חל איסור פרסום

של פרטים מזהים

|  |  |
| --- | --- |
| בבית המשפט המחוזי לנוער בירושלים  לפני:נ כבוד השופט צ' סגל  כבוד השופטת מ' שידלובסקי-אור  כבוד השופט מ' גל | ת"פ 560/99 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| בעניין:ב | מדינת ישראל | | המאשימה |
|  |  | - נ ג ד - |  |
|  | פלוני | | הנאשם |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המאשימה:ו | עו"ד כ' נצח-דולב |
| בשם הנאשם:נ | עו"ד א' רוזנטל |

# 

# חקיקה שאוזכרה:

# [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [11](http://www.nevo.co.il/law/70301/11), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1)(א)(1), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3)(א)(3), [347](http://www.nevo.co.il/law/70301/347), [347](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b)(ב), [347](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.c)(ג), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a)(א), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b)(ב), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f)(ו)

# [חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955](http://www.nevo.co.il/law/70387): סע' [9](http://www.nevo.co.il/law/70387/9)

# [חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [162](http://www.nevo.co.il/law/74903/162), [184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184), [186](http://www.nevo.co.il/law/74903/186)

# 

# ה כ ר ע ת - ד י ן

השופט מ' גל:ב

האישום ותשובת הנאשם:ו

1. בכתב האישום ייחסה המאשימה לנאשם ביצוע של שני מעשי סדום במתלונן, קטין יליד 1993, בן שש וחצי בעת האירוע (להלן:נ "המתלונן"). העבירות הן לפי [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b), בנסיבות המנויות [בסעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז1977-.

2. העובדות הנטענות בכתב האישום הן, שביום 20.11.99, בסמוך לשעה 20:ב 30, נכנס המתלונן לתא שירותים הנמצא בחצר בית מגוריו, המשמש משפחות אחדות ובכללן את זו של הנאשם. בחלוף זמן קצר נכנס הנאשם, סגר את הדלת, פתח את רוכסן מכנסיו, הוציא את איבר מינו והורה למתלונן לפתוח את פיו ולהכניס מספר פעמים את איבר מינו לתוכו. בהמשך התיישב הנאשם על הרצפה, אחז במתלונן והושיבו על איבר מינו, עד הגיעו לסיפוק. מכיוון שלגבי מקרה אחרון זה נתגלע ספק אם התקיימה חדירה אם לאו, הסכימה באת-כוח המאשימה במהלך הסיכומים, כי לא ניתן לעמוד על האישום בדבר מעשה הסדום. לפיכך, בקשה להמיר אשמה זו לעבירה של מעשה מגונה בכוח, לפי [סעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b) לחוק האמור.

3. בתשובתו לכתב האישום, כפר הנאשם כליל במיוחס לו. לטענתו אין המדובר אלא בעלילה, על רקע סכסוך בין שתי המשפחות, כאשר משפחת הנאשם חפצה להוציא את משפחתו מדירת מגוריה.

הראיות להוכחת האשמה:ו

4. שני ערוצי ראיות מרכזיים הובאו על-ידי המאשימה להוכחת האשמה:נ הראשון, עדות המתלונן, כפי שנגבתה על-ידי חוקר הילדים בשתי הזדמנויות:ב ביום 21.11.99, בהיותו עדיין בבית החולים (ת2/ ו-ת4/); ולאחר מכן, ביום 25.11.99, בביתו ובחדר השירותים בהם התרחש האירוע (ת3/ ו-ת5/). השני, הודאת הנאשם, כפי שנמסרה בחקירה במשטרה ביום 21.11.99, החל משעה 01:ו 20 ואילך.

עדות חוקר הילדים, לגבי תחקור המתלונן:נ

5. בשל גילו של המתלונן והחשש מנזק העלול להיגרם לו, לא התיר חוקר הילדים את שמיעת עדותו בבית המשפט. התחקורים התקיימו באמצעות הקלטה שתומללה, עליה הוסף "טופס עדות הילד", החתום בידי החוקר (ת3/ ות5/). במסמכים אלה נכלל הדין וחשבון אודות מהלך העדות והתרשמותו מהמתלונן. הגשת החומר כראיה במשפט נעשתה מכוח הוראת [סעיף 9](http://www.nevo.co.il/law/70387/9) ל[חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים)](http://www.nevo.co.il/law/70387), תשט"ו1955-. סעיף זה מהווה חריג בולט לכלל הפוסל עדות שמיעה, באשר בגדרו מתאפשר לקבל, באמצעות חוקר הילדים, את חומר החקירה לאמיתות תוכנו. בדרך-כלל המדובר גם בעדות המרכזית המפלילה, שכן עבירות מין ועבירות נגד המוסר מבוצעות לרוב בצנעה, בנוכחות העבריין והקורבן בלבד. ברגיל, הילד הוא העד המרכזי כנגד העבריין (ראו בנושא, במאמרו של ש' [ניצן "עדות קטין בעבירות](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5368)  מין - בחינה מחדש" משפטים יח (תשמ"ח) 297, 299). השילוב של עדות מרכזית שהנה גם עדות שמיעה, מוביל בהכרח לחובה לנקוט בזהירות רבה, בבוא בית המשפט לבחון הרשעה מכוחה.

