



ת"פ 59832/10/13 - מדינת ישראל נגד יצחק אטדגי

בית משפט השלום בקריית גת

בית משפט השלום קריית גת

ת"פ 59832-10-13 מדינת ישראל נ' אטדגי

בפני: כבוד השופט אור אדם, סגן הנשיאה
המאשימה מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד רחל חג'ג' שמיר מלשכת תביעות לכיש
נגד הנאשם יצחק אטדגי ע"י ב"כ עו"ד ליבת אזולאי

הכרעת הדין

רקע כללי

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו חבלה חמורה בניגוד לסעיף 333 לחוק העונשין התשל"ז - 1977. הנאשם הוא הגרוש של א' א' (להלן: "א"), שבן זוגה הנוכחי הוא א' ח' (להלן: "המתלונן"). בכתב האישום נטען כי ביום 9.10.12 בסמוך לשעה 21.00 ב*****, התפתחה תגרה בין הנאשם למתלונן. בהמשך תקף הנאשם את המתלונן בכך שהלם בו באגרוף בעודו אוחז בצרור מפתחות ופגע בו באזור עין שמאל. כתוצאה מהמכה נזקק המתלונן לטפול רפואי ועבר ניתוח כאשר נמצא חתך בעין עם חשש להפרדות הרשתית. שבועיים לאחר מכן, עבר המתלונן ניתוח נוסף בעינו לשם הוצאת שארית העדשה.
2. אין מחלוקת בין הצדדים, כי ביום האירוע הגיעה א' יחד עם המתלונן ל***** על מנת להפרד מהבנות שהיו אמורות לצאת לפנימייה. אין מחלוקת כי בשלב ראשון נשאר המתלונן ברכב ולאחר דין ודברים בין הנאשם לא', יצא המתלונן מן הרכב והתפתחה קטטה בין הנאשם לבין המתלונן, במהלכה גם נפלו על הקרקע. אין מחלוקת כי בסופו של האירוע, נמצאה חבלה בעינו של המתלונן, כאשר כעולה מהתיעוד הרפואי ומעדות הרופאה נראה שאכן מדובר בחבלה חמורה. המחלוקת בין הצדדים, נוגעת בעיקרה לשאלה כיצד נגרמה החבלה בעינו של המתלונן. לגרסת המאשימה החבלה נגרמה כתוצאה מאגרוף שהטיח הנאשם במתלונן בתום הקטטה, ואילו גרסת ההגנה הינה כי החבלה נגרמה תוך כדי ההתגוללות של המתלונן והנאשם על הרצפה במסגרת הקטטה, ושלא על ידי הנאשם.

מסכת הראיות

3. מטעם התביעה העידו לגבי נסיבות האירוע המתלונן וא', ומטעם ההגנה העידו הנאשם ובתו הקטינה ה"א (להלן: "הקטינה"). עדים נוספים היו שוטרים שחקרו את התיק והרופאה שטיפלה במתלונן.
4. **עדות המתלונן** המתלונן בעדותו בבית המשפט, העיד שתחילה נשאר בתוך הרכב אולם כאשר

עמוד 1



שמע קללות וגידופים בין א' והנאשם, לאחרים התקרב הנאשם לא' בתנועה מאיימת - יצא מהרכב. בחקירה הנגדית הבהיר המתלון, כי מיד כשיצא קרא לעברו הנאשם: "**בוא אני אזין אותך**" והסתער לעברו באגרופים (ע' 20 ש' 19 לפרו'). בהמשך, לדבריו, הנאשם התנפל עליו באגרופים והתגרה ירדה לכביש. כאשר ניתק מגע מהקטטה וביקש לחזור לרכב, קילל אותו שוב הנאשם ותקף אותו עם צרור מפתחות שבידו בעין. המתלון תיאר כי בעקבות האירוע הוא אינו רואה כלל בעין שמאל ותיאר עד כמה הדבר מפריע לו (עמ' 18 לפרו'). המתלון הכחיש כי הוא תקף את הנאשם ולא היה לו הסבר מניח את הדעת לתיעוד הרפואי שהגיש הנאשם במסגרת התעודה הרפואית **נ/1**. המתלון נשאל אם הוא תקף את הנאשם, והשיב כי הוא ניסה להתגונן מפני המכות שקיבל. המתלון הסביר כי הנפילה היתה כשהוא רצה לחזור לאוטו ולפני המכה בעין לא היתה נפילה (ע' 20 ש' 23 לפרו'). המתלון נשאל אם הקטינה ה"א התערבה וניסתה להפריד והכחיש עניין זה (ע' 21 ש' 10 לפרו'), בניגוד לעדותה של א', אם כי בהמשך החקירה הסביר כי: "**בשלב הראשוני של התגרה כשה התחיל, הבנות היו בינינו, ולא רציתי שהבנות תפגענה אז נסוגתי לאחור וניסיתי להיכנס לאוטו...**" (ע' 22 ש' 1-2 לפרו').

5. **עדוה של א'** א' העידה, כי תחילה נשאר המתלון ברכב. הנאשם הגיע לקראתה, החל לקלל אותה וכשהעירה לו על כך, הוא החל לקלל גם את המתלון, שהיה עדיין באוטו, ואמר שאם יצא מהרכב הוא "**יראה לו מה זה**". כאשר הנאשם התקדם לכיוונה תוך הרמת יד, יצא המתלון מהרכב כדי לשאול מה קורה והנאשם תקף אותו והקטטה ירדה לכביש. הבנות צעקו להפסיק והקטינה ה"א אף ניסתה להפריד. כאשר המתלון נסוג אחורה כדי שלא לפגוע בילדה, לקח הנאשם את צרור המפתחות שהיה בידו ונתן אגרוף בעין של המתלון (ע' 9 לפרו'). בהמשך שבה א' על הציטוט של הנאשם לפני שהמתלון יצא מן הרכב: "**תגידי לחבר שלך הקוקסינל ההומו שאני יראה לו מה זה**" (ע' 12 ש' 22 - 23). במסגרת החקירה החוזרת, התבקשה א' לתאר שוב איך היתה המכה. היא חזרה על הגרסה לפיה המתלון נסוג אחורה כדי לא לפגוע בילדה, ובאותו רגע נטל הנאשם את צרור המפתחות ונתן אגרוף למתלון.

