

## מ"ח 3766/16 - פלוני נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון

מ"ח 3766/16

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
פלוני

לפני:  
המבקש:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

בקשה למשפט חוזר

בעצמו

בשם המבקש:

עו"ד יוסף (ג'ואי) אש

בשם המשיבה:

### החלטה

א. בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן חוק בתי המשפט); ליתר דיוק, במהות, בקשה לעיון חוזר בהחלטה בבקשה קודמת למשפט חוזר, כפי שיפורט להלן. ביום 28.10.08 הרשיע בית המשפט המחוזי בירושלים (סגן הנשיא צ' סגל, והשופטים מ' דרורי וי' נועם) את המבקש בפ"ח 8005/07 בשתי עבירות של אונס, עבירה אחת של מעשה סדום ומספר רב של מעשים מגונים. על המבקש נגזרו 12 שנות מאסר בפועל, שלוש שנים מאסר על תנאי ופיצוי בסכום כולל של 50,000 ש"ח לנפגעות העבירה. ערעור המבקש לבית משפט זה (השופטים א' לוי, א' גרוניס ונ' הנדל) נדחה ביום 3.8.11 בתיק ע"פ 2264/09. ביום 29.11.15 נדחתה על ידי בקשה למשפט חוזר בתיק מ"ח 4620/15 (להלן הבקשה הראשונה). בקשה נוספת למשפט חוזר, שכאמור במהותה מתפלמסת עם ההחלטה בבקשה הראשונה (להלן הבקשה השנייה) הוגשה ביום 10.5.16. תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה הוגשה ביום 1.9.16. עד כאן בתמצית, ועתה ביתר פירוט.

ב. ביום 15.1.07 הוגש כנגד המבקש כתב אישום ובו שישה אישומים בעבירות מין בשש קטניות בין השנים 1996-2005. האישומים מתוארים בפירוט בהחלטה בבקשה הראשונה (פסקאות ב'-ה') ואחזור עליהם כאן בתמצית. באישום הראשון תוארו שני מקרים בשנת 2005 בהם החדיר המבקש את אצבעו לאיבר מינה של המתלוננת י' (ילידת 1994), ומקרה אחד בו החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה. באישומים השני, השלישי והחמישי תוארו מעשים מגונים רבים שביצע המבקש במועדים שונים בשלוש אחיות: בשנים 1999-2001 במתלוננת ש' (ילידת 1989); בשנת 1998 במתלוננת א' (ילידת 1991); ובשנים 1996-1999 במתלוננת ר' (ילידת 1987). באישום החמישי תוארו מעשים מגונים שביצע המבקש בשנת 1997 במתלוננת ע' (ילידת 1982). האישום השישי נמחק על ידי המשיבה כיון שלא עלה בידיה להביא את המתלוננת לעדות בבית המשפט. בגין מעשים אלה יוחסו למבקש שתי עבירות של אונס לפי סעיף 345(א) בנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן חוק העונשין או החוק); עבירה של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) בנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) לחוק; מספר עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(א) בנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(3) לחוק; ומספר עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(ב) בנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) לחוק.

ג. ביום 28.10.08 הרשיע בית המשפט המחוזי, כאמור, את המבקש בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. בהכרעת הדין המפורטת הסתמך בית המשפט על עדותה של ע' בפניו ועל עדותה של י' בפני חוקרת ילדים. בנוסף הכריז בית המשפט על האחיות א', ש' ו-ר' כעדות עוינות לאחר שחזרו בהן מהודעתן במשטרה ללא הסבר מניח את הדעת, והעדיף את גרסתן במשטרה על פני עדותן בבית המשפט, בהתאם לסעיף 10א לפקודת הראיות, התשל"א-1971 (להלן פקודת הראיות). סיוע לעדותה של י' - שניתנה רק בפני חוקרת הילדים ולא בבית המשפט ועל כן זקוקה היתה לסיוע ראייתי - נמצא בהודעות האחיות במשטרה ובעדותה של ע'; וחזוק לכל אחת מהודעות האחיות במשטרה - שהועדפו על פני עדויותיהן בבית המשפט ועל כן זקוקות היו לחיזוק - נמצא בהודעות אחיותיה האחרות ובעדויותיהן של ע' ו-י'. ביום 2.2.09 גזר בית המשפט המחוזי על המבקש 12 שנות מאסר בפועל, שלוש שנות מאסר על תנאי ופיצוי בסכום של 30,000 ₪ ל-י' ו-20,000 ₪ ל-ע'.

