היה על המשטרה לעשות כל שנדרש על מנת להשיגו לצורך החקירה הנוכחית. אני סבורה כי מן הראוי שפסק דינו זה יועבר לעיונו של פרקליט המדינה.

שופט

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף להכרעתו המקיפה של חברי, השופט א' שהם, שלפיה דין הערעור להידחות, כמו גם להערותיה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז.

אינני רואה לקבוע מסמרות בשלב הנוכחי בשאלת הערכתם מחדש של תנאי הקבילות הטכנית של הקלטה, הואיל והדבר לא נדרש לצורך הכרעה בערעור, ומשהיריעה בעניין זה לא נפרשה על ידי הצדדים במלואה, כפי שמעידה חברתי.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ט"ו בחשוון התשע"ז (16.11.2016).

שופט

שופט

שופט

עמוד 35
