



ת"פ 25503/07/15 - פרקליטות מחוז מרכז נגד עליזה סרבי

בית משפט השלום ברחובות

ת"פ 25503-07-15 פרקליטות מחוז מרכז נ' סרבי
בפני כבוד השופטת, סגנית נשיאה אפרת פינק

בעניין: פרקליטות מחוז מרכז

המאשימה

נגד

עליזה סרבי

הנאשמת

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד יניב בן הרוש

הנאשמת בעצמה

ב"כ הנאשמת עו"ד טלי גוטליב

הכרעת דין

הקדמה

1. אומר כבר בראשית הדברים, כי החלטתי להרשיע את הנאשמת בעבירה של תקיפה, לפי סעיף 379 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, ולזכותה, מחמת הספק, מעבירה של תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 368ב(א) סיפא לחוק העונשין.
2. הכרעת הדין מבוססת ברובה על סרטון המתעד את ההתנהלות בגן הילדים "עליזה" ביום 9.9.14. מצאתי כי הסרטון קביל מהטעמים שיפורטו בהכרעת הדין. בסרטון רואים את הנאשמת, שהיא הגננת בגן, משכיבה את הילדים לישון בצורה כוחנית ואגרסיבית על גבי מזרנים, תוך שהיא מחזיקה בידיהם בחוזקה ו"משליכה" אותם על גבי המזרנים. הקטין קם מספר פעמים מהמזרן. בשלב מסוים, ניגשת הנאשמת אל הקטין, תופסת את שערות ראשו, ומושכת אותו באמצעות שערותיו לכיוון המזרון בצורה סיבובית, ותוך הפעלת כוח.
- הנאשמת הפעילה כוח על גופו של הקטין, שכלל תפיסת שיערו ומשיכתו בצורה סיבובית לכיוון המזרן.
3. סעיף 378 לחוק העונשין מגדיר תקיפה: **"המכה אדם, נוגע בו, דוחפו, או מפעיל על גופו כוח**



בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמה שהוגשה בתרמית ...".

4. תפיסת שיערו של קטין, ומשיכת השערות בכוח לכיוון המזרון בצורה סיבובית, באה בגדר עבירת התקיפה בהיעדר צידוק בדיון. היא גם אינה יכולה להצדיק את המטרה של השכבת הקטין לישון והיא אינה מידתית. מכאן, שהיא עונה להגדרה של עבירת התקיפה.
5. הזיכוי מעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש הוא מחמת הספק, הואיל ולא נמצאו די ראיות להוכחת הקשר הסיבתי בין אירוע התקיפה ובין החבלה, משמע תלישת שיער שהובילה לקרחת בראשו של הקטין.

מבוא

6. נגד הנאשמת הוגש כתב אישום המייחס לה עבירה של תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש.
7. לפי המיוחס בכתב האישום, ביום 9.9.14 בשעות הצהריים, הנאשמת שהיא גננת, השכיבה את ילדי הגן לישון על גבי מזרנים. הקטין התקשה להירדם וקם מהמזרן מספר פעמים. בהמשך, משקם הקטין פעם נוספת, משכה הנאשמת את שערות ראשו של הקטין בחוזקה, בתנועה חדה כלפי מטה, והצמידה ראשו למזרן. כתוצאה ממעשיה, נתלשה קצוות שיער מראשו של הקטין.
8. הנאשמת טענה בתשובתה לכתב האישום כי אמנם השכיבה את ילדי הגן לישון במועד הנטען, ובכללם את הקטין, והקטין קם מספר פעמים, אולם לא תקפה את הקטין ולא גרמה לתלישת שערותיו.

התשתית העובדתית

9. הנאשמת ניהלה את גן הילדים "עליזה" משך כ-20 שנים. בגן היו בעת הרלוונטית כ-40 ילדים, ובכללם הקטין. הגן היה מצולם בידיעת הורי הילדים משך כל שעות היום בטלוויזיה במעגל פנימי.
10. הקטין היה בגן במשך כשנה לפני האירוע מושא כתב האישום, והוא עזב את הגן מספר ימים אחריו.
11. ביום 9.9.14, סבתו של הקטין אספה אותו מהגן, ובהמשך התקשרה לאמו ומסרה כי יש לקטין קרחת בראש. הוריו של הקטין מסרו, כי בעת שהגיעו הביתה הבחינו בקרחת, וסברו כי מדובר בממצא חריג שיש לבדקו (**פרוטוקול הדין**, בעמ' 52). אביו של הקטין אף התקשר אל הנאשמת, אשר מסרה כי היא לא ראתה משהו חריג. הנאשמת גם המליצה כי יפנו לבירור רפואי (**שם**, בעמ' 73).
12. למחרת, ביום 10.9.14, פנו ההורים לרופאת עור ולבדיקות דם. לאחר בדיקת הקטין, ערכה רופאת העור, ד"ר פייס, רישום ובו ציינה כי סיבת הפנייה היא "דלול באזור פאריטלי משמאל". כן ציינה האבחנה: Alopecia Nonscarring Unclassified " ". הקטין נשלח גם לבדיקות דם (**ת/4**).
13. הוריו של הקטין ציינו, כי ד"ר פייס העריכה שייתכן שמדובר במשיכת שיער וכי ביררה מולם כבר ביום 10.9.14, אם ייתכן כי הקטין עצמו או מישהו אחר מושך לו בשיער (**פרוטוקול הדין**, בעמ' 52 - 53; ובעמ' 73 - 74).
14. בין ובין חזר הקטין לגן, אולם ההורים לא היו רגועים והחליטו לצפות בסרטונים מהמצלמות בגן. ביום



16.9.14 הגיע אביו של הקטין לגן וביקש מהנאשמת לראות את הסרטונים מהמצלמות בגן. לדבריו, לאחר שראה את הסרטון, שוחח עם הנאשמת, ואמר לה שהיא מושכת לילד בשיער. בתגובה אמרה הנאשמת, כי רק הורידה לו את הראש. האב שמר את העתק הסרטון על דיסק-און-קי, ובהמשך גם הציג הסרטון למשטרה (שם, בעמ' 53 - 54, ו- 74).