ד. ביום 3.8.11 נדחה ערעורו של המבקש לבית משפט זה. נקבע מפי השופט לוי, תוך בחינה מפורטת של העובדות וצפיה בעדותה של י' בפני חוקרת הילדים, כי אין להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי אשר נבעו מהתרשמות ישירה מהעדים ומהעדויות. כך נאמר:

"במקרה שלפנינו, שוכנעתי כי לא מתעורר כל ספק בדבר אשמתו של המערער. ה"יש" הראייתי במקרה זה מספיק כדי לבסס את המסקנה המפלילה, וזאת, גם אם אין בידינו לשחזר את כל האירועים מבחינת מועדם ופרטיהם באופן וודאי. בפני בית-המשפט קמא התייצבה שורה ארוכה של עדים: המתלוננות ע', א', ר' ו-ש', חוקרת הילדים שחקרה את המתלוננות י', חוקרת המשטרה שגבתה מא', ר' ו-ש' את הודעותיהן, המערער עצמו, רעייתו ובתו וכן מר מוגילבסקי, שכנו. פסק הדין קמא מיוסד על ניתוח מפורט ויסודי של מכלול הראיות והעדויות ושזירתן זו בזו עד כדי יצירתו של מארג שלם המתאר בבהירות את סיפור המעשה. אם נותרו תמיהות מסוימות, הן מצויות בשולי הדברים ואין בכך כדי לגרוע מן הוודאות שבגרסה המפלילה. מנגד, את גרסתו של המערער באשר להאשמות שהטיחו בו חמש מתלוננות שונות, קשה לקבל והיא אינה מניחה את הדעת." (בפסקה 11, מפי השופט לוי).

ה. ביום 2.7.15 הגיש המבקש את בקשתו הראשונה למשפט חוזר. בבקשה מפורטת זו, שהוגשה על-ידי במוצהר בלא ייצוג, חזר המבקש על טענותיו בערעור לפיהן אין לסמוך על עדותיהן של המתלוננות. נטען כי עדות המתלוננת י' בפני חוקרת הילדים לוקה באי בהירות, וכי ניתן ללמוד ממנה לכל היותר על מעשים מגונים ולא על אונס. עוד נטען, כי המתלוננת ע' הצביעה בעדותה על בית אחר מזה בו שהה המבקש בתקופה הרלבנטית כבית בו נעשו בה המעשים. בנוסף נטען לכשל בייצוג בערעור, כיון שבא-כוח המבקש לא עמד על כך שהמתלוננת י' תעיד בבית המשפט, ולא התנגד לשימוש שעשה בית המשפט בסעיף 10א לפקודת הראיות. מעבר לטענות אלה הציג המבקש ראיה חדשה, תמלול שיחת טלפון שנערכה לכאורה בין המתלוננת ש' לאחיה, בה טוענת ש' כי לא קרה דבר בינה לבין המבקש וכי שיכנעו אותה להעיד כנגדו.

ו. ביום 29.11.15 נדחתה על ידי בקשתו הראשונה של המבקש למשפט חוזר. נאמר כי אין מקום להתערב בהכרעת בתי המשפט שמצאו את עדויות המתלוננות כאמינות. כן נקבע, כי אין לקבל את טענות המבקש לכשל בייצוג הן מטעמי הוגנות, שכן לא צורפה תגובת בא-כוחו דאז של המבקש, והן משום שלא הוכח כשל כזה. באשר לראיה החדשה נקבע, כי אין בכוחה להצדיק את עריכתו של משפט חוזר, כיון שלתמלול לא צורפה השיחה המקורית ולא צורף תצהיר המאמת את מועד השיחה ופרטי הדוברים בה, וכיון שתוכן השיחה ואופן התנהלותה כדיבור אגבי על מעשים רגישים ביותר, מעלים תמיהה.

