**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| בית משפט השלום ירושלים | | פ 004936/01 | |
|  | |
| בפני: | כב' השופט יואל צור, סגן הנשיא | תאריך: | 29/01/03 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| בעניין: | מדינת ישראל | |  |
|  | ע"י ב"כ עו"ד | איתן כהן | המאשימה |
|  | נ ג ד | |  |
|  | דגן יוחנן | |  |
|  | ע"י ב"כ עו"ד | דורון שמעוני | הנאשם |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [368 ד'](http://www.nevo.co.il/law/70301/368d), [368ד' (ז)](http://www.nevo.co.il/law/70301/368d.g)

[חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955](http://www.nevo.co.il/law/70387): סע' [11](http://www.nevo.co.il/law/70387/11)

כתב האישום מייחס לנאשם עבירה של מעשה מגונה בקטין לפי [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**הכרעת דין**

# א. האישום

1. כתב האישום מייחס לנאשם עבירה של מעשה מגונה בקטין לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות של [סעיף 345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז- 1977.

5129371 2. העובדות המיוחסות לנאשם הן שבתאריך 17.1.01 סמוך לשעה 11.30 בחנות בגדים ברחוב מאה שערים ביצע הנאשם מעשה מגונה בקטינה א.ר. ילידת 1989 (להלן- הקטינה). מיוחס לנאשם שהינו מוכר בחנות בגדים שעזר לקטינה לבחור בגדים ואז הרים את חולצתה של הקטינה תוך שהוא שם עליה חצאית והחל לגעת עם ידיו בחלק גופה העליון תוך שהוא ממשש ומלטף בגופה של המתלוננת ובחזה שלה. באותן נסיבות אמר הנאשם למתלוננת שיש לה גוף יפה.

## ב. ממצאים שעליהם תבוסס הכרעת הדין

3. להלן כמה ממצאים שעליהם אבסס את הכרעת הדין, העולים מהעדויות:

א. הנאשם יליד 1954. עולה חדש מאירן.נ

ב. החנות נשוא כתב האישום ידועה בשם "אופנת הנסיכה" ומצויה ברחוב מאה שערים 9 בירושלים (עמ' 77) . מדובר בחנות שהיא בזאר הכולל פרטי לבוש לנשים ולנערות. מדובר בחנות בשטח של כ-30 מ"ר (עדות מרים שמניאן עמ' 82) המצויה באזור חרדי, ומטבע הדברים קהל היעד של החנות הם בעיקרו של דבר, אם לא בצורה מוחלטת, חרדים תושבי שכונת מאה שערים (ניתן לראות את תמונות החנות במוצג נ/3 א' עד ה'). יודגש שפרטי הלבוש הנמכרים הם רק לנשים ולנערות שכן יש חנויות מיוחדות למכירת פרטי לבוש רק לנשים ופרטי לבוש רק לגברים ואלה לא נמצאים לצד אלה באותה חנות (עמ' 97). החנות הנ"ל מפרנסת 4 משפחות. את משפחת הנאשם, אחיו (שוקי), אחותם, ואביהם (להלן- חנות זו תיקרא החנות).ב

ג. בשל כך שישנה תחרות מסחרית רבה בין החנויות שבשכונה, נהגה החנות לתת הנחות במחיר ולעיתים ניתנו פרטי לבוש במתנה כדי למשוך את הקונים (עדות מרים שמניאן עמ' 77).על היקף התחרות בשכונה ניתן ללמוד מעדותו של עד ההגנה גלצי אליהו שהעיד על 15-16 חנויות לבגדי נשים שכולן נמצאות באותה שכונה (עמ' 102), ולכן מורידים מחירים, וכשכבר נכנס קליינט יש משימה למוכרים שהלקוח ייצא מהחנות לאחר שקנה (עמ' 102 למטה). מטעמי צניעות חייבת בחנות , ובמיוחד כזו שמיועדת למכור פרטי לבוש לנשים, שתהיה מוכרת, פרט למוכר . הדיסטנס הוא כה רב עד שכאשר המוכר או המוכרת מחזיר עודף הוא לא ייתן זאת לידו של הלקוח אלא יניח זאת על הדלפק או על השקית של הקונה (עמ' 103 ועמ' 108).לצד אלה ישנן "משמרות צניעות" המקפידות על כך לבל ייראה פריט לבוש לא מוסרי מהויטרינה של החנות (עמ' 107).ו