6. הרופאה **דר' לובה רודוב** אישרה את כל התיעוד הרפואי ת/2 שנערך במסגרת עבודתה. היא נשאלה אם מניסיונה היא יכולה לקבוע ממה נגרמה החבלה, והשיבה כי מדובר בפרפרציה בגלגל העין שמשמעה חתך בעין פתוחה שחייב ניתוח לסגירת גלגל העין. הרופאה לא יודעת כיצד נגרמה החבלה, אולם היא קבעה שזו חבלה בעוצמה גבוהה שהיה מעורב בה משהו חד (ע' 16 ש' 5-6 לפרו'). הרופאה גם אישרה כי בעין זו ראייתו מוגדרת כעיוורון. בחקירה הנגדית נשאלה הרופאה אם החבלה יכול להיגרם מנפילה על מדרכה והשיבה שקשה להאמין כי צריך להיות דבר מה בולט שיכנס לתוך העין.

7. **עדות הנאשם** הנאשם בעת חקירתו במשטרה **ת/1**, ציין רק שהמתלון יצא לפתע מן הרכב, שאל: "**מה אני הומו**" והפתיע את הנאשם בבוקס לפני שהפילו לרצפה. בהמשך ההודעה, הנאשם אכן מכנה את המתלון "**ההומו שלה**". אמירות אלה מחזקות את טענת התביעה בענין הדברים שאמר שנאשם טרם שהמתלון יצא מהרכב. הנאשם נשאל בחקירה איך נגרם למתלון הדימום בעין, והשיב שהדימום נגרם



מהתגוששות והוא אינו יודע כיצד זה קרה.

8. הנאשם בעדותו בבית המשפט, לגבי נסיבות האירוע ציין כי עוד לפני האירוע היה מסוכסך עם א' על רקע מסרונים מאיימים שקיבל. כאשר הגיע לזירה שאל את א' למה המתלון הגיע ואז המתלון יצא בהיסטריה והתנפל עליו באגרופים. מתוך התגוננות חיבק אותו ושניהם נפלו למדרכה ולאחר מכן קמו והלכו. כל תיאור זה בחקירה הראשית של הנאשם, לא מתואר כלל איזה שהוא אירוע במהלכו נגרמה החבלה הקשה בעינו של המתלון. בחקירה הנגדית טען הנאשם כי בכלל לא היה עצבני. הנאשם אישר שיכול להיות שקילל את המתלון "אתה הומו". הנאשם נשאל בחקירה הנגדית, כיצד לדעתו נגרמה החבלה בעין שלטענת הרופאה צריכה להיגרם מחדירה של חפץ חד לעין והשיב: **"יכול להיות כי נפלנו. הוא קפץ עלי. הוא פוצץ אותי ולא אני פוצצתי אותו. אולי הוא נפגע מזה"** (ע' 32 ש' 24 - 25). עם זאת הנאשם אישר כי המפתח היה בידו בעת הקטטה וכי הוא לא יודע אם ואיך המפתח נכנס לעין. (ע' 33 ש' 28). בהמשך אישר הנאשם כי אמר למתלונת: **"למה הבאת את ההומו הזה"** (עמ' 36 ש' 2 - 3). בהמשך כאשר נשאל שוב כיצד נפגעה עינו של המתלון הוא השיב: **"זה בעיה שלו הוא נפל עליי"** (עמ' 36 ש' 6).

9. **הקטינה ה"א** מחלוקת מרכזית בין הצדדים נוגעת להודעתה של ה"א, בתו של הנאשם, במשטרה ועדותה בבית המשפט. הקטינה ה"א, אשר נחקרה במשטרה, נרשמה תחילה כעדת תביעה, כמו גם אחותה ח"א. לאחר שמיעת כל עדי התביעה האחרים, התרה בית המשפט במאשימה לוותר על עדויותיהן של הקטינות, על מנת לצמצם את הפגיעה הנפשית אשר עלולה להיגרם להן ממתן עדות במשפט המתנהל כנגד אביהן. בסופו של דבר, לאחר לבטים לא מעטים, נאותה המדינה לוותר על עדויותיהן של שתי הקטינות ובהן גם הקטינה ה"א. חרף האמור לעיל, במהלך פרשת ההגנה, לאחר שהעיד הנאשם, ביקשה ההגנה במפתיע להעיד את ה"א כעדת הגנה. אף כאן התרה בית המשפט בהגנה, כי תשקול לוותר על העדות כדי למנוע את הנזק הנפשי הכרוך בעדות כזו, אולם ההגנה עמדה על העדת הקטינה כעדת הגנה מטעם הנאשם.

10. ה"א היא בתם של א' והנאשם, היא ילידת 2001 דהיינו היתה בעת האירוע כבת 11 וחודשיים ובעדת עדותה בבית המשפט כבת 13 ו- 11 חודשים. ה"א נחקרה על ידי שוטר רגיל, הוא עד ההזמה השוטר יואב עזר, ולא על ידי חוקר ילדים.

11. בחקירתה במשטרה **ת/4** מסרה ה"א גרסה כדלקמן: **"הבאתי חיבוק לאמא, ואבא אמר שאמא תלך. ואז אמא אמרה שהוא בא לאיים עליה, אבל אני לא ראיתי שאבא איים על אמא. אני לא ראיתי דבר כזה. ואז א' יצא מהאוטו ודחף את אבא והתחילו לריב. אני ואמא ואחותי ניסינו להפריד. ח' (השם המלא במקור) אחותי היתה איתנו, ואמא אמרה לאבא: חכה חכה עוד יקחו לך את הילדים, ואז אמרתי לאמא שאף אחד לא יקח אותי מאיתנו. ואבא וא' המשיכו לריב, התנגלו על הכביש. אבא נשכב על הכביש וא' הרביץ לו. ואז הם קמו מהכביש, ואבא נראה לי נתן אגרוף**



לא', ולא' המפתחות נכנסו לו לעין, אז א' נכנס לאוטו והתנפחה לו העין (ת/ש' 4-14).
בהמשך החקירה, נשאלה ה"א לאיזה מקום נתן הנאשם למתלון את האגרוף, היא השיבה: **"לעין. אבא לא נתן לו אגרוף כזה חזק. המפתחות אשמות כי הם עפו לו מהיד"** (ת/ש' 21-22).

12. בעדותה בבית המשפט, סתרה ה"א את האמור בחקירתה במשטרה. ה"א העידה, כי כאשר הגיעו המתלון וא', יצאה האם א' מהרכב ואמרה שלום, אולם הנאשם שאל אותה מדוע הביאה את בן זוגה. המתלון יצא מהאוטו, והתחילה קטטה בין הנאשם והמתלון, במהלכה הם התגלגלו על הכביש ורבו האחד עם השני. לדבריה היא זוכרת שהמתלון הכה את אביה, ופתאום הם הפסיקו לריב והיא ראתה את העין של המתלון נפוחה. כבר בחקירה הראשית, נשאלה ה"א לגבי האגרוף, והשיבה שהיא **לא זוכרת דבר כזה. אם אמרה דבר כזה בחקירה, היה זה בגלל שאמה אמרה לה כל מיני דברים. מיד לאחר מכן תיקנה ואמרה שהיא לא אמרה דבר כזה בחקירה** (ע' 39 ש' 12-18 לפרו'). כבר כאן ניתן לציין כי מדובר בהסבר בעייתי: אם ההודעה לגבי האגרוף ניתנה בעקבות הדחה של האם א', אז אין צורך להכחיש שהדברים נאמרו לחוקר. אם הדברים לא נאמרו לחוקר, אין מקום לטענה כי מדובר בהסתה של האם.

13. בחקירה הנגדית, חזרה שוב ושוב הקטינה ה"א על כך שהיא באה רק בשביל להגיד את האמת, אולם בכל פעם שעומתה עם עדויות אחרות או הודעתה שלה, השיבה שאיננה זוכרת. ה"א אישרה כי בסמוך לאירוע, כאשר מסרה את הודעתה, זכרה טוב יותר את האירוע, אם כי מיד סייגה כי יכול להיות שלא זכרה בסמוך לאירוע (ע' 40 ש' 25-29 לפרו'). כשהוצג לה"א ציטוט מאמרתה במשטרה, היא השיבה שהשתמשה בביטוי **"נראה לי"**, כי זה לא בוודאות ואם אמרה כך יכול להיות שזה בגלל שאמא שלה אמרה לה דבר כזה.

14. בעקבות הסתירה בין עדותה של ה"א להודעתה במשטרה, הגישה המאשימה את הודעתה של ה"א כאמרת חוץ של עד, ע"פ סעיף 10א' לפקודת הראיות, והוכיחה את מתן האמרה ע"י זימונו של גובה ההודעה לעדות כעד הזמה.

הטיעון המשפטי בקשר לעדותה של ה"א

15. החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) התשט"ו - 1955 (להלן: **"חוק הגנת ילדים"**) נחקק על מנת להגן על ילדים מפני חקירה או עדות בבית המשפט אשר עלולות לגרום להם נזק נפשי. החוק לתיקון דיני הראיות הוחק מתוך מגמה להגן על הקטין מפני הטראומה של חקירה במסגרת הליכים משפטיים, בדרך הרגילה, לאחר שרופאים ופסיכולוגים הגיעו לכלל דעה, שעדותם של ילדים בעבירות מיניות וחקירתם המשפטית בדרכים המקובלות ובמיוחד בחקירת שתי וערב, עלולות לגרום נזק נפשי רב לילד ולהשפיע השפעה שלילית על התפתחותו. המחוקק לא העניק בעניין זה שיקול דעת לבית המשפט, אלא הותיר עניין העדתו של הקטין לשיקול דעתו של חוקר הנוער. ההוראות שבסעיפים 2 ו-4 לחוק הן הוראות קוגנטיות שאין לעקפן על ידי הסכמה של הורי הקטין או באי כוח בעלי הדין (ע"פ 1880/91 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פד מה (3) 137 (15/05/1991), פסקה 7 לפסה"ד).



16. סעיף 2 (א) לחוק הגנת ילדים קובע: **"אין מעידים ילד על עבירה המנויה בתוספת, שנעשתה בגופו או בנוכחותו או שהוא חשוד בעשייתה ואין מקבלים כראיה הודעתו של ילד על עבירה כאמור אלא ברשות חוקר ילדים"**.
סעיף 4 לחוק הגנת ילדים קובע: **"אין חוקרים ילד בעבירה המנויה בתוספת אלא על ידי חוקר ילדים"**.

התוספת מגדירה את העבירות לגביהן חלה תחולת סעיפים 2 ו- 4 לחוק הגנת ילדים ובין השאר בסעיף קטן ו' לתוספת קובע: **"עבירה לפי סעיפים 329 (א)1, 333, 334, 335, 361, 362, 363, 364, 365, 367, 372, 373, 374, 377, 380 ו- 382 לענין עבירה לפי סעיף 380 לחוק העונשין, שלא בקשר לתאונת דרכים, למעשה טרור או פגיעת איבה, והחשוד בביצוע עבירה הוא הורה או אח של הילד והנפגע בעבירה הוא אחד מהם או הילד"**.
סעיף 1 לחוק הגנת ילדים מגדיר הורה לרבות בן זוגו של הורה.

17. בעניינינו, מדובר בעבירה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, כשהחשוד בביצועה הוא הורה של ה"א, והנפגע בעבירה הוא הורה של ה"א, בהתאם לסעיף ההגדרות המגדיר הורה גם כבן זוג של הורה. **לפיכך חלות הוראות סעיף 2 ו- 4 לחוק הגנת ילדים על העבירה נשוא עניינינו.**

18. אשר על כן, בהתאם להוראות חוק הגנת ילדים, היה על המשטרה לחקור את ה"א על ידי חוקר ילדים וניתן היה להעיד את ה"א בבית המשפט רק לאחר מתן רשות מחוקר ילדים. למרות זאת, בניגוד לסעיף 4 לחוק, נחקרה הקטינה ה"א ע"י שוטר רגיל. הקטינה ה"א גם העידה בבית המשפט ללא אישור חוקר ילדים, בניגוד לסעיף 2 לחוק הגנת ילדים. במהלך עדותה סתרה הקטינה ה"א את הודעתה, והמאשימה בקשה להגיש את אמרתה בהתאם להוראות סעיף 10א' לפקודת הראיות.

19. בוצעה איפוא הפרת כפולה של הוראות חוק הגנת ילדים: הן הפרה של המאשימה, בחקירת הקטינה ה"א על ידי חוקר רגיל, והן הפרה של הסניגוריה, בהעדתה של הקטינה ה"א בבית המשפט כעדת הגנה ללא רשות חוקר ילדים. מה ההשלכה של הפרות אלה? המאשימה טענה כי ויתרה על עדותה של הקטינה ה"א, אולם לאחר שההגנה בחרה משיקוליה להעיד את ה"א, בניגוד לסעיף 2 לחוק ולמרות הנזק שנגרם לה כתוצאה מן העדות, הרי שלא ניתן להתעלם מגרסה מוקדמת שנתנה הקטינה ה"א גם אם אותה גרסה נגבתה שלא כחוק. ההגנה טענה לעומת זאת כי מדובר בראיה שהושגה באופן פסול, באשר לחוקרי ילדים מומחיות מיוחדת על פי הפסיקה לחקירת ילדים ולכן בהתאם להלכות האחרונות בענין ראיות שהושגו באופן פסול, יש להתעלם מההודעה נוכח האופן הפסול בו היא נגבתה, ולהתייחס אך ורק לעדותה, המחזקת את גרסת אביה הנאשם.

20. פרשת יששכרוב (ע"פ 5121/98 רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, (4.5.2006)), שינתה מושכלות יסוד במשפט הפלילי. עד לפרשת יששכרוב, פרט לחריגים מוגדרים, לא חל הכלל האמריקאי של "פירות העץ המורעל". בענין יששכרוב מדובר היה בהודאה שנגבתה מחשוד לאחר שהופרה זכותו להוועץ בעורך דין. בית המשפט העליון קבע כי ראיה שהושגה באמצעים פסולים עשויה להפסל אם קבלת הראיה תפגע משמעותית בזכות הנאשם להליך הוגן. ואולם, אין מדובר בפסילה אוטומטית או מוחלטת: יש לבחון את אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת ההשפעה של



אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, מתמקדת בהתנהגותם הפסולה של רשויות החקירה, ומביאה בחשבון את השיקולים הבאים: האם מדובר בהפרה טכנית או קלה ; האם מדובר בהתנהגות בתום לב או במזיד ; האם ישנן נסיבות מקלות לביצוע ההפרה ; האם ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי וכד'. עוד שומה לבחון, אם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה, נבחנים בין היתר בחשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. שכן אם פסילת הראיה תוביל לכך שהאשם לא ייתן את הדין - התוצאה עלולה לפגוע בעשיית צדק ובאמון הציבור. הלכת יששכרוב זכתה לפרשנויות רבות בהתאם לנסיבות כל הפרה שהביא להשגת ראיה. בעניין פרחי (ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל**, (01/08/2011)), נקבע כי הלכת יששכרוב יצרה לראשונה במשפטנו דוקטרינת פסילה כללית, הנוגעת לראיות שהושגו בניגוד לדין ושקבלתן כראיה תוביל לפגיעה בהוגנות ההליך. משמעות הדברים היא במתן משקל נכבד לזכויות הנאשם, לצד הערכים הנוהגים עימנו מאז ומתמיד - גילוי האמת ולחימה בעבריינות. אם בעבר נדמה היה כי ראיות קבילות הן מעצם הגשתן לבית-המשפט, הרי שכיום דין של הראיות, לקבילות או לפסלות, ייחרץ גם בכפוף לביקורת שיפוטית אודות הדרך בה הושגו. עם זאת, התהליך של הטמעת נקודת האיזון החדשה והתאמתה להוראות חוק שונות ולנסיבות המשתנות ממקרה למקרה, הינו מורכב ואיטי (שם, פסקה 7 לפסה"ד). בעניין פרחי מדובר היה בדגימת רוק שנלקחה מהנאשם במסגרת מחקר כאשר הובטח לו כי לא תשמש לכל הליך אחר. הראיה נפסלה על יסוד הקביעה כי: **"גרעין הפגיעה מצוי בכל זאת בזכות להליך הוגן, ובתוצאה של שלילת יכולת המערער להלחם על חפותו..."** (שם, פסקה 14 לפסה"ד). ובהמשך, בקשר לראיות אחרות שהושגו בעקבות הראייה שהושגה באופן פסול: **"כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן. אמות המבחן לכך יהיו אותם שיקולים המשמשים את הראיה הראשית בשינויים המתאימים. בתוך כך, יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית"** (שם, פסקה 20 לפסה"ד). בעניין פרחי, גם הראיה המשנית נפסלה, אולם ההרשעה נותרה על כנה לנוכח כלל הראיות האחרות. בעניין אחמד (ע"פ 1410/10 **חאלד שייח אחמד נ' מדינת ישראל**, (14/07/2011)), אישר בית המשפט הודאה, למרות פגמים בהשגתה, מאחר והודגש כי תנאי לפסילת הראייה מחייב קשר סיבתי בין הפעלת האמצעי הפסול ומסירת ההודיה. בעניין אלמגור (ע"פ 9897/05 **אליהו אלמגור נ' מדינת ישראל**, (23/11/2006)), מדובר היה באי זימון עורך דין לחיפוש. בית המשפט העליון קבע, כי הזכות להיעזר בעורך דין בשלבי החקירה השונים היא זכות מרכזית במסגרת ההליך הפלילי ההוגן - אולם, התנהגותם של השוטרים בחיפוש אינה מביאה למסקנה ההכרחית שיש לפסול את הראיה שהתגלתה עקב החיפוש, מאחר שמתקיימת **הזיקה הנדרשת** בין ההתנהגות הפסולה של השוטרים לבין מציאת הראיה. גם לולא היו נכשלים השוטרים באי הזמנת עורך הדין, היתה הראיה מתגלית. לפיכך ניתן לקבוע כי לחולצה שנמצאה יש קיום עצמאי ללא קשר



לאי החוקיות שבפעולת המשטרה, וכי הפגם לא השפיע על מהימנותה של הראיה (שם, פסקה 11 לפסה"ד).

21. **מן הכלל אל הפרט** - בניגוד לפסיקה העניפה בנוגע לפסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות הנאשם, בענייננו אין מדובר בפגיעה בזכות הנאשם, אלא בפגיעה בזכותה של הקטינה, ובעיקר בהגנה עליה. בעניין זה, אף אם נעשתה הפרה של הוראות חוק הגנת ילדים, בכך שהקטינה ה"א נחקרה ע"י שוטר ולא ע"י חוקר ילדים, הרי שאין מדובר בפגיעה בזכות של הנאשם. טוב עשתה המאשימה שלאחר שיקול דעת ויתרה על עדותה של הקטינה, כדי למנוע נזק נוסף. דווקא ההגנה עמדה על העדתה של הקטינה, תוך חשיפתה לחקירה נגדית, קל וחומר לאחר שהיה ברור כי היא עומדת לסתור את הודעתה - דבר שללא ספק גרם לקטינה ה"א נזק משמעותי.

22. ההגנה טענה, כי בעת החקירה היתה הקטינה ה"א בת 11 בלבד, ובעת מתן העדות היתה הקטינה כבר קרוב לגיל 14. יש טעם רב בטיעון זה, שכן לגיל יש משמעות רבה, ועובדה היא שהמחוקק מחייב היתר מחוקר ילדים לעדות ילד רק עד גיל 14. ואולם, חקירה נגדית בבית משפט היא קשה לקטין יותר מחקירה במשטרה, שלפי נוסחה לפחות, היתה זהירה ורגישה.

23. עוד טענה ההגנה, כי חוקר ילדים הוא בעל מומחיות ומיומן בגביית הודעות מקטינים, בניגוד לחוקר רגיל. בניגוד לשוטר רגיל, חוקר ילדים הוא מיומן בניתוח מהימנותם של קטינים וחוות דעתו בעניין זה אפילו קבילה בבית המשפט. אכן, לא בכדי דרש המחוקק כי קטין מתחת לגיל 14, המוסר הודעה בעבירות מסוימות, יחקר ע"י חוקר ילדים. אלא המחוקק קבע זאת חרף הפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם, כדי להגן על שלומם הקטינים, ולא על זכויות הנאשם (!). בענייננו, הבאתי בחשבון טענה כבדת משקל זו, לפיה החקירה נעשתה ע"י שוטר רגיל ולא ע"י חוקר ילדים מיומן, ולכן אפשר שעלו בחקירה תכנים שגויים. עם זאת, לאחר עיון מעמיק בהודעה, מצאתי שהפגם איננו מפחית במידה משמעותית במשקל ההודעה. למרות שהיה מקום לחקור את הקטינה ה"א ע"י חוקר ילדים כנדרש בחוק, הרי שנוסח ההודעה, בו מגינה הקטינה על אביה הנאשם, מלמד כי אין מדובר בחקירה מוטה, אלא בגרסתה האמיתית של ה"א בדבר האירועים כפי שהתרחשו.

24. הפסיקה ציינה כמה מבחני עזר על מנת לבחון אם יש מקום לפסילת ראיה שהושגה תוך הפרת הוראות החוק: האם מדובר בהפרה טכנית או קלה? הסניגורית עצמה ציינה במהלך הסיכומים כי מבחינת דברי ההסבר לחוק והמקרים בהם עוסקת הפסיקה, מדובר בעיקר בעבירות ממש בתוך המשפחה או בגופו של הקטין (ע' 54 ש' 24-26 לפרו'). אכן, גם אם פורמאלית המתלונן נחשב הורה של ה"א, בפועל מדובר בבן זוג של האם שהקטינה איננה חיה עימו, כך שמדובר במקרה גבולי, וההפרת החוק היא קלה יחסית. האם מדובר בהתנהגות בתום לב או במזיד? כפי שעלה במפורש בחקירת העדים, אין מדובר במקרה מובהק של חקירת ילדים, ומדובר בטעות בתום לב של המשטרה. האם ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי? בהתחשב באופי מסירת גרסתה במשטרה, ההנחה היא שלו היתה הקטינה ה"א נחקרת



ע"י חוקר ילדים, היא היתה מוסרת גרסה דומה.

25. מכל האמור לעיל עולה, כי גם אם המאשימה הפרה את הוראות החוק, הרי שאין בפגם זה כדי לפסול מכל וכל את ההודעה שנגבתה שלא כדין.

26. **הגשת האמרה ע"פ הוראות סעיף 10א'** מרגע שההגנה בחרה להעלות את ה"א על דוכן העדים כעדה מטעמה, קמה למאשימה הזכות לחקור את הקטינה בחקירה נגדית, ולעמת אותה עם גרסה קודמת שנמסרה על ידה. בעניין זה אין נפקא מינה להפרת החוק שבאופן מסירת ההודעה, שהרי אם בית המשפט צריך להכריע על יסוד אמינות גרסתו של עד, חייב הוא להיות מודע לגרסאות קודמות שמסר.

27. סעיף 10א' לפקודת הראיות, קובע כי אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם מתן האמרה הוכח במשפט; נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור; ואם העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.

28. למרות שבדרך כלל מופעל הסעיף בקשר לעדי תביעה עוינים, הרי שהסעיף מדבר על "עד" ועל "אמרת חוץ" שנמסרה על ידו, ואינו מייחד את האמור רק לעדי תביעה. הקטינה ה"א היתה עד במשפט, ניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותה, ועדותה היתה שונה בפרטים מהותיים מאמרת חוץ שמסרה קודם לכן.

29. ההגנה טענה שלמרות העמידה הפורמאלית בדרישות סעיף 10א' לפקודה, אין מקום להפעילו, שעה שההודעה נגבתה תוך הפרת הוראות חוק הגנת ילדים. בעניין טובול (ד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' דוד טובול**, פד מב(4), 309(11/12/1988)), קבע כב' הנשיא דאז שמגר, כי מעצם טיבה, אמרה איננה מוגבלת להודעה שניתנה במשטרה דווקא, ואין לראות בה רק מילה נרדפת להודעה הנמסרת על פי דין בפני איש מרות. הפירוש הלשוני הראשוני למונח "אמרה", מבטא הבעה בעל פה. אין הכוונה להבעה המילולית בלבד, הוצמד למונח שבפנינו התנאי הנוסף והמפורש של הכתב, ודומה שלא יכול להיות ספק בכך, כי אמרה הנמסרת על ידי נחקר ישירות בכתב, מבלי להביעה תחילה בעל פה, אף היא אמרה לענייננו. אמרה אינה דווקא בדיבור שבעל פה. היא כל ביטוי אנוש שיש בו רלבנטיות לדיון... (שם, פסקה 17 לפסה"ד). אין בחוק הגדרה למונח "אמרת חוץ של עד", וניתן ללמוד את משמעותו מן ההקשר הניסוחי וממטרתו של דבר החקיקה. מבחנים אלה מוליכים את הפרשן אל הפתרון המבאר את משמעות המונח לפי **פירוש המילולי הרגיל והמקובל. הווה אומר, הכוונה לדברים שנאמרו בנסיבות כלשהן מחוץ לבית המשפט.** דבר החקיקה שבפנינו לא ביקש לייחד את השימוש במונח הנ"ל להודעות הניתנות בנסיבות מיוחדות, למשל, במסגרת חקירה משטרתית, כי אין תיאור לוואי מסייג כאמור המתלווה למונח (שם, פסקה 35 לפסה"ד).

30. ממש כמו בעניין טובול, גם בענייננו מדובר באמרת חוץ בכתב ששמע שוטר מפי עד, ורשם אותה באופן מיידי. העובדה שמדובר בהודעה בכתב, שהוקראה לקטינה ונחתמה על ידה, רק מחזקת את משקלה למול



הלכת טובול. לפיכך אמרת החוץ של ה"א, היינו דברים שמסרה לשוטר ותועדו בכתב, ודאי עומדת בדרישות סעיף 10א' לפקודת הראיות, חרף הפגם שבאופן מסירתה. באשר להעדפת ההודעה במשטרה או העדות בבית המשפט - אתייחס בהמשך.

31. הטענה לגבי הפרת חובת הידוע הסניגורית טענה כטענה מקדמית (עליה לא חזרה בשלב הסיכומים) כי הופרה חובת הידוע והשימוע הקבועה בסעיף 60 א' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982. מדובר בעבירה מסוג פשע, כאשר הנאשם לא היה עצור בעת הגשת כתב האישום, ולכן שומה היה על המאשימה לשלוח לנאשם הודעה על העברת חומר חקירה ולאפשר לו להגיש בקשה מנומקת להימנע מהגשת כתב האישום בתוך 30 יום. בעניין זה יצוין כי כיוון שהסניגוריה לא חזרה על הטענה באופן מפורט בשלב הסיכומים, לא קיבלתי את עמדת המאשימה לטענה זו, וייתכן והיו שיקולים כבדי משקל להעדר הידוע.

32. בעניין ח"ה (ע"פ 1053/13 ח.ה. נ' מדינת ישראל, (23/06/2013)), מדובר היה השימוע שנערך באיחור, לאחר הגשת האישום. בית המשפט העליון קבע, כי לא כל הפרה של חובת הידוע תביא לביטול כתב האישום. השימוע נועד לאפשר לחשוד בעבירה מסוג פשע לשטוח את טענותיו לפני הרשות המוסמכת קודם שתחליט אם יש מקום להעמידו לדין. ככל שיהא ביד החשוד לשכנע את התביעה שאין להעמידו לדין, תיחסך ממנו הפגיעה האינהרנטית הנלווית לאישום פלילי בעבירה חמורה. השימוע עשוי לחדד את המחלוקות בין הנאשם לתביעה ולייעל את ניהול ההליך; הוא אף עשוי לעודד הידברות בין התביעה להגנה בניסיון לגבש עסקת טיעון. כדי שיגשים את תכליותיו באופן מיטבי, יש לקיים את השימוע מראש. זהו הכלל, וככל שאין טעמים לסתור, מן הראוי להקפיד עליו. סעיף 60א' נחקק כדי לאזן בין הצורך לשמור על עקרון השוויון מחד גיסא, לבין האינטרס הציבורי בהגנה על יעילות עבודת רשויות התביעה מאידך גיסא. על רקע זה יש לבחון את נפקות הפגם. החלטת התובע על העמדת המערער לדין היא החלטה מינהלית. בהחלטה זו נפל פגם שכן שימוע לא נערך קודם להגשת כתב האישום. אולם כלל ידוע הוא כי יש להבחין בין פגם בהליך לבין תוצאת הפגם. פגם משפטי מאותו סוג עשוי להוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. מטבע הדברים, החלטת דוקטרינת הבטלות היחסית בנוגע לפגם משפטי בפעולת הרשות נעשית תמיד על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה. בעניין ח"ה קבע בית המשפט העליון כי חרף הפגם אין מקום לביטול האישום, שכן אין חולק שהמערער פצע את המתלונן וגרם לו חבלה חמורה, ולאחר שבית המשפט המחוזי קבע שביצע את העבירה, אין מקום להתערב במסקנתו (שם, פסקאות 9-11 לפסה"ד).

33. אף בעניינו, מהחומר שעמד בפני התביעה, לא ניתן ללמוד כי אם היה הנאשם מקבל הודעה על הכוונה להגיש כתב אישום, והיה שוטח את טענותיו, קיים סיכוי שהיתה מתקבלת החלטה אחרת. מדובר בחבלה חמורה שעל פי חומר החקירה שעמד בפני התביעה נגרמה ע"י הנאשם, גם ללא עדותה של הקטינה ה"א. לכל היותר אפשר שבעקבות שימוע כזה, היתה המאשימה מתקנת את התקלה וחוקרת את הקטינה ה"א באמצעות חוקר ילדים. כאמור לעיל, גם ללא הודעתה של ה"א היו די ראיות להגשת האישום, והפגם, אם קיים (שכן התביעה לא הביאה את הסבריה), איננו מצדיק ביטול האישום.



דין והכרעה

34. לאחר ששמעתי עדויות כל העדים, שוכנעתי כי החבלה בעינו של המתלון נגרמה ממכה שנתן הנאשם למתלון בשלב האחרון של הקטטה, כאשר הוא אוחז בידו מפתח. ההגנה טענה לשורה של סתירות בעדויותיהם של א' והמתלון. עיינתי בעדויותיהם לעומק ולא מצאתי כי מדובר בסתירות מהותיות. בשתי העדויות, של א' מזה ושל המתלון מזה, עלתה גרסה דומה באשר לתחילת האירוע, גרסה שגם הנאשם הודה בחלקה בלשון רפה. האירוע החל בכך שהנאשם התעצבן על כך שהמתלוננת הגיעה להיפרד מהבנות יחד עם בן זוגה הנוכחי. הנאשם קילל את המתלון בכינוי גנאי שפורטו לעיל והתקרב אל א'. בשלב זה יצא המתלון מן הרכב לעברו של הנאשם והקטטה החלה. אין לי צורך להכריע בשאלה אם מדובר היה בתנועה מאיימת כפי שטענו א' והמתלון. די בדברים שאמר הנאשם, המדברים בעד עצמם. כאשר לקטטה שהתנהלה בחלק הראשון, טרם מתן האגרוף, נכון אני להסכים כי שני הצדדים, הן המתלון והן הנאשם, לא טמנו ידם: לטענת הנאשם הוא רק הותקף על ידי המתלון ואילו לטענת המתלון הוא רק הותקף על ידי הנאשם. עובדה היא כי גם לנאשם נגרמו חבלות כעולה מהתיעוד הרפואי נ/1. גם ההיגיון הישר מלמד, כי שני הצדדים זעמו האחד על רעהו - הנאשם כעס על נוכחות המתלון ואף כינה אותו בכינוי גנאי, והמתלון וודאי נפגע מאותם כינוי גנאי ולכן יצא לעבר הנאשם. נוכח האמור לעיל, נכון אני לקבל כי גם המתלון וגם הנאשם לא מסרו גרסה מלאה ומפורטת, לפיה שניהם הכו האחד את רעהו. מרצף העדויות עולה כי בשלב מסוים עקב ניסיונות הפרדה של א' והבנות, בין במגע פיסי ובין בצעקות, נוצר נתק והמתלון נסוג אחורנית. בשלב זה, בשתי העדויות של א' ושל המתלון, עולה גרסה דומה לפיה מיד לאחר שהמתלון ניתק ניסה להתרחק, תקף אותו הנאשם וגרם לחבלה. ער אני לכך שהמתלון מסר במקום אחד כי הנפילה היתה לאחר המכה בעין, אולם בעדותו בכלולתה ברור כי היתה קטטה ראשונית לאחריה היה פירוד, ואז הגיע האגרוף וזאת בדומה לגרסתה של א'.

35. מנגד קשה היה לקבל את גרסתו של הנאשם. הנאשם הציג גרסה לפיה המתלון הוא שתקף אותו, והוא רק חיבק אותו בניסיון למנוע את התקיפה. הוא נשאל שוב ושוב כיצד בנסיבות אלה נגרמה החבלה החמורה בעינו של המתלון, חבלה שלפי דברי הרופאה נגרמה מפגיעה בעוצמה רבה על ידי חפץ חד - ולא הביא שום הסבר אחר לחבלה זו.

36. נוכח גרסאותיהם של א' והמתלון מזה ושל הנאשם מזה, ניתן היה להכריע ולקבוע את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר **גם ללא עדותה של הקטינה ה"א**.

37. לטעמי, טוב עשתה המאשימה כאשר ויתרה על עדותה של הקטינה ה"א, למרות החיזוק שיכולה היתה לתת לגרסה המפלילה, וצר הדבר כי ההגנה לא נקטה באותה דרך. מכל מקום, לאחר שההגנה העידה את הקטינה ה"א כעדת הגנה, אפשרתי להגיש גם את ההודעה שמסרה ה"א במשטרה, בכפוף לעדות גובה האמרה, שהעיד ואישר כי אלה הדברים שמסרה הקטינה ה"א.

38. הגשת הודעה של עד אפשרית בשני אופנים: הצד הקל - לשם בחינת מהימנות העד תוך בחינת הסתירות



מול העדות. הצד הכבד - לשם אימוץ תוכנה של אמרת החוץ ע"פ סעיף 10א' לפקודת הראיות. יודגש כי גם אם הייתי מחליט שלא לקבל את האמרה ע"פ הוראות סעיף 10א' לפקודה, הרי שלא ניתן היה להסתמך על עדותה של ה"א כחיזוק לגרסת הנאשם. העדות בבית המשפט היתה מבולבלת, העדה לא זכרה פרטים רבים, העדה הקטינה לא הביאה הסבר אחד משכנע לגרסה שנמסרה במשטרה. לפיכך, גם אם הייתי דוחה את הבקשה להכיר בהודעה כאמרת חוץ של עד לצורך סעיף 10א' לפקודה, הרי שלא הייתי יכול להעניק לעדותה של הקטינה בבית המשפט משקל של ממש.

39. בניגוד לעדות בבית המשפט, ההודעה במשטרה מעידה על עצמה אמינות, ויש בהודעה זו משום חיזוק לגרסה המפלילה והמסתברת יותר עליה העידו א' והמתלונן. בניגוד לדברי הקטינה ה"א, כאילו אמה הדריכה אותה, ניכר בהודעה שהבת מגוננת באופן מירבי על אביה. בניגוד לגרסת האם א', הקטינה ה"א הדגישה בהודעה ת/4, שהיא לא ראתה איום על א', למרות שא' טענה שהיה איום. בניגוד לגרסתה של א', הקטינה ה"א מסרה, כי בחלק הראשון של הקטטה המתלונן הוא זה שתקף את הנאשם. הקטינה מסרה עוד, כי גם בעת מכת האגרוף אין הנאשם אשם אלא: **"המפתחות אשמים"** הן עפו לו מהיד אל עבר העין. אם היה מדובר באמת בהדחה של האם, או ברישום כוזב של החוקר - היינו מצפים לראות הודעה המפלילה את הנאשם באופן מלא, בדומה לגרסאות של א' והמתלונן. דווקא הנוסח המהוסס והמגן של ההודעה - מלמד על אמינותה. מכאן שעיון בהודעה כולה, מלמד כי בכל ההודעה ניסתה הקטינה ה"א לגונן על אביה. למרות ניסיון חוזר ונשנה זה, חזרה ה"א בשתי הזדמנויות, גם בשורה 12 וגם בשורה 21 להודעה, על כך שבשלב האחרון לאחר שנסתיימה הקטטה, נתן הנאשם אגרוף למתלונן. קשה להאמין שקטינה אשר מתגוררת עם אביה ומנסה בכל כוחה לגונן עליו, תבדה מליבה את עניין האגרוף המופיע בהודעה.

40. בניגוד להודעה במשטרה, אשר מעידה על עצמה אמינות, העדות של הקטינה ה"א בבית המשפט היתה בעייתית. ניתן היה להתרשם כי הקטינה "נקרעת" בין רצונה להגן על אביה, עימו היא גרה, לבין רצונה להגיד את האמת. העדה נשאלה לגבי הדברים שמסרה במשטרה בנוגע לאגרוף, ושוב ושוב חזרה על הגרסה הסותרת, לפיה מצד אחד היא אמרה את הדברים משום שאמה הדיחה אותה לומר זאת, ומצד שני היא לא אמרה את הדברים והחוקר רשם דברים שלא אמרה. ה"א אישרה כי בסמוך לאירוע זכרה טוב יותר את אופן קרות האירועים, ובכל פעם שנשאלה שאלה שאיננה נוחה, השיבה כי איננה זוכרת.

41. לא נעלמה מעיני טענת ההגנה, כי מדובר בהודעה שנמסרה לשוטר רגיל, שאיננו מיומן בחקירת קטינים, בניגוד לחוקר ילדים המתמחה בכך. ואולם, נוסח ההודעה מלמד, כי למרות שמדובר בשוטר, אין מדובר בגרסה המשחירה את הנאשם באופן מעורר תמיהות, נהפוך הוא. נוסח זה מצמצם במידה ניכרת לטעמי, את הפגם בכך שההודעה לא נגבתה ע"י חוקר ילדים כמתחייב, ומאפשר העדפתה, למרות הפגם שבמסירתה.

42. נוכח כל האמור לעיל, נראה כי אין מנוס מלהעדיף את אמרת החוץ של הקטינה ה"א על פני עדותה בבית המשפט בהתאם להוראות סעיף 10 א' לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א - 1971.



43. ויודגש שוב, פסק הדין איננו מסתמך על הודעתה של הקטינה ה"א שנגבתה שלא כדין, לא על ידי חוקר ילדים. פסק הדין מסתמך על גרסאותיהם של א' והמתלונן, כאשר אמרת החוץ של ה"א רק מהווה נדבך נוסף להרשעה.

44. **היסוד הנפשי בעבירה של חבלה חמורה** ההגנה טענה כי לא הוכחה כוונה לפגוע בעינו של המתלונן. היסוד הנפשי בעבירה של גרימת חבלה חמורה הינו יסוד נפשי של פזיזות. יסוד זה בא על סיפוקו במודעות כלפי שלושת רכיבי היסוד העובדתי, ובפזיזות כלפי התוצאה שמשמעה אדישות לאפשרות התרחשותה של חבלה חמורה או אפילו קלות דעת בנטיית סיכון בלתי סביר של התרחשותה של חבלה חמורה אפילו תוך תקווה שלא תתרחש (י.קדמי, **על הדין בפלילים**, מהדורה מעודכנת תשס"ו - 2006, חלק שלישי ע' 1297). התביעה איננה חייבת להוכיח שהנאשם **רצה והתכוון** לגרום את החבלה החמורה למתלונן. די בכך שהוא יכול היה לצפות שחבלה כזו תגרם למתלונן ואפילו לא רצה לגרימת החבלה. מן הראיות עלה, כי הנאשם היה מודע לכך שהוא אוזח בידיו צרור מפתחות. כשידו האוחזת במפתחות תקפה את המתלונן באגרוף, בשלב האחרון של הקטטה - הוא יכול היה לצפות, שהדבר יביא לפגיעה בעינו של המתלונן, ויגרום לו חבלה חמורה. בכך בא לידי סיפוק היסוד הנפשי הנדרש בעבירה.

45. נוכח כל האמור לעיל, אני קובע כי המאשימה הוכיחה את האישום מעבר לכל ספק סביר ומרשיע את הנאשם בעבירה של חבלה חמורה בניגוד להוראות סעיף 333 לחוק העונשין תשל"ז 1977.

ניתן היום, ז' חשוון תשע"ו, 20 אוקטובר 2015 במעמד הצדדים.