15. באותו יום, 16.9.14 בשעות אחר הצהריים, פנה האב למשטרה והגיש תלונה נגד הנאשמת.
16. למחרת, ביום 17.9.14 בשעה 12:00 לערך, ניגשו שני שוטרים, מיטל גל ואבינועם בשארי, למעונה של הנאשמת, לפי הנחיית רמ"ח ליאור גרכט וללא לצו, על מנת לתפוס את מכשיר ה-DVR ולעכב את הנאשמת לחקירה. לפי המזכרים שערכו השוטרים, הנאשמת נשאלה אם יוכלו לקחת את מכשיר ה-DVR והיא הסכימה. המכשיר נתפס והנאשמת עוכבה לחקירה (ת/13; ת/14; ת/15). השאלה אם תפיסת מכשיר ה-DVR היתה כדין שנויה במחלוקת והיא תידון בהמשך.
17. הוריו של הקטין פנו פעם נוספת לד"ר פייס לאחר הצפייה בסרטון והגשת התלונה. ברישומיה מיום 17.9.14, ציינה ד"ר פייס, כי בבדיקות נמצאו "פאראמטרים של כדוריות אדומות נמוכות מהנורמה ... רופאת ילדים הציעה מתן ברזל". עוד ציינה "הבדיקה של רמת ברזל לא בוצעה בגלל דם המוליטי". כן הוסיפה: "לא מתאים לחסרים של ויטמינים ומינרלים, הבדיקות בסה"כ תקינות ... אבחנות: Alopecia Areta" (ת/5; ת/6).
18. ביום 28.9.14 מסרה ד"ר פייס להוריו של הקטין מכתב שזה לשונו (ת/7):
"מדובר בילד שפנה ב-10.9.14 בעקבות דלול מוקדי בשער באיזור הפריאטלי משמאל, לפי דברי האם שמה לב לממצא מספר ימים לפני זה. מכיוון שבבדיקתו נראה רק דלול, ולא התקרחות, נשאלה השאלה על טראומה בצורת משיכה כלשהי שנגרמה על ידי ילד עצמו, התעסקות עצמית שנראתה על ידי ההורים, או משיכה של ילד אחר. בכל אופן נשללו החסרים בוויטמינים ומינרלים על ידי בדיקת דם. הממצא בהחלט מתאים רק לטראומה של משיכה".
19. ביום 30.9.14 פנתה החוקרת מיטל גל לבית המשפט בבקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב (ת/20). השאלה אם ניתן בעקבות זאת צו חיפוש כדין (שהוגש על תנאי ת/2) שנויה, גם היא, במחלוקת ותידון בהמשך.
20. ד"ר פייס הוסיפה במכתב נוסף מיום 5.1.15 (ת/8), את הדברים הבאים:
"בבדיקה אחרי 4 חודשים צמיחה תקינה של שער במוקד הנגוע. השער התחדש באופן ספונטני ... לא היה חסר בוויטמינים ומינרלים. בדיקת TSH תקינה לכן אין שום בסוס לחשוד במחלת עור, מדובר בתוצאה של משיכה מכנית".
21. בהמשך לכך, הגיע האב פעם נוספת למשטרה, וביום 7.1.15 הביא מסמכים רפואיים, תמונות של הקטין וסרטון (פרוטוקול הדיון, בעמ' 73 - 74).

הסוגיות שבמחלוקת

22. הסוגיות שבמחלוקת נחלקות לשתי קבוצות - האחת, עניינה בקבילות המוצגים; השנייה, עניינה בשאלה אם הנאשמת ביצעה עבירה של תקיפה הגורמת חבלה.



23. בסוגיית קבילות המוצגים התעוררה מחלוקת הן באשר לחוקיות החיפוש במקום ותפיסת מכשיר ה-DVR ללא צו, והן באשר לקבילות העתק צו החיפוש במחשב שהוגש לבית המשפט.
24. באשר לקיום יסודות העבירה של תקיפת קטין בידי אחראי הגורמת חבלה, בה הואשמה הנאשמת, התעוררה מחלוקת הן בשאלה אם הנאשמת תקפה את הקטין, והן בשאלה אם התקיפה גרמה לחבלה.
25. אפתח בסוגיות הקבילות, שהרי אם ימצא כי הסרטון לא קביל, אין ראיות ישירות בשאלת התקיפה.

קבילות ופסלות

טענות הצדדים

26. באת כוח התביעה טענה, כי החיפוש במקום ותפיסת מכשיר ה-DVR היו כדין, וזאת משום שהחיפוש נערך ביום 17.9.14 לאחר שנודע למשטרה על ביצוע העבירה מסוג פשע, שהקימה מסוכנות כלפי הקטינים "זה מקרוב". לטענתה, למשטרה נודע על הפשע ביום 16.9.14 בשעות הערב, משמע מיד לאחר האירוע והחיפוש שנערך כ-12 שעות לאחר מכן. מכאן טענה, כי החיפוש נעשה בהתאם לחוק ולפסיקה. כן טענה, כי היתה הסכמה מדעת של הנאשמת לחיפוש שהיא עילה עצמאית לחיפוש. עוד טענה, כי לאחר שהאב צפה בסרטון בדיעת הנאשמת, היה חשש למחיקת הדיסק, וגם מטעם זה לא היה צורך בצו.

עוד טענה באת כוח התביעה, כי היחידה החוקרת ביקשה להוציא צו חיפוש במחשב והחיפוש במכשיר ה-DVR נעשה על ידי חוקר מחשבים מיומן, עמיר כהן, בהתאם לצו שניתן. לטענתה, יש לקבל כקביל את העתק הצו שהוגש, וזאת משום שממכלול הראיות עולה, כי מדובר בהעתק התואם את הצו המקורי, וכי ההעתק שהוגש עניינו בנתונים הקשורים לכתב האישום שבנדון. על כך ניתן ללמוד, לדבריה, גם מעדותם של החוקרים.

עוד הוסיפה וטענה באת כוח התביעה, כי אין מקום לפסול הראיות, גם מהטעם כי אין חשש לזיהומן והראיות אותנטיות. לטענתה, הנאשמת זיהתה את עצמה ואת הקטין וכן אישרה את מהלך האירועים כפי שהם מופיעים בסרטון. לטענתה, הסרטון מתעד בעיקר את הילדים בגן והגננת אפשרה הצילום כל הזמן, בהסכמת ההורים. מכאן, שגם אין פגיעה של ממש בזכות פרטיות. לטענתה, גם אם היתה פגיעה בזכויות, לאור הלכת יששכרוב, והאיזון בין האינטרסים והזכויות, יש לקבל הראיות.

27. באת כוח הנאשמת טענה, לעומת זאת, כי המשטרה ערכה החיפוש והתפיסה של מכשיר ה-DVR שלא כחוק, תוך פגיעה בזכויותיה של הנאשמת. לטענתה, הפשע המיוחס בוצע ביום 9.9.14 ואילו השוטרים הגיעו למקום לצורך ביצוע החיפוש רק ביום 17.9.14. מכאן טענה, כי לא בוצע פשע "זה מקרוב". עוד ציינה, כי הואיל והשוטרים הגיעו לגן רק בשעה 11:52 ניתן היה לפעול להוצאת צו חיפוש בבוקר קודם להגעתם. לטענתה, גם הסכמת הנאשמת לא היתה נדרשת, אם אכן פעלו כחוק. מכל מקום, ההסכמה לא היתה מדעת והשוטרים גם לא הסבירו לנאשמת את זכויותיה. החיפוש גם לא נערך בפני שני עדים. מכאן, כי התפיסה לא היתה בשל פשע שבוצע "זה מקרוב" וגם לא היתה הסכמה מדעת של הנאשמת, לא התקיימו התנאים לעריכת חיפוש ללא צו ומכאן שהחיפוש היה שלא כחוק.

עוד טענה, כי גם לא הוגש צו חדירה למחשב שהוא כדין. לטענתה, העתק הצו שהוגש לא עומד בתנאי הקבילות הבסיסיים - אין התאמה בין המסמכים, מספר התיק לא תואם את התיק שבפנינו, ואין קשר בין הבקשה ובין הצו. מכאן, כי המשטרה פעלה שלא כדין בביצוע צו החדירה למחשב.

עוד הוסיפה וטענה באת כוח הנאשמת, כי הואיל ומכשיר ה-DVR נתפס שלא כדין, החדירה למחשב נעשתה שלא



כדין ומכאן כי הסרטון לא קביל. לטענתה, אם יתקבלו טענות ההגנה בדבר אי החוקיות שנפלה בחיפוש ובחדירה למחשב, ויקבע כי הסרטון לא קביל, יש לזכות את הנאשמת בהיעדר ראיות.