ד. המתלוננת (ילידת 1989-שהיתה בתאריך 17.1.01 קרוב לגיל 12 שנה) ביקרה בחנות הנ"ל ביום 17.1.01 בסביבות הצהריים. הקטינה באה בגפה ולא היתה מלווה באיש מבוגר כשביקרה בחנות. ביקורה בחנות היה ביקור חטוף כשהיא בדרכה לטיפול אצל פסיכולוג. היא ביקרה בחנות שעה שהוריה המתינו לה אצל הפסיכולוג (ת/5 ש' 218-219) לצורך פגישה שהיתה אמורה להיות לקטינה עם אותו פסיכולוג כחלק מטיפול שהיא מקבלת.נ

ה. בעת האירוע הנטען היו בחנות פרט לנאשם ולמתלוננת גם גב' מרים שמניאן, ששימשה כמוכרת בחנות, והובאה לעדות כעדת הגנה. בנוסף להם היו עוד כ-3-4 קונים מלווים באחרים (לפי עדות מרים שמניאן) הקונים בד"כ היו מלווים ב- 2-4 אחרים כמו למשל אמא ובת, כלה וחתן – ראה עמ' 87 וכן ראה גם עמ' 88 לפרוט').בחנות היו אם כן בין 6 אנשים (לפי גרסה אחת) ועד כ-12 אנשים (לפי גרסה אחרת ) בשטח של כ-30 מ"ר.

ו. אחיו של הנאשם שוקי דגן היה נכנס לחנות ויוצא מידי פעם אך הוא לא ראה את הקטינה (עדות מרים שמניאן עמ' 87). מכל מקום גם אם ראה אותה היה זה לזמן קצר.ב

ז. הנאשם עולה חדש מאירן שב-2001 היה כארבע שנים בארץ (עמ' 45) . הנאשם דובר עברית עילגת, איננו קורא וכותב בעברית (עדות מרים שמניאן עמ' 95). ניתן להבחין בשפתו הדלה בפרוט' הדיון שהיה מוקלט ולאחר מכן מוקלד.ו

ח. התביעה ייחסה לנאשם שאמר למתלוננת שיש לה גוף יפה, אך הנאשם כפר בכך והודה שאמר לה שהחולצה והחצאית יפה (עמ' 46 לפרוט').נ

ט. הנאשם בזמן היותה של המתלוננת בחנות נתן לה שירות שהתבטא (לפי עדותו במשטרה-ת/7 ש'10) במתן חצאית. המוכרת, מרים שמניאן, העידה שהיא היתה זו שהציעה עזרה לקטינה והקטינה עמדה על כך שאינה זקוקה לעזרה. המוכרת העידה שהיו גם שתי חולצות שהמתלוננת בחרה **אישית** קודם לכן, שאותן הניחה על הדלפק. יוצא ,איפוא, שאותו חלק של המפגש שבין הנאשם והמתלוננת היה החלק האחרון של ביקורה של המתלוננת בחנות, בטרם יצאה. חלק שהיה קצר ביותר.