זאת ועוד, ככלל נתונה ההכרעה בשאלת המהימנות לבית המשפט, אולם מכיוון שהקטין אינו מעיד בפניו, רשאי בית המשפט לשמוע ולקבל את התרשמות חוקר הילדים מעדותו וממידת המהימנות הנראית לו (רע"פ 1947/92 כליפא נ' מ"י, פ"ד מו(3) 714; [ר"ע 78/84 טטרואשוילי נ' מ"י, פ"ד לח](http://www.nevo.co.il/case/17945729)(1) 659; א' הרנון "עדות ילדים בעבירות מין; האם לא הגיעה השעה לעיין מחדש בהסדר הישראלי?" משפטים כ"ד (תשנ"ד) 151). בכך נתקבלה עמדת פרופ' הרנון, כפי שבאה לידי ביטוי בספרו דיני ראיות (חלק ראשון, 77-76), בניגוד להלכה שרווחה באותה העת. ואולם, עמדתו בדבר מהימנות הנחקר אינה קונקלוסיבית, אלא משמשת ראיה במכלול הראיות. ההכרעה הסופית נתונה בידי בית המשפט (דנ"פ 3754/94 פלוני נ' מ"י, פ"ד מח(4) 621, 626 מול א'-ג'). לאור העובדה שהמדובר בראיה חשובה מכלי שני, תוך שנמנעת מן הנאשם האפשרות לחקור את העד המרכזי בחקירה נגדית - אם עדותו אינה מותרת והוא טרם הגיע לגיל 14 - הוספה דרישת הסיוע לפי [סעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/70301/11) לחוק. אין המדובר בסיוע טכני בלבד, אלא בראיה מסייעת ממשית, לפחות לקטע המהותי המהווה חלק ממהלך ביצוע העבירה ([ע"פ 5357/93](http://www.nevo.co.il/case/17926425) פלוני נ' מ"י, דינים עליון, כרך לד, 567; [ע"פ 694/83 דנינו נ' מ"י, פ"ד מ](http://www.nevo.co.il/case/17939869)(4) 249, 257 מול ו'-ז'). בעת חקיקת ה[חוק לתיקון דיני הראיות הגנת ילדים](http://www.nevo.co.il/law/70387), הייתה קיימת ממילא דרישת הסיוע בעבירות מין, כשם שנדרש סיוע מעדות של קטין שלא הושבע. הוספת הדרישה המיוחדת [בסעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/70301/11) לחוק, מעבר לדרישות דלעיל, מלמדת על הצבת רף הגבוה יותר מהרגיל. לפיכך, למשל, שתיקה של נאשם - היכולה לשמש בעת הצורך חיזוק וסיוע, לפי [סעיף 162](http://www.nevo.co.il/law/74903/162) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], תשמ"ב1982- - אינה ממלאת אחר דרישת הסיוע לפי [סעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/70301/11) לחוק האמור.

6. על רקע האמור, נבחן את עדותו של המתלונן לפני חוקר הילדים. החקירה הראשונה הייתה כאמור בבית החולים, יום לאחר האירוע. להבדיל מהתחקור המאוחר יותר, כאן ניכרה בו עדיין ההתרגשות הרבה מהשפעת האירועים. כמבואר על-ידי החוקר, המדובר בילד בעל יכולת הבנה נמוכה ושפה דלה, אשר התקשה להבין את רוב השאלות. חלק מדבריו לא היו מובנים, כשם שלעתים היה צריך לחזור על השאלות פעמים אחדות. תהליך החקירה דרש דיבוב לא מועט, שכן רק לאחר זמן נאות המתלונן לפתוח - לאט לאט - את סגור ליבו.

7. לפי גרסת המתלונן, הוא נכנס אל השירותים לעשות את צרכיו. הנאשם נכנס אחריו ואז "הוא בא וזיין אותי. הוא בא וזיין אותי. זהו" (ת2/א, עמ' 13 ש' 318; עמ' 14 ש' 352). התיאור החל אפוא דווקא מהתוצאה הסופית. כבר בשלב זה הוסיף המתלונן, כי לאחר סיום האירועים בשירותים, הורה לו הנאשם לצאת רק לאחר קבלת סימן ממנו, כאשר ידפוק בדלת מבחוץ, אות לכך שהוא יכול לצאת. על גרסה זו חזר המתלונן לאחר מכן פעמים רבות. התיאור של מעשי הנאשם במתלונן לווה בהדגמה של נענוע (ת2/א, עמ' 17), אולם רק בהמשך התחיל הלה לפרט מעט יותר, בתארו את מעשה הנאשם "מאחורה ומקדימה" (שם, עמ' 18 ש' 464). מאחורה הכוונה "מהישבן שלי" (שם, עמ' 19 ש' 466 וש' 478-477; עמ' 25). הנאשם הפשיט לו את המכנסיים "אבל רק קצת" (שם, עמ' 21 ש' 525), הגם שבשלב זה טען, כי לא הוריד לו את התחתונים. בהמשך תאר שריטה שהנאשם גרם לו בגרון (שם, עמ' 22 ש' 558-552), אולם לא הוסיף עוד לפרט בנושא. משניסה החוקר לדובבו, השיב, כי לאחר מכן לא קרה דבר נוסף. רק לשאלה מפורשת וישירה ידע לומר, כי הנאשם גם החדיר את איבר מינו אל פיו (שם, עמ' 30 ש' 750), אולם זאת "רק קצת. לא ממש בפנים. רק קצת וזהו" (שם, ש' 754). בהמשך הצביע על לשונו (שם, ש' 762). לשאלת החוקר מדוע נמנע מלספר על-כך קודם לכן השיב:ב "אני שכחתי את זה" (שם, שם, 766). לקראת סיומה של החקירה, כאשר החוקר שב אל נושא המעשה הנוגע לאחוריים, תאר המתלונן איך הנאשם הביא קרטון והם שכבו עליו:ו הנאשם למטה והוא מעליו (שם, עמ' 35 מש' 901 עד עמ' 37 ש' 941). לעומת זאת, תאר כאן את החדרת איבר המין לפה כאשר הם עומדים, להבדיל מהאקט האחר, שהיה כאמור בשכיבה (שם, עמ' 39 ש' 986). לדברי המתלונן היה חושך במקום. בתחילה העיד על חושך מוחלט, אולם לקראת סיומה של החקירה הבהיר, כי בעזרת אור שחדר מבעד לחרך קטן הצליח לראות את הקורות סביבו (שם, עמ' 40 ש' 1020 ואילך). לשאלת חוקר הילדים האם הוא בכה או צעק, השיב המתלונן בשלילה (שם, עמ' 41 ש' 1054-1051), הגם שקודם לכן אישר כי בכה (שם, ש' 1042).

8. התחקור לא היה קל כלל וכלל. העיד על-כך חוקר הילדים:נ "צריך לציין שהמדובר בילד בן 6 שנים שהיה קשה לדובב אותו" (עמ' 19 ש' 1 לפרטיכל). עם זאת סבר החוקר, כי העדות מהימנה ומעוגנת כראוי בסיטואציה ובמקום, עקבית והגיונית, כאשר המתלונן מדבר על אינטראקציות שהיו עם הנאשם, אף אם הן שטחיות. בעדותו השתמש המתלונן בהדגמות ומסר את האינפורמציה בצורה אותנטית, למרות שחלק מהפרטים החשובים התקבלו במענה לשאלות ישירות ולא מיוזמתו (ראו בסעיף 6 לדו"ח חוקר הילדים, ת4/). לאור המפורט בעדות סבר החוקר, כי לא ניתן לקבוע אם בפועל הייתה חדירה מאחור אל פי הטבעת, אם לאו.

9. בחקירה השנייה, שהתקיימה מספר ימים לאחר מכן, גילה המתלונן יותר נינוחות ורוגע. חוקר הילדים ביקש לבוא אל זירת האירוע, על-מנת לראות את המקום ולהתרשם ממנו, על רקע תיאורי המתלונן. גם בעדות זו שב המתלונן לתאר את החדרת איבר המין אל פיו (ת3/א עמ' 5 ש' 127). כאן הוסיף לראשונה, כי הוא רצה לצעוק, אולם הנאשם סגר את פיו (שם, עמ' 6 ש' 145-144, עמ' 7 ש' 163-162 ועמ' 20 ש' 515). בהמשך הצביע על המקום שבו הניח הנאשם קרטון והדגים שוב את התנועות. עתה גם אזכר לראשונה שהנאשם הניח כרית (שם, עמ' 8 ש' 190). עם זאת שב ועמד על-כך, כי ההחדרה של איבר המין אל הפה הייתה בשעה שהם היו במצב של עמידה (שם, עמ' 9 ש' 216). בחקירה הראשונה גרס כאמור המתלונן, כי הנאשם נותר לבוש. הסבר לכך נמצא בחקירה שנייה זו, כאשר פרט שהנאשם רק פתח את רוכסן מכנסיו והוציא את איבר מינו (שם, עמ' 10 ש' 257). בכך יש גם לחזק את גרסתו הקודמת, שמלכתחילה נשמעה בלתי מובנת בנושא זה. בחקירה זו הוסיף גם לראשונה, כי הנאשם הוריד את תחתוניו, אם כי במעט (שם, עמ' 18 ש' 462). כזכור בחקירה הראשונה העיד, שתחתוניו לא הוסרו. המתלונן חזר והבהיר, כי הוא ראה את איבר המין של הנאשם, ולכן אין המדובר באצבע. שוב עמד על-כך, שמבעד לחרך בקיר השירותים ניתן היה לראות את הנעשה מסביב למרות החשכה (שם, עמ' 12 ש' 286).

10. גם עדות זו הרשימה את חוקר הילדים, מהמהימנות והדיוק בדברי המתלונן. הלה כאמור נראה הפעם רגוע ונינוח יותר (ת5/ סעיף 6). גרסתו עוגנה בסיטואציה של זמן ומקום, היא עקבית, הגיונית וללא סתירות. לדברי חוקר הילדים, הביקור בזירת האירוע איפשר למתלונן להפנים ולהסביר את שעבר עליו, להדגים בשטח ובכך לחזק את עדותו הקודמת (שם, סעיף 7). בחקירתו הבהיר חוקר הילדים, כי הגיע למקום בשעת ערב - זמן המקביל פחות או יותר לעת האירוע - ומשנכנס לשירותים וסגר את הדלת, יכול היה לראות את הנעשה, דרך אור שנכנס מבעד לפתחים בשירותים (עמ' 25 ש' 23-22). בכך קיים חיזוק נוסף לעדות המתלונן. עם זאת, עדיין נותר בלבו ספק לגבי החדירה מאחור. בתחקור הנוסף לא היה כדי לבסס את הנטען בנושא זה, מעבר למפורט בחקירה הראשונה (עמ' 22 ש' 7-6 וש' 23-21).

11. עדותו של הקטין מדברת אפוא, על החדרת איבר מין אל פיו ועל מגע בישבנו, כאשר הוא יושב על הנאשם, אולם ללא חדירה ממש.

