תפח 52781-02-12

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **לפני כב' השופטת שרה דותן – אב"ד**  **כב' השופט שאול שוחט**  **כב' השופטת ד"ר דפנה אבניאלי** | |  |
| **המאשימה** | | **מדינת ישראל**  **ע"י ב"כ עו"ד קלאודיה בילנקה ועו"ד רוית צלאח-מימון** | |
| **נגד** | | | |
| **הנאשם** | | **ניסים סימון חדאד (עציר)**  **ע"י ב"כ עוה"ד יורם שפטל, אלי כהן, עינת גלוסר ורויטל סבג-שקד** | |
|  |  |  |  |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [335(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/335.b.2), [347](http://www.nevo.co.il/law/70301/347), [347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b), [347(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.c), [351(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.a)

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

**ניתן בזה צו איסור פרסום על שם נפגע העבירה, בני משפחתו או כל פרט שיש בו כדי להביא לזיהויו.**

**כב' השופטת שרה דותן – אב"ד:**

1. בתאריך 18.2.12, בשעה 18:00 בקירוב, הובא הפעוט י.ה., יליד 26.8.10 לחדר המיון של בית החולים שניידר בפתח-תקוה כשהוא חבול קשות בפי הטבעת, החבלות כללו שני קרעים, האחד באורך 0.5 ס"מ והשני כ- 4.5 ס"מ וכן קרע של הספינקטר החיצוני של פי הטבעת. בנוסף, נראתה על לחיו השמאלית המטומה. השאלה העומדת להכרעתנו היא, מתי נגרמו לפעוט הפגיעות המתוארות לעיל ועל ידי מי.

**רקע כללי וכתב האישום**

1. כשלושה חודשים לפני האירוע המתואר לעיל, הכיר הנאשם את אמו של הפעוט, ש.ה. ובין השניים התפתח קשר זוגי שבמסגרתו נפגשו השניים בביתה של ש.ה. ובביתו של הנאשם. מטבע הדברים, נכח בנה הפעוט של ש.ה. בחלק מאותם מפגשים והנאשם הפגין כלפיו יחס אוהב, שמצא ביטויו במסרונים שהועברו באמצעות הטלפון ובגילויי חיבה שכללו נשיקות וחיבוקים. כשבועיים עובר לאירוע נשוא כתב האישום, בעת שש.ה. שהתה בביתו של הנאשם, ירד הנאשם לבדו עם הפעוט לג'ימבורי שבכניסה לבית הדירות בו הוא מתגורר, ושיחק עמו כשעה וחצי.
2. על פי הנטען בכתב האישום, בלילה שבין 17.2.12 – 18.2.12 ישנו ש.ה. והפעוט בביתו של הנאשם. בבוקר יום 18.2.12 בשעה 10:35 או סמוך לכך ירד הנאשם עם הפעוט לחדר הכושר שבקומת המרתף בבניין. בעת שהנאשם נותר לבדו עם הקטין, ביצע בו מעשה סדום על ידי כך שאחז בחוזקה בפיו באמצעות כף ידו באופן שלא יוכל לצעוק והחדיר את איבר מינו או חפץ קשיח לפי הטבעת של הקטין. כתוצאה ממעשים אלה, נגרמו לפעוט חבלות בפי הטבעת כמתואר לעיל. בשל החבלות החמורות נזקק הפעוט לטיפול כירורגי ואושפז בבי"ח וולפסון במשך 6 ימים.
3. בתגובתו לכתב האישום הודה הנאשם כי בתקופה הרלבנטית היה בן זוגה של ש.ה. כמו כן אישר כי ירד להתאמן בחדר הכושר במועד ובשעה הנטענים ולקח עמו את הפעוט, וזאת על מנת שאמו תוכל להתארגן ולהתקלח לקראת יציאתם המשותפת למסעדה. הנאשם כפר בהאשמה לפיה ביצע בקטין מעשה סדום כמתואר לעיל וכן הכחיש את הטענה לפיה כתוצאה ממעשיו נגרמו לפעוט חבלות חמורות.

**המחלוקות העובדתיות**

1. לטענת המאשימה הצטברותן של הראיות נסיבתיות הכוללות חוות דעת רפואיות ופורנזיות, בנוסף על צילומי מצלמות האבטחה בבנין הדירות בו התגורר הנאשם, מובילים למסקנה החד משמעית לאשמתו של הנאשם, ואילו הנאשם גורס כי אין בראיות הנ"ל כדי להוכיח מתי ועל ידי מי נגרמו החבלות ומכחיש מכל וכל את מעורבותו במעשה.

ראיות התביעה בענייננו הינן ראיות נסיבתיות. אין לפנינו ראיה ישירה המוכיחה במישרין את העובדה כי הנאשם ביצע את מעשה הסדום הנטען בגופו של הפעוט, ולפיכך מוטל עלינו לבחון את מכלול הראיות הנסיבתיות ולקבוע האם בהצטברותן זו לזו, ועל דרך ההיסק ומבחני השכל הישר הן מצביעות באופן חד משמעי על ביצוע העבירה על ידי הנאשם, וכי האופציה הראייתית היחידה האפשרית בנסיבות הענין הינה שהנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו וכי אפשרות אחרת אין.

ב[ע"פ 9372/03](http://www.nevo.co.il/case/6151583) **עמוס פון וייזל נ' מדינת ישראל** עמדהכב' השופטת פרוקצ'יה על הליך הסקת המסקנה המפלילה מן הראיות הנסיבתיות (23.9.04):

**"הראייה הנסיבתית על פי טיבה מוכיחה את הנסיבות ולא את העובדה הטעונה הוכחה, ואילו הליך קביעת הממצא העובדתי נעשה על דרך הסקת מסקנה הגיונית מן הנסיבות שהוכחו בראייה ישירה. 'רק אם המסקנה המפלילה המוסקת מן הראיות הנסיבתיות גוברת באופן ברור והחלטי על כל תיזה עובדתית חלופית אחרת, כי אז ניתן לומר שהיא הוכחה מעל לספק סביר. עליה להיות המסקנה ההגיונית היחידה שניתן להסיק בנסיבות הענין, ודי באפשרות קיומה של מסקנה אפשרית אחרת שאינה רחוקה ודמיונית כדי להקים ספק סביר שדי בו לזיכויו של נאשם' (**[**ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פד"י לה**](http://www.nevo.co.il/case/17937212)**(1) 113, 141;** [**ע"פ 6167/99**](http://www.nevo.co.il/case/5675397) **בן שלוש נ' מדינת ישראל). הליך הסקת המסקנה המפלילה מהראיות הנסיבתיות הוא תלת-שלבי: בשלב ראשון נבחנת כל ראייה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי; בשלב שני, נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה האם היא מערבת, לכאורה, את הנאשם בבצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות, בהתבסס על נסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך. בשלב שלישי, מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר ביחס להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית המשפט מניח את התיזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תיזה של ההגנה, ובוחן האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גרסתו והסברו של הנאשם (**[**ע"פ 497/92**](http://www.nevo.co.il/case/17925116) **נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל, תק' על' 95(3) 2068, פסקה 5)".**

לאור האמור לעיל, אבחן תחילה כל ראיה בנפרד ולאחר מכן אתייחס להצטברותן של הראיות ומשקלן הכולל מול הסברי הנאשם.

1. יודגש כי אין חולק שנטל הראיה להוכחת האשמה המיוחסת לנאשם לעולם רובץ על שכמה של התביעה, ואין זה מחובתו של הנאשם להוכיח כיצד נגרמו החבלות ועל ידי מי.

**הראיות הרפואיות**

1. ד"ר ענת גוז מרק, רופאת ילדים בבי"ח שניידר, היתה הראשונה שבדקה את הפעוט ביום המקרה בשעה 18:00 בקירוב ובסיכום הטיפול בתיק המיון ת/8 נכתב על ידה, לאחר רישום האנמנזה מפי האם:

**"בבדיקתי, ילד נינוח, שקט, צבע תקין, בטן רכה, ללא רגישות. בפי הטבעת - הרחבת האנוס, שני חתכים בשעה 12 ובשעה 6 בעומק כ- 2 מ"מ ואורך כשני ס"מ (לא נראה הקצה, לא נעשתה בדיקה תוך רקטלית) עם סימני דמם בחיתול ללא דימום פעיל כרגע".**

1. לאור דברי האם שהעלו חשד למעשה עבירה, דיווחה ד"ר גוז מרק לעובדת סוציאלית ולמשטרה והפעוט הועבר להמשך בירור למיון בבית החולים וולפסון.

בפרק האבחנות ציינה הרופאה:

**"ANAL LACERATION**

**SUSP SEXUAL ABUSE"**

1. בעדותה בבית המשפט הבהירה ד"ר גוז מרק כי ראתה ילד בן פחות משנה וחצי שהיה די שקט. בדיקתה היתה חיצונית וכללה בעיקר הסתכלות בלי נגיעה:

**"מה שהבחנתי כבר מהסתכלות, הוא היה פצע עם חתכים שיוצאים, זאת אומרת שהם מאזור פי הטבעת בערך 2 סנטימטר מפי הטבעת, ונמשכים פנימה אני לא יודעת להגיד עד כמה הם עמוקים כי לא בדקתי מבפנים, חתכים כמו שציינתי בעומק 2 מילימטר וזה"** (עמ' 41 שורות 5-11).

בהמשך הוסיפה כי פי הטבעת היה מורחב או פעור יותר ממה שמצפים מילד בגיל הזה (שם שורות 30-31).

1. באשר להתנהגותו של הפעוט, השיבה העדה בתשובה לשאלה בחקירה נגדית, כי הילד החל לבכות ברגע שהושכב על המיטה לצורך בדיקה ובמהלך הבדיקה. עובדה זו לא צויינה על ידה בדו"ח הרפואי מאחר, שלדבריה, בכי של פעוט במהלך בדיקה אינו חריג אצל ילדים בגיל זה (עמ' 456-457).
2. עוד הבהירה בחקירתה הנגדית כי תינוק בן שנה וחמישה חודשים אינו יכול מבחינת חוזק, כח וגמישות לגרום לעצמו חתכים כאלה וכי הוא יכול להגיע עם אצבעותיו לפי הטבעת בקושי רב (עמ' 456 שורות 25-32).
3. המשך הטיפול בפעוט והממצאים תועדו במסמכים הרפואיים שנערכו בביה"ח וולפסון (ת/33 - ת/50).

בת/33 צוין מצבו הכללי של הפעוט כ**"ערני, חיוני"**. בבדיקה נמצא סימן חבלה מינימלי על פני הזיגומה (עצם הלחי) משמאל. עוד צוין כי בבדיקה חיצונית נתגלו חתכים באנוס באספקט קדמי ואחורי.

בבדיקה שנערכה בהרדמה מלאה הודגם באספקט קדמי, בשעה 12 לכיוון שעה 1, קרע של הרירית האנאלית לאורך של 0.5 ס"מ ללא קרע של הספינקטר. באספקט האחורי הודגם קרע ברוחב כסנטימטר ואורך כ-4.5 ס"מ וקרע של הספינקטר החיצוני של פי הטבעת, בחלק החיצוני של הקרע. בחלק הפנימי קרע של הרירית. בוצעה תפירה של הקרעים והספינקטר החיצוני והפעוט אושפז במחלקה כירורגית ילדים לצורך המשך מעקב וטיפול (ת/35).

פרופ' פרנסיס סרור, מנהל מחלקת כירורגיית ילדים, אשר ניתח את הפעוט, תיאר את בדיקתו וציין כי הפעוט היה בהכרה מלאה, ערני, אך נראה המום. בהמשך פירט את הממצאים בפי הטבעת הזהים למפורט לעיל והוסיף כי **"ממצא זה יכול להיות מוסבר ע"י חדירה"** (ת/34 עמ' 2).

בת/50, בתשובה לפניית החוקרת חיה פורקוש, הבהיר את האמור בת/34 בציינו כי ממצא זה יכול להיות מוסבר על ידי חדירה ובהמשך נכתב **"פגיעה אנטומית היא כתוצאה של הרחבה מוגזמת של פי הטבעת ושל קרע של השריר הספינקטר החיצוני. הפגיעות הנ"ל גורמות בשלב זה להפרשות נוזליות דרך פי הטבעת וגורמות לגירוי עור הישבן. בשלב מאוחר יותר, הפגיעות עלולות לגרום לאיבוד חלקי או מלא של הסוגרים, חוסר תפקוד זה יוכל להיות מוערך רק בעתיד..."**

למרבה המזל, תודות לטיפול המיידי לו זכה הפעוט, לא נותרו פגיעות בסוגרים והטונוס חזר להיות תקין (ת/48).

1. בעדותו לפנינו חזר פרופ' סרור ותיאר את הפעוט כ**"שקט מאוד, המום וכל עוד שהוא היה בחדר זה הוא היה כל הזמן המום ושקט מאוד"** (עמ' 532 שורות 7-8). העד לא זכר אם בשלב האבחנה, עובר להרדמה, הילד בכה או לא (שם, שורות 15-16). בהמשך, הבהיר העד את הגורם לחבלה כפי שפורט בת/50 **"ההסבר הוא חדירה מחוץ לפי הטבעת לתוך החלחולת של חפץ או משהו אחר אבל לא כתוצאה ממחלה"** (עמ' 534 שורות 9-10).
2. מטעמים השמורים עמו, בחר הסניגור, עו"ד שפטל, שלא לחקור את פרופ' סרור על מסקנתו זו ולא הציג לפניו כל אופציה של מנגנון גרימה שונה מזה שצוין על ידו. יובהר כי פרופ' סרור הינו מומחה בכירורגיית ילדים ומבין כל העדים שהעידו לפנינו, הינו בעל הכישורים המיטביים להתייחס למנגנונים נוספים העלולים לגרום לתוצאה המתוארת בסיכומי המחלה, כגון עצירות פיסורה (סדק בפי הטבעת) מחלה וכד', ואם סבר הסניגור כי, הפגיעה נגרמה כתוצאה מהתרחבות של פיסורה כאמור בחוות דעתו של ד"ר חן קוגל, המציין שכ- 26% מהילדים סובלים מפיסורה, מן הראוי היה לברר סוגיה זו בשאלות למומחה לכירורגיית ילדים. אולם כאמור, העד לא נדרש להתמודד עם סוגיות אלה.
3. פרופ' סרור התבקש להבהיר בחקירתו הראשית את הפער, אם ישנו, בין האמור בת/50, שם ציין כי **"מצב זה יכול להיות מוסבר על ידי חדירה"** לקביעה לפיה מדובר בחדירה לחלחולת ולא כתוצאה ממחלה. עו"ד שפטל התנגד נמרצות לשאלה, למרות שעדותו של פרופ' סרור נדחתה על מנת לאפשר לו להתכונן לחקירה בנקודה זו בלבד. לבסוף, בחר שלא לחקור את העד בחקירה נגדית בשאלה אותה ראה כמהותית (עמודים 100-99). סבורה אני כי מדובר בהימנעות טקטית על כל המשתמע מכך.

ראו לענין זה דברי כב' השופט ג'ורג' קרא ב[ת"פ 54/98](http://www.nevo.co.il/case/709001) **מדינת ישראל נ' ד"ר ולדימיר יקירביץ** (20.01.04) בענין הימנעות מחקירה נגדית של עדי תביעה:

**"אחד הכלים, אם לא הכלי הטוב ביותר, שעומד לרשות נאשם לחשיפת האמת והפרכת שקרים ועלילות שווא, הינו החקירה הנגדית, שעורך נאשם באמצעות בא כוחו לעדי הצד שכנגד. כאשר הימנעות מעשייה בכלי חשוב זה, מעמידה מחד את גרסתו של העד בחזקת גרסת אמת שלא הופרכה, משלא הועמדה במבחן החקירה הנגדית, ומאידך, כהסכמה מצדו של הנאשם כי אכן כך הם פני הדברים. כך באו הדברים בספרו של כב' השופט קדמי 'על סדר הדין בפלילים', מהדורת 1993, בעמ' 709 ואילך:**

**'החקירה שכנגד נחשבת לאמצעי ההתגוננות הבדוק והטוב ביותר, העומד לרשותו של נאשם ובסופו של דבר 'לרשותו' של בית המשפט – כנגד שקר ועלילות שווא, חקירה שכנגד ראויה לשמה, חזקה עליה שהיא חושפת כל פגם של מהימנות שבו לוקה העדות ומאפשרת לבית המשפט לקבוע עמדה נכונה באשר למשקלה הראייתי.'**

**ובעמ' 711 תחת הכותרת 'החובה לחקור בכל נקודה של אי הסכמה':**

**'א. היריב חייב במסגרת החקירה שכנגד, לחקור את העד במישרין ובמפורש בכל נקודה שבה חולקים על דבריו; ראשית, על מנת לחדד את השנוי במחלוקת ולהעמיד את העד על כך, שאין נותנים אמון בדבריו באותה נקודה; שנית, על מנת לאפשר לעד לבחון עצמו מחדש, לחזקה או לסטות ממנה; שלישית, והיא העיקר – על מנת לאפשר לבית המשפט להתרשם מן הצורה שבה העד 'מגן על גרסתו.**

**ב. אשר על כן, כאשר לא מציבים לעד שאלות בחקירה שכנגד, בקשר לנושא מסוים, ההנחה היא - בהעדר הסבר סביר אחר – כי אין חולקים על דברי העד באותו נושא...**

**ג. ...**

**ד. ולא למיותר יהיה להזכיר כאן, כי במקום שלחוקר גרסה אחרת – נכון וראוי לאפשר לעד להתיחס אליה – שהשמעתה ללא אפשרות כזו גורעת ממשקלה.'**

**ובעמ' 713: 'ויתור מדעת על חקירה נגדית – א) כאשר היריב מרצונו ומתוך מודעות לתוצאות מעשהו, מוותר על חקירה נגדית של העד – הדעת נותנת שיש לראותו כמי שאינו חולק על גרסת העד; ואכן זהו הכלל''.**

**ובאותו ענין בספר 'על דיני הראיות' חלק 2, מהדורת 1999, בעמ' 1391: 'יש והדרך שבה מנהל בעל דין את עניינו בבית המשפט הינה בעלת משמעות ראייתית, כאילו היתה זו ראייה נסיבתית, כך ניתן להעניק משמעות ראייתית: לאי הבאת ראייה, לאי השמעת עד, לאי הצגת שאלות לעד, או הימנעות מחקירה נגדית של מי שעדותו הוגשה כתעודה בכתב שנכתבה על ידו.**

**התנהגות כזו בהעדר הסבר אמין וסביר, פועלת לחובתו של הנוקט בה, באשר על פניה מתחייבת ממנה המסקנה, שאילו הובאה הראייה, או הושמע העד, או הוצגו השאלות או קוימה החקירה הנגדית, היה בכך כדי לתמוך בגרסת היריב'".**

בנסיבות שפורטו לעיל, מתבקשת המסקנה לפיה הימנעותו המכוונת של ב"כ הנאשם מהצגת שאלות מהותיות לעד המומחה, נועדה לאפשר הצגתה של תזה רפואית "גמישה" המבוססת על הראיות שתשמענה עד למועד הגשתה, שאלמלא כן ניתן היה לשער שפרופ' סרור, שהינו עד אובייקטיבי, יחקר באופן יסודי על כל הפרטים שהועלו בשלב מאוחר יותר כהשערות ואפשרויות תיאורטיות.

במהדורה העדכנית של ספרו **על הראיות** (מהדורה משולבת ומעודכנת, תש"ע-2009) מתייחס המלומד יעקב קדמי להימנעות מחקירת עדי היריב על גרסת בעל הדין ויפים הדברים האמורים שם לענייננו:

**"הכלל הוא, שיש לחקור את עדי היריב על הגרסה שמתכוון להציג בעל הדין – ובמישור הפלילי: הנאשם חייב לחקור את עדי התביעה על גרסתו שלו – ולהימנעות מכך יש משקל ראייתי לחובת גרסתו של הנמנע,לאמור: משקלה הראייתי יגרע.**

**ולא למיותר יהיה לציין כי אין המדובר אך ורק בעובדות 'ידועות' ליריב, אלא גם בעובדות שבעל הדין מתכוון 'לחושפן' לראשונה בעדותו שלו; וכך הם פני הדברים כאשר מדובר בנאשם המציג גרסה שניתן היה לחקור עליה את עדי התביעה"** (עמ' 1907 וכן ראו [ת"פ (ת"א) 360/96](http://www.nevo.co.il/case/700641), [ת"פ (חי) 6119/07](http://www.nevo.co.il/case/2250602) ות.פ. (י-ם) [1168/01](http://www.nevo.co.il/case/222925)).

1. מכל מקום, אין אני מוצאת סתירה או שוני בין שתי "חוות הדעת", ולהשקפתי מדובר בהשלמה שבאה בעקבות שאלות ישירות שנשאלו על ידי התובעת ולא נשאלו ע"י החוקרת, שלא יכולה הייתה לצפות את הגרסה לפיה החבלות נגרמו בשל פיסורה שהורחבה כתוצאה מטיפולה של האם, שהחדירה אצבע לפי הטבעת של הפעוט. מכאן, שמסקנתו של פרופ' סרור לפיה החבלות הינן תוצאה של החדרת חפץ לפי הטבעת ולא תוצאה של מחלה, לא נסתרה (בהמשך אתייחס לטענות שהועלו בסוגיה זו ע"י ד"ר חן קוגל מטעם ההגנה).
2. פרופ' סרור ציין עוד כי, במצב רגיל פי הטבעת סגור ודפנותיו נוגעות זו בזו, ואילו אצל הפעוט פי הטבעת היה מורחב ולא סגור כפי שמצופה במצב נורמלי (עמ' 538 שורות 1-10). באשר לתגובותיו והתנהגותו של הפעוט, הרחיב פרופ' סרור את תאורו הראשוני, והבהיר:

**"התינוק היה, זאת אומרת הילד היה מאוד, כמעט ללא תגובה, מאוד שקט, היה בידיים של האמא ויש לי מספיק נסיון בלראות ילד שנמצא במצב איפה שיש, שהוא נמצא במצב שהוא לא מכיר ובאווירה בשבילו כמעט עויינת עם אנשים שהוא לא מכיר והוא היה בניגוד לכל התנהגות של ילד שנמצא במצב כזה. לכן זה כל כך היה בוטה וברור לי שרשמתי את זה"** (עמ' 537 שורות 27-31).

1. בתשובה לשאלות בחקירה נגדית אמר העד כי "עירני", מבחינתו, משמעותו בהכרה, בשונה ממי שנתון בשוק (עמ' 541 שורות 15-16) וחזר והבהיר כי הוא התרשם מתגובותיו החריגות של הפעוט ביחס למה שהיה מצופה מילד בגילו ובסיטואציה בה היה נתון (עמ' 543).
2. ד"ר קונסטנטין זייצב מן המכון לרפואה משפטית בדק את הפעוט בבי"ח וולפסון ואת ממצאיו סיכם בחווה"ד ת/4 ותיעד בצילומים ת/4(א). בעדותו לפנינו ציין כי הצילומים 1-12 בת/4(א) צולמו בחדר 4 בו נערכות בדיקות של נפגעי תקיפה מינית ללא הרדמה ורק לאחר מכן הועבר הפעוט לחדר ניתוח שם צולמו התמונות 13-21, לאחר שהורדם (עמ' 111-110). יצויין כי בצילומים 4-9 נראה חיתול של התינוק ואילו הרקע לצילומים 14-21 הוא סדין ירוק המשמש בחדר ניתוח.
3. זה המקום לציין כי ד"ר זייצב לא נחקר בחקירה נגדית ביחס לטענה, שהועלתה בשלב מאוחר יותר על ידי ההגנה, לפיה הרחבת פי הטבעת, כפי שהיא נראית בצילומים, נגרמה בשל העובדה שהפעוט היה תחת הרדמה. יתר על כן, לטענה זו אין כל תימוכין בראיות. מכל מקום, לדברי ד"ר זייצב, כשהתחיל בבדיקה וניסה לגעת בעכוזו של הפעוט הוא התחיל לבכות ולצרוח ולכן הזמין כירורג אשר החליט להוריד אותו לחדר ניתוח ולבצע את הבדיקה תחת הרדמה (עמ' 114 שורות 13-24). על סמך תוצאות בדיקת הפעוט קבע ד"ר זייצב:

**"בפי הטבעת נמצאו 2 פצעי קרע, דימום תת ריריתי והתרחבות פי הטבעת שנגרמו מהחדרת גוף קשיח כגון פין בזקפה או אצבעות או חפץ אחר דומה לפי הטבעת עד כ- 12 שעות לפני מועד הבדיקה.**

**בנוסף נמצא דימום תת עורי בלחי שמאל שנגרם מחבלה קהה ישירה פחות מ- 18 שעות לפני מועד הבדיקה, ויכול להתיישב עם הפעלת לחץ מקומי באמצעות חפץ נוקשה כגון קצות האצבעות של כף יד".**

1. באשר להתנהגות הפעוט, העיד ד"ר זייצב כי הלה בכה כל הזמן (שם, שורות 26-27) ולאחר מכך אמר:

**"אם אני לא טועה הוא בכה, הוא בכה עד שלב ההרדמה, עד שהלכנו וזהו כל הזמן הוא היה באי שקט ובכה".**

1. בחינת הצילומים 1-3 מעלה שההגדרה **"בכה כל הזמן"** מוגזמת מעט, מאחר שהפעוט נראה בהם שקט ועיניו עצומות. בהמשך, אכן הבהיר ד"ר זייצב כי עד לבדיקה הפעוט היה שקט ורק כשפתח את החיתול ונגע בו הוא התחיל לבכות (עמ' 115 שורות 6-7). עוד הוסיף ד"ר זייצב:

**"... קודם כל אנחנו מדברים או עם קורבן או עם אמא או עם מישהו מבני המשפחה, ובשלב זה כשדיברתי עם אמא והיא סיפרה לי את כל הסיפור אז הילד ישב בעגלה והוא היה שקט. ברגע שהיא לקחה אותו והביאה אותו... לכיסא שאנחנו בודקים שם, הוא התחיל לבדוק"** (צ"ל לבכות – ש.ד.).

1. פרק נרחב בחקירתו של ד"ר זייצב הוקדש לסימן, ההמטומה, על לחיו של הפעוט. אומר מיד כי המסקנה המתבקשת מעדותו של ד"ר זייצב כמו גם מעדותו של ד"ר קוגל היא שלא ניתן לקבוע את גיל ההמטומה על פי צבעה וכי כל נסיון לקבוע ממצא בקשר לגיל ההמטומה הינו בגדר השערה. משכך איני נזקקת לניתוח חוות הדעת בסוגיה זו. בהמשך, תיבחן שאלת מועד היווצרותה של ההמטומה ומשמעותה בהסתמך על ראיות אחרות.
2. באשר למסקנות חווה"ד בהתייחס למנגנון גרימת החבלות בפי הטבעת מבהיר ד"ר זייצב:

**"לרופא משפטי אין אפשרות להפריד בין חדירה של פין לבין חדירה של איזשהו חפץ אחר אז בגלל זה קשה לרפואה משפטית לפי הנזק לפי פצעי קרע שמצאנו במקרה שאנחנו מדברים עליו – אז קשה לנו לקבוע האם זה חדר פנים** [צ"ל פין - ש.ד] **או חפץ אחר"** (עמ' 132-131).

1. בהמשך מעיד ד"ר זייצב, בתשובה לשאלה האם החבלות אותן תיאר יכולות להיגרם על ידי מנגנון שאינו כולל חדירה כגון מכה חזקה, הוא משיב כי לפי דעתו החבלות במקרה זה נגרמו מחדירת חפץ כלשהו, מאחר שסביב פי הטבעת לא מצא שום סימן חבלה נוסף בפצע או איזשהו נזק אחר וכל החבלות היו בפנים (עמ' 134 שורות 31-27).

סימני הקרע הדקים משני צדי פי-הטבעת, כפי שהם נראים בצילומים 10-4, מהווים אישור למסקנה זו, כמו גם העדר סימן חבלה נוסף מלבד אותם קרעים.