**ג. עדות המתלוננת, תוך התייחסות לחוו"ד חוקרת הנוער והאם ניתן לבסס על עדות זו הרשעה בדין**

4. להלן עדות המתלוננת כפי שעולה מ-ת/5:

"....הוא הביא לי חצאית אחרת ג'ינס והוא שם אותה כאן, הוא מדד לי, הוא הרים לי את החולצה והוא שם אותה כאן.....אני רציתי פתאום להשתחרר ממנו, כי הוא החזיק אותי ככה, כלומר עשיתי לו, אני יכולה לנסות את זה בעצמי. אז הוא אמר למה? אני אנסה את זה .....הוא שם את הידיים שלו כאן....בהתחלה חשבתי אולי בלי כוונה או קי אז אני נכנסתי לחדר ואני ניסיתי את החצאית, אחר כך הוא הביא לי עוד חצאית. ואחר כך הוא הביא את ....החצאית קצת יותר למעלה, זה היה בערך כאן...אחר כך ממש התחלתי לחשוד כי הוא התחיל לעלות עם הידיים שלו...לגעת בי בגוף והוא התחיל לעלות עם הידיים, וכל הזמן הוא היה על הבירכיים כזה והוא כל הזמן הסתכל לכל הצדדים, יש לו עיניים כאלה מפחידות, והוא הסתכל על כל הצדדים, כל רגע הוא עשה , וגם הוא עשה ככה.....ואחר כך הוא אמר לי יש לך גוף טוב לילדה....ואחר כך הוא עוד פעם....הוא אמר יש לך גוף טוב לילדה הוא עשה כאן וכאן והוא הרים לי את החצאית והוא עשה לי כאן וכאן....ואמרתי לו אמ...הוא אמר בואי אני ינסה עוד חצאית ואני אמרתי אני חייבת ללכת להורים שלי הם אמרו לי שאני צריכה ללכת איתם,.....אז הוא אמר למה? רק זה רק 11 וחמישים, אמרתי אני צריכה ללכת לאבא ואמא שלי. ןא אמר למה? אני אתן את זה הכל בחינם.....".ב

בהמשך (עמ' 10 ש' 382) העידה המתלוננת (בעקבות שאלת החוקרת ) כך:

"הוא נגע באיזור כמו הזה, ה "היפס" (ירכיים-י.צ.) כאן, הוא נגע בחזה, הוא הוא כמו שמישהו בא, אז הוא עשה כמו שהוא כזה אמ, תומך בי כזה,כמו שהוא מנסה לקום, ובלי כוונה הוא עשה את זה אבל זה היה מתחת לחולצה כמו היד שלו היתה ככה על החזה שלי".ו

1. חוקרת הילדים גב' יפעת פולק התייחסה למהימנות עדותה הקטינה וציינה שמדובר במלל חופשי וזיכרון אוטנטי, עדות עשירה בפרטים וחוויות, בתיאור כללי לא מובנה עם קפיצות זיכרון.לדברי העדה "ילד שממציא סיפור נוטה למסור עדות שטחית ללא פרטים. ילד כזה יתמקד בפעולות שנעשות בו ויימנע מלתאר את הקונטקסט והפרטים מסביב".מסקנתה, אם כן, היתה שהקטינה העידה עדות אמת.

1. חוקרת הנוער סירבה לכך שהקטינה תעיד בביהמ"ש וכך העידה בעניין זה (עמ' 11 ש' 24 ואילך):

"במקרה זה היו שיקולים לכאן ולכאן אך מה שהכריע הוא שהייתי צריכה לקבל החלטה לפני סיום החקירה כיוון שההורים היו בבית ותיאמנו הגעתם אלי לחקירה הם התנו את קיום החקירה בזה שריטה לא תעיד בביהמ"ש. הייתי צריכה להחליט אם לקיים חקירה תוך הסתייגות שריטה לא תעיד או שלא נקיים חקירה. החלטתי לקיים חקירה עם ההגבלה שלא להעיד.כשהורים מתלבטים לגבי עניין ההעדה, אנו מפעילים את כל היכולת שלנו לגייסם להליך ולעיתים כשהורים מתלבטים לגבי עניין ההעדה, אנו מפעילים את כל היכולות שלנו לגייסם להליך ולעיתים נעשה זאת. במקרה זה ההורים היו מאד נחרצים. אני התרשמתי שבצורה זו ובנסיבות אלו לא יוכלו ללוותה בהליך כזה כי הם עצמם יצטרכו איזה טיפול או ייעוץ וכשהיתה התנגדות כ"כ גדולה לא הצענו את הייעוץ".נ