28. באת כוח הנאשמת טענה תחילה גם בדבר קבילות צילומים שהגישה התביעה, אולם בהמשך חזרה בה מטענתה זו.

חוקיות החיפוש במקום ותפיסת מכשיר ה-DVR

29. ככלל, חיפוש בבית יעשה לפי צו של בית המשפט. חיפוש יכול ויעשה ללא צו של בית המשפט, רק בהתקיים הנסיבות שנקבעו לכך בחוק ובפסיקה. במקרה הנדון, נטען לקיומן של שתי נסיבות המאפשרות עריכת חיפוש ללא צו - הראשונה, בוצעה עבירת פשע "זה מקרוב"; והשנייה, ניתנה הסכמה מדעת לעריכת החיפוש.

30. לפי סעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט - 1969 (להלן - "פקודת החיפוש"):

"שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -

(1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב ..."

31. בית המשפט העליון קבע, כי הביטוי "זה מקרוב" נועד להגביל כוחו של שוטר לפעולות הצמודות מבחינת הזמן למועד ביצוע העבירה וצמידות זו תימדד בשעות ולא בימים (בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, 364 (1975); ע"פ 325/84 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 365, 369 (1985)). הסמכות לערוך חיפוש במקום שבו בוצע פשע "זה מקרוב" נועדה לאפשר למשטרה לתת מענה מיידי לצורך לאתר ראיות שעלולות להיעלם או להיות מושמדות בחלוף הזמן, כמו גם להבטיח את ביטחון הציבור. על מנת להבטיח תכליות אלו, חיפוש ללא צו יכול להיעשות תוך פרק זמן של שעות מקבלת המידע.

32. לפי ההלכה שנקבעה, ברוב דעות, ברע"פ 10141/09, 617/10, 5758/10 בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל (6.3.12), הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש על גופו, בכליו או בביתו, עשויה להוות מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש, בהיעדר צו, ובלבד שההסכמה היא מדעת. עריכת חיפוש על גופו של אדם או בביתו פוגעת בזכותו לפרטיות, אולם בהסכמה מדעת, יכול אדם לוותר על פרטיותו. כן נקבע, כי על מנת שההסכמה תהא מדעת, על השוטר המבקש את הסכמת האזרח לבצע את החיפוש להסביר לו, כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקק לחובתו.

33. בהלכת בן חיים נדונו, שלושה ערעורים - בעניינם של בן חיים, ג'בלי ועייש - שבהם נטען כי החיפוש היה לא חוקי, בשניים מהם התעוררה שאלת יישומו של המושג "זה מקרוב" שבסעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי, על נסיבות המקרה. ברע"פ 617/10 (ג'בלי) הנזכר, החיפוש נערך כשלושה שבועות לאחר קבלת ידיעה מודיעינית. בית המשפט קבע, כי ידיעה מודיעינית שהתקבלה כשלושה שבועות לפני החיפוש אינה ידיעה שהתקבלה "זה מקרוב" ומכאן, כי המקור היחיד לחיפוש עשוי היה להימצא בהסכמת הנאשם. לעומת זאת, ברע"פ 5758/10 (עייש) המידע התקבל בלילה שלפני החיפוש. בית המשפט קבע, כי נוכח סמיכות הזמנים בין מועד קבלת המידע ובין מועד עריכת החיפוש, החיפוש נערך לפי סעיף 25(1) לפקודת החיפוש, והסכמתו של הנאשם לא היתה רלוונטית.

34. האם התקיימו במקרה הנדון הנסיבות לביצוע חיפוש ללא צו? התשובה על כך היא בשלילה.



האירוע מושא כתב האישום התרחש ביום 9.9.14. ביום 16.9.14, משמע כשבוע לאחר מכן, הגיע אביו של הקטין לגן וצפה בסרטון מיום האירוע, ולאחר מכן העתיקו לדיסק-און קי. באותו יום, בשעות הערב, גם הגיש התלונה למשטרה. רק למחרת, בשעה 11:30 לערך הגיעו השוטרים לגן ותפסו את מכשיר ה-DVR (ת/13; ת/14).

ישום המושג "זה מקרוב" על הנסיבות מלמד כי לא היתה הצדקה לעריכת החיפוש ללא צו. החיפוש נערך בחלוף כ-18 שעות מהמועד שבו המשטרה קיבלה את הידיעה על אודות הצורך בחיפוש. יתר על כן, העתק הסרטון כבר היה בידי אביו של הקטין בעת עריכת החיפוש. אם אמנם היתה דחיפות בחיפוש, על מנת שלא יושמדו ראיות, או על מנת להגן על שלומם של קטינים, היה על המשטרה לערוך החיפוש ללא צו בערב שבו הוגשה התלונה, ולכל המאוחר, למחרת עם בוקר, ולפני פתיחת הגן. אם לא היתה דחיפות לעריכת החיפוש, היה על המשטרה לבקש צו לחיפוש.

גם לא ניתן לומר כי היתה הסכמה מדעת לחיפוש שנערך על ידי השוטרים. הנאשמת אמנם מסרה הסכמתה לחיפוש, אולם השוטרים לא טענו כי הסבירו לנאשמת את זכויותיה, לרבות זכותה לסרב לחיפוש, וממילא לא ניתנה הסכמתה מדעת לחיפוש שנערך על ידי השוטרים.

35. המסקנה היא, אפוא, כי לא התקיימו הנסיבות לעריכת חיפוש ללא צו. עם זאת, על המשמעות וההשלכות שיש לתפיסת מכשיר ה-DVR ללא צו, אעמוד בהמשך, והכל בהתאם לכללי הפסילה הפסיקתית.

קבילות החיפוש במחשב

36. לפי כלל "הראיה הטובה ביותר", יש להעדיף הגשת מסמך או מוצג מקורי לבית המשפט.
37. עם זאת, כחלק מהמגמה של מעבר דיני הראיות מקבילות למשקל אשר מקבילה גם להתפתחויות טכנולוגיות, הוסט כובד המשקל מקבילות טכנית אל מבחני מהימנות (ראו למשל: ע"פ 2801/95 **קורקין נ' מדינת ישראל** (24.3.98); ע"פ 6411/98 **מנבר נ' מדינת ישראל** (5.12.00)).

38. בית המשפט העליון המשיך וקבע בע"פ 4481/14 **בראונלי נ' מדינת ישראל** (16.11.16), כי נוכח ההתרופפות במעמדו של כלל "הראיה הטובה ביותר", וההתפתחויות הטכנולוגיות המצמצמות את הפער בין מסמך מקור והעתקו, אין קושי בקבלת העתק של מוצג וזאת בתנאים המבטיחים את מהימנות ההעתק. לצורך בחינת מהימנות ההעתק, יש מקום כי עורך המוצג יצהיר כי ההעתק נחזה להיות העתק מהימן. בנסיבות אלו, על המבקש לטעון לפסלות ההעתק להציג ראיות קונקרטיות המעוררות חשש של ממש כי ההעתק מזויף.

39. פסק דין בראנלי שניתן אמנם, בהקשר של קבילות העתק הקלטה, יפה גם לענייננו ולשאלת העתק צו החיפוש במחשב שהוגש לבית המשפט.