גרסת הנאשם:ב

12. מישור הראיות השני נובע מהודאת הנאשם, כפי שנמסרה בחקירה במשטרה (ת1/). החקירה בליל האירוע, עד לשעות הקטנות של הלילה, נחלקה למעשה לשניים:ו בחלקה הראשון של האמרה כפר הנאשם כליל בביצוע מעשה כלשהו בקטין. לדבריו נכנס לעשות את צרכיו, ראה במקום דמות, זיהה את המתלונן, הרים את מכנסיו ויצא (ת1/ עמ' 1). יציאתו החפוזה נועדה כדי למנוע ש"עכשיו יתחילו להגיד שעשיתי משהו בילד" (שם, שם, ש' 17). בהמשך, בחלק השני (מעמ' 2 ואילך), פרט ארוכות כיצד יזם המתלונן את הפעילות בין שניהם, על רקע אירועים שחווה בתוך משפחתו. לפיכך המתלונן אמר לו, לדבריו, להוריד את מכנסיו והחל למצוץ לו את איבר המין. אחר-כך ביקש שיעשה לו מאחורה בפי הטבעת והתיישב על איבר מינו. במצב זה הוא הגיע לפורקן (שם, עמ' 4 ש' 62-61). כמו המתלונן, גם הנאשם תאר כאן יציאה מדורגת מן השירותים. בתחילה הוא יצא ולאחר מכן המתלונן. עם זאת, הנאשם כפר בשימוש בכוח כלשהו או בסתימת פי המתלונן. הוא שב ועמד על-כך שהדבר נעשה בהסכמה הדדית, אולם לבסוף גם ידע לומר, כי טעה במעשה רע:נ "עכשיו אני מרגיש באמת מה עשיתי ובאמת איזה דבר רע עשיתי... כל זה קרה איתי ללא כוונה, פשוט טעיתי טעות והילד גם עזר לי בזה" (שם, עמ' 5 ש' 20-15).

13. בעדות בבית המשפט חזר הנאשם על גרסת ההכחשה, ומבלי שהועלתה טענה כלשהי כלפי קבילות ההודאה במשטרה. הנאשם העיד, כי ידע שהמתלונן מצוי בשירותים (עמ' 30 ש' 13-12). בחקירה הנגדית השיב אחרת, לאמור:ב כאשר פתח את הדלת ראה אותו בפנים (עמ' 32 ש' 3). עוד הוסיף ותאר, כי משהבחין במתלונן, הוציא אותו מהשירותים מכיוון שחשש שמא יאמרו עליו, שעשה לו משהו (עמ' 30 ש' 14-13 ועמ' 32 ש' 25-24). הנה-כי-כן, בעוד שבמשטרה תאר שהוא יצא בעצמו משהבחין בקטין, הרי כאן כבר הוציאו ונשאר בתוך השירותים. גם לסיבה לחשש, שמא יחשבו שהוא עשה דבר לקטין, לא היה לו הסבר כלשהו, זולת אמירה לפיה הוא אדם עם כבוד (עמ' 33 ש' 1).

בעדותו התייחס הנאשם גם לשעות הבלתי שגרתיות שבהן נגבתה האמרה. לגרסתו, החוקר הגיע כמחצית השעה לאחר חצות, עת הוא היה נתון בהלם ובעייפות מאירועי כל היום. החקירה הסתיימה בשעה 05:ו 30 לפנות בוקר. עוד הוסיף והעיד, כי במהלך החקירה איים עליו החוקר, שאם יימנע מלהודות יכלא, ואילו אם ידבר ישוחרר למחרת, לאמור: לאחר מעצר של 24 שעות. חרף זאת לא הסכים להודות, והחוקר אמר לו לחתום על כך שלא עשה דבר (עמ' 31-30).

14. החוקר ר' חסון, גובה האמרה ת1/, כפר בטענות הנאשם לגבי איומים או דברי פיתוי בחקירה כלפיו (עמ' 4-3). לדבריו העדות נמסרה מתוך רצון טוב וחופשי (עמ' 1 ש' 19). את שעת החקירה הבלתי שגרתית הסביר בכך, שהמקרה דווח בסמוך לחצות, לאחר הגעת המתלונן אל בית החולים בלילה שלאחר התרחשותו. לפיכך, היה עליו להגיע קודם לכן אל בית החולים, ואילו הנאשם עוכב לחקירה רק לאחר חצות. בנסיבות אלו החלה החקירה בשעה 01:20 ונמשכה כשעתיים או מעט יותר (עמ' 3 ש' 12). לא ניתן היה לדחותה לשעת בוקר, בשל החובה לגבות את הגרסה הראשונית, בטרם יוחלט אם לעצור את החשוד או לשחררו. לגרסתו, חרף השעה המאוחרת היה הנאשם ערני לחלוטין.

עדויות נוספות:

15. מטעם התביעה העידו גם אביו של המתלונן ודודו. אלה תארו את מצבו מיד בסמוך לאחר האירוע. דודו הבחין בנאשם יוצא מן השירותים ושתי דקות לאחר מכן ראה את המתלונן. הלה בכה ורעד (עמ' 7 ש' 24). כך גם עולה מעדות אביו, אשר העיד על חיפושים אחר בנו שנעדר זמן בלתי מבוטל. כאשר הבחין בו, פיו היה סגור מלחץ (עמ' 14 ש' 9), מכנסיו היו מלוכלכות והוא רעד ונראה נפחד מאוד (עמ' 13 ש' 18-16).