#### הבקשה השנייה והתגובה

ז. בקשתו השנייה של המבקש, מיום 10.5.16, שאף היא כתובה על-ידי (בכתב יד) וללא ייצוג, עיקרה טענה כי לא הובנו השגותיו בבקשה הראשונה וכי לא נבדקו לפרטיהן. המבקש חוזר במהות על עיקרי טענותיו בבקשה הראשונה. נטען כי המתלוננת י' לא זיהתה בעדותה את המבקש, וכי מעדותה עולה כי לכל היותר ביצע בה המבקש מעשים מגונים ולא אונס. עוד נטען, כי חוקרת הילדים תיארה את עדותה של י' באופן לא מהימן. בנוסף חוזר המבקש על טענתו, כי המתלוננת ע' זיהתה בית אחר מזה בו שהה בתקופה הרלבנטית. עוד שב וטוען המבקש, כי בא-כוחו בערעור כשל ביצוגו. לדידו של המבקש היו טענות שונות במהלך משפטו שאילו היה בא-כוחו מעלה במסגרת הערעור היה הערעור מתקבל. כך למשל נטען, כי מתמלול חקירתה של י' עולה, שלא המבקש הוא שנגע בה אלא שכן אחר; כי מעדותה של י' עולה, שהמבקש לא החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה; וכי המתלוננת ע' זיהתה - כאמור - בית אחר ולא את ביתו. העובדה שבא-כוחו לא העלה טענות אלה במסגרת הערעור עולה, לטענת המבקש, כדי כשל בייצוג המצדיק את קבלת הבקשה למשפט חוזר. בנוסף נטען לגבי תמלול ההקלטה שצורף לבקשה הראשונה, כי הקלטת מקורית, וכי הובאה דעת מומחה בה נאמר כי הקלטת אמינה. לבסוף נטען, ללא ביסוס בחוות דעת או בדרך אחרת, כי הפרקליטות או המשטרה מחקו 14 דקות מהקלטות העימות בין המבקש למתלוננת ע'. בקטע זה, כך נטען, אומרת ע' שביקרה בבית המבקש רק במשך שבוע, ולא במשך חצי שנה כפי שנקבע בפסק הדין.

ח. בתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 1.9.16 נטען, כי דין הבקשה להידחות על הסף, שכן הבקשה השנייה זהה לראשונה ומתבססת על אותן עילות, ולכן דינה דחיה לפי תקנה 8 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957 (להלן תקנות המשפט החוזר או התקנות) לפיה: "סירב נשיא בית המשפט העליון להורות על משפט חוזר, לא תוגש בקשה נוספת או אחרת בשל עילה ששימשה יסוד לבקשה שסירבו לה". בנוסף נטען, כי גם לגופם של דברים לא הרים המבקש את הנטל הדרוש להראות, כי חלה בעניינו עילה המצדיקה קיומו של משפט חוזר. המבקש, כך נטען, ממחזר את טענותיו, הערעוריות באופיין, כלפי מהימנות המתלוננות; מהימנות חוקרת הילדים שחקרה את המתלוננת י' ואסרה על העדתה בבית המשפט; וזיהויה הדירה שבה התגורר המבקש על ידי המתלוננת ע'.

טענות אלה עלו בעבר ונדחו לגופן על ידי בתי המשפט הן בערכאה הדיונית והן בערעור, ואין בהן כדי להקים עילה להורות על משפט חוזר. באשר לכשל בייצוג נטען, כי גם לבקשה זו לא צירף המבקש את תגובת בא-כוחו, ולכן אין לקבל את טענותיו בעניין זה. לגופם של דברים סבורה המשיבה כי אין מדובר בכשל בייצוג אשר יש בכוחו לשנות את תוצאות המשפט ומקים חשש ממשי לעיוות דין. לבסוף נטען, כי בית משפט זה קיבל את טענת המשיבה לגבי תמלול הקלטת בהחלטה בבקשה הראשונה, תוך נתינת הדעת לכך שלא צורף תצהיר; שלא צורפה ההקלטה המקורית; ששאלת הדוברת האלמונית אומרת דרשני; ושהאופן בו התנהלה השיחה מעלה תמיהה אף הוא.