40. לצורך חיפוש במכשיר ה-DVR שנתפס בגן, היה על היחידה החוקרת להוציא צו חיפוש. השאלות השנויות במחלוקת בהקשר זה הן: האם אמנם הוצא צו חיפוש? האם הצו שהוצא חוקי? והאם היחידה החוקרת פעלה לפי צו שהוצא כדין?

41. בתיק הוגש על תנאי העתק צו בלבד, ואין מחלוקת, כי בכך נפל פגם. עם זאת, לא מצאתי כי מדובר בפגם, המצדיק פסילת העתק הצו שהוגש, וזאת מהטעמים שיפורטו.

42. החוקרת מיטל לב הגישה בקשה להוצאת צו חיפוש חומר במחשב (ת/20). הבקשה כוללת 4 עמודים, שניים מתוכם עמודי הבקשה עצמם ושניים עמודי הצו. בבקשה מיום 30.9.14 צוין כי העבירה של תקיפת



קטין הגורמת חבלה על ידי הגננת בוצעה ביום 9.9.14 במקום, רחוב האלון 25 ביבנה. כן צוין כי מבוקש חיפוש ב"מכשיר DVR שבאמצעותו מצולם ומוקלט הגן ובצפייה ראשונית העבירה נצפתה". על גבי הבקשה צוין מספר תיק: 414927/2014 וכן צוין מספר תיק בית משפט 44261/09. עמודי הצו אינם מלאים בבקשה שהוגשה.

אין מחלוקת, כי הבקשה להוצאת צו חיפוש במחשב (ת/20) עניינה בחקירת התיק שלפניי, וזאת משום שכלל הנסיבות מתאימות לתיק, לרבות המועד, המקום, העבירה המיוחסת וקיומו של מכשיר DVR שבו תועד האירוע. מכאן, כי עניינה של הבקשה שהוגשה בנסיבות התיק שלפניי.

43. הגעתי למסקנה, כי העתק **הצו** שהוגש (וסומן על תנאי ת/2) שייך **לבקשה** שהוגשה (ת/20) ושניהם, גם יחד, עניינם בחקירת התיק שלפניי, וזאת בהתבסס על הצטברות הנסיבות הבאות: שמה של הנאשמת ותעודת הזהות שלה צוינו בצו עצמו; מספר התיק שבצו - 414927/2014 - זהה למספר התיק של הבקשה; מספר תיק בית המשפט על גבי הצו - 44261/09 - זהה למספר שמופיע על הבקשה; המועד של הצו זהה למועד של הוצאת הבקשה; נכון אמנם, כי על גבי הצו צוין בכתב יד גם המספר - 3813-10-14 - שהקשרו אינו נהיר, אולם לא די בכך על מנת לנתק הקשר בין הבקשה ובין הצו, ובפרט כאשר כל יתר הפרטים המזהים קשורים זה לזה ועניינם בתיק שלפניי.

יתר על כן, עמיר כהן, שהוא חוקר עבירות מחשב בצוות הונאה מרכז, מסר בעדותו, כי קיבל לידיו את מכשיר ה-DVR על מנת להפיק סרטונים, וזאת יחד עם צו חיפוש במחשב שנחתם על ידי בית המשפט, אולם הוא אינו יודע היכן מצוי הצו המקורי. גם החוקרת מיטל לב מסרה, כי לא ניתן לבצע חדירה וצפייה במחשב ללא צו, ומכאן מסקנתה כי "בוודאות" היה צו של בית המשפט (**פרוטוקול הדיון**, בעמ' 97 - 98).

44. מכלול הראיות מלמד, אפוא, כי החיפוש נערך לפי צו, כאשר הוגש העתק הצו, ולאור עדותם של החוקרים כי לא ניתן לערוך חיפוש ללא צו.

45. גם לא מצאתי בסימונים על גבי העתק הצו שהוגש כדי לפסול את הצו. על העתק הצו מופיעים הסימונים הבאים: סימון לפיו החיפוש יערך בפני שני עדים; מחיקת הסימון כי החיפוש יערך בפני שני עדים; וסימון כי החיפוש לא יערך בפני עדים. הסיבה: "חומר מחשב". הסימונים מדברים בעד עצמם ועולה מהם, כי תחילה סומן חיפוש בפני שני עדים, אולם לאחר מכן בית המשפט נמלך בדעתך, וסימן כי החיפוש לא יערך בפני עדים בהיותו חיפוש במחשב.

בסעיף 32 לפקודת החיפוש נקבעו הוראות מיוחדות לחיפוש במחשב שאין כוללות את התנאי שלפיו על החיפוש להיערך בפני שני עדים. זהו הטעם העומד בבסיס ההוראה שנתן בסופו של דבר השופט שחתם על הצו.

46. לאור האמור, והואיל והעתק הצו מתאים לבקשה ולנתונים בתיק שלפניי, לא עולה חשש כי ההעתק מזויף או כי אינו משקף את הצו שניתן, וגם לא הוגשו ראיות כלשהן בהקשר זה. מכאן, כי יש לקבל העתק הצו שהוגש כמוצג ועולה ממנו כי החיפוש במחשב נערך לפי צו, וזאת למרות הפגם שנפל.

קבילות הסרטון - סיכום ביניים

47. בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (4.5.06) קבע בית המשפט העליון כי אין בעצם השגתה של ראיה שלא כדין, כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה, תוך שהתווה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לפי דוקטרינה זו, בהחלטה אם לפסול ראיות שהושגו שלא כדין - ובכלל זה באמצעות חיפוש שלא היה כדין - על בית המשפט לאזן בין הערכים המתנגשים, כאשר על כפות המאזניים עומדים



מחד, הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומנגד, ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים, וביניהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על זכויותיהם של נפגעי עבירה. על בית המשפט להתחשב, בין היתר, באופיה ובחומרתה של אי-החוקיות; מידת ההשפעה של הפגם על הראיה שהושגה; השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, תוך השוואה בין המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לבין התועלת החברתית שבפסילתה. בהקשר זה יש לשקול את חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.

48. בהלכת בן חיים שבאה בעקבותיה, החיל בית המשפט את המבחנים שנקבעו בהלכת יששכרוב על חיפוש שנערך שלא כדין. בית המשפט קבע, כי במסגרת האיזונים יש לקחת בחשבון, בין היתר, את השאלה אם ניתן היה להשיג הראיה באמצעי אחר, משמע שלא באמצעות החיפוש הלא חוקי.

49. במקרה הנדון, מכשיר ה-DVR נתפס אמנם ללא צו וזאת שלא כחוק. יתר על כן, גם בהגשת העתק הצו לבית המשפט נפל פגם. עם זאת, ביישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על החיפוש בגן, תפיסת מכשיר ה-DVR והחיפוש במחשב, לא מצאתי מקום לפסילת הסרטון ויש לקבלו כראיה קבילה. מספר טעמים עומדים ביסוד מסקנה זו.

50. הנאשמת צילמה את הנעשה בגן כל העת, וזאת מתוך הסכמה שבינה ובין ההורים, שלפיה הגן מצולם וההורים יהיו רשאים לעיין בסרטונים. על כך העידו הן הורי הקטין והן הנאשמת עצמה. מכוח הסכמה זו, גם הסכימה הנאשמת כי אביו של הקטין יעיין בסרטון ויעתיקו. בנסיבות אלו אין, אפוא, פגיעה ממשית בפרטיותה של הנאשמת. יתר על כן, אמנם הסרטון שהוגש לבית המשפט אינו העתק הסרטון שהיה בידי הוריו של הקטין, אולם, הנאשמת עצמה אישרה כי הסרטון שהוגש לבית המשפט משקף את ההתרחשויות ביום 9.9.14. גם הוריו של הקטין אישרו כי ההתרחשויות בסרטון שהוגש לבית המשפט היא ההתרחשויות המתועדת בסרטון שברשותם. למעשה, הוגש לבית המשפט העתק שהתקבל שלא כדין, בעוד שבמקביל הועבר לידי רשויות החקירה, העתק שהתקבל כדין, ואין כל טענה לפערים בין ההעתקים. ייתכן, שהיה על רשויות החקירה, בנסיבות העניין, להגיש גם ההעתק הנוסף שהוריו של הקטין הציגו לרשויות החקירה. אולם, בהיעדר מחלוקת בדבר מהימנות הסרטון שהוגש ובדבר ההתאמה בין הסרטונים, לא מצאתי כי די בכך, כדי להוביל לפסילת הסרטון שהוגש.

51. יתר על כן, הואיל והנאשמת היא שהעבירה העתק דומה של הסרטון להוריו של הקטין, יש לכך נפקות גם באשר ליסוד ההסכמה מדעת בחיפוש שנערך ללא צו. כל הצילומים נערכו בידיעת ההורים, מתוך הסכמה משותפת, כי יוכלו לעיין בסרטונים ולהעתיקם. מכאן, שהסרטונים יצאו מחזקת הנאשמת, גם אם ברובם ברמה הרעיונית, ולא ברמה הפרקטית. במקרה הנדון, כאמור, גם יצא הסרטון מחזקתה הלכה למעשה, והיא שהעבירה העתק לידי הוריו של הקטין.

52. דנתי כבר בנפקות הפגם של הגשת העתק צו החיפוש בלבד. אולם, מעבר לנדרש, העובדה כי העתק הסרטון הועבר כבר בהסכמת הנאשמת לידי הוריו של הקטין, גם היא, משליכה על הדרישה להוצאת צו חיפוש במחשב, שהרי ניתן היה להשיג הסרטון גם במישרין מהורי הקטין. ניתן לומר, כי החיפוש בגן, והוצאת צו החיפוש במחשב, נעשו למעלה מן הנדרש, ועל מנת למנוע טענה עתידית בדבר מהימנות הסרטון שבידי הוריו של הקטין. אולם, בהיעדר טענות ממשיות מסוג זה, מדובר בשני העתקים של אותו מוצג, ולמעשה מוצג הסרטון מצוי גם באופן חוקי בידי המשטרה.

53. במכלול השיקולים לקחתי גם בחשבון את הפגיעה המצומצמת בזכותה של הנאשמת לפרטיות ובזכותה



להגנה מפני הפללה עצמית, לעומת הצורך להגן על הקטינים שבגן.

54. לפיכך, הגעתי למסקנה כי באיזון בין האינטרסים אין מקום לפסילת הסרטון.

האם תקפה הנאשמת את הקטין וגרמה לו לחבלה?

טענות הצדדים

55. באת כוח התביעה טענה, כי מסרטון תיעוד האירוע במכשיר ה-DVR עולה, כי תחילה הנאשמת משכה ברגלו של הקטין, ולאחר מכן הרימה את הקטין כשהיא אוחזת בידו בלבד ויש בכך משום הפעלת כוח, העולה לכדי תקיפה. לבסוף, הנאשמת משכה בשערות ראשו של הקטין, ועל כך ניתן ללמוד מתנועת ראשו של הקטין. בהמשך לכך, הקטין נגע בראשו במקום תלישת השערות. כן טענה, כי לאחר זמן קצר ניתן לראות בסרטון את הקרחת שנגרמה בראשו של הקטין. גם יש לראות בגרסת הנאשמת בחקירתה - שהתנהלה כדין - ראשית הודיה.

56. עוד טענה באת כוח התביעה, כי על החבלה שנגרמה כתוצאה מתקיפת הקטין על ידי הנאשמת ניתן ללמוד מתוך כלל הראיות והנסיבות, ובכללן: הנאשמת משכה בשערות ראשו של הקטין, כפי שניתן לראות בסרטון; הקרחת הנראית בבירור על ראשו של הקטין לאחר האירוע; עדות ההורים שהבחינו לראשונה בקרחת ביום 9.9.14 לאחר חזרתו מהגן וצילומו על ידי סבתו; התנהגות הקטין לאחר האירוע; עדותה של ד"ר הלנה פייס, שלפיה ההתקרחות אינה ספונטנית והבדיקות של הקטין היו תקינות. מכאן, כי יש לאמץ את מסקנתה של ד"ר פייס, כי הממצא אינו מתיישב עם מחלת עור. ההגנה גם לא הביאה מומחה להוכחת מחלה אחרת. לטענתה, קביעתה של ד"ר פייס, כי הממצא מתיישב עם פגיעה שנגרמה שבוע לפני הבדיקה אינה חד משמעית ואין בידה לשלול אפשרויות נוספות. לפיכך, יש להעדיף את הממצא שלפי השכל הישר מתיישב עם עדויות ההורים ועם מועד האירוע. מכאן טענה, כי ממכלול הראיות עולה, כי הקרחת מתיישבת אך ורק עם האפשרות כי הנאשמת תקפה הקטין וגרמה לו חבלה.

57. באת כוח הנאשמת טענה, לעומת זאת, כי אין ראיות להרשעה בעבירה של תקיפת קטין. לטענתה, הנאשמת פעלה להשלטת סדר וכללים בגן, לרבות זמני שינה. אולם, הוריו של הקטין הסיקו מסקנות לא נכונות, שהובילו לפגיעה בנאשמת, בתעסוקתה ובחייה.

לטענתה, כעניין שבשגרה ישנה הפעלת הכוח כלפי קטינים ולטובתם, והמבחן הוא בתגובת הילד ובמצוקה שהוא מפגין. המבחן, לטענתה, לאי הנוחות הוא בעיני הקטין. במקביל, יש לבחון את היסוד הנפשי של מבצע המעשה. מכאן, שלא ניתן להפליל את מקרי הגבול, ואת השימוש בכוח סביר, בהיעדר כללים ברורים.

58. עוד טענה באת כוח הנאשמת, כי אין זה סביר כי הנאשמת תלשה את שערות הקטין גם בשל תגובותיו לאחר האירוע, הקטין לא בכה לאחר האירוע, גם לא נראות שערות על המזרן או בידה של הנאשמת. לטענתה, גם לא רואים אדמומיות בראשו של הקטין, וסביר מאוד כי הקרחת היתה קודם לכן. גם לא ניתן לקשור בין מעשה הנאשמת ובין תלישת השיער המיוחסת. עוד טענה, כי לפי עדותה של ד"ר פייס, הממצא שראתה ביום 10.9.16 התרחש מספר ימים קודם לכן, ומכאן כי לא ייתכן שנגרם כתוצאה ממעשיה של הנאשמת. ד"ר פייס גם אינה מומחית בפתולוגיה משפטית, ומכל מקום רשמה מסקנותיה רק ביום 28.9.16 לאחר שהורי הקטין ציינו בפניה כי היתה משיכה של השיער.

תקיפת קטין על ידי אחראי הגורמת חבלה - הדין

59. לפי סעיף 368(א) לחוק העונשין:



"התוקף קטין או חסר ישע וגורם לו חבלה של ממש, דינו - מאסר חמש שנים; היה התוקף אחראי על הקטין או על חסר הישע, דינו - מאסר שבע שנים".

60. תקיפה מוגדרת בסעיף 378 לחוק העונשין, בנוסח הבא:

"המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות".

61. החיבור בין הסעיפים מלמד כי עבירה של תקיפת קטין הגורמת חבלה על ידי אחראי כוללת את היסודות העובדתיים הבאים: תקיפת קטין או חסר ישע - מכה, נגיעה, דחיפה או הפעלת כוח כלפי הקטין; בהיעדר הסכמה של הקטין; גרימת חבלה של ממש; התוקף אחראי על הקטין או חסר הישע.

כן נדרשת מחשבה פלילית מסוג מודעות כלפי טיב המעשה והתקיימות הנסיבות, וזאת לפי סעיף 20(א) לחוק העונשין.

62. סעיף 378 לחוק העונשין מונה מספר פעולות שיש בהן כשלעצמן להוות תקיפה, וכן קובע כי המבחן להפעלת כוח הוא **"במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות"**, והגישה המקובלת היא ליתן למושגים אלה משמעות רחבה (יעקב קדמי **על הדין בפלילים, חלק שלישי**, בעמ' 1513 - 1515 (2006)).

האם הוכח כי הנאשמת תקפה את הקטין?

63. האירוע מושא כתב האישום תועד בהקלטה במכשיר DVR, שנעשתה על ידי הנאשמת ובידיעת ההורים בגן. למעשה, התייעוד בסרטון הוא הראיה המרכזית בתיק בשאלה אם הנאשמת אמנם תקפה את הקטין. מירב העדויות שנשמעו בהקשר זה הן עדויות סברה, הכוללות פרשנות של התייעוד, ולא היה בהן כדי לתרום להכרעת הדין. גם חקירתה הנגדית הממושכת של הנאשמת לא תרמה באופן ממשי למסקנות.

64. בסרטון שצולם בגן ביום 9.9.14 בשעות הצהריים, רואים החל ממונה 12:18 את הנאשמת ועובדות נוספות בשעת השכבת הילדים לישון. ניתן לראות כי הנאשמת לוקחת את הילדים, לרבות הקטין, למזרנים ומשכיבה אותם תוך שימוש בכוח שהוא כוח גבולי. במונח גבולי הכוונה, כי במבחן המידתיות, רמת השימוש בכוח לצורך השכבת הילדים, אינה ראויה, אולם גם אינה עוברת את מבחן הפליליות. כך למשל, ניתן לראות את הנאשמת כשהיא דוחפת מוצצים, בצורה אגרסיבית, לפיות של הקטנים. כן ניתן לראות את הנאשמת כשהיא מובילה ילדים למזרנים, תוך תפיסת ידיהם בחוזקה ו"השלכתם" למזרנים. באחת הפעמים, ניתן לראות כי היא משכיבה באגרסיביות קטינה, כך שרגליה ניתקות באוויר. ניתן להתרשם בבירור מהשימוש באגרסיביות על ידי הנאשמת בהתנהלות בגן, ובפרט מתוך השוואה להתנהלות של העובדות האחרות בגן.

65. במונה 12:20:47, רואים את הנאשמת כשהיא ניגשת לקטין, לאחר שקם מספר פעמים, תופסת את שערות ראשו, ומושכת אותו באמצעות שערותיו לכיוון המזרן בצורה סיבובית, ותוך הפעלת כוח. לא רואים שהנאשמת מנקה ידיה משערות. הקטין גם אינו נראה כשהוא בוכה. עם זאת, לאחר השכבה זו, הקטין שוכב על המזרן, ולא קם בסמוך לאחר מכן פעם נוספת מהמזרן.

מהעיון בסרטון עולה, כי היסוד של שימוש בכוח מתקיים. תפיסת הקטין בשערות ראשו, והמשיכה לכיוון המזרן בצורה סיבובית כוללת שימוש בכוח.

66. על יסוד ההסכמה של פעוט, שאינו יודע לבטא את עצמו, ניתן ללמוד מתוך מכלול הנסיבות, והיא



מבוססת, בין היתר, על ההצדקה או המידתיות שבהפעלת הכוח. אם הפעלת הכוח כללה מידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות לקטין, הרי שנשללת הסכמתו של הקטין. על הפעלת הכוח להיבחן במבחן של מידתיות, או של צידוק בהפעלת הכוח (והשוו: דיון בהגדרת "שלא כדין" בסעיף 379 לחוק העונשין ובשאלה אם ישנו צידוק למעשה התקיפה, בע"פ 4596/98 פלונית נגד מדינת ישראל, פ"ד נד 145 1 (25.1.00)).

67. בהפעלת מבחן המידתיות, יש לבחון היחס בין הפעלת הכוח ובין מטרת הפעולה. אחראי על קטין עשוי לעשות שימוש בכוח מידתי על מנת לדאוג לרווחתו, והמעשה לא ייחשב כמעשה תקיפה. כך למשל, אם אמנם היתה הנאשמת משכיבה את הקטין באמצעות הנחת יד עליו, לא היתה נחשבת הנגיעה כפעולה של תקיפה, למרות שהיא עשויה לכלול הפעלת כוח מידתית. דוגמא נוספת עניינה בהרמת קטין, ואף תוך מחאותיו, על מנת להעבירו ממקום למקום. במקרים מעין אלו, מדובר בהפעלה מידתית של כוח, ויש להניח כי התביעה לא היתה מגישה כתב אישום בהיעדר עניין לציבור, או בשל זוטי דברים (על המסגרות בדין הפלילי המונעות הפללה של מקרים קלי ערך, ראו: שם, בעמ' 187)). צידוק להפעלת כוח כלפי קטין ניתן גם למצוא בהגנות הקבועות בחוק העונשין. כך למשל, שימוש בכוח על מנת להגן על הקטין מפני פגיעה בעצמו, עשוי להוות צידוק לשימוש בכוח, והכל במבחן של מידתיות. המידתיות תיבחן, אפוא, ביחס בין השימוש בכוח ובין המטרה שלשמה נעשה השימוש בכוח.

במקרה הנדון, הקטין התקשה לישון וקם מספר פעמים מהמזרן. אולם, הנאשמת לא הסתפקה בהנחת יד על גבי הקטין, כפי שניסתה באת כוחה של הנאשמת לטעון. טענה זו סותרת את הנראה בסרטון. הנאשמת גם לא הרימה את הקטין על מנת להשכיבו. הנאשמת תפסה שערותיו ומשכה אותו למזרן. תפיסת שיערו של קטין, ומשיכת השערות בכוח לכיוון המזרון בצורה סיבובית, אינה יכולה להצדיק את המטרה של השכבת הקטין לישון ומכאן שאינה מידתית. ממילא, הקטין גם לא נתן לכך את הסכמתו, בין במישרין ובין באמצעות הוריו, ששלחו אותו לגן. מכאן, שהיא עונה להגדרה של עבירת התקיפה.

68. השתכנעתי כי מתקיימת גם מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות (סעיף 20(א) לחוק העונשין). ייתכן כי הנאשמת אמנם השקיעה בגן ובילדי הגן, כטענתה, ואף האמינה בכך. עם זאת, מהתנהלותה של הנאשמת בגן, כפי שהיא נצפית בסרטון, עולה כי הנאשמת נהגה באגרסיביות כלפי הקטנים, לא רק באירוע הנקודתי המתואר בכתב האישום. ייתכן, כי הנאשמת סברה, שיש בכך לתרום לשמירה על גבולות ועל סדר, אולם המודעות, ולו ברמה של פיזיות, נובעת מתוך מכלול מעשיה, לרבות התפיסה בשערותיו של קטין, ומשיכתו למזרן, על מנת להביאו לחדול מקימה מהמזרן.

69. על מודעותה של הנאשמת לטיב מעשיה ניתן ללמוד גם מהפער בין דבריה בחקירתה, לאחר שצפתה בסרטון, כי "זה נראה רע", ובין עדותה. בעדותה אמרה כי התכוונה לכך התמונה לא נראית טוב, והכחישה כי משכה לקטין את השיער. כן הכחישה הנאשמת כי דחפה מוצצים לפה, וכי משכה קטינה למזרן, כשרגליה ניתקות באוויר. עוד הוסיפה, כי היא לא חשה אי נוחות מול הסרטון. לדבריה, אמרה דברים רבים במשטרה בשל הקושי בחקירה, במקביל לא חזרה בה מהדברים שאמרה (שם, בעמ' 152 - 154).

70. הכחשותיה של הנאשמת בעדותה הן בניגוד לנראה בסרטון, ויש בהן כדי ללמד כי הנאשמת ניסתה, להרחיק עצמה מהאירועים מושא כתב האישום, משום מודעותה לקושי הנובע מהם. אמירותיה בהקשר זה תמוהות, גם משום שהן בניגוד לאמירותיה במשטרה. לצד זאת, לא התעלמתי מכך, כי ניכר מעדותה של הנאשמת כי היא מאמינה באמת ובתמים, כי לא נפל פגם במעשיה, וייתכן כי שכנעה עצמה בכך, על מנת להתמודד עם הקושי הרב שמציב לה כתב האישום. חיזוק לתפיסת הנאשמת את התנהלותה כתקינה ניתן למצוא גם בעובדה כי ההתרחשות בגן צולמה כל העת, ההמלצה של הנאשמת להורים לפנות לבדיקה



רפואית, הסכמתה כי אביו של הקטין ייקח העתק של הסרטון, הפניות להוריו של הקטין, לאחר האירוע, בבקשה להסביר את התנהלותה. אולם, אין בכל אלה לפגוע ביסוד הנפשי, וזאת בעיקר משום שמדובר ביסוד נפשי של מודעות, שכפי שצינתי נלמד מתוך מכלול הנסיבות.

71. הנה כי כן, ההתרחשות המופיעה בסרטון באה בגדר עבירת התקיפה. המדובר בתקיפת קטין על ידי אחראי.

האם הוכח כי תקיפת הקטין גרמה לחבלה?

72. כתב האישום מייחס לנאשמת כי כתוצאה מתקיפתה את הקטין, נתלשה קצוות שיער מראשו.

73. הראיות בסוגיית גרימת החבלה הן ראיות נסיבתיות, וזאת משום שבסרטון המתעד את האירוע לא רואים כי נגרמה חבלה, משמע לא נצפית תלישת השיער - להבדיל מתפיסת השיער. בהרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות, יש צורך להוכיח, כי המסקנה המפלילה היא המסקנה היחידה הנובעת מהראיות והיא גוברת על כל תזה חלופית אחרת (ע"פ 543/93 נגד נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, 140 (1980); ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993); ע"פ 7052/06 יגאלי נ' מדינת ישראל (27.4.09); ע"פ 4115/08 גלעד נ' מדינת ישראל (24.1.11)).

74. הראיות הנסיבתיות העיקריות בסוגיית גרימת החבלה כוללות את המסמכים הרפואיים ועדותה של ד"ר הלנה פייס, שהיא רופאת עור.

75. מהמסמכים עולה, כי ביום 10.9.14 תיארה ד"ר פייס את הדילול בשיער, אולם לא ציינה את אבחנתה (ת/4). רק לאחר שהוריו של הקטין צפו בסרטון המתעד את האירוע מושא כתב האישום והגישו את התלונה למשטרה, חזרו לד"ר פייס, וזו ציינה ביום 17.9.14, "פאראמטרים של כדוריות אדומות נמוכות מהנורמה ... רופאת ילדים הציעה מתן ברזל". עוד ציינה "הבדיקה של רמת ברזל לא בוצעה בגלל דם המוליטי". כן הוסיפה: "לא מתאים לחסרים של ויטמינים ומינרלים, הבדיקות בסה"כ תקינות ... אבחנות: Alopecia Areta (ת/5; ת/6). כשבועיים לאחר מכן, הוסיפה ד"ר פייס, כי "הממצא מתאים רק לטראומה של משיכה" (ת/7), ובהמשך עוד הוסיפה: "אין שום בסיס לחשוד במחלת עור, ומדובר בתוצאה של משיכה מכנית" (ת/8).

76. בעדותה מסרה ד"ר פייס כי הערכתה שמדובר בהתקרחות שאינה ספונטנית, מבוססת על הטעמים הבאים: לא היתה קרחת חלקה, טוטאלית, וגם לא צלקתית, אלא דילול של השיער. לדבריה, התקרחות או דילול ממחלות או מלחץ מובילות להתקרחות טוטאלית, וגם לא היתה התקרחות צלקתית הקשורה בדרך כלל למחלת עור. לצד זאת הוסיפה, כי בבדיקות הדם נראו כדוריות דם נמוכות מהנורמה, ולעתים הדבר מצביע על חוסר בברזל. אולם, רמת הברזל לא נבדקה ורופאת הילדים לא דרשה לערוך בדיקת ברזל נוספת, אלא רק הורתה על מתן ברזל. מכאן שהיא לא יכולה לומר אם רמת הברזל היתה תקינה. נבדק גם הורמון בלוטת התריס והבדיקה היתה תקינה. גם רמת החומצה הפולית היתה תקינה. לדבריה, כל הבדיקות הללו נערכות על מנת לבדוק טעמים לנשירת השיער.

עוד הוסיפה כי האבחנה שלה מלכתחילה היתה של "התקרחות מוקדית". לדבריה, לאחר שערכה בדיקות דם ולא מצאה ממצאים נוספים הוסיפה כי "הממצא בהחלט מתאים רק לטראומה של משיכה" (פרוטוקול הדיון, בעמ' 29 - 34).

77. מצאתי בעדותה של ד"ר פייס מספר קשיים מהותיים, שבגינם אין בידי לאמץ את מסקנותיה: ד"ר פייס



היא רופאת עור, והיא אינה מומחית בקביעת מנגנוני טראומה. אין גם כל עדות כי צפתה בסרטון, וממילא לא חוותה דעתה אם הממצא בראשו של הקטין מתאים למשיכה הנצפית בסרטון; יתר על כן, ד"ר פייס עמדה על כך שהממצא מתאים "רק" לטראומה של משיכה. המדובר בהערכה מרחיקת לכת, שאין בה התייחסות לסבירות לטעות, כנדרש ביחס לראיה מדעית. בה בעת הודתה כי הרפואה אינה מדע מדויק; ד"ר פייס התייחסה לכך כי למרות שנמצא כי הכדוריות האדומות היו נמוכות, לא נבדקה רמת ברזל. מכאן, כי לא ניתן לשלול כי היתה לקטין בעיה רפואית כלשהי; ד"ר פייס ערכה את חוות הדעת לאחר מספר שיחות עם הוריו של הקטין, ומעדותה עולה כי הושפעה מהערכתם ומהדיווח שלהם בדבר הצפייה בסרטון. ד"ר פייס גם לא שללה, כי שמעה על המקרה בחדשות טרם עריכת חוות דעתה; מכאן, שחוות הדעת אינה אובייקטיבית דיה; ד"ר פייס ציינה כי הוריו של הקטין מסרו לה שהאירוע אירע מספר ימים קודם לבדיקה, בעוד שהלכה למעשה, מדובר באירוע שאירע יום קודם לבדיקה. כאשר נשאלה על כך בעדותה, אישרה פעם נוספת, כי הממצא מתאים לאירוע שאירע מספר ימים קודם לבדיקה; לאחר שהוצגו לה תמונות של הקטין הקודמות לאירוע מושא כתב האישום, שבהם נראה הקטין עם דילול בשיער (נ/1), לא היה בידיה ליתן הסבר לדילול, והיא אף הוסיפה כי מדובר בדילול לא תקין (פרוטוקול הדין, בעמ' 34 - 39).

78. מכל האמור עולה, כי לא מצאתי בסיס מספק לאימוץ חוות דעתה של ד"ר פייס, שלפיה הדילול יכול להיות אך תוצאה של טראומה של משיכת שיער, ומכל מקום לא הוכח קשר סיבתי בין מסקנותיה ובין האירוע מושא כתב האישום.

79. כאן המקום להתייחס לאי הגשת חוות דעת של רופא מומחה בפתולוגיה משפטית. המדובר במחדל ממשי של התביעה, ואין ספק, כי היה בחוות דעת של רופא משפטי כדי להבהיר את היחס בין מעשה התקיפה על ידי הנאשמת ובין הדילול בשיערו של הקטין.

לא מצאתי הסבר של ממש למחדל זה. אמנם החוקרת לב הסבירה, כי בקשה לשלוח את הקטין לבדיקת חיים על ידי פתולוג ביום 18.9.14, לאחר שצפתה בסרטון ביום 17.9.16. עם זאת, לאחר שמסרו לה, כי אין טעם בבדיקת הילד בחלוף זמן מאז האירוע, לא הביאה אותו לבדיקה (ת/19). יתר על כן, רק ביום 26.1.15 פנתה למכון לרפואה משפטית ובקשה לברר אם ניתן ליתן חוות דעת על בסיס התמונות, אולם נמסר לה כי איכות התמונות ירודה (ת/24; נ/2).

אין במסמכים תיעוד של בדיקה שנערכה במכון לרפואה משפטית, ולא נהיר כיצד משטרת ישראל מקבלת הערכה לא מתועדת בשיחת טלפון מכלי שני ואולי אף שלישי. אין כל הסבר מדוע הילד לא הובא לבדיקה, שלאחריה יערוך רופא חוות דעת בדבר הממצאים שמצא. לא ניתן להסתפק, בהקשר זה, בתיעוד שיחת טלפון עם גורם עלום בבית החולים, שמסר מידע מפי גורם אחר. גם לא ניתן כל הסבר מדוע לא הועברו למכון לרפואה משפטית, בזמן אמת, תמונות באיכות גבוהה יותר, שהרי בידי הוריו של הקטין התמונות המקוריות.

80. עוד יש להוסיף, כי אם אמנם התקיפה גרמה לחבלה של התקרחות, ניתן היה לצפות לבכי של הקטין ולשיער תלוש בידיה של הנאשמת. ייתכן, כי בשל המחסור בברזל או בשל בעיה רפואית אחרת, השיער נתלש בצורה קלה, ואולי נשר מאוחר יותר לאחר שפוזר שיערו של הקטין. בכך עשוי היה להימצא הסבר, גם לעובדה כי הקטין לא בכה. עם זאת, לא די בהשערות שלא בוססו בראיות, ואפילו בהסברים סבירים, כדי לבסס את גרימת החבלה.

81. גם לא מצאתי כי די בקשר הנסיבתי, שבין אירוע התקיפה ובין האבחנה בקרחת בראשו של הקטין בהמשך היום, על מנת לבסס את גרימת החבלה. לעניין זה יש לזכור, כי הוריו של הקטין העידו על קיומו של



דילול בראשו של הקטין גם במועדים מוקדמים, ועל כך ניתן ללמוד גם מתמונות שהוגשו לבית המשפט (נ/1).

82. גם לא מצאתי בראיות ובעדויות הנוספות תימוכין מספקים לכך שהנאשמת אכן גרמה לחבלה בראשו של הקטין.

83. מכאן, כי לא התקיימה הדרישה להרשעה לפי ראיות נסיבתיות, משמע, שמכלול הראיות מוביל למסקנה אחת ויחידה, שלפיה הנאשמת היא שגרמה לחבלה. לפיכך, לא הוכח כי הנאשמת היא שגרמה לחבלה בראשו של הקטין, ברמה הנדרשת במשפט הפלילי.

פגמים בהליך

84. לא מצאתי כי נפלו בחקירה פגמים שיש בהם כדי להשליך על הכרעת הדין.

85. לא התרשמתי כי נפלו בחקירתה של הנאשמת, בעיכובה ובמעצרה מחדלים של ממש, וזאת למרות שניתן להניח, כי חקירתה של הנאשמת לראשונה במשטרה הותירה בה רושם שלילי. לעניין זה יש להדגיש, כי גם אם המשטרה לא פעלה כדין בחלק מפעולותיה, אין בכך בהכרח כדי להשליך על הכרעת הדין. כך למשל, נטען כי הנאשמת שוחררה למעצר בית למשך 15 ימים, בניגוד לסמכות קצין. כן נטען, כי לא תועדו כל השיחות שערכה המשטרה עם הוריו של הקטין ובא כוחם. אולם, לא מצאתי כי היה במחדלים הללו, כדי לפגוע בהגנתה של הנאשמת, או כדי להשליך על הכרעת הדין.

86. גם לא מצאתי כי יש בעובדה כי הוריו של הקטין הפיצו הסרטון של האירוע בסמוך אחריו, ואף לכלי התקשורת, כדי להשליך על הכרעת הדין, וזאת משום שאין בפעולות הללו רלוונטיות לחקירה ולהליך הפלילי, המבוססות, בסופו של דבר, בעיקר על ראיה חפצית, היא תיעוד של האירוע.

סוף דבר

87. הסרטון שהוגש לבית המשפט מלמד כי הנאשמת תקפה את הקטין ביום 9.9.14 בכך שבעת שהשכיבה הילדים בגן לישון, תפסה את שערות ראשו של הקטין, ומשכה אותו באמצעות שערותיו לכיוון המזרון בצורה סיבובית, ותוך הפעלת כוח. הפעלת הכוח לא היתה מידתית.

88. עם זאת, מתעורר ספק, אם התקיפה אמנם גרמה לחבלה.

89. ניתנה לנאשמת האפשרות להתגונן מפני עבירה של תקיפה, הנבלעת בתוך העבירה של תקיפת קטין על ידי אחראי הגורמת חבלה.

90. מכאן, כי אני מרשיעה את הנאשמת בעבירה של תקיפה, ומזכה אותה, מחמת הספק, מעבירה של תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 368ב(א) סיפא לחוק העונשין.

ניתנה היום, ו' טבת תשע"ח, 24 דצמבר 2017, במעמד הצדדים