1. כאשר מקשה עו"ד שפטל ומציג לעד את דברי פרופ' סרור על פי ת/50, לפיהם ממצא זה יכול להיות מוסבר על ידי חדירה אך להשקפת הסניגור "**יכול להיות שלא**", משיב העד:

**"אז אם יכול להיות שלא, אז שפרופסור סרור יסביר איזה מצגים** (צ"ל מצבים ש.ד.) **הוא עוד מכיר שיכולים להיגרם פצעי קרע כפי שמצאנו במקרה הנדון. אני לא מכיר מצב כזה. האמת אני לא מכיר. ואפילו אני לא יכול לדמיין איזה מצב יכול להוביל לפצעי קרע שמצאנו לנזק שמצאנו בפי הטבעת"** (עמ' 140 שורות 15-10).

כאמור לעיל, פרופסור סרור לא נחקר על מנגנונים אלטרנטיביים אפשריים. מאחר שהשאלה האם הממצא יכול היה להיגרם שלא על ידי חדירה כלל לא הוצגה לו.

1. ד"ר זייצב נחקר גם בשאלה האם יתכן שהקרעים שנמצאו בפי הטבעת של הפעוט נוצרו כתוצאה מפיסורה שהלכה והחמירה כתוצאה מהתערבויות פיזיות בפי הטבעת והשיב:

**"לא. אבל אמא לא מסרה שום דבר לגבי עצירויות** [...] **לפני כמה משפטים אמרנו שסדק או פיסורה יכולים להיווצר בעקבות עצירויות, כן? אמא לא מסרה, מאיפה אני יכול לקבל מידע לגבי עצירויות – מאמא. אמא לא מסרה שום מידע לגבי עצירות, זאת אומרת ילד לא סבל מעצירות, זה דבר ראשון, דבר שני בוודאי אני לא יכול לקבוע האם לפני זה באותו מקום היתה פיסורה או לא, אני לא יכול להגיד".**

1. בתשובה לשאלה האם מדובר בפיסורה שהתרחבה, השיב כי לדעתו שאלה זו היא שאלה בתחום הקליני שיש להפנות לפרופ' סרור שהינו מומחה בתחום זה (עמ' 167) והוסיף כי לדעתו אין מדובר כאן בפיסורה שהתרחבה, מאחר שלא נתקל במצב בו פיסורה שהינה סדק שטחי התרחבה לקרע (עמ' 168).
2. יובהר כי תיקו הרפואי של הפעוט – או חלקו – הוצג לנו (נ/5, נ/12) ואין בו כל אזכור לעצירויות מהן סבל הפעוט עובר לאירוע. יתרה מכך, הממצא כפי שתואר ע"י ד"ר זייצב היה פצעי קרע טריים מדממים, ללא שום סימן לריפוי בשולי הפצע אשר דימם עדיין כשירדו לחדר ניתוח, ולכן אין מדובר בתהליך כרוני. אם נטען שמדובר בפיסורה שהסתבכה, הרי שלהשקפתו של ד"ר זייצב מדובר בתהליך כרוני, ולא זה המקרה לאור טריות הפציעה (עמ' 171).
3. ד"ר זייצב שלל גם אפשרות לפיה הקרעים נגרמו כתוצאה מבליעת חתיכת פלסטיק או חומר ניקוי והבהיר כי בטרם מגיע החומר או הגוף הזר לפי הטבעת, הוא חייב לעבור בוושט ובקיבה וצריך למצוא נזק גם באיברים אלה (עמ' 179). מאחר שבהמשך נזנחה טענה זו, אין צורך להמשיך ולהתעמק בה.
4. באשר לשלב בו נוצר הדימום המאסיבי שתואר קודם לכן, אמר העד:

**"ש:** [...] **כלומר הדימום אצל הילד הפסיק בערך בשעה רבע לשתים עשרה. הילד עלה הביתה באחת עשרה ושש עשרה דקות. הדימום הפסיק בערך ברבע לשתים עשרה הכי מאוחר. אז הדימום שאתה מדבר עליו – זה דימום הרבה יותר מאוחר ולא כתוצאה ישירה ממה שקרה בחדר כושר, אחרי החדר כושר הדימום הפסיק.**

**ת: לפי מה שמסרה לי האם שהדימום היה מסיבי ורק לאחר ששמה הרבה מגבונים בכניסה לפי הטבעת הוא פסק. אני מאמין שהיא עשתה לו פשוט טמפונדה של האיזון** [צ"ל דימום - ש.ד.] **באמצעות מגבונים, זאת אומרת זה כמו, אם יש דימום באף אז מכניסים כל מיני צמר גפן וזה... פוסק. אז זה מה שהיא עשתה. אחרי שמורידים את זה, מפנים את המקום. אז הדימום נמשך, והעובדה שאפשר לראות את זה... והעובדה שהילד הגיע לבדיקה והורדנו את החיתול, יש על פני עכוזים וגם בכניסה לפי הטבעת יש מריחות של דם וגם אפילו קרישי דם קטנים, זה אפשר לראות בתמונה, זה עובדה".**

1. האם, באמרותיה ת/9 ות/10, ציינה כי הכניסה לכניסה לפי הטבעת של הפעוט מגבונים, כדי לעצור את הדימום וגם הנאשם עצמו אומר באמרתו ת/22(א) (המתוקן) שהציע לש.ה. שתשים לו מגבונים לחים.
2. מכאן, שהתסריט שמתאר ד"ר זייצב משתלב עם ראיות נוספות והדימום שנצפה בהגעת הפעוט לביה"ח לא היה דימום "חדש" או נוסף, אלא המשכו של הדימום שהחל בעת שהפעוט שהה בחדר הכושר בהשגחתו של הנאשם (כפי שתיאר באמרותיו ובהודעותיו שיפורטו בהמשך).
3. ד"ר זייצב עומת גם עם אפשרות נוספת לפיה האם החדירה אצבע עם ציפורן גדולה מאוד לפי הטבעת של הפעוט והוציאה מפי הטבעת "חתיכת בשר" ונשאל האם התערבות כזאת יכולה להחמיר את המצב בפי הטבעת מעבר למה שהיה לפני הכנסת האצבע (עמ' 185-184), והשיב כי אינו סבור כך ותהה האם הנתון שעו"ד שפטל מציג לו הוא, שהיו פצעי קרע בפי הטבעת עובר להכנסת האצבע, אך הסניגור העדיף להותיר את התזה שהציג בעמימותה ולהימנע מלומר מה היה המצב לפני החדרת האצבע ובפרט נמנע מלטעון כי המצב הקודם היה פיסורה. לכן, לא יכול היה המומחה להשיב לשאלה האם הכנסת אצבע יכולה להחמיר מצב שהוא אינו יודע מהו (עמ/ 186 ו- 189), אך הדגיש כי החדרת אצבע עם ציפורן אינה יכולה לגרום לקרעים שנמצאו בפי הטבעת של הפעוט.
4. מוסיף הסניגור ומקשה ומציג את התזה של הנאשם לפיה **"אם יש פצע קרע, יש פצע קרע בפי הטבעת, מכניסים בפי טבעת עם פצע קרע ציפורן, סליחה אצבע עם ציפורן ארוכה, שמוציאה חתיכת בשר החוצה, האם זה יכול להביא להחמרה בפצע הקרע?"** (עמ' 191 שורות 9-7), והעד השיב שהתרחיש אינו מובן לו, מאחר שהמונח "בשר" אינו מונח רפואי והוא אינו יכול להתייחס לכך.
5. מדברי העד ברור כי מה שהנאשם מגדיר כ"בשר" יכול להיות קריש דם או רקמת שריר. ייאמר שאם אכן נתלשה רקמת שריר מפי הטבעת של הפעוט, הדבר היה מוצא ביטויו בממצאי הרופאים אשר בדקו את הפעוט וממצאים כאלה לא הוצגו לנו.
6. הן על פי סיכומי המחלה של פרופ' סרור והן על פי חוו"ד של ד"ר זייצב, בתוך פי הטבעת נתגלו קרעים שד"ר זייצב חזר והדגיש שהיו מאורכים:

**"אני ראיתי שני פצעי קרע, שהפצע קרע לאחר קירוב – שפות הוא מקבל צורה של קו. כשזה פתוח, כשזה בזמן מתיחה זה יכול לקבל צורה של משולש, ולדעתי זאת, מראה שראה פרופסור סרור... אני מסביר שפצע קרע הוא פתוח בזמן מתיחה הוא יכול לקבל צורה של משולש אבל אנחנו לא מקבלים את הצורה בזמן מתיחה, אנחנו בדרך כלל מקרבים את השפות והפצע קרע הוא בדרך כלל מקבל צורה של קו"** (עמ' 143 לפרוטוקול).

1. מכל מקום, ד"ר זייצב לא ראה באף אחד מהקרעים צורה של משולש (עמ' 143) ופרופ' סרור כלל לא נשאל על צורת הקרע או על האפשרות שנתלשה ממנו רקמת שריר.
2. כאשר בית המשפט מקשה ושואל האם אצבע עם ציפורן ארוכה ומחודדת יכולה לגרום לחבלות המתוארות, משיב ד"ר זייצב באופן ברור וחד משמעי כי אצבע עם ציפורן, אפילו חדה, לא יכולה לגרום לשני פצעי קרע כל כך עמוקים כפי שמצא (כפי שצוין לעיל, אחד מפצעי הקרע התארך לממדים של כ- 4.5 ס"מ). יתרה מכך, העד הדגיש כי בזמן הבדיקה פי הטבעת היה רחב ולפיכך אין הוא סבור שחדירה של אצבע, שהיא יחסית דקה לעומת התרחבות פי הטבעת, הייתה יכולה לגרום לאיזשהו נזק חדש או נזק נוסף.
3. התרחיש המוצע בחקירת העד על ידי הסניגור סותר נתון נוסף, אשר אינו שנוי במחלוקת, לפיו החדרת אצבע וגרימת קרע תגרום לגל כאבים, לבכי וצרחות של הילד (עמ' 195 שורות 7-4), בעוד שלגרסת הנאשם, הילד לא בכה בעת שהאם החדירה, לטענתו, אצבע לפי הטבעת שלו.
4. בהמשך החקירה הועלו בפני העד אפשרויות נוספות של החדרת חפץ לפי הטבעת והעד אישר כי הממצא יכול להיות תוצאה של החדרת שתי אצבעות לפי הטבעת של התינוק.
5. באשר לניגוב כוחני עם נייר גס, מעיד ד"ר זייצב כי ניגוב כזה יכול לגרום לשפשוף, לחידוש דימום שכבר פסק, אבל לא להתרחבות פצע באופן שיהיה יותר ארוך או רחב (עמ' 197 שורות 17-15). יצוין כי הנאשם לא טען בשום שלב שניגב את ישבנו של הפעוט באופן כוחני. ההיפך הוא הנכון, לגרסתו הוא הרטיב את ניירות המגבת עמם ניגב את הישבן (ראו עדותו עמ' 631-630). כמו כן לא נטען על ידו שהתינוק בכה בעת שניגב את ישבנו וניתן היה לצפות שניגוב כוחני הגורם לדימום וחתכים יגרום גם לבכי של הפעוט.
6. ד"ר זייצב שלל גם את ההנחה לפיה גירוד המקום על ידי הפעוט יכול להחמיר את הדימום (עמ' 198 שורות 14-13), וכך גם את התיאוריה לפיה טיפול של מאן דהוא בפי הטבעת המדמם יכול לגרום להחמרה כה משמעותית במצב הפצע:

**"היו שני פצעי קרע – אחד בחלק עליון של פי הטבעת בשעה שתים עשרה ובשעה שש ומאוד קשה מאוד קשה להאמין שהתערבות של כל קרובי משפחה גרמו להחמרה מסיבית וקשה לפצעי הקרע שהיו שם, קשה להאמין זה מה שאני יכול לענות"** (עמ' 201).

1. ד"ר זייצב בדק גם את הנאשם ובחוות דעתו ת/5 קבע כי לא נמצאו על גופו ועל איבר מינו ממצאי חבלה טרייה. להשקפתו של ד"ר זייצב העדר סימני חבלה אינו שולל החדרת פין לפי הטבעת.
2. בחקירתו הנגדית התבקש ד"ר זייצב להתייחס להעדר ממצא על איבר מינו של הנאשם כאינדיקציה לכך שלא היתה חדירה של הפין לפי הטבעת של התינוק, והשיב כי ערך סקירה של הספרות הרפואית משפטית ולא נמצאה התייחסות כלשהי לחבלות בפין של התוקף, גם באותם מקרים שעצם המגע המיני - ואגינלי או אנאלי - לא היה שנוי במחלוקת (עמ' 209-208). העד הוסיף עוד, כי גם על פי נסיונו לא נמצא נזק על איבר מינו של תוקף (עמ' 210).
3. גם ד"ר חן קוגל, שהגיש חוות דעת מטעם הסניגוריה, לא מצא בתחילה חומר בספרות הרפואית התומך בטענה לפיה: העדר פגיעה על איבר מינו של מי שנטען כלפיו כי הינו התוקף, מצביעה על כך שלא בוצעה חדירה, כפי שכתב במכתבו ת/92 המופנה לסניגור:

**"העובדה כי לא נמצאו סימני חבלה כלשהו בפין של הנאשם אינה שוללת החדרת פין לפי הטבעת של התינוק. החומר בספרות הרפואית בעניין הסבירות להימצאות סימנים על איבר המין בעניין זה הוא מועט, ואני מתייחס באופן ספציפי להחדרת איבר מין לפי טבעת של תינוק. על פי הספרות ברוב המקרים של החדרת איבר מין לפי הטבעת אין סימנים על איבר המין. כאמור לא מצאתי מחקר עם התייחסות ספציפית לפציעות בפין לאחר החדרה לפי הטבעת של התינוק".**

1. בשלב מאוחר יותר שינה ד"ר קוגל טעמו והציג מאמר התומך, כביכול, בגרסה אחרת ולכך אתייחס בהרחבה בפרק שייוחד לעדותו של ד"ר קוגל. מכל מקום, ברור ששני הרופאים לא מצאו בספרות (בשונה ממחקר איזוטרי אליו מפנה ד"ר קוגל בחוותו דעתו) תימוכין לסברה לפיה החדרת פין לפי טבעת של פעוט אמורה להותיר סימני חבלה על הפין.
2. ד"ר זייצב סיים את עדותו בהבהרת מסקנתו לפיה הקרעים כפי שנמצאו בפי הטבעת של התינוק נגרמו על ידי חדירה של פין או חפץ אחר דוגמת פין והסביר כי לא ניתן לקבוע בוודאות את טיבו של החפץ, אבל ברור שמדובר בפין בזיקפה, אצבעות או חפץ אחר שצורתו דומה (עמ' 218-217).
3. מן המקובץ עולה, כי על פי חוות דעתו של ד"ר זייצב החבלות בפי הטבעת של הפעוט נגרמו על ידי החדרת חפץ דוגמת פין או אצבעות לפי הטבעת של הפעוט. במכתבו של ד"ר קוגל ת/92 אין הוא שולל אפשרות של חדירת פין, אבל לדעתו הכף נוטה לכיוון החדרה של עצם קהה ונוקשה. עינינו הרואות כי שני המומחים, כמו גם פרופ' סרור, תמימי דעים שהחבלות נגרמו על ידי החדרת עצם לפי הטבעת וממכלול הממצאים זו אכן המסקנה המתבקשת.
4. במסגרת בדיקתו של הנאשם נתפסו תחתוניו והממצאים שנמצאו עליהם תועדו בת/5 ובצילומים ת/5(א).

התחתונים אותם לבש הנאשם על פי גרסתו, שאינה שנויה במחלוקת בנקודה זו, מיום חמישי שקדם לאירוע ועד למעצרו, נבדקו ובחוות דעתו של מר יעקב משיח, מהמעבדה הביולוגית במטה הארצי (ת/16), נקבע כי בבדיקה ביוכימית לנוכחות חומר חשוד כדם שנעשתה על התחתונים התקבלה תגובה חיובית. כמו כן נקבע כי על התחתונים התקבל פרופיל DNA שמקורו בשני פרטים לפחות (תערובת פרופילים). הפרופיל הבולט בתערובת תואם לפרופיל הקורבן (חווה"ד המפורטת, ת/17).

1. מאחר שמועד גרימת החבלה לפעוט ומנגנון הגרימה שלובים זה בזה, אפתח בבחינת העדויות ביחס לאירועי ה- 18.2.12 ככל שהן משליכות על מועד גרימת החבלה, ונסיבותיה.

**צילומי מצלמות האבטחה**

1. בבניין בו מתגורר הנאשם מותקנות כ-26 מצלמות אבטחה. המצלמות הרלבנטיות לענייננו הן אלה שבקומת המרתף מול דלתות המעליות ושתי מצלמות המותקנות בלובי. האחת מכוונת לדלתות המעליות והשנייה לעמדת השומר והכניסה לבניין המגורים. המצלמות מופעלות על ידי תנועה, ומרגע שנקלטת תנועה כלשהי בטווח המצלמה היא מצלמת במשך 5 דקות ומספר שניות. הצילומים נאגרים במחשב המוצב בעמדת השומר בכניסה לבניין וגם מוקרנים בזמן אמת על מסכים המותקנים בעמדה. על הצילומים מופיעה שעת תחילת הצילום ומשך הזמן מתחילת הצילום ועד לעצירת המצלמה.
2. במסגרת החקירה שנפתחה נגד הנאשם התבקש מר אבי זמיר, מנהל חברת האחזקה המנהלת את הבניין (ובנין סמוך) להעתיק את הקבצים ממצלמות האבטחה הרלבנטיות בין השעות 10:00 ל- 12:00 ביום 18.2.12. על פי עדותו של מר זמיר, החוקרת ששוחחה עמו ביקשה ממנו לשמור את הקבצים שצולמו בין השעות 10:00 ל- 12:00 (העד לא זכר במהלך עדותו שהשעה 12:00 צוינה אולם נתון זה אינו שנוי במחלוקת לנוכח האמור במזכר ת/53(א)) והעד שמר מספר קבצים עליהם צולם הנאשם. החוקרת הגיעה למשרדו, צפתה יחד עמו בצילומים והעתיקה את הקבצים הרלבנטיים, להשקפתה (עמ' 17-15).
3. ארבעת הקבצים שהועתקו הוצגו לפנינו וסומנו כת/1. יובהר כבר בשלב זה כי, במזכר ת/53(א) נדרשה החוקרת, שנשלחה לקבל את העתק צילומי מצלמות האבטחה, להעתיק את כל הצילומים של המצלמות הרלבנטיות שצולמו בין השעות 10:00 – 12:00 ורפ"ק אלק אף טרח להדגיש כי **"במידה ולא ניתן להוריד את התמונות יש לתפוס את המחשב המכיל את חומר המצלמות"**. בשלב כלשהו שונתה ההוראה או שהמבצעת, אילנית ישראל, בחרה ביוזמתה שלא להעתיק את כל הצילומים ובסופו של יום הועתקו ארבעה קבצים בלבד. סבורה אני כי מדובר במחדל חקירה חמור ביותר ואתייחס לכך בפרק שיעסוק במחדלי החקירה בתיק.
4. בקובץ הראשון בת/1, נראים הנאשם והפעוט יוצאים מהמעלית השמאלית שבקומת המרתף בשעה 10:37 בקירוב. הפעוט הולך בכוחות עצמו, ומנסה לחזור למעלית, הנאשם מנסה לאחוז בידו של הילד אך הלה מתחמק והנאשם נראה רוכן לכיוונו בתנועה שנראה ממנה שהוא נוטל אותו על ידיו והולך לכיוון חדר הכושר.
5. בקובץ השני שצולם על ידי אותה מצלמה, בשעה 11:12:42 נראה הנאשם יוצא מהדלת המובילה מחדר הכושר למעליות כשהוא נושא את הפעוט בזרועותיו, ראשו של הפעוט מונח על כתפו של הנאשם והוא נראה כאילו ישן או "שמוט" כהגדרת ב"כ המאשימה. הנאשם לוחץ על כפתור המעלית ועד הגעתה פוסע הלוך ושוב. כשהמעלית מגיעה הוא צועד לעבר הדלת אך נמלך בדעתו וחוזר לכיוון הדלת המובילה לחדר הכושר. כעבור כדקה ורבע, מגיע אדם לבוש ג'קט אדום (יאיר לוי) ולוחץ על כפתור המעלית. באותו רגע יוצא הנאשם מהדלת המובילה מחדר הכושר. הוא מתרחק ימינה מן האדם העומד ורק כשהמעלית מגיעה הוא חוזר לכיוון המעלית ונכנס יחד עמו. עד לרגע הכניסה למעלית ממשיך ראשו של הפעוט לנוח על כתפו של הנאשם ורק כשהם מתקרבים לדלת וליאיר לוי הוא מרים את ראשו.
6. בקובץ השלישי שצולם במצלמה המשקיפה על דלתות המעליות בלובי, נראים הנאשם המחזיק את הפעוט בזרועותיו כשראשו על כתפו ויאיר לוי יוצאים מהמעלית (בשעה 11:14:45). ביציאה פונה יאיר לוי לכיוונו של הנאשם ונראה כאומר לו דבר מה. הנאשם פונה ימינה ויוצא מטווח המצלמה וחוזר כעבור דקה וחצי, אינו עוצר ליד המעליות, אלא צועד עד סוף המסדרון, חוזר ומזמין את המעלית ונכנס לתוכה. כל אותה עת נח ראשו של הפעוט על כתפו של הנאשם.
7. הקובץ הרביעי צולם על ידי המצלמה המשקיפה על עמדת השומר והכניסה. בקובץ זה נראה הנאשם בשעה 11:14 בקירוב כשהוא ניגש עם הפעוט על זרועותיו לעמדת השומר, אומר לו דבר מה ולאחר מכן יוצא מדלת הכניסה לכיוון בריכה שלידה מוצבים דולפינים מפלסטיק, שוהה שם כדקה. בעת שהם מגיעים לדלת הכניסה לכיוון הבריכה הפעוט מרים את ראשו. כשהנאשם חוזר ללובי והפעוט חוזר ומניח את ראשו על כתפו. הנאשם צועד לכיוון המעלית ובהמשך הוא נראה, כאמור לעיל, מזמין את המעלית.
8. יודגש כי בשלושת הקבצים שצולמו לאחר יציאת הנאשם עם הפעוט מחדר הכושר, ראשו של הפעוט מונח על כתפו של הנאשם באותה תנוחה, למעט בעת המפגש עם יאיר לוי והיציאה לבריכה. במרבית הצילומים לא ניתן לראות כלל את פניו של הפעוט וגם בצילומים שבהם נראים פניו, לא ניתן להבחין בהבעתו.
9. מניתוח זמני הצילומים השונים עולה כי הנאשם שהה עם הפעוט בחדר הכושר כ-35 דקות. אין חולק, כי בחלק מן הזמן שהו בחדר הכושר, ביחד עם הנאשם והפעוט, בני הזוג בר. משך הזמן בו נותר הנאשם לבדו עם הפעוט הינו משמעותי ולא בכדי ייחד הסניגור חלק נכבד מטיעוניו לסוגיה זו. אלמלא רשלנות המשטרה והפרקליטות, ניתן היה להציג את צילומי מצלמות האבטחה המתעדות את מועד כניסתם של בני הזוג בר לחדר הכושר ויציאתם. אולם לנוכח העובדה שהצילומים נמחקו לאחר פרק זמן של כחודשיים ואת הנעשה אין להשיב, לא נותר לי אלא לבחון את הראיות האחרות מהן ניתן להסיק מהו משך הזמן בו שהה הנאשם לבדו עם הפעוט בחדר הכושר.
10. הנאשם מסר באמרתו הראשונה (ת/22(א) עמ' 9) כי בעת שנכנס לחדר הכושר שהו שם אנשים. המשטרה ביקשה לאתרם, ולמחרת היום הודבקו מודעות בבנין (ת/21) בהן נכתב כי משטרת ישראל מבקשת ממי שהתאמן בחדר הכושר ביום שבת 18.2.12 בין השעות 10:00 – 12:00 או ממי שראה בשעות האלה אדם שמסתובב עם ילד כבן שנה וחצי בבניין, ליצור קשר עם החוקרים.
11. גב' מתי בר, המתגוררת באותו בנין, קראה את המודעה וביום רביעי התקשרה למשטרה ומסרה הודעה בה ציינה כי התאמנה יחד עם בעלה בעת שהנאשם נכנס לחדר הכושר עם הילד.

בעדותה לפנינו מסרה כי היא ובעלה ירדו לחדר הכושר בין השעות 10:30 – 10:20, לאחר שהתאמנו כרבע שעה הגיע הנאשם עם התינוק. הנאשם התיישב על האופניים והילד הסתובב בחדר הכושר. בשעה 10:40 – 10:45 יצאו מחדר הכושר ובעת שיצאו הילד ישב על ברכיו של הנאשם על האופניים. כאשר נשאלה העדה כיצד היא זוכרת מתי יצאו מחדר הכושר, השיבה:

**"לדעתי רבע ל-11 כי אני פחות או יותר מסתכלת בשעון כשאני מסיימת כי אני חולת לב אז יש לי ככה זמן מוקצב להתאמן על ההליכון"** (עמ' 475 שורות 30-29).

בעת שהיתה בחדר הכושר, התרשמה העדה שהילד היה "בסדר גמור" כהגדרתה (שם שורה 32).

1. בחקירתה הנגדית דבקה העדה בעמדתה לפיה היא יודעת בוודאות כי הגיעה לדירתה לפני השעה 11:00, מאחר שהסתכלה על השעון (עמ' 481) והעדה שבה והסבירה כי בשל מחלתה, היא מקפידה על זמן האימון ומסתכלת על השעון לקראת סיומו (עמ' 482 שורות 25-23). כאשר נשאלה מדוע לא מסרה לחוקר שגבה את אמרתה שהסתכלה על השעון, השיבה כי לא נשאלה ורק כאשר נדרשה להסביר כיצד היא יודעת שחזרה לדירתה לפני השעה 11:00, ציינה את העובדה שהסתכלה על השעון והדגישה כי עשתה כן לפני שעלתה, כפי שהיא עושה תמיד (עמ' 484 שורות 8-9). עוד העידה גב' בר כי היא ובעלה שהו בחדר הכושר ביחד עם הנאשם והפעוט כרבע שעה (עמ' 480 שורה 30).
2. דברים אלה תואמים את גרסתו הראשונית של הנאשם (שעברה שינויים ככל שהתקדמה החקירה). באמרתו (ת/22(א) עמ' 9 שורה 10) בה הוא מתייחס לנוכחות בני הזוג בר בחדר הכושר **"אבל הם הלכו... (הנחקר ממלמל) היו איזה עשר דקות משהו כזה והם הלכו".** לאחר שהבין את משמעות לוח הזמנים שתחם, האריך הנאשם בהדרגה את משך הזמן בו שהו יחד בחדר הכושר וצמצם את הזמן בו שהה לבד עם הפעוט, אולם בניגוד לגב' בר שהנה עדה אובייקטיבית, לנאשם יש אינטרס ברור לצמצם למינימום את משך הזמן בו היתה לו הזדמנות לבצע את המעשה המיוחס לו. על סמך התרשמותי מהגב' בר ועדותה, אני מעדיפה את גרסתה על זו של הנאשם.
3. בהסתמך על עדות גב' בר וצילומי מצלמות האבטחה באשר לשעות הכניסה והיציאה של הנאשם מחדר הכושר, ניתן לקבוע כי נותר לבדו עם הפעוט כ-17 דקות לפחות.

**עדות יאיר לוי**

1. מר יאיר לוי מתגורר בבניין המגורים בו מתגורר הנאשם ובעדותו לפנינו סיפר על המפגש ביניהם בבוקר המקרה:

**"ראיתי שהוא מחזיק, היה נדמה לי ילד, ילדה, סליחה, בגלל שהיה שיער ארוך ונראה היה לי שהיא לא מרגישה טוב ושאלתי בתמימות אם היא לא מרגישה והוא אמר לי ש- שאלתי אם הילדה שלך לא מרגישה טוב? הוא אמר לי הוא לא שלי, אני לא יודע אם אמר מעבר לזה משהו. ו-, וזהו, בזה הסתיימה מבחינתי הפרשה, קצת לא הסתדר לי, כן מרגישה טוב, לא מרגישה טוב, מה, התשובה לא בדיוק ענתה אבל הבנתי שהשאלות שלי לא רצויות. לא הבנתי למה ועזבתי את ה-"** (עמ' 355).

1. העד הבהיר כי הגיע מהחניון, בקומה בה מצוי חדר הכושר **"וניסים בא ועשה סיבוב ונכנס איתי למעלית"** (עמ' 356), כפי שאכן רואים בקובץ השני, כשהנאשם פונה לכיוון הנגדי וחוזר לדלת המעלית עם הגעתה.
2. בחקירתו הנגדית נשאל העד מדוע לא ציין באמרתו שהתרשם כי שאלותיו אינן רצויות, והשיב כי שחזר את המפגש ושאל את עצמו **"למה שאלתי את השאלה ולא נעניתי ולא עשיתי כלום זאת אומרת"** (עמ' 358). העד אישר כי לא חשד במאומה, רק חשב "שהילדה" במבט ראשון נראתה חולה. בהמשך אישר כי "הילדה" לא בכתה ושהנאשם אמר לו שמדובר בילד של חברתו, אך עמד על דעתו ששאלתו לא נענתה **"... אני שואל אותך איך אתה מרגיש היום ואתה עונה לי זה לא אני זה הוא... אני שאלתי שאלה מתוך נימוס, מתוך התחשבות, וקיבלתי תשובה שלא ענתה לשאלה שלי... הבנתי שעד פה, מעבר לכך יש לבן אדם את הפרטיות שלו, אני לא צריך לשאול זה הכל".**
3. בהמשך הבהיר העד מדוע שאל את אשר שאל **"אני התרשמתי שהילדה מאוד אפאטית. זאת אומרת שהילדה חולה, בגלל אחרת לא הייתי שואל בן אדם שאני מכיר אותו אם הילדה שלו לא מרגישה טוב... אני ראיתי אותו הולך מסתובב והסתכלתי על הילדה. אני אף פעם לא ראיתי אותה לפני כן ונראה לי משהו לא בסדר... ורציתי לעזור בגלל זה שאלתי".** בתשובה לשאלה האם הנאשם נראה לו לחוץ, השיב העד בשלילה, אך טען כי לא התרכז בו אלא ב"ילדה" (עמודים 361-359).
4. גם העד יאיר לוי הינו עד ניטרלי והיכרותו עם הנאשם מסתכמת במפגש מקרי בו הנאשם קנה עבורו עיתון. מטבע הדברים, אין לו כל עניין לתמוך בגרסה זו או אחרת, מה גם שגרסתו עולה בקנה אחד עם צילומי מצלמות האבטחה בהן נראה הנאשם יוצא מהדלת המובילה לחדר הכושר, מתרחק מהמעלית וחוזר רק עם הגעת המעלית. בנוסף, בשלל גרסאותיו על שנאמר במפגש עם העד, לא אמר הנאשם שהשיב לעד תשובה עניינית ש"הילדה" חולה או לא חולה ובסופו של דבר אישר כי אמר לעד שאין מדובר בבתו אלא בבנה של חברתו. מכאן, שהתרשמות העד שהנאשם מתחמק ואינו מעוניין להתייחס למצב ה"ילדה" מבוססת, מה גם שעל פי הגרסה אותה אנו מתבקשים לאמץ הפעוט היה מצונן ונטל אנטיביוטיקה. לפיכך, ניתן היה לצפות לתשובה עניינית לשאלה התמימה. מכל מקום, ברור שהנאשם לא רצה להשיב לשאלתו של יאיר לוי, אשר הבחין כי משהו אינו כשורה עם הפעוט שנראה לו מאוד אפאטי. התרשמותו של העד כי הנאשם **"רצה לשמור על פרטיות"** נתמכת גם בצילומים בהם הנאשם מתרחק מפתח המעלית, שם עמד העד, ללא כל סיבה.

**גרסת ש.ה. – אמו של הפעוט**

1. במהלך עדותה לפנינו הייתה האם נסערת מאוד ודבריה לוו בבכי ובהתפרצויות כלפי הנאשם. התרשמתי כי, להשקפתה אין כל ספק בדבר אשמו של הנאשם ולפיכך, יש להתייחס לדבריה בזהירות שמא נשתרבבו לעדותה אמירות שנועדו לקבע את התוצאה שלדעתה היא התוצאה הנכונה. יאמר מיד, כי לאחר שמנפים מהעדות את פרץ הצעקות וחילופי ההאשמות, אותם היטיב הסניגור ללבות, נמצא כי ליבת גרסתה עקבית, נתמכת בראיות ממקורות חיצוניים ותואמת בחלקיה העיקריים את גרסתו הראשונית של הנאשם.
2. בעדותה לפנינו תיארה ש.ה. את מערכת היחסים בינה לבין הנאשם שנמשכה כשלושה חודשים עובר למקרה. לדבריה, סמוך לאירוע התקיימו בינה לבין הנאשם מפגשים מספר פעמים בשבוע ובחלקם פגש הנאשם את הפעוט בין בביתה של העדה ובין בבילויים משותפים, שכללו לעיתים גם את בתו של הנאשם שהנה בת גילו של הפעוט.
3. ביום שישי שקדם ל- 18.02.12 קבעו העדה והנאשם שהיא תבוא עם הפעוט לישון בביתו. השלושה אכלו ארוחת ערב שבת בבית הורי האם ובשעה 22:00 – 22:30 חזרו לבית הנאשם והלכו לישון. בשל העובדה שהפעוט בכה כשהושכב במיטת בתו של הנאשם, ישנו השלושה במיטה הזוגית בחדר השינה. למחרת בבוקר התעוררו הנאשם והילד לפני האם והנאשם לקח את הפעוט למטבח. לאחר שהאכיל אותו הדליק את הטלוויזיה והילד צפה בערוץ הילדים. לאחר כרבע שעה עד עשרים דקות הצטרפה ש.ה. לשניים. הנאשם הציע שיצאו לאכול צהריים במסעדה, ש.ה. הסכימה והנאשם התקשר לנהגו שרון אבוהרון (להלן: "**שרון**" או "**הנהג**") ואמר לו להגיע לבית בשעה 11:00 – 11:30.

על מנת לאפשר לאם להתארגן לקראת היציאה מהבית, ירד הנאשם עם הפעוט לחדר הכושר שבקומת החניה (המוגדרת גם כקומת המרתף). לדברי העדה, הפעוט היה לבוש בבגד גוף ומעליו פיג'מה והנאשם גם לקח עבורו מעיל למקרה הצורך.

1. בעת שהנאשם והילד שהו בחדר הכושר, התקלחה העדה, התלבשה וסדרה מעט את המטבח. כעבור זמן שנמשך להערכתה כשעה, בעת שהייתה בשירותים, נכנס הנאשם הביתה עם הפעוט, האם שמעה שהילד משמיע קול שנשמע לה **"כמו התנשפות"**. לדבריה למשמע ההתנשפויות קראה לעבר הנאשם **"ניסים מה קרה לילד?"** והוא לא ענה:

**"ואז יצאתי מהר מהשירותים החוצה וראיתי שהוא יושב על הספה וי'... שוכב לידו והוא בא לשים לו חיתול, הוא בא לשים לבן שלי חיתול. אז אמרתי לו מה אתה עושה? קום והתיישבתי אני, בשביל לשים לו חיתול ואז אני, הוא היה כאילו בלי החלק העליון הבגד גוף שלו הפיג'מה היה פתוח ואז... הרמתי לו את הרגליים ומה שאני ראיתי היה מזעזע, היה מזעזע... היה לו מלא דם, וכל פי הטבעת שלו היה קרוע, קרוע לגזרים הוא היה. הבן שלי שכב שם פי הטבעת שלו, הכל פתוח. צעקתי לו: 'נסים מה קרה לילד שלי? תגיד לי מה קרה לו?' אז הוא אמר לי 'את לא תאמיני, הילד עשה קקי, והורדתי לו את החיתול, כי היה ריח, ובזמן שהלכתי לנקות לו את זה' אמרתי לו: 'מה זאת אומרת הוא עשה קקי? מה? למה לא העלית אותו הביתה אם אין לך טיטול ואין לך מגבונים. למה לא העלית אותו שאני אחליף לו את הקקי?' אז הוא אמר לי: 'היו עוד אנשים בחדר כושר שהתאמנו והיה ריח מהקקי, אז אני הורדתי את החיתול כי לא היה לי נעים מהאנשים בחדר כושר' אז אני אמרתי לו: 'ומה עשית?' הוא אמר לי 'שמתי אותו על הספסל. שמתי אותו על הספסל' ואמרתי לו: 'ואיך ניקית לו את הקקי?' הוא אמר לי: 'הלכתי להביא נייר' אז אמרתי לו: 'והשארת ילד בן שנה וחצי על ספסל והלכת להביא לו נייר?' לא פחדת שהוא יפול אז הוא אמר לי: 'לא הוא כל הזמן היה אתי בקשר עין... ובזמן שחזרתי ראיתי שהוא משחק עם האצבעות בטוסיק שלו'. הבן שלי, הבן שלי שיחק עם האצבעות בטוסיק שלו זה מה שהוא אמר לי, אמרתי לו: 'זה לא נשמע לי הגיוני הסיפור הזה, זה לא נשמע לי הגיוני שהבן שלי יעשה כזה דבר לעצמו, איזה ילד בן שנה וחצי יכול לעשות כזה דבר?..."** (עמ' 64-65 לפרוטוקול).

בהמשך הוסיפה העדה שכ- 10-15 דקות לפני שהילד ירד עם הנאשם לחדר הכושר היא החליפה לו חיתול וישבנו היה נקי וללא פגע (עמ' 68).

1. האם המשיכה לחקור את הנאשם כיצד נגרמו החבלות בפי הטבעת של הפעוט והלה חזר והשיב כי הפעוט הכניס אצבעות לטוסיק. האם לא השתכנעה וטענה שהדבר אינו הגיוני ודרשה הסברים והעלתה חשד שהילד נפגע בחדר כושר מאחד המכשירים ונפצע אך הנאשם דבק בגרסתו (עמ' 70-71). לאחר שראתה את הדם והפציעות, נטלה מגבונים ושמה לו לדבריה, **"בתוך הטוסיק"**, אך לא חיתלה אותו מחדש (עמ' 71). יצוין שתיאור זה רוכך על ידה בחקירתה הנגדית, כנראה מחמת החשש שיטען כלפיה שהכנסת המגבונים היא שגרמה לקרעים.
2. כשהתעורר י.ה קם מהספה והלך לכיוון הטלוויזיה, הנאשם הרים אותו על ידיו והילד נרדם, לאחר כחצי שעה בעודו רדום הוציאה את המגבונים מהישבן, ראתה שהדם פסק וחיתלה אותו. כעבור זמן הילד התעורר והנאשם הרים אותו. בשלב זה הבחינה העדה בכתם כחול - שטף דם - על לחיו של הפעוט. היא שאלה את הנאשם כיצד קרה הדבר והלה השיב כי אינו יודע, הוריד את הילד מזרועותיו והלך לעשן סיגריה (עמ' 80).
3. בשלב כלשהו שמעה העדה את הילד בוכה, היא התרשמה שהוא צריך לעשות את צרכיו וסובל מכאבים, וכשהריחה ריח פתחה את החיתול וראתה צואה מעורבת בדם ועל הטיטול עצמו ראתה נוזל צהוב עם דם ומה שנראה לה כפיסת עור. היא הרימה את "זה" על כף ידה והראתה לנאשם, הנאשם לקח את "זה" מידה בכוח, משך את החיתול מתחת לגופו של הילד, זרק את הכל לזבל והלך לעשן עוד סיגריה (עמ' 80-81).
4. האם תיארה את הילד כרדום, עייף, חסר אנרגיות וכשהנאשם לקח אותו לכיוון הטלוויזיה נרדם. האם הניחה את הילד במיטתו של הנאשם וישבה לידו. כעבור מספר דקות הגיע הנאשם למיטה, נתן לפעוט נשיקה ונרדם. ש.ה. ניצלה את ההזדמנות, לקחה את הילד, אספה את חפציה, צלצלה לשרון שיעלה לעזור לה ויחד עמו ירדה עם הילד לחניון ונסעה לבית הוריה המתגוררים לא הרחק מביתו של הנאשם. על פי הראיות האחרות שהוצגו לנו, האם עזבה את בית הנאשם בשעה 16:30 בקירוב. כשהראתה להוריה את ישבנו של הפעוט, אמר אביה כי הילד נאנס והם נסעו לבית חולים שניידר.
5. מאחר שהפעוט אינו מסוגל לתאר את הקורות אותו, מבקשת ב"כ המאשימה להסתמך על גרסת האם ביחס למצבו של הפעוט, בטרם ירד לחדר הכושר עם הנאשם, מצבו לאחר שהוחזר לדירה, הסברי הנאשם באשר לנסיבות בהן נגרם הנזק הגופני לפעוט והתנהלותו של הנאשם לאחר שובו מחדר הכושר.
6. התובעת ניסתה להציג באמצעות האם התנהלויות חריגות שיש בהן להצביע על נטיות מיניות סוטות כגון גילויי חיבה מופרזים שהפגין, כביכול, הנאשם כלפי הילד, צילומים של רגלי נשים, וכן צילומים של ילדים כולל צילום ירכיו וישבנו של הפעוט. ברי, כי מדובר בחוכמה שלאחר מעשה, ובניתוח של התנהגויות שנראו בזמנן טבעיות ולא עוררו כל חשד. העובדה שהנאשם השמיע דברי חיבה ושבח על הפעוט, אין בה כדי להוכיח את כוונותיו הזדוניות, הן מן הטעם שלא הוצגה לפנינו כל חוות דעת המלמדת על הקשר בין אותם מעשים ואמירות למעשה המיוחס לנאשם, והן בשל העובדה שיש מידה רבה של הגיון בהסברו של הנאשם שהוא ביקש לרכוש את לבה של ש.ה. על ידי הפגנת יחס אוהב וחם כלפי בנה. לפיכך, אתמקד באירועי אותו יום.

**מצבו של הפעוט בבוקר המקרה**

1. לטענת ש.ה. כ-10 דקות לפני שהנאשם ירד עם הפעוט לחדר הכושר, החליפה לו חיתול, משום שעשה את צרכיו, ולא ראתה כל סימן חבלה או פגיעה בישבנו. הסנגור טען כי מדובר בטענה שקרית שאין לה כל אחיזה בראיות האובייקטיביות, ותמך יתדותיו בדו"ח חיפוש (ת/59) שנערך על ידי שוטר הסיור אבישי סודאי ובמזכר (ת/63) שנערך על ידי אביחי יונתני המציין כי קיבל מאבישי סודאי מעטפה ובה טיטול ומגבונים לחים. היינו, טיטול אחד בלבד, שעליו נראו בבירור סימני דם. מכאן שלא נמצא בדירה טיטול נוסף "נקי" במובן זה שאינו מכיל דבר מלבד הפרשות רגילות של תינוק.
2. ש.ה. דבקה בגרסתה שהחליפה לפעוט חיתול בטרם ירד עם הנאשם, ואילו הנאשם טוען כי לא ראה שהחליפה לו חיתול בבוקר, למרות שהיו באותו חלל (עמ' 864 שורה 16). דברים אלה נאמרו לאחר שהעד התבקש להתייחס לשאלה האם פגש אי פעם מקרה בו פעוט קם בבוקר עם חיתול יבש והשיב: **"מחליפים תמיד חיתול, בכל מקרה, גברתי, זה יכול להיות"** (שילד קם יבש בבוקר). כאשר התבקש לענות באופן ברור האם לגרסתו זה היה המקרה, התערב עו"ד שפטל ואמר: **"הפח טוען שזה לא נכון"** (עמ' 803). הנאשם הבין את הרמז וטען, כאמור לעיל, שלא ראה את ש.ה. מחליפה חיתול לילד.
3. סבורה אני כי יש להעדיף בנקודה זו את גרסת האם על זו של הנאשם. ראשית מן הטעם ההגיוני והסביר, כפי שגם הנאשם אישר, שבדרך כלל מחליפים לילד חיתול בבוקר, לאחר שהוא קם מהשינה. יתר על כן, מדובר בגרסה עקבית של ש.ה. באמרתה ת/9 מיום 18.2.12 שעה 17:55, דהיינו, בשלב שלפני הבדיקות הרפואיות ובאופן ספונטני (בעמ' 2 שורה 7), לאחר שמסרה כי הפעוט עשה את צרכיו שלוש פעמים. לאחר שחזר מחדר הכושר אמרה: **"ואני רוצה להוסיף שי. עשה קקי לפני שהוא ירד עם נסים למטה וזה לא הגיוני שהוא יעשה עוד פעם קקי".** כלומר, בטרם התעורר הוויכוח על מספר החלפות החיתולים, ולפני שנשאלה על מצבו של הפעוט עובר לירידתו לחדר הכושר עם הנאשם, ציינה שעשה צרכיו לפני שירד עם הנאשם והיא החליפה לו חיתול. יודגש כי הדברים נאמרו בקשר לטענתה לפיה לא סביר שהילד עשה צרכיו בחדר כושר רבע שעה לאחר שעשה צרכיו בבית, ועל טענה זו חזרה גם באמרתה ת/10 מיום 19.2.12 "**אם החלפתי לי'... חיתול עם קקי רבע שעה לפני שניסים לקח אותו לחדר כושר אז לא יכול להיות שי'... עשה מייד שוב קקי"** (שורות 40-41).
4. מעיון באמרות ובהקשר בו נאמרו הדברים, ברי, כי נאמרו במטרה להתמודד עם טענת הנאשם לפיה הוריד לפעוט את החיתול בחדר הכושר כיוון שהפעוט עשה את צרכיו. העובדה שלא נמצאו חיתולים נוספים בפח האשפה מתחת לכיור, אינה שוללת את טענת האם שהוחלף חיתול בבוקר.
5. הנאשם נעצר בשעה 23:11, בעוד שהחיתול הנטען הוחלף בשעה 10:00 בבוקר או סמוך לכך. לא הוצג לנו כל הסבר סביר מצד התביעה לעובדה שהחיתול "הנקי" לא נתפס. אולם גם בהינתן כי פינה זו לא נסגרה עד תום, בשל מחדלי חקירה, אין בכך כדי להשליך על מהימנותה של האם בנקודה זו.

ראו לענין זה [ע"פ 8899/06](http://www.nevo.co.il/case/5804154) **עומר ארמין נ' מדינת ישראל** (29.07.07):

**"ייתכנו מקרים שבהם לא יהיה בידי בית המשפט לבנות תצריף שלם עד אחרון הפרטים מתוך המסכת הראייתית הפרושה בפניו, אך בכך בלבד אין כדי להצדיק את זיכויו של הנאשם וכבר נפסק כי 'אין זה נדיר כי המסכת הראייתית הפרושה לפני בית-המשפט תלקה בחללים מסוימים או בפרשיות סתומות. תפקידו של בית-המשפט אינו ליצור תמונה המגלה את פרטי המקרה בשלמותם, כי אם להכריע אם על-אף קיומם של אותם חללים ניתן לקשור את הנאשם למעשה המיוחס לו ולהרשיעו בפלילים' (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 232 (2002); ראו גם** [**ע"פ 6253/04**](http://www.nevo.co.il/case/5840551) **דהרי נ' מדינת ישראל, פיסקה 15 (טרם פורסם, 26.4.07) (להלן: עניין דהרי))".**

1. ביחס למצבו של הילד לפני כניסתו לחדר הכושר, אנו למדים מכלי ראשון מצילומי מצלמות האבטחה הממוקמות מול פתח המעלית, ממנה יצאו הנאשם והפעוט בשעה 10:36 (ת/1). הילד נראה הולך על רגליו, רץ ומנסה לברוח חזרה למעלית. גם הנאשם לא התרשם לפני ההגעה לחדר הכושר שלפעוט יש בעיה רפואית כלשהי, מאחר שבשום שלב לא טען ששם לב שהילד אינו חש בטוב או סובל מכאבים. הוא אף אישר בעדותו לפנינו כי הילד לא היה במצב שמנע יציאה למסעדה או ירידה לחדר הכושר (עמ' 691), ועד למועד בו ירדו לחדר הכושר לא בכה (עמ' 693).

**מצבו של הפעוט לאחר שובו מחדר הכושר**

1. לדברי העדה, בהיותה בשירותים שמעה את הילד מתנשף ומשמיע קולות אותם זיהתה כ"סוף בכי" ולכן צעקה לנאשם מה קרה לילד? כשיצאה מהשירותים מצאה את הילד שכוב על הספה כשחלק גופו התחתון חשוף, לידו ישב הנאשם שהחזיק בחיתול בתנוחה שלהשקפתה לימדה על כוונתו להחליף לפעוט חיתול. היא ניגשה לספה, הזיזה את הנאשם, הרימה את רגליו של הפעוט וראתה את ישבנו מדמם ופעור וקרעים בפי הטבעת.
2. ביחס לגרסה זו הועלו על ידי ההגנה מספר תהיות. ראשית כיצד שמעה האם את הילד מתנשף כמו לאחר בכי, שעה ששני עדים ניטרליים שאינם קשורים לאיש מהצדדים, שוער הבניין והשכן יאיר לוי, העידו מפורשות שהילד לא בכה. השוער ראה את הילד בעת שהנאשם עלה מקומת המרתף ללובי כשהילד בזרועותיו וניגש אליו לבקש סיגריה, ואילו יאיר לוי נכנס למעלית עם הנאשם והפעוט בקומת המרתף ועלה עמם עד הלובי. שני העדים, כאמור, העידו מפורשות שהילד לא בכה.
3. מכאן מתבקשת המסקנה כי קולות ההתנשפות ששמעה האם לא היו קולות של "סוף בכי". יחד עם זאת, אין לשלול ששמעה קולות התנשפות אותם ניתן לייחס להיות הילד מצונן או לסיבה אחרת הקשורה למצבו. מאחר שגם הנאשם אישר שהילד בכה בחדר הכושר, בכי שהוגדר על ידו "בכי רגיל" (ראו ת/22(א) עמ' 19 ועמ' 818 לפרוטוקול), אין זה מופרך לומר שהילד השמיע קולות שנשמעו כמו בכי. נראה כי ש.ה., בחוכמה שלאחר מעשה, החליטה שמדובר בהתנשפויות הקשורות לבכי או לסוף בכי, וזאת לאור הפגיעות החמורות מהן סבל הילד.
4. יחד עם זאת, יש לציין כי עדותה לפיה הפעוט החל לבכות בהרימה את רגליו על מנת להחליף לו חיתול וכאשר עשה את צרכיו בהחלט מתיישבת עם עדותם של ד"ר גוז מרק וד"ר זייצב, אשר ציינו שכל מגע בישבן או נסיון לבדיקה גרמו לבכי. העדה תיארה את מצבו של הפעוט כאפטי, רדום, ובהשוואה להתנהגותו הרגילה **"זה לא כמו ילד רגיל, הבן שלי הוא רץ הוא חייכן, והוא צוחק הוא היה כבוי...".** דברים אלהמשתלבים עם עדויות מאוחרות יותר ובעיקר עם עדותו של פרופ' סרור, שציין שהילד היה המום ולא הגיב כפי שילד בגילו אמור להגיב במצב בו היה, ועם עדותו של יאיר לוי.
5. גם בצילומים בת/1 נראה הילד רוב הזמן כשראשו שמוט על כתפו של הנאשם, ולכן טענת הנאשם לפיה הילד לא ישן כלל בהגיעו הביתה והיה ערני, התרוצץ ושיחק אינה תואמת את הנתונים ממקורות אחרים, מה גם שהנאשם עצמו מציין שהילד נוהג לישון שעות רבות:

**"אני אומר לך שהילד רץ בבית, סליחה, הילד רץ בבית, הלך הלך חזר, ורץ ורץ ורץ, ואז לקראת צהריים אמרנו יאללה, בוא נלך לישון, הילד הזה יושן המון דרך אגב, תבדקו אותו. יושן המון, המון המון. יושן המון. י. יושן ממש הרבה, היה ערני רץ בבית והוא עוד חיבק אותי ונישק אותי ושכב לי על החזה".**

1. נשאלת השאלה איך הפעוט, שנוהג לישון שעות רבות, ואף נראה מאוד אפאטי וראשו על כתפו של הנאשם, התעורר בהגיעו הביתה, החל להתרוצץ ולא נרדם עד שעה 16:00 בקירוב (עמ' 886-885).
2. אני סבורה כי השילוב בין מראהו של הילד בעת שהוחזר על ידי הנאשם מחדר הכושר ועדותו של יאיר לוי שסבר שהוא חולה, מאחר שנראה לו מאוד אפאטי, מחזקים את גרסת האם באשר למצבו ומעלים תהיות באשר לגרסתו של הנאשם המנסה לצייר תמונה של פעוט המתרוצץ ללא הרף ומשחק.
3. עוד טען הסניגור, כי לא ניתן היה להבחין בקרעים שבפי הטבעת, מאחר שד"ר זייצב ופרופ' סרור נאלצו להרדים את הפעוט כדי לבדקו. אין דעתי כדעתו.
4. ד"ר גוז מרק שהעידה כי בדקה את הפעוט בדיקה חיצונית בלבד, שכללה בעיקר הסתכלות, ציינה בממצאיה ANAL LACERATION. דהיינו, קרעים בפי הטבעת והבחינה בהרחבת האנוס. בשל העובדה שלא ניתן היה לבצע בדיקה רקטלית, לא יכלה הרופאה לציין את עומק החתך. בתמונות 6, 7 ו-8 בת/4(א), שצולמו בטרם הרדמת הפעוט, נראים בבירור שני קרעים. האחד בחלקו העליון של פי הטבעת והשני בחלקו התחתון ופי הטבעת נראה מורחב באופן בלתי טבעי. מכאן שגם האם יכולה הייתה להבחין בממצאים אלה, מבלי להיות רופאה, ומבלי לבצע בדיקה רקטלית.
5. יחד עם זאת, נראה כי תיאורה לפנינו של מצב הפעוט היה מוגזם ונבע מנתונים ביחס לפציעת הילד, שהובאו לידיעתה בשלב מאוחר יותר ומרצונה לשכנע את בית המשפט בכל מחיר באשמתו של הנאשם. ודוק, באמרתה ת/9 שנמסרה בערב המקרה, תיארה ש.ה. את הדברים באופן מעט שונה **"ואני רואה שכל הטוסיק של י. מלא בדם וחתכים פנימיים"** (עמוד 1 שורה 10). כך גם העידה בת/10 **"ואני רואה שכל הטוסיק עם דם, נוזל לו דם וחתכים בטוסיק"** (שורות 15-16). תיאור זה מתיישב עם הצילומים ועם התנהגותה בהמשך. סבורה אני שאילו ראתה ש.ה. את כל פי הטבעת של הפעוט קרוע לגזרים כפי שתיארה, הייתה מבהילה אותו לבית החולים מיד ולא עוסקת בתחקור הנאשם ובניסיונות להפסיק את הדימום על ידי חסימת פי הטבעת במגבונים כפי שעשתה בתחילה.
6. מעיון באמרותיה של ש.ה. מתקבל הרושם כי בשלב הראשון לא העלתה בלבה כל חשד של מעשה פלילי והשאלות שהופנו לנאשם נבעו מחשש שהלה התרשל בשמירה על הילד ולא טיפל בו כראוי. היא חזרה ושאלה מדוע לא השגיח עליו בעת שהשכיב אותו על הספסל בחדר הכושר והלך להביא ניירות לנגב את ישבנו, מדוע לא הביא אותו הביתה על מנת שהיא תנקה אותו בעזרת מגבונים ותחתל אותו. כאשר סיפר לה הנאשם שהילד שרט את עצמו, ההסבר לא התקבל על דעתה והיא חשדה ככל הנראה שהילד נפגע בעת שהתרוצץ בחדר הכושר. התרשמתי כי ש.ה. לא הייתה מודעת לחומרת הפגיעה, ונראה כי גם הנאשם לא היה מודע לכך ולכן ניסה לשכנע אותה כי הילד שרט את עצמו.
7. גם בחקירתו הראשונה ת/22(א), שנערכה בתאריך 19.2.12 בשעה 01:32 (כשעתיים וחצי לאחר מעצרו) חזר הנאשם על גרסה זו:

**"אני התאמנתי, יופי, אחרי זה הרחתי את הילד... היה לו ריח, כאילו מהטיטול שלו היה ריח מסריח. אני גם מגדל ילדה בת שנה וחצי.**

[...]

**הורדתי לו את הטיטול, שמתי אותו על ספסל עץ שבחדר כושר, שכב שם, הלכתי להביא ניירות על מנת לנקות אותו... הבאתי ניירות, ראיתי את הילד יושב מגרד קצת, מגרד לעצמו.**

**ש: איפה?**

**ת: על הספסל, אהה זהו הוא שכב על ספסל העץ.**

**ש: הוא שוכב או יושב.**

**ת: שוכב.**

**ש: שוכב כן? ומה מגרד?**

**ת: מגרד פה! גירד פה.**

**ש: ביד?**

**ת: לא, פה היד שלי.**

**(הערה: הנחקר מדגים על עצמו שהילד גירד באזור המפשעות).**

**ש: פה באזור הזה ראית אותו מגרד...**

**ש: באזור פי הטבעת.**

**ת: יכול להיות, אהה יכול להיות זה אזור פי הטבעת. פה באזור הזה, בדיוק פה.**

**ש: באזור מתחת למפשעה.**

**ת: המפשעה, פי הטבעת, אהה... זה היה האזור. הילד היה עם דם, הוא גירד את עצמו ואני, ואני ניגבתי אותו. הוא היה עם דם ובאותה שניה עלינו ללובי"** (ת/22(א) עמ' 8-7).

1. בהמשך עימת אותו החוקר עם הטענה לפיה ילד בגילו של הפעוט אינו מסוגל לגרום לעצמו נזק וקרעים בפי הטבעת, והנאשם השיב: **"אני יודע מה הילד מסוגל לא מסוגל, הילד הזה מאוד חזק פיזית ואפשר לבדוק את זה"**. החוקר המשיך והקשה **"הילד בן שנה וחצי"** והנאשם השיב: **"הילד חזק, סליחה אביחי ועובדה... כן, והבת שלי כמה פעמים הייתה באה שרוטה לגמרי אחרי שישי שבת עם אמא שלה, עם שריטות עמוקות".** החוקר מוסיף ותוהה **"בסדר לא באזור הזה"** והנאשם בשלו: **"איך? פה באזור הישבן זה למטה אז מה?"** (ת/22(א) עמ' 14 שורות 27-17).
2. מתשובותיו החד משמעיות של הנאשם ברור שבשלב ראשון הסביר לש.ה. וגם לחוקרים כי לאחר שהסיר מהפעוט את החיתול, השכיב אותו על הספסל והלך להביא ניירות על מנת לנגבו, הילד שרט את עצמו וגרם לעצמו חבלות באזור המפשעה. באמרותיו הבאות חל שינוי בגרסתו של הנאשם, אולם מהגרסה הראשונית ברור שעדותה של ש.ה., ככל שהיא מתייחסת להסברי הנאשם, נכונה, שהרי לא יעלה על הדעת שמסרה באופן מקרי גרסה זהה לזו שמסר הנאשם בטרם שינה טעמו.

ש.ה. העידה עוד, כי הפעוט עשה צרכיו שלוש פעמים לאחר שובו מחדר הכושר (נתון המחזק את הטענה לפיה הפגיעה הקשה בפי הטבעת נגרמה עובר לשובו מחדר הכושר).

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

**"מה זאת אומרת, בהחלפות אחרות?**

**כב' השופטת אבניאלי: כן.".**

והנאשם עונה:

**"אני לא הייתי לידה בהחלפות האחרות".**

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

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

הנאשם מבין את הרמז ומשיב שהפרוצדורה של החלפת חיתול היתה רק פעם אחת.

לא רק בעדותו לפנינו פלט הנאשם, שלא ברצונו, נתון התומך בגרסתה של ש.ה. באשר למספר הפעמים בהן עשה הפעוט את צרכיו.

בעימות ת/24(א) (עמ' 21) מטיח הנאשם בפניה של ש.ה. כי היא החדירה אצבע לישבנו של הפעוט, ואילו היא טענה כי לאחר שעשה את צרכיו, מצאה בחיתול חתיכת עור ונוזל צהוב ואז אומר הנאשם: **"זה היה כשהוא חרבן עוד פעם הוא חירבן עוד פעם.**

**ש.ה.: שלוש פעמים הוא חרבן, שלוש פעמים.**

**הנאשם: נכון נו מה לעשות"** (ההדגשות שלי ש.ד.).

זה המקום לציין כי אין ממש בטענת הסניגור לפיה מחמת הצעקות, לא שמע הנאשם את דבריה של ש.ה. והדברים מדברים בעד עצמם.

**התנהגות הנאשם**

1. בעדותה לפנינו תיארה ש.ה. התנהגות תוקפנית ועצבנית, שגרמה לה לפחד ולחשש ובכך תירצה, בין היתר, את חלוף הזמן בטרם לקחה את הפעוט לטיפול רפואי. סבורני כי גם בנקודה זו הגזימה ש.ה. בניסיון לספק הסבר למצב שקשה להסבירו; כיצד אם דואגת ואוהבת אינה מבהילה את בנה הפעוט מידית לבית החולים. כפי שציינתי לעיל, אני סבורה שש.ה. לא הייתה מודעת לחומרת הפגיעה, לא חשדה, בשלב זה, במעשה פלילי ולא פעלה כפי שההיגיון מחייב. יתכן שההסבר לתגובתה מצוי באמרת הנאשם (ת/23(א) עמ' 3 שורה 36) שם הגדיר את ש.ה. כקצת "דורמיינדו" (ישנונית) וקצת איטית.
2. יחד עם זאת, מגרסתה של ש.ה. במשטרה, מהתנהגות הנאשם כפי שנצפה במצלמות האבטחה ומעדות הנאשם עצמו, ברור שלאחר צאתו מחדר הכושר התנהגותו לא הייתה כתמול שלשום. בצילומי הקובץ השני נראה הנאשם ניגש למעלית, לוחץ על הכפתור וכשהמעלית מגיעה הוא חוזר לדקה וחצי לכיוון שממנו בא. לאחר מכן הוא נראה פוסע הלוך ושוב ליד דלת המעלית. עם הגיעו ללובי, הוא פונה לשומר ומבקש סיגריה, למרות שלגרסתו אינו נוהג לעשן. כשהוא נמצא עם ש.ה. בהגיעו לדירה, הוא מבקש מנהגו להביא לו שלוש סיגריות ומעשן אותן בדירה. לאחר מכן מבקש מהנהג להביא עוד סיגריות. לדברי ש.ה. כל אימת שהעלתה שאלה קשה ודרשה הסברים, הלך הנאשם לעשן סיגריה. כיוון שהנאשם עצמו העיד שלא נהג לעשן ליד ש.ה., הרי שמדובר בהתנהגות חריגה על רקע מערכת היחסים הקודמת. זאת ועוד, עם עזיבתה של ש.ה. את הדירה, התקשר אליה הנאשם כ-20 פעמים, ומשלא השיבה, שלח שלושה מסרונים בהם תהה מדוע עזבה בפתאומיות (ת/2 צילום 13 ות/75).
3. ש.ה. טענה כי הנאשם אמר לה שבתוך שש שעות הדימום יפסק ושכנע אותה שלא לפנות לקבלת טיפול רפואי. הנאשם מכחיש טענה זו, אולם באמרתו ת/22(א) אישר הנאשם כי הציע לשים לפעוט מגבונים לחים, משחה וטיטול ולבדוק בעוד שעה שעתיים (עמ' 17 שורות 25-24).
4. לאחר בחינה מדוקדקת של עדותה של ש.ה. והשוואתה לראיות ממקורות חיצוניים, המסקנה המתבקשת היא כי בבוקר המקרה, בטרם ירד הנאשם עם הפעוט לחדר הכושר, היה י.ה בריא ושלם (למעט הצטננות). עם שובו מחדר הכושר נתגלו קרעים בישבנו והוא דימם. הילד היה אפאטי, הוא אמנם הסתובב וראה טלוויזיה וגם חיבק את הנאשם, אך הרבה לישון ובכה כל אימת שעשה צרכיו. בשל מצבו של הפעוט וסערת רוחה של ש.ה., לא המשיכו הנאשם וש.ה. בתוכניתם ולא יצאו למסעדה. הנאשם אף הוא התנהג באי שקט והרבה לעשן, שלא כמנהגו בחברת ש.ה.

**לבושו של הפעוט ברדתו לחדר הכושר**

1. בעדותה לפנינו תיארה ש.ה. את לבושו של הפעוט בבוקר המקרה, בטרם ירד לחדר הכושר. לדבריה הילד לבש בגד גוף (מין גופייה קצרת שרוולים עם "תיקתקים" לסגירה על המפשעה ופיג'מה – סרבל מפליס בצבע תכלת).
2. ההגנה חולקת על תיאור זה. לטענת הסנגור, הפעוט ירד לחדר כושר כשהוא לבוש בסרבל בלבד ובגד הגוף הולבש לו בשלב מאוחר יותר בבית הוריה של ש.ה., לאחר שהדימום התגבר או התחדש עקב טיפולים של בני המשפחה.
3. טיעון זה מייחס לש.ה. ובני משפחתה, תחכום וידע ברפואה משפטית. אין חולק כי הסרבל אשר נתפס מידי האם במכון לרפואה משפטית הוא הבגד אותו לבש הפעוט בעת שירד לחדר כושר ונשאר על גופו עד לשלב בו עזבה ש.ה. את דירת הנאשם. לטענת ב"כ הנאשם בהגיעה לבית הוריה, החל מי מבני משפחתה לטפל בפעוט ובשלב זה התחדש הדימום והתגבר. או אז החליט מאן דהוא להלביש לילד את בגד הגוף מתחת לסרבל, מתוך כוונה לטעון שהדימום המאסיבי החל כתוצאה ממה שאירע בחדר הכושר, ולא בשלב מאוחר יותר. אני מתקשה להאמין שבמצב הלחץ בו היו בני המשפחה נתונים החליטו "לחזק" את הראיות כנגד הנאשם על ידי הלבשת הפעוט בבגד הגוף.
4. כמו כן, על פי האמור במזכר ת/52, האם מסרה לקצין החקירות משה אלק בתאריך 18.2.12 בחדר 4 בוולפסון פיג'מה (הסרבל) ובגד גוף של התינוק המוכתם בדמו **"אותם לבש במהלך הדברים כשהגיע מדמם"**. היינו, לשיטת ההגנה, ש.ה. הגיעה לחדר 4 בוולפסון כשהיא מצוידת בראיות כוזבות בטרם יכולה הייתה לדעת מה תהיה גרסת הנאשם או סניגורו.
5. לבסוף, השוואת הכתמים שעל בגד הגוף והסרבל, שנעשתה באמצעות תמונות מוגדלות באולמנו, במהלך עדותו של מר רוזנגרטן, מפריכה טענה זו והצילומים ת/85 ממחישים את הדמיון הבלתי ניתן לערעור בין הכתמים ובעיקר הצילום התשיעי בו סומנו כתמי דם כמעט זהים בצורתם המצויים במקום זהה מבחינת מגעו של הבגד עם הגוף.

**כתמי הדם שנמצאו על תחתוני הנאשם**

1. לאחר מעצרו מסר הנאשם, לד"ר זייצב, את התחתונים אותם לבש החל מיום חמישי בערב ועד למעצרו. על התחתונים נמצאו כתמים שנחשדו ככתמי דם. שניים מבין הכתמים נגזרו ונבדקו במעבדה הביולוגית במז"פ והתקבל פרופיל DNA תואם לפרופיל הקורבן. כנגד ממצא זה הועלו מספר טענות ובהן אופן עריכת הבדיקה אשר מנע על פי הנטען, בדיקה על ידי הסניגוריה של הכתמים שנדגמו.
2. אין חולק כי מהתחתונים נגזרו שני גזירים, שלאחר מיצוי ה- DNA לא ניתן לעשות בהם שימוש לבדיקה חוזרת של הדגימה המסוימת. לטענת הסניגור, היה על מפקח יעקב משיח להותיר חלק מכל אחת מהדגימות, על מנת שניתן יהיה לבדוק את שני הכתמים על ידי מומחה מטעם הסניגוריה או לחלופין לזמן נציג מטעם הסניגוריה שיצפה בהליך הבדיקה.
3. סבורה אני כי טענת הסניגור אינה יכולה לעמוד. בעדותו לפנינו הסביר יעקב משיח כי מדובר בכתמים שבשל ממדיהם הקטנים, לא ניתן היה לחלקם ולהותיר מספיק חומר לבדיקה. בהקשר זה יובהר כי על התחתונים נמצא מקבץ כתמים שנחזו ככתמי דם. כלומר, לאחר ביצוע הבדיקה נותרו כתמים נוספים שהסניגוריה היתה רשאית לבדקם בעצמה, אולם בקשה כאמור לא הוגשה. מאחר שלא ניתן היה לחלק את הכתמים שנבדקו, נשאלת השאלה האם נמנעה מהסניגוריה אפשרות להתמודד עם תוצאת הבדיקה. התשובה לטענה זו שלילית, מכיוון שניתן היה לבדוק את הכתמים האחרים באותו מקבץ. אילו נוצלה האפשרות לבדיקת הכתמים הנותרים ונמצא שפרופיל ה-DNA אינו מתאים לפעוט, היה הדבר משליך על תוקפן של תוצאות הבדיקה של הכתמים שנבדקו.
4. מקובלת עלי עמדת ב"כ המאשימה, לפיה הכתמים מצויים במקום בו נמצא באופן טבעי איבר מינו של הלובש, וזאת בהסתמך על הצילומים ת/17(א) המלמדים כי הכתמים נמצאו בחלקם הפנימי-קדמי של התחתונים, על כתם שתן שמקורו היחיד הוא איבר המין.

**גרסת הנאשם**

1. הנאשם יליד 1967, יזם נדל"ן, חסר הרשעות קודמות. בעבר היה נשוי כשמונה שנים והתגרש. לאחר מכן יצר קשר עם אשה ולשניים נולדה בת שהנה בת גילו של י.ה. הנאשם הקדיש תשומת לב רבה לבתו ובילה בחברתה כמעט מדי יום, טיפל בה והיא נהגה ללון בביתו. גם על פי גרסתה של ש.ה. יחסו של הנאשם לבתו מסור ואוהב.

הנאשם הרבה לעסוק בספורט בחדר כושר במועדון בו היה חבר ולעיתים גם בחדר הכושר שבקומת המרתף בבניין מגוריו.

1. כשלושה חודשים לפני האירוע נושא הדיון נוצר קשר בינו לבין ש.ה. היחסים ביניהם היו מצוינים ובתקופה שקדמה למעצרו הם נפגשו כמעט מדי יום ביומו. הנאשם רחש חיבה לפעוט, פינק אותו והרעיף עליו חיבה. הנאשם תיאר בהרחבה את מערכת היחסים החמה ששררה בינו לבין ש.ה. והילד במסגרתה אף השגיח עליו בג'ימבורי שבחצר הבניין בו הוא מתגורר, על מנת לאפשר לאמו, שלא חשה בטוב, לנוח (עמ' 623).
2. בבוקר יום שישי ה- 17.2.12 לקח הנאשם את בתו, על מנת לבלות בחברתה ובמסגרת הבילוי המשותף ירד עמה לחדר הכושר בבניין מגוריו, ואף הציג קלטת המציגה אותו מתאמן בחדר הכושר כשבתו לידו, אולם משום מה לא זכר מי היה הצלם (עמ' 627).
3. בלילה שבין שישי לשבת לנו ש.ה. ובנה בביתו. בשעה 09:00 התעוררו והוא הציע לש.ה. ללכת בשעה 12:00 למסעדה. לאחר שהסכימה, ביקש מנהגו להתייצב בשעה 11:15 כדי לקחתם למסעדה. ש.ה. רצתה להתארגן והנאשם הציע שירד עם הילד לחדר כושר, לאחר מכן יעלה, יתקלח וכולם ייסעו למסעדה. בהמשך, ירד הנאשם עם הפעוט לחדר הכושר, ולמרות שלדבריו היה נתון בלחץ "אדיר" של זמן, רצה להספיק להתאמן כיוון שהוא רגיל לעסוק שעות רבות בספורט.
4. בהגיעו למקום היו בחדר הכושר שני אנשים שהתאמנו על ההליכונים. הנאשם מיקם את הילד במרכז חדר הכושר, ליד מזרונים, הניח לו מספר צעצועים "פלסטיקים כאלה" ועלה מיד על האופניים (עמ' 628). לדבריו, התאמן כ- 25-20 דקות. את שאירע לאחר שעזבו שני המתאמנים האחרים את חדר הכושר תיאר הנאשם כך:

**"הכל היה מהול בלחץ אדיר של זמן, עוד פעם, על מנת להספיק למסעדה, כי לא היינו יוצאים, לא היינו מבלים בכלל זה היה בשבילי איזה דבר מאוד – מאוד חשוב. אהה, זהו לקחתי את הילד, הרמתי את הילד על היד, כן? הרמתי את הילד על היד, בחדר הכושר עצמו, ירדתי מהאופניים... היה ממנו ריח מאוד-מאוד כאילו מעבר לרגיל של צואה, עוד פעם, אני מגדל ילדה ואני כן מחליף לה ביום-יום פעמיים אפילו. אנחנו בערך 10-8 שעות ביחד עם הילדה, היה לו ריח מאוד מוזר, כלומר ריח של צואה אבל מאוד-מאוד מוזר, זהו, לקחתי את הילד שמתי אותו על הכיור, יש שם כיור, יש שם איזה כיור... הזזתי טיפה את הטיטול... על מנת לראות בבטחון שזו צואה, שזו לא היתה נפיחה או משהו כזה, שזו צואה, ראיתי שכן פתחתי, כן? פתחתי את הטיטול עצמו... ראיתי צואה גדולה עגולה קשה, כן, נראית כזאת טיפה יבשה אבל עגולה וקשה... עם דם, עם דם... לקחתי את הילד, העברתי אותו לספסל... הכיור הזה הוא גבוה, הוא גבוה והוא קצר, כלומר מבחינת המרחק שלו הוא קצר. העברתי אותו לספסל הושבתי אותו על הספסל ממש בצמוד, ממש בצמוד לקיר... לקחתי את הטיטול עצמו כן? עם הצואה עצמה... קשרתי את הטיטול זרקתי אותו בשירותי חדר הכושר. יש שם פחים... בתא השירותים בפח... ניגבתי את הילד, יש ממול יש מתקן ניירות, הוא קבוע שם על הקיר... הרטבתי ניירות... ניקיתי את הילד, כן? ניקיתי את הילד בין פעמיים לשלוש, כשאני הולך וחוזר הולך וחוזר בין פעמיים לשלוש, סגרתי לו את הריץ רץ... הוא לבש אוברול תכלת... בגד שינה.**

**ש: ומתחת לזה?**

**ת: לא היה שום דבר... סגרתי לו את הריץ רץ... יצאתי החוצה"** (עמ' 631-630).

1. בתשובה לשאלת סניגורו כמה זמן חלף מרגע שבני הזוג יצאו ועד שהוא יצא, השיב הנאשם:

**"זה ממש דקות בודדות... מהסיבה ש, עוד פעם, אני כל הזמן אני כל הזמן בן אדם שאוהב להיות בזמנים ואוהב לעמוד בזמנים ואוהב שהכל הולך בצורה חלקה, האימון הזה בטח לא הספיק לי ממש דקות בודדות, ויצאנו החוצה מה לעשות. גמרתי את האימון, ידעתי שבסביבות, אני רוצה להיות למעלה 11:10 11:15 אני רוצה להיות למעלה כי אני יודע שזמן של מקלחת ולהתלבש זה עשר, שתים עשרה דקות 11:30 11:35 אפשר לצאת למסעדה"** (עמ' 631).

1. עוד העיד הנאשם כי יצא מחדר הכושר, הזמין מעלית, אך חזר לחדר הכושר כשהוא נושא את הפעוט בזרועותיו מאחר שלטענתו השומרים בבניין ביקורתיים לגבי השארת אורות, טלוויזיה או מזגן "לכבות ולסדר". לדבריו חזר לשנייה אחת, אך לא נכנס לחדר הכושר, כיוון שראה מהמסדרון שהכל כבוי ואז חזר למעלית, עלה לקומת הלובי, פנה לעמדת השוער, עמד לידו מספר שניות עם הילד, ביקש סיגריה, השוער אמר שאין לו ואז החליט להראות לילד את הדגים בחצר, כיוון שהוא מאוד אוהב דגים ונהג לומר "דג, דג דג". הם הסתכלו על הדגים למספר שניות בודדות והוא חזר ללובי ועלה במעלית לדירתו.
2. לדבריו כל הזמן, לאחר יציאתו עם הפעוט מחדר הכושר, "**הוא היה בסדר**", לא בכה, לא צעק, לא השתולל, היה רגוע, שקט, נינוח ולא היו שום סימנים טראומטיים. כאשר נשאל למה הוריד לפעוט את הטיטול בחדר הכושר ולא המתין עד הגעתם לדירה, השיב כי הטיטול הסריח באופן קצת יוצא דופן:

**"אני פתחתי. עוד היה לי מחשבה להוריד לו את הטיטול או לא להוריד לו את הטיטול, אהה, עניין של מה בכך קודם כל מהסיבה שאני במרחק של שניות מהבית, כן? זה לא שאני נמצא באיזה מקום שאין תחזוקה לילד. אני נמצא צמוד וקרוב אז פתחתי לראות, לבדוק, בדקתי ראיתי מה שראיתי, גם הצואה עצמה היא הייתה ממש-ממש גדולה ומאוד יבשה ועגולה, שטוחה ועגולה... אז כבר שזה היה פתוח אז כבר ניגבתי אותו, ניקיתי את מה ש, מה שאפשר, אי אפשר לנקות לגמרי..."** (עמ' 633).

בנוסף לצואה, ראה לטענתו בטיטול הפרשה קצת צהובה וכתמי דם על הפעוט, באזור הישבן והמפשעות. בתשובה לשאלת כב' השופטת אבניאלי, השיב כי הבחין במעט דם (שם שורות 32-21).

1. באשר לאופן בו השגיח על הפעוט בחדר הכושר, השיב שהיה עמו בקשר עין, אך לא רצוף, הילד רץ והשתולל בחדר הכושר בלי סוף, ממש רץ וחזר בלי סוף. הנאשם היה בקצה אחד והילד הגיע לקצה השני. היה אפילו רגע שהוא התחבא מאחורי המכשירים וגם הלך לכיוון המסילות, למרות האמור לעיל לא נעלם הפעוט מעיניו ליותר מ- 20-15 שניות.
2. כאשר הגיע הביתה שמע כי ש.ה. במקלחת ואף שמע את המים הזורמים. הוא קרא לה פעם פעמיים, ומשלא השיבה, השכיב את הפעוט על הספה, הלך לחדר הארונות בחדרה של בתו, הביא טיטול של בתו והניח אותו בצד הספה בין המשענת לנקודת הישיבה ופתח את הרוכסן של הסרבל. כאשר ש.ה. יצאה, אמר לה "בואי תראי מה קרה". כשנשאל ע"י כב' השופטת אבניאלי מה רצה שתראה, השיב **"את הילד, גם"** (עמ' 635 שורה 16).
3. האם הרימה את הילד, עברה אתו לחלק השני של הספה, הסתכלה עליו והוא היה בסדר (שם שורה 23), היא שאלה מה קרה והנאשם סיפר לה מה היה עם הילד בדיוק בחדר הכושר. האם נכנסה ללחץ כי ראתה דם, לקחה מגבונים "והדביקה" לו והשניים ישבו לידו. הנאשם הציע שילכו לרופא. בשלב זה, ש.ה. לא חיתלה את הפעוט, אלא ביקשה שיקנה טיטולים. הנאשם התקשר לנהגו ושלח אותו לסופר פארם לקנות טיטולים, כי לא היו לה טיטולים ובטיטולים של בתו אי אפשר היה להשתמש, כי הם היו קטנים מדיי. הנהג חזר עם הטיטולים. ש.ה. חיתלה את הפעוט והם ישבו לצפות בטלוויזיה. הילד קצת רץ בבית **"הלך חזר הלך וחזר כמה פעמים"** וגם בא אל הנאשם והושיט אליו את ידיו כדי שירים אותו.
4. בעת הצפייה בטלוויזיה האכיל הנאשם את הילד במעדן, הילד המשיך להתרוצץ בבית ולשחק. הנאשם הציע שבכל זאת ילכו למסעדה, אולם ש.ה. הייתה עצבנית ולחוצה ורצתה לבדוק את הילד פעם נוספת. היא הושיבה אותו, פתחה את הטיטול **"אני הייתי יחסית קרוב אליה. אני כל הזמן הייתי צמוד אליה, ממש [...] היא פתחה את הטיטול אהה ואני ראיתי אותה אני ראיתי אותה מוציאה איזו גולה קטנה מאוד של בשר מתוך הילד גלילה קטנה מאוד של בשר מתוך הילד, והיא שואלת אותי מה זה [...] אמרתי לה מה מה זה? אני לא רופא ואת לא רופאה** [...]

**השופטת אבניאלי: מה היא עשתה בדיוק? תתאר לנו מה ראית שהיא עשתה?**

**הנאשם: שהיא דוחפת את האצבע ומוציאה גלילת בשר קטנה.**

**השופטת אבניאלי: מתוך הטוסיק שלו.**

**הנאשם: כן"** (עמ' 637)**.**

1. הנאשם הוסיף כי לא ידע מדוע עשתה האם מעשה כזה ואז, לדבריו, היא מרחה לו משחה, סגרה את החיתול והילד המשיך להתרוצץ ולשחק. לקראת הצהריים עשה הילד את צרכיו והאם החליפה לו חיתול. בשלב זה כבר לא היה דימום, כיוון שהדימום היה בהתחלה לפני שהיא שמה את המגבונים, ולאחר מכן פסק הדימום (עמ' 638 שורות 16-14). עוד הבהיר הנאשם ביחס לדימום, כי היה זה טפטוף בלבד **"זה נקרא לטפטף דימום זה נקרא יורד דם, לא עפו שם ורידים ולא כלום. היה דימום על הילד, כן? היה דימום על הילד... מרוח בצורה שזה מרוח כזה... זה לא דימום, לא היה שם טיפות, אם כן אז מה, אז גם כל הלובי היה צריך להיות מלא בטיפות שלו, הבית, הכל היה צריך להיות מלא דם וכשהיא הצמידה לו מגבונים הדימום פסק"** (עמ' 639-638).
2. בשעה 15:30 נשלח שרון לאמה של ש.ה. להביא אוכל ואינהלציה עבור הפעוט. הם אכלו וש.ה. הלכה עם בנה לישון במיטה הזוגית. הנאשם הצטרף אליהם ונרדם. כשהתעורר, ראה שהיא נעלמה והסתבר לו שביקשה משרון שיעזור לה להוריד את התיקים לרכבה. בשלב זה עלה שרון לדירתו של הנאשם, ישב עמו קצת והנאשם התקשר לאחותו וביקש ממנה להצטרף אליו. בשעה 23:00 בקירוב הגיעו אנשי משטרה והוא נעצר.
3. בחינת גרסתו של הנאשם לפרטי פרטים מעלה כי היא לוקה בחוסר הגיון פנימי ובסתירות שאינן ניתנות ליישוב על ידי הסבר סביר. הנאשם היה מודע לכך שעצם ירידתו לחדר הכושר עם הפעוט, ללא השגחה, טעונה הסבר, שהרי מדובר בפעוט שאינו מסוגל להעסיק את עצמו ויש להשגיח עליו כל העת. כל בר דעת מבין שלא ניתן להתאמן שעה שפעוט בגיל 18 חודשים מתרוצץ בין המכשירים והמשקולות. לכן פתח הנאשם את תיאור האירועים שקדמו למקרה בכך שבבוקר יום שישי ירד עם בתו להתאמן בחדר הכושר, ואף תמך גרסתו בצילומים. אולם משום מה לא זכר מי צילם את הסרט (עמ' 622). לא בכדי בגד בו זכרונו, כי מעדותו של נהגו, שרון, למדנו שהוא היה הצלם וכי הצילומים נועדו להראות את הפעוטה "מתאמנת", כביכול, יחד עם אביה וכשהסתיים הצילום הוא השגיח עליה כפי שנהג לעשות בזמן שהנאשם התאמן (עמ' 963) מחשש שתיפול או תקבל מכה מאחד המכשירים (עמ' 964).
4. הנאשם גם טען שמצא לפעוט תעסוקה בעת שהוא התאמן, כדי למנוע פגיעה, ונתן לו "צעצועים" שהפכו בהמשך ל"מין פלסטיקים" (עמ' 628), אלא שבביקורנו בחדר הכושר איש לא הצביע לפנינו על פלסטיק דמוי צעצוע או כל פריט אחר שיכול להעסיק פעוט במשך 20 דקות. גם הנאשם עצמו לא יכול היה לפרט מהם אותם "פלסטיקים" שנתן לפעוט (עמ' 705). יתרה מכך, לאחר שאמר כי נתן לילד צעצועים והושיב אותו באמצע חדר הכושר, העיד הנאשם (עדיין בחקירה ראשית) כי הילד רץ והשתולל רץ וחזר וכו' (עמ' 634).
5. נראה כי, תיאור השתוללותו של הפעוט נועד לספק הסבר אפשרי לפציעה בחדר הכושר, כיוון שניתן בתשובה לשאלה האם היה בקשר עין רצוף עם הפעוט. בנקודה זו מעיד הנאשם שהיה בקשר עין שלא ניתן להגדירו רצוף, ולשם כך נזקק לסיפור ההתרוצצות הבלתי פוסקת ולריצה לקצהו השני של חדר הכושר.
6. אם סברתי, שלא היה כל הגיון לקחת פעוט בגילו של י.ה לחדר כושר לצורך אימון קצר בלחץ זמן, הרי שהסברו של הנאשם להתנהלותו בהמשך מתעלה לרמה של חוסר סבירות קיצוני (וזאת בטרם השוואה לגרסאותיו הקודמות). לגרסת הנאשם לאחר שבני הזוג בר עזבו את חדר הכושר, בעודו "**בלחץ זמן אדיר"** כהגדרתו, ולאחר שסיים להתאמן, הריח לפתע ריח חריף ומצחין במיוחד. במקום לנהוג כפי שכל אדם הגיוני היה נוהג במצבו ולרוץ עם הפעוט הביתה, על מנת שאמו תטפל בטיטול, בעוד הוא מתקלח כדי להספיק להגיע בזמן למסעדה, החליט הנאשם להציץ ולראות מה בטיטול, נשאלת השאלה מה טעם היה לו לבדוק אם הפעוט עשה צרכיו או לא, כאשר אין בכוונתו להמשיך ולהתאמן ועליו למהר לדרכו.
7. לאחר שבדק ומצא צואה גדולה עגולה קשה ושטוחה עם דם, החליט הנאשם להוריד את הטיטול, להשליכו לפח שבחדר השירותים ולנקות את ישבנו של הפעוט במגבת נייר טבולה במים, וזאת שעה שבמרחק חצי דקה משם ממתינה אמו של הילד כשברשותה מגבונים וטיטולים. משום מה סבר הנאשם שההסבר הסביר להתנהלותו הוא המרחק הקצר הביתה **"אני במרחק של שניות מהבית"** (עמ' 633 שורה 19). להשקפתי המרחק הקצר בין חדר הכושר לדירה משמיט את הקרקע מתחת להסברו של הנאשם בנקודה זו. יצויין כי בתשובה לשאלה בעימות ת/24(א) משיב הנאשם כי אינו זוכר אם החליף לפעוט חיתול בעבר (עמ' 11).

עוד ראוי להבהיר כי, הגרסה לפיה הצואה בחיתול של הפעוט היתה גדולה במיוחד, עגולה וקשה, נשמעה לראשונה בבית המשפט. לא מצאתי באמרותיו של הנאשם כל אמירה ממנה משתמע תיאור זה.

בת/22(א) אין כל תיאור של הצואה, ואילו בת/23 הוא מתאר **"היה עיגול של קקה וכמה טיפות דם".**

1. אם בכך לא די, הנאשם לא עלה הביתה מיד, אלא המשיך לטייל עם הפעוט, ללא חיתול כשדם נוזל מישבנו, קודם בחזרה לחדר הכושר למשך למעלה מדקה ולאחר מכן ללובי ולחצר. גם הסברו מדוע חזר לחדר הכושר ולא נכנס מיד למעלית אינו מתיישב עם גרסתו בחקירה הנגדית ועם השכל הישר (עמ' 720). כאשר נשאל מתי בדיוק הריח את הריח המסריח, השיב כי היה זה בשלב שבו הרים את הפעוט בזרועותיו כדי להתארגן לעזיבה:

**"אפשר להחזיק ילד על היד, ולכבות טלוויזיה, לכבות מזגן לכבות אור ולצאת החוצה.**

**ש: למה אתה צריך להרים את הילד על היד כשאתה עושה את כל הדברים האלה.**

**ת: זו הייתה החלטה שלא חשבתי ותכננתי אם להרים את הילד ולכבות את חדר הכושר או לכבות את חדר הכושר ולהרים את האור ולחפש את הילד בחושך, לא חשבתי על זה".**

1. נשאלת השאלה, אם כבר הרים הילד בזרועותיו כדי לבצע בזריזות את כל הפעולות הללו, לשם מה חזר לדקה ורבע כדי לבדוק אם כיבה הכל וכיצד יכול היה לראות מבעד לדלת הסגורה שהמזגן כבוי. מסתבר כי למרות הלחץ בו היה נתון, להספיק להגיע למסעדה, ולאחר שחזר לבדוק שהכל תקין בחדר הכושר, עצר הנאשם בלובי וניגש לבקש סיגריה מהשומר ולהראות לילד את הדגים (ראו גם תשובותיו בחקירה נגדית בסוגיה זו עמ' 741).
2. באשר לאירועים בחדר הכושר, עיון באמרותיו של הנאשם מלמד כי משנתו ה"סדורה" כפי שפורטה לעיל, אינה מתיישבת עם הגרסה הראשונה אותה מסר בטרם הבין את חומרת הפגיעה בילד. בת/22(א) חזר הנאשם שלוש פעמים וסיפר כי לאחר שהוריד את הטיטול והלך להביא נייר רטוב כדי לנקותו, ראה את הילד מגרד את עצמו באזור המפשעה ואז ראה את הדם.

**"... שמתי אותו על ספסל עץ בחדר כושר, שכב שם, הלכתי להביא ניירות על מנת לנקות אותו,**

**חוקר: מאיפה.**

**נחקר: מהחדר כושר יש שם שירותים הבאתי ניירות, ראיתי את הילד יושב ומגרד קצת, מגרד את עצמו.**

**...**

**חוקר: ומה מגרד.**

**נחקר: מדגים, מגרד פה (הערת חוקר: הנחקר מדגים על עצמו שהילד גירד באזור המפשעות).**

**חוקר: באזור פי הטבעת?**

**נחקר: יכול להיות, אה, יכול להיות, זה אזור פי הטבעת פה, בדיוק פה, באזור מתחת למפשעה, המפשעה, פי הטבעת זה באזור...**

**לקחתי את הנייר, שמתי מים על מנת לנגב אותו, אני מנגב אותו, לא שמתי לב, אני מנגב אותו... הילד היה עם דם. הוא גירד את עצמו, ואני ניגבתי אותו"** (ת/22(א) עמ' 8-7).

ובהמשך בעמ' 9 **"מה ילדים יושבים שורטים את עצמם".**

כאשר נתקל באי אמון מצד החוקר, לגרסתו לפיה הילד שרט את עצמו, לא היסס לספר כמה הילד חזק ועד כמה הדבר אפשרי.

1. באמרתו ת/23(א) שנגבתה למחרת היום, שינה במעט את גרסתו והעיד שפתח את החיתול, ראה עיגול של צואה וכמה טיפות דם ואז הלך והביא **"חבילה של ניירות"** שם עליהם מים וניגב את הפעוט מדם (עמ' 7-6). למרות גרסתו המתוקנת, שטרם הגיעה לגיבושה הסופי, כפי שנשמעה בבית המשפט, החליט הנאשם שלא לזנוח את סיפור השריטה ובתשובה לשאלת החוקרת האם סיפר לש.ה. שהדימום נגרם משריטה שהפעוט שרט את עצמו, השיב שאכן ראה את הילד מגרד את עצמו פעמיים שלוש (עמ' 24).
2. בעדותו לפנינו זנח הנאשם לחלוטין גרסה זו, לאחר שהבין כי אינה יכולה להוות הסבר לפציעותיו של הפעוט. כאשר התבקש להסביר מדוע טען בפני ש.ה. שהילד שרט את עצמו, ניסה להמעיט ככל האפשר ממשקלו של ההסבר וטען שסיפר שהילד גירד את עצמו כמשיח לפי תומו, תוך כדי תיאור השתלשלות העניינים ללא כל כוונה לקשור בין הגירוד לפציעה (עמ' 768). בעמ' 777 הבהיר כי לא היה לו כל רעיון לחבר בין הדם לבין הנגיעה של הילד **"פשוט תיארתי כי, מאוד סליחה... מהשלב הראשון רציתי לשתף מקסימום פעולה..."**. כשנשאל מדוע מצא לנכון לציין, בהקשר זה שהילד חזק במיוחד, השיב שהילד אכן חזק מבחינה פיזית והוא שמע זאת גם מבני משפחתו, אולם לא הבהיר מדוע מצא לנכון לציין נתון זה בהקשר לשריטות ולדימום. יתרה מכך, לא נמצא לנאשם הסבר על שום מה מסר לד"ר זייצב שהדימום נגרם, כנראה, כיוון שהפעוט גירד באזור הבושת ופי הטבעת (ת/5) והנאשם טען כי הדברים לא נאמרו על ידו. ד"ר זייצב לא נחקר בעניין זה, למרות שחזקה על הסניגורים שלא היו נמנעים מלהטיח בפניו כי רשם דברים מהרהורי לבו. גם עיון באמרותיו של הנאשם והקשר הדברים מפריך טענה זו.
3. הנה כי כן, הנאשם אינו מהסס לחזור בו באופן בוטה מאמירות שיש לגביהן ראיות משלושה מקורות שונים.

גם באשר למצבו של הילד בעת המפגש עם מר יאיר לוי וחילופי הדברים ביניהם, מנסה הנאשם להציג מצג לפיו לא התחמק מתשובה תוך שהוא משנה את שאלתו של מר לוי **"הוא אמר, דבר, שלום מה נשמע מה, מה יש הילדה ואז אמרתי לו – לא מה פתאום, זה החברה, זה הבן של החברה".**

1. כאשר נשאל האם מר לוי שאל מה יש לילדה, השיב **"לא הוא שאל מה שלום הילדה"**.כאשר המשיכה עו"ד בילנקה להקשות ולחקור את הנאשם ואמרה **"הוא** (יאיר לוי) **התרשם שהוא חולה...",** התערב עו"ד שפטל - כמנהגו - ושם את התשובה בפי הנאשם ואמר **"הילד חולה"**. הנאשם הבין את אשר עליו לומר והחרה אחר סניגורו ואמר **"הילד באמת גם היה חולה אחרי הכל",** אלא שאין בהסברו של עו"ד שפטל כדי ליישב את הקושיה מדוע תשובה פשוטה זו לא ניתנה ליאיר לוי והלה התרשם שהנאשם אינו מעוניין בשאלות בכיוון זה וכי הנאשם השיב לו תשובה שלא ממין העניין (עמ' 749).
2. גם באשר למשך שהייתו בחדר הכושר חלה התפתחות הדרגתית בגרסתו של הנאשם. בתחילה טען בת/22(א) כי שהה בחדר הכושר יחד עם בני הזוג בר כ-10 דקות. לאחר מכן הבין כי התשובה עלולה להזיק לו מכיוון שהיא מאריכה את משך שהייתו לבד עם הפעוט ולכן ככל שהתפתחה הגרסה התארך זמן האימון של משפחת בר והתקצרה משך שהייתו לבד עם הפעוט.
3. גרסתו הסופית של הנאשם באשר לנסיבות פציעתו של הפעוט ייחסה את החבלות להחדרת אצבע כוחנית על ידי האם, אלא שגרסה זו הועלתה לראשונה בעימות שנערך בין הנאשם לבין ש.ה. ב- 22.2.12 (ת/24(א)), למרות שבחקירתו ת/23(א) מיום 20.2.12 ניתנה לו ההזדמנות "להזכר" בהחדרת האצבע על ידי האם, כאשר החוקרת חיה פורקוש שאלה אותו **"כתוצאה מחדירה, מי חדר לו, אמא שלו?"** משיב הנאשם: **אני לא... אמא שלו?** החוקרת שבה ושואלת: **"מי חדר לו לפי הטבעת?** והנאשם משיב: **אמא שלו עם מה תחדור לו, איזה אמא שלו?"**. אם נכונה טענת הנאשם והוא היה עד להחדרה טראומתית של אצבע מעוטרת בציפורן ארוכה וחדה לפי הטבעת של הפעוט, חזקה עליו שהיה נזכר בכך באותו שלב.
4. בהקשר זה ראוי לציין כי למרות שהיה נתון, לגרסתו, לחקירה אגרסיבית, עומד הנאשם על שלו לאורך כל החקירות, וכל אימת שהוא מבקש להדגיש נקודה מסוימת, הוא דורש שהדבר יירשם כולל בעימות שנערך באווירה סוערת מלווה בהתפרצויות מצד האם (לדוגמא ת/24(א) עמ' 4, 7). יתרה מכך, הנאשם מתעמת עם החוקרים ועם ש.ה. כל אימת שהוא חולק על דבריהם (ת/24(א) עמ' 27) והחוקרים אף מציינים שהוא מתנהג בשוויון נפש, למרות היותו מודע למצבו הקשה של הפעוט, על כך משיב הנאשם:

**"אני לא מתייחס בשוויון נפש לפאניקה של ש.ה. אני מנסה לדבר בצורה נורמלית היא צועקת. גם לי עולים טונים למעלה, אני יודע לצעוק ואני יודע לדבר ב... בשקט אני מעדיף לנהל שיחה בצורה שקטה"** (ת/24 עמ' 14).

הנאשם גם מבקש מהחוקרת חיה פורקוש להשאירו לבדו עם רפ"ק משה אלק, לו הוא מספר את גרסתו לפיה האם דחפה אצבע לישבנו של הפעוט (עמ' 15).

משמע האזניים ומראה העיניים של העימות אינם מתיישבים עם הגרסה אותה מנסה הנאשם לצייר, לפיה נרתע כעלה נידף מפני חקירותיהם האגרסיביות וצעקותיהם של החוקרים וש.ה. ההיפך הוא הנכון. הנאשם עומד איתן מול ההאשמות המוטחות כלפיו, דורש בתקיפות שדבריו ירשמו ומגיב לטענותיה של ש.ה.

נושא נוסף שזכה לגרסאות משתנות הוא תיאור הדימום וחוזקו. תיאורו של הנאשם נע ממספר טיפות (ת/23(א) עמ' 18) לדימום שהכתים את מפשעתו של הפעוט והתחדש בבית, ואף הצריך הצמדה של מגבונים לעצירתו (עמ' 638, 737-736, 770, 786).

הנאשם גם סירב בעקשנות לציין מה מקור הדימום, וכל אימת שנטען כי מקור הדימום היה בפי הטבעת, טרח לתקן את הדוברים (ת/23(א), ת/24(א)).

בעמ' 744 מציין הנאשם כי ראה טיפה של דם פה וטיפה שם, אבל לא התיישב לחקור מה מקורו של הדימום הזה, כיוון שעשה הכל מהר ויצא במהירות החוצה.

1. באשר להתנהלותו לאחר עזיבתה של ש.ה., ניסה הנאשם לתאר אווירה שגרתית והתנהלות רגילה. הוא ישב בניחותא עם נהגו שרון אבוהרון ועם אחותו. כאשר נשאל אם הכל כל כך תקין ושגרתי, מדוע שלח לאחותו מסרון בו ביקש שתתקשר בדחיפות, השיב כי אחותו "מעופפת" ואם לא אומרים לה דחוף, היא לא משיבה (עמ' 892), אלא שאחותו סברה, כפי הנראה, כי לא די בהסבר פשוט זה העידה לפנינו על עסקאות להן הייתה אמורה לסייע על ידי הכנת רקע כלכלי, בעזרת בתה, סטודנטית שנה ראשונה באוניברסיטת באר שבע.

**הסברי הנאשם לכתמי הדם שנמצאו על תחתוניו**

1. בעדותו לפנינו תיאר הנאשם את עצמו כמי שנוהג לגרד את מבושיו ללא הרף, כולל בישיבות עבודה, ומקל וחומר שעה שהוא נכנס לשירותים וכהגדרתו הוא נוהג "לגרבץ" הרבה.

**"בכל מקום אני עושה את זה, גם בחברה, אני יכול להיות גם בפגישה עסקית עם חליפה ואני בא לי לעשות את זה.**

**כב' הש' דותן : בחדר כושר עשית את זה?**

**ת: אני לא זוכר אם בחדר הכושר... אבל זה דבר שהוא טבעי, ואני עושה את זה"** (עמ' 877)**.**

בהמשך הבהיר שכיוון שטיפל בתינוק גם בחדר הכושר וגם בבית (למרות שלא תיאר מה היה חלקו בטיפול), מצאו את דרכן טיפות דם לחלק הפנימי של תחתוניו. בנסיבות אלה, ניתן היה לצפות שהנאשם יהיה מודע למנהג זה ומיד כשישאל איך הגיעו טיפות הדם של הפעוט לתחתוניו, ישיב את התשובה המתבקשת, כפי שנמסרה לבית המשפט, אך למרות האמור לעיל, הנאשם נזקק למספר חקירות בטרם גיבש את תשובתו.

1. בת/25(א) נשאל הנאשם כיצד הגיע דמו של הפעוט לתחתוניו ומשיב:

**"יכול להיות...**

**שאני ניגבתי וניקיתי את י' או משהו כזה, כן? נמרח עליי קצת דם גם יכול להיות, אבל אני עם התחתונים שלי עם הדם שלו, לא היה שום מגע עם הילד ברמה של דם שלי עם דם שלו, לא היה.**

**חוקר: הדם לא נמצא על ידיך הדם לא נמצא על חולצתך ולא על מכנסיך. הדם נמצא בחלק הפנימי של תחתוניך באזור שקרוב לפין מה אתה רוצה לומר על כך?**

**ת: על יד הפין היה שתן, אני ראיתי שהיה שתן. היתה צואה טיפה למטה ואם היה מצב שאני ניגבתי את י' מדם על ספסל הקרש שניגבתי את י. על ספסל הקרש, בסדר? על ספסל הקרש אני ניגבתי אותו או משהו כזה, יכול להיות שניגבתי אחרי זה בתחתונים, עברו שלושה ימים. יכול להיות שנגעתי בטעות בתחתונים או משהו כזה"** (עמ' 16-15).

ובהמשך:

**"יכול להיות אולי אולי, אולי אולי אולי יכול להיות כן? יכול להיות שאני ניגבתי את י'., ברור שהיה לי דם על הידיים דם של י. כי אני ניגבתי אותו, אני ניקיתי אותו ולאחר מכן, ולאחר מכן לך תדע או הכנסתי יד אולי גירבצתי אולי דברים כאלה"** [ההדגשות שלי - ש.ד].

התשובה המהוססת שצוטטה לעיל הופכת בעדות לפנינו להסבר סדור על מנהג קבוע של הנאשם לגרד את מבושיו בכל הזדמנות.

על מנת לחזק את ההסבר, הוסיף בתשובה לשאלה **"איך זה המקום היחיד בתחתונים שלך שהוכתם?"** (בחלק הקדמי התחתון), משיב הנאשם: **"יכול להיות שהשתילו את זה גם, גם יכול להיות"** (שם שורות 25-23).

1. בסוגיית מועד גרימת החבלה - ההמטומה, על לחיו של הפעוט גרסתו של הנאשם עקבית ולדבריו **"אולי הוא קיבל מכה בחדר הכושר"**.מאחר שלדברי ש.ה. היא הבחינה בהמטומה לאחר שובו של הנאשם עם בנה מחדר הכושר ובשום שלב לא נטען על ידי הנאשם כי הפעוט קיבל את המכה עובר לירידתם לחדר הכושר, המסקנה המתבקשת היא כי גם הנאשם ממקם את אירוע החבלה בלחי לזמן בו שהו בחדר הכושר.

**עדות ד"ר חן קוגל נ/29**

1. ד"ר חן קוגל מייחד חלק נכבד מחוות דעתו לשאלת המנגנון באמצעותו נגרם שטף הדם התת עורי בלחי השמאלית של הפעוט ומתי נגרם (נ/29). כפי שציינתי בדיון על חוות דעתו של ד"ר זייצב, לא ניתן לקבוע בוודאות מתי נגרמה ההמטומה, מאחר שחילופי הצבעים אינם יכולים לשמש מדד מדויק. לכל היותר ניתן לקבוע טווח זמנים כזה או אחר. אלא שעל פי הראיות שהוצגו לנו אין אנו נזקקים להערכות זמנים שעה ששני העדים אשר שהו עם הפעוט משעות הבוקר ועד שעה 16:30 תמימי דעים שההמטומה נראתה לראשונה לאחר שובו של הילד מחדר הכושר והנאשם גם משיב כי יתכן שהפעוט נחבל בחדר הכושר.
2. באשר למנגנון באמצעותו נגרם שטף הדם כותב ד"ר קוגל כי הוא תמים דעים עם הכתוב בחוות דעתו של ד"ר זייצב, כי שפך הדם התת עורי בלחי מתיישב עם הפעלת לחץ מקומי באמצעות חפץ נוקשה כגון קצות האצבעות, אך חולק על עדותו בסוגיה זו בבית המשפט. לאחר שעיינתי במאמרים שצורפו על ידי ד"ר קוגל לחוות דעתו, סבורה אני כי יהיה זה זהיר ובטוח יותר לקבוע כי שפכי דם תת עוריים בלחיים של ילדים יכולים להוות סימן לחבלה מכוונת, כגון סטירת לחי, ואולי גם לחץ מקומי ע"י אצבעות, אך הם יכולים להיות גם תוצאה של תאונה ולא מכוונים, שעה שמדובר בסימן בודד.
3. בכתב העת Pediatrics במאמרBruising Characteristics Discriminating Physical Child Abuse From Accidental Trauma (נ/29, נספח 3) נדונו חבלות באזורי הגוף השונים כאינדיקציה להתעללות בילד הנבדק, וביחס לחבלות על הלחיים צוין כי אין הן ראיה חד משמעית להתעללות, מאחר שבמקרים לא מעטים חבלות כאלה נגרמות כתוצאה מתאונות. יחד עם זאת, הדגש הינו על חשיבות בחינת מכלול הפגיעות. בעמ' 72 למאמר צויין כי אצל קורבנות התעללות נמצאו מספר חבלות על כמה חלקי גוף, ומכאן שאם מצטרפת לחבלה בפנים חבלה באזורים נוספים של הגוף, ובעיקר באיברי המין, שנמצאו אופייניים למקרי התעללות (עמ' 70 למאמר), יש מקום לחשוד בהתעללות בילד הנבדק.
4. לפיכך, לנוכח עדותו של הנאשם עצמו הקושר בין החבלה בלחי לחדר הכושר והימצאותה של חבלה חמורה באזור פי הטבעת, אין מקום ליצירת הפרדה מלאכותית בין מכלול החבלות, בעיקר כאשר גם ד"ר קוגל סבור כי שפך הדם בלחי מתיישב עם הפעלת לחץ מקומי באמצעות אצבעות. מסכימה אני עם גישתו של ד"ר קוגל ששפך דם תת עורי בודד אינו מלמד על חסימת הפה, אולם אם מצטרפת לו חבלה בפי הטבעת שאירעה בו זמנית או בסמיכות עם שפך הדם, יהיה זה סביר וטבעי יותר לקשר בין השניים מאשר לנתק את הקשר.

**החבלה בפי הטבעת**

1. גם בעניין החבלות שאובחנו בפי הטבעת מפריד ד"ר קוגל, בין ההרחבה של פי הטבעת לבין הקרעים בעומק פי הטבעת.

במאמר Guidelines for Medical Care Of Children Evaluated for Suspected Sexual Abuse: An update for 2008 (נ/29, נספח 16), מצוינת הרחבה של פי הטבעת מעל 2 ס"מ, ונאמר שם כי, בהעדר גורמים כגון עצירות כרונית, הרדמה או מצב נוירומוסקולרי, יש לחשוד בהתעללות מינית (עמ' 436 למאמר), ובהמשך מצויין כי חתך עמוק בפי הטבעת הפוגע בספינקטר מהווה אינדיקציה לכך שמדובר בחדירה כוחנית תוך הפעלת כוח.

1. ד"ר קוגל אישר בעדותו לפנינו כי התרחבות פי הטבעת כפי שנראתה בצילומים ת/4(א), אינה טבעית, אך העלה מספר סברות אפשריות למצב זה כגון עצירות, טשטוש, הרדמה, או מחלות שונות, אלא שבמאמר אליו הפנה (נספח 16) לא צוינה עצירות סתם, אלא עצירות כרונית כפי שציינתי לעיל. בתיקו הרפואי של הפעוט נ/5, נ/12 אין זכר לקיומה של עצירות בכלל ועצירות כרונית בפרט. כך גם לא נמצאה ראיה לקיומה של מחלה נוירולוגית כלשהי אשר יכולה להשפיע על הטונוס של פי הטבעת. באשר להרדמה הובהר על ידי לעיל שהצילומים 12-1 צולמו בטרם הורדם הפעוט. מכאן ששאר הגורמים המצוינים בחוות הדעת ובמאמר אינם רלוונטיים לענייננו.
2. באשר למנגנון גרימת החבלות בפי הטבעת, קובע ד"ר קוגל כי הקרעים שנמצאו נגרמו ללא ספק כתוצאה מחדירה של עצם קהה. למרות שד"ר קוגל מתאר בחוות דעתו קיומם של מנגנונים אחרים שאינם קשורים להחדרת עצם לפי הטבעת, הוא סבור כי במקרה שלפנינו יש לקבל את ההנחה שהפגיעות בפי הטבעת נגרמו כתוצאה מהחדרת עצם נוקשה לפי הטבעת, אך סבור שאין וודאות באשר לטיבו של אותו עצם נוקשה.
3. עוד מציין ד"ר קוגל כי פיסורה חריפה בפי הטבעת ופציעות אחרות של פי הטבעת ותעלת הרקטום יכולות לתמוך בטענות של חדירה מינית, אך ורק לאחר שלילה של פציעות על רקע רפואי תאונתי, ומכוון. במקרה שלפנינו הוא גורס כי סביר יותר שהחבלות בפי הטבעת של הפעוט נגרמו כתוצאה מחדירת עצם נוקשה, ולא כתוצאה מחדירת פין והסיבה העיקרית למסקנה זו הינה חומרתן של הפציעות אצל הפעוט.
4. ד"ר קוגל חולק על קביעתו של ד"ר זייצב לפיה צורת העצם שגרם לפציעה הוא בהכרח גלילי, אלא שבכך הוא סותר את האמור במכתבו לעו"ד שפטל מיום 23.2.12 (ת/88), בו ציין כי הוא מסכים לאמור בחוות דעתו של ד"ר זייצב שהנזקים בפי הטבעת נגרמו מהחדרתגוף קשיח כגון פין בזקפה, אצבעות או חפץ אחר דומה, לפי הטבעת. יחד עם זאת, הוסיף שם כי לנוכח צורת הממצאים בפי הטבעת, אופיים, חומרתם ומיקומם, האפשרות הסבירה ביותר היא שהממצאים נגרמו מהחדרת עצם קהה, נוקשה, ככל הנראה מוארך, לתוך התעלה האנאלית.
5. מהשוואת האמור בת/88 לת/92 מיום 16.8.12, וחוות הדעת, נראה שככל שקרב מועד הגשתה של חוות הדעת לבית המשפט, מתחזק ד"ר קוגל בדעתו כי אין מדובר בפין. סבורה אני כי מדובר בשוני סמנטי שנועד ליצור אבחנה מלאכותית בין פין בזקפה, שנטען לגביו כי הוא רחב במיוחד, לבין עצם עלום המוגדר בתחילה כעצם קהה נוקשה, ככל הנראה מוארך (ת/88) לעצם קהה נוקשה (ת/92) עד לסברה שלא ניתן לקבוע שצורת העצם שגרם לפציעה הוא בהכרח גלילי. לא מצאתי בחוות הדעת מהם אותם סימנים המצביעים על כך. אם הכוונה לסימני חבלה כפי שנמצאו אצל הפעוט, הרי שאין מדובר בסימני חבלה סתם, אלא בשני קרעים בחלקו העליון של פי הטבעת ובחלקו התחתון אשר על פי חוות דעתו של ד"ר זייצב אופייניים לחדירה של עצם גלילי.
6. המומחה הגיע למסקנה הנחרצת לפיה לא הפין של הנאשם הוא שגרם לחבלה בשל העובדה שעל איבר מינו לא נמצאו סימני חבלה כלשהם, וכן לא נמצאו שרידי DNA של הפעוט על איבר המין של הנאשם, כשם שלא נמצא DNA של הנאשם בפי הטבעת של הפעוט.
7. כתמיכה במסקנתו זו הפנה ד"ר קוגל למאמר שאין לו כל שייכות לענייננו, מכיוון שהוא עוסק במחקר שבו דיווחו 64% מהגברים, שהשתתפו בו, על פציעות קלות באיבר המין לאחר קיום יחסי מין. המחקר עוסק בקשר שבין מילת גברים לסיכון של "Self Reported Penile Coital Injuries" (נ/29, נספח 23, ההדגשה שלי). תמוה בעיני שמאמר זה לא שימש נר לרגליו של ד"ר קוגל כאשר כתב את מכתבו לעו"ד גלוסר ב- 16.8.12 (ת/92) בו הבהיר כי העובדה שלא נמצאו סימני חבלה כלשהם בפין של הנאשם אינה שוללת החדרת פין לפי הטבעת של התינוק. על פי האמור במכתב, לא נמצא חומר בספרות הרפואית בעניין סבירות להימצאות סימנים על איברי המין וחזקה על ד"ר קוגל כי אילו נתקל במסגרת עבודתו במכון לרפואה משפטית בחבלות כאלה, היה מציין זאת. אני סבורה שההסבר לפיו בעת כתיבת המכתב טרם ידע על קיומו של המאמר, אינה יכולה לעמוד. סביר בעיני כי בעת כתיבת המכתב לא העז ד"ר קוגל להסתמך על מחקר העוסק ביחסי מין וגינליים בהסכמה, והמבוסס על דיווח עצמי להוכחת טענתו, שאין לה תימוכין בספרות הרפואית, ולפיה החדרת פין של גבר בוגר לפי הטבעת של פעוט תגרום בסבירות גבוהה לחבלות על הפין של התוקף. סבורה אני שאילו היה מדובר בממצאים בסבירות גבוהה, היה הדבר מוצא ביטויו בספרות מדעית העוסקת ברפואה משפטית ובמחקרים בתחום ספציפי זה.
8. נקודה נוספת המשמשת בסיס למסקנתו של ד"ר קוגל היא, כאמור, העדר DNA של הפעוט בדגימות שניטלו מאיבר מינו של הנאשם. אלא שגם כאן לא נמצא לד"ר קוגל חיזוק בספרות מקצועית או במאמר המתאים לענייננו והוא שב ומפנה למחקר העוסק בנבדקים מרצון לאחר קיום יחסי מין וגינליים בהסכמה. סבורה אני שלא ניתן לבצע היקשים מסוג זה וראוי היה להתבסס על מחקרים העוסקים במציאת DNA אצל תוקף וקורבן ביחסים אנאליים שלא בהסכמה כשלתוקף אין כל עניין להשתתף במחקר מכל סוג שהוא.
9. גם העובדה שלא נמצאו תאי זרע או DNA במטושים שנלקחו מפי הטבעת של הפעוט, אינה שוללת חדירה של הפין של הנאשם, בעיקר כאשר מוסכם על הכל שהפעוט עשה את צרכיו לפחות פעם אחת ודימם. גם המאמר אליו מפנה ד"ר קוגל (נ/29, נספח 12) אינו תומך בגישה לפיה שיעור מציאת שרידי זרע ו- DNA הוא כזה המצדיק קביעה לפיה העדר ממצאים סותר קיום חדירה. ההיפך הוא הנכון, בעמ' 115 למאמר צויין כי חובה ליטול דגימות מפי הטבעת למרות שעל פי המחקר המצוטט שם בששה מקרים מתוך 36 נמצאו ממצאים, למרות שהמתלוננים עשו את צרכיהם. נראה כי הדוגמא שצויינה לעיל לא נועדה לקבוע מהי הסבירות של הימצאות DNA בפי הטבעת של הקורבן, אלא בצורך בעריכתן של הבדיקות הרלבנטיות, גם אם סיכויי הגילוי אינם גבוהים.
10. על פי חוות דעתו של ד"ר קוגל פציעות על רקע תאונתי יכולות להיות בין היתר השתפדות, כלומר החדרה של עצם מאורך לפי הטבעת. אין חולק כי קיימת אפשרות לגרימת פציעות בפי הטבעת עקב השתפדות, אולם על מנת שניתן יהיה לבדוק אופציה זו, מן הראוי להניח תשתית ראייתית מינימלית להיתכנותה. לגרסת הנאשם, בכל העת שהפעוט היה בהשגחתו לא אירע כל אירוע ממנו ניתן להסיק כי הפעוט "השתפד". לגרסתו, למרות שהפעוט התרוצץ בחדר הכושר, הוא לא יצא מטווח ראייתו ליותר מ- 20-15 שניות. הוא לא בכה בכי חריג ולא הראה כל סימני מצוקה. יתרה מכך, לא נמצא כל קרע על הסרבל שלבש בעת ששהה בחדר הכושר ואין צורך בידע פורנזי מעמיק כדי להבין שכדי לחדור לפי הטבעת, אמור החפץ החודר לעבור קודם כל את הבגד ואחריו את החיתול ומוסכם על הכל שהפעוט הגיע לדירת הנאשם, לאחר השהייה בחדר הכושר, כשהבגד שלם.
11. באשר לרצף הזמן ולמועד קרות המקרה, גורס ד"ר קוגל כי לכל המוקדם ניתן להעריך את גיל הפצע בפי הטבעת בפחות מ-24 שעות ולא ניתן לקבוע שגילו פחות מ-12 שעות. יתכן אמנם, שעל פי זמני קרישה וסימני ריפוי לא ניתן לקבוע את גילו של פצע כפחות מ-12 שעות, אלא שבענייננו התינוק נבדק בשעה 18:00 ועל פי הראיות שהובאו לפנינו קבעתי שעובר למועד בו ירד לחדר הכושר היה התינוק בריא, מכאן שעל ציר הזמן יש לבחון היתכנות הפגיעה בין השעה 10:37 ועד למועד הבדיקה.
12. ד"ר קוגל סבור כי התנהגותו של הפעוט לאחר יציאתו מחדר הכושר ללא שום הפגנת כאב, לעומת הכאב שנצפה בעת שנבדק בבית החולים, מלמדים כי החדרת העצם לתוך פי הטבעת לא התרחשה בחדר הכושר. אולם, על פי גישה זו, החדרת העצם גם לא אירעה בעת שהפעוט חזר לבית הנאשם מחדר הכושר, מאחר שלגרסת הנאשם הוא התרוצץ בשמחה ולא בכה גם כאשר אמו החליפה לו חיתול והחדירה אצבע עם ציפורן ארוכה וחדה לפי הטבעת שלו. יתרה מכך, ד"ר קוגל מתעלם מגרסתו של הנאשם, הטוען, שהדימום התגלה בחדר הכושר, לאחר שהפעוט עשה את צרכיו והצואה הייתה גדולה, יבשה וקשה וגם אז הפעוט לא בכה.
13. ד"ר קוגל סבור שפיסורה שנוצרה בחדר הכושר הוחמרה על ידי החדרת אצבע של האם לפי הטבעת, אולם אין הוא מציין כיצד אצבע יכולה לגרום לשני קרעים בשני צדי פי הטבעת.
14. ככלל, ראוי לציין שהעובדות המשמשות בסיס לקביעותיו של ד"ר קוגל נסמכות בעיקרן על גרסת הנאשם ומתעלמות מראיות אחרות. יתרה מכך, חוות הדעת מתבססת על השערות ערטילאיות שאין להן תימוכין בראיות כלשהן. גם ההשערה לפיה הפעוט נטל ברזל שגרם לו לעצירות ולפיסורה הינה בגדר סברת כרס, מאחר שאין לנו כל ראיה לכך שהפעוט אכן נטל ברזל במועד כלשהו שקדם לאירוע או מה כמות הברזל שנטל. בנ/12 נכתב כי הפעוט סובל מאנמיה – יקבל ברזל. אין לפנינו מרשם היכול להעיד שאכן קיבל ברזל ומה הכמות שקיבל. לפיכך, סבורה אני כי יהיה זה מרחיק לכת לבנות תילי תילים של הלכות, ללא כל בסיס עובדתי. בנוסף, וכפי שציינתי לעיל, מומחה לכירורגיית ילדים אשר יכול היה להתייחס לקשר שבין נטילת ברזל לפיסורה ולהיתכנות היווצרותה של פיסורה בשל אירוע חד פעמי של עצירות, לא נשאל על כך דבר. למותר לציין כי האם לא נחקרה אף היא בסוגיה זו, למרות שנחקרה ארוכות ביחס לכל פרט במוצגים נ/5 ו- נ/12.
15. לסיכום נקודה זו, סבורה אני כי נסיונו של ד"ר קוגל להפריד בין ממצאים שנתגלו על גופו של הפעוט בו זמנית, גם לגרסת הנאשם, הינו ניסיון מלאכותי ואין לקבלו. ד"ר קוגל מפרק לגורמים את הפגיעות השונות תוך התייחסות לכל פגיעה בנפרד, והפנייה לספרות רפואית בהתייחס לכל אחד מהממצאים כשהוא לעצמו תוך התעלמות מהעובדה שבמאמרים אליהם הפנה הובהר כי ריבוי פגיעות באיברים שונים מהווה אינדיקציה להתעללות מינית. יתר על כן, ההפרדה בין שני ממצאים בפי הטבעת תוך הפנייה לספרות הנוגעת להתרחבות פי הטבעת בלבד כאינדיקציה לפגיעה מינית הינה מרחיקת לכת ואין לקבלה. באשר למנגנון הפגיעה האפשרית אותו הציע ד"ר קוגל כהסבר לפציעת הפעוט, מדובר באפשרות תיאורטית שלא ניתן ליישמה בענייננו. עוד סבורה אני שההשקפה לפיה העדר סימני פגיעה על איבר מינו של הנאשם שוללת אפשרות שבוצעה חדירה על ידו מתבססת על ספרות אזוטרית הסותרת את הספרות המקצועית המקובלת כפי שד"ר קוגל עצמו ציין במכתבו ת/92. כך גם המסקנה לפיה העדר ממצאי DNA שולל אפשרות של פגיעה על ידי הנאשם. באשר לטיבו של העצם שבאמצעותו נגרמה הפגיעה, גם כאן חלה התפתחות בלתי מוסברת בגישתו של ד"ר קוגל שהודה בחקירתו הנגדית שבתקופת עבודתו במכון לרפואה משפטית, גם הוא הגדיר, בנסיבות דומות, את סוג העצם כעצם קהה וגלילי בניגוד לצו מצפונו (עמ' 1434) בנימוק **"יש מכון אחד במדינת ישראל, למכון הזה יש גם דעה אחת וזאת גם אחת הסיבות שעזבתי את המכון... ואני לא בהכרח מסכים"**.

**חוות דעתו של ראובן רוזנגרטן**

1. מר רוזנגרטן חילק את חוות דעתו לשני נושאים: תצורת הכתמים על תחתוניו של הנאשם וניתוח כתמי הדם על בגד הגוף והסרבל של הפעוט (ת/23 + ת/23(א) ו- ת/24).
2. בחוות דעתו הראשונה קובע מר רוזנגרטן כי לשני הכתמים שנותרו על התחתונים (לאחר גזירת הכתמים ששימשו למיצוי DNA) יש תצורה של נגיעת גוף מדמם ומריחה. המומחה שלל אפשרות לפיה הכתמים נגרמו כתוצאה ממגע ישיר בין הגוף המדמם לתחתונים. להשקפתו, קיימים שני תרחישים להיווצרות הכתמים: מגע ישיר עם הגוף המדמם ומגע משני, כלומר, גוף שבא במגע עם הדם מהגוף המדמם העביר את הדם לתחתונים. מר רוזנגרטן נחקר ארוכות בסוגייה זו ואף הגיש חוות דעת משלימה שהאריכה את חקירתו ואין לי אלא להביע צערי, על בזבוז זמננו לריק.
3. המאשימה לא הגישה כל חוות דעת ממנה ניתן ללמוד על אופן היווצרותם של הכתמים וניסתה להוכיח כי מדובר בכתמים שמקורם בטפטוף, באמצעות חקירתו הנגדית של מר רוזנגרטן ולמותר לציין, כי הדבר לא עלה בידה. אם סברה התביעה שזהו התרחיש שאירע בפועל, היה עליה לגבות טיעון זה בחוות דעת מטעמה. יתר על כן, לא הוצג לפנינו כל תרחיש הגיוני ממנו ניתן להסיק שהכתמים נגרמו על ידי טפטוף או מגע ישיר עם גופו של הפעוט. אולם מעבר לשאלה הדיונית, גם בהנחה שהכתמים על התחתונים מקורם באיבר מינו של הנאשם שהוכתם בדמו של הפעוט (כפי שטוענת המאשימה), מדובר בכתם מריחה ממקור משני, מאחר שהגוף המדמם המשני - הפין - הוא המקור לכתמים. מסקנה זו כוחה יפה גם לתרחיש בו הגוף המדמם המשני הינו אצבעותיו או ידו של הנאשם ושאלת מקור הדימום המשני שהכתים את התחתונים תוכרע הן על פי עדותו של מר רוזנגרטן והן על פי מכלול הראיות הנוספות שהובאו לפנינו.

בעדותו לפנינו התבקש מר רוזנגרטן להתייחס לאמור בחוות דעתו נ/23 לפיה המקור המשני, ממנו הוכתמו התחתונים הינו "כגון אצבע" והבהיר שיכול להיות מקור משני אחר. בהמשך, בתשובה לשאלה ישירה האם המקור המשני יכול להיות איבר מין השיב:

**"אם אנחנו** **מנתקים את הכול... אין חוות** **דעת של מעבדה ביולוגית, אין שום דבר, אז יכול להיות** **גם איבר המין. אבל איבר המין, הייתי** **מצפה, א', למצוא גם נוזל זרע שם, באזור כתמי הדם,** **וגם הייתי מצפה למצוא...** **מריחות ואני מדבר כרגע בעיקר בעניין, עקב** **צורת איבר המין, ואם איבר המין היה חודר לפי** **הטבעת ומכוסה בדם, אז הייתי מצפה למצוא מריחות במקומות פחות****, בצורה פחות ממוקדת מאשר ישנם שם.**

**כב' הש'** **דותן : בוא נחשוב על אופציה, אפשרות אחרת. איבר המין חדר** **לפי הטבעת של הפעוט ושם היה דימום, לאחר שהוא הוצא** **משם ניקו אותו, ונשארו קצת כתמים. אז זה גם, אז** **האם הכתם הזה מוגדר על ידך כמקור משני או ראשוני?**

**ת: משני.**

**כב' הש' דותן : משני, טוב. והאם אנחנו נצפה** **לכתם כזה כל כך גדול, אחרי שמישהו ניגב את איבר המין?**

**ת: לא. לא, הכתם הוא לא גדול"** (עמ' 989).

ובעמ' 992 מתייחס העד למקורו האפשרי של הכתם המשני:

**"עו"ד** **בילנקה :... אז אם נסכם את העניין** **הזה, בסופו של דבר... כשאתה כותב בסעיף** **11 שהתרחיש הסביר להיווצרות כתמי הדם בתחתונים הוא העברת דם** **מגוף מדמם ראשוני לגוף מדמם משני, ומשם לתחתונים, אז הכגון** **אצבע שלך יכול להתרחב, אפשר להרחיב אותו ולא נורא שזה** **יכול להיות גם כגון איבר מין.**

**ת: נכון".**

בהמשך חקירתו של העד הסתבר כי צילומים דיגיטליים של התחתונים שצולמו במכון לרפואה משפטית, בטרם נגזרו הכתמים לצורך מיצוי ה- DNA לא הועמדו לעיונו של העד וניתנה לו האפשרות לקבל הצילומים ולהשלים את חוות הדעת במידת הצורך.

למרבה הצער, מטעמים שלא הובהרו החליט העד "לתקן" את תשובתו שצוטטה לעיל ולערוך ניסוי של מריחות כתמי דם על תחתונים.

יודגש כי הניסוי לא נבע מהצורך להתמודד עם הצילומים החסרים וכל כולו נועד ל"מקצה שיפורים" לתשובה בעייתית בחקירה נגדית.

1. אין אני מקבלת את מסקנתו של מר רוזנגרטן, לפיה בהמשך לניסוי שנערך ניתן להסיק כי מקור הכתמים אינו בפין. הניסוי כלל הכתמה בדם של אצבעות ואיבר מין ומריחתם על תחתונים דוגמת אלה שלבש הנאשם ביום המקרה (עמ' 1145). מעבר לעובדה שהתחתונים אשר שימשו בניסוי היו חדשים, ואילו התחתונים נשוא חווה"ד כובסו מספר רב של פעמים, הניסוי כלל נגיעות וגם מריחות שעל פי התיאור שניתן ע"י המומחה הינן מלאכותיות ואינן מתיישבות עם אף תסריט סביר. איבר המין נמרח בדם ונגע בתחתונים שהיו מונחים על השולחן. בענייננו, אין טענה שהדם נמרח בכוונה על התחתונים בעת האירוע אלא מדובר במריחה מקרית כתוצאה ממגע מקרי כאשר התחתונים היו על גופו של הנאשם (עמ' 1146 ו- 1152-1151).

בסופו של יום הודה מר רוזנגרטן שהניסוי אינו משקף את התרחיש המתואר על ידי הנאשם (גירוד איבריו המוצנעים), אלא נועד לצרכי המחשה בלבד (עמ' 1150 שורות 22-20).

למרות שהניסוי נערך לצרכי המחשה הסיק מר רוזנגרטן **"כי מקור הדם שהגיע לתחתוני החשוד היה בגוף משני במקום בו קיים פגם (שריטה או קפל עור) או מקום בו קיימת אי רציפות (כגון אזור הציפורניים)"** "סעיף 7 לחוות הדעת נ/23(א)).

בחקירתו הנגדית עשה העד כל שביכולתו להימנע מהגדרתו של אותו איזור בו קיימת אי רציפות, למעט הפנייה לציפורניים, אך הקפיד להדגיש כי קפלים של איבר מין אינם מקיימים אי רציפות ועו"ד שפטל אף טרח להדגיש כי לאיבר מין זקוף אין קפלים, אלא שלא נטען כי איבר המין הוחזר לתחתונים כשהוא זקוף.

למרות שמר רוזנגרטן ניסה ככל יכולתו להימנע ממיקום המקור ממנו הועבר הדם והדגיש כי אינו טוען שמקורו בקצה הציפורן (עמ' 1155), דבק בגישה לפיה מדובר במקום המעביר מעט מאוד דם. לפיכך, נשאלה השאלה האם המגע אמור היה להיות מיידי, מכיוון שכמות קטנה של דם מתייבשת מהר. לשאלה זו לא נתקבלה תשובה והעד לא השיב מהו לדעתו משך הזמן שבו אמורה היתה להתבצע ההעברה בטרם יתייבש הדם (עמ' 1156).

בעמ' 12 לחווה"ד המשלימה נכתב כי הניסוי נערך על ידי טבילת האצבע והפין בדם, מריחת האצבע/הפין עם הדם על הבד, הן עם כמות גדולה של דם והן לאחר ניגוב חלק גדול של הדם. למרות האמור לעיל, לא הצליח הניסוי לחקות את תצורת הדם שעל התחתונים.

מאחר שמסקנתו של מר רוזנגרטן, לאור תוצאות הניסוי היתה שמקור הדם היה באזור של היד שבו קיימת אי רציפות כגון שריטה, קפל עור או ציפורן, מתבקש היה שהניסוי יערך על ידי הכתמת חלק מן הציפורן או מהפין המתאים לתיאור הנ"ל בדם, הדבר לא נעשה (ראו עמ' 1157 לפרוטוקול).

העד אמנם ניסה לטעון כי מהאמור בנ/23(א) ניתן להבין שהניסוי כולל מגע של ציפורניים, אך הבהיר כי מסקנתו הסופית איננה שהדם בא מתחת לציפורניים, אלא שמדובר במספר אפשרויות כולל אזורי אי-רציפות כגון קפלים או שריטות. מאחר שאין חולק כי על גופו של הנאשם לא נמצאו שריטות, התבקש העד להצביע על אותו חלק בכף היד בו רואים אי-רציפות והצביע על גב היד והוסיף כי יכול להיות גם הפרקים שבכף היד, באצבעות, אולם לא הבהיר מדוע לא נמרח בדם אותו אזור לצורך הניסוי וחזר והשיב כי הניסוי נערך לצורך המחשה בלבד (עמ' 1158).

בהנחה שמקורם של כתמי הדם הקטנים, באזור שבו קיימת אי-רציפות כגון ציפורן, קפל או שריטה, לא הובהר מדוע להשקפתו של העד לא קיימת אי-רציפות כזו על הפין, בעיקר באזור העורלה והטענה לפיה אם יש דם על העורלה צריך להיות דם גם על העטרה (עמ' 1159), אינה משכנעת מכיוון שהיא מתעלמת מן האפשרות לפיה כמות הדם הקטנה יכולה ללמד כי הגוף ממנו הגיע הדם לתחתונים נוגב קודם לכן (כפי שהניחו, כנראה, מבצעי הניסוי).

ואכן בתשובה לשאלה ישירה בסוגייה זו האם יתכן מצב בו עובר ליצירת הכתמים, הפין נוקה אבל הניקוי פסח על הקפלים, השיב מר רוזנגרטן כי אינו יכול לשלול אפשרות זו (עמ' 1160).

בחינת חוות הדעת נ/23 ונ/23(א) ועדותו של מר רוזנגרטן מובילה אותי למסקנה לפיה הכתמים שעל תחתוני הנאשם הגיעו ממקור משני – אצבע או פין.

יחד עם זאת, סבורה אני כי מיקום הכתמים, והסברו הדחוק של הנאשם לשאלה כיצד הגיעו הכתמים למקום בו נמצאו מטה את הכף לכיוון האפשרות השניה.

לא התעלמתי מטענת הסניגור לפיה הכתמים נמצאו בחלק העליון של התחתונים, אולם מראה התחתונים ומיקום כתם השתן אינם מתיישבים עם גרסה זו.

1. בחוות הדעת נ/24 המתייחסת לתצורת הכתמים על בגד הגוף והפיג'מה שלבש הפעוט. קובע מר רוזנגרטן כי כתמי הדם שעל שני פרטי הלבוש נוצרו בשני אירועים שונים, מאחר שהכתמים נוצרו עקב מגע ישיר עם הגוף הזולג, כל אחד בזמן אחר ואף פריט לא העביר נוזל אל הפריט השני.

במהלך חקירתו הנגדית של מר רוזנגרטן הוקרנו לפנינו בהגדלה בגד הגוף והסרבל. מר רוזנגרטן הצביע לפנינו על שני הצילומים וניסה לשכנענו כי קיים שוני בין תצורת הכתמים אשר שולל את האפשרות, שהסרבל ספג חלק מן הדם מבגד הגוף אשר בא במגע ישיר עם גופו של הפעוט (עמ' 1257 לפרוטוקול).

אולם, לא יכול היה לשלול את מה שנראה בבירור בצילומים, כי מיקום הכתמים ביחס למקום המגע עם הגוף המדמם דומה מאוד בשני פרטי הלבוש (עמ' 1262).

יחד עם זאת הבהיר כי אם הכתם היה עובר מחלקו הפנימי של בגד הגוף לחלקו החיצוני ומשם לסרבל, היה שומר בעקביות על אותה צורה (עמ' 1126 שורות 32-22).

מצפייה בצילומים המוגדלים שעל המסך, הסתבר שיש דמיון בולט בצורתם של הכתמים, אשר הצטמצמו במעבר בין בגד הגוף לסרבל (עמ' 1278-1277). הסברו של מר רוזנגרטן לפיו מדובר בדימום שנמרח כלפי מעלה, לא הסבר הוא, בשל הדמיון הברור בין הצורות והבדלי הגודל והחוזק ביניהן המלמדים על כך שהכתם הצטמצם במעבר מבגד הגוף לסרבל (ת/85 הצילומים שהוצגו בבית המשפט).

**חוות דעתו של ד"ר ליאוניד לנדא (נ/27)**

1. ד"ר ליאוניד לנדא, פסיכיאטר מומחה בתחום הפסיכיאטריה המשפטית, מנתח בחוות דעתו מאפיינים של הלוקים בפסיכופתולוגיה ותכונות אישיות פדופיליות ובהסתמך על מאפיינים אלה מגיע למסקנה כי הסבירות נמוכה ביותר שהנאשם, הנעדר מאפיינים פדופיליים, ביצע את המעשה המיוחס לו. להשקפתו אין פדופיל ללא כל סימן שמצביע על כך – באישיותו, בעיסוקיו או בתכנים שנמצאים בביתו.

לביסוס מסקנה זו עשה ד"ר לנדא שימוש בכלים של הערכת מסוכנות שכשמה כן היא, הערכת מסוכנותם העתידית של נאשמים שהורשעו בדין ואין היא אמורה לקבוע על סמך הקריטריונים המיושמים בתחום זה את סבירות המעשה הנטען.

בחקירתו הנגדית עומת ד"ר לנדא עם האמור במאמר Pedophilia Openness Against Children מס' 6 ברשימת הנספחים בחוות דעתו, שם צויין שכמחצית ממבצעי עבירת מין כלפי ילדים, אינם פדופילים (עמ' 326 למאמר הנ"ל) והעד אישר נתון זה (עמ' 1306-1305).

אולם, על אף שהסכים לנתון לפיו כמחצית ממבצעי העבירות בילדים אינם בהכרח פדופילים, הוסיף ד"ר לנדא וטען כי למרות שאינם פדופילים, יש להם דחפים פדופילים ומבהיר: **"מדובר באנשים שיש אצלם דחפים פדופיליים ורוב החיים או כל החיים הם מצליחים לא, לא לפעול בצורה ללא בלמים. הם מסתפקים בצילומים, צילומי פורנו, נכנסים לאינטרנט, הרבה מאוד אנשים לעולם לא נגעו בילד בצורה אסורה. עכשיו, אם אם ה, ה- 50 אחוז אכן, שהם כביכול לא פדופילים כן?**

**ש: כן.**

**ת: פתאום עשו את זה, יש אצלם דחפים פדופילים, שפשוט לא יצאו ואתה לא מצליח לקבל, לא סטטיסטיקה, לא מחקר, לא שום דבר, אתה לא מצליח..."** (עמ' 1306).

ובהמשך מבהיר העד כי למרות שלא ניתן לקבל נתונים סטטיסטיים ביחס לבעלי דחפים פדופילים שלא ביצעו מעשה, גם אצל אותם בעלי דחפים פדופילים שלא "נתפסו" יש דחפים ופנטזיות פדופיליות, עולם פנימי (עמ' 1307).

מסקנה זו אינה מתיישבת עם האמור במאמר שצוטט לעיל (נספח 6 לחווה"ד נ/27):

**"Pedophilia and sexual offenses against children are often conflated, but they are not synonymous. Some pedophiles have not committed sexual offenses against children, and some sex offenders with child victims are not Pedophiles".**

(עמ' 323, ההדגשה שלי – ש.ד.).

המאמר מצביע על הקושי בקביעת מדדים אובייקטיביים להגדרתו של אדם כפדופיל והגורמים להתנהגותו בשל העובדה שמרבית המחקרים מתבססים על עבריינים שהורשעו בעבירות נגד ילדים, וזאת לנוכח מיעוט המזדהים באופן חופשי כפדופילים, בשל המחיר החברתי הכבד הכרוך בהזדהות כזו ומסקנת המאמר, בין היתר, היא:

**"Much remains to be learned about pedophilia, including its prevalence in the general population…"**

(שם, עמ' 321).

יתרה מכך, בהתייחס להחזקת חומרים פורנוגרפיים פדופיליים כמדד לאבחון פדופילים, נאמר במאמר כי החזקת חומר כאמור, הוא "מועמד" מבטיח לשמש אינדיקציה התנהגותית של ענין פדופילי כהנחה אינטואטיבית, אם כי פחות מבחינה אמפירית.

המחבר מציין קיומו של קשר בין החזקת פורנוגרפיית ילדים לבין נטיות פדופיליות אצל נחקרים שהזדהו מרצונם כבעלי נטיות כאלה ואצל נבדקים במבדקים להערכת נטיות מיניות ומבהיר את החשיבות הדיאגנוסטית של החזקת חומר כאמור, אך אינו קובע נתון זה כנתון קובע בלעדיו אין, ההיפך הוא הנכון והמחבר מסכם נקודה זו בקביעה לפיה:

**"Whether child pornography possession is associated with a different prognosis than other indicators of pedophilic interests (e.g. its relative ability to predict sexual recidivism) remains to be determined".**

נספח 3 לחווה"ד נ/27 הינו מאמר העוסק בנתונים האישיותיים של המוגדרים פדופילים, ולאחר בחינה מקיפה של כל המדדים המוכרים והמקובלים, מגיעים המחברים Paul Okami ו- Amy Goldberd למסקנה לפיה:

**"The clearest finding of the present review is that relatively little may be stated about the personality or phenomenology of pedophiles and sex offenders against minors…. Pedophiles remain an enigma, while noting that None of the commonly held hypotheses were supported (p. 205, see also p. 278); or, in Guttmacher & Weihofen's words, There is doubtless no subject on which we can obtain more definite opinions and less definite knowledge".**

(עמ' 321-320).

מכאן שהקביעה לפיה "אין פדופיל ללא כל סימן שמצביע על כך – באישיותו, בעיסוקיו או בחפצים שנמצאים בביתו" (ההדגשה במקור, עמ' 8 לחווה"ד) לא זו בלבד שאינה מעוגנת בספרות המקצועית, היא אף עומדת בסתירה לאמור במאמרים (3) ו- (6) שצירף ד"ר לנדא.

יתרה מכך, גם בהנחה שלכל פדופיל מאפיינים שלא ניתן להסתירם, אין בכך כדי לתמוך במסקנה הסופית לפיה אין זה סביר שאדם מסוגו של הנאשם מסוגל לבצע עבירה כל כך משונה ובנסיבות מוזרות כל כך (עמ' 8 שם), מאחר שכמחצית ממבצעי העבירות בילדים אינם פדופילים (נספח 6 לנ/27).

**חוות דעתה של ד"ר שאלה שירזי (נ/25)**

1. ד"ר שירזי, מומחית לפסיכיאטריה של הילד והמתבגר, מארה"ב, עוסקת בטיפול בילדים ובתוקף מומחיותה קיבלה מלגה לצורך הקמתו של מרכז טיפולי בסן פרנסיסקו לילדים מתחת לגיל 3 הנמצאים בסביבה עם רמת סיכון גבוהה.

על פי האמור בחווה"ד, ד"ר שירזי הסתמכה על התיעוד הרפואי כולל חוות דעתו של ד"ר זייצב, כתב האישום, סרטוני הוידאו ת/1, הודעותיהם של הנאשם, ש.ה., יאיר לוי ושאול פינס (שומר הבנין).

לאחר בחינת הנתונים שפורטו לעיל, סבורה המומחית כי התנהגותו של הפעוט כפי שנצפתה בת/1, אינה מתיישבת עם הפגיעות שאובחנו במסמכים הרפואיים. על פי נסיונה המקצועי של ד"ר שירזי בילדים שנפגעו פיזית על ידי מבוגר מטפל, הם מפוחדים, נרתעים והתנהגותם לא מאורגנת בנוכחות המטפל התוקף. נתונים אלה אינם מתיישבים עם העובדה שהפעוט אשר חווה סוג של חדירה אנאלית ופגיעות המתוארות במסמכים הרפואיים, יהיה רגוע ללא הפגנת סימני כאב או אי-נוחות בנוכחות המטפל הפוגע.

להשקפתה, ילד שחווה לאחרונה התעללות מינית, יגלה תסמינים של הפרעת חרדה, חוסר מנוחה, בכי בלתי נשלט, צרחות, עצבנות, שליטה לקויה במצבי רוח. התנהגויות אלה לא נראו בקלטת ת/1 וקטעי הוידאו שנסקרו על ידי המומחית המציגים, להשקפתה, התנהגות שאינה מתיישבת עם הפגיעות הנטענות.

בהתייחס להערכת פרופ' סרור ועדותו לפיה הפעוט נראה "המום", סבורה המומחית כי הדבר מנוגד למראה התינוק כפי שמופיע בקטעי הוידאו (ההדגשה שלי - ש.ד.). על פי חוות דעתה הרפואית, המראה של הפעוט בצילומי הוידאו במשך הזמן בו היה תחת השגחתו הבלעדית של הנאשם – מנוגד להתנהגות הצפויה אצל פעוט שחווה לאחרונה חדירה אנאלית וקרע בספינקטר, בשונה מהתנהגותו כפי שתוארה בחדר המיון של בית החולים מאוחר יותר באותו היום.

מאחר שאת עיקר חוות הדעת באשר למצבו של הפעוט, לאחר יציאתו מחדר הכושר ביססה המומחית על מראהו על פי הצילומים ת/1, זה המקום לציין כי באף אחד מהצילומים לא ניתן להתרשם מהבעות פניו של הפעוט. רוב הזמן בו הוא נראה בצילומים ראשו שמוט ופניו אינם נראים וגם בעת שהוא מרים את ראשו, לא ניתן לראות את הבעת פניו.

לאור האמור לעיל, נשאלה ד"ר שירזי האם הגישה אי-פעם לבית המשפט בארה"ב חוות דעת המסתמכת על "חומר" דוגמת זה שעמד לרשותה במקרה זה ותשובתה היתה:

**"I haven't done this in the states using a video tape as a basis of my expert opinion."**

(עמ' 1207 לפרוטוקול).

בהמשך הובהר על ידי העדה כי מעולם לא הגישה חוות דעת השוללת קיומה של טראומה על בסיס צפייה בקבצים שאורכם פחות משתי דקות (עמ' 1209).

כאשר התבקשה ד"ר שירזי להפנות לאסמכתא מקצועית ממנה ניתן ללמוד שניתן לבצע אבחנה על בסיס מידע דוגמת זה שהיה בידה, השיבה ד"ר שירזי כי בספרות שצירפה כנספחים לחוות דעתה יש מחקרים בנושא קשר אם-ילד שבוצעו על סמך תצפיות וצילומים שנערכו במעבדה, אלא שאלה נערכו על פי מבנה מוגדר של מחקר ונמשכו כ- 20 דקות בתהליך בו האם נמצאת עם הילד באותו חדר משחקים, יוצאת מהחדר ונכנסת. בהסתמך על האינטראקציה בין השניים, מאפשרת התצפית לחוות דעה על סוג היחסים (עמ' 1210). למותר לציין כי אין כל קשר בין שיטת התצפית המפורטת לעיל לענייננו.

העדה נשאלה האם ראתה את פניו של הפעוט בצילומים ת/1, והשיבה בחיוב אולם בהמשך המסתבר כי בצילומים שצולמו ביציאה מחדר הכושר לא יכלה העדה לראות את פניו של הפעוט והיא אישרה עובדה זו.

**"בצילום השני הנתבע** (צ"ל הנאשם – ש.ד.) **מחזיק את התינוק בידיים, אני לא יכולה לראות את הפנים של התינוק, אבל שפת הגוף שלו מראה על כך שהוא מרגיש בנוח, ייתכן והוא עייף. בקטע היותר מאוחר באותו צילום הוידאו יכול להיראות שהתינוק ישן. יחד עם זאת כשהשכן נכנס למעלית, התינוק, התינוק מרים את הראש, מסתכל, הוא נראה Alert"** (בנקודה זו נתגלתה בעיה בתרגום לכן ציטטתי את דברי העדה כלשונם).

אולם, בתשובה לשאלה האם באותו שלב ראתה את פניו של הפעוט השיבה העדה:

**"לא, אי אפשר לראות את הפנים בבהירות. אני יכולה, אבל אני יכולה לראות שהוא לא בוכה, הוא לא נמצא במצב של אי שקט, והוא לא מראה סימנים של התנהגות, אהה, של רתיעה"** (עמ' 1211).

את העדרם של סימני רתיעה מבססת העדה על העובדה שהפעוט אינו משתמש בידו כדי להרחיק עצמו מהנאשם.

גם בשלב בו יצא הנאשם עם הפעוט לחצר להסתכל על הדגים, לא יכלה העדה לראות את פניו של הפעוט ושוב היא מסתמכת על שפת הגוף שלו כדי לקבוע כי הוא לא נראה כסובל מכאב חמור או במצב של אי-שקט (עמ' 1212 שורות 5-3).

מן המקובץ עולה כי למרות התשובה הנחרצת (עמ' 1210 שורה 30) לפיה העדה ראתה את פניו של הפעוט, בטרם גיבשה דעתה שלא חווה טראומה, באף שלב לא ניתן היה לראות את הבעת פניו של הפעוט בצילומים ת/1 ומסקנתה נסמכת על שפת הגוף שלו.

יתרה מכך, את עדותו של יאיר לוי מפרשת העדה פירוש "יצירתי" ומנוגד לעובדות כפי שהוכחו לפנינו ולאמרתו של העד, עליה הסתמכה לגרסתה.

העדה טענה כי "יש עדויות משני עדים, הראשון הוא שומר הבניין, אשר ראה את הילד ממרחק קצר מאוד, ולא דיווח על משהו לא נורמלי, על משהו חריג. העד השני היה השכן ששם לב שהילד הניח את ראשו על הכתף של הנאשם. אני מאמינה שהוא שאל את הנאשם משהו בקשר לתינוק האם הוא בסדר, והתגובה היתה שיכול להיות שהתינוק לוקח אנטיביוטיקה, אבל מעבר לכך הכל בסדר (עמ' 1213).

דא עקא שמר יאיר לוי התרשם ש"התינוקת" מאוד אפאטית וחשב שהיא חולה ושאל את הנאשם אם הילדה חולה והנאשם לא השיב לו שהילד לוקח אנטיביוטיקה, אלא התחמק מתשובה וענה שמדובר בילד של חברתו.

בהמשך מוסיפה ד"ר שירזי כי הרמת הראש כדי להסתכל על השכן אינה מתיישבת עם ילד שסבל מטראומה חמורה **"תינוק שרק עכשיו עבר טראומה חמורה היינו מצפים ממנו שיתנהג בבכי חזק, בפחד, רתיעה ואי שקט. או לחלופין שהוא יהיה במצב של שוק, כפי שהוא נראה יותר מאוחר בחדר מיון"** (שם שורות 16-12).

גם אמירה זו אינה עולה בקנה אחד עם העובדות כפי שהוכחו לנו.

ד"ר גוז מרק מציינת בת/8 כי **"בבדיקה הילד נראה נינוח, שקט, צבע תקין..."** ובעדותה לפנינו הבהירה כי רק ברגע שהושכב על המיטה לצורך בדיקה ובמהלך הבדיקה החל הפעוט לבכות (עמ' 457-456).

במסמך ת/33 שנערך על ידי רופא חדר המיון בביה"ח וולפסון תואר הפעוט כ"**ערני חיוני**" ופרופ' פרנסיס מתאר את הילד כ"**שקט מאוד והמום**" (עמ' 532).

פרופ' פרנסיס אינו מסתפק בהגדרת הפעוט כ"המום" אלא מסביר כי ביסס מסקנה זו על תגובותיו הבלתי אופייניות ובלתי מתאימות של הפעוט למצב בו היה נתון.

אודה ולא אבוש כי לא ירדתי לסוף דעתה של ד"ר שירזי, על סמך מה היא מאבחנת בין התנהגותו של הפעוט כפי שהיא נראית בצילומים ת/1 לבין המצב בו היה בעת שנבדק בביה"ח שניידר ומאוחר יותר בוולפסון.

אכן ניתן היה לצפות שבעקבות הטראומה אותה חווה הפעוט הוא יגיב בבכי ובאי שקט, אולם בענייננו הוכח שבעת הבדיקות הרפואיות שעבר הפעוט לאחר שלכל הדעות חווה את הטראומה המתוארת במסמכים הרפואיים, לא נצפתה אצלו תגובה כזו לא בביה"ח שניידר ולא בביה"ח וולפסון ואיש מהרופאים שבדקו אותו לא אבחן מצב של שוק. ההיפך הוא הנכון תגובותיו הוגדרו כערניות על מנת לשלול מצב של שוק.

כאשר מתבקשת ד"ר שירזי לאבחן בין מצב של רגיעה **""Calm, Comfortable** למצב של שוק היא מסבירה כי **"במצב של שוק התינוק אינו מגיב, הגוף שלו רפוי והוא לא, הוא לא יוצר קשר עם הסביבה, הוא לא מזיז את הגוף"** (עמ' 1214). הוא לא מתקשר עם הסביבה ואילו בת/1 הוא נראה סקרן ומרים את ראשו.

אבחנה דקה זו סותרת כאמור את תיאור הרופאים שבדקו את הפעוט כמפורט לעיל.

באשר להתנהלותו של הפעוט בבית הנאשם הסתמכה העדה באופן סלקטיבי על דברי האם והפנתה לדבריה כי הפעוט צפה בטלוויזיה, אך החליטה שלא דייקה באמרה שהילד היה המום (עמ' 1217).

עוד הסתבר כי ד"ר שירזי לא היתה מודעת לכך שבת/8 תיארה ד"ר גוז מרק את הפעוט כ"**נינוח ושקט**". בהמשך החקירה הנגדית בסוגיית תיאור הילד על ידי הרופאים שבדקו אותו, היא מתייחסת להגדרה "רגוע" ואומרת כי לפעמים בזמן קצר לאחר הטראומה הילד יכול לאבד חלק מהתגובות שלו ולכן לא ברור למה הוא מתכוון באומרו "רגוע" (פרופ' סרור) ובניסיון ליישב אי הבהירות הוסיפה ד"ר שירזי הגדרה חדשה שנועדה להבהיר את מצבו כ"קפאון":

**יכול להיות שהיה מצב, במצב של קיפאון. המצב שאנחנו קוראים לו מצב של קיפאון, זה לא כמו, שזה לא כמו מצב של שוק, אבל זה מצב שבו הילד לא מגיב...**

**אם הילד שוכב והוא לא מגיב, והוא, אז אפשר לדבר על מצב של קיפאון, אבל אם הילד, אבל אם ילד מחזיק את היציבה שלו, והוא מסובב את הראש, במצב כזה אנחנו לא יכולים לדבר על מצב של קיפאון"** (עמ' 1222-1221).

בחינת דברי העדה ויישומם על מצבו של הפעוט כפי שהוא נראה בת/1 בהשוואה למצבו על פי ת/8 והמסמכים הנוספים מעלה כי מסקנתה של ד"ר שירזי לפיה הפעוט לא נראה כמי שחווה טראומה ביציאה מחדר הכושר מופרכת ואין לה על מה שתסמוך, כמו גם מסקנתה כי הפגיעה אירעה במועד מאוחר יותר (עמ' 1249).

מעבר לדרוש אציין כי תשובה זו ניתנה בעקבות סדרה של שאלות מדריכות באופן בוטה של הסניגוריה.

**מחדלי חקירה**

1. הבית בו מתגורר הנאשם מאובטח במצלמות אבטחה החולשות בין היתר על הכניסה לבנין ולחדר הכושר שבקומת המרתף.

ראש צוות החקירה רפ"ק משה אלק היה מודע לנתון זה, ואף הורה על העתקת צילומי המצלמות הרלבנטיות בין השעות 10:00 – 12:00 בבוקר האירוע (ת/53א). למרבה הצער, בשלב כלשהו בין מתן ההוראה לביצועה חל שיבוש שמקורו לא הובהר והמשטרה העתיקה אך ורק ארבע תיקיות ת/1.

בצילומים שהוגשו לנו נראה הנאשם יוצא מהמעלית יחד עם הפעוט בדרכו לחדר הכושר וכן הועתקו צילומים של יציאתו מחדר הכושר.

משום מה, לא הועתקו הצילומים המתייחסים לכניסתם של בני הזוג בר לחדר הכושר ויציאתם ממנו. לא ניתן להמעיט מחשיבותו של תיעוד זה, אשר יכול היה לספק ראיה טכנולוגית בלתי ניתנת לערעור על משך שהייתו של הנאשם לבד עם הפעוט בחדר הכושר.

יתרה מכך, איש מהחוקרים לא מצא לנכון להעתיק ולבחון את צילומי מצלמות האבטחה בהמשך אותו יום עד למעצרו של הנאשם. חשיבותו של תיעוד זה קשור לעובדה כי לא נמצאו בבית הנאשם החיתולים הנוספים שש.ה. טענה שהחליפה לפעוט והדבר משליך על השאלה האם מאן דהוא זרק את החיתולים לפח או העלים אותם בדרך אחרת.

המשטרה גם לא טרחה לסגור את חדר הכושר מייד עם גילוי הפרשה באופן שיאפשר עריכת חיפוש ובדיקה יסודית במקום.

אין חולק, כי החיתול שהוריד הנאשם לפעוט, בחדר הכושר לא נמצא ולא ניתן לקבוע במידה דרושה של וודאות אם חדר הכושר נוקה, עובר לחיפוש שנערך ביום שני או שמאן דהוא העלים את הראיות, למרות עדותה של המנקה.

יצויין בענין זה כי הנאשם נראה חוזר לחדר הכושר למשך דקה וחצי והסברו להתנהלות זו נדחה על ידי כבלתי סביר, אולם לנוכח העובדה שהחיפוש נערך יומיים לאחר הגשת התלונה, לא ניתן לבסס ממצא ודאי בשאלה כיצד נעלם החיתול וראיות נוספות אם היו.

בסיכומיו, טען עו"ד שפטל ביחס לחסרונם של צילומי מצלמות האבטחה, כי אין מדובר במחדל אלא בהעלמה מכוונת של ראיות שנועדה למנוע מהנאשם להוכיח את טענתו לפיה לא ניתן היה לבצע את המעשים המיוחסים לו בדקות הבודדות בהן שהה לבדו עם הפעוט בחדר הכושר.

למרות חומרתם של המחדלים המפורטים לעיל, המעלים את החשש כי היחידה אשר ביצעה את החקירה חסרה את הכישורים הדרושים לביצוען של חקירות מורכבות, אין אני סבורה שמדובר בהעלמה מכוונת של ראיות, אלא ביהירות ושטחיות של הממונים על החקירה, כולל הפרקליט(ה) המלווה את החקירה.

רפ"ק משה אלק התבקש להבהיר מדוע לא עמד על ביצוע הוראתו שבת/53(א) והשיב כי להשקפתו בין אם שהה הנאשם עם הפעוט בחדר הכושר 10 דקות או יותר, אין לכך כל חשיבות.

**"אני חוזר ואומר, ידענו את השתלשלות השהות שלו בחדר הכושר, ידענו גם על קיומם של אנשים נוספים וידענו גם על קיומו של פרק זמן שבו הוא היה לבד. אנחנו גם ידענו שכל אותו זמן, על פי דברי הנאשם, הוא השגיח באופן רצוף ורק הוא, על התינוק, לא, בהחלט נראה לנו אפשרי בתוך הדברים המיוחסים לו שבאותו זמן ויקרא לו דקות בודדות, דקות בודדות זה לא דבר שניתן להגדיר אותו, באותו זמן שבו הוא אומר שהוא נשאר לבד בהחלט אנחנו יכולים לייחס לו גם את המעשה שכתב האישום מייחס לו"** (עמ' 553 שורות 11-5).

התרשמתי, כי החוקרים, ובראשם מר משה אלק, סברו שעצם נוכחותו של הנאשם בחדר הכושר עם הפעוט עובר לגילוי החבלות, די בהם להוכחת אשמתו ולא טרחו לבחון לעומקן את מכלול הראיות ואת גרסאות הנאשם מול הראיות האחרות.

החוקרים לא הקלו ראש באיסוף עדויות המתייחסות לשהותו של הנאשם עם הפעוט בחדר הכושר והדביקו מודעה על לוח המודעות של הבנין, בה ביקשו עדי ראיה להתייצב ולמסור עדות (ת/21). אילו רצו להעלים נתון זה, לא סביר שהיו מפרסמים את המודעה.

מר משה אלק גם דרש להעתיק את כל הצילומים שצולמו בין 10:00 – 12:00 בבוקר, אך משום מה לא מצא לנכון לבדוק אם הוראתו בוצעה, כשם שלא טרח להתעמק בצורך בהעתקתם של צילומים שצולמו במהלך כל היום עד למעצרו של הנאשם.

ב[ע"פ 4179/09](http://www.nevo.co.il/case/5726922) **מדינת ישראל נ' אלכסיי וולקוב** (18.10.10) נדונה סוגיית מחדלי חקירה הנובעים מזחיחות ושאננות של החוקרים, בעקבות "הודאה" שמסר הנאשם, שלהשקפתם ייתרה את הצורך בהעמקת החקירה, ויפים הדברים שנאמרו שם (בשינויים המחוייבים) לענייננו:

**"המשיב הודה בכך שהמית את המנוחה. אפשר שמסיבה זו לא ראו חוקרי המשטרה צורך בהעמקת החקירה או שאנשי התביעה לא מצאו לנכון לפרוש בפני בית המשפט את מלוא הראיות. בפרשה אחרת הזדמן לי לומר בהקשר דומה דברים אלו:**

**'מקובל עליי, כי לחוקרי המשטרה שמור מרחב גדול של שיקול דעת באשר לאמצעי החקירה הננקטים על ידם. עוד מקובל עליי, כי הודיה של נאשם עשויה להצדיק הסטת משאבים לטובתן של חקירות אחרות. יחד עם זאת, הודיה אינה פוטרת את חוקרי המשטרה מחובתם לשקול האם קיים צורך בנקיטת פעולות חקירה נוספות. במקרה הנוכחי, קיומו של מסדר זיהוי הינו מהלך חקירתי שנחיצותו הייתה כה מובהקת, עד כי היה לו מקום אף אם החשודים הודו (עניין ארקה, פיסקה 42)'".**

למרבה הצער, נדרשה פסיקתו של בית המשפט העליון לדיון בסוגיית מחדלי חקירה במספר רב של מקרים, כפי שציין כב' השופט א' רובינשטיין בדבריו הנוקבים ב[ע"פ 3090/11](http://www.nevo.co.il/case/5875490) **ענתבאווי נ' מדינת ישראל** (18.10.12):

**"אשר למחדלי החקירה, לעתים חש אני כי קולנו בהקשר זה קורא במדבר, חרף נסיוננו ונסיונם של בתי המשפט בכלל בהערכת תיקים וראיות. לא אחת נדרשנו לצורך בהדרכת חוקרים ובליווי החקירות באופן שיצמצם מחדלי חקירה, ומקוה אני כי ההנחה אינה שבית המשפט יעשה תדיר את מלאכת ברירת התבן מן הבר חרף מחדלי החקירה. ב**[**ע"פ 5386/05**](http://www.nevo.co.il/case/6009110) **אלחורטי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] נזדמן לי להידרש בהרחבה לנושא מחדלי החקירה; וחלפו שש שנים מאז ניתן פסק הדין ההוא; האם עולם כמנהגו נוהג? הנה מקצת מן הנכתב שם:**

**[...]**

**'... לא בכדי בחזית הדיון, בגישה מרחיבה באה פסיקה מבתי המשפט המחוזיים, הנתקלים בשפיר ובשליה של הראיות, ולא אחת מהדהד מפיהם תסכול של מחדלים בחקירה ונפקותם".**

על אף מחדלי החקירה שאינם שנויים במחלוקת, השאלה העומדת לדיון אינה כישוריהם (או העדרם) של חוקרי המשטרה והפרקליטות, אלא משקלם של מחדלי החקירה במארג הראיות ומידת פגיעתם בהגנתו של הנאשם:

**"השאלה היא ביסודה שאלה של צדק. האם נעשה לנאשם עוול, בנסיבותיו של מקרה פלוני, בכך שהמשטרה חדלה בחקירה בצורה זו או אחרת"** ([ע"פ 3090/11](http://www.nevo.co.il/case/5875490) הנ"ל).

הכלל הוא:

**"אין לומר כי מחדלי חקירה בהכרח יובילו לזיכויו של הנאשם. כך, למשל, לא כל הימנעות מחקירה לה טוענת הסניגוריה הינה 'מחדל חקירה' ולא כל מחדל חקירה גורם בהכרח ל'נזק ראייתי'. לא כל נזק ראייתי ולא כל מחדל בחקירה מובילים לזיכוי. נפקותו של המחדל תלויה בנסיבות המקרה הקונקרטי, ובפרט בשאלה, האם עסקינן במחדל כה חמור, עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של המערער בענייננו באופן שיתקשה להתמודד עם חומר הראיות המפליל אותו או להוכיח את גרסתו שלו. על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה משקל יש לתת למחדל, לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות"** ([ע"פ 8529/11](http://www.nevo.co.il/case/5608132) **אטקישייב נ' מדינת ישראל** (24.05.12))".

וכן ראו לענין זה [ע"פ 5386/05](http://www.nevo.co.il/case/6009110) **אלחורטי נ' מדינת ישראל** (18.5.06):

**"במקרים שבהם נתגלו מחדלים בחקירת המשטרה, בית המשפט צריך לשאול עצמו האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו [...] על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות [...]. העדרה של ראיה, שמקורו בחקירת המשטרה, ייזקף לחובת התביעה בעת שיישקל מכלול ראיותיה, ומאידך גיסא, הוא יכול לסייע לנאשם כשבית המשפט ישקול האם טענותיו מקימות ספק סביר [...]. נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה התביעה ובספקות אותם מעורר הנאשם, והשלכותיו תלויות בנסיבותיו של כל עניין ועניין: "אכן, יש נסיבות שבהן כרוכה אי עריכת בדיקה או רישום הודעה על ידי המשטרה, באבדן ראיה חשובה, ולעתים אף חיונית, הן לתביעה והן להגנה. כאשר 'חסרה' ראיה כאמור לתביעה- נזקף ה'מחדל החקירתי' לחובתה, שעה שנערך מאזן הראיות ונדונה השאלה האם הרימה התביעה את נטל ההוכחה המוטל עליה. ואילו מקום שהעדרה של הראיה 'חסר' להגנה, תוכל זו להצביע על ה'מחדל' כשיקול בדבר קיומה של ה'אפשרות' הנטענת על ידה, הכול בהתאם לנסיבות המיוחדות של העניין הנדון".**

ו[ע"פ 2869/09](http://www.nevo.co.il/case/5709605), [2899/09](http://www.nevo.co.il/case/5709605)  **חאמד זינאתי ואח' נ' מדינת ישראל** (9.11.2011):

**"הלכה היא כי לא כל חומר חקירה אבוד יהיה בו די כדי לפרש את הראיה נגד המשיבה וכי על כלל ראיות התביעה יחד לשמש בסיס להרשעה מעבר לספק סביר, אף אם היו בנמצא ראיות חזקות יותר לאשמתו של הנאשם".**

ראו גם [ע"פ 8187/11](http://www.nevo.co.il/case/6248273) **פלוני נ' מדינת ישראל** (19.8.2013):

**"חרף העומס המוטל על המשטרה בחקירותיה, עליה למצות את מירב אפיקי החקירה ולתפוס ראיות רבות ככל הניתן כדי שלפני בית המשפט תוּנח תשתית ראייתית רחבה ככל האפשר. גם בהתחשב בהלכה הפסוקה לפיה אין המאשימה מחוייבת להציג לבית המשפט את 'הראיה המקסימאלית' כל עוד הונחה תשתית ראייתית מספקת להרשעה 'ואין נפקא מינה אם היה לאל ידה להשיג 'טובה' הימנה' (ראו עניין מליקר לעיל, שם), הרי שעל המשטרה לתפוס ראיות רבות ואיכותיות ככל שניתן על מנת שתוּנח לפני בית המשפט תשתית ראייתית מקיפה, אשר ממנה ניתן יהיה ללמוד על התמונה העובדתית לאשורה.**

**...**

**יחד עם זאת, כפי שאמרתי לאחרונה – 'מחדלי חקירה אין בהם כשלעצמם כדי להביא לזיכויו של נאשם, אם חרף מחדלי החקירה הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו' (ראו פסקה 24 לפסק הדין ב**[**ע"פ 8447/11**](http://www.nevo.co.il/case/5607919) **סולימאן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (24.9.2012), והאסמכתאות שם; ראו גם** [**ע"פ 7164/07**](http://www.nevo.co.il/case/6087656) **אלהוושלה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.8.2008), בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת מ' נאור;** [**ע"פ 8902/11**](http://www.nevo.co.il/case/5598801) **חזיזה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (15.11.2012), בפסקה 66 לפסק הדין של השופט י' דנציגר). על רקע האמור יש לבחון בעת בדיקה של טענה בדבר מחדלי חקירה את השאלה האם המחדלים הנטענים הם כה חמורים במידה המעוררת חשש שהגנת הנאשם קופחה כיוון שהתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות שלחובתו או להוכיח את גרסתו-שלו. בדיקה זו נעשית תוך שקלול המחדלים הנטענים על רקע התשתית הראייתית שהונחה לפני בית המשפט (ראו פסקה 25 לפסק-דיני ב**[**ע"פ 2489/12**](http://www.nevo.co.il/case/6244290) **פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (13.8.2012)). נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה המאשימה ובספקות אותם מעורר הנאשם, והמסקנות תלויות בנסיבותיו של כל עניין ועניין".**

ומן הכלל אל הפרט. אכן מיטיבה היתה המשטרה לעשות (בלשון המעטה) אילו טרחה לבחון את הגרסאות השונות זו מול זו והעתיקה את כל הצילומים הרלבנטיים ממצלמות האבטחה, אולם סבורה אני כי למרות התסכול שאנו חשים נוכח מחדלים אלה, הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של הנאשם.

באשר למשך שהייתו של הנאשם בחדר הכושר, העידה לפנינו גב' מתי בר וגרסתה הועמדה במבחן החקירה הנגדית. יצויין, כי מדובר בעדה אובייקטיבית שאין לה כל ענין בתוצאות ההליך.

באשר לצילומי מצלמות האבטחה במהלך היום, מאחר שנטל ההוכחה בהליך הפלילי מוטל על התביעה, עליה חובת הוכחת האשם של הנאשם מעבר לספק סביר על בסיס הראיות שהיא מעמידה בפני בית המשפט. העדר ראיות שהיו יכולות לשמש את הנאשם בהקשר זה, יכול להקים ספק סביר, אותו ממילא על התביעה להרים (כפי שנקבע ב[ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ פ"ד נט](http://www.nevo.co.il/case/5819116) (6) 839).

אי הצגתם של צילומי מצלמות האבטחה בשעות שעד מעצרו של הנאשם, מנעו מהתביעה הצגת ראיות על התנהלות הנאשם, נהגו ואחותו בשעות שעד למעצר, ומשכך לא תוכל התביעה להישמע בטענה שהנאשם או מי מטעמו נקט בפעולה כלשהי להעלמת ראיות. אולם, גם בהעדר ראיות כאמור, השאלה היסודית שעליה עלינו להשיב היא האם הונחה תשתית ראייתית מספקת, אם כי לא מיטבית, להרשעה.

מסקנתי מבחינת הראיות שהוצגו, דהיינו, ה"יש" היא שאין במחדלי החקירה כדי להשמיט את הקרקע מתחת לראיות האחרות שפורטו על ידי לעיל.

**סיכום הראיות הנסיבתיות ומשקלן מול גרסת הנאשם**

1. בהתאם להנחיות שנקבעו ב[ע"פ 2132/04](http://www.nevo.co.il/case/5768551), [2404/04](http://www.nevo.co.il/case/5768551) שצוטטו לעיל, השלב הראשון של בחינת הראיות הנסיבתיות, כלל בדיקה פרטנית של כל ראיה נסיבתית לפני עצמה דהיינו, הממצאים הפורנזים והרפואיים, עדויות האם, השכנים וצילומי מצלמת האבטחה.

בהסתמך על משקלה של כל ראיה וראיה, מוטל עלי להשיב לשאלה האם המסכת בכללותה מערבת את הנאשם בביצוע העבירה והאם יש בראיות בהצטברן כדי להשיב לשאלות ביחס למועד החבלה וזהות המבצע.

על האירועים שקדמו להגעתו של הפעוט לביה"ח שניידר מעידים שניים: ש.ה. והנאשם. לדברי ש.ה. מייד עם שובו של הפעוט מחדר הכושר נתגלה לעיניה הנזק בפי הטבעת, ואילו הנאשם טוען כי מדובר באירוע מתגלגל, שתחילתו ביציאה קשה וגדולה במיוחד שכתוצאה ממנה החל הפעוט לדמם ממקור לא ידוע ואין באפשרותו לדעת כיצד הפך דימום זה לקרעים שנמצאו בשלב מאוחר יותר.

סבורה אני, כי בחינת הממצאים הרפואיים והפורנזיים כפי שהעידו עליהם המומחים מובילה למסקנה לפיה החבלה נגרמה בחדר הכושר.

כל המומחים תמימי דעים כי הקרעים בפי הטבעת הינם תוצאה של חבלה שנגרמה בשל חדירת עצם קהה (ראו נ/29 עמ' 12 וכן ת/4, ת/50 ועדות פרופ' סרור) והמחלוקת בין המומחים מתמקדת בשאלה האם מדובר בעצם גלילי קהה או עצם נוקשה שצורתו אינה מוגדרת.

1. מאחר שאין חולק כי הדימום החל בחדר הכושר, ולגרסת הנאשם לא קדם לדימום אירוע תאונתי של "השתפדות", נשאלת השאלה האם יציאה קשה במיוחד יכולה לגרום לקרעים כפי שנמצאו. על שאלה זו השבתי בשלילה, הן לאור חוות דעתם של ד"ר זייצב ופרופ' סרור והן לאור חוות דעתו של ד"ר קוגל. לפיכך, לא נותר אלא לבחון תרחיש אלטרנטיבי שונה שהוצע ע"י ד"ר קוגל, לפיו תחילת הקרעים בפיסורה והמשכם בהחדרת אצבע לפי הטבעת שגרמה להחמרת הפגיעה.
2. מעבר לעובדה שהתרחיש של פיסורה אינו נתמך בראיות כלשהן, גם המשכה הנטען של ההתרחשות התיאורטית נדחה על ידי מאחר שהאירוע האפשרי היחיד של החדרת אצבע, תואר על ידי הנאשם עצמו. לדבריו, האם החדירה אצבע גדולה עם ציפורן חדה לפי הטבעת של הפעוט. כפי שפירטתי בניתוח עדותו של הנאשם, טענה זו אינה אמינה בעיני. אולם, מעבר להתרשמותי מחוסר מהימנותו של הנאשם, גם על פי חווה"ד של ד"ר קוגל החדרת אצבע בצורה המתוארת הייתה אמורה להיות מלווה בכאב, צעקות ובכי, אך הנאשם טוען שהילד לא בכה בעת שאמו החדירה אצבע לפי הטבעת שלו ובכל השעות בהן שהה בביתו שיחק והתרוצץ. תיאור זה אינו מתיישב, איפוא, עם התסריט המוצע. בנוסף, החדרתה של אצבע אחת אינה יכולה לגרום לשני הקרעים, כפי שהעיד ד"ר זייצב.

ב[ע"פ 2132/04](http://www.nevo.co.il/case/5768551), 2404/04 הנ"ל נקבע, כי **"הסברו של הנאשם יוכל להצילו ממסקנה מרשיעה, אם בהסבר האלטרנטיבי שהוא מציע יש, למצער, כדי להטיל ספק בעוצמת הראיות המפלילות של התביעה... כדי להעלות ספק סביר, על ההסבר להיות רציני ולא מסופק או מפוקפק",** ולא די באפשרות תיאורטית גרידא ורק הסבר מתקבל על הדעת, או המותיר לפחות ספק סביר, עשוי להיות בו כדי לערער את משקלה של הראייה הנסיבתית.

1. אכן, חלפו מספר שעות מאז עלה הפעוט מחדר הכושר עד הגיעו לחדר המיון. אולם, הנאשם הוא זה שממקם את תחילתו של האירוע בחדר הכושר ואת המשכו במעשי האם. צילומי מצלמות האבטחה ועדותו של מר לוי תומכים במסקנה לפיה התנהגותו של הילד, שעלה מחדר הכושר, שונה מזו של הילד בעת שירד לשם. במשך דקות ארוכות הוא נישא בזרועותיו של הנאשם כשראשו שמוט על כתפו ורק בשתי הזדמנויות הוא מרים את ראשו. כל חזותו והתנהגותו של הפעוט הצביעו על כך ש"משהו לא בסדר איתו" והראיה שהשכן יאיר לוי מצא לנכון לשאול את הנאשם אם "הילדה" חולה כיוון ש"**נראתה מאוד אפאטית**".
2. גם התנהלותו של הנאשם ביציאה מחדר הכושר שונה מזו שלפני הגעתו לשם. הוא פוסע הלוך ושוב לפני דלת המעלית, חוזר על עקבותיו לחדר הכושר ושם שוהה משך למעלה מדקה, מתרחק מהשכן הממתין למעלית אף שנכנס אליה מיד לאחר מכן ואז יוצא ללובי בניגוד לכל הגיון בשל לחץ הזמן בו, לטענתו, היה נתון.
3. כתמי דמו של הפעוט שנמצאו על חלקם הפנימי של תחתוני הנאשם, מהווים ראיה נסיבתית משמעותית להוכחות הטענה לפיה הנאשם הוא שביצע את המעשה הנפשע. כפי שציינתי לעיל, ההסבר לפיו הנאשם נוהג לגרד במבושיו כדבר שבשגרה הלך והתפתח עם התקדמות החקירה. יתר על כן ההסבר מעורר קושי נוסף לנוכח סירובו העיקש של הנאשם להבהיר מה כמות הדם ששתת הפעוט. הגרסאות נעו ממספר טיפות לטפטוף ולכמות דם גדולה יותר, וזאת בשל העובדה שמחד גיסא ניסה הנאשם להמעיט מערך הדימום שהתגלה בחדר הכושר, ומאידך גיסא להסביר את כתמי הדם שנמצאו על תחתוניו ועל פי צרכי ההסבר נעה המטוטלת בין כמויות הדם השונות.

יפים לענייננו, בשינויים המחוייבים, דברי כב' השופט י' עמית ב[ע"פ 8056/10](http://www.nevo.co.il/case/5614674) **חוסם עווד נ' מדינת ישראל** פסקה 75 (19.11.2012):

**"גם אם קיימים 'חורים שחורים' בגרסתה של המתלוננת לגבי חלקו המדויק של המערער ולגבי הקשר שלו לגברים האחרים בפאזל האירועים באותו לילה, 'אִם כָּך וְאִם כָּך - הַכֶּתֶם נִשְׁאַר עַל הַקִּיר' (דוד אבידן) - כתם הזרע של המערער נשאר על החלק הפנימי של חזייתה של המתלוננת ועל טבורה".**

וכפרפרזה על האמור שם, כתמי דמו של הפעוט נשארו על חלקם הפנימי של תחתוני הנאשם.

לא נעלמה מעיני העובדה שנמצא כתם דם גם על כיס מכנסיו האחורי של הנאשם, אולם אין בכתם זה כדי לאיין את משקלם של הכתמים שבתוך התחתונים, גם אם לא נמצא לו הסבר.

1. גם בחינת הגרסה באשר לאופן העברת הדם מידי הנאשם לתחתונים, כמות שהיא, מעלה תהיות: הנאשם נגע ישירות בעכוזו של הפעוט בחדר הכושר ועם הגעתו הביתה "עזר" לש.ה על ידי כך שעמד סמוך אליה. לגרסתו, הוא לא הלך לשירותים בחדר הכושר ועם עלייתו לדירה נטל ידיו פעמיים וכשמדובר בכמות דם קטנה המתייבשת מהר, נשאלת השאלה כיצד הגיעו שרידי הדם לתחתונים? זאת ועוד, מיקום כתמי הדם ליד כתם השתן מצביע על כך שהכתמים נמצאו במקום בו נמצא באופן טבעי איבר המין.
2. ראיה נוספת התומכת בעמדת המאשימה הנה ההמטומה על לחיו של הפעוט אשר נוצרה בחדר הכושר על פי גרסת הנאשם עצמו. צורתה של ההמטומה מלמדת כי קיימת אפשרות סבירה שנגרמה על ידי לחץ של אצבעות על הלחי (כפי שקבעו המומחים זייצב וקוגל), ומשכך היא מהווה חיזוק ותמיכה לראיות התביעה, גם אם לא די בה כראיה עצמאית.

**"עוד נקבע כי לא נדרש להראות שכל אחת מהראיות הנסיבתיות בפני עצמה מספיקה להרשעת הנאשם. המסקנה המרשיעה יכולה להתקבל מצירופן של מספר ראיות נסיבתיות, אשר לכל אחת מהן בנפרד כוח 'מחשיד' בלבד, אם הן משתלבות זו בזו כך שמשקלן המצטבר הינו משקל ראייתי מפליל המבסס הרשעה בדין. זאת ועוד, ייתכן גם שלכל אחת מהראיות ניתן לספק הסבר תמים וסביר, אולם כאשר בוחנים את צירופן יחד לא ניתן עוד לספק הסבר תמים וסביר. לפיכך, ככל שהראיות רבות יותר, מגוונות יותר ושלובות יותר זו בזו, מתחזקת המסקנה המרשיעה ונחלשת חזקת החפות של הנאשם, ועל הנאשם לספק הסבר אלטרנטיבי סביר למכלול הנסיבות"** (ראו [ע"פ 6073/11](http://www.nevo.co.il/case/5906109) **משה סגל נ' מדינת ישראל** (11.06.2012)).

בסיכומיו הפנה עו"ד שפטל לחסרים שבמארג ראיות התביעה. סבורה אני כי אין בהעדרן של ראיות אלה כדי לשמוט את הקרקע מתחת לראיות שהוצגו, כפי שנקבע ע"י כב' השופט טירקל ב[ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה](http://www.nevo.co.il/case/17940948) (3) 477, 484:

**"דומה, שמותר להסתכן בקביעה, כי כאשר כל אחת מן הראיות הנסיבתיות בפני עצמה נוטה להצביע על אשמתו של הנאשם יותר מאשר על חפותו - ואפילו אין בה כשלעצמה כדי להרשיעו -הרי ככל שראיות אלה רבות יותר, מגוונות יותר ושלובות יותר אישה ברעותה, נעשית' 'חזקת חפותו' של הנאשם לאפשרות רחוקה יותר וקלושה יותר, עד שלא נותר ממנה שריד. יש כאן, כביכול, מעין תמונת הרכבה ('פזל'), שככל שמצטרפים זה לזה חלקים רבים יותר, מגוונים יותר ושלובים יותר זה בזה, הולכת ומתהווה תמונה, שבעיקרה היא ברורה לחלוטין, אפילו נעדרים אחדים ממרכיביה. יתר על-כן, תיתכן גם תיתכן אפשרות אחרת, שונה, שכל אחת מן העובדות, המובאות להוכחת אשמתו של הנאשם, היא תמימה ומקרית לחלוטין, כשהיא בפני עצמה, אולם עצם צירופן יחד אינו יכול ­מבחינה הגיונית - להיות תמים ומקרי (ראה: ע"פ 509/80 [3] הנ"ל)"** (ההדגשה שלי - ש.ד.)**.**

1. סבורה אני כי הוכח בראיות שאינן משתמעות לשני פנים כי הנאשם ירד לחדר הכושר עם תינוק בריא וחזר הביתה עם פעוט חבול קשות בפי הטבעת, לאחר שנדחו הסבריו של הנאשם כבלתי סבירים, המסקנה המתבקשת היא שהנאשם הוא זה שביצע בגופו של הפעוט מעשה סדום כנטען.
2. [סעיף 347(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) התשל"ז-1977 מגדיר "מעשה סדום" כ**"החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם..."**.

מאחר, שעל פי עדויות המומחים, לא ניתן לקבוע אם הגוף שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט, בחדר הכושר, הינו איבר מין או חפץ קהה אחר, אין אני קובעת שאכן היה זה איבר מינו של הנאשם שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט, אולם עצם החדירה הוכחה, ומשכך נתקיימו בענייננו יסודות העבירה של מעשה סדום על פי הוראות החוק.

1. לאור האמור לעיל, מציעה אני לחבריי להרשיע את הנאשם בביצוע עבירות של מעשה סדום בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים על ידי בן משפחה – לפי [סעיף 351(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.a) בנסיבות [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) וחבלה בנסיבות מחמירות – לפי [סעיף 335(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/335.b.2) לחוק.

|  |
| --- |
|  |
| **שרה דותן, שופטת**  **אב"ד** |

**כב' השופט שאול שוחט:**

1. אני מסכים.

לו ניתן היה להעביר את מסכת הראיות הנסיבתית שנפרשה לפנינו בפרשה זו - אותה ניתחה ראשת בית הדין, חברתי כב' השופטת שרה דותן, באזמל מנתחים – במעבדת קול, ולהפיג את 'רעשי הרקע' שמסביב, ניתן לקבוע, כי המאשימה עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, זאת נוכח העובדות המוכחות המפורטות להלן:

א. הנאשם ירד עם הפעוט לחדר הכושר, בשבת, 18.2.12, לאחר השעה 10:30 ונצפה יוצא מהמעלית בקומת המרתף שם נמצא חדר הכושר, ונכנס אליו בשעה 10:37, בקירוב. בשעה 11:12:42 נצפה הנאשם יוצא יחד עם הפעוט מחדר הכושר והולך לכיוון המעלית.

הפעוט, ירד עם הנאשם לחדר הכושר, כשהוא בריא, מתהלך בעצמו, ללא פגיעה נטענת, בודאי לא מוכחת, בפי הטבעת שלו.

הפעוט יצא מחדר הכושר, כשהוא נישא בזרועות הנאשם וראשו מונח על כתפיו.

ב. כשבע שעות לאחר מכן, בשעה 18:00 הובא הפעוט לחדר המיון בבי"ח שניידר בפתח תקווה עם חבלה חמורה בפי הטבעת.

הממצאים הרפואיים בחלק זה של גוף הפעוט, אינם שנויים במחלוקת: **"... בפי הטבעת – הרחבת האנוס, שני חתכים בשעה 12 ובשעה 6 בעומק כ-2 מ"מ ואורך כשני ס"מ"; "פצע עם חתכים שיוצאים זאת אומרת שהם מאזור פי הטבעת בערך 2 סנטימטר מפי הטבעת, ונמשכים פנימה..."; "קרע של הרירית האנאלית לאורך של 0.5 ס"מ ללא קרע של הספינקטר. באספקט האחורי הודגם קרע ברוחב כסנטימטר ואורך כ-4.5 ס"מ וקרע של הספינקטר החיצוני של פי הטבעת, בחלק החיצוני של הקרע. בחלק הפנימי קרע של הרירית"; "בפי הטבעת נמצאו שני פצעי קרע, דימום תת ריריתי והתרחבות פי הטבעת...".** בנוסף נמצא **"דימום תת עורי בלחי שמאלי"**.

ג. הממצאים הרפואיים בפי הטבעת של הפעוט נגרמו, אליבא דכל המומחים, כולל המומחה מטעם הנאשם, ד"ר חן קוגל, מחדירת עצם קהה לתוכו; בין אם הוא גלילי (פין בזקפה, אצבע או חפץ דומה אחר) בין אם הוא עצם נוקשה שצורתו אינה מוגדרת.

מוסכמה זו מובילה בהכרח למסקנה המשפטית שבקטין בוצע מעשה סדום כהגדרתו [בסעיף 347](http://www.nevo.co.il/law/70301/347) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז – 1977: **"החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם..."**.

ד. מעשה הסדום בוצע אפוא בפרק הזמן שבין כניסת הפעוט והנאשם לחדר הכושר ועד להגעת הפעוט לבית חולים שניידר.

פרק זמן זה ניתן לחלוקה לשלושה פרקי זמן משניים:

1. בין כניסת הפעוט והנאשם לחדר הכושר ועד ליציאתם ממנו.

2. בין הגעת הפעוט והנאשם לדירת הנאשם ועד לעזיבת הפעוט עם אמו, לדירת הסבים.

3. בין הגעת הפעוט והאם לדירת הסבים ועד להגעתו עמם לבי"ח שניידר.

ה. אין בפי הנאשם טענה כי החבלה ארעה במהלך פרק הזמן בו שהו האם והפעוט אצל הסבים.

אין לתת אמון בגרסת הנאשם לפיה האם היתה זו שהחדירה אצבע לפי הטבעת של הקטין, במהלך הטיפול בו, בפרק הזמן שבין הגעתם לדירתו ועד לעזיבתה אותה עם הפעוט. מדובר בגרסה: כבושה, שהועלתה על ידי הנאשם לראשונה רק בעימות שנערך בינו לבין האם כאשר בחקירתו, שקדמה לעימות, ת/23(א), שלל אפשרות שכזו מכל והכל והביע תמיהה על העלאתה; שאינה מתיישבת עם פעולה חודרנית שאמורה היתה, במצב בו היתה פגיעה בפי הטבעת של הפעוט, לגרום לכאבים ולפרצי בכי (ראו חווה"ד של ד"ר קוגל מטעם הנאשם) מה שלא היה לגרסת הנאשם; שנשללה ע"י ד"ר זייצב, מטעם המאשימה, אשר הדגיש כי החדרת אצבע עם צפורן אינה יכולה לגרום לקרעים העמוקים שנמצאו בפי הטבעת של הפעוט, מה גם שבזמן הבדיקה פי הטבעת היה רחב וחדירת אצבע, דקה יחסית, לא יכולה היתה לגרום לנזק הנטען.

משכך, לא נותר אלא לקבוע שהחבלה התרחשה בפרק הזמן בו שהו הפעוט והנאשם, לבד, בחדר הכושר.

ו. משלא נטען כי לפעוט נגרם אירוע תאונתי בחדר הכושר, כזה שיכול היה להביא לפגיעות האמורות בפי הטבעת שלו, ומשלא נטען כי היה זה מישהו אחר, בחדר הכושר, שיכול היה לגרום להן לא נותר אלא לקבוע – בצירוף הראיות הנוספות עליהן עמדה ואותן ניתחה חברתי הש' דותן: מצבו של הפעוט לפני ואחרי על פי מצלמות האבטחה; עדותו של השכן יאיר לוי; התנהלותו של הנאשם החל מיציאתם מחדר הכושר ועד להגעתם לדירתו; כתמי הדם של הפעוט שנמצאו בתחתוני הנאשם ומיקומם בתחתונים; הדימום התת עורי בלחי שמאל של הפעוט שנגרם – כך יש לקבוע גם נוכח גרסת הנאשם בת/26 א' עמ' 7 ש' 17-35 – בעת שהייתו עם הנאשם בחדר הכושר והמתיישב גם עם לחץ אצבעות על הלחי (כפי שקבע גם המומחה מטעם הנאשם) – כי מסכת הראיות מערבת, לכאורה, את הנאשם בביצוע העבירה ויוצרת הנחה המפלילה אותו בביצועה.

1. האם עמד הנאשם בנטל המוטל עליו להציע הסבר חלופי אחר למערכת הראיות הנסיבתית, הסבר שעשוי להותיר ספק סביר ביחס להנחה המפלילה העומדת נגדו?

הפכתי וחזרתי והפכתי בהסברים שסיפק הנאשם ואף אני, כחברתי הש' דותן, לא מצאתי כי עלה בידו לעשות כן, ולא ארחיב. הגם שהמאשימה צריכה להוכיח למעלה מכל ספק צריך הנאשם לתת הסבר סביר להעלאת אותו ספק.

1. המסקנה המתבקשת לטעמי היא כי הנאשם ביצע בפעוט מעשה סדום במהלך שהייתם המשותפת בחדר הכושר. אף אני סבור, כי אין בידינו לקבוע אם עשה זאת באמצעות החדרת איבר מינו או חפץ אחר. בהקשר זה לא ניתן לומר כי היה זה איבר מינו שהוחדר לפי הטבעת של הפעוט. לא מצאתי קביעה שכזו בחווה"ד מטעם התביעה ואף המאשימה לא עומדת על קביעה שכזו.

לפיכך מסכים אני לפסק דינה של חברי כב' הש' דותן כי יש להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

|  |
| --- |
|  |
| **שאול שוחט, שופט** |

**כב' השופטת ד"ר דפנה אבניאלי:**

1. אני מסכימה עם הניתוח המעמיק והתוצאה אליה הגיעה אב"ד, כב' השופטת דותן, וכן עם הדברים שהוסיף חברי כב' השופט שוחט.
2. לא בכל יום נדרש בית המשפט לדון במעשה כה נתעב, כאונס תינוק בן 18 חודשים. התמונות שצולמו בטרם נותח הפעוט בבית החולים מעוררות חלחלה ופלצות. זעקות השבר של האם, אשר העידה בבית המשפט כיצד נאלצה לחזות בבנה הסובל על לא עוול בכפו, מהדהדות באוזני, ומנגד - אדישותו המופגנת של הנאשם, שניסה לשכנענו כי התינוק גרם לנזקו במו-ידיו או לחילופין שאמו עשתה כן, בעת שטיפלה בו לאחר שחזר עמו מחדר הכושר לדירתו. אכן, הנאשם לא בחל ב"הסברים" תיאוריות ותירוצים, אך לא עלה בידו לעורר ספק בלבנו, כי את המעשה המבחיל עשה לתינוק האומלל בעצמו.
3. אני מצטרפת לקביעת חבריי, כי יש להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

|  |
| --- |
|  |
| **ד"ר דפנה אבניאלי, שופטת** |

**סוף דבר:**

אנו מרשיעים את הנאשם בביצוע עבירות של מעשה סדום בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים על ידי בן משפחה – לפי [סעיף 351(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.a) בנסיבות [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) וחבלה בנסיבות מחמירות – לפי [סעיף 335(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/335.b.2) לחוק.

**5129371ניתנה היום 27.11.13 במעמד הצדדים.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **54678313** |  |  |  |  |
| **שרה דותן, שופטת**  **אב"ד** |  | **שאול שוחט, שופט** |  | **ד"ר דפנה אבניאלי, שופטת** |

שרה דותן 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן