|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 8313/22 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט י' אלרון |
|  | כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ |
|  | כבוד השופטת ר' רונן |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | פלוני |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבים: | 1. מדינת ישראל |
|  | 2. המתלוננת |

|  |
| --- |
| ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מימים 16.5.2022 ו-23.10.2022 ב[תפ"ע 38072-05-20](http://www.nevo.co.il/case/26677689) שניתנו על ידי כב' השופטת ח' לומפ |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | ב' בניסן התשפ"ד | (10.4.2024) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד חן הולנדר |
| בשם המשיבה 1: | עו"ד יצחק פרדמן |

ספרות:

[יניב ואקי **דיני ראיות**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4173)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1)(א)(1), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1)(ב)(1), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b)(ב)

[פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [54א](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b)(ב)

[חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996](http://www.nevo.co.il/law/98568): סע' [32](http://www.nevo.co.il/law/98568/32)

[חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995](http://www.nevo.co.il/law/4202): סע' [19](http://www.nevo.co.il/law/4202/19)

מיני-רציו:

\* דחיית ערעור על פס"ד בדרו הורשע המערער ביצוע עבירות מין בקטינה ונגזר עליו עונש הכולל 30 חודשי מאסר בפועל. בין היתר צוין כי השאלה אם אי עמידה בחובה להודיע לנאשם על אפשרות המינוי של סניגור ציבורי עשויה להוביל לפסילת ראיה, טרם קיבלה מענה בפסיקת ביהמ"ש העליון. אולם, אף אם ישנם מקרים בהם פגם כזה עלול להביא לפסילת ראיה, הפגם האמור אינו מצדיק במקרה דנן את שלילת קבילותה של הודאת המערער, אלא יש בו להשליך על משקלה בלבד.

\* עונשין – עבירות – מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו 14

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין בקטינים

\* דיון פלילי – הודאה – חופשית ומרצון

\* ראיות – קבילות – ראיה שהושגה באמצעים פסולים

\* דיון פלילי – מעצר – פגישה עם עורך-דין

.

ערעור על פס"ד מחוזי בו הורשע המערער בשלוש עבירות של ביצוע מעשה מגונה, בקטינה שהייתה באותה עת בכיתה ב' או ג', במהלך שני מועדים שונים; הכוללים נישוק, מגע ברגליים ומגע באיבר המין מעל הבגדים. כל זאת, כאשר הקטינה הגיע לשחק עם אחיינו של המערער (שכנה)בביתו והמערער – אז אדם מבוגר, שהה עימם ושיחק עמם. בגזה"ד הוטל על המערער עונש של 30 חודשי מאסר בפועל לצד עונשים נוספים.

.

ביהמ"ש העליון (השופטת ר' רונן, בהסכמת השופטים י' אלרון וג' כנפי-שטייניץ) דחה את הערעור מהטעמים הבאים:

המערער לא ביקש לחלוק על ממצאי המהימנות של ביהמ"ש ביחס לעדות המתלוננת. אולם, לטענתו, עדות המתלוננת עומדת בסתירה לעדות האחיין – אשר לגרסת המתלוננת היה נוכח בחדר כאשר האירועים התרחשו – אשר גם בו ביהמ"ש נתן אמון. אין בטענה זו כדי לטעת ספק סביר בדבר אשמו של המערער, ביהמ"ש מראה כיצד ניתן ליישב את שתי הגרסאות בלא לקבוע שמי מהם שיקר. האחיין לא העיד כי הוא זוכר באופן פוזיטיבי כי האירועים כפי שהמתלוננת מתארת אותם לא התרחשו. כל שהוא העיד הוא שהוא אינו זוכר אותם (המתלוננת הגישה את תלונתה מספר שנים לאחר האירוע הנטען, כשהייתה בכיתה ח'). הגרסה של המתלוננת – שזוכרת את האירועים לפרטי פרטיהם, גרסה שגם לגישת המערער יש לתת בה אמון מלא, יכולה לדור אפוא בכפיפה אחת יחד עם גרסתו של האחיין, שאיננו זוכר שהם התרחשו; בכל הנוגע לכך שהאחיין העיד שאילו היה המערער מנשק את המתלוננת על פיה, כנטען ביחס לעבירה הראשונה והשלישית, הוא היה זוכר זאת וטענת המערער כי מדובר בעדות שיש לתת לה משקל, והיא פועלת לזכותו. ביהמ"ש מבהיר כי השאלה מה היה זוכר מי שאינו זוכר אירוע מסוים, היא שאלה מקצועית, שאלה במומחיות, ולא שאלה עובדתית. משעה שהאחיין העיד כי אינו זוכר את האירועים – ובכך ביהמ"ש נתן כאמור אמון מלא, הוא אינו יכול להעיד מה הוא היה עשוי לזכור אילו היו האירועים מתרחשים, ומה עשוי היה להישכח ממנו ולכן אין לעדותו בהקשר זה משקל רב; לא נמצא ממש גם ביתר טענות המערער הנוגעות לעדות האחיין.

משבימ"ש קמא נתן אמון מלא בגרסת המתלוננת תוך שהבהיר מדוע הוא מוצא לנכון לייחס לה מהימנות מלאה, משגרסה זו מגבשת את אשמו של המערער, משגרסת האחיין אינה עומדת בסתירה לגרסת המתלוננת, ומשהמערער אינו כופר בממצאי המהימנות של בימ"ש קמא – די בכך ובנימוקיו של ביהמ"ש כדי להרשיע את המערער, בהתאם להוראת סעיף 54א(ב) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569).

שנית, ישנה ראייה משמעותית נוספת בחומר הראיות המחזקת מאוד את גרסת המתלוננת – הודאת המערער. אכן, בגביית הודאתו של המערער נפלו פגמים. אין אלה פגמים מבוטלים, ויש להביא עובדה זו בחשבון כאשר נבחן משקלה של הודאתו.

בהתייחס לטענה בדבר אי ידיעת השפה העברית – מהחקירה עולה כי המערער הבין במה מדובר, הבין מה נשאל ואף הבין כי מיוחסים לו מעשים שבעת החקירה הוא היה מודע לכך שהם אסורים, וסיפק הסבר מדוע עשה אותם.

באשר לעובדה שלא הוצע למערער להתייעץ עם עורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית. בהקשר זה צויין כי חובת הקצין הממונה להביא לידיעת העצור הן את זכותו העקרונית להיפגש עם עורך דין, והן את זכותו להיות מיוצג על ידי הסניגוריה הציבורית. כפי שנפסק בעבר, חובת היידוע על עצם האפשרות להיוועץ עם עורך דין היא בגדר "הגרעין הקשה" של חובת ההודעה – אשר בנסיבות מסוימות הפרתה עשויה להוביל לפסילת ראיה. עם זאת, גם לחובת היידוע על אודות אפשרות המינוי של סניגור ציבורי נודעה חשיבות רבה. זאת מאחר שעבור רבים שידם אינה משגת לשכור את שירותיהם של עורכי דין פרטיים, יידוע אודות אפשרות המינוי של הסניגוריה הציבורית הוא למעשה יידוע אפקטיבי בדבר האפשרות הריאלית להיוועץ בעורך דין. משום כך, הודגש בפסיקה כי יש להקפיד על כריכת ההודעה על עצם זכות ההיוועצות עם ההודעה על אפשרות המינוי של סניגור ציבורי. השאלה אם אי-עמידה בחובת ההיוועצות במשמעותה השנייה – קרי, בחובה להודיע לנאשם על אפשרות המינוי של סניגור ציבורי – עשויה להוביל לפסילת ראיה, היא שאלה שטרם קיבלה מענה בפסיקת בימ"ש זה. אולם, לעמדת ביהמ"ש אף אם ישנם מקרים בהם פגם כזה עלול להביא לפסילת ראיה, הפגם האמור אינו מצדיק במקרה דנן על כלל נסיבותיו את שלילת קבילותה של הודאת המערער, אלא יש בו להשליך על משקלה בלבד.

בנסיבות המקרה, יישום הכללים שנקבעו בפסיקה לפסילת ראייה שהושגה בהליך פגום (עניין יששכרוב) מביא למסקנה כי אין מקום לפסול את ההודאה בשל הפגם שבאי ההודעה על הזכות להתייעץ עם סניגור מהסניגוריה הציבורית. ראשית, למערער הודע אודות האפשרות להתייעץ עם עורך דין. אף שלא הודע לו מפורשות שיש לו זכות להיוועץ עם עורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית, הוא נשאל בלשון כללית אם הוא "צריך עורך דין" – והשיב על כך בשלילה. נוסף על כך, המערער אינו טוען כי לא ביקש ייעוץ משפטי רק בשל חסרון כיס, וכי אילו היה מודע לאפשרות לייעוץ משפטי ללא תשלום – היה עומד על קבלתו; המערער אינו טוען כי הודה הודאת שווא רק משום שלא היה מיוצג. לכן, קשה לקבוע כי האמצעי הפסול השפיע באופן משמעותי על ההודאה; או כי קיים קשר סיבתי בין הפגם לבין הראיה שהושגה. החשש (שהמערער אף לא טען לו כאמור) שהודאתו הייתה הודאת שווא, אינו מתעורר אפוא; המערער אף אינו טוען כי העובדה שלא הודע לו על זכותו להתייעץ עם סניגור ציבורי פגעה בערכים מוגנים אחרים. גם בחינת חומרת הפגם שהיה כרוך בהשגת ההודאה והשפעתו על אמצעי החקירה הפסול, מביאה לתוצאה דומה; וכך גם בחינת הפגם לאור האפשרות לכוון את התנהגותם של גורמי החקירה בעתיד. כך, המערער אינו טוען (ואין גם כל אינדיקציה לכך) שהפגם האמור נעשה בכוונת מכוון כדי למנוע מהמערער לממש את זכויותיו. אף שגם לפגם שלא נעשה בכוונה יש משמעות, הרי הפסיקה התייחסה לתקלה לא מכוונת כטעם שלא להחמיר עם התביעה בפסילת ראיות.

אלה הם גם פני הדברים ככל שמדובר בפגם בתיעוד החקירה. אכן, לשילוב של העדר תיעוד מצולם של החקירה עם הוויתור על זכות ההתייעצות – יש משמעות. אולם שעה שהמערער אינו כופר כי הפרוטוקול משקף את הדברים שאמר, המשקל של העדר חקירה מתועדת מצטמצם.

חרף כל האמור לעיל, ביהמ"ש שהיה ער לפגמים – נתן משקל מצומצם להודאת המערער בחקירה, כפי שהיה עליו לעשות. אולם גם בהינתן המשקל המצומצם הזה, די בהודאה על כל האמור בה – ובעיקר די בכך שהמערער לא כפר מיניה וביה במיוחס לו כאשר עומת עם גרסת המתלוננת, כדי לחזק את ראיות התביעה.

מעבר לכל אלה, ישנם מספר חיזוקים נוספים (גם אם פחות משמעותיים) לראיות התביעה. כך, ביהמ"ש לא נתן אמון בעדות המערער. הפרוטוקול מעיד על שקריו. לכל אלה מצטרף מצבה הנפשי של המתלוננת בכיתה ח', בסמוך לפני שהגישה את התלונה.

לאור כל אלה יש להותיר את הכרעת הדין על כנה.

הערעור על גזר הדין: כידוע, ערכאת הערעור מתייחסת בדרך-כלל בעיקר לתוצאה העונשית הסופית כפי שהוטלה, ולא לאופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת השיפוטי שנקבע בתיקון 113 לחוק. ככל שמדובר בעונש סביר, ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בו.

בימ"ש זה הדגיש לא פעם את החומרה היתרה המיוחסת למבצעי עבירות מין בקטינים ואת הצורך להתייחס אליהם ביד קשה – תוך הדגשתם של שיקולי הרתעה. זאת נוכח ניצול פערי הכוחות בין הצדדים בעבירות מסוג זה לצד הצלקות העמוקות והמתמשכות שהן מייצרות אצל קורבנותיהן.

בחינת עונשים שהטילו בתי משפט במקרים דומים מעלה כי העונש שנקבע על ידי בימ"ש קמא עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה ביחס לעבירות מסוג זה וכי מדובר בעונש סביר, המאזן כראוי בין שיקולי הענישה השונים. אין בטענותיו של המערער כדי להצדיק התערבות בגזר הדין.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופטת ר' רונן:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת **ח' לומפ**) ב[תפ"ע 38072-05-20](http://www.nevo.co.il/case/26677689) מיום 23.10.2022. בפסק הדין הורשע המערער בשלוש עבירות של ביצוע מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) התשל"ז-1977 (להלן: **החוק**), בנסיבות [סעיפים 345(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1) ו-[345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1).

1. המערער הוא יליד 1983. הוא עלה ארצה מהודו כשהיה בן 25, ושפת אימו היא השפה הקוקית. המערער הוא דודו של א' (להלן: **האחיין**) שגר בשכנות למתלוננת. על פי המתואר בכתב האישום, כאשר המתלוננת הייתה קטינה בכיתה ב' או ג', היא נהגה לשחק עם האחיין בביתו. במהלך התקופה שבין השנים 2012-2009, באחת השבתות בהן שיחקו המתלוננת והאחיין יחד בביתו של האחיין, שהה שם גם המערער. בשעה בה הוריו של האחיין ישנו את שנת הצהריים, המערער ניגש לחדרו של האחיין בו הוא שיחק עם המתלוננת, תפס אותה, השכיב אותה על המיטה, החזיק את ידיה לצדדים על המיטה ונישק אותה בפיה עם לשונו. המתלוננת ניסתה להדוף את המערער ללא הצלחה; ואילו האחיין זרק כדור על המערער והלך לקרוא להוריו (להלן: **העבירה הראשונה**). בהמשך, מישש המערער את רגלה של המתלוננת, נגע באיבר מינה תוך שהוא מושך את תחתוניה וכן ליטף את איבר מינה מעל לתחתונים (להלן: **העבירה השנייה**).

בנוסף, במועד אחר במהלך תקופה זו, כאשר הוריו של האחיין לא היו בבית והמתלוננת שהתה עמו ועם המערער בסלון ביתו של האחיין, תפס המערער את המתלוננת ונישק אותה בפיה עם לשונו ללא הסכמתה (להלן: **העבירה השלישית**).

המתלוננת הגישה את תלונתה מספר שנים לאחר האירועים, כאשר הייתה בכיתה ח'. המערער כפר בעבירות המיוחסות לו והכחיש את עובדות כתב האישום.

2. ביום 16.5.2022 הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער במיוחס לו בכתב האישום. הוא קבע כי הוא נותן אמון מלא בעדותה של המתלוננת בדבר המעשים שביצע בה המערער, עדות שאליה מתווספים מצבה הנפשי כמו גם שקרי המערער והודאתו. ביחס להודאת המערער נקבע כי היא קבילה, אף שמשקלה נמוך לאור קיומם של מחדלי חקירה: העובדה שהיא נגבתה בשפה העברית שהמערער אינו דובר אותה על בוריה; העדר תיעוד חזותי של החקירה; והעדר הודעה על הזכות להיוועץ בסניגור ציבורי.

בית המשפט גזר את דינו של המערער ביום 23.10.2023 והטיל עליו עונש של 30 חודשי מאסר לצד עונשים נוספים. המערער מערער הן על הכרעת הדין והן על העונש, ונדון בטענותיו בנושאים אלה כסדרן.

הערעור על הכרעת הדין

3. בטיעון לפנינו מדגיש ב"כ המערער כי הוא אינו מבקש לחלוק על קביעתו של בית משפט קמא ביחס לממצאי מהימנות, ובכלל זה ביחס לכך שבית משפט קמא נתן אמון מלא בגרסתה של המתלוננת. טענותיו של המערער התייחסו בעיקרן לשני נושאים: טענה במישור העובדתי, לפיה גרסת המתלוננת עומדת בסתירה לגרסאות אחרות, ובפרט לגרסתו של האחיין; וטענה במישור המשפטי, לפיה הודאתו של המערער אינה קבילה.

4. **ראשית**, טוען המערער כי עדותה של המתלוננת עומדת בסתירה לעדותו של האחיין, אשר גם בו בית המשפט נתן אמון. לשיטתו של המערער, במקרה דנן – בניגוד לרוב המקרים בהם מועמד נאשם לדין בעבירת מין, היה עד נוסף לאירועים מלבד המתלוננת והנאשם. מדובר באחיין, שלגישת המתלוננת היה נוכח בחדר כאשר האירועים התרחשו. לא זו בלבד אלא שלגישתה, המערער נישק גם אותו על פיו, והאחיין אף ניסה להפריד בין המתלוננת לבין המערער – וזרק כדור לעברו כדי שיחדל ממעשיו.

האחיין נשאל בחקירתו אודות המעשים, ואמר כי אינו זוכר שהם קרו. הוא אמנם לא שלל את האפשרות שהם התרחשו, אולם העיד כי אילו היו העבירות הראשונה והשלישית מתרחשות – הוא היה זוכר אותן (פרוטוקול דיון מיום 8.2.2022, עמ' 145). כמו כן, הוא העיד כי לא היה לו מעולם כדור, כך שניסיונו להפריד בין המתלוננת למערער כלל לא יכול היה להתרחש באופן בו המתלוננת תיארה אותו (שם, בעמוד 147).

5. אינני סבורה כי די בטענה זו כדי לטעת ספק סביר בדבר אשמו של המערער. כאמור, המערער לא ביקש לחלוק על ממצאי המהימנות של בית המשפט ביחס לעדות המתלוננת. ואולם, קבלת גרסתו של המערער משמעה כי המתלוננת לא תיארה את ההתרחשויות כהווייתן.

כאמור, בית המשפט נתן גם אמון מלא בגרסתו של האחיין. אולם, אם אכן יש לתת אמון בגרסת המתלוננת וגם בגרסת האחיין כפי שקבע בית המשפט (והמערער אינו מבקש לכפור בכך), ניתן ליישב את שתי הגרסאות בלא לקבוע שמי מהם שיקר. האחיין לא העיד כי הוא זוכר באופן פוזיטיבי כי האירועים כפי שהמתלוננת מתארת אותם לא התרחשו. כל שהוא העיד הוא שהוא אינו זוכר אותם.

הגרסה של המתלוננת – שזוכרת את האירועים לפרטי פרטיהם, גרסה שגם לגישת המערער יש לתת בה אמון מלא, יכולה לדור אפוא בכפיפה אחת יחד עם גרסתו של האחיין, שאיננו זוכר שהם התרחשו. זו המסקנה הנובעת מכך שבית המשפט נתן אמון בשתי העדויות.

המערער טוען בהקשר זה כי האחיין העיד שאילו היה המערער מנשק את המתלוננת על פיה, כנטען ביחס לעבירה הראשונה והשלישית, הוא היה זוכר זאת (וזאת בניגוד לנטען ביחס לעבירה השנייה, אודות מגע של המערער בתחתוניה, שלגביו הוא ציין כי עשוי היה לא לזכור זאת שכן בגילו באותה עת לא היה מודע למשמעות של המעשה). המערער טוען כי עדות זו של האחיין, ביחס לאפשרות שהוא לא היה זוכר את המעשים, היא עדות שיש לתת לה משקל, והיא פועלת לזכותו.

אינני סבורה כי אלה הם פני הדברים. השאלה מה היה זוכר מי שאינו זוכר אירוע מסוים, היא שאלה מקצועית, שאלה במומחיות, ולא שאלה עובדתית. משעה שהאחיין העיד כי אינו זוכר את האירועים – ובכך בית המשפט נתן כאמור אמון מלא, הוא אינו יכול להעיד מה הוא היה עשוי לזכור אילו היו האירועים מתרחשים, ומה עשוי היה להישכח ממנו. מדובר כאמור במנגנונים מורכבים שהאחיין אינו בקי בהם, ולכן אין לעדותו בהקשר זה משקל רב.

כאשר אלה הם פני הדברים, העובדה שהמתלוננת זכרה כי האחיין זרק כדור לעברו של המערער ואילו האחיין טען כי לא היה לו כדור – אין די בה כדי להטיל ספק סביר בגרסתה. אין זה מן הנמנע שהאחיין זרק לעבר המערער חפץ דומה אחר, והעובדה שהמתלוננת התייחסה לכדור דווקא איננה מהותית.

אכן, האחיין אף שלל מפורשות את גרסת המתלוננת לפיה המערער נישק גם אותו; ואת גרסתה ממנה נובע שהוריו יצאו מהבית והשאירו אותו יחד עם המתלוננת והמערער – כפי שטענה המתלוננת ביחס לעבירה השלישית. ביחס לאירועים אלה האחיין העיד מפורשות שהם לא קרו. אולם אינני סבורה כי די בעניינים אלה כדי לשלול את גרסת המתלוננת. באשר לנשיקה לאחיין – הרי שזו לא הייתה חלק מכתב האישום ולכן אף אם נניח כי המערער לא נישק את האחיין – עדיין עומדת בעינה עדותה המהימנה של המתלוננת ביחס ליתר האירועים. השאלה האם הוריו של האחיין אכן יצאו מהבית (או שמא היו בחדר אחר) איננה משמעותית ביחס להרשעתו של המערער. לכן בין אם המתלוננת טעתה לגביה ובין אם היה זה האחיין שטעה – הדבר אינו מעלה או מוריד ביחס לעובדות המהוות את העבירות המיוחסות למערער.

לכך יש להוסיף כי המתלוננת התייחסה בעדותה ליום בו היא והאחיין שיחקו יחד, כאשר סביר שהיו ימים רבים כאלה. גרסת המתלוננת אינה נוגעת ליום אחד מסוים בו היא שהתה בביתו של האחיין, ואשר האחיין יכול לשתף בדבר זכרונו את האירועים ביום זה. מדובר אם כן באירוע גנרי ולא ייחודי, גם משום כך העדר הזיכרון של האחיין ביחס לאירועים נושא גרסתה של המתלוננת הוא בעל משמעות פחותה יותר מאשר הזיכרון הפוזיטיבי של המתלוננת לגביהם.

סיכומה של נקודה זו – משבית משפט קמא נתן אמון מלא בגרסת המתלוננת תוך שהבהיר מדוע הוא מוצא לנכון לייחס לה מהימנות מלאה, משגרסה זו מגבשת את אשמו של המערער, משגרסת האחיין אינה עומדת בסתירה לגרסת המתלוננת, ומשהמערער אינו כופר בממצאי המהימנות של בית משפט קמא – די בכך ובנימוקיו של בית המשפט כדי להרשיע את המערער, בהתאם להוראת [סעיף 54א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) [נוסח חדש], התשל"א-1971.

6. **שנית**, מעבר לעדותה של המתלוננת, שבית המשפט נתן בה כאמור אמון מלא, ישנה ראייה משמעותית נוספת בחומר הראיות המחזקת מאוד את גרסת המתלוננת – הודאת המערער. אין חולק כי המערער נחקר במשטרה והודה במסגרת חקירתו בחלק מהמעשים שיוחסו לו. הוא העיד כי היה נוהג לשחק עם המתלוננת והאחיין בבית הוריו של האחיין; כי במסגרת משחקים אלו היה נשאר עם הילדים לבד; וכי נישק את המתלוננת בנסיבות העבירה הראשונה והשלישית. על פי עדותו, באותה תקופה הוא לא היה מודע לאיסור שחל על מעשים מהסוג שמיוחס לו, אולם היום משהוא נישא לאישה והתבגר, הוא יודע כי אלה מעשים אסורים. כן עולה מדבריו בחקירה כי אביו של האחיין פנה אליו וביקש ממנו לעזוב את היישוב כתוצאה מהמעשים, והוא עשה כן ואף התנצל על מעשיו.

שאלת משקלה של הודאתו זו של המערער היא בעלת משמעות רבה, שכן הוא קושר בה את עצמו למעשים שיוחסו לו, באופן העולה בקנה אחד עם גרסתה של המתלוננת. ואולם, לגישת המערער יש לתת משקל מצומצם מאוד אם בכלל להודאה וזאת בשל מספר פגמים שנפלו בה. ראשית, ההודאה נגבתה בשפה העברית, שפה שהוא אינו דובר אותה; שנית, לא הודע לו אודות האפשרות שיש לו להיוועץ בעורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית (אף שהודע לו אודות הזכות להתייעץ בעורך דין); ושלישית, ההודאה לא הוקלטה וצולמה.

אכן, בגביית הודאתו של המערער נפלו פגמים. אין אלה פגמים מבוטלים, ויש להביא עובדה זו בחשבון כאשר נבחן משקלה של הודאתו. אולם, השאלה שיש לברר אותה היא האם די בפגמים אלה כדי להביא לפסילת ההודאה; או שחרף הפגמים הללו ניתן להביא בחשבון את ההודאה בשקילת מכלול הראיות, גם אם יינתן לה משקל נמוך. נתייחס לטענות המערער בדבר הפגמים כסדרן.

7. בהתייחס לטענה בדבר אי ידיעת השפה העברית – יש להדגיש קודם כל כי המערער אינו טוען שפרוטוקול החקירה שלו (שסומן ת/1) הוא מזויף. מכאן שהוא מודה שהדברים שתועדו בפרוטוקול זה על ידי השוטר שערך את החקירה – נאמרו על ידיו, וכי השוטר לא ייחס לו דברים שלא אמר. העולה מהאמור הוא כי מה שצוין בפרוטוקול כתשובות של המערער – אכן משקף את הדברים שהוא אמר.

מכאן ניתן להסיק כי המערער הבין עברית לפחות ברמה בסיסית, ואף ידע לדבר את השפה. מסקנה זו נובעת מהעובדה שהמערער נשאל שאלות בעברית, הבין אותן, והשיב עליהן תשובות קוהרנטיות ומלאות, אשר מבהירות מה הוא עשה לטענתו וכן למה עשה זאת. לא ניתן ליישב בין העובדה שהמערער השיב לשאלות כפי שהשיב להן עם הטענה לפיה הוא לא ידע עברית כלל. ודוק – המערער אינו מתייחס בטענותיו למונח מסוים בשפה העברית שלגישתו לא הבין אותו או הבין אותו בצורה שגויה (אפשרות שתיתכן ביחס למי שעברית אינה שפת אמו), אלא הוא טוען כי הוא כלל לא דובר את השפה העברית. אולם כאמור מהחקירה עולה כי המערער הבין במה מדובר, הבין מה נשאל ואף הבין כי מיוחסים לו מעשים שבעת החקירה הוא היה מודע לכך שהם אסורים, וסיפק הסבר מדוע עשה אותם. לעתים פירט המערער מעבר לנשאל, וככלל הוא לא הסתפק בתשובות של "כן" ו"לא".

מעבר לכל אלה, המערער אף סיפר לחוקר על פנייתו של אביו של האחיין אליו, בקשתו של האב כי יעזוב את היישוב ותגובתו של המערער. מידע זה לא היה ידוע לחוקר קודם לכן והוא עולה בקנה אחד עם גרסת המתלוננת. לא ניתן להניח ביחס למידע זה כי הוא "נשתל" על ידי החוקר, שכאמור לא היה מודע לו.

8. באשר לעובדה שלא הוצע למערער להתייעץ עם עורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית – יש להידרש לשתי חובות חוקיות רלוונטיות. האחת קבועה בסעיף סעיף [32](http://www.nevo.co.il/law/98568/32) ל[חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים)](http://www.nevo.co.il/law/98568), התשנ"ו-1996, ולפיה:

החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר... ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין... וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור.

על פי סעיף זה, על הקצין הממונה להביא לידיעת העצור הן **את זכותו העקרונית להיפגש עם עורך דין**, והן את **זכותו להיות מיוצג על ידי הסניגוריה הציבורית**. זכות הייצוג באמצעות הסניגוריה הציבורית מעוגנת ב[חוק הסניגוריה הציבורית](http://www.nevo.co.il/law/4202), התשנ"ו-1995 – אשר קובע [בסעיף 19](http://www.nevo.co.il/law/4202/19) הוראה מקבילה לעניין חובת היידוע:

נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על פי דין או שהוא חשוד בביצוע עבירה, יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה.

9. בית המשפט כבר עמד בעבר על היחס בין חובות היידוע, וקבע כי חובת היידוע על **עצם** האפשרות להיוועץ עם עורך דין היא בגדר "הגרעין הקשה" של חובת ההודעה – אשר בנסיבות מסוימות הפרתה עשויה להוביל לפסילת ראיה (ראו: [ע"פ 5121/98](http://www.nevo.co.il/case/5883040) **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, 572-571 (2006) (להלן: **עניין יששכרוב**); [ע"פ 8974/07](http://www.nevo.co.il/case/6142146) **לין נ' מדינת ישראל**, פסקה כ"ג לפסק דינו של השופט **א' רובינשטיין** [נבו] (3.11.2010) (להלן: **עניין לין**); [ע"פ 1094/07](http://www.nevo.co.il/case/5708670) **דדון נ' מדינת ישראל**, פסקה כ"א לפסק דינו של השופט **א' רובינשטיין** [נבו] (3.7.2008)).

עם זאת, גם לחובת היידוע על אודות אפשרות המינוי של סניגור ציבורי נודעה חשיבות רבה. זאת מאחר שעבור רבים שידם אינה משגת לשכור את שירותיהם של עורכי דין פרטיים, יידוע אודות אפשרות המינוי של הסניגוריה הציבורית הוא למעשה יידוע אפקטיבי בדבר האפשרות **הריאלית** להיוועץ בעורך דין. משום כך, הודגש בפסיקה כי יש להקפיד על כריכת ההודעה על עצם זכות ההיוועצות עם ההודעה על אפשרות המינוי של סניגור ציבורי (ראו: עניין **לין**, בפסקאות כ"ה-כ"ו. לדיון בדבר היחס בין סעיפי החוק בנושא שלב החקירה בו חלה חובת היידוע, ראו: [רע"פ 8860/12](http://www.nevo.co.il/case/5610267) **קוטלאייר נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 [נבו] (16.1.2014), והאסמכתאות המובאות שם).

10. השאלה אם אי-עמידה בחובת ההיוועצות במשמעותה השנייה – קרי, בחובה להודיע לנאשם על אפשרות המינוי של סניגור ציבורי – עשויה להוביל לפסילת ראיה, היא שאלה שטרם קיבלה מענה בפסיקת בית משפט זה. אולם, לטעמי אף אם ישנם מקרים בהם פגם כזה עלול להביא לפסילת ראיה, הפגם האמור אינו מצדיק במקרה דנן על כלל נסיבותיו את שלילת קבילותה של הודאת המערער, אלא יש בו להשליך על משקלה בלבד.

11. ישנם מספר טעמים לפסילת ראייה שהושגה בהליך פגום. הטעם הראשון הוא החשש מפגיעה בחקר האמת (למשל בהודאת שווא); טעם נוסף הוא החשש מפגיעה בערכים מוגנים אחרים (למשל – הזכות לפרטיות וכיו"ב) (ראו: עניין **יששכרוב**, בעמודים 533-532; [ע"פ 4855/02](http://www.nevo.co.il/case/5819116)‏ **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ''ד נט(6) 776, 831-830 (2005); יניב ואקי [**דיני ראיות**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4173) 214 (כרך א, 2020) (להלן: **ואקי**). תכלית משנית נוספת של כללי הפסילה של ראיות שהושגו בהליך פגום היא תמרוץ גורמי החקירה לפעול כחוק, תוך שהם יהיו מודעים לכך שפירותיו של הליך שלא בוצע באופן תקין, לא יהיו קבילים כראיות. הפסיקה קבעה כי "התכלית ההרתעתית-חינוכית עשויה להוות תוצאת לוואי אפשרית – ואף רצויה – של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו", אף שאין בתכלית זו "כדי להוות בסיס איתן לעיצובה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית" (עניין **יששכרוב**, בעמודים 555-554. ראו גם: [ע"פ 4988/08](http://www.nevo.co.il/case/5873308) **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626, 664 (2011); [בש"פ 9220/12](http://www.nevo.co.il/case/5612242) **פרץ נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 [נבו] (‏26.12.2012)).

הפסיקה אף עיצבה מספר מבחנים מנחים להכוונת שיקול הדעת השיפוטי במקרים של פסילת ראיה מכוח כלל הפסילה הפסיקתי, כאשר זו הושגה שלא כדין. מבחנים אלה נוגעים לאופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; ולנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה (ראו: עניין **יששכרוב**, בעמודים 567-562; [ע"פ 2868/13](http://www.nevo.co.il/case/6901113) ‏**חייבטוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 88 לחוות דעתו של השופט **א' שהם** [נבו] (‏2.8.2018); **ואקי**, בעמודים 280-267). יישום המבחנים הללו על נסיבות המקרה דנן, מביא למסקנה כי אין מקום לפסול את ההודאה בשל הפגם שבאי ההודעה על הזכות להתייעץ עם סניגור מהסניגוריה הציבורית.

12. ראשית, כפי שצוין לעיל, למערער הודע אודות האפשרות להתייעץ עם עורך דין כפי שעולה מפרוטוקול החקירה (הודעת המערער בשורות 9-8). המערער אף אינו כופר בכך. אף שלא הודע לו מפורשות שיש לו זכות להיוועץ עם עורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית, הוא נשאל בלשון כללית אם הוא "**צריך עורך דין**" – והשיב על כך בשלילה. נוסף על כך, המערער אינו טוען כי לא ביקש ייעוץ משפטי רק בשל חסרון כיס, וכי אילו היה מודע לאפשרות לייעוץ משפטי ללא תשלום – היה עומד על קבלתו. לדברים אלה אין גם ביסוס בדברי המערער כפי שהם משתקפים בפרוטוקול החקירה.

המערער אינו טוען כי הודה הודאת שווא רק משום שלא היה מיוצג. לכן, קשה לקבוע כי האמצעי הפסול השפיע באופן משמעותי על ההודאה; או כי קיים קשר סיבתי בין הפגם לבין הראיה שהושגה (השוו: [ע"פ 5417/07](http://www.nevo.co.il/case/5840388) **בונר נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 לחוות דעתו של השופט **י' עמית** [נבו] (30.5.2013); **ואקי**, בעמודים 269-269). החשש (שהמערער אף לא טען לו כאמור) שהודאתו הייתה הודאת שווא, אינו מתעורר אפוא.

המערער אף אינו טוען כי העובדה שלא הודע לו על זכותו להתייעץ עם סניגור ציבורי פגעה בערכים מוגנים אחרים. גם בחינת חומרת הפגם שהיה כרוך בהשגת ההודאה והשפעתו על אמצעי החקירה הפסול, מביאה לתוצאה דומה; וכך גם בחינת הפגם לאור האפשרות לכוון את התנהגותם של גורמי החקירה בעתיד. כך, המערער אינו טוען (ואין גם כל אינדיקציה לכך) שהפגם האמור נעשה בכוונת מכוון כדי למנוע מהמערער לממש את זכויותיו. אף שגם לפגם שלא נעשה בכוונה יש משמעות, הרי הפסיקה התייחסה לתקלה לא מכוונת כטעם שלא להחמיר עם התביעה בפסילת ראיות (ראו: עניין **יששכרוב**, בעמוד 563; [ע"פ 10715/08](http://www.nevo.co.il/case/6104053) **ולס נ' מדינת ישראל**, פסקה 28 [נבו] (1.9.2009); **ואקי**, בעמודים 273-272).

על כן, הגם שנפל פגם בכך שלא הוצעה למערער האפשרות להתייעץ בעורך דין מטעם הסניגוריה הציבורית, אין מדובר בפגם המאיין את תוקפה של ההודאה לחלוטין באופן שהיא אינה קבילה ואין להביאה בחשבון במכלול הראיות.

13. אלה הם גם פני הדברים ככל שמדובר **בפגם בתיעוד החקירה**. אכן, לשילוב של העדר תיעוד מצולם של החקירה עם הוויתור על זכות ההתייעצות – יש משמעות ([ע"פ 10049/08](http://www.nevo.co.il/case/5714675) **ראתב אבו עצא נ' מדינת ישראל**, פסקאות 105 ו-109 לחוות דעתו של השופט **י' דנציגר** [נבו] (23.8.2012)). אולם כפי שהובהר לעיל, המערער אינו טוען כי אמר דברים שונים מאלה המיוחסים לו. אילו זו הייתה טענתו – הייתה אולי משמעות רבה יותר להעדרה של חקירה מתועדת. אולם, מאחר שהוא אינו כופר כי הפרוטוקול משקף את הדברים שאמר – המשקל של העדר חקירה מתועדת מצטמצם.

14. חרף כל האמור לעיל, בית המשפט שהיה ער לפגמים – נתן משקל מצומצם להודאת המערער בחקירה, כפי שהיה עליו לעשות. אולם גם בהינתן המשקל המצומצם הזה, די בהודאה על כל האמור בה – ובעיקר די בכך שהמערער לא כפר מיניה וביה במיוחס לו כאשר עומת עם גרסת המתלוננת, כדי לחזק את ראיות התביעה.

15. מעבר לכל אלה, ישנם מספר חיזוקים נוספים (גם אם פחות משמעותיים) לראיות התביעה. כך, בית המשפט לא נתן אמון בעדות המערער. הפרוטוקול מעיד על שקריו – בהתייחס לשאלה אם נהג לשחק עם הילדים; ובהתייחס לשאלה האם נהג לשתות אלכוהול. בית המשפט לא קיבל את הסבריו של המערער בנושאים אלה. לכל אלה מצטרף מצבה הנפשי של המתלוננת בכיתה ח', בסמוך לפני שהגישה את התלונה.

לאור כל אלה, אני סבורה כי אין מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא שהרשיע את המערער, ויש להותיר את הכרעת הדין על כנה.

הערעור על גזר הדין

16. הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בגזר הדין שניתן על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או שהעונש הנגזר חורג משמעותית ממתחם הענישה הנוהג בנסיבות דומות (ראו למשל: [ע"פ 6823/18](http://www.nevo.co.il/case/25014822) ‏**לוין נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 [נבו] (‏5.3.2020); [ע"פ 5839/22](http://www.nevo.co.il/case/28916093) ‏**פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 [נבו] (‏27.10.2022); [ע"פ 4025/23](http://www.nevo.co.il/case/29696519)‏ ‏**שאהין נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 [נבו] (‏21.11.2023)). כפי שאפרט להלן, אני סבורה כי מקרה זה אינו בא בגדר המקרים החריגים המצדיקים התערבות בגזר הדין.

במסגרת גזר הדין בחן בית המשפט את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ואת מדיניות הענישה הנוהגת, והעמיד את מתחם העונש ההולם בין 24 ל-48 חודשי מאסר בפועל. בסופו של דבר הושת על המערער עונש של 30 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נוספים עליהם לא הוגש ערעור. כידוע, ערכאת הערעור מתייחסת בדרך-כלל בעיקר לתוצאה העונשית הסופית כפי שהוטלה, ולא לאופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת השיפוטי שנקבע בתיקון 113 לחוק. ככל שמדובר בעונש סביר, ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בו (ראו: [ע"פ 8109/15](http://www.nevo.co.il/case/20683368) ‏**אביטן נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 [נבו] (‏9.6.2016); [ע"פ 4678/18](http://www.nevo.co.il/case/24307831) **אנופרייב נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 [נבו] (23.1.2019); [ע"פ 1859/22](http://www.nevo.co.il/case/28403510) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 [נבו] (‏8.6.2022)).

17. המערער טוען כי העונש שהוטל עליו הוא חמור מדי. זאת לאור העובדה שמדובר במעשים שנעשו לפני שנים רבות כאשר הוא היה אדם צעיר. הוא מוסיף כי העבירה בוצעה בסמוך לאחר שעלה לארץ, וכן כי הוא שירת שירות צבאי מלא. עוד נטען כי למערער אין עבר פלילי; ומאז האירועים נושא כתב האישום ועד היום הוא מנהל אורח חיים נורמטיבי ולא יוחסו לו עבירות נוספות. המערער מוסיף ומציין את הפגיעה שתיגרם למשפחתו, אשר הוא אמון על פרנסתה, אם ייכנס לכלא. לטענתו, המעשים שבוצעו היו ברף התחתון של העבירה בה הורשע, והשיקולים היחידים שהנחו את בית המשפט להחמיר עמו היו שיקולי הרתעה. לעמדתו אין בשיקולים אלה כדי להצדיק את העונש שהוטל עליו.

מנגד, המשיבה טוענת כי העונש הוא הולם. זאת, משום שהמערער הורשע בשלוש עבירות בגין מעשים שאינם ברף הנמוך, אשר בוצעו על ידיו תוך ניצול מעמדו וקרבתו למתלוננת, ואף הותירו חותם במתלוננת. המשיבה הוסיפה והפנתה לכך שבתקופה שלאחר הרשעתו, כאשר ביצוע גזר דינו של בית משפט קמא עוכב, המערער הורשע בעבירה של איומים על בת זוג; והוטל עליו עונש מאסר של 8 חודשים אותו הוא ריצה ([ת"פ 57026-06-23](http://www.nevo.co.il/case/29777864)).

18. בית משפט זה הדגיש לא פעם את החומרה היתרה המיוחסת למבצעי עבירות מין בקטינים ואת הצורך להתייחס אליהם ביד קשה – תוך הדגשתם של שיקולי הרתעה. זאת נוכח ניצול פערי הכוחות בין הצדדים בעבירות מסוג זה לצד הצלקות העמוקות והמתמשכות שהן מייצרות אצל קורבנותיהן (ראו למשל: [ע"פ 82/20](http://www.nevo.co.il/case/26333867)  **מדינת ישראל נ' אייזק**, פסקה 10 [נבו] (‏19.2.2020); [ע"פ 7046/18](http://www.nevo.co.il/case/25041571) ‏**פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 [נבו] (18.8.2021); [ע"פ 4618/23](http://www.nevo.co.il/case/29761700) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 [נבו] (‏10.10.2023)).

המקרה שלפנינו עוסק בביצוע שלוש עבירות של פגיעה מינית בקטינה שהייתה באותה עת בכיתה ב' או ג', במהלך שני מועדים שונים; הכוללים נישוק, מגע ברגליים ומגע באיבר המין מעל הבגדים. כל זאת, כאשר המערער – אז אדם מבוגר, שהה עם שני ילדים רכים בשנים בביתו של האחיין ושיחק עמם. כתוצאה מפעולותיו של המערער, נפגעה המתלוננת, ומצבה הנפשי הורע בחלוף מספר שנים, כשהייתה בוגרת יותר.

בחינת עונשים שהטילו בתי משפט במקרים דומים מעלה כי העונש שנקבע על ידי בית משפט קמא עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה ביחס לעבירות מסוג זה וכי מדובר בעונש סביר, המאזן כראוי בין שיקולי הענישה השונים. אין בטענותיו של המערער כדי להצדיק התערבות בגזר הדין. העונש הוא סביר גם בשים לב לכך שטענתו של המערער לפיה הוא לא חזר לבצע עבירות מאז העבירה נושא הערעור, אינה עוד נכונה לאחר שהוא הורשע בעבירת איומים על בת-זוג בתקופת עיכוב הביצוע.

19. לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי אין מקום להתערב הן בהכרעת דינו והן בגזר דינו של בית משפט קמא. משכך, אציע לחבריי לדחות את הערעור ולהשאיר על כנו את פסק הדין על כל חלקיו.

ש ו פ ט ת

**השופט י' אלרון**:

אני מסכים.

ש ו פ ט

**השופטת ג' כנפי-שטייניץ**:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת **ר' רונן**.

ניתן היום, ‏כ"ט בניסן התשפ"ד (‏7.5.2024).

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313ש ו פ ט | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט ת |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

22083130\_P09.docx יכ

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852\* ; אתר אינטרנט, [https://supreme.court.gov.il](https://supreme.court.gov.il/)

י' אלרון 54678313-8313/22

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)