16. מטעם ההגנה העידה שכנה, שלפי גרסתה תחקרה את המתלונן מיד לאחר האירועים. לדבריה הלה הודה שהוא בעצמו הוריד את מכנסיו, וכי הנאשם כלל לא פגע בו. לדבריה - כמו גם גרסת הנאשם עצמו - המתלונן הוכה על-ידי הוריו ולכן פרץ בבכי.

קביעת העובדות:

17. אין בידינו לקבל את גרסת הנאשם, כפי שהועלתה בעדותו בבית המשפט. הנאשם לא רק שסתר את עצמו, בהשוואה עם גרסת הכפירה בחקירה במשטרה (בשאלה מי נשאר בתא השירותים לאחר כניסתו), אלא גם הותיר בעדותו רושם בלתי חיובי. דבריו על החשש מצדו, שמא יאמרו שהוא עשה משהו למתלונן, מסגירה למעשה את הלך מחשבתו, בבחינת סוף מעשה במחשבה תחילה. וכי מדוע מישהו יאמר עליו שעשה דברים מגונים לילד, אך בשל מפגש אקראי בשירותים?

גם את טענת העלילה אין בידינו לקבל. הנאשם ניסה לשרבב לנושא דנן את המחלוקת הקיימת בין שתי המשפחות, בנוגע למגורים במקום. ואולם, לגופם של דברים, לא מצאנו כל קשר בינה לבין המקרה דנן. אומנם, בחקירתו במשטרה העיד הלה, כי "יש בינינו בעיה מהעבר" (ת1/, עמ' 1 ש' 24), כשם שהוסיף והעיד בבית המשפט: "היו בינינו בעיות, ביני ובינו בעיות בקשר לדירה והוא ניצל את הבעיות האלה כדי להוציא אותי מהדירה" (עמ' 30 ש' 17-15), אולם ברור הדבר, כי למירב - ככל שקיים סכסוך - המדובר במחלוקת בין הורי המתלונן לבין הורי הנאשם. הנאשם עצמו אינו חלק ממנו וגם לא מצאנו כיצד יש בפרשיה דנן כדי להשליך עליו. למותר יהא לציין, כי גם לא הובאה ראייה כלשהי לפיה בני משפחת המתלונן ניסו לנצל את התלונה, על-מנת להתנותה בפינוי של הנכס. זאת ועוד, חוקר הילדים העיד על-כך, שלאור גילו והתפתחותו של המתלונן קשה להעלות על הדעת, שהלה יוכל לדמיין ולהמציא דברים מעין אלה (עמ' 23 ש' 24-23). מקל וחומר, לגבי תאור כה מפורט ואותנטי של הדברים, תוך הדגמות. בכדי שתתקבל גרסת העלילה עלינו להניח גם, כי מבוגר כלשהו, ממשפחת המתלונן, הנחה אותו מה לומר וכיצד לתאר את הדברים. כל זאת אך במטרה לטפול בנאשם אשמת שווא. עוד היה על אותו פלוני לתכנן בדיוק את זמן כניסת הנאשם אל השירותים בחצר, בכדי להספיק קודם לכן לשלוח לשם את הילד, לאחר שהוא כבר מוזן ומצויד בסיפור העלילה. נראה לנו, כי נדרש דמיון רב בכדי לתאר סיטואציה כזו. היא פשוט אינה מתקבלת על הדעת. לא זו אף זו, אפילו אם נניח לרגע כגרסת הנאשם, עדיין נראה בלתי אפשרי שהמתלונן - לאור גילו, מצבו ויכולתו - יתמיד בסיפור, תוך שמירה על רצף לוגי של האירועים וביצוע הדגמות.

18. הנאשם, באמצעות הסנגור המלומד, טען גם לגבי ההשפעה של שעת החקירה עליו, באשר זו התקיימה לאחר חצות ועד לשעות הבוקר המוקדמות. הלה העיד כזכור על-כך שהיה עייף ובהלם, וכי החוקר איים עליו או פיתה אותו להודות, באמתלה לפיה ישוחרר מיד בסמוך. יוטעם, כי הטענות המועלות בנושא זה קשורות למשקל הראייה בלבד ולא לקבילותה, שכן בעת הגשת ההודאה לא הועלתה התנגדות כלשהי לקבלת האמרה (עמ' 2 ש' 2). עם זאת, שאלת המשקל נבחנת במנותק מנושא הקבילות, ואין מניעה לעורר טענות לגבי משקל הראיה, גם אם הן מן הסוג היכול להוביל לשלילת הקבילות (השוו: י' קדמי על הראיות חלק ראשון - הדין בראי הפסיקה (תשנ"ט), 93-92). ואולם, נראה שבצדק לא הועלתה טענה כאמור לגבי קבלת הראיה, שכן בהלנות הנאשם על שאלת הקבילות - אין ולא כלום.

את טענות האיום או הפיתוי ניתן לדחות אפילו מתוך גרסת הנאשם עצמו. כזכור, לדבריו הוא לא הסכים להודות במהלך החקירה ורק החוקר, מצדו, רשם את כל שחפצה נפשו. לבסוף, משנדרש לחתום שאל את החוקר על מה הוא חותם, שהרי "לא עשיתי דבר". לדבריו נענה: "תחתום על זה שלא עשית דבר" (עמ' 31 ש' 12-3). פשיטא, שבין טענת הפיתוי או האיום, כשלעצמה, לבין הנאמר בהודאה - אין כל קשר. אלה הם פני הדברים, אפילו אם עובדתית היינו מקבלים אותה. כידוע, מבחן הקבילות מושפע מההשלכות של האמצעים הפסולים על מסירת ההודאה באופן חופשי ומרצון, ולא מעצם קיומם בלבד (קדמי, שם, 37-36). עם זאת וכדי לסלק כל ספק מלבב, מובהר, כי אין בידינו כלל לקבל את היסוד העובדתי בטענה דלעיל, ואנו מאמצים את גרסת החוקר, אשר כפר בדבר. להלן גם ניווכח, כי בטענת הרישום הכוזב של הדברים, שלא מפי הנאשם, אין כל ממש. הרשום בת1/ משקף את דבריו במהלך התחקור.

לעומת הטענה על איום או פיתוי, מעוררת הטענה בנוגע לשעות החקירה הבלתי שגרתיות, קושי מסוים. נראה לנו, כי ברגיל אין לחקור קטינים בשעות הלילה הקטנות (בין אם קיימת בנושא הוראת נוהל פנים משטרתית, שלא הוצגה לפנינו, ובין אם לאו). בנסיבות שגרתיות יש לדאוג לכך שקטין ייחקר בשעות סבירות, על-מנת שיוכל להשיב כהלכה לכל הנדרש ממנו. הדברים אמורים הן לגבי קטין כעד והן לגביו כנאשם. עם זאת, לכל כלל יש גם את היוצאים הימנו. נראה, כי בעניין דנן - כאשר האירוע התרחש בשעות הערב המוקדמות ולאחר מכן המתלונן פונה אל בית החולים, והנאשם נעצר רק לאחר חצות - לא היה מנוס אלא לגבות את גרסתו כבר באותו הלילה. המטרה הייתה, שעל יסוד החומר שיגבה יוכל קצין החקירות להחליט, האם להורות על מעצרו של הנאשם או האם לשחררו. מנגד לכך, הנאשם לא העיד על הלנה כלשהי בפני החוקר, במהלך גביית העדות, על עייפות ורצון לישון, בטרם ישלים את דבריו. נהפוך הוא. מתוך הרשום ב-ת1/ בולט כי הוא דיבר ארוכות, גם בנושאים שאינם קשורים ישירות לעניין, והנוגעים לקשרים מיניים במשפחת המתלונן. לאור זאת, ניתן לקבל את גרסת החוקר, לכך, שבעת מסירת העדות היה הנאשם ערני לחלוטין (עמ' 3 ש' 19). עוד ברור, כי הדברים הנ"ל הכלולים בהודאה באו מפי הנאשם, שכן החוקר לא ידע ולא יכול היה לדעת על-כך, כשם שבזמן התחקור גם לא הייתה לנגד עיניו גרסת המתלונן, שהרי זו נמסרה מאוחר יותר לחוקר הילדים (באותו היום בשעה 17:00). אין זאת אלא, שתאור הדברים הרשום בהודאה ת1/, בא מפי הנאשם.

הסנגור הוסיף וטען, כי בהודאה ת1/ אישר הנאשם, ברגע מסוים, את עובדת ההחדרה לפי הטבעת מאחור, להבדיל משאר אמירותיו בנושא זה והנובע מהתעודה הרפואית נ1/. מאמירה לא נכונה זו הוא מבקש להסיק את מידת עייפותו וחוסר ריכוזו, בשעת מסירת הדברים. דא-עקא, שלמקרא העדות ניתן ללמוד דווקא על הזהירות בניסוח הדברים בידי הנאשם. בהקשר אחד אמר: "אבל לא החדרתי..." (ת1/, עמ' 4 ש' 32). בהמשך הוסיף: "הקמתי אותו ממני שלא יהיה איזה משהו, שלא יכנס לו ... ויקרה לו משהו" (שם, עמ' 4 ש' 54-53).

19. לנוכח האמור לעיל נדחית גרסת הנאשם, כפי שנמסרה בבית המשפט ובפתח החקירה במשטרה.

20. לעומת דחיית הגרסה במשפט, ניתן לאמץ את הגרסה השנייה, אשר נמסרה במהלך החקירה במשטרה. זאת בכל הנוגע לביצוע המעשים עם הקטין, הן לגבי החדרת איבר מינו אל פיו של המתלונן והן לגבי הגעתו לסיפוק בפי הטבעת מאחור. למרות שעדותו במשטרה נמסרה לפני גביית העדות הראשונה מהמתלונן, פרטיה בנושאים המרכזיים מתאימים להפליא. אלה הם פני הדברים הן לגבי האקט הראשון והן לגבי המעשה השני. שניהם אף מדברים על יציאה מדורגת מן השירותים (כפי הנובע גם מעדות דודו של המתלונן). נמצא אפוא, כי שתי הגרסאות מדברות על אותם המעשים בדיוק. לפיכך, ניתן לקבוע בדרגת הוודאות הנדרשת להליך דנן, את עובדת קיומם של שני האירועים, בזמן שהיית השניים בשירותים: הן את ההחדרה לפה והן את החיכוך באחוריו של המתלונן, אולם ללא החדרה (ראו גם בתעודה הרפואית נ1/, שלפיה "לא נראו סימני קרעים באיזור פי הטבעת").

טענות הנאשם לכך, שהקטין המתלונן היה היוזם והדומיננטי לכל הפעולות, אינן יכולות להתקבל כפשוטן. למקרא הודאתו, דומה שנשתכח ממנו כי המדובר בילד בן 6.5, בשעה שהוא עצמו כבר בן 16. להשלכת הסכמתו של המתלונן לביצוע המעשים נבוא עוד בהמשך הדברים, אולם כבר עתה נוכל לציין מההיבט העובדתי, כי לא ניתן לקבל את הטיעון לגבי השתלטות המתלונן על מהלך האירועים. הפסיביות הנטענת על-ידי הנאשם, לנוכח פערי הגילים, אינה מתקבלת על הדעת. ובאמת, בחקירה במשטרה מבחינים בשינוי עמדה שחל אצלו גם בנושא זה. בתחילה העיד על-כך, שהמתלונן אמר לו להוריד את המכנסיים, לאחר שפרט בפניו תיאורים מיניים שונים (עמ' 2 ש' 49). בהמשך תאר, כי הוא הוריד את מכנסיו ורק לאחר מכן הגיע לתיאורי המין מפי המתלונן (עמ' 3 מש' 25 עד עמ' 4 ש' 27). כל אימת שהמדובר בהבדל גילים כה משמעותי וניכר, לא ניתן לקבל איזו שהיא יוזמה מצדו של הקטין, גם אם נקבל את תיאורי הנאשם כנכונים, בכל הנוגע למודעותו של הקטין אודות קיומם של יחסי מין.

21. חיזוק להודאתו האמורה של הנאשם ניתן למצוא בגרסת המתלונן, היכולה לשמש גם גרסה מפלילה בפני עצמה. לא התעלמנו מהקשיים בעדות זו, הנובעים מנתוניו של הקטין, כפי שהדברים תוארו על-ידי חוקר הילדים ובולטים מקריאת התמליל. ואולם, לדעתנו אין בה כל ספק, בנוגע לעצם האירועים המיניים שנעשו בגופו, בזמן שהייתו יחד עם הנאשם בחדר השירותים. המתלונן, חרף כל ההגבלות, עמד על ההבחנה בין החדירה לפה, בהיותם במצב של עמידה, לבין החיכוך בפי הטבעת בשכיבה, כאשר הוא מצוי מעל הנאשם. את הדברים הוא תאר באופן מספק, כדי שנוכל לאמץ את מסקנת חוקר הילדים לגביהם.

תנא דמסייע נוסף, הן כסיוע לעדות המתלונן - בנוסף לסיוע שניתן למצוא לה מהודאת הנאשם - והן

כתימוכין לדבר מה הנוסף הנדרש להודאת הנאשם, ניתן לקבל ממצבו של המתלונן מיד לאחר האירוע. בהקשר לכך מקובלות עלינו גרסאות דודו ואביו, לפיהן הילד נראה מבוהל, רעד ובכה. מצבו הנפשי והגופני של נפגע בעבירות מין, כפי שנצפה מיד לאחר האירוע, מהווה ראייה שלמה ועצמאית. לפיכך ראייה זו יכולה למצות אחר דרישות הסיוע והחיזוק (קדמי, שם, 231 ואילך; א' הרנון דיני ראיות חלק שני (תשמ"ח) 23; [ע"פ 556/74 פדידה נ' מ"י, פ"ד כט](http://www.nevo.co.il/case/17927134)(2) 387, 390-389).

אף אם עדותו של הדוד, מר חאלד כבאנג'ה, הייתה בחלקים מסוימים מעט תמוהה - למשל: המתנתו כחצי שעה לראות מי יוצא מן השירותים (עמ' 11 ש' 17) - נראה, כי הוא התכוון לבטא בדבריו את שהייתו בסביבה כל העת. ואולם, בכל מקרה ניתן לפצל את עדותו, הואיל ושוכנענו, כי תיאורו את הקטין, כפי שנראה על-ידו בצאתו מן השירותים, משקף את המצב לאשורו. עובדה עליה אין חולק היא, שמיד בסמוך לאחר מכן ארעה המולה במקום (כנובע גם מעדות השכנה, מטעם ההגנה) וההורים מצאו להביא את בנם אל בית החולים. הסבר לכך יכול להיות נעוץ באחד מהשניים: או בשל העלילה הנטענת; או מכיוון שבאמת מצבו של הקטין חייב להפנותו לבדיקה. הואיל וטענת העלילה כבר נדחתה לעיל, נותרת על כנה האפשרות השניה בלבד.

מנגד לאמור, אין בידינו לקבל את גרסת השכנה, גב' ראסמייה מוחמר שרחה, אשר העידה כאמור מטעם הנאשם. לדבריה, היא תחקרה את המתלונן כבר באותו הערב. דא-עקא, שעדותה בנושא נשמעה מגמתית ביותר. מכל מקום, באין בידיה כישורים של חוקר ילדים, לא ניתן להסתמך על האמירה בפניה, אפילו אם נאמצה לגופה. ודוק: גם לפני חוקר הילדים לקח לקטין זמן בלתי מבוטל עד שפתח את סגור ליבו.

הדיון בעבירות:

22. מעשה סדום: החדרת איבר מין של גבר לפה של אדם, הנו "מעשה סדום" כהגדרתו [בסעיף 347(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). כאשר המעשה נעשה כלפי מי שטרם מלאו לו 14 שנים, דינו כדין האונס, כמפורט [בסעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) לחוק, בצירוף עם [סעיף 345(א)(3).](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) כל עוד המדובר באדם מתחת לגיל 14, הסכמתו אינה מעלה ואינה מורידה. יש להגן עליו גם מפני עצמו, שכן בגיל כזה - כל שכן בגיל 6.5 שנים - אין ליתן משקל כלשהו למידת ההסכמה (י' קדמי על הדין בפלילים חלק שני - הדין בראי הפסיקה (תשנ"ה) 755). מן הטעם האמור אין בגרסת הנאשם, לכך שהמתלונן היה יוזם האירועים, כדי לנקותו מן האשמה. לעיל הובהר, כי גם אם נקבל את דבריו בחלקם, אודות הבנת המתלונן בנושאי מין, עדיין, בשל פערי הגילים, לא ניתן לזקוף לזכותו את העובדה שהפעולות נעשו ביוזמת המתלונן ותוך פסיביות מצדו.

23. בנסיבות האמורות הוכח יסוד העבירה של מעשה סדום, בשל החדרת איבר המין אל פי המתלונן.

24. מעשה מגונה: משהובהר קיומו של ספק באירוע השני, בדבר ההחדרה לאחוריו של המתלונן - לאור עמדת חוקר הילדים, גרסת הנאשם בהודאתו והמפורט במוצג נ1/ - ביקשה המאשימה להמיר את האישום בשל מעשה זה, לעבירה של מעשה מגונה בכוח. לדעת הפרקליטה המלומדת, יסוד הכוח טמון בעובדה שהנאשם סתם את פי המתלונן ולא איפשר לו לצעוק. אכן, בחקירה השנייה המתלונן העיד פעמים אחדות על סתימת פיו בידי הנאשם, לבל יוכל להזעיק עזרה. דא-עקא, שנושא זה לא נזכר כלל בחקירה הראשונה. להבדיל מיתר גרסתו, הרי לעניין זה לא נמצא תימוכין ואישור בגרסת הנאשם במשטרה, במהלך מסירת הודאתו. בנסיבות אלו יקשה לבסס ממצא על יסוד דברי המתלונן בלבד, בנוגע לאמצעי הכוח, נושא החסר כשלעצמו את הסיוע הנדרש.

זאת ועוד, אלמנט הכוח לא נכלל בכתב האישום. ודוק: מעשה הסדום שיוחס לנאשם התייחס לנסיבות הכלולות בחלופה המנויה [בסעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) ולא לפי [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), שבו כלול יסוד הכוח. לפיכך, ספק בעינינו אם ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפניו. לפי המפורט [בסעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], תשמ"ב1982-, ניתן להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, גם אם אלה לא נטענו בכתב האישום "ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן". לא כן בענייננו. עובדה היא, כי בעדותו לא נשאל הנאשם דבר בנושא הפעלת אמצעי הכוח: לא על-ידי הסנגור (שמבחינתו הדבר היה בלתי צפוי) ולא על-ידי התובעת. מטבע הדברים הוא גם לא יכול היה להגיב לעניין, כפי שאולי היה עולה בידיו לעשות אילו הותרע מראש בפני אפשרות זו. יוטעם, כי חקירת הסנגור את חוקר הילדים בנושא, התכוונה לבחון את שאלת אמינות המתלונן ולא איזה יסוד מיסודות העבירה. לפיכך לא היה עליו להתייחס לעובדה זו גם בחקירת הנאשם. לאור האמור, לא ניתן לבסס הרשעה על יסוד אלמנט הכוח, שזכרו לא בא כאמור בכתב האישום - אפילו היה מוכח כראוי מתוך עדות המתלונן.

25. לעומת זאת, העבירה של "מעשה מגונה", לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) הוכחה כראוי, על יסוד העובדות כמות שנטענו בכתב האישום וללא דרישה לטיעון עובדתי נוסף. אומנם, העבירה של מעשה מגונה, לאמור: "מעשה לשם גירוי סיפוק או ביזוי מיניים" ([סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)), אינה נבלעת במלוא יסודותיה בעבירת מעשה סדום, לפי [סעיף 347](http://www.nevo.co.il/law/70301/347) לחוק, שכן לצורך ביצוע מעשה סדום די בהחדרת איבר המין של הגבר לפי הטבעת או לפה של אדם, גם אם אין כרוך בכך הקשר מיני ([סעיף 347(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.c) לחוק). ואולם, לפי הנובע בבירור למדי מכתב האישום דנן, ההקשר למעשה סדום שיוחס לנאשם היה מיני. מכאן, שמכוח אותן עובדות בדיוק - אך ללא אלמנט ההחדרה - אפשר לבסס את הקביעה בדבר ביצוע יסודות העבירה של מעשה מגונה. אכן, ככלל אין מניעה להרשיע אדם בעבירה פחות חמורה, על יסוד מסכת עובדתית זהה ([סעיף 186](http://www.nevo.co.il/law/74903/186) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903); [ע"פ 617/80 למברטו נ' מ"י, פ"ד לה](http://www.nevo.co.il/case/17940675)(2) 313, 315 מול ו').

26. הנאשם עבר אם-כן גם עבירה של מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), בהתקיים הנסיבה של גיל הנמוך מ14-, כמפורט [בסעיף 345(א)(3).](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3)

התוצאה:

27. לאור מכלול המפורט לעיל, אני מציע לחבריי הנכבדים לקבוע, כי במעשיו עבר הנאשם את העבירות הבאות: מעשה סדום, עבירה לפי [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), שדינה כדין אינוס; ומעשה מגונה, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) לחוק העונשין. שתי העבירות הן בזיקה עם [סעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) לחוק האמור.

ש ו פ ט

השופט צ' סגל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת מ' שידלובסקי-אור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט, כמפורט בפסק-דינו של השופט מ' גל.

ניתנה והודעה בפומבי היום, י"ב באייר תש"ס (17.5.00), במעמד באי-כוח הצדדים והנאשם בעצמו.

51293715129371

54678313

ש ו פ ט ש ו פ ט ת ש ו פ ט

צ' סגל 54678313-560/99

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה