



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 8653/10

ע"פ 8870/10

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערת בע"פ 8653/10 פלונית
המערער בע"פ 8870/10 פלוני

נגד

המשיבה בע"פ 8653/10
ובע"פ 8870/10 מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ביום 28.10.10, בפ"ח 1162/05, על ידי כבוד השופטים א' טל, י' אמסטרדם ור' לבהר-שרון.

תאריך הישיבה: א' באדר ב' התשע"א (7.3.11)

בשם המערערת בע"פ 8653/10: עו"ד ציון אמיר; עו"ד גיא שמר

בשם המערער בע"פ 8870/10: עו"ד ד"ר חיים משגב

בשם המשיבה בע"פ 8653/10: עו"ד דותן רוסו
ובע"פ 8870/10:

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

לפניי שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטים א' טל, י' אמסטרדם ור' לבהר שרון) שבגדרו הורשעו המערערים בעבירות של

התעללות בקטין חסר ישע על-ידי אחראי ושל מעשה מגונה בקטין בן משפחה בנסיבות אינוס, ונגזרו על כל אחד מהם חמש שנות מאסר בפועל וכן עונשי מאסר על תנאי.

העובדות

1. המערערת בע"פ 8653/10 (להלן המערערת) והמערער בע"פ 8870/10 (להלן: המערער) (ביחד, להלן: המערערים) הורשעו בבית המשפט המחוזי בביצוע עבירות מין שונות בבנם הקטין (להלן: הקטין) בעת שזה היה כבן שנה. לפי עובדות כתב האישום שעל בסיסו הורשעו, החל מן המחצית השנייה של שנת 2005 ועד לחודש ספטמבר אותה שנה, נהגו השניים לבצע בקטין בצוותא חדא מעשים מגונים ולהתעלל בו מינית, פיזית ונפשית. באופן ספציפי, מגולל כתב האישום שלושה מקרים שונים שתועדו על-ידי המערער, ב-4 מצלמות וידיאו "נסתרות" שהוצבו בדירת בני הזוג. מדברי המערער עולה כי המצלמות הוצבו בעצת עורך-דינו במטרה לספק הוכחות למעשיה של אשתו כלפיו וכלפי הקטין, במסגרת הליכי גירושין.

2. המקרה הראשון שעל בסיס עובדותיו הורשעה המערערת, אירע ביום 4.9.2005. בשעות הבוקר המאוחרות של אותו יום שכבה המערערת במיטה בחדר השינה כשפלבג גופה התחתון חשוף, והקטין לצדה. המערערת הסירה את חיתולו של הקטין והחלה מקרבת ומרחיקה את פיה אל אבר מינו מספר פעמים, כל זאת כשהמערער עומד ליד המיטה, צופה במעשיה ואף מעודד אותה להמשיך, לשם גירוי וסיפוק מיני של השניים. בשעות הערב המאוחרות של אותו יום נעמדו המערערים בסמוך למיטת הקטין שבחדרו כשלגופה של המערערת תחתונים וחזייה בלבד. המערערת הסירה את חיתולו של הקטין, נכנסה למיטתו ורכנה כלפיו. בהמשך פשטה המערערת את חזייתה ואת תחתוניה, הרימה את הקטין העירום, השכיבה אותו במיטתו והחלה לאונן באמצעות גופו, גם הפעם בנוכחות המערער ובעידודו.

3. המקרה השני אירע כעבור יומיים, ביום 6.9.2005. בשעות הבוקר המאוחרות של אותו יום, שכבה המערערת עירומה בחדר השינה כשהקטין בסמוך אליה. בחלוף כשעה הניחה המערערת את הקטין על אבר מינה ואוננה באמצעות גופו, בכוונה את ראשו לכיוון אבר מינה. המערער מצדו ישב בסמוך וצפה במעשה. בהמשך אחזה המערערת ברגלי הקטין כשראשו מופנה כלפי מטה, טלטלה אותו מספר פעמים והנחיתה אותו לבסוף על אבר מינה תוך שהיא ממשיכה לאונן באמצעות גופו.

4. המקרה השלישי אירע מקץ ארבעה ימים, ביום 10.9.2005. בשעות הבוקר של אותו יום, כשהיא עירומה בפלג גופה התחתון, החלה המערערת לאונן בעוד המערער שוכב לצדה והקטין בין שניהם. הקטין הוחזר לחדרו ובחלוף 20 דקות שב המערער והביאו למיטת בני הזוג. עתה החלה המערערת רוכנת על הקטין ומחככת את אבר מינה בגופו כשהיא מעליו. לאחר מכן הניחה המערערת את הקטין על אבר מינה ואוננה באמצעות גופו, כל זאת כשהמערער עומד בסמוך, צופה במעשים ומעודד אותה להמשיך. הקטין הוחזר לחדרו, ומשחלף פרק זמן נוסף, שוב הביא אותו המערער למיטת בני הזוג שבה שכבה באותה עת המערערת, עירומה בפלג גופה התחתון. המערער החל ללטף ולנשק את הקטין, והמערערת מצדה הרימה אותו, הניחה אותו על גופה העירום כשרגליה פשוקות והחלה לנשקו, אף עתה בנוכחות המערער ובעידודו. בשעות הצהריים הביא המערער את הקטין שוב למיטת בני הזוג שבה שכבה באותה עת המערערת, מסר לה את הקטין והתיישב בסמוך. המערערת החלה לנשק את הקטין, ובהמשך הרימה את שמלתה, חשפה את פלג גופה התחתון, ישבה כשרגליה פשוקות לצידי גופו של הקטין והחלה לאונן על גופו באמצעות עליה וירידה לכיוון אבר מינו. לאחר מכן הניחה המערערת את הקטין על גופה כשאבר מינו מונח על אבר מינה, פלג גופה התחתון חשוף ורגליה פשוקות, והמשיכה לאונן. במקביל, החדירה המערערת את ידה אל מתחת לחיתולו של הקטין, עיסתה את ישבנו ונישקה אותו בפיו, כל זאת בנוכחות המערער. אחר-כך הניחה המערערת את הקטין על המיטה והחלה לנשק את אבר מינו ובטנו, אגב שהיא חושפת את פלג גופה התחתון. דקות נוספות עברו, ולאחריהן הניחה המערערת את הקטין כשראשו על אבר מינה, והמשיכה לאונן באמצעות ראשו וגופו, בנוכחותו המערער ובעידודו. מקץ זמן נוסף הסירה המערערת את חיתולו של הקטין ואוננה תוך שהיא מחככת את אבר מינו באבר מינה, ובהמשך הניחה את ראשו על אבר מינה ואוננה באמצעותו. לבסוף נישקה המערערת את הקטין בפלג גופו התחתון מספר פעמים.

פסק דינו של בית המשפט קמא

המערערת

5. בית המשפט המחוזי עמד בהרחבה על חומר הראיות נגד המערערת. תחילה נסקרו דברי המערערת בהודעותיה ובעדותה. בראשית הכחישה המערערת במשטרה כי תקפה את הקטין וביצעה בו מעשים מיניים, וכן את הטענה כי נהגה להתהלך בבית עירומה. לאחר שהוצגו לה תמונות הסותרות את טענתה, אמרה המערערת כי לא היתה מודעת למעשיה שכן "הנפש שלי אבודה, המוח שלי כבר לא זוכר. אני צריכה טיפול

(...) עובר עליו משבר (...) אני לא בסדר, יש לי בעיה של נפש (...) זה מגעיל אותי, אני לא יודעת מה עשיתי" (ת/3), וכן כי ביצעה את המעשים בעידוד המערער ובהשפעתו. בהמשך טענה המערערת כי ביצעה את המעשים בהשפעת כדורים שנתן לה המערער, שאמר ש"תיקח אותם וזה ירגיע אותה והיא תקיים טוב יחסי מין". לדבריה, היא האמינה לו ונטלה אותם בלא שידעה את טיבם. כאשר עומתה עם דברים בעלי תוכן מיני שאמרה למערער אגב מעשים מיניים שביצעה בקטין, טענה המערערת כי מדובר בדברים "דבילים" שנועדו להרגיז את המערער ולגרותו. בעדותה בבית המשפט טענה המערערת כי המערער נהג להכותה עוד כשהייתה בהיריון, והתנהגותו האלימה אך החמירה לאחר שהקטין נולד, ואף לוותה באיומים. בהמשך סיפרה שכאשר רבה עם המערער, הוא נתן לה כדורים והיא נטלה אותם כי חשבה "שזה טבעי". לדבריה, היא לא זכרה דבר מההתרחשויות קודם שראתה במטרה את התמונות, והמעשים הנצפים בהם בוצעו בעקבות סימומה על-ידי המערער שביקש להפליל אותה, שאחרת "אני לא הייתי עושה דבר כזה (...) עדיף למות ולא דבר כזה" (עמ' 332-333).

מכל מקום, בין המאשימה לבין המערערת לא קיימת מחלוקת לגבי עצם ביצוע המעשים, וזו התמקדה בשאלת קיומו של יסוד נפשי אצל המערערת בעת עשייתם.

6. לאחר שצפה בקלטות המתעדות את האירועים והאזין לקלטות שמע שבהן הקליט המערער את המערערת, מצא בית המשפט כי התנהגותה המינית של המערערת לא נכפתה עליה, והיא היתה מודעת ורצונית. בגדר כך, ראה בית המשפט ליתן משקל מלא לדברי המערערת בשיחות טלפוניות שקיימה עם המערער בחודשים מרץ-יוני 2005 (ת/28; ת/36) וכן במהלך שיחה שניהלו בעת שהשניים היו ברכב (ת/29). במהלך אותן שיחות אמרה המערערת, בין היתר כי שכבה עם שלושה גברים אשר הביאוה לסיפוק והיא אינה זקוקה לו עוד; כי הניחה 10 קונדומים על אבר מינו של הקטין, הם נמצאים באמצע הסקס הראשון שלו, והוא "גמר" באותו יום 12 פעמים – כל זאת תוך שהיא נאנחת; כי היא "חולה על הזין שלו, לא שלך (...) איזה זין יש לו, איזה מוצלח, לא כמוך דביל"; וכן כי גברים חשפנים ונשים שבאו לביתם, נישקו את הקטין, נגעו לו ב"בולבול", והוא התלהב מאבר מינם שהיה חלק, בשונה מזה של המערער שלו "שערות שחורות" (ת/36, עמ' 6). בית המשפט הסיק מדברים אלה כי מעשי המערערת נעשו מתוך מודעות, ונועדו לגרות מינית את עצמה ואת המערער. עוד למד בית המשפט מהקלטות, ובעיקר מחששה של המערערת בנוגע לאפשרות שהקטין "לפעמים אולי (...) מבין משהו" (ת/36, עמ' 3-4), כי היא היתה מודעת בעת עשיית המעשים לנזק שעלול להיגרם מהם לקטין. גם מהכחשתה של המערערת את המעשים

בחקירתה, חטיפת הדיסק שעל גביו סרט הוידאו ושבירתו כשזה הוצג לה, ניסיונה להטיח את האשם במערער והתנערותה מהמעשים בטענה ש"הנפש שלי לא בריאה", הסיק בית המשפט על מודעות המערער למעשים עוד במועד עשייתם ועל הבנתה את חומרתם.

7. בצד האמור דחה בית המשפט את הטענה כי המערער נתן למערער כדורים שגרמו לה לבצע את המעשים בקטין. בית המשפט מצא כמהימנות ומקצועיות את עדויותיהן והודעותיהן של מומחית המז"פ, גב' דנה זוננפלד, ושל המרפאה הטבעית, גב' יפה קליין, שמהם עלה כי הכדורים שקיבל המערער מגב' קליין עבור המערער הכילו רק צמחי מרפא טבעיים "לצורך שלוה", וכי בבדיקות המז"פ שנערכו להם – על-כללי הדגימה המקובלים שם – לא נמצאו בהם סמים. בית המשפט הצביע על כך שרק בהודעתה (ת/3) שבה נחקרה המערער על מעשי האלימות כלפי המערער והקטין, הועלתה לראשונה הטענה כי ביצעה את המעשים המיניים בקטין בשל כדורים מסממים שנתן לה המערער. עוד עמד בית המשפט על כך שעדותה היחידה של המערער בנוגע להשפעת כדורים על התנהגותה נסתרה בדבריה של גב' קליין שלפיהם המערער קיבל מן המערער רק כדורים שאינם גורמים לתסמינים מן הסוג שעליו התלוננה.

8. פרק נרחב בפסק הדין הקדיש בית המשפט לטענת המערער כי המעשים שבהם הורשעה בוצעו בשל מצבה הנפשי. בגדר כך בחן בית המשפט דברים שאמרו אנשי מקצוע שפגשו במערער ונדרשו לסוגיה. העמדה הראשונה שנסקרה היתה זו של הפסיכותרפיסטית, ד"ר אורה דנינו, שקיימה מספר פגישות עם בני הזוג בצוותא, ובמקרים מסוימים גם עם המערער לבדו. על יסוד פגישות אלה חיוותה ד"ר דנינו דעתה כי המערער "סובלת מחוסר יכולת שיפוט תקינה, הפרעה פסיכוטית. היא לא כל הזמן בהתקף פסיכוטי, היא אישיות פסיכוטית (...) יש לה אפיזודות (...) זה הרבה יותר חמור משיפוט ערכי לא תקין" (נ/16, עמ' 7-8). עם זאת ציינה ד"ר דנינו שבמהלך הפגישות, לא נצפה אצל המערער מצב פסיכוטי, והיא לא ערכה לה מבחנים פסיכו-דיאגנוסטיים.

9. בית המשפט הוסיף ועמד על דברי הפסיכיאטר, ד"ר הלל מה נעים, שהשתתף בחלק מן הפגישות שקיימה ד"ר דנינו עם בני הזוג. בהודעתו במשטרה (נ/18) סיפר ד"ר מה נעים בהתייחס למערער כי "התרשמתי שהיא נבדקה פורמאלית, והיא פסיכוטית, פרנואידית, מסתירה את זה בכישרון רב ממנו וממני, אבל תחת פרובוקציות

היו גלישות פסיכוטיות ברורות (...).” לדבריו, הופעתה של המערערת היתה ביזארית, היא סבלה מחרדה בעוצמה פסיכוטית, וכשעלה נושא הקטין היא גלשה למחשבות פרנואידיות. לגישתו, רק בהיותה של המערערת פסיכוטית ניתן להסביר את מעשיה כלפי הקטין שכן לא מוכרת סטייה מסוג פדופיליה אצל נשים. בבית המשפט ציין ד”ר מה נעים כי התרשמותו נסבה על האופן שבו הגיבה, על נטייתה הבלתי מודעת להשליך את האחריות על מעשיה השליליים על אחרים וכן על מחשבות שווא שבהם לקתה (עמ’ 585-587, 593-596 לפרוטוקול).

10. עמדה שלישית שנסקרה, היא זו של הפסיכיאטר, ד”ר בנימין וגנר, שבדק מטעם המערערת אותה, את המערער ואת הקטין, לשם מציאת מסגרת משפחתית חדשה שתתאים לצרכיו. ד”ר וגנר עמד על הזעזוע שחשה המערערת לנוכח סרט הוידאו המתעד את מעשיה, ועל המאמץ שהשקיעה “לנקות” את עצמה ולהטיח את האשם במערער. את ממצאיו סיכם ד”ר וגנר, בציינו כי:

“נראה שמדובר באישה בעלת משאבים קוגניטיביים ורגשיים דלים במיוחד, אישיותה מצומצמת, מבוססת על מבנה אישיותי גבולי, כאשר יכולתה לפתרון בעיות היא נמוכה ביותר. ניכרים בה סף תסכול וגירויי נמוכים, ערך עצמי, דימוי עצמי וביטחון עצמי נמוכים ביותר, יכולת להתמודד עם מצבים רגשיים מורכבים נמוכה ביותר, יכולת לאימפולסיביות ואקטינג-אוט גבוהה במיוחד. במצבים רגשיים בהם היא מוצפת, היא עלולה לאבד את שיקול הדעת ואת בוחן המציאות ולנהוג בחוסר שיפוט, במצבים אלו ייתכנו סימנים לגלישות פסיכוטיות שאין אפשרות לשלול את קיומן. בשל האמור דלעיל, ניכר שמדובר בבעלת הפרעת אישיות גבולית, עם משאבים קוגניטיביים בינוניים, הנמצאת במצוקה עכשווית, עם קווים דיכאוניים וחרדתיים” (נ/26, עמ’ 10).

בעדותו הוסיף ד”ר וגנר כי למערערת אישיות שברירית, וכשהיא מוצפת בגירויים ונתונה בלחץ, היא עלולה לאבד את שיקול דעתה באופן זמני. לדבריו, נוכח התמונה הברורה שעלתה מפגישותיו עם המערערת, לא התעורר צורך בעריכת בדיקה פסיכו-דיאגנוסטית, בעיון במסמכים במהלך הבדיקות או בקיום בדיקות נוספות.

11. מומחה נוסף שהובא לעדות מטעם ההגנה הוא פרופ’ שמואל פניג שבדק את המערערת פעמיים ועיין במסמכים משפטיים ורפואיים רלוונטיים. לפי עמדתו, מצבה הנפשי של המערערת הביא אותה להתנהגויות “שאוּלִי גם היו פסיכוטיות בחלקן” (נ/15, עמ’ 20). לפי ממצאיו, המערערת סובלת מהפרעת אישיות ומאישיות בעלת רמת ארגון נמוכה המביאה לכך שבמצבי לחץ היא אינה שולטת על דחפיה וחיבתה,

ומגיעה למצבים הנתפסים כפסיכוטיים, גם אם אינם עולים כדי מחלת נפש. עוד ציין המומחה, כי המעשים לא נתפסו על-ידי המערערת בזמן עשייתם כאסורים או מזיקים לקטין שכן יכולתה להעריכם היתה פגומה, וכי אין ללמוד מהיעדר ממצאים לפסיכוזה בבדיקות שנערכו למערערת בחלוף זמן מביצוע המעשים, על מצבה הנפשי בזמן ביצועם. פרופ' פניג לא מצא עדות לפדופיליה, והסביר כי התפרצויותיה של המערערת מבטאות את מצוקתה ואת זעמה כלפי המערער שכן הקשר עימו התבסס על דינאמיקה של תוקפנות ומשיכה מינית כשהקטין משמש אמצעי תקשורת ביניהם אך לא אובייקט מיני עצמאי. בלשונו: "השימוש בתינוק במערכת הזוגית לא היה לצרכי סיפוק מיני אלא כאלמנט בקשר הפתולוגי עם הבעל. לדעתי, בגלל הפרעת הנפשית הקשה ומצבה הנפשי בזמן ביצוע המעשים, לא היתה מסוגלת להבין בזמן ביצוע המעשים שהיא גורמת נזק כלשהוא לתינוק ושהיא עוברת עבירה. כיום מבינה את הפסול שבמעשיה אך תתקשה להתמודד רגשית עם משמעותם".

12. בית המשפט הוסיף ועמד על עדויות הפסיכיאטריים מטעם המדינה, ד"ר טרג'יו מרצ'בסקי וד"ר מרילנה לבן. ד"ר מרצ'בסקי שבדק את המערערת פעם אחת, סבר כי היא סובלת מהפרעת אישיות ומאישיות בעלת ארגון נמוך, דבר המעיד, לדבריו, על ליקוי במדרג חומרה גבוה באופן יחסי. בנוגע לדברי ד"ר וגנר כי המערערת סבלה מ"גלישות פסיכוטיות", ציין ד"ר מרצ'בסקי כי מדובר במושג קשה להערכה שמוטב שלא להשתמש בו. לפי ממצאיו –

"עושה רושם...[המערערת] היתה מודעת למעשיה, אך היום היא משתמשת במנגנון של השלכה ומאשימה את בעלה בכל דבר. מתוך דבריה ניתן להבין שהיא זוכרת את המעשים היטב, אם כי גם אומרת שהראו לה תמונות, לכן אי אפשר לדעת האם זה זיכרון מהמעשים או שחזור לאחר תצפית בתמונות. סביר להניח שהיא זוכרת (...). יש מקום לבדוק האם אכן פעלה תחת השפעת סמים או תרופות, אפשרות זאת לא נראית סבירה, אך אין מידע לגבי אותם חומרים לכאורה" (ת/82).

13. ד"ר לבן שבדקה את המערערת שלוש פעמים, סברה כי הבדיקות שנערכו לה מלמדות כי היא אינה סובלת ממחלת נפש במובנה המשפטי (פסיכוזה), ולא סבלה ממחלת נפש בעבר. תחת זאת, מצביעים האבחונים על הפרעת אישיות בעלת ארגון נמוך שאינה מונעת הבחנה בין מותר לבין אסור ומותירה מודעות מלאה של הלוקה בה למעשיו. הפרעת האישיות האמורה עוררה אצל המערערת קושי להזדהות עם דמויות אנושיות והיעדר אמפתיה, בפרט כלפי הקטין, והתאפיינה בקושי להסתגל בעל

מאפיינים דיכאוניים וחרדתיים. לגישה, אין לקשור את היעדרם של ממצאים פסיכויטיים בהתנהגות המערערת לקיום הבדיקות שלא בזמן ביצוע המעשים עצמם שכן לאורך מעצרה היא עמדה במצבי לחץ ופחד קשים לא פחות מאשר אלה שבהם עמדה בזמן עשיית המעשים, וחרף כך לא נמצאה עדות להיותה במצב פסיכויטי.

14. בחוות דעת נוספת מטעמה, התייחסה ד"ר לבן גם לעמדות המומחים האחרים בנוגע למצבה הנפשי של המערערת. ד"ר לבן חלקה על עמדתו של פרופ' פניג שלפיה המערערת סובלת מפסיכוזה וסברה כי היא נובעת מערכוב מושגים, ומצויים בה פערים. לגישה, חוות דעתו של פרופ' פניג אינה מצביעה על התנהגויות חסרות שיפוט, וכול שעולה ממנה הן התנהגויות שמוכרות אצל מי שסובל מהפרעות אישיות נעדרות מאפיינים פסיכויטיים. ד"ר לבן לא הסכימה גם עם מסקנתו של ד"ר וגנר כי המערערת לקתה ב"גלישה פסיכוטית" שכן זו אינה מוגדרת, לטענתה, בסיווגים הבינלאומיים המקובלים של ליקויים (DSM ו-CD10). לדבריה, בגדר סיווגים אלה מוגדר רק "מצב פסיכויטי", וזה לא נצפה אצל המערערת. מאותו טעם, חלקה המומחית גם על חוות דעתו של ד"ר מה נעים שכן – לדידה – לא מתוארים בה סימפטומים שמצביעים על מצב פסיכויטי-פרנואידי, וה"גלישות הפסיכוטיות" שעליהן הוא מצביע הן מושג דינאמי, ולא תיאורי. לדידה, אין במחשבות שווא לבדן – אפילו הן פוגעות בבוחן המציאות – כדי לבסס תסמונת פסיכוטית. לבסוף סבורה ד"ר לבן כי אין יסוד למסקנתה של ד"ר דנינו כי למערערת "אישיות פסיכוטית" שכן מדובר בהגדרה דינאמית המתאפיינת במצבים פסיכויטיים, ואלה מעולם לא אובחנו אצל המערערת.

15. לאחר שבחן את עמדות המומחים בסוגיה, דחה בית המשפט את טענת המערערת כי הייתה במצב פסיכויטי בעת ביצוע המעשים.

ראשית עמד בית המשפט על עמדתו של ד"ר יעקב פז, רופא משפחה שנקרא לבית המערער במהלך "שבעה" על מות אמו על רקע התנהגות המערערת, והובא לעדות מטעם זו האחרונה. בית המשפט סבר כי אין ללמוד מדבריו על כך שהמערערת ביצעה את המעשים בהיותה במצב פסיכויטי, בציינו כי מדובר ברופא משפחה שלא ערך למערערת מבחנים פסיכיאטריים. עוד נקבע כי לא ניתן ללמוד מהתנהגותה האלימה של המערערת במהלך ה"שבעה" על היותה בהתקף פסיכויטי במהלך האירועים נושא הערעור שכן אלה התרחשו חמישה חודשים מאוחר יותר.

בית המשפט דחה גם את עמדת ד"ר דנינו שלפיה המערערת סובלת מאישיות פסיכוטית, ומעשיה נעשו בשל התקפים פסיכוטיים שחווה. נקבע כי ד"ר דנינו לא ערכה למערערת מבחנים; היא פגשה בה רק פעם אחת ביחידות למשך חצי שעה; ולא הייתה עדה לכל התקף פסיכוטי מצדה.

בדומה, דחה בית המשפט את ממצאיו של ד"ר מה נעים, בציינו כי הלה בדק את המערערת בנוכחות בעלה במהלך פגישה שלאורכה הטיחו השניים האשמות הדדיות, לא ערך לה מבחנים, לא שאל אותה שאלות והסיק את מסקנותיו על יסוד דברים עקיפים. בית המשפט קיבל את התרשמותו של המומחה כי המערערת שקרנית, וצייין כי התרשמות זו צריכה הייתה לגרום לו שלא להסתמך על דברי המערערת שלפיהם "ניידת משטרה מפטרלת סביב ביתה על מנת לשמור על הקטין", כביטוי אמיתי למחשבות שווא.

בית המשפט עמד על כך שגם ד"ר וגנר לא ערך למערערת מבחנים פסיכו-דיאגנוסטיים, לא צפה בקלטות המתעדות את מעשיה המיניים ולא עיין במסמכים רלוונטיים. בית המשפט הצביע על דבריו של ד"ר וגנר כי אפשר שהמערערת מניפולטיבית, וכי הייתה לה "סוג של מודעות" למעשים שביצעה ולטיבם הפסול. מכך הסיק כי אין בדבריו משום תמיכה בטענתה כי הייתה ב"גלישות פסיכוטיות".

בהתייחס לחוות דעתו של פרופ' פניג בדבר "גלישות פסיכוטיות" בעת עשיית המעשים, הצביע בית המשפט על דבריו של מומחה זה שלפיהם המערערת אינה סובלת ממחלת נפש אלא מהפרעה נפשית קשה שהחמירה במהלך נישואיה, ועל עמדתו כי מעשיה לא נועדו לשם סיפוק מיני. בית המשפט סבר כי דבריו של פרופ' פניג נסתרים נוכח סרט הוידאו שבו נראית המערערת כשהיא מתגרה מינית ממעשיה עם הקטין וכשהיא מודעת למעשיה. גם בעובדה שפרופ' פניג לא בדק את המערער ואת מערכת היחסים בינו לבין המערערת ולא שלל את האפשרות שהמערערת עשתה את המעשים כדי לגרותו, מצא בית המשפט חיזוק למסקנתו כי מעשיה נושא הערעור לא נעשו כשהייתה פסיכוטית. בית המשפט דחה את דבריו של פרופ' פניג כי אין ללמוד ממצבה התקין של המערערת מבחינה נפשית במועד שבו נעצרה על מצבה בעת ביצוע המעשים, בציינו כי בין שני המועדים חלפו אך ימים אחדים ומאז מעצרה לא אובחן אצלה מצב פסיכוטי חרף לחץ אובייקטיבי שבו הייתה נתונה.

מאידיך גיסא, ראה בית המשפט לאמץ את עמדתה של ד"ר לבן כי התנהגות המערערת לא היתה חסרת שיפוט, והיא היתה מודעת למעשים שעשתה ולאיסור הכרוך בהם, בהצביעו גם על דבריה של המערערת לד"ר מרצי'בסקי המלמדים כי זכרה את המעשים המיניים שביצעה בקטין והייתה מודעת להם ולפסול שבהם.

על רקע המקובץ, פסק בית המשפט כי המערערת לא סבלה מ"מחלת נפש" בעת שביצעה את המעשים נושא הערעור, אלא רק מהפרעת אישיות בלתי בשלה שלא מנעה ממנה להיות אחראית למעשיה ומודעת למהותם ולהשלכותיהם. לפיכך, הורשעה המערערת בעבירות שיוחסו לה כמפורט לעיל.

המערער

16. על רקע הראיות שהוצגו לפניו, ראה בית המשפט ליתן אמון בטענת המערער כי במהלך נישואיהם, הפעילה המערערת אלימות פיזית ומילולית כלפיו שנמשכה גם בעת ביצוע המעשים נושא הערעור. בית המשפט אף מצא כמהימנים את דברי המערער כי התקין את המצלמות והקליט את השיחות עם המערערת כדי שתשמנה ראיות להוכחת התנהגותה האלימה כלפיו. עם זאת דחה בית המשפט את טענת המערער כי נמנע מלהתלונן על מעשי המערערת בקטין אך בשל חוסר אמון שחש כלפי המשטרה וחששו כי דבריו לא יזכו לאמון. נקבע כי טענת המערער שלפיה במשטרה נמסר לו שלשם הגשת תלונה עליו להצטייד בהוכחות ברורות, אינה סבירה ונסתרת בדבריהן של חוקרות המשטרה שהובאו לעדות. בית המשפט ציין כי המערער נמנע מלבקש מן המשטרה להתקין בביתו מצלמת וידיאו שתתעד את מעשי המערערת, ותחת זאת צילם אותה באופן עצמאי כדי להותיר בידיו שליטה במצולם. עוד נקבע כי חרף תלונות המערער על מעשי אלימות שנעשו בו על-ידי המערערת, הוא נמנע מלספר לאיש מן הגורמים שעימם בא במגע – לרבות גורמי הטיפול – על מעשיה המיניים בקטין, על נוכחותו בחדר השינה בזמן עשייתם וכן על מעורבותו במעשים, כפי שנראית בקלטת.

17. בית המשפט הוסיף ומצא כי המערער "צנזר" מקלטות הוידאו קטעים שלא היטיבו עם גרסתו ובראשם – יחסי המין שקיים עם המערערת בסמוך לעשיית המעשים המיניים בקטין; הבאת הקטין מיוזמתו למערערת; ואי הבעת כל התנגדות לעשיית המעשים המיניים בנוכחותו. לפי קביעתו, אין לקבל את דברי המערער כי בקיימו יחסי מין עם המערערת ביקש למנוע ממנה לבצע מעשים מיניים בקטין, ותחת זאת יש להסיק כי המערער התגרה ממעשים אלה ולא פעל למניעתם. בית המשפט קבע כי הגם שבחלק

ממעשיה של המערערת, לא נראה המערער בחדר, מצביעה התנהגותה על נוכחותו בקרבת מקום. אין בעובדה כי בחלק מהמקרים קדמה למעשים המיניים של המערערת בקטין התנהגות אלימה כלפי המערער כדי לשנות ממסקנה זו שכן לאחר מעשי האלימות, ביצעה המערערת מעשים מיניים בקטין בנוכחות המערער וללא התנגדותו, ובהמשך הם אף קיימו יחסי מין. את ניסיונו של המערער להוציא את הקטין מידי המערערת יש לראות כמעשה חד פעמי שאינו מעיד על הכלל.

18. בהקשר זה, דחה בית המשפט את חוות דעתו של הפסיכולוג ד"ר עודד שלומאי כי המערער לא היה שותף למעשי המערערת, והתנהגותו נבעה מ"חוסר אונים נלמד". לפי קביעת בית המשפט, חוות דעתו של ד"ר שלומאי נכתבה קודם לתחילת הטיפול במערער ונסמכה על מידע בלתי נכון שמסר האחרון. עוד קבע בית המשפט כי ד"ר שלומאי לא צפה אלא בחלק מצילומי האירוע ולא ראה שהמערער נכח בחדר בזמן עשיית מעשי המערערת, ומיד לאחר מכן קיים עימה יחסי מין. מומחה זה אף העיד כי אילו צפה בחלקים אלה של הצילום, קיימת "אפשרות מעשית" שעמדתו הייתה משתנה. על מעורבותו של המערער במעשים, למד בית המשפט גם מהתנהגות המערער בעת עשיית המעשים; מהימנעותו במודע מלהיות גלוי לעין המצלמה לאורך מרביתם; מדברי המערערת בהודעותיה ובעדותה – כי המערער אמר לה לעשות את המעשים המיניים שכן הוא מתגרה מהם; וכן מן האיחור בהבאת סרט הוידאו למשטרה. על יסוד הכרעותיו אלה, הרשיע בית המשפט גם את המערער בעבירות שיוחסו לו.

גזר דינם של המערערים

19. בגין מעשיהם, גזר בית המשפט על כל אחד מבין המערערים עונש של 5 שנות מאסר בפועל וכן עונשי מאסר על תנאי. לחובת המערערת נשקלו, בין היתר היקפם הגדול של המעשים שנעשו בקטין וחומרתם; הנזקים הנפשיים שנגרמו לו; יחסה האפאטי ונטול האמפתיה כלפי הקטין; וכן שיקולים הנוגעים למסוכנותה המינית ולצורך בהרתעה. לחובת המערער נשקלו גם נוכחותו בעת שהמערערת ביצעה את המעשים, שעודדה אותה להמשיך בהם – זאת הגם שהיה במצב נפשי תקין; אי העברת צילומי הוידאו למשטרה באופן מידי; אי אזכורם של מעשי המערערת לפני הגורמים הטיפוליים שעיימם נפגש; וכן מסוכנותו המינית הבינונית לטווח ארוך. בגדר השיקולים לקולה, ניתנה הדעת לעברם הנקי של המערערים, לפרק הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים שבמהלכו היו במעצר בית, ולגבי המערערת – גם למצבה הנפשי. באיזון בין כל אלה, מצא בית המשפט כי האינטרס הציבורי בהוקעת המעשים ובהרתעת היחיד

והרבים גוברים על כל הנסיבות המקלות, וגזר על המערערים את העונש המפורט ברישה.

טענות המערערת

20. לטענת המערערת, שגה בית המשפט בהרשיעו אותה בעבירות שיוחסו לה. השגותיה של המערערת מכוונות בעיקרן לקביעה כי הייתה מודעת למעשים שביצעה, ומשכך – כי היא אינה חוסה תחת הסייג לאחריות פלילית של אי שפיות הדעת.

לדברי המערערת, שגה בית המשפט בהסיקו מסרט הוידאו המתעד את המעשים נושא הערעור, כי אלה בוצעו מתוך מודעות. לגישה, מדובר בשאלה המסורה למומחים, ולבית המשפט לא היו כלים להשיב עליה, כך בפרט בהינתן שתמונות הוידאו לא לוו בהקלטת שמע. דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שכמה מהמומחים שצפו בסרט לא הגיעו למסקנה דומה. עוד מוסיפה המערערת כי אין ללמוד מהתייחסותה לאירועים בחקירתה במשטרה על כך שזכרה אותם – ומכאן שהייתה מודעת להם בעת עשייתם – שכן דבריה נאמרו לאחר שצפתה בסרט. בהקשר זה, מפנה המערערת לדבריה של חוקרת המשטרה שהעידה כי על פניה של המערערת ניכרה הפתעה בעת שהסרט הוצג לה. בצד זה נטען כי אין ללמוד מכך שבסרט הוידאו נראית המערערת מגורה מינית מן המעשים, על כך שהייתה מודעת להם ולטיבם באותה עת.

21. המערערת מוסיפה וטוענת כי שגה בית המשפט כשלא קבע במדויק מה היה מצבה הנפשי בעת ביצוע המעשים, והסתפק בקביעה כי היא סבלה מ"הפרעת אישיות בלתי בשלה", בהתבסס על עמדתה של ד"ר לבן. לדבריה, קביעה זו מעוררת קושי שכן לא הובהר באיזו הפרעה מדובר; לא הוסבר על סמך מה הועדפה עמדת ד"ר לבן על-פני האחרות; ולא נקבעה מידת החומרה של הפרעת האישיות. במצב דברים זה, לא ברור על מה הושתתה המסקנה בדבר מודעותה למעשיה. לטענת המערערת, לפי חוות דעתם של כמה מן המומחים, הליקוי שממנו סבלה הוא הפרעת אישיות גבולית בעלת ארגון נמוך המצויה במדרג העליון של הליקויים. ליקוי זה יכול להוביל במצבי דחק – כדוגמת מערכת יחסים טעונה – לתסמינים פסיכויים. בצד זה נטען כי בית המשפט שגה בהתירו למדינה להביא עדי הזמה על אף שאחרונה יכלה לצפות מראש את הטענות שהעלתה המערערת.

22. עוד נטען כי בית המשפט שגה כשהסיק מהיעדר תסמינים פסיכויטיים אצל המערערת לאחר מעצרה, על היעדרם גם בעת ביצוע המעשים נושא הערעור. כן שגה בית המשפט כשזקף לחובת מומחי ההגנה את העובדה שלא ערכו למערערת מבחנים פסיכו-דיאגנוסטיים שכן אלה אינם נדרשים כשמצבו של הנבדק ברור. ממילא, המבחנים שנערכו על-ידי מומחי המשיבה לא שללו מחלת נפש בעברה של המערערת.

23. המערערת טוענת בנוסף, כי שגה בית המשפט בקבלו כראיה את קלטת השמע שבה הוקלטה, ולמצער במשקל שהעניק לה לשם הוכחת מודעותה למעשים. לדבריה, מדובר בקלטת "מפי השמועה", קטועה וערוכה; לא הובאו ראיות למידת האותנטיות שלה; והמערער לא נחקר על אודותיה. מכל מקום, לא ניתן ללמוד מדבריה בקלטת כי הייתה מודעת לביצוע המעשים שכן אלה בוצעו בספטמבר בעוד הקלטת הוקלטה לא יאחר מחודש יוני באותה השנה. לגישתה, על בית המשפט היה ליתן דעתו ליחסו "האכזרי" של המערער כלפיה ולשליטתו הטוטאלית בחייה, ועל בסיס זה להעריך את קלטת הוידאו—שלא הייתה אלא מעשה מתוכנן של המערער, שנועד להעביר את הקטין לאימוץ ולחמוק מתשלום מזונותיו.

24. בהתייחס לחוות דעת המומחים, טוענת המערערת כי שגה בית המשפט כשלא נתן דעתו לעובדה שמעשים מהסוג שביצעה בקטין אינם מוכרים בספרות, דבר המקים חזקה כי בוצעו במצב של אי שפיות. בנוגע למומחי התביעה, טוענת המערערת כי בניגוד לקביעת בית המשפט, אין בדברי ד"ר מרצ'בסקי כל קביעה כי היא הייתה מודעת למעשים, ולא נשללה בהם האפשרות כי היא לקתה בפסיכוזה בעת ביצועם. לטענת המערערת, הפגמים שמצא בית המשפט בחוות הדעת של מומחי ההגנה, ובראשם משך הזמן הקצר שבו נבדקה ואי עריכת מבחנים פסיכו-דיאגנוסטיים, חלים באותה מידה גם בנוגע לעמדתו של ד"ר מרצ'בסקי. אשר לד"ר לבן, נטען כי מסקנתה הסופית כי המערערת הייתה מודעת למעשים, לא בוססה, והנמקותיה חסרות תוקף. כך, מסקנה זו אינה מתיישבת עם עמדתה של ד"ר לבן שלפיה המערערת סובלת מהפרעת אישיות גבולית בארגון נמוך. עמדתה כי מעולם לא אובחנה אצל המערערת פסיכוזה ניתנה מבלי שד"ר לבן עיינה בחוות דעתו של ד"ר מה נעים שכללה נתונים שסותרים עמדה זו, ומבלי שניתנה הדעת לאשפוזה במחלקה סגורה עקב פסיכוזה פרנואידיית פרק זמן לא רב לאחר מכן. לטענת המערערת, את מסקנת המומחית כי היא הייתה מודעת למעשים ניתן גם לתלות בסברתה המוטעית כי המעשים בקטין בוצעו לאורך תקופה של שלושה חודשים, אף כי בפועל הם בוצעו לאורך שלושה ימים בלבד. עוד נטען כי על בית המשפט היה לדחות את דברי ד"ר לבן כי המונח "גלישות פסיכוטיות" אינו קיים.

ממילא, טוענת המערערת, חשיבותן המדעית של האבחנות השונות מוגבלת שכן הן אינן עומדות על חומרת הפרעה ועל הסימפטומים שעלולים להתלוות לה.

25. בצד זה, גורסת המערערת כי על בית המשפט היה ללמוד מחוות דעת המומחים מטעמה כי היא לא הייתה מודעת למעשיה בעת ביצועם. בהתייחס לעמדתו של ד"ר פז, סבורה המערערת כי שגה בית המשפט בקביעתו, כי מהעובדה שלא נמצא שהיא סבלה מחרדה קיצונית, מתבקשת המסקנה כי היא לא הייתה נתונה להתקף פסיכוטי. לדבריה, על בית המשפט היה לתת דעתו למסקנתו של ד"ר פז כי היא לא שלטה בעצמה שייתרה את הצורך במבחנים נוספים; ולדבריו כי היא סבלה ממחשבות רדיפה ופרנויה המתיישבים עם אבחנתו של ד"ר מה נעים כי היא לוקה בפסיכוזה פרנואידית. מאידך גיסא, לא היה מקום ללמוד מסירובה לקבל טיפול נפשי כי היא אינה סובלת מפסיכוזה, וגם הקביעה כי התנהגותה במהלך השבעה על מות חמותה אופיינית לה, בטעות יסודה.

26. אשר לד"ר דנינו, סבורה המערערת כי התסמינים שאבחנה, בד בבד עם חוות הדעת של ד"ר פז וד"ר מה נעים, ואשפוזו עקב פסיכוזה פרנואידית בשלב מאוחר יותר, מצביעים באופן ברור על היותה "אישיות פסיכוטית". לדברי המערערת, קביעת בית המשפט כי ד"ר דנינו לא התרשמה מן המערער במשך זמן מספיק, אין לה על מה שתסמוך. בנוגע לד"ר מה נעים, טוענת המערערת כי בית המשפט קמא נתפס לכלל טעות בהחליטו שלא לאמץ את עמדתו כי היא הייתה במצב פסיכוטי פרנואידי בעת שבדק אותה. זאת, על אף שד"ר מה נעים בדק אותה סמוך לביצוע המעשים והתרשם ממנה באופן בלתי אמצעי. לגישתה, לא היה מקום להפחית ממשקל עמדתו בעקבות נוכחות המערער בבדיקה או בעקבות התרשמות המומחה מדברים עקיפים שאמרה, ולא מתשובות ישירות לשאלותיו. עוד נטען כי שגה בית המשפט במסקנתו כי התרשמותו של ד"ר נעים שהמערערת שקרנית הייתה צריכה להובילו למסקנה כי מחשבת השווא שתיארה היא פרי מניפולציה. לדבריה, אין בדבריו של ד"ר מה נעים, שלפיהם היא אינה סובלת ממחלת נפש, כדי להחליש את טענתה שכן אף היא אינה טוענת שיש לה מחלת נפש ספציפית, אלא רק שאובחנה כפסיכוטית.

27. שני המומחים הבאים שאליהם מתייחסת המערערת הם ד"ר וגנר ופרופ' פניג. בנוגע לראשון, נטען כי היה מקום ליתן משקל לכך שהוא אינו גורם מעוניין, ולהיותו הגורם המקצועי הראשון שבדק אותה לאחר המעשים. עוד נטען, כי אבחנתו בנוגע לליקוי פסיכוטי הייתה ברורה, ומשכך הוא לא נדרש למבחנים או לצפייה בקלטות הוידאו, שעל דבר קיומן לא ידע. לטענתה, מסקנתו של ד"ר וגנר מתיישבת עם עמדת

המומחים שצפו בקלטות ועם אשפוזה במועד מאוחר יותר בשל מצבה הפסיכיאטרי. בצד זה נטען, כי לא הובאה כל ראיה הקושרת בין עמדת ד"ר וגנר כי היא מניפולטיבית, לבין האפשרות שפברקה את מצבה הנפשי. אשר לפרופ' פניג, טוענת המערערת כי בדין קבע כי לא היה מקום ללמוד מכך שהיא נראית כמי שנהנית מן המעשים המיניים בקלטת, על מודעותה להם. לגישתה, על בית המשפט היה לקבל את עמדת פרופ' פניג שלפיה היא סבלה מפגיעה בבוחן המציאות ומהפרעת אישיות גבולית קשה, חרף העובדה שלא אובחנה אצלה מחלת נפש. לדבריה, הספרות והפסיקה מכירים במצבים פסיכויטיים חולפים, וזה היה מצבה בעת ביצוע המעשים נושא הערעור.

28. לחלופין, טוענת המערערת לעניין גזר הדין כי העונש שהושת עליה אינו משקף את מכלול הנסיבות ומתעלם מן השיקולים לקולה, לרבות מצבה הנפשי הקשה; משך הזמן הקצר שבו בוצעו המעשים; העובדה שמדובר במקרה חסר תקדים שאינו מצריך עונש מרתיע לשם מניעתו; וכן מעצר הבית הממושך שבו שהתה. לדידה, לא היה מקום להסתמך על הערכת המסוכנות בעניינה שכן הערכה מעין זו אינה ישימה בנסיבותיה, והיא התבססה על עמדתו האישית של העורך. תחת זאת, היה מקום להביא בחשבון את סבלה בגין העובדה שכתוצאה מן הפרשה נלקח ממנה בנה והועבר לאימוץ.

טענות המערער

29. לטענת המערער, לא הייתה לו כל מעורבות במעשים שביצעה המערערת, והוא אף פעל למניעתם. הוא מצביע על האלימות הקשה שלה היה נתון מצד המערערת, המלמדת שלא נקשר קשר פלילי בין השניים, ולא ניתן לראות בהם מבצעים בצוותא. בהקשר זה הוא מציין כי התכונותו במערערת בעת שעשתה מעשיה בקטין נועדה לשם תיעודם בכתב; ואילו הוא עצמו מעולם לא נטל בהם חלק ואף פעל בכוח כדי להוציא את הקטין ממיטת המערערת ולהשיבו למיטתו שלו. לדבריו, בניגוד לנטען הוא סיפר למספר גורמי טיפול שעימם נפגש על אודות מעשי המערערת בקטין "בזמן אמת" על מנת להביא להפסקתם. חרף כך נמנעו גורמים אלה מלפנות לרשויות הרווחה ולמשטרה כנדרש מהם. לגישת המערער, את דבריהם של אותם גורמים בעדויותיהם ואת טענתם כי לא נמסר להם מידע בדבר מעשים מיניים שביצעה המערערת בקטין, יש לראות כניסיון "לשמור על עורם ולהמעיט בחומרת המעשים שמסר להם המערער". לטענתו, החלטתו לתעד את המעשים בוידאו נועדה להביא למניעתם, והיא התקבלה לאחר שלא זכה למענה על תלונותיו, ובעצת המומחים שעימם נפגש. לטענתו, לא ניתן להתעלם מכך שהוא בא ביוזמתו לתחנת המשטרה כשבידיו תיעוד של מעשי המערערת, כל זאת במטרה להפסיקם. עוד גורס הוא כי אין לזקוף לחובתו את העובדה שמסר למשטרה רק

חלק מן החומרים שצילם, שכן הוא סבר לתומו כי די באלה לצורך הגשת תלונה, ולא היה מקום לראות בעשייתו זו משום תיעוד סלקטיבי.

30. לעניין גזר הדין טוען המערער כי נוכח מעורבותו הפחותה במעשים, פנייתו למשטרה ביוזמתו ופעולתו להפסקתם, מן הראוי כי עונשו יהיה נמוך מזה שהושת על המערער. עוד הוא גורס כי על בית המשפט היה להתחשב בפרק הזמן הרב שחלף מאז האירועים, בהוצאת בנו לאימוץ, במעצר הבית שבו שהה ובעברו הנקי.

טענות המדינה

31. המדינה טוענת מנגד כי בית המשפט קמא בחן את מכלול העדויות וחוות הדעת לעומקן, והגיע למסקנתו לגבי כל אחד מן המערערים לאחר ניתוח זהיר וקפדני. לדבריה, מעבר למסמכים, הושתת פסק הדין על התרשמות בלתי אמצעית ועל קביעות מהימנות שאין להתערב בהן. עוד נטען כי פסק הדין מבוסס גם על ראיות אובייקטיביות, ובראשן סרט הוידאו המתעד את המעשים וקלטות שמע המלמדות כי המערערת ביצעה את מעשיה מתוך מודעות. לדבריה, את טענת המערערת לאי שפיות יש לקרוא בד בבד עם התרשמות המומחים בדבר היותה מניפולטיבית, ואת מכלול טענות המערערים יש לקרוא בשים לב לספק שהובע בדבר אמינותם.

32. בהתייחס למערערת, טוענת המדינה כי בית המשפט בחן את חוות דעת המומחים כיאות, ואין להתערב בממצאיו המנומקים בנוגע להן. בצד דחייתן של חוות דעת אלה, מצביעה המדינה על חוות הדעת של ד"ר מרצ'בסקי וד"ר לבן, שאומצו על-ידי בית המשפט, וקבעו כי המערערת הייתה מודעת למעשיה והבינה את הפסול שבהם. בהקשר זה טוענת המדינה כי לא הייתה מניעה להבאת עדי הזמה מטעמה שכן בעדותם התייחסו המומחים לדברים שלא היו בידיעתה מלכתחילה ונדרשה הזמתם. להשקפתה, יש גם לדחות את הטענה לאי קבילות קלטת השמע, שהועלתה לראשונה בערעור.

33. בנוגע למערער נטען כי קיימות אינדיקציות שונות לעניין שהביע במעשי המערערת, ולכך שהוא תרם לביצועם ואף הפיק מהם גירוי מיני. בין אלה ניתן למנות את נוכחותו בעת ביצוע המעשים; צפייתו הנמשכת והנשנית בהם; העובדה שבמקרה אחד לפחות הביא את הקטין לידי המערערת לצורך ביצוע המעשים; קיום יחסי המין עם המערערת בסמוך למעשיה בקטין; השתהות במסירת הקלטות לידי הגורמים הרלוונטיים; וכן העובדה שמסר למשטרה קלטות ערוכות וסלקטיביות שמהן "צונזרו" חלקו ומעורבותו במעשים. לדברי המדינה, בדין דחה בית המשפט קמא את הטענה כי החלטת המערער לתעד בוידאו את המעשים מצביעה על אי מעורבותו בהם, בין היתר

עקב היעדר הדיווח על האירועים לגורמי הטיפול; ומסירת הקלטות למשטרה כשהן ערוכות.

34. אשר לגזר הדין, טוענת המדינה כי העונש שנגזר על המערערת עולה בקנה אחד עם חומרת המעשים, עם מסוכנותה, עם הנזק הכבד שנגרם לקטין ועם הצורך בהרתעה, והוא משקלל כראוי גם את השיקולים לקולה. בהתייחס למערער נטען כי בנוסף ליתר השיקולים, ניתנה הדעת גם לתסקיר שירות המבחן, שהצביע על אי לקיחת אחריות מצדו ועל היעדר נכונות כנה להשתלב בטיפול; וכן לחוות דעת המרכז להערכת מסוכנות, שציין אף הוא כי המערער נעדר תחושת חרטה או אשם וכי טמונה בו מסוכנות מינית בינונית. על רקע זה, סבורה המדינה כי העונש שהושת על המערער הוא עונש מידתי, ואין להתערב בו.

ערעורה של המערערת – דיון

35. באין מחלוקת כי המערערת ביצעה את המעשים שבגינם הורשעה, מתמקד הערעור בשאלת מצבה הנפשי בעת ביצועם. ארבעה מקורות עיקריים עומדים ביסוד מסקנתו של בית המשפט קמא בנוגע למצבה הנפשי של המערערת: תיעודי וידיאו של מעשיה; קלטות שמע המלמדות על התנהגותה בתקופה שקדמה למעשים ומסייעות להתרשמות ממצבה הנפשי בעת שנערכו; דבריה של המערערת בחקירת המשטרה ובבית המשפט, כשלגבי האחרונים מתווספת גם התרשמות ישירה של בית המשפט מהתנהגותה; וכן חוות דעת מומחים שנדרשו לעניינה. המקורות השונים מאירים, כל אחד בנפרד, זווית חשובה, גם אם חלקית, של מצבה הנפשי בעת ביצוע המעשים. כך, יתרונה של קלטת הוידאו בתמונה שהיא מספקת בנוגע להתנהלותה של המערערת "בזמן אמת" ובקונקרטיות הגלומה בה לעניין הנדון. חסרונה – מעבר להיעדרו של רכיב השמע שהיה מוסיף הקשר ודיוק לתמונות, בקושי "לתרגם" את המראות לניואנסים הדקים של האבחונים הפסיכיאטריים. יתרונה של ההתרשמות הישירה מן המערערת כבית המשפט ביכולת המצויה בה להעריך באופן בלתי אמצעי את המערערת – הן לעניין המצב הנפשי הנשקף מהתנהגותה, הן לעניין אמינות טענתה כי לא הייתה מודעת למעשים בעת שביצעה אותם. חולשתו העיקרית של מקור זה בכך שאפילו יש בו כדי ללמד על מצבה הנפשי של המערערת, הרי שהדבר נוגע למצבה הנפשי בעת מסירת הדברים, במהלך הדיון המשפטי, ואין בו, בהכרח, כדי להשליך ישירות על מצבה הנפשי בעת עשיית המעשים. פער דומה קיים גם בנוגע לחוות דעת המומחים, שחלקם בדקו את המערערת פרק זמן משמעותי לפני או אחרי האירועים, ולא היו עדים למצבה במועד ביצוע המעשים. הקושי הנובע מכך מתעצם בנסיבות שלפנינו שכן כמה מן המומחים עצמם גורסים כי הליקוי שהוביל את המערערת למעשיה הוא זמני באופיו.

חרף כך קיימת חשיבות רבה לעמדות המומחים בשל יכולתם להעריך את פוטנציאל תפקודה של המערערת במצבי דחק כגון אלה שלהם – לפי הנטען – נחשפה במהלך חייה עם המערער, וכך להסיק על המצב הנפשי הכללי שבו הייתה נתונה, על יסוד בדיקותיהם ואבחנותיהם הפסיכיאטריות.

36. בית המשפט קמא בחן לעומק את המקורות האמורים והגיע למסקנה כי המערערת לא לקתה בעת ביצוע המעשים בליקוי העולה כדי מחלת נפש. בנוגע לממצאים שמקורם בהתרשמותו הישירה מן המערערת ולשאלות של מהימנות, מורה אותנו ההלכה, כי אין דרכו של בית המשפט שלערעור להתערב, אלא במקרים חריגים (ראו ע"פ 9399/09 ארלקי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (לא פורסם, 10.8.2010) (להלן: עניין ארלקי); ע"פ 6643/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 6 (לא פורסם, 3.7.2007)). ככלל, תימנע ערכאת הערעור מלהתערב גם בהכרעות עובדתיות הנוגעות בשאלות מקצועיות ובעדויות מומחים, וכן בהחלטות של בית המשפט שלדיון להעדיף חוות דעת מומחה אחת על פני רעותה (ע"פ 10166/09 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (לא פורסם, 11.10.2010)). אכן, יכולתו של בית המשפט המברר להעמיק בחומר הראיות, לעמוד בהרחבה על עמדתם המקצועית של המומחים ועל האופן שבו הסיקו את מסקנותיהם ולגבש מתוך אלה תמונה כוללת, מצדיקה כי בית המשפט שלערעור ימשוך בדרך כלל ידו מבחינה מחודשת של דבר המומחים. ואולם, בהיחלש מרכיב ההתרשמות הישירה כשמדובר בעדויות מומחים, נחלשת גם עוצמת הרתיעה מהתערבות בממצאים אלה בערעור. אופיו ה"היסקי" של גיבוש הממצא העובדתי, ושיקולי ההיגיון שפעמים רבות עומדים ביסוד העדפתו של מומחה זה או אחר, מביאים להחלשת הסייגים העומדים בפני בחינה מחודשת של חוות דעת המומחים בערעור (ראו בהקשר זה ע"פ 10733/08 גולדבלט נ' מדינת ישראל, פסקאות 35-36 (לא פורסם, 17.2.2011)). גם האמצעי השלישי שמכוחו נקבעו הממצאים העובדתיים בנוגע למצבה הנפשי של המערערת – סרט הוידאו (וכן קלטת האודיו), אינו טומן בחובו יתרון אינהרנטי לערכאה הדיונית בהערכת מצבה של המערערת (ראו ע"פ 8416/09 מדינת ישראל נ' חרבוש, פסקה 15 (לא פורסם, 9.6.2010)).

ראינו אפוא, לבחון לגופן את טענות המערערת המופנות כלפי ממצאיו של בית המשפט קמא בנוגע למצבה הנפשי, ואת טענתה כי ביצעה את מעשיה במצב של פסיכוזה.

הסייג לאחריות פלילית של אי שפיות הדעת

37. שיטות המשפט המודרניות פוטרות נאשמים בלתי שפויים בדעתם מאחריות פלילית למעשי עבירה שביצעו בשל מצבם הנפשי. סעיף 34 ח לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), מגדיר את הסייג לאחריות פלילית של אי שפיות הדעת. לפי הסעיף:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש -
(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו;
או
(2) להימנע מעשיית המעשה"

על מנת להיכנס בגדרו של הסייג נדרשת, אפוא, התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא כי הנאשם לוקה בכושרו השכלי או סובל ממחלה שפגעה ברוחו, ביטוי שאליו התייחסה הפסיקה כאל מחלת נפש (ראו למשל: ע"פ 647/85 קיסר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 347, 352 (1987); ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל, סעיף 28 (לא פורסם, 22.2.2007) (להלן: עניין זלנצקי)). הגם שהמונח "מחלת נפש" נישא תדיר על לשונם של רופאים ומומחים לפסיכיאטריה, בהתייחסם לליקוי הקבוע בסעיף 34 ח, יש להדגיש כי מדובר במונח בעל אופי משפטי, ושאלת התקיימותו לצורך הסעיף נתונה לבית המשפט, גם אם זו נעשית, בין היתר בשים לב לחוות דעת רפואיות בנושא (ראו עניין זלנצקי, סעיף 30; ע"פ 187/61 פנו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(2) 1105, 1112 (1962) (להלן: עניין פנו); רע"א 2111/93 אבנרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 133, 142 (1994)). התנאי השני הוא כי בשעת המעשה נעדר הנאשם יכולת של ממש להבין את מהות המעשה שעשה – משמע את המהות הפיסית של המעשה; את הפסול שבו – קרי את מהותו המוסרית בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות; או להימנע מעשיית המעשה – לשון אחר: היה נתון לדחף לאו בר כיבוש (ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 685-688 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: רבין וואקי)). שלילתן של יכולות אלה אינה צריכה להיות מוחלטת, והנאשם יוכל לחסות תחת סייג אי שפיות גם אם נותרה לו מידה מועטה מן היכולות המנויות בסעיף, כל עוד לא נותרה לו יכולת של ממש (ע"פ 8220/02 ברוכים נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 724, 733 (2004) (להלן: עניין ברוכים); ע"פ 2788/96 אבליים נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 183, 189 (1998); לבחינת הרציונאלים לכלל זה, ראו עדי פרוש "משמעות הביטוי "חסר יכולת של ממש" בתיקון 39 וגבולות האחריות הפלילית" בתוך מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 367 (בעריכת אלי לדרמן, קרן שפירא-

אטינגר ושי לביא, 2010)). התנאי השלישי הוא כי קיים קשר סיבתי בין התנאי הראשון לבין התנאי השני, קרי בין המחלה או הליקוי השכלי לבין חוסר היכולת להבין את מהות המעשה או להימנע מעשייתו (ע"פ 5951/98 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 49, 68-69 (2000) (להלן: עניין מליסה); עניין ברוכים, בעמ' 732).

38. התנאי הראשון האמור, הדורש קיומה של מחלת נפש, נועד להבחין בין הסיבות השונות שבעטיין עשויות להישלל מן הנאשם יכולותיו המנויות בתנאי השני. אכן, יכולתו של אדם להבין את טיב מעשיו או להימנע מעשייתם עלולה להישלל מפאת גורמים שונים, לרבות כאלה שאינם שוללים את אחריותו הפלילית (ראו למשל סעיף 34ט לחוק העונשין, הדין בנאשם המבצע את העבירה במצב של שכרות). רק כשאיון של יכולות אלה נגרם בשל מחלת נפש, יחסה מי שביצע עבירה בשל כך תחת הסייג של אי שפיות הדעת.

ברבות הזמן, נוסף לזיקה בין התנאי הראשון לבין התנאי השני עוד ממד. עם התרופפות הדיכוטומיה בין מחלות וליקויים שנהוג היה לסווגן בספרות הפסיכיאטרית כ"מחלות נפש" לבין אחרים שלא נהוג היה לתייגם ככאלה בספרות זו (ועל כך ראו בעניין זלנצקי, פסקאות 31-33; ע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (לא פורסם, 11.09.2003); גבריאלי הלוי "בחינה מודרנית של סייג אי שפיות הדעת בדיני העונשין לאור התפתחותה של הפסיכיאטריה הדינאמית – מקטגוריזציה לפונקציונאליות", משפט רפואי וביו-אתיקה 3, 11, 12 (2010) (להלן: הלוי)), לבש המבחן הננקט לשם קביעת קיומה של מחלת נפש, אופי פונקציונאלי אשר שם את הדגש על מהות התסמינים המופיעים בעטיו של ליקוי ספציפי, ולא על הקטגוריה הרפואית שתחתיה הוא חוסה מלכתחילה (עניין זלנצקי, פסקה 31; ע"פ 7761/95 אבו חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 245, 250 (1997); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין 72-71 (כרך א' 1984); ראו והשוו: עדי פרוש "אי שפיות, היעדר שליטה וסעיף 34 לחוק העונשין" עיוני משפט כא (1) 139, 165-167 (1998) (להלן: פרוש); יורם רבין ויונתן לבני "התסמונת הפוסט טראומתית כטענת הגנה במשפט פלילי", דין ודברים ה(1) -239 (2010) (להלן: רבין ולבני)). במסגרת זאת, אם מחמת הליקוי הנפשי שממנו סובל הנאשם נשללה יכולתו להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבו או להימנע מעשיית המעשה, ייחשב הוא למי שלוקה במחלת נפש. דרישה זו, משמעה כי נדרשת הימצאותם של תסמינים פסיכויטיים, קרי כאלה המשקפים "הפרעה נפשית חמורה ביותר בשיפוט המציאות וביצירת מציאות חדשה (...). בתחומי החשיבה, התפיסה וההתנהגות הדרושים לניהול אורח חיים תקין. אדם במצב פסיכוטי אינו מסוגל להעריך את הדיוק של תפיסתו ומחשבותיו ומניח הנחות מוטעות על אודות המציאות" (אבנר אליצור,

שמואל טיאנו, חנן מוניץ ומיכה נוימן פרקים נבחרים בפסיכיאטריה 138-139 (חנן מוניץ עורך, מהדורה רביעית, 2000). מרכז הכובד אינו מצוי, אפוא, בסיווג אפרירי של הליקוי אלא בתסמיניו בפועל ובמידת פגיעתם בתפיסת המציאות של הנאשם וביכולתו לשלוט במעשיו, והם שמגדירים את התנאי הראשון בדבר מחלת נפש.

להתמקדות בשאלת התסמינים חשיבות בהרחבת ההגנה הניתנת לנאשם שביצע את מעשיו בשל ליקוי שלא סווג מראש – בהתאם לתפיסה המסורתית – כ"מחלת נפש", אך מנע ממנו לגבש מחשבה פלילית. עוד יש לדבר נפקות לעניין הסוגיה של אי שפיות זמנית (*Temporary Insanity*). הכוונה לליקוי נפשי שהופעת תסמיניו מותנית בהתקיימותם של גורמים ספציפיים המגרים את ההתפרצות. שעה שגורמים אלה נעלמים או נחלשים, התפרצותו של הליקוי שוככת, ותסמיניו נעלמים. המבחן הפונקציונאלי מעניק את עיקר המשקל לשאלת התסמינים ובוחרן אם בעת ביצוע העבירות, אמנם נמנע מן הנאשם להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבו, גם אם מאוחר יותר לא היה לדבר ביטוי (ראו הלוי, בעמ' 35; יעקב בזק משפט ופסיכיאטריה – אחריותו המשפטית של הלקוי בנפשו 37-41 (2006) (להלן: בזק); הרשעתו וענישתו של מי שתסמינים פסיכויטיים הובילוהו לביצוע עבירה הגם שהוא נעדר אוטונומיה מוסרית ויכולת מעשית לנהוג אחרת מכפי שנהג, אינה מגשימה תכליות של גמול ואף לא של הרתעה, העומדים ביסוד המשפט הפלילי (ראו עניין זלנצקי, פסקה 32; ע"פ 3795/97 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 97, 103 (2000); מרדכי קרמניצר, "עיקרון האשמה" מחקרי משפט י"ג 109 (1996) (להלן: קרמניצר); בזק, בעמ' 40-41; פרוש, בעמ' 88-89; רבין ולבני, בעמ' 215-217).

39. ויודגש: אין ללמוד מן האמור על הגמשה בעוצמת הליקוי הנפשי הנדרש לשם הוכחת הסייג. גם עתה מוטל על הטוען לאי שפיות הדעת להוכיח כי בשל תסמיניו הפסיכויטיים של הליקוי, הוא נעדר בעת עשיית המעשה יכולת של ממש להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבו או להימנע מעשייתו. כל שיש בכך הוא כדי להתאים את פרשנותו של הדין הפלילי למגמות המסתמנות בתחום הפסיכיאטריה, ולהעדיף גישה הבוחנת באופן פרטני את תוצאותיו של ליקוי נפשי על יכולותיו הקוגניטיביות של הנאשם, על פני גישה קטגוריאלית נעדרת גמישות.

מן הכלל אל הפרט

40. בהתאם לגישה האמורה, יש לבדוק אם במקרה דנן עלה בידי המערערת לעורר ספק סביר – שלא הוסר על-ידי התביעה (ראו לעניין זה סעיפים 34ה, 34כב(ב) לחוק

העונשין; רבין וואקי, בעמ' 997-999) – כי ביצעה את המעשים שבהם הורשעה במצב של אי שפיות הדעת.

(I) חוות דעת מומחי ההגנה

ד"ר יעקב פז

41. רופא המשפחה, ד"ר יעקב פז, ראה את המערערת במהלך "שבעה" לאחר מות חמותה, חמישה חודשים עובר למעשים נושא ענייננו. הוא נקרא לביקור בית בבית משפחת הורי המערער שבעמנואל. ערב קודם לכן, באו המערערת והמערער אליו "לאחר שלא הייתה כל כך רגועה" (נ/29א), והוא נתן לה טיפול תרופתי "שכנראה שלא לקחה". כשהגיע ד"ר פז אל בית המשפחה, הייתה המערערת בעיצומה של מסכת צעקות, שבמהלכן הכתה את הבעל, שרטה אותו ו"השתוללה". לדבריו, היא לא שיתפה פעולה עם ניסיונותיו להרגיעה, ומשכך הוא הפנה אותה למיון. ד"ר פז התרשם שהמתלוננת הייתה במצב של "Severe Anxiety", ונתונה להתקף פסיכוטי.

42. בית המשפט המחוזי מצא כי דבריו של ד"ר פז אינם מסייעים למערערת ביצירת הספק הנדרש בנוגע לאפשרות שמעשיה נעשו במצב של אי שפיות הדעת. לאחר שבחנתי את דברי המומחה, לא ראיתי להתערב בקביעותיו. מספר טעמים מובילים אותי למסקנה זו: ראשית, יש לזכור שמומחיותו של ד"ר פז אינה בתחום הפסיכיאטריה. ד"ר פז הוא רופא משפחה ואף שעבר – לפי דבריו – השתלמויות בתחום הפסיכיאטריה (עמ' 901 לפרוטוקול), אין מדובר במי שזהו לו תחום עיסוק עיקרי. שנית, ד"ר פז היה עד רק לחלק מן האירוע שהתרחש בבית משפחת המערער. לדבריו "יכולתי לשמוע את צרחותיה בטלפון בטרם הזמינו לביקור בית". כפי שציין גם בית המשפט המחוזי, לעובדה שד"ר פז הגיע לבית בשלב מאוחר של האירועים, והיה עד רק לחלקם, יש ליתן משקל בהערכת חוות דעתו בנוגע למצבה הנפשי של המערערת. שלישית, ד"ר פז לא ערך למערערת מבחנים פסיכיאטריים אובייקטיביים כלשהם, ואת אבחונו השתית על התרשמות קצרת מועד ועל חוסר הנכונות מצדה לשתף פעולה עימו כשביקש להפנותה לחדר מיון. רביעית, בין טענותיה, ציינה המערערת כי שגה בית המשפט בקובעו כי התנהגותה במהלך ה"שבעה" הייתה אופיינית לה, וכמוה נצפתה גם בעבר. לדבריה – שהתבססו גם על חוות דעתו של ד"ר פז – התנהגותה במהלך ה"שבעה" הייתה חריגה, ואינה עולה קנה אחד עם דפוס מוכר המאפיין אותה. משכך, היא סבורה כי התנהגותה באירוע זה נבעה מהיותה במצב פסיכוטי. דא עקא שהסתמכותה של המערערת בסוגיה זו על דבריו של ד"ר פז היא משום חרב פיפיות שכן לד"ר פז לא היתה כל היכרות מוקדמת עם המערערת (ראו נ/29א), ואין באבחנתו

דבר שיכול להצביע על קיומה או היעדרה של זיקה בין התנהגותה במהלך האירוע לבין התנהגותה "הרגילה". לפיכך, לא ניתן ללמוד מהתייחסותו להתנהגותה במהלך ה"שבעה" דבר על האפשרות כי הייתה נתונה למצב של אי שפיות הדעת, ולו באופן זמני. חמישית, הגם שבהפנייתה של המערערת לחדר המיון, ציין ד"ר פז כי המערערת הייתה "בהתקף פסיכוטי", כשנשאל על כך בחקירתו, הכחיש בתחילה שטען כי המערערת פסיכוטית (עמ' 898-899) ועמד על כך שאמר רק שהיא ב- *severe anxiety*. רק כשהופנה אל המקום המדויק שבו ציין כי המערערת הייתה נתונה להתקף פסיכוטי, נזכר המומחה כי אכן כך כתב. לבסוף, חוות דעתו של ד"ר פז מתייחסת להתנהגות המערערת שנצפתה חמישה חודשים עובר למעשים נושא הערעור. כאמור, לטענת באי-כוח המערערת, סובלת מרשתם מהתקפים פסיכוטיים זמניים ובלתי קבועים. במצב דברים זה, ברי כי לא ניתן ללמוד דברים קונקלוסיביים ממסקנתו של ד"ר פז בנוגע למצבה של המערערת בעת ביצוע העבירות שבהן הורשעה.

ד"ר אורה דנינו

43. אל ד"ר דנינו – פסיכותרפיסטית העוסקת באבחון, ייעוץ וטיפול בתחום המשפחה, הגיעו המערערים ביוזמת המערער בשל קשיים שנתגלו בחיי הנישואין שלהם. המערערת ביקשה להסתמך על חוות דעתה של המומחית ועל עמדתה כי היא בעלת אישיות פסיכוטית (עמ' 480), לשם ביסוס טענתה כי היא ביצעה את המעשים במצב של אי שפיות. לא מצאתי להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי אין בדבריה של ד"ר דנינו כדי להקים ספק בנוגע לאפשרות שהמעשים בוצעו במצב של אי שפיות. בדומה לד"ר פז, מומחיותה של ד"ר דנינו אינה מצויה בתחום הפסיכיאטריה. עובדה זו לא נעלמה מעיניה של ד"ר דנינו עצמה, שפנתה לד"ר מה נעים, המשמש כיועץ הפסיכיאטרי של המכון שבו היא עובדת, כדי שיחווה דעתו בשאלת מצבה הנפשי. יתרה מכך, ד"ר דנינו שבה והדגישה במהלך עדותה כי "המסקנה שהיא פסיכוטית היא מסקנה של ד"ר מה נעים. החשד הוא שלי" (עמ' 529). כשכל שיש באמתחתה של ד"ר דנינו הוא חשד למצב פסיכוטי – קשה לראות בעמדתה כזו המקימה ספק בנוגע למצבה הנפשי של המערערת בעת ביצוע המעשים.

לא זו אף זו – גם החשד שהתעורר בלבה של ד"ר דנינו לא היה מבוסס די הצורך. כפי שהעידה המומחית, היא נפגשה עם המערערת – שלא הייתה המטופלת שלה – רק פעם אחת ביחידות, ופגישתן נמשכה כחצי שעה (עמ' 528). במהלך אותה פגישה לא בוצעו למערערת בדיקות או "טסטים" (עמ' 527), וד"ר דנינו אף לא הייתה עדה להתקף פסיכוטי אצל המערערת (עמ' 528). ד"ר דנינו אמנם פגשה במערערת עוד

פעמיים נוספות בצוותא עם המערער, אך קשה ליתן משקל של ממש להתרשמותה מן המערערת בפגישות אלה נוכח דבריה כי "יכול להיות בהחלט" שהתנהגותה של המערערת אל מול בעלה הייתה מניפולטיבית, וייתכן ש"הקולות והגניחות" שהשמיעה, לא היו אלא ניסיון מצדה לעשות "מעין הצגה למערער" כדי שקנאתו תתעורר" (עמ' 480). ביטוי נוסף להיעדרו של ביסוס מספיק לעמדתה של מומחית זו מצוי בדבריה כי הסתמכה בחוות הדעת על מכתב ההפניה של ד"ר פז שבגדרו נמצא כי היא חוותה התפרצות פסיכוטית (עמ' 532). כאמור, ספק רב עד כמה ניתן ללמוד מעמדתו של ד"ר פז על כך שהמערערת לקתה בתסמינים פסיכוטיים בעת שביצעה את המעשים שבהם הורשעה. המקורות האחרים שעליהם הסתמכה ד"ר דנינו – בין היתר קלטת האודיו שתיעדה שיחה בין המערערת לבין המערער ויחסה האפאטי של האחרונה כלפי בנה במהלך הפגישה ביניהם – לא נתפשו על-ידי המומחית עצמה ככאלה שדי בהם כדי לקבוע חשד למצב פסיכוטי (עמ' 537-538). בסופו של יום, נסמכה הערכתה של ד"ר דנינו על "ניסיון שלי עם אנשים פסיכוטיים" (עמ' 538), אמירה שהיא התקשתה מאוחר יותר לבסס או לפרוט לפרוטות. מעבר לכך, גם בנוגע לחוות דעתה של ד"ר דנינו מזדקק הקושי שבאי ביצוע הבדיקה "בזמן אמת", במיוחד נוכח עמדת כמה מן המומחים כי תסמיניה הפסיכוטיים של המערערת זמניים, ואינם מופיעים בכל נקודת זמן.

בדין לא מצא, אפוא, בית המשפט בדבריה של ד"ר דנינו תשתית מספקת לטיעוניה של המערערת.

ד"ר הלל מה נעים

44. המומחה הבא שהובא לעדות מטעם המערערת הוא ד"ר מה נעים. מומחה זה המשמש, לדבריו, מדריך מקצועי של ד"ר אורה דנינו, נתבקש לפגוש במערערת על מנת לחוות "דעה נוספת" לגבי מצבה. הוא פגש בה פעם אחת במשך שעה בנוכחות ד"ר דנינו והמערער. על רקע פגישה זו היה המומחה "משוכנע שצפיתי במצב פסיכוטי" (עמ' 599). לאחר שבחנתי את עדותו, הגעתי לכלל מסקנה כי גם בעניינו אין עילה להתערב במסקנת בית המשפט קמא, שלא לאמץ את עמדתו.

45. בראש ובראשונה, יש לציין כי ד"ר מה נעים לא ראה לערוך חוות דעת רפואית סדורה ובגדרה לפרוס את עמדתו (עמ' 574). אין מדובר אך בפגם טכני כי אם בעניין מהותי שיש בו כדי להשליך על משקל חוות הדעת. לכך יש להוסיף כי ד"ר מה נעים אף מנע מלפגוש במערערת ביחידות – הגם שהסכים שכך מוטב היה לעשות – מבלי ששאל אותה ישירות אם תרצה בכך, וקבע את ממצאיו לגביה רק על יסוד "ההתרשמות

שלי". גם שאלת הצורך להמשיך לטפל במערערת נותרה מעורפלת, כשבעדותו לא זכר המומחה "נכונות גבוהה לטיפול", ואילו במשטרה ציין כי כשהציע למערערים עזרה, "הרושם היה שהם מעוניינים" (נ/18, עמ' 3). אף מסקנותיו הרפואיות של ד"ר מה נעים לא נסמכו על מסד נתונים ברור. כך, הגיע המומחה למסקנותיו הנחרצות על אף שהמערערת נמנעה מלמסור לו מידע כלשהו בנוגע לתסמיניה או לשתף פעולה עימו, והתמונה הפסיכיאטרית לגביה הורכבה אך ממקורות "עקיפים" (עמ' 577). עמדתו החדה של המומחה – שלא הוברר מה היו מקורותיה – הביאה לכך שבשלב מסוים הוא לא ראה עוד לשאול את המערערת שאלות, שכן "הדעה שלי כבר הייתה מגובשת" (עמ' 613). ביטוי נוסף לתחושה הכללית של היעדר עיגון לדברים מצוי גם במסקנתו החדה של ד"ר מה נעים כי המערערים אינם דוברי אמת. חרף שאלות חוזרות ונשנות של באת-כוח המדינה, לא עלה בידי המומחה להצביע על דוגמה שעליה השתית את מסקנתו זו (עמ' 587-589). לבסוף, מסקנותיו הנחרצות של ד"ר מה נעים לא היו תוצאה של בדיקה מעמיקה, של עריכת "טסטים" או של בחינה יסודית של חומר רקע. לא בכדי, אפוא, הסכים פרופ' פניג – כפי שיפורט בהמשך – כי מסקנתו של ד"ר מה נעים הייתה "נמהרת" (עמ' 453).

46. זאת ועוד – מדבריו של ד"ר מה נעים עולות תהיות שונות אשר מקשות להתבסס על עמדתו. ראשית, כפי שצוין, ד"ר מה נעים ייחס חוסר אמינות מוחלט למערערת. בין היתר אמר "ששניהם שקרנים ברמה מאוד גבוהה, זה לא ייאמן, איך שהיא מצליחה לשקר ולהגיד דברים לא נכונים גם כאשר זה בכלל לא משתלם לה (נ/18, עמ' 1-2). במצב דברים זה, קשה להלום את מסקנתו כי "אם אני שומע מחשבת שווא, אני לא צריך טסטים פסיכויטיים וטסטים פסיכו-דיאגנוסטיים מעבר לזה". אמנם בצדק נטען כי המסקנה שהמערערת שקרנית אינה גוררת בהכרח מסקנה כי מחשבת השווא שהשמיעה אינה ביטוי אמיתי של מצבה. עם זאת במצב שבו למחשבת שווא זו ניתן משקל משמעותי בגיבוש העמדה המקצועית, חייב הממצא כי האמת אינה תמיד נר לרגלי המערערת, אינדיקציות נוספות לאותנטיות שבדבריה בהקשר זה.

47. ד"ר מה נעים סבר כי אין לראות בהטחת ההאשמות במערער, ביטוי לניסיון מודע מצד המערערת לנתק את עצמה מן המעשים, ומשכך – כי אין בדבר אינדיקציה לכך שהייתה מודעת למעשים ולטיבם האסור. לדידו, הטחת האשמות היא פעולה של "השלכה" מצד המערערת, שהיא תוצאה של חוסר יכולת להכיל את המעשים שבוצעו בחוסר מודעות (עמ' 584-585). ואולם, ד"ר מה נעים לא שלל את האפשרות שגם אנשים שאינם פסיכויטיים, המודעים למעשיהם, יעשו שימוש במנגנון זה (עמ' 585). לא

הובהר מה מבדיל את ענייננו, ממקרה אחר שבו הטחת האשמות באחר היא שקר ותו לא, כפי שראו את ענייננו חלק מן המומחים האחרים (עמ' 585-586). דברים אלה מתחדדים נוכח עמדתו הנחרצת של ד"ר מה נעים בשאלת אמינותה של המערערת, וכן נוכח דבריו כי תפיסת המציאות שלה "התארגנה" היטב בהשוואה למצב התודעתי שהייתה בו בעת עשיית המעשים, שאינם מתיישבים עם מסקנתו כי לא היה בידה "לתחמן" את מחשבת השווא שתיארה (עמ' 594).

48. לבסוף, קשה ליישב את מסקנתו של ד"ר מה נעים, כי המערערת "גלשה" למצב פסיכוטי בעת האירועים בשל מצב הלחץ שלו הייתה נתונה, ו"התארגנה מחדש", בתקופה שבה הייתה פחות בלחץ; עם דבריו כי "גם בית משפט זה הרבה מאוד לחץ בשביל נאשם והייתי מצפה שגם (...) בחקירה (...) יצאו דברים" (עמ' 599). אף אם, לדבריו "מדעי ההתנהגות, זה לא מדע מדויק", משהתזה שהציג נסמכה על הנחתו כי המערערת גלשה למצב פסיכוטי בעת האירועים, וחזרה למצב מודע לאחריהם, היה על המומחה להתמודד עם חוסר המתאם שבין מצבה הנפשי בבית המשפט – שאין חולק שלא היה פסיכוטי – לבין נתוני הרקע וההנחה שבבסיס עמדתו לגבי השפעתם. לא מצאתי כי הדבר נעשה.

על רקע המקובץ, לא ראיתי להתערב במסקנותיו של בית המשפט קמא בנוגע למשקל שראה להעניק לעמדתו של ד"ר מה נעים.

ד"ר בנימין וגנר

49. מומחה רביעי שעליו סומכת המערערת את ידה הוא פסיכיאטר הילדים והנוער, ד"ר בנימין וגנר. מומחה זה בדק את המערערים ואת הקטין לבקשת משרד העבודה והרווחה, כדי לעמוד על מצבו של האחרון ולבחון אפשרות להעבירו למשפחה מאמצת. בחוות דעתו בנוגע למערערת (נ/26), כתב ד"ר וגנר, בין היתר כי את מרבית מאמציה בפגישה עימו הקדישה להתגוננות ולניסיון "לנקות את עצמה" מן המעשים שנצפו בסרט הוידאו, ולהטיח את מלוא האשמה במערער. לדבריו, המערערת –

"מתמצאת בזמן, במקום ובסיטואציה, שיתוף הפעולה חלקי, הופעה מסודרת נראית במצוקה, בוכה, על-פי רוב ללא דמעות, האפקט דיכאוני בינוני-קל, חרד, מתוח, לעיתים מעט רגזני. במהלך החשיבה לא נצפו הפרעות בולטות (...) לא נצפו עדויות למחשבות שווא מאורגנות או להפרעות בפרספציה, לא נצפו עדויות למצב פסיכוטי פעיל, נצפו קשיים בזיכרון ובריכוז (...) לא קיימת תובנה למצבה הנפשי. בוחן המציאות נראה שמור,

השיפוט בעת הבדיקה נראה תקין, אך יחד עם זאת, אי אפשר לשלול שבמצבים של מצוקה רגשית, של חרדה, שיקול הדעת עלול להשתבש או להתערער וייתכנו אילו אי יעילויות זמניות בתחום השיקול והשיפוט. רמת המוסר נצפתה כתלויות שכר ועונש".

בסיכום הדברים, נכתב בין היתר כי "במצבים רגשיים בהם [המערערת] מוצפת, היא עלולה לאבד את שיקול הדעת ואת בוחן המציאות ולנהוג בחוסר שיפוט. במצבים אלו ייתכנו סימנים לגלישות פסיכוטיות, שאין אפשרות לשלול את קיומן".

50. לטעמי, בצדק קבע בית המשפט קמא כי אין ללמוד מחוות דעתו ומעדותו של ד"ר וגנר כי המערערת ביצעה את מעשיה במצב של חוסר שפיות. חוות הדעת נסמכה על שתי פגישות שקיים עם המערערת בנות שעה וחצי כל אחת. בצד התרשמותו הישירה מן המערערת. לא היה לפני ד"ר וגנר תיעוד מתוך החקירות או ההליך השיפוטי שכלל התייחסות לאירועים נושא האישומים (עמ' 844). כך, לא עמדו לפני המומחה קלטת הוידאו שתיעדה את האירועים וקלטת האודיו שבה הוקלטו שיחות בין המערערים; לא עמד לפניו מידע על עברה הפסיכיאטרי של המערערת ולא על תרופות שנטלה; הוא לא נחשף להתנהגותה במקרים קודמים, לא למהלך חייה עובר לבדיקה, לא לחוות דעת נוספות בעניינה ולא לכל מידע רלוונטי אחר (עמ' 866, 868).

ד"ר וגנר הסביר בעדותו כי לא ראה להידרש למידע זה נוכח מסקנתו הברורה לגבי המערערת. הוא הדגיש את ההבחנה שבין מידע הנאסף לצורך רפואי – שבו היה לו עניין – לבין מידע שתכליותיו משפטיות שבו לא ראה צורך. לדבריו "האב אמר לי שהוא עשה עריכה לסרט (...), כך שממילא הרגשתי שאני לא אדע מה נראה (...). חשבתי שאני לא פוליגרף, אני רופא, אני צריך לבדוק מה מצבו הנפשי, מה המצב הפסיכיאטרי, ולא דווקא להתייחס למכלול האירועים שהיו" (עמ' 867). הסבריו של ד"ר וגנר מלמדים על משקלה המוגבל של חוות דעתו בהקשר שבו עסקינן (להבדיל מן ההקשר השונה שבו ניתנה). כפי שנפסק, על מנת שחוות דעת מקצועית בהקשר דנן תהיה שלמה ראוי שעורכיה יעיינו במכלול הנתונים הקיימים, לרבות חומר החקירה. אם ניתנת חוות דעת על יסוד עובדות חלקיות (או מוטעות), יהיה לדבר השפעה בעת בחינתה על-ידי בית המשפט (ע"פ 2965/06 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פסקה י(7) (לא פורסם, 19.9.2007); ע"פ 10669/05 מטטוב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 18 (לא פורסם, 7.2.2008)). ואכן, חלק מן המומחים שבדקו את המערערת לא הסתפקו בפגישותיהם הישירות עימה וכדי לקבל תמונה רחבה של מצבה הרפואי, עיינו בחומרים נוספים שהשפיעו על ממצאיהם. לשם השוואה, פרופ' פניג הסתמך בחוות

דעתו על לא פחות מ-32 מקורות שונים, לרבות קלטות הוידאו והאודיו, פרוטוקול בית המשפט, הודעות במשטרה, חוות דעת, דו"חות וכיו"ב.

51. זאת ועוד – גם ממצאיו של ד"ר וגנר לגופם אינם תומכים במסקנה כי תסמינים פסיכויטיים הביאו את המערערת לביצוע המעשים שבגינם הורשעה. בבדיקתו, לא מצא מומחה זה עדויות למצב פסיכויטי פעיל, ותפיסת המציאות והשיפוט של המערערת נמצאו תקינים. אמנם צוין כי אפשר שבמצבי מצוקה עלול שיקול הדעת "להשתבש", כך שיימצאו "אי יעילויות זמניות בתחום השיקול והשיפוט". ואולם קשה לראות באמירות אלה – כמו גם בסיכום הדברים, הגם שיש בו החמרה מסוימת שפשרה אינו מוסבר – ביטוי ל"חוסר יכולת של ממש" להבין את אשר עשתה או את האסור שבו. תמונה דומה עולה גם מעדותו של ד"ר וגנר בבית המשפט. המומחה לא הסתיר כי אינו יודע מה הייתה רמת המודעות של המערערת במהלך האירועים – "זאת שאלת השאלות שאין לי תשובה אליה" (עמ' 872). בצד זה ציין כי גם במהלך בדיקתו אותה, לא הייתה המערערת במצב פסיכויטי (עמ' 876). כשנשאל באשר לפוטנציאל גלישתה למצב פסיכויטי בעת האירועים, כל שידע להשיב היה כי אינו יכול לומר שבעת האירועים היא "הבינה עד הסוף את כל מה שעובר ומה שקרה והייתה מודעות מלאה" (עמ' 870). אפילו נניח כי התקיים התרחיש שעליו מצביע ד"ר וגנר, שלפיו המערערת לא הבינה "עד הסוף" ונעדרה "מודעות מלאה" לאירועים, אין לראות בכך משום "חוסר יכולת של ממש" להבין את המציאות שבה הייתה נתונה, כנדרש לביסוס ההגנה הנדונה.

52. לא ראיתי, אפוא, להתערב בממצאיו של בית המשפט המחוזי בנוגע לעמדתו של ד"ר וגנר.

פרופ' שמואל פניג

53. חוות הדעת המשמעותית ביותר אשר הובאה מטעם ההגנה היא זו של הפסיכיאטר, פרופ' שמואל פניג (נ/15). משקלה הניכר של חוות דעת זו נסמך לא רק על מומחיותו המוכחת של מומחה זה אלא גם על התשתית הרחבה שעל יסודה נכתבה. ואולם כפי שיובהר להלן, בחלק מן המקומות מתבססת חוות דעתו של פרופ' פניג על חוות הדעת האחרות שניתנו בעניינה של המערערת חרף חולשתן, והתבססות זו היא שמובילה את המומחה למסקנותיו, לא פחות ואולי אף יותר מאשר בחינה עצמאית פרטנית של המערערת. בסופו של יום, לאחר שעיינתי בחוות הדעת ובעדות המומחה, מצאתי כי חרף היריעה הרחבה שהן פורשות, אינני מוצא עילה להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי להעדיף את חוות הדעת הפסיכיאטריות שהגישה התביעה.

54. כאמור, בחינת חוות דעתו של פרופ' פניג מלמדת על המשקל הניכר שניתן בה לחוות דעת אחרות שניתנו בעניינה של המערערת. כך למשל הוא מציין בעדותו, כי "יש כאן שני אנשי מקצוע שראו אותה ופירשו דברים מסוימים והתנהגויות מסוימות כהתנהגויות פסיכוטיות. אני נותן לזה כבוד. אני לא הייתי שם, אני לא ראיתי אותה" (עמ' 462). דא עקא, שכפי שכבר ציינו, אין באותן חוות דעת כשלעצמן, כדי לספק אינדיקציה מספקת למצבה הנפשי של המערערת בעת עשיית המעשים. בסופו של יום, גם מחקירתו הנגדית של פרופ' פניג עצמו עולה כי לא היה בחוות דעתם של המומחים האחרים בסיס מספיק שיאפשר להסתמך עליהן. כך, בהתייחס לעמדתו של ד"ר מה נעים, ציין פרופ' פניג נוכח היעדרה של תשתית פסיכיאטרית, רפואית ומשפטית כי אין מדובר ב"מסקנה כל כך מבוססת", ולא במסקנה מקצועית, וכי אין לשלול שעמדתו מעט "נמהרת" (עמ' 453). לאחר שעומת עם דברים אלה, בחר פרופ' פניג להבהיר כי "אני הסתמכתי לא על הדברים האלה בלבד" (שם), וכי "אני לא הייתי נותן הבחנה על של מחלת נפש על סמך המשפט הזה (של המערערת כי נידת משטרה מסתובבת סביב ביתה – ע'פ') בלבד ובקונטקסט הזה, ברור" (עמ' 455). בדומה, בהתייחס לעמדתה של ד"ר דנינו, מסכים פרופ' פניג כי לא ניתן להסתפק בהיעדרו של אינסטינקט אימהי אצל המערערת – שעליו עמדה המומחית – כדי להסיק כי ביצעה את מעשיה מחמת תסמינים פסיכויטיים, וכי גם בדבריה כי המערערת קפצה מנושא לנושא עד כי היה קשה לעקוב אחר דבריה, אין מתחייב ללמוד כי היא פסיכוטית (עמ' 458). בהמשך לכך מציין פרופ' פניג כי –

"אני לא הצלחתי (...) גם בקטעים שהיא היתה אצלי אני לא חשבתי שהיא פסיכוטית אבל חוסר הארגון שלה במסירת מידע פשוט (...) הוא היה בעייתי. אני לא חושב שזה בכלל מחלת נפש אבל אני חושב שיש לה בעיה בארגון של החשיבה (...) שיכולה להתפרש בקונטקסט מסוים (...) כמשהו פסיכוטי (..) (458-459).

כשלבסוף נשאל פרופ' פניג, כיצד יכלה ד"ר דנינו להגיע למסקנותיה רק על סמך שיחות עם המערערת שאף בהן נמסר לה מידע מוגבל, השיב: "טוב (...) אתם תשאלו אותה" (עמ' 460).

55. גם לגופו של עניין, אין ללמוד מחוות דעתו של פרופ' פניג את שמבקשת המערערת ללמוד ממנה. פרופ' פניג מקפיד להבחין בין "מחלת נפש" במובן המשפטי לבין סוג הליקוי שממנו סובלת המערערת במובן הרפואי. בסעיף 1 למסקנותיו הוא

מציין בחדות כי "הנבדקת אינה סובלת ממחלת נפש במובן המשפטי ולכן מבחינת החוק היא יודעת להבדיל בין טוב לרע ואחראית למעשה". בצד זה, הוא מציין בסעיף 2 כי "במצבי דחק היא מגיבה בהתנהגויות אימפולסיביות חסרות שיפוט שמפורשות על-ידי בודקים שונים שבדקו אותה אז כהתנהגויות פסיכוטיות". כשנשאל על אודות פער זה, לא עלה בידי פרופ' פניג להבהיר במה נבדלת מחלת נפש "משפטית" מזו הרפואית. האם כוונת הדברים לעוצמת התסמינים? האם להשפעתם על יכולותיה הקוגניטיביות של המערערת? או שמא בפועל, לא קיימת הבחנה של ממש? לכך יש להוסיף, כי במספר הזדמנויות ציין פרופ' פניג כי "במצבים מסוימים, אנשים שראו אותה יכלו לפרש (...) את ההתנהגות שלה בצורה כזאת" (עמ' 460-461). גם בהקשר זה, אין זה ברור למה מכוון המומחה באמרו "יכלו לפרש", כך בפרט כשבצד זה הוא מציין כי "אפשר היה לפרש את זה גם בצורות אחרות" (עמ' 460), ובהתייחס לממצאיו של ד"ר פז, כי "אפשר לפרש את זה כהתפרצות, כאיזה הפרעה, כאיזה התנהגות היסטרית או התנהגות אחרת, אבל פורשה על-ידו כמצב פסיכוטי גם" (עמ' 440). האם "יכלו לפרש" מלמד כי כך ראוי לפרש? האם מדובר רק באפשרות תיאורטית, אחת מיני רבות? הקושי האמור מתחדד על רקע אמירתו של פרופ' פניג כי הוא מצדו, לא זיהה אצל המערערת ממצאים פסיכויטיים – לא במובן הרפואי ולא במובן המשפטי (עמ' 460).

56. זאת ועוד – כמו כמה מן המומחים האחרים סבור גם פרופ' פניג כי קיימים מרכיבים מניפולטיביים באישיותה של המערערת, המתבטאים, בין היתר בניסיונה להשליך את המעשים המיוחסים לה על המערער (עמ' 20 לחוות הדעת; עמ' 452 לפרוטוקול). עם זאת לדידו, יש להבחין בין השלב שבו בוצעו המעשים, וזה שבו נעצרה, לבין השלב שאחריו שבו נשאלה המערערת עליהם, עת נכנסה למגננה ובחרה להכחישם. לא עלה בידי לעמוד על מקור ההבחנה בין השלבים השונים שהרי – אם ראתה המערערת לנהוג באופן מניפולטיבי בשלב השני, מי יתקע כף שלא נהגה כך גם בשלב הראשון, למשל כאשר סיפרה שניידות משטרה מסתובבות סביב ביתה? ואמנם, עוד ב"זמן אמת" אמרה המערערת לבעלה בהתייחס לקטין כי "הוא הרבה נוגע בבולבול, אני מפחדת לפעמים אולי הוא הבין משהו" (ת/36, עמ' 4), דבר המלמד כי הייתה מודעת למשמעות המעשים כבר בעת שהתרחשו. כפי שציין בית המשפט המחוזי, גם פרק הזמן הקצר שחלף בין מועד עשיית המעשים לבין מועד מעצרה של המערערת – שאז לפי הנטען הייתה מודעת לטיב מעשיה – ומצבי הקצה שלהם הייתה נתונה לאורך ימים מבלי שזוהו אצלה תסמינים פסיכויטיים, מחלישים ממשקל חוות דעתו של פרופ' פניג.

57. לטענת המערערת, שגה בית המשפט כשלא ראה ללמוד מהצבעתו על התנהגותה בנקודות זמן שונות, על מצבה הנפשי בעת ביצוע המעשים נושא הערעור. כך, עומדת המערערת על פנייתה לבית החולים שניידר בשל פעולות אוונות שביצע הקטין באבר מינו. לדבריה, לו אכן הייתה מודעת לפסול שבמעשיה, סביר שהייתה נמנעת מלפנות לבית החולים שכן הדבר עלול היה לחשוף את שעשתה. לחלופין – כפי שמציין פרופ' פניג – אילו עמדה המערערת על הקשר שבין מעשיה לבין מעשי האוננות של הקטין, סביר – נוכח דאגתה לו – שהייתה חדלה מלעשות כן.

איני סבור כי יש להנחה זו על מה שתסמוך. באותו האופן, ניתן להעלות את האפשרות – שאינה בלתי סבירה, שפנייתה של המערערת לבית החולים, נועדה להרחיק עצמה מן האירועים ולבטא דאגה כלפי הקטין – אך רק כלפי חוץ. אפשרות זו זוכה לחיזוק גם על רקע היחס האפאטי שהפגינה כלפי הקטין, שעליו עמדה, בין היתר ד"ר דנינו. יתרה מכך, אפילו נניח כי יש מקום לתמוה על התנהגות המערערת, אין לדבר נפקות של ממש. מקרים רבים מוכיחים כי גם מעשים תמוהים, אפשריים הם, ויש לבחון את הטענה שנעשו על-פי חומר הראיות ולא על פי הנחות בדבר מידת התחכום או התכנון במעשיהם של נאשמים (ראו לעניין ע"פ 6643/05 לעיל, פסקה 19; עניין ארלקי, פסקה 37).

מכל מקום, כאמור, האפשרות המועלית בטענות המערערת ובדברי המומחה נסתרת בדבריה בשיחתה המוקלטת כי היא חוששת שהקטין "הבין משהו" – חשש שלא הביא אותה לחדול ממעשיה.

58. לשם ביסוס עמדתו בדבר מצבה הנפשי של המערערת, מצביע פרופ' פניג גם על כך שאת כל מעשיה המיניים בקטין, עשתה כשהמערער היה בבית. מכך מבקש הוא ללמוד כי אין מדובר בסטייה מינית, אלא בהתנהגות חסרת שיפוט (עמ' 25 לחוות הדעת; עמ' 466 לפרוטוקול). לדבריו, אפשר שהשימוש בקטין נעשה על מנת לגרות את המערער ולגרום לו לקנא, והוא לא שימש אובייקט מיני בפני עצמו (שם).

לטעמי, אין בדברי פרופ' פניג – אפילו נקבלם כפשוטם – כדי ללמד על כך שהמערערת לא הייתה מודעת לטיב מעשיה בעת ביצועם. אכן, הפולמוס שהתעורר בשאלה אם המערערת חוותה סיפוק מיני מיחסיה עם הקטין – אין לו נפקות של ממש, באין חולק כי היא ביקשה את מגעו של המערער, וכי הקטין שימש עבורה אמצעי

לקידום אפשרות זו. ביסוד מעשיה של המערערת עמדו היגיון פנימי ותכלית ברורה – גם אם פסולה ונפסדת – והיא ביקשה להגשימה כשהקטין משמש לה אך כלי לצורך כך. אף אם נקבל את ההנחה כי המערערת הייתה אדישה למצבו של הקטין, והשימוש שעשתה בו היה לצורך גירוי הבעל, סבור אני כי בדין קבע בית המשפט המחוזי כי אין בכל אלה כדי להוכיח כי לא הייתה מודעת למעשים שביצעה או לטיבם.

לא ראיתי, אפוא, להתערב בממצאיו של בית המשפט המחוזי בנוגע לחוות דעתו של פרופ' פניג.

חוות דעת מומחי ההגנה – סיכום

59. לאחר שבחנתי את חוות דעת מומחי ההגנה – בשים לב לחוות דעת מומחי התביעה אשר יובאו להלן, מסקנתי היא כי בדין קבע בית המשפט המחוזי כי לא עלה בידי המערערת להקים ספק סביר בנוגע לאפשרות שהיא ביצעה את מעשיה במצב של אי שפיות. בסופו של יום, גם חלק ממומחי ההגנה – לרבות פרופ' פניג שערך את הבדיקה המקיפה ביותר – לא התרשמו במישרין כי הופיעו אצל המערערת תסמינים פסיכויטיים שפגעו בתפיסת המציאות ובכושר השיפוט שלה באופן ממשי. מי שהביע עמדה מעט שונה, נקלע במקומות שונים לחוסר קוהרנטיות ולמסקנות שלא בוססו די הצורך. מכל מקום, אפילו תאמר כי המומחים מטעם המערערת הצליחו לעורר ספק סביר בנוגע למצבה הנפשי בעת עשיית המעשים, מצאתי כי מומחי התביעה הסירו ספק זה, כפי שיובהר להלן.

(II) חוות דעת מומחי התביעה

כללי

60. המומחים מטעם התביעה הגישו חוות דעת מאבחנות, ובשלב מאוחר יותר הוגשה חוות דעת נוספת שנועדה להזים את חוות הדעת מטעם ההגנה. לטענת המערערת, שגה בית המשפט קמא בהתירו למדינה להביא עדי הזמה לאחר שמיעת עדויות המומחים מטעמה. הכלל בעניין זה קבוע בסעיף 165 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (להלן: "ח"ד"פ"), שלפיו:

"בית המשפט רשאי להרשות לתובע להביא ראיות לסתור טענות העולות מראיות ההגנה ואשר התובע לא יכול היה לצפותן מראש, או להוכיח עובדות שהנאשם חזר בו מהודייתו בהן לאחר סיום פרשת התביעה".

סעיף זה הוא מרכיב אחד מקבוצה של סעיפים בחדס"פ, המעניקים לבית המשפט סמכות להתיר הבאת ראיות נוספות לאחר שהתביעה וההגנה סיימו את פרשת ראיותיהן. בתוך קבוצה זו מצויים, בין היתר גם סעיף 166 המתיר לנאשם להביא ראיות סותרות לראיות ההזמה, וכן סעיף 167 המקנה לבית המשפט סמכות להורות על הבאת ראיות נוספות, בין אם מטעמיו שלו ובין אם לבקשת אחד הצדדים (ראו ע"פ 9216/03 אלרז נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (לא פורסם, 16.1.2006)). בהתייחסו לסעיף 167 לחדס"פ אמר הנשיא שמגר – בנסיבות שונות מאלה שלפנינו – דברים אלה שרלוונטיים גם לסעיף 165 –

"השלב הדיוני, בו התבהרה כדבעי מהות טענותיו של המערער... היה שלב מאוחר בהשוואה למקובל. לו היה בית המשפט סוגר עצמו בפני הבאת ראיות... היה מותר בכך על בירור שיפוטי נאות בנקודה המהותית והמרכזית של המשפט, על יסודה נקבעות מידת אחריותו הפלילית של המערער, וסיבת הפגיעה בקורבנותיו. אכן אין להסכים, שההליך הפלילי יהפוך לנדנדה אין-סופית של עדויות הזמה הדדיות; אולם, מאידך גיסא, אין לקבל את המסקנה, כי שאלה כגון היעדר אחריות פלילית... המועלית בשלב מאוחר תוך כדי הליכי משפט רצח, תהיה מוכרעת על יסוד טענותיו של צד אחד בלבד, עקב הסירוב של בית המשפט לבחון את הנתונים הרלבנטיים שבידי הצד השני. תהיה בכך עצימת עיניים שאינה ראויה לנושא ואינה מוצדקת לאור השלב בו הועלתה הטענה האמורה מטעם המערער" (ע"פ 842/85 הרנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (4) 245, 259 (1988)).

61. נוכח הרצון למנוע מצב שבו "ההליך הפלילי יהפוך לנדנדה אין-סופית של עדויות הזמה הדדיות", נקבע כי האפשרות להביא ראיות נוספות להזמה לא תיעשה כעניין שבשגרה. שיקול מרכזי לעניין זה הוא משך הזמן שחלף מאז המועד האחרון להבאת ראיות על ידי המבקש ועד למועד הבקשה להבאת ראיות נוספות, ומידת קרבתו של מועד אחרון זה לתום ההליך השיפוטי (ראו ע"פ 951/80 קניד נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 515-516 (1981)). מכל מקום, הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט ובהתקיים נסיבות מתאימות, אין מניעה עקרונית לאפשר הבאת ראיות נוספות אף בשלב שלאחר הכרעת הדין (ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (4) 249, 254-255 (2001)).

62. שיקול נוסף שיישקל בהקשר הדברים, עניינו ביכולת לצפות מראש את ראיות ההגנה. אכן, ברי כי לא קיימת הצדקה לאפשר הבאת ראיות הזמה כשלא הייתה כל מניעה מצד התביעה להביא את ראיותיה במועד. ואולם בין אפשרות אחרונה זו לבין מצב שבו הובאה ראיה מפתיעה שלא היה כל יסוד להניח כי תובא, קיים מרחב.

השאלה מה בגדר אותו מרחב ייחשב לראיה שהתובע לא יכול היה לצפותה מראש, עד כי יש בה כדי להצדיק מתן היתר להבאת ראיות נוספות מטעמו, היא שאלה פרשנית. איני סבור כי בגדריו של מקרה זה יש מקום לשרטט את גבולותיו המדויקים של מרחב זה. אומר רק כי לגישתי, אין מקום לפרש את הסעיף באופן דווקני המונע הבאת ראיות נוספות בכל מקרה שבו קיימת אינדיקציה מסוימת מראש לסוג טענות שעתידות להיטען על-ידי הצד שכנגד. לטעמי, גם אם הנושא הכללי שבגדרו מובאות ראיות ההגנה ניתן היה לצפייה, אין לקבוע באופן קטגורי כי לא ניתן להביא ראיות לסתורן. תחת זאת, יש לבכר מבחן נסיבתי הבוחן, בין היתר אם מידת הפרטנות שבידיעתו של התובע אכן אפשרה לו להתמודד מראש עם טענות ההגנה באופן אפקטיבי; מה היה הטעם לאי הבאת הראייה המבוקשת במועד שבו הוצגו ראיות התביעה וכיוצא באלה. גישה זו מעניקה משקל ראוי לשאיפה להגיע לחקר האמת, גם אם יש בה כדי להאריך במידת מה את מסגרת הדיון ומשכו, כל זאת בכפוף לכך שלא ייגרם עיוות דין לנאשם. להשקפתי, אין בגישה האמורה כדי לפגוע בהגנת הנאשם שכן אם אמנם יביא התובע ראיות נוספות, הרי שכאמור, סעיף 166 מקנה לנאשם זכות להביא ראיות לסתור אותן.

63. בנסיבות המקרה דנן, לא מצאתי להתערב בהכרעתו של בית המשפט קמא בשאלת הבאת עדויות ההזמה. בית המשפט מצא כי אפילו ידעה התביעה מראש על אודות טענת המערערת, שלפיה היא לא הייתה מודעת לעשיית המעשים בעת שביצעה אותם, הרי שהמומחים שהביאה האחרונה "התייחסו בעדויותיהם לדברים שלא היו בידיעת ב"כ המאשימה". אכן, אין דינה של הצהרת כוונת כללית כדין גיבושה לכדי מערכת טענות מורכבת הנסמכת, במידה רבה, על ידע מקצועי. המערערת הביאה לעדות מספר רב של מומחים אשר פרשו יריעה רחבה שלא ניתן היה להתייחס למלוא פרטיה מראש. במצב הדברים האמור ומשהבקשה להבאת ראיות ההזמה – גם אם הוגשה לאחר פרשת ההגנה – לא הוגשה בשלב כה מאוחר עד כי היה בקבלתה כדי לפגוע בניהול המשפט או בהגנת המערערת, איני מוצא טעם לפגם בהחלטתו של בית המשפט קמא לקבלה ולהתיר למאשימה להביא את הראיות, כפי שביקשה.

ד"ר סרג'יו מרצ'בסקי

64. הפסיכיאטר, ד"ר סרג'יו מרצ'בסקי, ערך למערערת בדיקה ראשונית בעקבות הפניה מאת הפסיכיאטר המחוזי. בדו"ח הבדיקה שמילא (ת/82) ציין ד"ר מרצ'בסקי, בין היתר כי "לא נצפו הפרעות בחשיבה", "אין ספק שיש לה תובנה מלאה למה שקורה" וכן כי היא "מבינה היטב שהמעשה פסול". בסיכום ההליך ציין המומחה כי זולת קיומו של מצב דיכאוני המלווה ברגשי אשמה על מעשיה, "אין שום עדות לקיום של מחלת נפש". בהתייחס לאחריותה הפלילית של המערערת ציין ד"ר מרצ'בסקי כי

"עושה רושם ראשוני שהיא הייתה מודעת למעשיה אך היום משתמשת במנגנון של השלכה ומאשימה את בעלה בכל דבר". עוד צוין כי נראה שהמערערת זוכרת את המעשים, על אף שייתכן שיש לייחס את הדבר לתמונות שהוצגו לה.

65. המשקל שיש לייחס לחוות דעתו של ד"ר מרצ'בסקי במסכת הראיות הוא מוגבל. כפי שציין הוא, בדיקתו הייתה ראשונית בלבד, היא נועדה להתרשם ממצבה העכשווי של המערערת כדי לסייע לפסיכיאטרית המחוזית, והיא ארכה אך דקות ספורות (עמ' 1116-1117). ד"ר מרצ'בסקי לא זכר מהם החומרים שבהם עיין לצורך הכנת חוות הדעת, והפנה לאמור בחוות דעתו שלפיה עיין בחומר שנשלח מאת הפסיכיאטרית המחוזית שלגבי טיבו לא ידע להעיד. מעבר לכך, מאז האירועים נושא הערעור ועד לעריכת הבדיקה חלף פרק זמן של כחודשיים, דבר שלדברי ד"ר מרצ'בסקי, לא היה ידוע לו בעת שערך אותה. בנתון להסתייגויות אלה, ניתן ללמוד מחוות הדעת את הנתונים הבאים: ראשית, כמו כמה מן המומחים האחרים, גם ד"ר מרצ'בסקי סבר כי לא ניתן ליתן במערערת אמון (עמ' 1118). לדבר יש משמעות בנסיבות שבהן ביססו חלק מהמומחים את חוות דעתם על מחשבות שווא לכאורה שתיארה המערערת. שנית, ד"ר מרצ'בסקי, אשר לא שלל גלישה למצב פסיכוטי באופן זמני (עמ' 1155) – גם אם סבר כי יש קושי להשתית על כך ממצא משפטי – מצא על-פי התסמינים שהופיעו אצל המערערת בעת הבדיקה כי "עושה רושם" שהיא הייתה מודעת למעשים שביצעה בעת ביצועם. עמדתו של מומחה זה כי "סביר להניח שהיא זוכרת" את האירועים, תומכת אף היא בכך שהמערערת לא ביצעה את המעשים במצב דיסוציאטיבי, שבו הייתה מנותקת לחלוטין מן הקורה אותה (עמ' 1157), ושהייתה מודעת, למצער, לטיבם הפיסי. שלישית, יש לדחות את טענת המערערת כי עמדתו של ד"ר מרצ'בסקי בנוגע למאפייניה של הפרעת אישיות גבולית, תומכת בטענתה כי ביצעה את מעשיה בשל תסמינים פסיכוטיים. תשובתו של המומחה בהקשר זה הייתה תיאורטית, ולא נגעה לעניינה של המערערת. הוא עצמו לא מצא אצל המערערת הפרעת אישיות כזו.

מסקנתי מכל האמור היא כי הגם שאין ליתן משקל מכריע לעדותו של ד"ר מרצ'בסקי בנוגע למעשים נושא הערעור, הרי שבדין לא ראה בית המשפט קמא להתעלם מדו"ח הבדיקה שכתב ומן המסקנות שאליהן הגיע, התומכות בטענת התביעה כי המערערת לא הייתה נתונה למצב פסיכוטי בעת ביצוע המעשים.

ד"ר מרילנה לבן

66. ד"ר מרינה לבן כתבה שתי חוות דעת בעניינה של המערערת: בראשונה (ת/83) נדרשה לאבחון מצבה ואילו בשנייה (ת/84) התייחסה לחוות דעת נוספות שנכתבו בעניינה. לאחר שעיינה בחומרים שונים, לרבות חוות הדעת, ממצאי האבחון הפסיכו-דיאגנוסטי, וכן סרט הוידאו שתיעד את מעשיה, מצאה ד"ר לבן כי המערערת סובלת מ"הפרעת אישיות בעלת ארגון נמוך, ייתכן גבולי", וכי הממצאים "אינם מעידים על קיום מחלת נפש במובנה המשפטי (פסיכوزה) ו/או על קיום הפרעה קוגניטיבית". עוד מצאה ד"ר לבן בהתייחס למערערת כי "במצבה הנוכחי הנ"ל מסוגלת להבדיל בין מותר ואסור והיא אחראית למעשיה, והייתה אחראית למעשיה בעת שהתרחשו (...). לנבדקת הפרעת אישיות בלתי בשלה. נראה (...) כי המעשים (...) הינם פועל יוצא מדפוסי אישיותה הבסיסית".

לטעמי, בדין ראה בית המשפט לאמץ את מסקנות חוות דעתה של מומחית זו.

67. ראשית, וכרקע לדברים, נזכיר כי ד"ר לבן היא פסיכיאטרית מחוזית בעלת ניסיון רב, בפרט בכל הנוגע למתן חוות דעת בהקשרים משפטיים. חוות דעתה נסמכה על שלוש בדיקות שבוצעו למערערת וכן על אנמנזה מפיה ומפי אמה. לצורך עריכת חוות הדעת נבחנו, כאמור, חומרים רבים, לרבות הבדיקות השונות שנערכו לה; דו"ח פסיכו-דיאגנוסטי בעניינה; חוות דעת מומחים; וכן חומר משפטי, לרבות פרוטוקול בית המשפט וסרט הוידאו (עמ' 1179-1180). היקף החומר שנבחן וגיוונו הם בעלי משמעות לא רק לשם עמידה על התמונה במלואה אלא גם כדי לחשוף את המומחית בטרם כתיבת חוות דעתה לעמדות שונות, באופן שחייב אותה להתמודד עימן ולשאול את עצמה את השאלות המתאימות בטרם תגובש עמדתה. לדעת ד"ר לבן, המבחנים השונים שנערכו למערערת לא הצביעו "על ירידה או הפרעה בתחום הקוגניטיבי" (עמ' 1185-1186).

68. שנית, מסקנותיה של ד"ר לבן נסמכו על תשתית תיאורטית ברורה שיש בה כדי לענות על כמה מהקשיים, לכאורה, שעליהם הצביע בית המשפט בהתייחס לאפשרות שהמערערת ביצעה את מעשיה מתוך מודעות. כך, פורסת המומחית אבחון פסיכיאטרי קונקרטי של מצבה של המערערת, תוך שהיא מסבירה מהם התסמינים המלווים אבחון זה, ומדוע אין באלה כדי להוביל למסקנה כי היא עשתה את מעשיה במצב של אי שפיות. לדבריה, הפרעת האישיות בעלת הארגון הנמוך ואולי אף גבולי שממנו סובלת המערערת, אינה מונעת בהכרח מן הפרט הלוקה בה לתפקד "ככל אדם", והדבר תלוי

בסיטואציה שבה הוא מצוי (עמ' 1176), והוא "ספציפי לכל אדם" (עמ' 1203). לגבי המערערת נמצא כי הגם ש"עמדה במצבי פחד ולחצים קשים לא פחות, שזה אומר חקירה, שזה אומר מעצר, שזה אומר כליאה, שזה אומר ניתוק מילד (...). לא נמצאה עדות לאורך כל התקופה הזאת מצב פסיכוטי" (שם). עוד נמצא, שהפרעת האישיות הביאה את המערערת בסיטואציות מסוימות להתנהגות אימפולסיבית ותוקפנית אך לא להתנהגות שניתן להגדירה כחסרת שיפוט (עמ' 1215-1217, 1221-1222). צוין כי אפילו סבלה המערערת ממחשבות שווא, אין באלה כדי להצביע על פסיכוזה שכן "צריך לצרף נתונים, וצריך להסתכל על האפקט, צריך להסתכל על החשיבה, צריך דברים נוספים בראיית הפסיכיאטר הבודק על מנת להגיע לאבחון של מצב פסיכוטי" (עמ' 1232).

69. שלישית, בחוות דעתה הנוספת (ת/84), נדרשה ד"ר לבן לחוות דעתם ועמדתם של המומחים האחרים. בדבריה המפורטים יש כדי להסביר את מקור השוני בין חוות הדעת ולבאר את הסתירות בין המומחים השונים. כך, מצביעה המומחית על כך שמקור ההתנהגות האימפולסיבית שעליה הצביע פרופ' פניג לא הובהר, וכי מסקנתו שלפיה בשל מצבה הנפשי "לא הייתה מסוגלת להבין בזמן ביצוע המעשים שהיא גורמת נזק כלשהו לתינוק ושהיא עוברת עבירה" עומדת בסתירה למסקנתו כי היא "יודעת להבדיל בין טוב לרע ואחראית למעשיה". בהקשר זה היא מוסיפה כי המערערת "אינה סובלת ולא סבלה מעולם ממחלת נפש במובנה המשפטי (פסיכוזה), ובבדיקות קליניות חוזרות וכן במבחנים פסיכו-דיאגנוסטיים אשר נערכו לנבדקת, לא נמצאה עדות לליקוי בכושרה השכלי". באשר להבחנתו של ד"ר וגנר כי "ייתכנו גלישות פסיכוטיות" במצבים רגישים, הצביעה המערערת על כך שחרף גורמי דחק בעוצמה גבוהה שלהם הייתה נתונה, לא אובחן אצל המערערת מצב פסיכוטי, ומכך ניתן ללמוד כי היא אינה סובלת מהפרעה נפשית או מהפרעת אישיות קשה. בהתייחס להערכתו של ד"ר מה נעים כי המערערת סובלת מפסיכוזה פרנואידי, מצוין כי אבחנה זו לא גובתה בסימפטומים המצביעים על קיומה ובוססה רק על התרשמות כללית; ואילו בהתייחס למסקנותיה של ד"ר דנינו, צוין כי אם המערערת אמנם הייתה "אישיות פסיכוטית" סביר שהייתה מפתחת מצבים פסיכוטיים, וכאלה מעולם לא אובחנו אצלה.

על רקע המקובץ, מסקנתי היא כי בדין מצא בית המשפט קמא שאפילו היה בחוות דעת מומחי ההגנה לעורר ספק בנוגע לאפשרות שהמערערת ביצעה את המעשים במצב של אי שפיות, הרי שיש בחוות דעת מומחי התביעה – בצוותא עם הראיות הנוספות ובראשן סרט הוידאו, כפי שיובהר להלן – כדי ליתן מענה לספק זה.

70. לאחר צפייה בסרטי הוידאו שצילם המערער, המתעדים את מעשי המערערות בקטין במשך שלושה ימים בחודש ספטמבר 2005, מצאתי כי חרף הקושי הכרוך בכך שהצילומים אינם מלווים בשמע, יש בהם כדי לתמוך במסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, שלפיה המערערות הבינה את טיב המעשים שביצעה בקטין. למסקנה זו הגעתי על סמך נקודות אלה: ראשית, הגם שהמערער אינו נצפה לאורך מרבית הצילום – כפי הנראה, באופן מכוון – הרי שבפועל, את מרבית מעשיה בקטין מבצעת המערערות בנוכחותו. הדבר מלמד על מרכיב מחושב ומתוכנן במעשיה ועל היגיון פנימי המצוי בהם – גם אם פסול מכול וכול – שעניינו ברצונה לפתות את בעלה, לגרום לו לקנא ולעורר את תשוקתו. שנית, מכלול מעשיה והתנהגותה של המערערות מצביע על מרכיב דומיננטי של ניסיון לפיתוי ולגירוי המערער לקיים עימה מגע מיני. הדבר מתבטא בגינונים שונים, כגון הליכה לאורך הבית כששמלתה מופשלת כלפי מעלה וללא תחתונים; התהלכות בבית בעירום; נגיעה אינטנסיבית באבר מינה כשהמערער נוכח בחדר; וכן תנועות גירוי ופיתוי תוך כדי הסרת תחתוניה. המגע המיני בתינוק מצטייר כמרכיב נוסף במערכת האמורה וכעליית מדרגה שנועדה לעורר במערער קנאה ולשדל אותו לשכב איתה. שלישיית, בצד המגע עם התינוק, מקיימים המערערים מספר פעמים לאורך התיעוד המצולם, יחסי מין. הדבר מחזק אף הוא את הקשר שבין המגע בקטין לבין המגע עם המערער, ומציגו כשלב במערכת הפיתוי שמנסה המערערות לטוות ביחסיה עם בעלה. רביעית, לאורך הסרט נראים, בצד גינוני הפיתוי, גם פעולות אלימות שונות שמבצעת המערערות כלפי המערער, לרבות דחיפתה אותו כשהוא מנסה לבוא עימה במגע. על אלה יש, לטעמי, להתבונן במישור זהה לזה שבו יש להתבונן על מגעה של המערערות בקטין – כחלק מן הפתולוגיה של משיכה וקירוב בצד דחייה והרחקה המאפיינת את מערכת היחסים המורכבת שבין המערערות לבין המערער. הדינאמיקה המצטיירת תוך כדי צפייה בסרט מתיישבת עם עמדות המומחים בדבר מערכת יחסים פתולוגית בין בני הזוג שהתבססה על גירויים תוקפניים ומיניים. עוד היא מתיישבת עם אמרותיה השונות של המערערות בקלטת האודיו בהתייחס לקטין כי היא שמה 10 קונדומים על אבר מינו, הם בעיצומו של הסקס הראשון שלו והיא "חולה על הזין שלו, לא שלך (...). איזה זין יש לו, איזה מוצלח, לא כמוך דביל".

הנה כן, צפייה בקלטת הוידאו – בצד המחשת הרכיב העובדתי של המעשים – חושפת נדבך משמעותי בנוגע להלך הנפש של המערערות בעת ביצוע המעשים. מן הפעולות הנצפות, ניתן לזקק מהלך עקבי, מחושב ומתוכנן מצד

המערערת, הנעשה בגדרי מערכת היחסים הפתולוגית שבינה לבין המערער, וטומן בחובו היגיון פנימי ותכלית ברורה, להביאו בדרך של קירוב והרחקה לכדי קנאה, תשוקה ומגע מיני. אין, אפוא, צורך להידרש לשאלה אם המערערת נהנתה מן המגע המיני עם הקטין אם לאו, שהרי גם פרופ' פניג, המומחה מטעמה, הבהיר כי השימוש בקטין לא היה לשם סיפוק מיני של המערערת אלא מרכיב בקשר עם הבעל. בפעולותיה יש כדי ללמד שהייתה מודעת למעשים שביצעה, לאופיים ולטיבם. החשש שהביעה בקלטת האודיו כי הקטין "מבין משהו" מלמד שגם בזמן אמת היא הייתה מודעת לטיבם הפסול של מעשיה, ולנזק לקטין. תחושת המיאוס שביטאה כלפי המעשים מאוחר יותר – לרבות במועדים, שבהם לפי עמדת מומחי ההגנה, הייתה במצב פסיכוטי (נ/18, נ/18א), תומכת אף היא בעמדה כי היא הייתה מודעת לאסור שבמעשים שביצעה לכל אורכם.

(IV) השיחות המוקלטות בין המערערים

71. לטענת המערערת, השיחות המוקלטות בינה לבין המערער (ת/29) אינן קבילות היות שלא הובאה כל הוכחה בנוגע למידת האותנטיות שלהן – בפרט בכל הנוגע לאפשרות שתוכנן נערך ו"בושל" על-ידי המערער. לחלופין טוענת היא כי אין ליתן לקלטות כל משקל ראייתי, באשר הן הוקלטו בחודשים מרץ-יוני, בעוד המעשים נושא הערעור בוצעו בחודש ספטמבר.

72. בראש ובראשונה ייאמר כי המערערת לא העלתה את שאלת קבילות קלטת הוידאו בטענותיה לפני בית המשפט המחוזי, והשאלה ממילא לא נידונה. את אי העלאת טענה הנוגעת לקבילות ראייה במועד המתאים לכך בערכאה הדיונית ניתן לפרש כהסכמה מטעמו של הצד שכנגד לקבילותה של אותה ראייה, ולא הייתה מניעה להשתית עליה את הכרעת הדין (ראו ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 76 (1995); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 1600-1601 (2009)). כידוע, הליך הערעור אינו מיועד להעלאת טענות שלא נידונו בבית המשפט שלדיון ולפתיחת ההליך הדיוני מחדש (ראו ע"פ 3338/99 פקוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667, 677-678 (2000)). ואולם, אפילו התעלמנו מקושי זה, הרי שבאין מחלוקת כי הדברים הנשמעים במקטעי השיחות אכן נאמרו על-ידי המערערת בנוגע למערער ולקטין, ונוכח המגמה הברורה שמצטיירת מהם, איני סבור כי יש לפסול את הקלטות מלשמש כראיה אך בשל החשש כי נערכו על-ידי המערער באופן מגמתי, שלא הוכח ולא בוסס. בעידן של מעבר ממבחנים בינאריים של קבילות למבחנים המתמקדים במשקל הניתן לראייה, סבור אני כי בנסיבות המקרה דנן, אפילו היה מקום שהתביעה תתייחס לטענות המערערת בהקשר זה, הרי שלא עשייתה כן יש לתת את הדעת בעת בחינת המשקל שיינתן לאמור

בקלטות. לעניין זה, מסקנתי היא כי אף אם יש לייחס לקלטות משקל עצמאי מופחת בהוכחת מצבה הנפשי של המערערת באופן ישיר, הרי שמשושימוש בקלטת נעשה לשם חשיפת הלך מחשבה כללי ולא לשם הוכחת מעשים קונקרטיים או מציאות כרונולוגית, לא ניתן להתעלם מן ההקשר שהן מוסיפות למעשי המערערת ומן ההסבר שיש בהן לספק לפעולות שנראות חסרות פשר במבט ראשון.

בהקשר זה, יש לדחות את טענת המערערת כי יש להפחית ממשקלן של הקלטות נוכח העובדה שהוקלטו חודשים ספורים קודם לאירועים נושא הערעור. אכן, קיומו של פער זמנים בין כמה חודשים בין קלטת הוידאו לבין קלטת האודיו מחליש את עוצמת הקשר בין השתיים, וכמוהו את היכולת לגזור מן האחת מסקנות לגבי השנייה. ואולם, מטרת קלטת האודיו אינה "להלביש" שמע לתכני הוידאו המוצגים, כפי שטענה המערערת, ולא להצביע על "המחשבה הפלילית" של המערערת במועד ביצוע המעשים. תחת זאת, מצביעה קלטת האודיו על מעין הלך רוח ותכלית המכוונים את מעשיה של המערערת ומשליכים על התנהגותה. בנקודות שונות לאורך הקטעים המוקלטים, פועלת המערערת בדפוס קבוע המתאפיין בניסיון להקניט את המערער על רקע מיני ולעורר את קנאתו בקטין, תוך השוואה ישירה בין "יכולותיהם המיניות" של השניים. ה"גניחות" שהיא נשמעת מבצעת במהלך השיחה, דיבורה האינטנסיבי על נושאים מיניים ומאמציה להקטין את המערער ואף להשפילו תוך האדרת יכולותיו המיניות – כביכול – של הקטין, הם משום ביטוי נוסף המתיישב עם המגמה העולה גם מקלטת הוידאו ומדברי המומחים, בדבר מערכת היחסים הפתולוגית בין בני הזוג ומערכת התמריצים שהיא יצרה אצל המערערת לבצע מעשים מיניים בקטין.

גם ביתר טענותיה של המערערת בערעור – ובכלל זה הטענה כי ביצעה את המעשים בהשפעת כדורים שניתנו לה על-ידי המערער – לא מצאתי כי יש ממש, ולטעמי ניתן להן מענה מספק בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

הערעור על הכרעת הדין בעניין המערערת – סיכום

73. סטייתה של המערערת מן הנורמה המקובלת – אף זו הנמוכה המאפיינת עוברי עבירות מין – קשה היא וחמורה, עד כי עצם עשיית המעשים עלולה ללמד על סטייה מן התקנים הממוצעים של בריאות הנפש (ראו עמדתו של השופט חיים כהן בעניין פנו, בעמ' 1111). אכן, מימרה ידועה היא כי "אין אדם חוטא אלא אם כן נכנסה בו רוח שטות" (בבלי סוטה ג', א'), ובענייננו לא רק המעשים העידו על "רוח השטות" אלא אף חכמי הרפואה. כפי שמצאו המומחים כולם, מצבה הנפשי של המערערת אינו תקין.

היא לוקה בהפרעת אישיות בארגון נמוך, ייתכן אף שגבולי, דבר המצביע על הפרעת אישיות בדרגה גבוהה. ואולם כדי שזו תשלול את אחריותה הפלילית של המערערת, על הליקוי הנפשי להיות בעל אופי פסיכוטי ולשלול את יכולותיה הקוגניטיביות או את יכולות הרצייה של המערערת. במקרה דנן, לא עלה בידי המערערת להוכיח כי הליקוי עומד באמת מידה זו, ומכאן שדין ערעורה על הכרעת הדין להידחות.

74. במאמר מוסגר אעיר, כי קשה להתעלם מן הקושי שבאופיו הבינארי של מבחן האי שפיות, הקובע פטור מאחריות פלילית רק במצב שבו העבירות שנעברו מקורן בתסמינים פסיכויים – ובהיעדרם דינו של הנאשם כאחד האדם. כפי שעולה מדברי המומחים שהובאו וכן מפסיקה רלוונטית, ליקוי נפשי אינו עניין בינארי. לכל ליקוי קיים רצף שמקורו בעוצמת התסמינים המופיעים בו. עוצמת או כמות תסמינים נמוכה עשויה להביא למסקנה כי אין מדובר במחלת נפש שכן בעוצמתם זו, לא שללו התסמינים את יכולתו הקוגניטיבית של הנאשם. עוצמת תסמינים גבוהה לעומת זאת, עשויה להצביע על קיום של מחלת נפש במובנה המשפטי, קרי על פסיכוזה. המחוקק היה ער לרצף זה, ועל יסוד הרציונאל האמור חוקק סעיף 300א(א) לחוק העונשין, המתיר ענישה מופחתת בעבירת רצח, במקרה שבו עוצמת תסמיניו של הליקוי הנפשי הייתה בדרגה פחותה מזו הנדרשת לצורך סייג האי שפיות (עניין אבו חמאד, בעמ' 251; עניין זלנצקי, פסקה 60; ע"פ 396/01 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 854, 861-860 (2002)). ספק אם הפחתה בעונש ממצה את מלוא המשמעויות הנוגעות לליקוי נפשי חמור המביא לעשיית מעשים פליליים, אפילו זה נופל בעוצמתו מן הנדרש לצורך עמידה בסייג של אי שפיות הדעת. ניתן היה לחשוב, למשל, על קביעה של אחריות מופחתת במקרים כגון אלה, כפי שמקובל בהקשרים שונים בשיטות משפט אחרות, ואף עמד ביסוד הצעת החוק שבמסגרתה הוסף סעיף 300א לחוק העונשין, אשר תוקנה לנוסחה הנוכחי רק בשלב שבין הקריאה הראשונה לשנייה (ראו אסף טויב "ענישה מופחתת ברצח – סעיף 300א(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977" הפרקליט מח 214, 230-242 (2004); רבין ולבני, בעמ' 257). מכל מקום, שיקולים אלה – על המחוקק לענות בהם, ובהתאם לדין הנוכחי אין להם נפקות מעשית.

הערעור על גזר דינה של המערערת

75. בצד ערעורה על הכרעת הדין, הגישה המערערת ערעור גם על גובה העונש שנגזר עליה. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, מסקנתי היא כי העונש שהושת על המערערת מאזן כראוי בין השיקולים לקולה ולחומרה ואין עילה להתערב בו. הכלל הנוהג בבית משפט זה הוא כי אין ערכאת הערעור מחליפה את שיקול דעתה של

הערכאה הדיונית בשיקול דעתה שלה בכל הנוגע לגזירת דינו של נאשם, אלא בנסיבות חריגות שבהן נפלה בגזר הדין טעות מהותית אשר בולטת על פניה, או שהעונש חריג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (ראו למשל ע"פ 10166/09 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 62 (לא פורסם, 11.10.2010)).

המעשים שבהם הורשעה המערערת הם חריגים בחומרתם. כך, בכל הנוגע לאופי וטיב המעשים שבהם מדובר; היחס האינסטרומנטלי והאפאטי הנשקף מהם כלפי הקטין כאדם; העובדה שהמעשים בוצעו בתינוק רך בשנים וחסר ישע על-ידי אמו מולידתו; והנזק החמור שנגרם לו בעטיים. לעניין אחרון זה, די בעיון בתסקיר הנפגע שנערך על-ידי פקידת הסעד, כדי ללמוד על הצלקת שהותירו מעשי המערערת, שלא תימחה. מן התסקיר עולה כי נוכח החוויות הקשות שלהן היה נתון בשנה הראשונה לחייו, מצוי הקטין בסיכון גבוה להתפתחות תקינה ויציבה. עוד נאמר בו כי מבחינה רגשית, תואם הקטין (כבן חמש וחצי ביום עריכת התסקיר) ילד בן שנתיים, והוא מראה אותות מצוקה. לדעת עורכי התסקיר, בשל ההתעללות המינית שספג, מצוי הקטין בסיכון להיות אובייקט להתעללויות מיניות בעתיד. לכך יש להוסיף כי גם לאחר מעשה, בעת שעומתה עם התנהגותה – לא נטלה המערערת אחריות למעשיה, ובצד זעזוע שהביעה, הטיחה את מלוא האשמה במערער.

76. חרף חומרת המעשים, לא ראה בית המשפט למצות עם המערערת את הדין והעונש שנגזר עליה אינו חמור באופן יחסי. בדין עשה כן. הגם שהמערערת הייתה מודעת למעשיה ולאסור שבהם, תפיסת המציאות וכושר השיפוט שלה נחלשו על רקע מצבה הנפשי, ועימה גם האוטונומיה המוסרית שלה ושליטתה במעשים שביצעה (ראו והשוו: עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם מחקרי משפט יג 87, 87-94 (1996)). הפגימה ביכולותיה הקוגניטיביות של המערערת בשל הפרעת האישיות הקשה שלה, על אף שאין בה כדי להפחית מעצם אחריותה למעשיה, יש בה כדי להפחית – כמידתה של הפגימה – מעוצמתם של שיקולים תגמוליים הנגזרים מטיב המעשה ומן החומרה המוסרית שיש לייחס למערערת נוכח מצבה הנפשי, כמשתקף מחוות הדעת (ראו ע"פ 9369/07 מיקל נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק דינה של חברתי, השופטת ע' ארבל (לא פורסם, 4.6.2009); קרמניצר, בעמ' 109; רבין ולבני, בעמ' 220-215, 258-259. ראו והשוו: ע"פ 7075/05 אלון נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (לא פורסם, 2.8.2006)). לעניין זה יוסף, כי אף ששיקולי הרתעה תופסים משקל ניכר במסכת השיקולים הנשקלת, הרי שבנסיבות האמורות, אין לחרוג בעת גזירת העונש מן הרף העליון הנובע משיקולי תגמול (Norval Morris, "Desert as a Limiting Principle" in *Principled Sentencing* 180 (Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth Ed., 2nd Ed.,

1998), שהם פועל יוצא, בין היתר של מצבה הנפשי של המערערת בעת עשיית המעשים. שלב גזירת הדין המתאפיין בהכרעה רציפה שאינה בדידה ובינארית, ומתמקד בעברייך ובנסיבותיו ולא רק בעבירה עצמה, הוא שלב מתאים להכרה ולמתן משקל ל"מצבי ביניים" שבין בחירה חופשית לבין היעדרה המוחלט (השוו: הדר אבירם "כמעט כורח"? סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש" ספר דיויד וינר 601, 624-608 (2009)).

בית המשפט המחוזי הציב על כפות המאזניים את השיקולים השונים, ובכללם חומרת המעשים מן הצד האחד, ומצבה הנפשי של המערערת בעת עשייתם מן הצד השני. בשקלול השיקולים במצטבר, ראה בית המשפט לגזור על המערערת 5 שנות מאסר בפועל וכן עונש מאסר על תנאי. לא מצאתי כי עונש זה לוקה בטעות מהותית או סוטה באופן ניכר מרמת הענישה הראויה. דין הערעור על העונש, אפוא, להידחות.

ערעורו של המערער – דיון

77. שני ראשים לערעורו של המערער. האחד – עובדתי, ועניינו בממצאיו של בית המשפט בנוגע לשאלת מעורבותו של המערער במעשי המערערת בקטין מבחינה עובדתית, כמו גם בטענותיו כי ניסה למנוע אותם. השני – משפטי, ועניינו בקטגוריה המשפטית שבה יש לסווג את חלקו של המערער במעשים.

ממצאי עובדה

78. לאחר שבחנתי את טענות המערער, מסקנתי היא כי לא קמה עילה להתערבותנו בממצאי העובדה של בית המשפט קמא, שנשמכו, במידה רבה, על התרשמותו הבלתי אמצעית מן העדים שהופיעו לפניו ועל ממצאי מהימנות שנקבעו בעניינם. גם הממצאים שנקבעו כפועל יוצא ממסקנותיו של בית המשפט ומן הניתוח שערך מעוגנים היטב בחומר הראיות ולא ראיתי להתערב בהם. עם זאת, נוכח טענותיו של המערער ביחס לממצאים אלה, ראיתי להתייחס בקצרה למספר נקודות אשר עלו בטיעונו.

(I) האם סיפר המערער לגורמים השונים שבהם פגש על מעשי המערערת

79. בין הצדדים נטושה מחלוקת בשאלה אם סיפר המערער לגורמים הטיפוליים והאחרים שעזמו נפגש על אודות המעשים המיניים שביצעה המערערת בקטין. להכרעה בשאלה זו נפקות בסוגיית עוצמת מעורבותו של המערער במעשים מיניים אלה, וטענתו כי ניסה למנועם. ודוק: תוקפה של טענתו כי ביקש למנוע את מעשי המערערת ייחלש במידה ניכרת אם במהלך פגישותיו עם הגורמים הטיפוליים, שבהן התלונן, בין היתר על התנהגות אלימה מצד אשתו, נמנע המערער מלדווח על מעשיה

המיניים בבנו הקטין. יתרה מכך, הימנעות ממסירת מידע זה מצביעה – על פי הגיונם של דברים – על ניסיון להסתיר את ביצועם בשל מעורבותו בהם.

בחינת חומר הראיות מעלה תמונה בלתי עקבית בנוגע לנכונותו של המערער לשתף את הגורמים שעימם נפגש במעשיה המיניים של המערערת בקטין. בשיחותיו הראשונות עם גורמי טיפול, נמנע המערער מלהזכיר את דבר עשיית המעשים בקטין. כך למשל, סיפרה ד"ר דנינו בהודעתה (נ/16) ובעדותה בבית המשפט כי המערער פנה אליה, סיפר לה על אלימות שלה הוא נתון מצד המערערת וביקש לקיים בצוותא עם המערערת טיפול זוגי. לדבריה "לא דובר בפגישה זו על התעללות מינית" (עמ' 2 להודעה). גם בפגישה הבאה שבה נכחה המערערת והשניים התעמתו ביניהם תוך הטחת האשמות הדדיות המתייחסות לאלימות שננקטה, נמנע המערער מלטעון כי המערערת מתעללת מינית בקטין. בדומה לכך, בפעם הבאה שבה נפגש המערער עם ד"ר דנינו "לא דובר על התינוק ולא על התעללות מינית", זאת חרף דבריו הישירים של המערער בנוגע למיניותה של המערערת. במהלך אותה פגישה, חשה ד"ר דנינו כי "הוא לא דיבר אמת ויש הרבה דברים שהוא מסתיר" (עמ' 4 להודעה, וכן עמ' 493 לפרוטוקול). המערער נמנע מלציין את דבר ההתעללות המינית אף כשבפגישה נכח גם ד"ר מה נעים (נ/18 עמ' 3) וכך גם בפגישותיו עם הקוראת בקפה (עמ' 941); עם המרפאה הטבעונית שממנה רכש כדורי הרגעה עבור המערערת בשל היותה "עצבנית" (עמ' 891); וכן עם אנשי החברה שמכרה לו את מכשיר הוידאו שבאמצעותו תיעד את האירועים. בפגישות אחרונות אלה הסתפק המערער בציון האלימות שמפעילה נגדו המערערת וברצונו לאסוף ראיות כדי להתגרש ממנה (עמ' 58, 97 לפרוטוקול; ת/81, עמ' 2). גם כשציין בקצרה כי המערערת פוגעת בקטין, סתם המערער ולא פירש, ולא הבהיר כי מדובר בהתעללות מינית (כך בשיחתו עם בעל חנות הצילום, ת/78, עמ' 1; בשיחתו עם המומחה להתפתחות הילד, שחר בן אור, שם ציין כי "הוא דיבר על זה שהיא מתגרה מינית מהתינוק, אך לא ממש סיפר שהיא מתעללת בו מינית ברמה של מגע פיזי", נ/34, עמ' 2; ובפגישותיו עם ד"ר אלן אוחיון, נ/37; ועם ד"ר אדריאנה שטרן, נ/39א). בהקשר זה, יש לדחות את טענת המערער כי היה על פרופ' רחל שטראוסברג, שאליה פנה בשל תופעה של אוננות אצל הקטין, להסיק על ההתעללות המינית שלה היה נתון הקטין רק בשל עצם פנייתו אליה. כפי שמסכים אף פרופ' פניג (עמ' 445 לפרוטוקול), הקשר הסיבתי שבין אוננות תינוקות לבין התעללות מינית כלל אינו הכרחי, בפרט כשאפשרות זו אינה מוזכרת על-ידי ההורה הפונה. טענתה של פרופ' שטראוסברג כי אילו סיפר לה המערער על חשדו שמקור הדבר בהתעללות מינית, הייתה פונה למשטרה, היא טענה סבירה והגיונית בנסיבות העניין, ובדין ראה בית המשפט לאמצה.

80. אכן, בשלב מאוחר יותר, ראה המערער לספר על דבר ההתעללות המינית, בפגישותיו עם ד"ר מה נעים ועם ד"ר דנינו. ואולם על דברים אלה יש להתבונן בשים לב למועד שבו נאמרו ובהקשרם. בעת פגישה זו שהתקיימה ביום 5.9.2005, כבר היו מותקנות בבית המערער מצלמות הוידאו שנועדו לתעד את דבר עשיית המעשים המיניים. המערער לא ביקש, אפוא, עוד להסתיר את דבר קיומם של מעשים אלה אלא רק לשלוט בטיב המידע ובהיקפו. כפי שציין המערער במפורש, באמצעות התייעוד הוא ביקש להציג את המערער כלוקה בנפשה ולנקות עצמו מכל אחריות פלילית (ראו בהודעתו של שחר בן אור, נ/34, עמ' 2; וכן התרשמותה של ד"ר דנינו כי "לאורך כל הדרך מטרתו הייתה, לא טובתה של האישה אלא רצונו הברור להוכיח שאשתו לא נורמאלית (שכן) (...). הדבר יעזור לו למחוק את הרישום הפלילי במשטרה" (נ/16, עמ' 4). חשיפת הדברים לפני גורמי הטיפול אינה עומדת בסתירה לתכלית זו, והיא אף משרתת אותה. בשלב מאוחר זה, שבו כבר גיבש המערער את גרסתו בנוגע לחלקו במעשים ועיגן אותה בסרטי וידאו שבהם מיעט להיראות, לא היה עוד מה שימנע ממנו מלספר בצורה מדודה על מעשיה המיניים של המערער בקטין, תוך הדגשת חלקה והעלמת חלקו שלו. הדבר אף עולה בקנה אחד עם החלטתו של המערער שלא לפרוט את דבריו לפרוטות שכן "אני עוד לא יודע אני צריך לעשות עריכה" (נ/16, עמ' 5).

81. באותו אופן יש גם להשקיף על המסרון ששלח המערער לחברו, מיכאל אליהו, שבו כתב: "היא הפשיטה את הילד לגמרי והחדירה אותו אליה. האם זה מספיק? אין אלימות עם הילד. ענה לי עכשיו". ראשית, גם המסרון נשלח באותו שלב מאוחר שבו גמר המערער אומר בליבו לחשוף את מעשי המערער ו"התארגן" לשם הצגת הדברים בהתאם לתכניתו. קודם למסרון זה, הסתפק המערער באמירות כלליות שלפיהן המערער עושה "כל מיני שטויות עם התינוק (...). כל מיני אנחות על הילד" (עמ' 185)). שנית, כפי שציין גם בית המשפט קמא, אילו רצה המערער להתריע מפני מעשיה של המערער, סביר כי הוא לא היה מסתפק בשליחת מסרון בודד זה ונמנע מלשוב ולהעלות את הנושא בראותו כי חברו אינו מגיב לדברים. שלישית, יש לזכור כי מדובר במקרה זה בחברו הקרוב של המערער שבית המשפט המחוזי מצא כי "עשה הכול כדי לסייע ל[מערער] גם בחקירתו במשטרה ובעדותו בפנינו" (עמ' 1380). במצב דברים זה, אין לשלול את האפשרות שהמערער לא חשש לחשוף בפניו את דבר המעשים, ואין בעשייתו כן כדי להצביע על אי מעורבותו בהם.

82. הימנעותו של המערער מלדווח על האירועים לגורמים שעזימם נפגש שומטת את הקרקע גם מתחת טענתו כי לא התלונן במשטרה היות שלא נתן בה את אמונו. גם

באין אמון במשטרה, דבר לא מנע מן המערער לספר על המעשים לגורמי הטיפול, ולו על מנת להפסיק את סבלו של בנו. מחדלו מלעשות כן מצביע על מניעיו. כדברי בית המשפט קמא, גם החלטתו לצלם בעצמו ועל חשבונו את מעשי המערער – וכפי שיובהר להלן – אף למסור למשטרה את הקטעים באופן סלקטיבי ובחלוף זמן, מחלישה במידה ניכרת את טענתו כי בבסיס האופן שבו נהג עמד אי אמון במשטרה.

בדין ראה, אפוא, בית המשפט בדרך התייחסותו של המערער למעשי המיניים של המערער בקטין, משום אינדיקציה למעורבותו בהם.

(II) תיעוד מעשי המערער על-ידי המערער בסרט הוידאו

83. לטענת המערער, שגה בית המשפט קמא כשלא זקף לזכותו את העובדה שצילם את האירועים בוידאו, ולא ראה בכך אינדיקציה לאי מעורבותו במעשים ולרצונו להביא להפסקתם.

יש לדחות את הטענה. המסקנה העיקרית שנלמדת מהחלטת המערער לתעד את מעשי המערער בוידאו היא כי הוא ביקש לפגוע בה – בין היתר בנוגע לתנאי האפשריים של הסכם גירושין בין השניים – ולטהר את עצמו מחשדות לפלילים. כפי שצוין, המערער נתן ביטוי ישיר למוטיבציה זו בשיחותיו עם גורמים שונים, והאלימות שלה היה נתון מצד המערער סיפקה לו מניע. התמקדותו של המערער בשיקולים אלה אף הביאה את המטפל, שחר בן אור, לחוש "לא נוח עם כך שאני מנסה לטפל בקשר ביניהם, והוא כל מטרתו היא למחוק את הרישום המשטרתי" (נ/34, עמ' 2). ואולם, המערער היה מודע לסיכון הכרוך מבחינתו בחשיפת המעשים המיניים. אשר על-כן, הוא ערך את הסרטים באופן המרחיק עצמו מכל מעורבות במעשים תוך שהוא מוציא מהם קטעים שבהם נראים המערער והוא כשהם מקיימים יחסי מין, פרק זמן קצר לאחר שביצעה את המעשים המיניים בקטין; וכן מעשים מיניים בקטין שנעשו בנוכחותו, ללא התנגדותו ובחלק מן המקרים אף בהמשך לתנועות פיתוי מצד המערער לעברו. הימנעותו של המערער מלציין במפורש את אופי המעשים שביצעה המערער בקטין בשיחתו עם ד"ר דנינו וד"ר מה נעים, בטרם יערוך את הקלטות; השתהותו מלשלחם למשטרה אגב הגשת תלונה; וכן הימנעותו מלציין בפתקים שבהם תיעד את מעשיה את העובדה כי קיים יחסי מין עם המערער לאחר מעשיה בקטין וכי הביא את הקטין למיטתה מיוזמתו; מלמדים אף הם על רצונו לשלוט במידע שהוא חושף ולוודא כי הוא אינו מפליל את עצמו. בהקשר זה, אין לקבל את טענת המערער שלפיה החלטתו לערוך את סרט הוידאו נבעה מרצון תמים למקד את השוטרים "למה

שהיה חשוב למערער באותו שלב" ולחסוך להם זמן (עמ' 20 לכתב הערעור). מעבר לאיסור הפורמאלי לעשות כן, יש לתהות על כך שהקטעים בעריכה היו אותם אלה שעלולים היו לעורר את חשדם של השוטרים בו, ובכך לסכל את מטרתו "למחוק את הרישום הפלילי".

בצדק לא ראה, אפוא, בית המשפט קמא לזקוף לזכות המערער את העובדה שצילם את מעשי המערערת בווידיאו; כי אם ראה בכך נסיבה לחובתו.

(III) נפקותה של האלימות שהפעילה המערערת כלפי המערער

84. פרק נרחב בדבריו מקדיש המערער לטענתו כי נוכח האלימות הקשה שנהגה בו המערערת – שלגביה אין חולק – אין לראות בו מי שרצה במעשים או היה שותף להם.

יש לדחות טענה זו. כאמור, בית המשפט נתן אמון בטענת המערער כי היה נתון לאלימות מצד המערערת. הדבר אף עולה מסרט הווידיאו ומפניותיו של המערער לגורמים שונים בעניין זה, שבהן תועדו חבורות על גופו. לא ראיתי אף לפקפק בעמדתה של ד"ר דנינו כי "מבחינה פיזית יש לה עליונות בולטת. לא התרשמתי שהוא זה שמכריח אותה לעשות דברים" (נ/16, עמ' 6). ואולם אלימות או עליונות פיזית אינן מביאות בהכרח למסקנה כי המערער לא היה מעורב בביצוע המעשים. כפי שקבע בית המשפט קמא, המערער נכח בזירת האירוע – גם אם מאחורי המצלמה, נענה למבעי ותנועות הפיתוי מצד המערערת, ובמעשיו אף עודד אותה להמשיך. לפחות במקרה אחד הביא המערער את הקטין פיסית אל מיטת המערערת (ראו תיעוד הווידיאו בת/63), ובמרבית המקרים האחרים לא עשה דבר כדי להוציאו ממנה. אי עשייה זו נושאת עימה משמעות רבה שכן כפי שצוין על-ידי כמה מן המומחים ואף עולה מצפייה בקלטת הווידיאו, המערערת עשתה שימוש בקטין כדי לגרות את המערער, ותאוותה המינית לא כוונה כלפי זה הראשון. המערער היה מודע למצב זה, ותלה בו וברצונו להביא להפסקת מעשיה של המערערת את העובדה שקיים יחסי מין עימה בסמוך לאחר מעשיה בקטין (עמ' 821). חרף מודעותו להשפעתו על מעשי המערערת, נותר המערער בחדר ולא עשה דבר להפסקתם. תחת זאת, קיים המערער עם המערערת יחסי מין מספר פעמים בסמוך לעשיית מעשיה בקטין, ואף הודה כי המערערת גירתה אותו, גם אם הוסיף שלא נזקק לתיווכו של התינוק (עמ' 635). דווקא המקרה שעליו משליך המערער את יהבו, שבו נטל את הקטין בכוח מידי המערערת והעבירו למיטתו (ראו בתיעוד הווידיאו, ת/59), מלמד שאם אכן לא רצה במעשים, היה בידו להביא להפסקתם.

מכל מקום, וכפי שיובהר להלן, אפילו חשש המערער מפני המערערת, ונמנע מלעשות דבר בשל פחדו ממנה, הרי שבאין טענה כי המעשים נכפו עליו או כי התנהגותו הייתה תוצאה של כורח, אין לדבר נפקות מבחינת אחריותו הפלילית.

(IV) מעשיו של המערער כפי שנצפו בסרט הווידיאו

85. לטענת המערער, שגה בית המשפט קמא כשראה בסרט הווידיאו הוכחה למעורבותו במעשים.

אף בנוגע לטענה זו, רואה אני את הדברים עין בעין עם בית המשפט המחוזי. הגם שבחלקים נרחבים של הסרט אין המערער נראה על גבי המסך, מצביעות הנסיבות על הימצאותו במקום. אכן, המערערת לא ביצעה את מעשיה בחלל ריק. התבוננות בקטעים שבהם היא נראית לבדה עם הקטין בסרט, מלמדת כי המערערת מגיבה, מפנה את מבטה כלפי חוץ, מקיימת קשר עין, מדברת ומנהלת אינטראקציה עם אדם הנמצא במקום ואיננו נראה. כך למשל, בסרט הווידיאו ת/58 מיום 4.9.2005, בין השעות 22:23-23:26, נראית המערערת כשהיא מתבוננת כל העת אל נקודה מחוץ לתמונה, משוחחת עם אדם הנמצא באותה נקודה ובהמשך אף מתנועעת באופן פרובוקטיבי משהו, תוך שהיא מתפשטת, מבצעת תנועות ריקוד, נוטלת את הקטין ומבצעת בו מעשים מיניים. לאורך כל הסצנה, נראה כי מצויה נקודת ייחוס קבועה שכלפיה, למולה ותוך התייחסות לה נעשים המעשים. ואמנם, בתום מעשים אלה ולאחר שהמערערת יוצאת מן החדר, שב המערער ונכנס בחזרה אל התמונה.

היעדרו של המערער מן התמונה לאורך שלבים ארוכים בסרט מתיישבת עם המגמה הרחבה העולה מהתנהלותו, בדבר הפניית האשמה לעבר המערערת והרחקת עצמו מכל מעורבות. הדבר עולה בקנה אחד גם עם דברים שאמר לכמה מן המומחים בדבר רצונו להביא למחיקת הרישום הפלילי נגדו, ועם מטרתו המוצהרת להציג את המערערת באור שלילי שישליך על הסדר גירושין עתידי בין השניים.

86. המערער נימק את עמידתו מנגד לאורך זמן ממושך ברצונו לאסוף ראיות "באמצעות פתקים שנרשמו בזמן אמת (כך) שאם המצלמות לא יפעלו (...) יוכל המערער, לפחות, להעיד על מה שראה במו-עיניו" (עמ' 11 להודעת הערעור). להשקפתי, אין מדובר בטעם משכנע. המערער חזר ועמד על מטרת העל שלו – לאסוף ראיות אובייקטיביות במטרה לשכנע את גורמי אכיפת החוק כי המערערת אכן עשתה את המעשים שלהם טען. בצד זה הוא הדגיש את חוסר האמון שלו במשטרה שבעטיו ראה לצלם בעצמו את האירועים. כיצד דברים אלה מתיישבים עם נוכחותו העקבית

בזירת האירוע אך בשביל לערוך רישומים, שעל תוכנם ממילא יכול היה להעיד בעל-פה? בדומה, אין זה ברור מדוע ערך המערער רישומים אלה בנקודה שבה עמד דווקא מחוץ לעדשת המצלמה. יתרה מכך, אם אכן עריכת רישומים "בזמן אמת", היא שעמדה ביסוד נוכחותו של המערער במקום, כיצד זה לא שמה המערער לבחור לכך, הגם שהפנתה מבטו אליו פעמים רבות? ומדוע בעת שבחר המערער בכל זאת להיכנס לתמונה, אין הוא נראה במרבית הזמן מבצע רישומים אלה? למערער פתרונים – ואלה לא נשמעו.

87. מעבר לכל זאת, יש להדגיש כי בכל שאמור בממצאים לטובת המערער, משקלו של סרט הוידאו הוא מוגבל. בניגוד למערער שהתנהלה לאורך הסרט בטבעיות, המערער היה מודע לכל אורך הדרך להימצאות המצלמות במקום ולתכלית העומדת ביסוד הצילום – להאשים את המערער ולטהר את עצמו. תכלית זו הכתיבה התנהלות זהירה ומדודה מצדו שבמסגרתה, בחלק מן הזמן בחר שלא להופיע כלל אל מול עדשת המצלמה וביתר הזמן הקפיד שלא לעשות מעשים שיהיה בהם כדי להפלילו, ולהיראות כמי שאינו מעורב ומנותק מן ההתרחשות. על רקע זה יש לשפוט, למשל, את הוצאתו של הקטין בכוח מידי המערער – שעליה עמדנו – והשבתו למיטתו. לכאורה, גם מעשיו המפלילים של המערער – ובראשם הבאת הקטין אל מיטת המערער – נעשו בידעתו כי הוא מצולם, דבר שעשוי היה להצביע על התנהלות טבעית ובלתי מתוכננת. ואולם מקטעים אלה הוסרו מן הקלטת הערוכה שהועברה למשטרה. על הנשקף מסרט הוידאו יש להתבונן, אפוא, עם קב חומטין, תוך זקיפת מעשים מפלילים נגד המערער לחובתו אף ביתר שאת, ביודענו כי עשה אותם חרף ידיעתו כי הוא מצולם, כשיצרו גבר עליו.

88. המערער שב ותוהה בגדר טיעונו, כיצד ניתן לייחס לו שותפות כאשר היה זה הוא אשר פנה למשטרה ביוזמתו, אסף את הראיות למעשים ותיעד אותם בכל דרך אפשרית. אכן, אין חולק כי המערער ביקש לגבש ראיות נגד המערער בשל הטעמים שעליהם עמדנו. מוכן אני אף להניח לטובתו שהוא עצמו לא נזקק לקטין לשם גירוי מיני. ואולם כפי שציין המערער, בינו לבין המערער התקיימה מערכת יחסים מינית טעונה שלווה בתשוקה ותאוה הדדיים. הקטין במובן זה היה כחפץ וככלי משחק בידי השניים. המשיכה הפתולוגית בין המערערים היא שאפשרה את המשך קיום יחסי המין גם במצב שבו רכיבים אחרים ביחסיהם התבטאו באלימות, בכעס ואולי אף בסלידה הדדית. אשר על-כן, אין לראות סתירה בין רצונו של המערער להפליל את המערער – שעליו עמד במפורש בדברים שנאמרו לחלק מן המומחים – לבין משיכתו

כלפיה. השימוש שנעשה בקטין היה חלק ממערכת היחסים הפתולוגית בין השניים שבה נטל המערער חלק פעיל.

על רקע המקובץ, המסקנה היא כי בדין קבע בית המשפט ממצאים לחובת המערער מסרט הוידאו שתיעד.

(IV) ממצאי עובדה – סיכום

89. לאחר שבחנתי את חומר הראיות, מסקנתי היא כי בדין דחה בית המשפט את טענת המערער כי לא היה מעורב במעשיה המיניים של המערערת בקטין. חרף האלימות שלה היה נתון, נטל המערער חלק פעיל במעשים – בין אם בעידוד פאסיבי שלהם; בין אם בקידום – בכך שנכח בעת התקיימותם חרף ידיעתו כי נוכחותו מלבה אותם; ובין אם בהבאה פיסית של הקטין אל מיטת המערערת. עם זאת מוכן אני לקבל כי חלקו הפיסי הישיר של המערער בביצוע המעשים נפל מזה של המערערת. נבחן, אפוא, כיצד יש לסווג את חלקו של המערער במעשים מבחינה משפטית.

סיווג המשפטי של מעשי המערער

(I) צדדים לדבר עבירה – כללי

90. סעיפים 29 עד 34 לחוק העונשין החוסים תחת הכותרת "צדדים לעבירה", מגדירים את הדרכים השונות שבהן ניתן ליטול חלק בביצוע עבירה – כמבצע עיקרי או באופן עקיף, כמשדל או כמסייע – וכן את מידת אחריותם של השותפים השונים לעבירה העיקרית, כמו גם לעבירות שונות או נוספות שבוצעו על-ידי אחד המבצעים. מבצעים בצוותא מוגדרים בסעיף 29(ב) לחוק העונשין כ"משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה (...). ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו יחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". היסוד הנפשי הנדרש ממבצע בצוותא הוא מודעות בנוגע לכל אחד מרכיבי העבירה וכן לעצם הביצוע בצוותא. משדל מוגדר בסעיף 30 כמי ש"מביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ". היסוד הנפשי הנדרש בעניינו של האחרון הוא מודעות לכל רכיבי העבירה וכן כוונה להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה שביעד השידול (ראו ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65, 81 (2001)). המסייע לעומתם, הוא "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית

העבירה" (סעיף 31). היסוד הנפשי הנדרש מן המסייע הוא מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי של הסיוע, וכן מטרה או תכלית לסייע לעבריין העיקרי (ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22, 35-37 (2001)). האחריות בפלילים אינה מצטמצמת, אפוא, למי שנטלו בפועל חלק ישיר בביצוע העבירה, ואולם סיווג אופייה של האחריות נגזר, במידה רבה, מרמת הזיקה ל"גרעין הקשה" של העבירה ולמבצע העיקרי וממידת הפגיעה הגלומה בה בערכים חברתיים מוגנים (ראו ע"פ 2103/07 הורוויץ נ' מדינת ישראל, פסקה 44 (לא פורסם, 31.12.2008) (להלן: עניין הורוויץ); ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (לא פורסם, 12.1.2011) (להלן: עניין ימיני)).

91. ההבחנה בין דרגות המעורבות השונות אינה תמיד קלה. קושי ניכר התעורר כאשר להבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע, שאותה המשיל השופט מ' חשין להבחנה שבין "כלב וזאב לפני עלות השחר" (ראו ע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 539 (1995)). אכן, "מבחן ההשתתפות" הנגזר מהוראות החוק שלפיו המבצע בצוותא השתתף עם האחרים בביצוע העבירה תוך עשיית מעשים לביצוע, בעוד המסייע לא השתתף בביצוע, אלא רק עשה מעשים כדי ליצור את התנאים ולאפשר את ביצועה, עלול להיות קשה ליישום (ראו אהרן אנקר "על ההבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע" מחקרי משפט יז(2) 339, 339-340 (2002) (להלן: אנקר)). היעדר דרישה ברורה לנטילת חלק בעל היקף מוגדר בעבירה לצורך סיווג כמבצע בצוותא, והמשמעות הרחבה שניתנה בפסיקה למונח "מבצע" באופן הכולל גם מי שחלקו בביצוע המעשים היה מצומצם במסגרת "חלוקת העבודה" בין השותפים השונים (ראו דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל פ"ד נב(5) 1, 20-21 (1998) (להלן: עניין משולם)); ע"פ 8107/09 2652/95 דן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.2.1996) (להלן: עניין דן); ע"פ 8107/09 דענא נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (לא פורסם, 27.6.2011) (להלן: עניין דענא)) הביאו לכך שבמצבי ביניים, עשויים המסייע והמבצע בצוותא להיות דומים בתרומתם העובדתית-אובייקטיבית לביצוע העבירה. על רקע זה נדרשה הפסיקה לשרטט מבחן שיגדיר קריטריונים ברורים להבחנה בין צדדים לדבר עבירה, ובפרט בין המבצע בצוותא לבין המסייע.

92. המבחן שהותווה בפסיקתנו לעניין זה, הוא מבחן משולב, אשר כולל בחובו מדד פיסי ומדד נפשי (כפי שכונו בעניין הורוויץ), כשזה הראשון בוחן את איכות התרומה העובדתית-התנהגותית של הצד לעבירה ואילו זה השני מתחקה אחר היחס החפצי של אותו צד לביצועה של העבירה (עניין משולם, בעמ' 23-32). בין היבטים אלה מתקיימים יחסי גומלין, כך שככל שהמדד הפיסי הוא בעל עוצמה גדולה יותר, כך

ניתן להסתפק במדד נפשי חלש יותר ולהיפך (ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5), 481, 549 (1997) (להלן: עניין מרקדו)).

93. מהי התרומה הפיטית הנדרשת לשם סיווגו של שותף כמבצע בצוותא? המונח "ביצוע" פורש בפסיקה בהרחבה. אין נדרש שהשותף ישלים יסוד מיסודות העבירה כדי שיסווג כמבצע, והוא עשוי להיחשב ככזה גם אם חלקו הפיסי בעשייה העבריינית קטן באופן יחסי, ואף אם לא נכח באופן פיסי במקום ביצוע העבירה (ראו עניין משולם, בעמ' 19-33; עניין פלוניס, בעמ' 403; ע"פ 6157/03 הו"ך נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (לא פורסם, 28.9.2005), אנקר, בעמ' 341-342). אכן, "המבצעים בצוותא הם גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. לא נדרש שכל זרוע תבצע מעשה שהוא בגדר עבירה כשלעצמה" (עניין משולם, בעמ' 50)). מהו בכל זאת הרף שבו יש לעמוד כדי להיחשב מבצע בצוותא? היו שסברו כי יש להעמיד רף זה על עשייה פיטית העולה כדי ניסיון לביצוע עבירה. מי שאינו עומד ברף האמור – מעשיו הם בגדר הכנה לדבר עבירה, לכל היותר, והוא יסווג כמסייע או – בהתקיים יתר התנאים לכך – כמשדל (ראו עמדת השופט מצא, בעניין משולם, עמ' 33; מרים גור אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא 518, 522-523 (1981); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין 204 (כרך ב', 1987) (להלן: פלר)). אחרים הביעו עמדתם, כי אין מקום להעמיד רף פיסי-התנהגותי קונקרטי לשם הגדרת ביצוע בצוותא, ותחת זאת יש לבכר בחינה פונקציונאלית-מהותית הנוגעת להיקף התרומה של אותו שותף ולאופייה (ראו עמדות השופטים ברק, וחשין בעניין משולם, בעמ' 50, 53 בהתאמה; עמדת חברתי השופט ארבל בעניין הורוויץ; אנקר, בעמ' 340-341).

אף אני סבור, כי אין מקום להתוות מראש את היקף ההשתתפות הפיטית בביצוע העבירה, הנדרש לשם סיווג השותף כמבצע בצוותא. טיב המאטריה מחייב גמישות, ונוכח מורכבות החיים, הצבת מבחן פיסי דווקני אינה מתאימה בהכרח למלאכת הסיווג שבה עסקינן. בצד האמור, ברור כי גם בהיעדרו של מבחן נוקשה נדרשת הצבת אמות מידה שיסייעו בהבחנה בין השותפים השונים. על רקע זה, אומצו בפסיקה מבחני עזר נוספים להבחנה, ובראשם מבחן הקירבה ומבחן השליטה הפונקציונאלית.

94. בהתאם למבחן הקירבה, שקווי העיקריים הוצגו על-ידי השופט קדמי בעניין ח, קיימים שני מעגלי ביצוע: מעגל פנימי ומעגל חיצוני. במעגל הפנימי מצויים השותפים הישירים לדבר העבירה – הם המבצעים בצוותא, המשמשים "גוף אחד

לביצוע המשימה העבריינית" (ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239 (1996) (להלן: עניין מרדכי)). חלקו של כל אחד מהם בביצוע מרכזי, ותרומתו נושאת מרכיב פנימי, ישיר ומכוון בה. במעגל החיצוני מצויים השותפים העקיפים לביצוע העבירה: המסייע, שתרומתו לביצוע עקיפה ומשנית והיא אינה מייסדת את ליבת העבירה אלא רק את תנאי הרקע החיצוניים הנדרשים לשם ביצועה (ראו גם ע"פ 3990/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871, 878 (1999); ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501, 519-520 (2001); לביקורת ראו גבריאל הלוי השותפות לדבר עבירה 312-315 (2008) (להלן: הלוי - שותפות)); וכן המשדל, שאינו עושה "מעשה של השתתפות" הנושא עימו "תרומה פיזית כלשהי, בשלב כלשהו של חיי העבירה" (עניין משולם, בעמ' 53, 63-64), אלא רק מבקש כי אדם אחר יוציא את יוזמתו אל הפועל (עניין משולם, בעמ' 49-50; עניין דענא, פסקה 34; לביקורת, ראו הלוי - שותפות, בעמ' 397-400).

לפי מבחן השליטה הפונקציונאלית שעליו עמד הנשיא ברק בעניין מרדכי, המבצע בצוותא נוטל חלק בהחלטה המשותפת ובתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. תפקידו חיוני, וכמו יתר המבצעים האחרים – הוא בעל שליטה פונקציונאלית בפעילות העבריינית ובעל יכולת השפעה משמעותית על התקיימותה. לעומתו, המסייע אינו "אדון" לביצוע העבירה; "אין הוא היוזם. אין הוא המחליט על הביצוע ואין הוא שולט על הביצוע" (ראו גם ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 403-405 (1997) (להלן: עניין פלוניס); עניין ימיני, פסקה 22; עניין דענא, פסקה 34; ראו גם מרדכי קרמניצר "המבצע בדיני עונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65, 73 (1990); לביקורת ראו הלוי, בעמ' 294-301).

כאמור, מבחנים אלה – כמו גם מבחנים אחרים שהוצעו בספרות ובפסיקה (ראו רבין וואקי, בעמ' 576-583) מיועדים בעיקרם לספק אינדיקציה ראייתית להבחנה שבין מבצע בצוותא לבין מסייע (וכן צדדים נוספים לדבר העבירה), וככאלה אינם אלא מבחני עזר השלובים זה בזה ומשלימים זה את זה (ראו דברי השופט חשין, בעניין פלוניס, בעמ' 412). השימוש במבחן זה או אחר או בכל המבחנים גם יחד, ייגזר בסופו של יום מנסיבות המקרה הספציפי המובא לפני השופט, מאופי התרומה המהותית של אותו שותף למערך הביצוע וכן מן התכלית הרעיונית שביסוד ההבחנה, שבבסיסה "ההכרה שהאשמה המוסרית, והמסוכנות הסובייקטיבית והאובייקטיבית שבסיוע פחותות מאלה שבביצוע בצוותא" (דברי השופט גולדברג בעניין מוקדו, בעמ' 545; עניין משולם, בעמ' 20-21; ראו גם עמדת השופט חשין בעניין מרדכי).

95. מהו המדד הנפשי (כמובנו בענין הורוויץ) המאפיין את המבצע בצוותא? על דבר היחס הנפשי ניתן להסיק במישור הראייתי מביטויים חיצוניים לו, הכרוכים גם במישור הפיסי, ובפרט ממידת קרבתו של השותף למעגל המבצעים ומידת השפעתו על גורל הביצוע (עניין משולם, בעמ' 20, עניין הורוויץ, פסקה 46). המדד הנפשי מתייחס ליחס החפצי של השותף כלפי העבירה ולתפישתו הכללית של השותף את עצמו באופן כללי וביחס לאירוע העברייני. לשון אחר: שותף הרואה עצמו חלק מן המעגל העברייני הראשון, את מעורבותו באירוע כישירה ומכוננת ואת האירוע עצמו כאירוע "אישי" שלו, ייחשב למי שנוטל חלק בביצוע העבירה כמבצע בצוותא. לעומתו, שותף הרואה עצמו כגורם נלווה לעבירה הנעשית על-ידי אחרים, כמי שהעבירה אינה "עניינו האישי" וכמי שמעורבותו בה עקיפה ומשנית, ייחשב מסייע (ראו פלד, בעמ' 196; לוי - שותפות, בעמ' 306-308).

כאמור, אין בנמצא מבחן מכריע אחד ויחיד הנותן לבדו ביטוי לדקויות ולניואנסים שהמציאות מזמנת. נוכח יחסי הגומלין בין התרומה הפיסית ליחס החפצי, אין מקום גם לקבוע מראש שיעור מדויק להיקפם של אלה בכל אחד מן הסיווגים. ההכרעה, תיעשה, אפוא, על יסוד הפעלת שיקול דעת שיפוטי, תוך יישום מושכל של מבחני העזר בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה ותוך עמידה מתמדת על התכלית הרעיונית והערכית העומדת מאחורי ההבחנות האמורות.

(II) מן הכלל אל הפרט

96. לאחר שבחנתי את טענות המערער, מצאתי כי בדין קבע בית המשפט קמא כי יש לסווגו כמבצע בצוותא של העבירות.

עובדות המקרה, כפי שהן נשקפות מן המקורות הראייתיים שנסקרו, מצביעות כי המערער היה מצוי במסגרת הפנימית של העשייה העבריינית בקטין והיה גורם ישיר ומרכזי בביצוע המעשים. המערער נכח בזירה לאורך מרבית המעשים והיה עד לביצועם על-ידי המערער. נוכחות זו לא היתה מקרית. המערער התבונן במערער כשהיא מבצעת את המעשים בשל הגירווי והתשוקה המיניים שחוה ממראות אלה במסגרת מערכת היחסים הפתולוגית בינו לבינה. במספר מקרים, סמוך לאחר המעשים בקטין ובהמשך להם, הוא קיים עם המערער יחסי מין ובכך ליבה את מערכת התמריצים של המערער להמשיך ולבצע את המעשים בקטין. נוכחות זו אף לא היתה ספונטנית. כפי שהעיד בעצמו, המערער ביקש לתעד את המערער מבצעת את המעשים בקטין במסגרת סכסוך הגירושי בין השניים. אשר על-כן, לאחר שתכנן את הדברים מראש, פנה לאנשי המקצוע והתקין בביתו מספר מצלמות, הוא פעל כדי להכשיר את הקרקע

על מנת להבטיח שהמעשים אכן יבוצעו אל מול המצלמה ויספקו לו הוכחות להתנהגותה. נוכחות זו גם השפיעה השפעה ניכרת על עצם התרחשות המעשים ועל אופן ביצועם. כפי שמצאו המומחים, מעשי המערערת בקטין נעשו כדי להתגרות במערער, להקניטו ולפתתו מבחינה מינית. ברובם הגדול של המקרים נעשו המעשים בנוכחות המערער ותוך התייחסות ופנייה אליו. המערער היה מודע להשפעתו זו על המערערת ולכך שמעשיה נעשים כדי לגרותו. ודוק: אילולא סבר המערער כי נוכחותו בזירה נדרשת לשם הבאת המערערת לעשיית המעשים, אפשר שלא היה טורח להימצא במקום ומניח למצלמות לתעד את המערערת מבצעת מעשיה בקטין. נוכחותו המתמדת בזירה מצביעה על הבנתו את חיוניות הימצאותו במקום לשם ביצוע המעשים על-ידי המערערת. הנסיבות מלמדות כי הוא אף רצה בהתקיימותם – בין אם בשל תשוקתו המינית, בין אם נוכח רצונו לצלמה מבצעת אותם. ואכן, על רקע רצונו זה, הוא נמנע כמעט לחלוטין מלעשות דבר מה כדי למנוע את מעשי המערערת. לפחות במקרה אחד שאותו תיעד במצלמה אך השמיט מן הסרט בטרם העביר את החומר למשטרה – הוא אף הביא את הקטין באופן פסי ממיטתו למיטת המערערת.

97. כפי שהוסבר, הביצוע בצוותא כמוהו כגוף בעל זרועות שונות, ואין זה נדרש כי כל אחת מן הזרועות תבצע מעשה שהוא בגדר עבירה בפני עצמה. המערער אמנם, לא קיים בעצמו, באופן ישיר, את המגע המיני בקטין. עם זאת בנוכחותו המתמדת במקום, בעידודו בהתנהגות את המערערת, בהבאת הקטין למיטה, בתאווה המינית שחוה מצפייה במעשים ובקיום יחסי המין עם המערערת מיד לאחריהם, נטל חלק ישיר ומרכזי בהתהוותם, אפשר את ביצועם, שלט בהתנהלותם והבטיח את השלמתם.

98. אמנם, המערערים לא רקמו בצוותא מראש תוכנית עבריינית משותפת לפגיעה בקטין. ואולם אפילו ראינו באירועים משום עשייה עבריינית "ספונטאנית" – ואיני סבור כי זהו מצב הדברים בענייננו – הרי שכפי שנקבע בפסיקתנו, אין בדבר כדי לשלול קיומו של ביצוע בצוותא (ראו למשל ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580, 584-585 (2002); עניין ימיני, פסקה 22). מכל מקום, בענייננו תכנן המערער היטב את מהלכיו מראש והתקין את מצלמת הוידאו מתוך ידיעה שיוכל לתעד באמצעותה מעשים מיניים המבוצעים בקטין, שהחלו – לטענתו – עוד קודם לצילומם. המערער היה מודע להשפעתו על המערערת, והקפיד להיות נוכח בצד מיטתה בעת שהקטין היה שם מתוך ידיעה כי בכך הוא מגדיל את הסיכוי להתקיימותם. המערערת לא "הכזיבה" וכפי שצפה המערער, נכנסה לתמונת העשייה העבריינית והייתה לגורם הביצוע המוביל והמרכזי בה. החל מאותו שלב, פעלו המערערים בצוותא מתוך מודעות

לכך שהם חוברים יחדיו לפגוע מינית בקטיין. אמת, תכלית המעשה לא חפפה אצל השניים לכל אורכה. כאמור, המערער ביקש במעשיו – בצד סיפוק עצמו מבחינה מינית – גם לתעד את מעשי המערערת, ואילו זו האחרונה ביקשה במעשיה אך לפתות ולגרות את בעלה. ואולם אין לדבר נפקות. השניים היו מודעים לכל אחד מרכיבי העבירות שביצעו, ולכל אחד מהם עמדה מטרה מינית בביצוען. קיומה של מטרה נלווית נוספת וסמויה אצל המערער לא משליכה על גיבושה של העבירה המשותפת ועל היותו של המעשה "מיזם" משותף ומתואם שאליו חברו בצוותא.

99. בהתנהגותו, הכשיר המערער את הקרקע ותרם ליצירת התנאים המתאימים להתרחשות המעשים. עם זאת מעשהו אינו מתמצה בסיוע בלבד. המערער נכח לכל אורך הדרך בתוך המעגל העברייני הפנימי הקרוב, והיה – אובייקטיבית וגם בעיני עצמו – גורם מרכזי, ישיר ומכוון בביצוע. בשום שלב הוא לא ראה עצמו כגורם חיצוני ומשני המשקיף מן הצד על מעשיו של אחר. תחת זאת, היה המערער לגורם המניע, המקיים והמתחזק של הפגיעה, בצד אשתו. בכל עת הייתה בידי המערער שליטה פונקציונאלית במעשים ויכולת מיידית להביא להפסקתם. כך, היה בידו לעזוב את הזירה בעת ביצוע המעשים על-ידי המערערת או להימנע מלקיים עימה יחסי מין לאחריהם, ובכך להחליש (עד כדי איון) את תמריציה לעשות בקטיין שימוש ככלי לגירוי מיני של בעלה ולקנטורו. לחלופין, יכול היה המערער – כפי שאכן עשה באחת הפעמים – ליטול מן המערערת את הקטיין ולמנוע ממנה לעשות את מעשיה בו. בצד זה עמדה לפני המערער האפשרות לדווח על המעשים בשלב מוקדם לרשויות הטיפול או האכיפה וכך להביא להפסקתם. כל זאת לא עשה המערער, ותחת זאת בחר ליטול חלק במעשים ולהבטיח באמצעות מעשיו כי יימשכו.

100. לטענת המערער, אין בנוכחותו בזירה בעת ביצוע העבירה כדי להפכו לשותף לביצועה. לדבריו, אפילו חדל באי מניעת המעשים, נבע הדבר מאי יכולתו לעשות כן בשל חששו מן המערערת.

לא ראיתי לקבל את הטענה. התבוננות על נוכחותו של המערער בזירה כעל מחדל לוקה, לטעמי, בראייה צרה. כפי שהוסבר, עמידת המערער במקום בעת ביצוע המעשים נשאה עימה אופי אקטיבי שכן עצם הנוכחות יצרה את התנאים והבטיחה את המשך הפגיעה המינית בקטיין. אין מדובר בהימצאות פאסיבית במקום אלא בהימצאות שהיא חלק מתוכנית סדורה – אשר החלה עוד בשלב התכנוני המוקדם של התקנת המצלמות במקום – במטרה לאסוף הוכחות נגד המערערת ובד בבד לספק את המערער מבחינה מינית. אין גם לנתק את הנוכחות במקום בזמן הפגיעה בקטיין מקיום יחסי המין

לאחריהם, שהיו שיאו של מהלך מיני הדרגתי, שתחילתו בצפייה במעשי המערערות ובעידודה לשכב עימו וסופו במגע מיני ישיר בין השניים.

להשלמת התמונה ייאמר, כי כפי שעולה מעמדתם של מלומדים שונים, אין מניעה עקרונית כי ביצוע הצוותא ייעשה, בנסיבות מתאימות, גם בדרך של מחדל (ראו מרדכי קרמניצר וראם שגב "המחדל בדיני עונשין" ספר תמיר 197, 231 (1999); רבין וואקי, בעמ' 536). עם זאת כאמור, בנסיבות המקרה אין אנו צריכים לנקוט עמדה בהתייחס לקטגוריה זו.

101. גם בחששו של המערער מן המערערות נוכח האלימות שהפגינה כלפיו, אין כדי לשנות מאופי מעשיו. אכן, פעמים רבות אין הביצוע בצוותא מורכב משותפים שווי מעמד ושווי כוח. ואולם בכך בלבד אין כדי לשלול את אחריותו המלאה של שותף אשר ביצע את מעשהו בהשפעת גורם דומיננטי המטיל אימתו עליו. מתן פטור לאותו שותף בסיטואציה מעין זו יתאפשר רק אם ניתן יהיה לראות בגורם הדומיננטי משום מבצע באמצעות אחר, לפי סעיף 29(ג) לחוק העונשין, ובשותף – "אחר" שמצבו מפחית מאחריותו הפלילית או מבטלה כליל (להרחבה ראו שחר אלדר כלי אדם – שימוש בבני אדם והנהגת ארגוני פשיעה 35-47 (2009)). כזה הוא למשל מקרה שבו צד לעבירה מצוי במצב של כורח המונע ממנו בחירה חופשית לבצע את המעשים או להימנע מכך, והוא מבטל את רצונו באופן מלא או כמעט מלא מפני רצונו של מנהיג דומיננטי. ברי כי אין זה המצב בענייננו. יתרה מכך, אף אם ניתן היה לתלות בחששו של המערער מפני המערערות את הימנעותו לחלץ את הקטיין מידיה (וכאמור איני סבור שכך הם פני הדברים), אין בחשש זה כדי להסביר את המשך שהייתו במקום לאורך כל הדרך – שהיה בה כדי לעודד את המערערות להמשיך במעשים.

בדין ראה, אפוא, בית המשפט קמא לדחות את טענתו זו של המערער.

סיכומם של דברים: הרשעתו של המערער על ידי בית המשפט המחוזי – בדין יסודה, ואין עילה להתערב בה.

הערעור על גזר הדין

102. בגדר ערעורו החלופי על גזר הדין, מקדיש המערער את מירב המשקל ליחס שבין חלקו בעשיית המעשים לבין חלקה של המערערות. לדבריו, חלקו הפחות בעשיית המעשים צריך להוליד התייחסות עונשית נבדלת. לאחר שבחנתי את הדברים, מסקנתי היא כי אין מקום להפחית מן העונש שנגזר על המערער.

מוכן אני לקבל את טענת המערער כי חלקו הפיסי הישיר במערך העברייני היה קטן מזה של המערערת. ואולם על חלקו הפיסי המופחת "פיצה" המערער בכך שבמובנים רבים, הוא היה מי שעודד וליבה את העשייה העבריינית לכל אורכה ונמנע מהפסקתה. המערער לא היה "בורג" במסגרת העבריינית אלא "הרוח החיה" בה, כמי שהיה לו עניין כי המעשים יוסיפו להיעשות והכשיר את התנאים להתקיימותם. אמנם, בשלב מאוחר, ראה המערער לדווח לגורמי המקצוע על המעשים, אך הוא עשה כן בלשון רפה, לאחר שהקטין היה נתון – לפי טענתו שלו – מזה זמן להתעללות מינית ומטעמים שאינם קשורים בטובת בנו. ועיקרם של דברים – בניגוד למערערת שסבלה מהפרעת אישיות (גם אם לא הגיעה כדי מחלת נפש), פעל המערער בדרך קרה ומחושבת, כשהוא מודע באופן מלא למעשיו ואף רוצה ומתכוון להם. באיזון שבין שיקולי הענישה השונים, ובשים לב להבדל בין המערערים בהיבט מצבם הנפשי, לא מצאתי כי נפל פגם – לא כל שכן מהותי – בהחלטתו של בית המשפט קמא לגזור על המערערים עונש זהה. בית המשפט שקלל בצד המצב הנפשי את שיקולי הענישה השונים, לרבות חלקו של המערער במעשים, נזקיו של הקטין כתוצאה מהם, פרק הזמן שחלף מאז התרחשו ומעצר הבית שלו היה המערער נתון. לא מצאתי כי רמת הענישה, שהיא פועל יוצא של האיזון בין שיקולים אלה, מגלה עילה להתערבותנו.

אם תישמע דעתי אציע לחבריי לדחות את הערעור, על כל חלקיו.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

הפרשה שנפרשה לפנינו, חשפה מסכת מעשי מין קשה ובלתי נתפסת של האם-המערערת, בסיוע האב-המערער, כלפי ילדם התינוק. הראיות שהובאו פורשות תמונה של התנהגות מינית מעוררת שאט נפש, של שימוש מיני שעשתה האם בבנה הקטין בעידוד אביו במטרה ליצור גירוי וסיפוק מיני. לגבי המעשים עצמם לא הייתה מחלוקת, ועיקר הדיון נסב על מצבה הנפשי של המערערת בעת שביצעה את המעשים ועל אחריותו של המערער שנכח במקום בעת ביצועם.

בית המשפט המחוזי בפסק דינו הבהיר, המפורט והסדור של השופט א' טל, אב"ד, שאליה הצטרפו השופטת רות לבהר שרון והשופטת י' אמסטרדם, קיבל את עדויות הרופאים הפסיכיאטרים מטעם המדינה שלפיהן המערערת אינה סובלת ממחלת נפש במובנה המשפטי (פסיכוזה). האבחונים מצביעים על הפרעת אישיות שאינה

פוגעת בהבחנה בין מותר לאסור ועל מודעות מלאה של המערערת למעשיה. בית המשפט קבע שהמערערת הייתה מודעת למהות המעשים שעשתה ולהשלכותיהם, לפסול שבהם ולאסור בעשייתם, ולכן בדין הורשעה בביצוע המעשים שיוחסו לה.

מסקנתו של בית המשפט המחוזי התבססה על שני מקורות נוספים שסייעו להתרשם ממצבה הנפשי של המערערת, והם קלטת הווידאו המתעדת את התנהגות המערערת בזמן אמת ודבריה בהודעותיה בחקירת המשטרה ובבית המשפט, ששימשו בסיס מוצק לקביעותיו של בית המשפט. המערער נצפה בקלטות הווידאו שצולמו במצלמות שאותן התקין – לדבריו לשם הוכחת התנהגותה האלימה של המערערת כלפיו – כשהוא מביא את הקטין ביוזמתו למערערת, ששכבה במיטתה בחדר השינה. בזמן עשיית המעשים בקטין, נכח המערער במקום ולא הביע כל התנגדות להם, ובסופם – קיימו השניים יחסי מין.

בית המשפט המחוזי ביסס את קביעותיו על תשתית ראייתית שבעיקרה לא הייתה נתונה במחלוקת, ונבנתה נדבך על נדבך, כפי שהדברים פורטו בהרחבה בחוות דעתו מאירת העיניים של חברי השופט ע' פוגלמן, שאליה אני מצטרפת, ומכל טעמיו.

אבקש להתייחס בקצרה לשלוש נקודות:

1. המעשים שביצעה המערערת היו כה יוצאי דופן, עד כי לא קשה ללכת שבי אחר טענות בא-כוחה על היותה אישיות פסיכוטית ועל כך שבמצבה היא לא הייתה מודעת למעשיה בעת ביצועם. עם זאת שוכנעתי, כמו חברי השופט פוגלמן, כי המערערת הייתה מודעת למעשיה והבינה את הפסול שבהם. זאת בהתבסס על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבחן את חוות הדעת המומחים כולם, באזמל מנתחים דק, שקל באופן מעמיק את עמדתם המקצועית ואימץ בעיקרה את חוות דעתה של ד"ר מרינה לבן, הפסיכיאטרית המחוזית. אני מסכימה עם חברי השופט פוגלמן שאין הצדקה להתערב במקרה זה בהכרעות עובדתיות ובשאלות מקצועיות כמו-גם בקביעת בית המשפט המחוזי שלפיה אין בחוות הדעת של הרופאים שהעידו מטעם ההגנה: ד"ר פז, ד"ר דנינו, ד"ר מה נעים, ד"ר וגנר וד"ר ש' פניג, כדי להקים ספק בנוגע לאפשרות שהמעשים בוצעו במצב של אי-שפיות. דבריו של ד"ר פניג שלפיהם אפשר שהשימוש שעשתה המערערת בקטין, תמיד כשהמערער היה בבית, נעשה על מנת לגרות את האחרון ולגרום לו לקנא, מתיישבים עם תמונת המצב המצטיירת מהראיות ובפרט עם

סרט הוידאו שצולם בזמן אמת, ויש בהם, לטעמי, אף לחזק את המסקנה שהמערערת הייתה מודעת לטיב מעשיה בעת ביצועם.

על-מנת לפטור מאחריות צריך בית המשפט לבחון עד כמה שללו תסמיני הליקוי הנפשי שממנו סובל הנאשם את יכולתו לגבש מחשבה פלילית, ועד כמה נושא הליקוי אופי פסיכוטי. הסמכות לקבוע אם מחלה מסוימת נכנסת בגדרו של המונח "מחלת נפש" במובנה המשפטי לפי סעיף 34ח לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), נתונה לבית המשפט. לערכאה הדיונית השומעת את הראיות, נתונה היכולת והסמכות להכריע בין המומחים הנשמעים לצורך החלטה בסוגיה זו.

כפי שציינתי בהזדמנויות קודמות, הפסיקה אימצה הבחנה בין ליקויים בעלי אופי פסיכוטי, המתאפיינים בהפרעות נפשיות חמורות המלוות במחשבות שווא ובלבול נפשי, לבין לקויים הכוללים הפרעות נפשיות בדרגה חמורה. כפי שציינתי באחת הפרשות:

"השאלה המרכזית שיש לבחון היא אם-כן, עד כמה שללו תסמיני הליקוי הנפשי שממנו סובל הנאשם את יכולתו לגבש מחשבה פלילית, עד כמה נושא הליקוי אופי פסיכוטי, וזאת תחת בחינת סיווגו של ליקוי במגדירים פסיכיאטריים כמחלת נפש. אם יוכח שהליקוי מתאפיין בהפרעות נפשיות חמורות המלוות במחשבות שווא ובבלבול נפשי בדרגת חומרה גבוהה, משמע כי מדובר בליקוי בעל אופי פסיכוטי (...) ואם יוכח כי בשל ליקוי זה נשללו בעת המעשה יכולותיו הקוגניטיביות או יכולות הרצייה של הנאשם, כנדרש בסעיף, יהיה מקום לפטור אותו מאחריות פלילית למעשיו עקב אי שפיות הדעת" (ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל, סעיף 32 (לא פורסם, 22.2.2007)).

בית המשפט המחוזי היה ער להבחנה זו, בחן את עדויות המומחים בקפידה והגיע למסקנה ברורה וחד משמעית.

לאחר בחינת חוות דעת מומחי הצדדים, אני מסכימה עם חברי, השופט פוגלמן, שאין מקום להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה המערערת לא ביצעה את המעשה במצב של אי-שפיות על-פי סעיף 34ח לחוק העונשין.

2. שוכנעתי, כפי שהדברים עלו מדבריו של ד"ר פניג, כי חלק מהמעשים בוצעו על ידי המערערת כדי לגרום לגירוי המיני של המערער. הוא מצידו שידל, הביע עניין

במעשיה ואף תרם לביצועם. נוכחותו בזמן ביצוע המעשים, הגם שניסה שלא להיתפס בעדשת המצלמה, צפייתו הנמשכת בהם וקיום יחסי מין עם המערערת סמוך לאחר מעשיה בקטין, הופכים אותו לשותף מלא וגם למסייע למעשים. בית המשפט המחוזי נתן אמון בטענתו של המערער כי היה נתון לאלימות מצד המערערת. הדבר אף עולה מסרט הוידאו ומפניותיו של המערער לגורמים שונים בעניין זה. עם זאת אני מסכימה שאין לקבל את הטענות בדבר היעדר מעורבות בביצוע המעשים שיוחסו למערער ושבהם הורשע. כפי שצוין, המערער נכח בזירת האירוע, הגיב למעשי הפיתוי מצד המערערת ואף עודד אותה להמשיך בהם. לפחות במקרה אחד שתועד באמצעות הוידאו, הביא את הקטין אל מיטת המערערת. במקרים אחרים לא עשה דבר להוציאו משם. נוכחותו של המערער במקום בשילוב עם אי-עשייתו דבר כדי למנוע את השימוש שעשתה המערערת בקטין כדי לגרותו, וכן קיום יחסי מין בין השניים בסופו של דבר, הופכים את המערער לשותף מלא למעשיה. אין בהסתרתו מאחורי המצלמה כדי לגרוע ממעורבותו במעשים שבוצעו. אני מסכימה עם חברי כי בדין דחה בית המשפט המחוזי את טענת המערער שלא היה מעורב במעשיה המיניים של המערערת אלא, כדבריו, רק נטל חלק בהם. מעורבותו נלמדת הן מנוכחותו במקום, הן מהשתתפותו הפעילה בחלק מהמקרים, הן מהשתתפות פסיבית בצפייה ובקשר עין עם מה שקורה לפניו. כחברי, השופט פוגלמן, אני סבורה כי בדין קבע בית המשפט שיש לסווג את המערער כמבצע בצוותא של העבירות שביצעה המערערת. המערער היה מודע לכל רכיבי העבירה, היה מעורב לפני ובשעת עשייתה ותרם תרומתו לביצועה המלא של העבירה.

3. אשר לגזר הדין – הרי שזה משקף את חומרת המעשים הפתולוגיים שבוצעו בקטין, את הנזק הכבד שנגרם לו ואת מסוכנותם של המערערים. העונש שהושת מבטא את שאט הנפש והסלידה מהמעשים שביצעה האם בנוכחות האב ובסיועו בבנם הפעוט, ואת הצורך להרתיע אותם ולהרתיע עבריינים פוטנציאליים אחרים באשר הם. הסיוע והתרומה של האב למעשיה של האם היו משמעותיים בעידוד, בנוכחות, בסיוע פעיל ופסיבי וכן בקיום יחסי מין בין השניים בסיומם. משכך, לא מצאתי שיש מקום להבחין ביניהם לעניין העונש, ושוכנעתי שהעונש שהושת הולם את חומרת המעשים ומאזן לגבי שניהם בין מכלול השיקולים הרלבנטיים.

כאמור אני מצטרפת לדעת חברי שיש לדחות את הערעור על שני חלקיו.

השופט ד' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף של חברי, השופט ע' פוגלמן, וכן להערוותיה של חברתי, השופטת ע' ארבל.

שופט

ניתן היום, כ"ו בתמוז התשע"א (28.7.2011).

שופט

שופט

שופטת