

ע"פ 53348/10/13 - יורם נעמן נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים
לפני כב' השופטים: י' נועם, כ' מוסק ו-מ' בר-עם

ע"פ 53348-10-13 יורם נעמן נ' מדינת ישראל

יורם נעמן

המערער

ע"י ב"כ עו"ד מ' רובינשטיין

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

פסק-דין

השופט נועם:

הערעור

1. לפנינו ערעור על הכרעת-דינו של בית-משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ח' לומפ) בת"פ 15753-11-10, מיום 12.9.12. בהכרעת-הדין הורשע המערער בעבירה של מעשה מגונה - לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - החוק) וזוכה מעבירת שיבוש הליכי משפט - לפי סעיף 243 לחוק. בגזר-דין שניתן ביום 12.12.12, לאחר הגשת תסקיר משירות המבחן ודו"ח בדבר הערכת מסוכנות, נידון המערער לשלושה חודשי מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות ולשישה חודשי מאסר על-תנאי. הערעור מופנה נגד הכרעת-הדין בלבד.

האישום בבית-משפט קמא

2. בכתב-האישום, שהוגש ביום 3.10.10, יוחסו למערער שתי עבירות של מעשה מגונה - לפי סעיף 348(ג) לחוק, ועבירת שיבוש הליכי משפט - לפי סעיף 243 לחוק. על-פי הנטען בכתב-האישום, ביצע המערער עבירות של מעשה מגונה, בשתי הזדמנויות, בעת שביקר בבריכת שחייה בבית חינוך עיוורים בירושלים (להלן - הבריכה).

על-פי כתב-האישום, האירוע הראשון התרחש ביום 5.3.09. נטען, כי המערער שחה לעברו של ש' (שהיה קטין כבן 16), נגע בגופו "וניסה להזיז את ידיו לכיוון בטנו של ש'". עוד נטען כי ש' התנגד, ואמר למערער כי הוא "רוצה פרטיות", אך המערער ניסה להחדיר את ידו אל מתחת לבגד הים של ש'. בנוסף נטען, כי לאחר ש-ש' הדף את ידיו של המערער וקרא לעזרת חבר שעמו הגיע לבריכה, הציג עצמו הנאשם ככזב בשם צביקה כהן, אמר לשניים כי הוא הולך

עמוד 1

לחדר הסאונה אך עזב את שטח הבריכה מספר דקות לאחר מכן.

האירוע השני שיוחס למערער בכתב-האישום, אירע על-פי הנטען ביום 12.3.09. בכתב-האישום נטען, כי באותו מועד הבחין המערער בקטין כבן 13, שזהותו אינה ידועה למאשימה (להלן - הקטין) שוחה בבריכה. עוד נטען, כי בעת ובמקום האמורים "ניגש המערער לקטין, נגע בו והכניס את ידו לתוך בגד הים של הקטין", כי המערער חדל ממעשיו לאחר ששם לב כי נערים אחרים (להלן - הנערים) מבחינים במעלליו ומזעיקים את המציל, וכי בהמשך רץ למלתחות וברח ממתחם הבריכה. בנוסף נטען, כי ביום 19.3.10, הבחינו ש' והנערים בנאשם בבריכה, והזעיקו את עובדי המקום אשר עיכבו את המערער עד להגעת המשטרה; וכי המערער הציג עצמו בפני עובדי הבריכה בכזב בשם צביקה כהן וניסה להתנגד לעיכובו.

3. בתשובתו לאישום בערכאה הדיונית, הציג המערער למאשימה ראיות לטענת אליבי (במקום אחר הייתי) בעניין האישום הראשון. הוא הציג אישור, כי לא היה בארץ מיום 3.3.09 ועד ליום 8.3.09. על-רקע הצגת הראיה האמורה, חזרה בה המאשימה מהאישום שיוחס למערער בכל הנוגע לאירוע מיום 5.3.09, והלה זוכה מעבירת המעשה המגונה באירוע הראשון. בהמשך תשובתו לאישום כפר המערער במיוחס לו בכתב-האישום, טען כי הוא אינו האדם שביצע את המעשים המתוארים בכתב-האישום וכי מדובר בטעות בזיהוי. בנוסף טען, כי אמנם הודה במשטרה בביצוע מעשים מגונים, אך ההודאה לא ניתנה מרצון חופשי אלא כתוצאה מלחץ שהופעל עליו. לדבריו, הוא הודה היות שנאמר לו על-ידי החוקר שאם יודה ישוחרר ממעצר, ואם לא יודה - ימשיך לשהות במעצר. הוא הסביר, כי היה נתון במצב נפשי קשה, כי מסר הודאה כללית בעקבות הבטחת החוקר לשחררו מהמעצר, כי החוקר הדריך אותו מה לומר בהודעתו, וכי הדברים שנרשמו באמרותיו אינן מילותיו שלו, אלא הוכתבו לו על-ידי החוקר. המחלוקת המרכזית שבה נדרש בית-משפט קמא להכריע התמקדה בשאלת זיהויו של המערער כמי שביצע את המעשים ובסוגיית קבילות אמרותיו בחקירה המשטרית.

4. כאן המקום להקדים ולציין, כי רשויות החקירה והתביעה היו מודעות לפרטיו של נפגע העבירה באירוע השני נושא ההרשעה; וכי הרשעתו של המערער בביצוע העבירה נעשתה מבלי שאותו ילד נחקר, וממילא מבלי שנמסרה גרסתו בבית-המשפט, בין בעדות או בין באמצעות חוקר ילדים. בהקשר זה ציינה ב"כ המשיבה בערעור, כי אין לה הסבר למחדל זה, שהנו בבחינת תקלה חמורה.

5. עוד יוקדם ויצוין, כי במהלך שמיעת הראיות העלה המערער טענת אליבי אף בקשר לאירוע שיוחס לו ביום

12.3.09, לפיה באותו מועד ובאותן שעות העביר שיעור בכולל של הרב משה כהן. גרסה זו נתמכה בעדותו של הרב כהן, אשר אף הגיש לבית-המשפט עותק מצולם מדף השיעור שאותו הכין המערער, שעליו צוין המועד 12.3.09 בכתב ידו של הרב כהן. למרות קביעתו של בית-משפט קמא, לפיה עדותו של הרב כהן הותירה עליו רושם חיובי, הגיע בית-המשפט לכלל מסקנה - על-רקע האמון שנתן בעדי התביעה - כי לא מן הנמנע שבשל נסיבות שונות לא נשמע השיעור במועד האמור ונדחה מסיבה כלשהי למועד אחר או לשעה אחרת.

תמצית הראיות שהובאו לפני בית-משפט קמא

6. בפסק-דינו סקר בית-משפט קמא בהרחבה את הראיות שהובאו לפניו, ותמציתן תובאנה להלן.

התביעה הגישה לבית-משפט קמא את אמרותיו של הנאשם במשטרה. בנוסף, נשמעו עדויותיהם של שלושה נערים, ש', א' ו-ד', אשר לטענתם היו עדים לביצוע המעשים ביום 12.3.09, וזיהו את המערער כשבוע לאחר מכן בעת הגיעו לבריכה ביום 19.3.09. בעקבות הצבעת הנערים, עוכב המערער על-ידי שלושה מעובדי הבריכה, אשר הזעיקו שוטרים למקום. שלושת העובדים וכן השוטרים העידו אף הם.

7. ד' ציין בעדותו, כי ביום 12.3.09 בעת שעמד על המקפצה, ראה את המערער בפינת הבריכה, כאשר גבו של המערער מופנה ל-ד', וכשמעבר למערער נמצא ילד כבן 13. לדבריו, הבחין בכך שהמערער הכניס את ידו לתוך בגד הים של הילד, אשר היה כאמור בתוך המים. עוד העיד ד', כי בשלב זה קרא לחברו א', ושניהם שחו לפינת הבריכה שם עמדו המערער והילד. לדבריו, בזמן זה אמר ילד נוסף, כי אותו אדם "עשה לי את זה" בעבר, וכי הילד הנוסף הוא ש' שהתייצב אף הוא בבית-המשפט. ד' הוסיף והעיד, כי בטרם הספיקו הוא וחברו א' להגיע אל המערער ולילד, הספיק המערער להתרחק בשחייה מהמקום. על-פי עדותו, הוא זיהה את המערער בבריכה כשבוע לאחר מכן, ביום 19.3.09. ד' הדגיש, כי על אף שזיהה את המערער, אמר לחברו כי הוא רוצה להיות בטוח בזיהוי, ולכן הלכו בעקבות המערער לכיוון הבריכה. לדבריו, כאשר הגיעו לבריכה צעק ש' - שהיה אף הוא במקום - "זה הוא זה הוא". ד' הוסיף וציין בעדותו, כי ראה היטב את המערער ביום ביצוע העבירה; וכי למרות שבזמן המעשה ניצב המערער עם גבו אליו - הצליח לראות את פניו בעת ששחה לכיוון הילד והמערער התרחק בשחייה מהמקום.

8. א' העיד, כי היה עם ד' בבריכה. הוא ציין, כי הוא קצר ראייה ומרכיב משקפיים, וכי בעת האירוע לא הרכיב משקפיים ולכן לא ראה היטב את הנעשה בבריכה. לדבריו, ד' קרא לעברו ואמר שיש אדם שמבצע מעשים מגונים.

לאחר שהתקרב יחד עם ד' לפינת הברכה, ראה א' אדם מבוגר שעומד בצמוד לילד, אך אין באפשרותו לקבוע מה אירע בין השניים, אם כי ראה שאותו אדם "התעסק עם הידיים" ויד אחת שלו הייתה מונחת על גבו של הילד. כן ציין, כי אותו אדם - שחבש כובע ים שחור והרכיב משקפי שחיה שחורים - שחה מן המקום. לדבריו, כעבור שבוע, ביום 19.3.09, זיהה את המערער לפי "לבשו" בלבד.

9. ש' העיד, כי ביום האירוע ראה את המערער בברכה בצמוד לילד, ולאחר מכן ראה כיצד הוא מתרחק מהילד. הוא הבהיר, כי לא ראה בדיוק מה עשה המערער לילד אלא רק הבחין בכך שהוא נמצא בקרבתו, בצמוד אליו. לדבריו, זיהה את המערער בוודאות כמי שביצע בו בעצמו, ב-ש', מעשה מגונה ביום 5.3.09 - אירוע שהמערער זוכה כאמור בגינו לאחר שהוכיח כי שהה באותו מועד בצרפת. עוד ציין ש', כי זיהה את המערער לא על-פי לבשו, אלא על-פי מראה פניו, שכן ראה אותו בברכה קודם לכן.

10. בנוסף העידו שלושה מעובדי הברכה אודות נסיבות עיכובו של המערער בעקבות תלונת הילדים ביום 19.3.09. אחד מעובדי הברכה, יצחק מרדכיב, העיד כי המערער הציג עצמו בשם צבי כהן, וכי כאשר עימת את המערער עם תלונות הילדים השיב המערער כי יכול להיות שליטף ילד כתמיכה.

11. השוטר סמ"ר אורי מוהני, אשר עיכב את המערער בברכה, לא זכר את פרטי האירוע מחמת חלוף הזמן, אך בדו"ח המעצר שנערך על-ידו כתב כי תגובתו של המערער לדברים שיוחסו לו על-ידי הקטינים הייתה: "זו טעות בזיהוי זה לא אני". החוקר שגבה את הודעות המערער, רס"ר תמיר אלבוכר, לא זכר את נסיבות גביית ההודעות, והעיד כי אינו נוהג להבטיח לנחקרים דברים שאינם בסמכותו, כמו שחרור ממעצר, וכי הוא נוהג לרשום בהודעות את דברי הנחקרים.

12. לבית-המשפט הוגשו בפרשת התביעה אמרותיו של המערער בחקירה המשטרית. בחקירתו הראשונה במשטרה הוא הכחיש המיוחס לו, ובשתי הודעות שנגבו למחרת מעצרו מסר כי ביצע מעשים מגונים והביע חרטה על מעשיו.

13. בפרשת ההגנה העיד הרב משה כהן. לדבריו, ביום ביצוע העבירה המיוחסת למערער ובאותן השעות העביר המערער שיעור תורה בכולל שהעד עומד בראשו. העד ציין, כי לאחר שהמערער עדכן אותו בפרטי כתב-האישום, נתגלה האליבי לגבי האירוע הראשון, שהתרחש בתקופה שבה שהה המערער בצרפת. עוד ציין הרב, כי במועד האירוע השני העביר המערער שיעור שבועי בכולל. לתימוכין, הציג הרב כהן לבית-המשפט תדפיס של דף השיעור שהוכן על-ידי

המערער, אשר בכותרתו צוין התאריך הנדון בכתב ידו של העד. הרב כהן אף הדגיש, כי הוא זוכר את השיעור הספציפי אשר הועבר לאחר שובו של המערער מצרפת.

14. המערער העיד, כי לא היה בברכה במועד ביצוע העבירה, וכי במועד ובשעות הרלבנטיים העביר שיעור בכולל של הרב משה כהן. הוא ציין, כי מדובר בטעות בזיהוי ותיאר את נסיבות מעצרו. לדבריו, ביום 19.3.09 הורה לו המציל לצאת מהברכה, ואמר לו שילדים טוענים כי הוא נוגע בהם. הוא הכחיש כי בסמוך לעיכובו הזדהה בשם צבי כהן, וציין כי את השם הזה "זרקו בחלל" הילדים שהיו בברכה. באשר לנסיבות מעצרו וחקירתו העיד המערער כי הושפל על-ידי השוטרים, הוכנס לתא המעצר ללא אוורור, ללא מיטה ושמיכה, ועבר את הלילה כשהוא סובל מקור עז וממצוקה נפשית. עוד העיד, כי מנעו ממנו ללכת לשירותים, על אף שביקש זאת, וכי השוטר שהיה במקום אמר לו שיאפשר לו להתפנות רק לאחר שיודה. לגבי הודאתו במהלך החקירה, חזר המערער וטען כי הודה עקב מצבו הנפשי הקשה, לחצים שהופעלו עליו והבטחות של החוקר תמיר אלבוכר בדבר שחרור מהמעצר לאחר שיודה במיוחס לו. הוא אף הוסיף, כי החוקר הדריך אותו בדבר תוכן ההודעה שנרשמה מפיו. עוד טען המערער, כי בעת חקירתו הבין שהמעשים שעליהם הוא נחקר מתייחסים לאירוע הראשון מיום 5.3.09, ולא פחד כלל להודות מפני שהבין כי נחקר על עבירות שבוצעו בתקופה שבה כלל לא היה בארץ, ויעלה בידו להוכיח זאת בהמשך. בהקשר זה הוסיף, כי מסר בהודאתו פרטים שהם שקריים בעליל, מתוך ידיעה שיוכל להוכיח בהמשך שלא היו דברים מעולם.

הכרעת בית-משפט קמא

15. בית-משפט קמא החליט לקבל את הודאות המערער במשטרה כראיות קבילות, והגיע למסקנה כי הדברים שמסר באמרותיו הנם אמת. למסקנתו זו הגיע בית-משפט קמא על-יסוד עדותו של גובה האמרות, החוקר אלבוכר, אשר למרות שלא זכר את נסיבות החקירה שלל את האפשרות כי הבטיח לנחקר דברים שאינם בסמכותו. בנוסף, דחה בית-משפט קמא את גרסת המערער, לפיה הודרך על-ידי החוקר במסירת תוכן ההודעה, בציינו כי מחד גיסא טען המערער שהופעל עליו לחץ להודות והוכנסו מילים לפיו, ומאידך גיסא ציין כי שלט בסיטואציה ומסר אמרות תוך שימת לב לפרטים שונים, אגב מסירת פרטים שקריים ביודעין. עוד הביע בית-משפט תמיהה, מדוע לא מסר המערער את טענת האליבי בחקירה המשטרית באופן מידי, ובחר בגרסה מפותלת שבה ציין כי בילד אחד נגע ובאחר לא נגע. בית-משפט קמא העדיף את גרסתו של החוקר על-פני זו של המערער, ודחה את טענותיו של המערער לפיהן מסר באמרותיו דברים שקריים בשל הבטחות לשחרור תמורת הודאה. בית-משפט הוסיף, כי הסבריו של המערער לדברים שמסר בהודאתו במשטרה אינם מניחים את הדעת, ומכאן שלא עמד בנטל להוכחת טענותיו בעניין אי-קבילות ההודאות ובדבר היעדר משקל פנימי לאמרות אלה. עם זאת הוסיף וציין בית-משפט, כי אמנם סביר שהמערער הושפע בעת מתן ההודאה

מלחצים פנימיים סובייקטיביים, בשל תנאי מעצרו והחוויה שאותה עבר בדרכו לתחנה, אך עולה כי יכולת הבחירה שלו, אם להודות אם לאו, לא נפגעה. בית-המשפט הגיע למסקנה, כי סימני אמת פנימיים וחיצוניים מובילים למסקנה לפיה הודאתו של המערער במשטרה הנה הודאת אמת.

16. בהמשך הכרעת-הדין, החליט בית-משפט קמא להרשיע את המערער בעבירה של מעשה מגונה בהתבסס על שני אדנים: האחד - עדויות עדי הראיה אשר העידו על המעשה עצמו ועל התנהגותו המפלילה של המערער כשבוע לאחר מכן כאשר זוהה על-ידם; והשני - הודאותיו של המערער.

באשר לעדותו של ד', קבע בית-משפט קמא כי הוא יכול היה לראות את המערער מבצע את המעשה, וכי הלה אף הצביע על המערער באולם בית-המשפט כמי שמתאים לתיאור של האדם אשר נתפס ביום 19.3.09. בכל הנוגע לעדותו של א', ציין בית-המשפט, כי למרות שהוא סובל מלקות ראייה, ולא ראה את המעשה עצמו, יש לראות את עדותו כעדות המחזקת את גרסתו של ד'. בעניינו של העד ש', ציין בית-המשפט כי אמנם הוא לא ראה את המעשה המגונה המיוחס למערער ביום 12.3.09, אך זיהה את המערער כמי שהיה בקרבתו של הילד בבריכה. באשר לכשל בעדותו של עד זה - אשר לגרסתו מי שהיה בקרבת הנער ביום 12.3.09 היה זה שביצע בו עצמו, ב-ש', מעשה מגונה ביום 5.3.09 - ציין בית-משפט קמא כדלהלן: "יצוין כי בכתב-האישום המקורי נכתב כי ש' הנו המתלונן במקרה הראשון, ממנו זוכה הנאשם לאחר שהמאשימה חזרה בה מאשמה, לאחר שקיבלה את טענת הנאשם כי היה בצרפת ביום 5.3.09. למרות שעניין זה פוגם לכאורה במהימנותו של העד, החלטתי לסמוך על עדותו ולהאמין לו בעניין האירוע מיום 12.3.09, שכן העד הסביר כי בעת שמסר את הודעתו ייתכן שבלבל את המועדים בהם התרחשו האירועים. אולם העד הדגיש, כי הוא בטוח ביחס לזיהויו של הנאשם לעניין המקרה השני. ש' היה נער צעיר בעת התרחשות האירועים שיכול להתבלבל לגבי מועד אירוע שהתרחש שבוע או שבועיים קודם לכן, אך לא יטעה לגבי מראה פניו של אדם אותו ראה מספר פעמים בבריכה עוד טרם האירוע" (עמ' 15 לפסק-הדין). בית-משפט קמא קבע, כי עדויות הנערים מחזקות זו את זו באופן הגיוני היוצר תמונה משכנעת, הן של ביצוע העבירה והן של ודאות זיהויו של המערער כמבצע העבירה. תימוכין למסקנה זו אף מצא בית-המשפט בהתנהגותו של המערער בשעת עיכובו בבריכה עת מסר שם בדוי והכחשתו בעדותו את מסירת השם הכוזב. בכל הנוגע לטענת האליבי, קבע בית-המשפט כי "על אף הרושם החיובי שהותירה עדותו של הרב כהן", נדחית טענת האליבי, זאת הואיל והמערער לא העלה את הטענה בהזמנות הראשונה; כי התיעוד שהציג הרב כאסמכתא לקיומו של השיעור באותו מועד אינו מהווה תיעוד אובייקטיבי וניתן להכינו בכל עת על-ידי כל אדם; וכי אף אם הייתה מתקבלת גרסת הרב במלואה, הרי שגרסה זו אינה נובעת מזיכרונו של הרב אלא מהשערה, שכן לא מן הנמנע שנסיונות שונות גרמו לכך שהשיעור לא נשמע בפועל במועד זה ונדחה מסיבה כלשהי למועד אחר או לשעה אחרת. מטעמים

אלו, הגיע בית-משפט קמא למסקנה, כי טענת האליבי אינה מצליחה להקים ספק סביר מול עדויות עדי הראיה. אשר-על-כן, הרשיע בית-משפט קמא את המערער בעבירה של ביצוע מעשה מגונה. עם זאת, הוא זיכה את המערער מעבירה של שיבוש מהלכי משפט, זאת הואיל וההזדהות של המערער בשם צביקה כהן הייתה רק לפני עובדי הבריכה, בשעה שניסה להתנגד בכוח לעיכובו על-ידם, אך כאשר הגיעו למקום שוטרים, מסר את שמו ואת פרטיו.

תמצית טיעוני הצדדים

17. בהודעת הערעור בכתב ובטיעוניו בעל-פה, פירט ב"כ המערער בהרחבה את הטעויות שנפלו לדידו בהכרעת-הדין של בית-משפט קמא, בקביעת העובדות ובמסקנות המשפטיות. בין-היתר טען, כי בית-משפט קמא שגה - הן בכך שלא קיבל את טענת האליבי שהועלתה לגבי האירוע מיום 12.3.09, חרף קביעתו שעדותו של הרב כהן הותירה עליו רושם חיובי; הן בקביעתו בדבר זיהוי המערער על-ידי שלושת עדי הראיה; הן בהחלטתו בדבר קבילות אמרתיו של המערער והמשקל הרב שנתן לאמרות; והן בהימנעותו ממתן משקל מכריע לעובדה שנפגע העבירה לא נחקר על-ידי המשטרה, וממילא - לא נשמעה עדותו.

18. ב"כ המשיבה טענה, כי אין עילה להתערב בהרשעת המערער, זאת מהטעמים שבוארו על-ידי הערכאה קמא בהכרעת-הדין. לגרסתה, הערעור מכווון נגד ממצאים שבעובדה, ואין בסיס להתערבות ערכאת הערעור בהערכת מהימנות העדים.

דין והכרעה

19. לאחר שבחנו את טענות הצדדים, הגענו לכלל מסקנה, כי דין הערעור להתקבל.

אכן, כלל הוא, כי בית-משפט שלערעור לא ייטה להתערב, על-פי-רוב, בממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית אשר התרשמה מהעדים שהופיעו לפניה; וכי התערבותו בממצאים מצטמצמת לכדי מקרים חריגים שבהם נפלה טעות עניינית המצדיקה תיקונה במסגרת ערעור, כמו למשל כאשר נקבעו ממצאים שאינם עומדים במבחן ההיגיון ושיש לראותם כמופרכים, או מקום שאין לעובדות שנקבעו בסיס נאות בחומר הראיות (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 646 (2000); וע"פ 117/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(4) 408 (2000)). יודגש, כי כאשר בית-המשפט מבסס ממצאים שבעובדה על התרשמות מעדים שהוא מאמין להם, לרוב לא יתערב בית-המשפט שלערעור בממצאים אלו; ואולם "במקום שגרסאות בעלי הדין נמדדות במאזני ההיגיון והסבירות; במקרה מעין

זה, אין לערכאה קמא זכות בכורה והרי בית-המשפט שלערעור יכול ורשאי, ככלל, להתערב בממצאים שהיא עושה" (ע"א 53/89 נוטס נ' בעל טכסא (20.12.92)). על-כן, כאשר נזקקת ערכאה דיונית לשיקולים של "היגיון" ושל "סבירות" בקביעת אשמה בפלילים, או כאשר היא נמנעת מלקבוע מסמרות באשר להתרשמות מעדות, רשאית ערכאת הערעור להעביר תחת שבט ביקורתה גם ממצאים שבעובדה (ע"פ 1929/06 פלוני נ' מדינת ישראל (5.3.09) בפסקה 16 לפסק-דינו של כב' השופט לוי).

במשפט פלילי נדרשת מן התביעה מידת הוכחה כדי שכנועו של בית-המשפט מעבר לכל ספק סביר, ומוסכמת יסוד זו מעוגנת בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין, הקובע: "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". כבר נפסק, לא אחת, כי "אין הרשעה בדין, אלא אם הוסרו כל הספקות הסבירים". וכי "אם קיים ספק סביר, אין מרשיעים, שכן מוטב שהעבריין ייצא זכאי בדינו מאשר שאדם יורשע למרות שנותר ספק סביר באשמתו, שכן גישה אחרת יכולה להוליך להרשעתו של חף מפשע" (ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644-648 (1993); וכן ראו והשוו: ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב (13.9.05)).

סבורים אנו, כי לפנינו מקרה חריג המצדיק התערבות בקביעת ממצאיה ומסקנותיה של הערכאה הדיונית. הגענו לכלל מסקנה, בשונה מעמדתו של בית-משפט קמא, כי אשמתו של המערער לא הוכחה מעבר לספק סביר, זאת מן הטעמים שיפורטו להלן.

20. ראשית, לא הוכח כדבעי זיהויו של המערער על-ידי עדי התביעה. מעדויותיהם של עדי הראיה, לא ניתן היה להגיע למסקנה לפיה המערער - אשר נראה על-ידם ביום 19.3.09 - היה מי ששחה בבריכה ביום 12.3.09. האפשרות להתרשם ממראה פניו של האדם ששחה בבריכה ביום 12.3.09 הייתה מוגבלת ביותר. שלושת העדים, ד', א' ו-ש', העידו כי אותו אדם ששחה בבריכה היה עטור זקן, חבש כובע ים בצבע שחור והרכיב משקפי שחייה. מובן, כי בנסיבות אלו, אפשרות זיהויו פניו של אותו אדם לאחר שבוע הנה קלושה ביותר, אם בכלל. העד ד' אמנם ציין, כי זיהה את המערער ביום 19.3.09 כמי שהיה בבריכה בקרבת הילד ביום 12.3.09. ואולם, יכולת הזיהויו שלו הייתה מוגבלת ביותר. על-פי עדותו, ראה רק את גבו ועורפו של המערער, אם כי נזדמן לו, לטענתו, לראות את פניו של המערער למשך שניות ספורות בעת שהמערער שחה לכיוון המים הרדודים. משקלו של זיהויו שכזה הוא מועט ביותר, כאשר העד יכול היה להבחין לכל היותר בגבר מזוקן, שכאמור היה עם כובע ים ותווי פניו הוסתרו באמצעות משקפי שחייה. העד א' כלל לא זיהה את המערער לפי מראה פניו. א' העיד, כי הוא קצר ראייה ומרכיב משקפיים, כי בעת האירוע ביום 12.3.09 לא הרכיב את משקפיו, וכי לא יכול היה לזהות את האדם שהיה בקרבתו של הילד בבריכה. העד ש' אכן העיד, כי ראה את

המערער בצמוד לילד, אך לא יכול היה לתת פרטים מזהים מלבד זקן שחור; ובנסיבות אלו, כאשר אותו אדם חבש כובע ים והרכיב משקפי שחיה - ניכר כי מדובר בזיהוי נטול כל משקל. מכאן, שלא ניתן לקבוע ממצא כלשהו לחובת המערער, על-יסוד זיהויו על-ידי שלושת הנערים.

21. זאת ועוד, העד ש' טען כי אותו אדם, שהיה בקרבת הילד באירוע מיום 12.3.09, ביצע בו, ב-ש' עצמו, מעשה מגונה ביום 5.3.09. משהוכח, על-דעת המאשימה, כי המערער היה בחו"ל בין המועדים 3.3.09-8.3.09, ומשזוכה המערער בהסכמת המאשימה מביצוע המעשה המגונה ב-ש' ביום 5.3.09, מתחייבת המסקנה כי ש' טעה בזיהויו של המערער כמי שהיה בשני האירועים, וכפועל יוצא - אף נפלה טעות בזיהויו של המערער על-ידי ד', כמי שנטל חלק באירוע השני.

22. שנית, מעדויות עדי הראיה אף לא הוכח כדבעי ביצועו של מעשה מגונה. ש' ו-ד' לא הבחינו במעשיו של המערער באירוע מיום 12.3.09, ועד הראיה היחיד למעשה המגונה הנטען היה ד'. ד' אמנם העיד, כי כאשר עמד על המקפצה ראה שהמערער מכניס את ידו לתוך בגד הים של הילד, כאשר שניהם היו בתוך המים. ואולם, מתעורר ספק רב בדבר יכולתו של ד' להבחין בהכנסת היד לתוך בגד הים; זאת הן הואיל וקשה להבחין ממרחק בתנועת יד שנעשית בתוך מים, והן ובפרט כאשר ד' הבהיר כי גבו של המערער הופנה אליו והילד היה אפוא מוסתר על-ידי המערער.

23. שלישית, הימנעות המאשימה מחקירת נפגע העבירה מקימה חזקה בדבר חפותו של המערער. לצורך הוכחתם - הן של המעשה המגונה הנטען והן של זהות המערער כמי שביצע מעשה מגונה ללא הסכמה מצד נפגע העבירה - היה על המשטרה לזמן את נפגע העבירה לחקירה, ולהביא את עדותו בפני בית-המשפט; זאת כאשר פרטיו היו ידועים היטב הן למשטרה והן לפרקליטות. ההלכה הפסוקה מורה, הן במשפט פלילי והן במשפט אזרחי, כי הימנעותו של צד מהבאת ראיה רלבנטית, שהיא בהישג יד, אשר תומכת בגרסתו, זאת ללא הסבר סביר לכך, נזקפת לחובתו של אותו צד, ומקימה חזקה כי אילו הובאה הראיה, הייתה תומכת בגרסתו של הצד שכנגד (ראו: ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85, 97 (1983); וע"פ 11331/03 משה קיס נ' מדינת ישראל (8.12.04) בפסקה 45). כך במקרה שלפנינו, שבו לא נשמעה עדות נפגע העבירה. מדובר בתקלה חריגה ויוצאת דופן, לפיה הוגש כתב-אישום בעבירה של מעשה מגונה, מבלי שנפגע העבירה נחקר על-ידי המשטרה ומבלי שהובאה גרסתו לבית-המשפט על-ידי התביעה הכללית. בפיה של ב"כ המשיבה לא היה הסבר לפשר המחדל בעניין אי-חקירתו ואי-העדתו של נפגע העבירה: "אין לי תשובה לשאלה מדוע לא נעשה ניסיון איתור של הנפגע. אנו מכירים את פרטי אותו ילד. אין לי תשובה מדוע לא נחקר, כאמור. השערתי היא כי ברגע שחשוד מודה פעמיים בהודעה אחר הודעה, הרשות החוקרת פחות מתאמצת להגיע לנפגע

העבירה". היא הוסיפה והבהירה, כי אכן מדובר בתקלה חמורה - "תקלה שלא צריכה להיות... מדובר ללא ספק בתקלה... המצב הנוכחי מקורו בטעות או בתקלה" (עמ' 3 לפרוטוקול). הימנעות המשטרה והפרקליטות מחקירת נפגע העבירה ומהעדתו, מקימה, אפוא, חזקה כפולה: האחת - כי המערער לא היה לידו בבריכה ביום 12.3.09, והשנייה - כי לא בוצע מעשה מגונה בגופו.

24. רביעית, משקבע בית-משפט קמא כי עדותו של הרב כהן הותירה עליו רושם אמין, לא היה מקום לדחות את טענת האליבי שהעלה המערער לגבי מעשיו ביום 12.3.09, ובפרט לאור הטעמים שניתנו בהחלטת בית-המשפט בעניין זה. כאמור, הרב כהן העיד, כי במועד ובשעה הרלבנטיים העביר המערער שיעור בכולל שבניהולו של העד, והרב אף הציג מסמך לפיו השיעור הועבר באותו מועד. מדובר בדפי מקורות מודפסים שבכותרתם הופיעו בכתב ידו של הרב כהן מועדי מתן השיעורים, ובכלל זה, השיעור ביום 12.3.09. בית-משפט קמא ציין, כי עדותו של הרב הותירה "רושם חיובי", אך דחה את גרסת האליבי ממספר טעמים. סבורים אנו, כי לנוכח ההתרשמות החיובית מעדותו של הרב, לא היה בטעמים שצוינו כדי לדחות את טענת האליבי. הטעם הראשון היה אי-העלאת טענת האליבי בהזדמנות הראשונה. אין בטעם זה כדי לדחות את טענת האליבי, שכן המערער העיד - כי נדרש לערוך בירור היכן היה במועד שבו יוחס לו המעשה הנדון באירוע השני; כי לאחר בדיקה ודרישה עלה בידו להיזכר כי נתן שיעור ביום חמישי, 12.3.09, במקום השיעורים שנהג לתת בימי ראשון; וכי מיד לאחר שערך בירור הזמין באמצעות בא-כוחו את המאשימה להשלים חקירה באמצעות גביית הודעה מהרב כהן - דבר שלא נעשה. בטעם השני לדחיית טענת האליבי ציין בית-משפט קמא, כי התיעוד אינו מהווה ראיה אובייקטיבית אותנטית, שכן ניתן להכינו בכל עת. הסברה, לפיה מדובר ברישום לא אותנטי, אינה מתיישבת עם קביעתו של בית-משפט קמא לפיה עדותו של הרב כהן הותירה עליו רושם חיובי. בטעם השלישי לדחיית טענת האליבי, העלה בית-משפט קמא השערה, לפיה לא מן הנמנע שהשיעור נדחה מסיבה כלשהי למועד אחר או לשעה אחרת. מדובר בהשערה, שלא הייתה מבוססת על עובדות. הטעם הרביעי לדחיית טענת האליבי, היה כלשון בית-המשפט "כאשר מול טענת האליבי ניצבת עדותם של עדי ראיה מהימנים המעידים על כך שהנאשם ביצע את המעשים המתוארים בכתב-האישום... וממקמים את הנאשם באותו מועד, באותן השעות בבריכה". על-פי הכרעת-הדין, טעם זה היה הטעם העיקרי לדחיית טענת האליבי (סעיף 22 סיפא להכרעת-הדין). ואולם, טעם זה מאבד את מלוא משקלו ועוצמתו, נוכח קביעתנו לעיל, כי אין בעדויות עדי הראיה כדי להביא למסקנה שהמערער היה בבריכה ביום 12.3.09.

25. חמישית, אמרותיו של המערער במשטרה, נעדרות משקל פנימי; ולא ניתן לבסס עליהן הרשעה. בהודעתו הראשונה מיום מעצרו 19.3.09 כפר המערער במעשים המיוחסים לו. יודגש, כי באזרה שניתנה בפתח החקירה ביום

המעצר (וכן באזהרות בחקירות הנוספות שלאחר מכן) נאמר למערער שהוא חשוד בביצוע מעשה מגונה בשני אירועים (ללא ציון התאריך), וכי אחד מהם בוצע "לפני כשבועיים". בגוף ההודאה נחקר המערער על מעשיו ביום 5.3.09 בלבד (הנוגע לאירוע הראשון שבעניינו זוכה, כאמור). מכל מקום, המערער כפר בהודעה הראשונה במיוחס לו. המערער נעצר למשך הלילה, ועל-פי עדותו שהה בתא מעצר ללא מיטה וללא שמיכה וסבל מהקור העז. לא הובאה עדות מטעם המאשימה להפריך את הטענה בדבר תנאי המעצר. כאמור, המערער העיד כי בחקירותיו למחרת, ביום 20.3.09 אף הודה בביצוע המעשים המגונים, וציין כי עשה זאת הואיל ונקלע למצוקה נפשית של ממש כתוצאה ממעצרו, והחוקר אמר לו שככל שיוודה - ישוחרר ממעצר. החוקר תמיר אלבוך, אשר גבה את ההודעות, טען כי אינו זוכר כלל את נסיבות חקירתו של המערער, אך הוסיף כי אינו מבטיח דברים שאינם בסמכותו. כאמור, בית-המשפט קמא העדיף את עדותו של החוקר על-פני עדותו של המערער, ודחה את הטענה בדבר אי-קבילות האמרות. בחקירה מיום 20.3.09 בשעה 07:25, שאף בגדרה הוזנה כאמור בביצוע מעשים מגונים בשתי הזדמנויות ובכללן אירוע שהתרחש כשבועיים לפני כן, מסר המערער הודאה כללית ולקונית, לפיה הוא מביע חרטה עמוקה "על המעשים האלה", דהיינו - לכאורה ביצוע מעשים בשתי הזדמנויות, כאמור באזהרה. ואולם, אין חולק, כי באירוע הראשון, ובתקופה של כשבועיים לפני חקירתו, לא היה המערער בארץ. הודאה גורפת זו הנה דלת משקל. לשאלה נוספת בחקירה "מה היה באותו יום בבריכה עם אותו נער" - כאשר לא הובהר בשאלה באיזה אירוע מבין השניים מדובר, מסר המערער גרסה כללית ולקונית על מעשה מגונה בקטין, שאינה תואמת את עדויותיהם של עדי הראיה (ש' 6-8); ובהמשך החקירה גם הודה וחזר בו מההודאה לסירוגין "לא זכור לי שנגעתי. אני רוצה להבהיר היה ילד שבו נגעתי, אך הילד שהתלונן בו לא נגעתי כלל אולי ניסיתי אך אני לא זוכר" (ש' 19-20). באמרה שנייה שנגבתה ממנו זמן קצר לאחר מכן, לא נדרש המערער למסור פרטים על האירוע, ומסר הודאה כללית כי הוא מביע חרטה על מעשיו וכי הודה כדי למנוע מהנערים נזק וצורך להתייבב לחקירות. יצוין, שבעדותו ציין החוקר אלבוך כי חקר את המערער בכל הודעותיו רק על יום 5.3.09 ולא הפנה אליו שאלות לגבי יום 12.3.09 (עמ' 52).

מבלי שנביע עמדה בעניין הקבילות ההודאות, הרי שבשונה מבית-משפט קמא, סבורים אנו כי משקלן של ההודאות הנו דל, וכי על-רקע מכלול הראיות, אין די בהודאות אלו כדי לבסס את הרשעתו של המערער בעבירת המעשה המגונה הנדונה באירוע השני. כאמור, מדובר בהודאות קצרות ולא מפורטות, והתיאור הכללי בהן אף אינו הולם את זה שתואר על-ידי העד ד'. זאת ועוד, כפי שצוין, על-פי המועדים שאוזכרו בנוסח האזהרה בפתח ההודעה, ושבועיים נחקר המערער - הודה המערער למעשה בביצוע העבירה בתקופה שבה לא שהה בארץ. לא זו אף זו, משהעיד ש' כי מי שהיה בבריכה ביום 12.3.09 הוא אותו אדם שביצע בו, ב-ש' עצמו, מעשה מגונה ביום 5.3.09, ומשנתחוויר (כמוסכם על המאשימה וכעולה מזיכוי של המערער בגין האירוע הראשון) כי המערער שהה בחו"ל ביום 5.3.09, אין מנוס מהמסקנה כי להודאתו של המערער אין משקל ראייתי מפליל; ולא ניתן לשלול שהודה במעשים שלא

ביצע, בין כתוצאה מלחצים חיצוניים ובין כתוצאה מלחצים פנימיים בשל תנאי מעצרו. זאת ועוד אחרת, כפי שכבר צוין, הימנעותם של גורמי החקירה והתביעה מחקירתו של נפגע העבירה ומהעדתו בבית-המשפט, מקימה חזקה לפיה לא בוצע בנער מעשה מגונה, וכי מי שהיה בקרבתו אינו המערער.

התוצאה

26. ממכלול הטעמים האמורים, הגענו לכלל מסקנה, בשונה מבית-משפט קמא, לפיה אשמתו של המערער לא הוכחה מעבר לספק סביר. משכך, מתקבל הערעור והמערער מזוכה מהעבירה של מעשה מגונה שבה הורשע, וכפועל יוצא - מבוטל גזר-הדין.

המזכירות תמציא עותקים מפסק הדין, לב"כ המערער, לפרקליטות, לשירות המבחן ולממונה על עבודות השירות.

ניתן היום, כ"ט באב התשע"ד, 25 באוגוסט 2014, בהיעדר הצדדים (על-פי הסכמתם).

משה בר-עם, שופט

כרמי מוסק, שופט

יורם נועם, שופט