7. מסתבר שחוקרת הנוער הסכימה לשוב ולשקול דבר העדתה של הקטינה.חוקרת הילדים בדקה את הנושא עם אימה של הקטינה וציינה במכתבה שלאחר שהאם ובעלה שוחחו עם בתם הקטינה והודיעו לה על מועד פגישה עם חוקרת הילדים הקטינה החלה להשתולל וסירבה בתוקף להעיד בביהמ"ש או להיפגש עימה. חוקרת הילדים לא הסתפקה בכך ושוחחה טלפונית עם הקטינה עצמה וזו האחרונה "אמרה בתוקפנות כי אינה רוצה להעיד, אינה רוצה שהנאשם יראה אותה ויזהה אותה.....כמו כן אמרה כי אינה מוכנה להעלות את הנושא מחדש". לכן שבה חוקרת הילדים וכתבה שלא ניתן לקיים את המפגש והיא אוסרת על העדתה כדי למנוע נזק נפשי לקטינה. נכון הוא שחוקר הילדים יש לו קריטריונים לפיהם הוא מחווה דעתו באשר לנכונות עדותה של קטינה, אך מקום שידוע לו שהקטינה נתונה לטיפולים נפשיים, וכאשר ידוע הוא שהקטינה לא היתה בשום מסגרת לימודית בתקופת האירוע הנטען ושהיא עברה 3 בתי ספר, היה מקום שחוקרת הילדים תשוחח עם הפסיכולוגית שטיפלה בקטינה.יש לזכור שחוות דעתה של חוקרת הילדים היתה שמדובר בילדה אינטליגטית ונבונה. אם כך, העובדה שלא נקלטה ב-3 בתי ספר אומרת דרשני, היינו או שחוות דעתה של חוקרת הילדים אינה נכונה בנימת המעטה, או שאם היא נכונה, מסתתרת אצל הקטינה בעייה נפשית לא ברורה. אילו זה היה הפגם היחידי ניתן היה להתעלם ממנו, אך כשהוא מצטרף לספקות אחרים שיפורטו להלן, יש בכל אלו כדי להוביל למסקנה שיש ספק באשר לאמיתות טענותיה של המתלוננת למרות חוות דעתה של חוקרת הילדים.ב

8. במאמר מוסגר אציין שהסנגור ציין בעמ' 10 בסע' 6.4.7 לסיכומיו בכתב שהיה על חוקרת הילדים להיוועץ עם פקיד הסעד וזאת לפי [סע' 368ד' (ז)](http://www.nevo.co.il/law/70301/368d.g) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977. ולא היא! [סע' 368 ד'](http://www.nevo.co.il/law/70301/368d) על כל חלקיו עוסק בעבירה שנעברה בקטין או חסר ישע ע"י מי שאחראי עליו, ואז קמות חובות דיווח והיוועצות למיניהן. במקרה שלפנינו האירוע הנטען לא נעשה ע"י מי שאחראי על הקטין, ולכן, הסע' לא רלוונטי למקרה דנן, כך שלא היתה כל חובת היוועצות של חוקרת הילדים עם פקיד הסעד. אך כפי שציינתי לעיל, ראוי היה שתיוועץ בפסיכולוג שטיפל במתלוננת שכן אין בחוות דעתה התייחסות למצבה הנפשי של המתלוננת והאפשרות שמצב זה ישפיע על נכונות תלונותיה, ומכל מקום, גם אם היתה מחווה דעתה בעניין זה חוות דעתה היתה לקויה אם לא היתה מבררת את עמדת הפסיכולוג המטפל בקטינה באופן קבוע לגבי מצבה הנפשי.

1. בחינה מדוקדקת של הראיות ולמרות חוות דעתה של חוקרת הילדים אני סבור שיש ספקות סבירים שמציבים סימן שאלה באשר לעצם התרחשות האירוע הנטען, ואלו טעמי:

א. הקטינה שלפנינו היא חריגה . כפי שעולה מפרוטוקול העדות בפני חוקרת הילדים, במהלך 5 השנים שלפני עדותה עברה 3 בתי ספר שונים, ובזמן העדות לא היתה בשום בית ספר, בכתה ג' היתה (לפי עדותה היא) במצב שלא ידעה כמה זה 2+2.היא מטופלת אצל פסיכולוג ולא ברור מה מהות הטיפול. גם החוקרת עצמה ציינה (ראה עמ' 12) ש"המתלוננת היתה בתקופה שעזבה 3 בתי ספר ומחוץ למסגרת חינוכית ונראה שלא היה לה עוגן יציב בחייה". אדגיש שלא מדובר בקטינה הסובלת מפיגור שכלי כלשהו. להיפך, חוקרת הילדים ציינה שמדובר בילדה נבונה ואינטליגנטית. אם כך מסתתרת אצלה בעיה נפשית שמהותה לא הובררה והוסתרה.

ב. בעוד שהמתלוננת טענה ש"בעל החנות" נתן לה חולצה צמודה, המוכרת, מרים שמיניאן , העידה שהמתלוננת לקחה את החולצה בעצמה (עמ' 78). לדברי המוכרת היא הציעה למתלוננת עזרה בבחירת בגדיה אך הקטינה אמרה שהיא מסתדרת בכוחות עצמה. הקטינה בחרה חולצה אחת אחרי שמדדה ושמה אותה על השולחן והלכה למדוד עוד אחת. שוב המוכרת הנ"ל הציעה עזרה לקטינה ושוב אמרה לה הקטינה שהיא מסתדרת. לאחר שהיא הניחה על השולחן ,שתי חולצות שבחרה, לדברי המוכרת הלכה המתלוננת למדוד עוד פריט לבוש. משסיימה את כל אלה יצאה המתלוננת מהחנות ואמרה שהיא חוזרת עם אימה כדי שתראה את החולצות (עמ' 80).פריט הלבוש הנוסף היתה חצאית .רק בשלב זה היה הנאשם מעורב, אך כפי שכבר צויין לעיל, היה זה שלב אחרון של ביקור המתלוננת בחנות וזה היה שלב קצר ביותר.כנגד זאת בתיאור הקטינה המעשים המגונים הנטענים היו קשורים למדידת החצאית ונראה מעדותה שהיה זה שלב ארוך שכלל מעשים מגונים, אלא שתיאור זה אינו מתיישב עם מהלך העניינים שלפיו שלב החצאית היה שלב אחרון בביקור והיה קצר לעומת השלבים שהתייחסו לבחירת שתי החולצות.ו

ג. המתלוננת בתיאורה את הארוע ציינה שמדדה בגדים בתא המדידה פעם אחת, בעוד שלדברי המוכרת היתה שם 3 פעמים פעם בגין כל חולצה ופעם בגין פריט לבוש נוסף (שלאחר מכן התברר שזו היתה חצאית). מה שברור הוא שהמתלוננת היתה לפחות פעמיים בתא המדידה אלא שאת הפעם השניה כלל לא תיארה המתלוננת.

ד. התיאור שנתנה המתלוננת לגבי מעשי הנאשם נראה לא אמין בשים לב לכך שהיו עוד אנשים בחנות (מינימום 6 ומקסימום- לדברי שהעדה מרים שמיניאן כפול מכך. אך גם אם ננקוב במינימום של 6 קונים נוספים בחנות ששטחה כ-30 מ"ר ובנוסף אליהם היתה המוכרת, וכאשר ניתן לראות את המתרחש בחנות, למרות הבגדים התלויים (ראה קב' התמונות נ/3 ומיוחד תמונות ב'-ג'), הסיפור הנטען נראה מפוקפק ביותר.נ

ה. נוכח העובדה שהמתלוננת היתה אמורה , מייד לאחר הביקור בחנות, לעבור טיפול אצל הפסיכולוג (טרפיסט- כלשון הקטינה) , לא נבדקה באמצעות הפסיכולוג שאלת שיתוף הפעולה של הקטינה עם הטיפול, מידת רצונה לעבור את הטיפול ומה היו הסיבות הקשורות לטיפול. כאשר יצאה מהחנות ורצה אל הוריה שהמתינו לה אצל הפסיכולוג, יצרה בעקבות טענותיה מצב בו לא עברה כל טיפול לפחות לא באותו יום. לכן, גם היתה חשיבות מרובה לכך שחוקרת הילדים, בטרם מתן חוות הדעת תתייעץ או תשוחח עם הפסיכולוג שטיפל המתלוננת.

ו. לצד כל אלה יש להתחשב בעדותה של המוכרת מרים שמניאן. אישה זו עבדה כחודש ימים בחנות הנאשם. בזמן מתן עדותה לא עבדה במקום. אין לה כל קשר לנאשם או בני משפחתו. לעדותה יש לתת משקל.בעמ' 78-80 תיארה את ביקורה של המתלוננת בחנות. הקטינה לא חפצה בשום עזרה מהמוכרת אף כי זו הציעה לה עזרה פעמיים. היא מדדה שתי חולצות ולאחר שבחרה אותן הניחה אותן על שולחן. לאחר מכן מדדה עוד פריט לבוש, ולבסוף משפנתה לצאת מהחנות נשאלה ע"י המוכרת אם אינה לוקחת את החולצות, והקטינה השיבה שהיא חוזרת עם אמא שלה, כי היא רוצה שהיא תראה את החולצות. עדה זו העידה (עמ' 80) שלא ראתה משהו יוצא דופן אצל המתלוננת כשזו עזבה את החנות. כשחזרה המתלוננת אחרי כחצי שעה כשהיא מלווה ע"י שוטרת, חשבה המוכרת שזו אימה.

.10 ע"פ [סעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/70387/11) ל[חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים)](http://www.nevo.co.il/law/70387) תשט"ו-1955 במקרה בו עדות קטין נשמעת באמצעות חוקר ילדים, על התביעה להביא ראיית סיוע לעדות הקטין. מטבע הדברים, ראיית הסיוע צריכה להיות ראיה כזו שיהיה בה כדי לקשור את הנאשם לעבירה המיוחסת. התביעה טענה שאת הסיוע ניתן למצוא בעדויות על מצבה הנפשי של המתלוננת ועדויות הוריה שהיא היתה נסערת ובוכה , דבר המצביע על אירוע טראומטי שאירע לה. ב**ע"**[**פ 3904/96 סימן טוב מזרחי נ' מדינת ישראל פ"ד נא**](http://www.nevo.co.il/case/17935160) **(1) 385**, אלא שלעניין פס"ד זה יש לדייק ולציין שמצב נפשי מתמשך אכן יכול להעיד על טראומה,באותו מקרה הקטין היה בסערת נפש ובכה סמוך למקרה, אך ניתן משקל בסוגיית "הסיוע" לתיאור ההורים את צחצוח השיניים ושטיפת הפה שביצע הילד לעיתים תכופות לאחר האירוע, וצויין שהיה מדובר בתופעות שנמשכו זמן רב לאחר האירוע (ראה עמ' 409 לפסה"ד ליד האות ג'). כנגד זאת, במקרה דנן ישנו תיאור של בכי חד פעמי בעת הביקור בחנות ביחד עם השוטרת.אך פסה"ד הנ"ל חשוב לענייננו לעניין רמת הסיוע הנדרש. באותו מקרה העיד הקטין בביהמ"ש (דבר שלא היה במקרה דנן) ועדותו בביהמ"ש נקטעה. באותן נסיבות קבע ביהמ"ש העליון מפי כב' השופטת ביניש, שהסכימה בנקודה זו עם כב' השופט גולדברג (עמ' 409 ליד האות ז') ש"רמת הסיוע הנדרש במקרה שהילד מעיד בבית המשפט אך עדותו נקטעת, נקבעת על פי רף גמיש, הנע בטווח שבין "סיוע מהותי" לבין "חיזוק" מינימלי לפי נסיבות המקרה". מכאן , שבמקרה שהקטין לא העיד (וזהו המקרה דנן, נדרש "סיוע מהותי" אשר כלל לא היה). באשר לבכי לאחר האירוע הנטען יש להזכיר את דברי השופט שמגר בעניין **ע"פ 8014/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל פ"ד לו (2) 826** , בעמ' 831 ליד האות ו' עד 832 ליד האות א'-שם נאמר כדלהלן:

"המצב הנפשי של מתלונן או מתלוננת יכול שיהיו תגובה מגוננת או אף הצגה וזאת, למשל,עת יודעים המתלונן או המתלוננת , כי מאן דהוא צפה במה שאירע. ייתכנו , כמובן, גם טעמים נוספים לבימוייה של הצגה. כן ייתכנו מצבים,בהם נולדת התלונה עצמה מתוך מצב נפשי, שהיה קיים מעיקרו, מבלי שהיתה במעשיו של הנאשם עילה להיווצרותו של המצב הנפשי האמור. מכאן כי מתחייבת גישה זהירה לסיוע מן הסוג המתואר, וכדי להחליט, מה המשקל אותו יש לייחס במקרה פלוני לתיאורו של המצב הנפשי, יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות, ובנוסף לכך גם לשאלה, אם אלו שהבחינו במצב המתוא אכן יכלו להתרשם נכוחה וכהוויתו מקיומו של המצב הנפשי".ב

הבכי בעת הביקור בחנות לא צריך בהכרח להביא להרשעת הנאשם בעבירה כה חמורה . הדבר יכול להיות מוסבר באישיותה החריגה, ובהמולה שנוצרה , בכך שהובאה משטרה למקום,ובהתרגשות שנוצרה אצל הקטינה כתוצאה מכך.יש לייחס חשיבות לכך שהמוכרת לא ראתה בעת יציאת הקטינה מהחנות כל התנהגות חריגה, ואף בעת כניסת הקטינה לחנות ביחד עם השוטרת, חשבה המוכרת שאימה של הקטינה היא שוטרת, ושהם באו כדי לשלם עבור פרטי הלבוש שהושארו בדלפק. היינו בעת הכניסה לחנות לא היתה כל התנהגות מרוגשת אצל הקטינה. הבכי , אם כן, הופיע אחרי כן (ראה עמ' 81 6 שורות מלמטה) ,וניתן , כאמור, להסבירו, בהתרגשות שנוצרה אצל הקטינה מההמולה שנוצרה בחנות. עוד ייאמר שדווקא אימה של הקטינה הודתה (עמ' 21 ש' 20) שאחרי המקרה הנטען לא היתה הפנייה לטיפול. לעובדה זו יש חשיבות, דווקא מפני שהקטינה היתה נתונה לטיפולים נפשיים , והמקרה הנטען לפנינו לא הצריך טיפולים נפשיים

**ד.סיכום**

11. בחינה כוללת של הראיות בתיק שלפנינו מוביל אותי לקבוע שיהיה זה מאד בלתי בטוח להרשיע את הנאשם על סמך תלונת קטינה, שלא נחקרה בביהמ"ש (ראה דיון נרחב על כך בהכרעת הדין), אשר בעת מתן עדותה לא היתה באף מסגרת חינוכית, ובמהלך 5 השנים קדמו לעדותה בפני חוקרת הילדים עברה 3 בתי ספר שונים, וכאשר זו היתה עובר לאירוע הנטען, נתונה לטיפול פסיכולוגי אשר מהותו לא הובררה. כאן אשוב ואציין שלא היה מדובר בקטינה הסובלת מפיגור שכלי (כאשר לא למדה בבית הספר, ונפלטה מ-3 קודמים) שכן חוקרת הילדים היתה סבורה שמדובר בילדה "נבונה ואינטליגנטית" . בנסיבות אלה, אי הוועצות חוקרת הילדים בפסיכולוג(ית) שטיפל(ה) בקטינה , ואי הסכמה לחשוף את הפסיכולוג(ית) בפני חקירה בביהמ"ש פוגמת פגימה של ממש בוודאות התלונה הנטענת. סיפורה של המתלוננת לא מתיישב עם השתלשלות העניינים בביקורה בחנות (ראה דיון נרחב כל כך לעיל). בחנות ששטחה כ-30 מ"ר היו לכל הפחות 6-7 אנשים , ולפי גרסה אחרת גם כפליים מכך. אין כל טענה שכל הלקוחות הללו היו במקום אחד, הם היו מפוזרים בחנות, דבר שלא מאפשר עשיית מעשים כמיוחס לנאשם מבחינת משכם הנטען, מבלי שייראו.

מעבר לכל האמור לעיל, הנני בדיעה שהיו פגמים בהפעלת שיקול הדעת של חוקרת הילדים באי העדת המתלוננת. זו האחרונה העידה שהחליטה מראש לקיים את חקירת הקטינה עם הגבלה שלא להעידה, בשל התנאי המוקדם לפיו המתלוננת לא תידרש להעיד, היא אף הודתה שבשל כך לא יכלה בכלל להפעיל את שיקול דעתה (ראה עמ' 13 ש' 9 וכן ש' 14-17).גם כשהיתה הזדמנות נוספת לחוקרת הילדים להפעיל שיקול דעתה ולהעיד את הקטינה נתקלה בחומה מצד הקטינה והוריה, אך נמנעה מלברר את ההיבטים הנפשיים עם מי שמטפל בקטינה, כשידוע לה שהקטינה נתונה לטיפול.

לצד כל האמור לעיל, ראוי היה שהתביעה תעיד את אביה של הקטינה שכן עולה מסיום חקירתה של חוקרת הילדים שהיא שוחחה עם האבא ואין אף תזכיר, או פרוטוקול מאותה שיחה. עוד יוזכר שבעת שבאה הקטינה לחנות עם שוטרת היה נוכח בזירה שוטר נוסף, רס"ל ניאזוף, אלא שגם הוא לא הובא כעד תביעה.

אל מול אלה ייאמר, שהנאשם כפר כפירה מוחלטת במיוחס לו, ועשה כן בכל השלבים, החל ממעצרו, והמשך בהודעתו במשטרה, ובביהמ"ש. הנאשם לא ברח כאשר הגיעה המשטרה, הנאשם היה המום מעצם מעצרו (ראה עמ' 49 לפרוט').למרות שפתו הדלה, שיתף הנאשם פעולה במשטרה והשיב לשאלות שנשאל, תוך הכחשה מוחלטת של המיוחס לו (ראה ת/7), וכך עשה גם בביהמ"ש.

12. סוף דבר, והואיל ומכל הטעמים דלעיל, הספק רב על הוודאי, ויש ספק סביר באשר לאשמת הנאשם, וכלל לא יהיה בטוח להרשיעו על סמך העדויות שהובאו לעיל, הנני מחליט לזכות את הנאשם מהאשמה שיוחסה לו בכתב האישום.ו

**ניתן במעמד נציג התביעה, הסניגור והנאשם היום 29.1.03.נ**

**יואל צור, שופט**

**סגן הנשיא**

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח