

## בש"פ 851/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 851/15

לפני: כבוד השופט ד' ברק-ארז

העורר: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה לגילוי חומר חקירה לצורך משפט חוזר

תאריך הישיבה: כ"ח בשבט התשע"ה (17.2.2015)

בשם המבקש: עו"ד רפאל רפאלוב

בשם המשיבה: עו"ד אריה פטר

### החלטה

1. המבקש, שהורשע בביצוען של עבירות מין בבתו, מעוניין בהגשת בקשה למשפט חוזר. לצורך כך, הוא מבקש לקבל לעיונו מסמכים רפואיים הנוגעים לבדיקתה של בתו על-ידי רופא נשים לאחר התקופה הרלוונטית לאישומים. לטענתו, מסמכים אלה לא נמסרו לו מעולם, וטמון בהם פוטנציאל להביא לזיכוי, ככל שהבדיקה מעידה על היותה של הנבדקת בתולה באותו מועד. האם יש מקום להיעתר לבקשתו?

רקע והליכים קודמים

2. המבקש הואשם בביצוען של עבירות מין בבתו, ילידת שנת 1985, החל מקיץ 1998 ועד סמוך למאי 2004. במסגרת כך, יוחסו למבקש עבירות של אינוס, מעשי סדום ואיומים כנגד בתו, וכן יוחסו לו עבירות של אינוס ומעשים מגונים תוך שימוש בכוח ובאיומים ומעשים מגונים בנסיבות מחמירות כנגד אשתו. כתב האישום נגדו הוגש לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. המבקש הכחיש את כל המיוחס לו. בסופו של דבר הוא הורשע בעבירות שיוחסו לו בקשר לבתו, אך זוכה מן העבירות שיוחסו לו לגבי אשתו (תפ"ח 1090/04 השופטים ס' רוטלוי, א' טל ו-ע' סלומון צ'רניאק).

3. ביום 7.12.2005 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המבקש. בית המשפט המחוזי השית על המבקש עשרים וארבע שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו, ושלוש שנות מאסר על תנאי לשלוש שנים מיום שחרורו, כשהתנאי הוא שלא יעבור כל עבירת מין לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כן הורה בית המשפט המחוזי כי המבקש ישלם לבתו, קורבן העבירות שבהן הורשע, פיצוי בסך 70,000 שקל.

4. ערעור שהגיש המבקש לבית משפט זה על הרשעתו ועל חומרת העונש גם יחד נדחה ביום 4.7.2007 (ע"פ 701/06 המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופט א' א' לוי והשופטת (כתוארה אז) מ' נאור). טענתו העיקרית של המבקש בערעור התייחסה לאמינותה של הבת, שלגביה הוא טען כי היא מעלילה עליו וכי הגרסאות שמסרה סותרות. כאמור, בית המשפט זה דחה את ערעור של המבקש על כל חלקיו.

#### הבקשה הנוכחית

5. המבקש ריצה עד כה עשר שנות מאסר. כעת הוא מבקש לגלות לו מסמכים רפואיים של בתו, שלטענתו מהווים חלק מחומרי החקירה במשפט שבו הורשע, אך לא נמסרו לו, לפי הטענה.

6. הבקשה מסתמכת על הודעה שמסרה בתו במשטרה ביום 23.4.2004, ובה נשאלה אם קיבלה טיפול רפואי לאחר האונס שעברה לטענתה. הבת השיבה כי בגיל ארבע עשרה וחצי, לאחר שבמשך כחצי שנה לא קיבלה מחזור חודשי, אמה לקחה אותה לבית חולים ושם עברה בדיקה כללית אצל רופא נשים ובדיקת היריון. הבת העידה על התרחשות זו גם בבית המשפט, בחקירתה הנגדית.

7. המבקש טוען כי תיקה הרפואי של הבת מבית החולים, שנוגע לבדיקה הכללית שנערכה לה על ידי רופא נשים בהיותה בת 14.5, מעולם לא נמסר לו, הגם שמדובר בחומר חקירה "ראשון במעלה", אשר היה על התביעה להעמיד לרשותו.

8. יצוין כי בטרם הגשתה של בקשה זו היא הוגשה לבית משפט המחוזי בתל אביב-יפו (צ"א 49668-12-14, סגן הנשיאה ע' מודריק). ביום 6.1.2015 הורה בית המשפט המחוזי על מחיקתה של הבקשה בשל חוסר סמכות, מן הטעם שבית המשפט המוסמך לדון בבקשה לעיון במסמכים לצורך משפט חוזר הוא בית המשפט העליון.

9. המבקש מפנה לפסיקתו של בית משפט זה שהכירה בזכות לעיון בחומר חקירה קודם להגשת בקשה למשפט חוזר, בין מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) ובין מכוח סמכותו הטבועה של בית משפט זה (בהפניה, בין היתר לבש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל פ"ד נה(4) 293 (2001) ולבש"פ 3303/14 בר-יוסף נ' מדינת ישראל (9.7.2014) (להלן: עניין בר-יוסף)). לחלופין, ככל שהחומר האמור לא מצוי בידי המדינה, המבקש מבקש מבית משפט זה להורות על המצאת המסמכים או התיק הרפואי לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, או מכוח סמכותו הטבועה לעשות כן.

10. המבקש טוען כי על אף שחומר החקירה האמור היה ידוע וזמין בעת המשפט, אין לו כל ידיעה מדוע החומר לא הובא או נדרש על ידי באי-כוחו דאז. המבקש טוען כי ייתכן שהמסמכים לא התבקשו בשל חוסר מודעות לאפשרות לקבלם, או שאפשרות זו נעלמה מעיניהם של באי-כוחו במשפט. לשיטתו, הצדק וההגינות מצדיקים היענות לבקשתו. המבקש טוען כי אף ניתן היה לצפות שהתביעה תזמין בעצמה את התיק הרפואי של המתלוננת בתוקף היותה מופקדת על האינטרס הציבורי והחתיירה לחקר האמת.

11. לטענת המבקש, התייעוד הרפואי הנזכר הוא בעל פוטנציאל עצום לסייע לו לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר. המבקש טוען כי ככל שיוכח כי נכון ליום הבדיקה, בהיותה כבת 14 שנים, המתלוננת הייתה בתולה, אזי הדבר שומט את הקרקע תחת גרסתה לעניין האונס הברוטלי שעברה ומספר הפעמים שבהן היא נאנסה. הוא מוסיף, כי אם מסמכים המוכיחים זאת היו נחשפים במהלך משפטו המקורי הוא לא היה מורשע כלל.

12. המבקש עומד על הנסיבות בעניינו, וטוען שהעקרונות אשר נקבעו בעניין בר-יוסף תומכים בבקשתו. המבקש מצביע על כך שהוא עמד על חפותו המלאה מתחילת המשפט, ולכך נודעת חשיבות לעניין הצורך בבקשה למשפט חוזר. כן טוען המבקש כי חומר החקירה הנדרש הוא אך מסמכים מתיקה של הבת בבית החולים, אשר כבר קיימים ועלות המצאתם אפסית. עוד מציין המבקש כי בהמצאת החומר אין כדי לפגוע בבתי, שכן לא מדובר בבדיקה שיש לערוך, אלא בעיון במסמכים הקיימים זה שנים.

הדיון בבקשה ועמדת המדינה

13. ביום 17.2.2015 קיימתי דיון בבקשה במעמד הצדדים.

14. בא-כוחו של המבקש, עורך דין רפאלוב, חזר בדיון על עיקרי טענותיו. לגישתו, באיזון שבין חסיונם של המסמכים הרפואיים לבין זכותו של המבקש להיאבק על חפותו, יש לתת משקל לזכות זו, וכי במקרים מתאימים ניתנת בכורה לזכותו של הנאשם להגנה נאותה על פני זכותה של המתלוננת לפרטיות ולחיסיון רפואי.

15. בדיון שהתקיים בפני הודיע בא-כוחו הנוכחי של המבקש כי שוחח בטלפון עם עורך הדין שייצג את המבקש בבית המשפט המחוזי, אלא שזה זכר את הדברים באופן "מעורפל". פנייה בכתב לעורך דין זה לא נעשתה, ואף לא נעשתה כל פנייה לעורך הדין שייצג את המבקש בערעורו בבית המשפט העליון.

16. המדינה התנגדה לקבלת הבקשה. לשיטת המדינה, המבקש לא הצליח לעמוד ברף מינימאלי המצדיק כרסום בסופיות הדין בעניינו. במישור הכללי יותר, היא הצביעה על החשש מפני "סחף" בהגשת בקשות לא-מוצדקות שסודקות בסופיות הדין ופותרות פצעים ישנים. עורך דין פטר, בא-כוח המדינה, אף הוסיף שלשיטתו בקשות לא מבוססות מסוג זה אינן מחייבות דיון במעמד הצדדים (תוך הפניה לע"פ 5135/13 יגרמן נ' מדינת ישראל (2.6.2014)).

17. בא-כוח המדינה לא חלק למעשה על כך שבמקרים מתאימים יכולה להיות הצדקה לעיון במסמכים רפואיים של מתלוננת. אולם, הוא הצביע על כך שעל-פי פסיקתו של בית משפט זה מסירת חומר תיעשה רק אם הוא רלוונטי וחשוב להגנתו של הנאשם (בהפניה לבש"פ 9081/12 פלוני נ' מדינת ישראל (6.1.2013)).

18. בהמשך לכך, הוסיף בא-כוח המדינה וטען כי בנסיבות העניין לא התקיימו אמות מידה אלה. ראשית, הרשעתו של המבקש התבססה על מכלול שלם של ראיות, לרבות ההתרשמות מן העימות שנערך בינו לבין המתלוננת בו. בעימות זה, המתלוננת הטיחה בו האשמות, ואילו הוא שתק ואף ציין כי אינו טוען שהיא שקרנית. לכך נוספו חיזוקים רבים שהתבססו על עדויות של בני המשפחה (לרבות, הרחקתם של האחים מן הבית באירועים שבהם יוחסו לו עבירות המין בבתו). שנית, כך נטען, לנוכח כל אלה, אף התוצאה הטובה ביותר מבחינתו של המבקש-התייחסות לכך שהמתלוננת הייתה בתולה באותה עת - לא הייתה יכולה להיות ראייה מזכה. בהקשר זה, טען בא-כוח המדינה כי כלל לא ידוע אם בבדיקה צוין אם בתו של המבקש הייתה בתולה באותו מועד, ומכל מקום, גם תיעוד רפואי מסוג זה אינו יכול לשמוט את הקרקע תחת הרשעתו של המבקש, משום שאף בקביעה כזו אין כדי לשלול פגיעה מינית.

19. בהמשך לכך, נטען כי האיזון לטובת ההגנה על פרטיותה של המתלוננת והימנעות מפתיחת פצעי העבר מתחזק כאשר השאלה נדונה לאחר שכבר הסתיים ההליך המשפטי.

20. במישור הכללי יותר, עמד בא-כוח המדינה על כך שבהחלטה בעניין בר-יוסף נקבע מבחן של סיכוי מסוים כי הבדיקה תתרום לקבלת בקשה למשפט חוזר (שם, בפסקה 29), וטוען שאין מקום להסתפק ברף נמוך מכך, שעניינו סיכוי כלשהו, עד כדי "יריה באפלה". בהקשר זה, הוא הפנה להחלטות אחרות של בית משפט זה, שניתנו לאחר עניין בר-יוסף, ובהן נדחו בקשות שלא היו מבוססות דיין לעיון בחומרי חקירה לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר (ראו: בש"פ 8554/14 שקלים נ' מדינת ישראל (11.1.2015)); בש"פ 713/15 גור אריה נ' מדינת ישראל (5.2.2015) (להלן: עניין גור אריה)).

21. בא-כוח המדינה אף השווה את המקרה לעניין בר-יוסף ועמד על כך שבעניינו לא התקיימו כל השיקולים שתמכו בקבלת הבקשה באותו מקרה, ובכלל זה העובדה שהבדיקה המבוקשת שם הייתה בדיקה שגרתית, שטמון בה פוטנציאל מזכה, ושמתיישבת עם קו ההגנה המקורי של המבקש באותו עניין.

22. לקראת סיום, ציין בא-כוח המדינה, כי לנוכח האמור בעניין בר-יוסף נעשה ניסיון ליצור קשר עם המתלוננת, אלא שבינתיים הדבר לא צלח, מתוך התחשבות ברגישות העניין, והניסיון לעשות זאת באמצעות התובעת בתיק, שכבר אינה עובדת בפרקליטות.

23. לאחר שנשמעו טענות הצדדים, קבעתי כי לבא-כוח המבקש ניתנת ארכה של 14 יום שבה יוכל לפנות באופן מסודר לעורכי דינו של המבקש במשפטו - הן בערכאה הדיונית והן בשלב הערעור - על מנת לקבל את התייחסותם לשאלה מדוע לא התבקשו המסמכים הרפואיים באותה עת.

24. ביום 4.3.2015 הוגשה הודעה מטעם בא-כוחו של המבקש, ובה הוא עדכן בנוגע לפנייתו לעורכי דינו של המבקש במשפטו. בא-כוחו של המבקש בבית המשפט המחוזי, עורך דין גבריאלי, מסר כי בשל הזמן שחלף, הוא אינו זוכר במדויק את פרטי העניין ואינו יכול להשיב לשאלה מדוע לא נתבקשו המסמכים הרפואיים מהבדיקה הגניקולוגית שעברה המתלוננת. בא-כוחו של המבקש במסגרת הערעור שהוגש לבית משפט זה, עורך דין ברהום, ציין כי, ככלל, הוא התבסס על חומר הראיות שהובא בפני בית המשפט המחוזי, כפי שמקובל בשלב הערעור, וכי אף הוא אינו זוכר במדויק את השיקולים הנוגעים למסמכים הרפואיים. בהמשך לכך, הוא ציין כי למיטב זכרונו לא היה טעם בבקשה מאחר שהמתלוננת קיימה יחסי מין גם עם בן זוגה. בהודעתו חזר בא-כוחו של המבקש על הטענה שנפל כשל בייצוגו של המבקש, מה גם שלטענתו המתלוננת קיימה יחסי מין עם בן זוגה דאז רק לאחר מועד הבדיקה הרפואית שעליה נסבים המסמכים.

25. המשיבה הגיבה להודעה זו ביום 8.3.2015, וטענה כי אין בעדכון שנמסר בשם המבקש כדי להוכיח קשר סיבתי בין טענת הכשל בייצוג לכאורה לבין הרשעתו בדין, כנדרש ממי שמעלה טענה זו (בהפניה בין היתר למ"ח 8498/13 אל-עביד נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (12.2.2015)). בהמשך לכך, נטען כי לא נגרם למבקש עיוות דין של ממש, במובן זה שאלמלא הייצוג הכושל, על-פי הנטען, אפשר שתוצאות ההליך היו משתנות. בא-כוח המדינה אף ציין כי אופן העלאתה של טענת הכשל בייצוג על-ידי בא-כוח המבקש לא הייתה הולמת, וכי יש להיזהר בהטחת ביקורת חריפה כלפי עורכי-דין קודמים, בבחינת "חוכמה לאחר מעשה".

דיון והכרעה

26. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.

27. בשלב שבו מוגשת בקשה לעיון בחומרים לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר שומה על בית המשפט לאזן בין השיקול של סופיות הדיון לבין בחינת השאלה האם בבקשה טמון פוטנציאל מזכה - וזאת בהתאם לסטנדרט שאינו מחמיר כמו בשלב של הבקשה למשפט חוזר עצמה, אך בכל זאת מציב רף שיש לחלוף על פניו. כפי שציינתי בעניין בר-יוסף רף זה מתייחס לסיכוי מסוים. אם כן, אין די בכל רעיון שיעלה בדעתו של סניגור על מנת להצדיק פתיחה מחודשת של ההליך המשפטי - ולו של היבטים מקדמיים שלו.

28. בעיקרו של דבר, מקובלת עלי טענת המדינה כי הרשעתו של המבקש מבוססת על מכלול איתן של ראיות, מחד גיסא, וכי במסמכים שהעיון מבוקש בהם לא טמון פוטנציאל ראייתי של ממש, מאידך גיסא. אני רואה את הדברים באותו אופן. כפי שציין, בית המשפט המחוזי, ובעקבותיו בית משפט זה בערעור שהוגש, ייחסו משקל רב למהימנותה של המתלוננת, ולחיזוקים הרבים שעדותה נתמכה בהם. כמו כן, וכפי שציין גם בא-כוח המדינה, בית משפט זה כבר ציין

בפסיקתו כי קיומו של קרום בתולין אצל נפגעת עבירת מין אינו מוכיח כי לא נאנסה (ראו למשל: ע"פ 809/76 בלילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 598 (1977); ע"פ 5165/98 דסה נ' מדינת ישראל (23.12.1998); ע"פ 6279/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (5.2.2004); ע"פ 9804/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (14.4.2011)). בשים לב לכל אלה, לא ניתן לומר שהמבקש הצביע על טעם ממשי המצדיק את הגשת הבקשה בעת הזו.

29. מנגד, עומדת הפגיעה המשמעותית בפרטיותה ובשלוותה של המתלוננת. לא רק שיש בבקשתו של המבקש לפגוע בפרטיותה של בתו (ראו: עניין גור אריה, בפסקה 6), במקרה כגון זה אף מתעורר משנה קושי בכל הנוגע לעצם הפנייה למתלוננת בנושא - פנייה אשר יש בה לפתוח פצעים נושנים. יצוין, שבעניין בר-יוסף נדרש המכון הפתולוגי לקשר עם משפחת הקורבן בכל מקרה, וזאת במסגרת ההיערכות לקבורת הממצאים שנותרו בו, ועל כן הפגיעה שהייתה טמונה בפנייה למשפחת הקורבן הייתה פחותה. כפי שצוין בעניין בר-יוסף, ההשלכות של הבקשה על הקורבן, גם הן נשקלות במסגרת האיזון לצורך היענות לבקשה, ואלו יכולות להביא אף לכך שמידת ההקפדה עם המבקש תהיה רבה יותר (שם, בפסקה 32).

30. כפי שצוין עוד בעניין שוורץ, ניתן משקל רב לשאלה האם ניתן היה לבקש את הבדיקה עוד במהלך המשפט. שיקול זה מתחזק באותם מקרים שבהם קיימת אפשרות שההימנעות מדרישת העיון יכלה להעניק יתרון לנאשם. זאת, עקב החשש שהתמהמהות עם בקשת הבדיקה עלולה לשמש כ"תרגיל" לא לגיטימי. במקרים כאלה צריך לגבור האינטרס בדבר סופיות הדיון. כפי שכתב השופט מ' חשין בעניין שוורץ:

"בדיקת-מעבדה שניתן לעורכה לעת המשפט, אך העותר, בהיותו נאשם - ומטעמי - לא ביקש כי תיערך, בעצם מחדל זה קיפח הוא, על דרך העיקרון, זכות לעריכתה של אותה בדיקה לאחר הרשעה. במקרה זה לא נגרם לעותר כל אי-צדק שעל מערכת המשפט לתקנו. העותר היה זכאי להליך הוגן מבראשית, ואכן זכה להליך הוגן. ואם מטעמים טקטיים אלה ואחרים בחר שלא לבקש לעת המשפט עריכתה של הבדיקה, תכבד ידו של עקרון הסופיות אשר יורנו כי אין הצדק לפתיחת ההליך מחדש או לקיומן של זכויות הטפלות לזכות פתיחתו של ההליך, ולענייננו: לזכות העיון. במקרים מעין אלה, ככלל, תגבר ידו של עקרון הסופיות" (שם, בעמ' 305).

יש לזכור כי במקרה כמו זה שבפנינו העיון במסמך הרפואי יכול גם להוביל לממצא כי תועדו בבדיקה של המתלוננת ממצאים לפיהם ניכר בה עבר של קיום יחסי מין. בקשת המסמך במהלך המשפט הייתה עשויה לעמוד לרעתו של המבקש בשעתו. כעת, משהסתיים ההליך בהרשעה - לכאורה אין כל מחיר, מבחינת מי שהורשע, לניסיון לנסות ולנהל את המשפט מחדש. לא לכך נועד ההליך של משפט חוזר, ולא לכך נועדו גם ההליכים המקדמיים המבקשים להכשיר את הדרך לקראתו. לעומת זאת, לפתיחת ההליך יש גם יש מחיר הן מבחינת קורבן העבירה והן מבחינת האינטרס הציבורי.

31. לקראת סיום, ראוי לציין כי אכן יש לנקוט את הזהירות המתבקשת בהעלאת טענות של כשל בייצוג. לא יכול להיות ספק שאין די באי-העלאתה של טענה בהליך שהתקיים כדי להוות "כשל" שכזה (ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 45 (2002); ע"פ 4883/11 מרקוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-34 (21.3.2013)). על כך יש להוסיף כי הגשת בקשה למשפט חוזר כשלעצמה אינה יכולה לשמש ערוץ להצגתה של הגנה חלופית, לאחר שקו

ההגנה במשפט עצמו לא צלח (ראו: מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (31.8.2011)), והדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם ביחס לבקשה לעיון המוגשת לצורך כך.

32. לצד זאת, והגם שעמדתה של המדינה במקרה זה מקובלת עלי, אני מבקשת להבהיר כי אינני שותפה לחששות שהועלו על-ידיה באשר ל"הצפה" של בקשות לעיון בחומרים לצורך משפט חוזר. ככל שיש הצדקה לבקשות כאלה - יש לקבלן. אולם, מן העבר השני, יש להקפיד ולהיזהר מפני עידודן של בקשות לא מבוססות וחסרות הצדקה, מלבד המצוקה המובנת מאליה של אדם המרצה עונש מאסר ארוך.

33. אשר על כן, הבקשה נדחית.

ניתנה היום, כ"א באדר התשע"ה (12.3.2015).

שׁוֹפֵט