## דין והכרעה

ט. לאחר עיון בבקשה על נספחיה ובתגובת המשיבה, אין בידי להיעתר לבקשה. עסקינן בבקשה שהיא מסמך ערעורי מובהק, כמו היה זה הליך של ערעור נוסף, מהדורה נוספת של המשפט על קביעות המהימנות של עדים ועוד כיוצא באלה. לא היא, לא לכך נועד משפט חוזר. משפט חוזר הוא חריג (ראו למשל מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 560, 529 (1999)), המעוגן בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, שבבסיסו השאיפה ליצור איזון בין עקרון חקר האמת ומניעת הרשעות שווא מזה לעקרון סופיות הדיון מזה (ראו למשל מ"ח 2363/16 שליפר טטיאנה נ' מדינת ישראל פסקה י' (2016)). איזון ראוי בין הערכים מחייב שמשפט חוזר יתנהל רק בהתקיים אחת העילות שמנה המחוקק בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, ולא בכל מקרה בו הנידון מתקשה להשלים עם הרשעתו, דבר שהוא במקרים רבים מטבע האנוש אך אין לו לדין אלא מה שעניו רואות, החומר שבפניו (ראו מ"ח 2448/16 פדילה נ' מדינת ישראל פסקה י"ד (2016)); מ"ח 226/16 זלום נ' מדינת ישראל פסקה י"ג (2016)). כך נפסק, כי הליך המשפט החוזר לא נועד להיות מעין "מקצה שיפורים" למי שעניינו כבר נידון לגופו בשתי ערכאות (מ"ח 1340/16 אזברגה נ' מדינת ישראל פסקה י"ח (2016)). במקרה בו מדובר בבקשה נוספת למשפט חוזר נוטה האיזון אף ביתר שאת לכיוון עקרון סופיות הדיון (ראו מ"ח 3032/99 עמוס ברנס נ' מדינת ישראל, נו(3) 380, 354 (2002)). בהתאם לכך קובעת תקנה 8 לתקנות המשפט החוזר, כי לאחר שנדחתה בקשה למשפט חוזר, כאמור, "לא תוגש בקשה נוספת או אחרת בשל עילה ששימשה יסוד לבקשה שסירבו לה". תכליתה של תקנה זו למנוע הגשת בקשות חוזרות ונשנות, וניהול דיון פעם אחר פעם, בטענותיהם של מי שלא השלימו עם הרשעתם. על המבקש פעם נוספת לקיים משפט חוזר להצביע איפוא על החידוש שבבקשתו ביחס לבקשות הקודמות כדי שזו תידון לגופה (מ"ח 3875/04 גבאי נ' מדינת ישראל (2004)). בעניין ברנס נמצא לבית המשפט, חרף בקשות קודמות, חידוש בשינוי שחל בדיון; בנידון דידן חוששני כי לא נמצא חידוש מעין זה.

י. בענייננו עסקינן בבקשה בטענות ערעוריות מובהקות, וכמעט שלא הצביע המבקש על חידוש של ממש בבקשה זו ביחס לבקשתו הראשונה, והיא מהוה ניסיון להסביר ולשכנע באותן עילות. המבקש תומך יתדותיו בבקשה זו על העילות המפורטות בסעיף 31(א)(2) לחוק - עובדות או ראיות חדשות העשויות להצדיק קיום משפט חוזר, ובסעיף 31(א)(4) לחוק - חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין. על עילות אלה ביסס המבקש אף את בקשתו הראשונה. טענותיו בבקשה זו כנגד נאמנות המתלוננות ועדויותיהן נטענו, חלקן כלשונו, בבקשה הראשונה ונדחו לגופן. כך גם הטענה לגבי הראיה החדשה הנוגעת לתמליל שיחת הטלפון בין המתלוננת ש' לאחיה. הטענה היחידה העולה בבקשה השניה ולא עלתה בצורה זו או אחרת בבקשה הראשונה, כך נראה, היא כי המשטרה או הפרקליטות מחקו קטעים מקלטת העימות בין המבקש למתלוננת ע'. ואולם, הטענה נטענה בעלמא וללא כל ביסוס. לדברי המבקש יש בידי ראיות לכך שנמחק קטע מן הקלטת ולזהות המוחק, אך הוא לא צירף כל ראיה או ביסוס לכך. המבקש לא הרים איפוא את הנטל הרובץ עליו להוכיח כי עומדת לו אחת העילות המנויות בסעיף 31 לחוק.

יא. אשר לטענה לכשל בייצוג, שבבקשה הראשונה נסמכה בעיקר על הטענות כי בא-כוח המבקש לא זימן את

המתלוננת י' לעדות ולא התנגד לשימוש שעשה בית המשפט בסעיף 10א לפקודת הראיות, בבקשה הנוכחית נסמכת היא על כך שבא-הכוח הקודם לא טען מספר טענות שהיו עשויות להביא לזיכוי המבקש. כבבקשה הראשונה גם עתה לא צורפה תגובת בא-כוחו דאז של המבקש וכפי שצוין שם, די בכך שלא לקבל את הטענה לכשל בייצוג. הגינות כלפי בא כוחו הקודם של המבקש חייבה פניה אליו וצירוף תגובתו. גם לגופה אין להלמה. בחינה של הטענות שמנה המבקש מראה כי לא היה בהן כדי להביא לזיכוי גם אילו עלו במסגרת הערעור. התמלול מחקירתה של המתלוננת י' ממנו לטענת המבקש עולה כי לא הוא זה שעשה בה את המעשים אלא שכן אחר, אינו בהיר דיו ואין זה ברור כיצד הסיק ממנו המבקש את אשר הסיק. בנוסף יש לזכור, כי בית משפט זה קבע בפסק הדין בערעור, שהמבקש הוא שביצע את המעשים בי', זאת לאחר שצפה בהקלטת חקירתה על ידי חוקרת הילדים. בנסיבות אלה לא נראה כי אי הצגת התמליל בבית המשפט עולה כדי כשל בייצוג, והיא מצויה בשיקול דעתו המקצועי של המייצג. כך גם באשר לטענות לגבי החדרת האצבע וזיהוי הדירה על ידי המתלוננת ע'. אין לראות איפוא באי העלאת טענות אלה כשל בייצוג המצדיק משפט חוזר.

יב. יתר טענות המבקש, כאמור, נדחו לגופן במסגרת הבקשה הראשונה והמבקש לא הראה מדוע יש לקבלן כעת. כך נאמר בהחלטה הראשונה, כי המתלוננת י' התייחסה באופן קונקרטי למבקש כמי שביצע בה את המעשים, ותיארה כיצד המבקש החדיר את אצבעו לפי הטבעת ולאבר מינה (פסקה י"ג להחלטה הראשונה). כן נדחו גם הטענה בדבר השגיאה בזיהוי הבית על ידי המתלוננת ע' (פסקה ט"ו), והראיה הנוספת בדמות הקלטת שיחת הטלפון בין המתלוננת ש' לאחיה (פסקה ט"ז). אין מקום לשוב לכך.

יג. כאמור בהחלטה בבקשה הראשונה:

"משפט חוזר הוא מאורע דרמטי בתולדות התיק' (מ"ח 4875/15 הלאל נ' מדינת ישראל (2015)). העלאה מחדש של טענות - עובדתיות ברובן - אשר נדונו בהרחבה בערכאות הקודמות, מוזילה את ההליך והופכת אותו למעין הליך ערעורי; ולא היא. המשפט החוזר הוא הליך חריג שבחריגים, השמור למקרים בודדים אשר מצדיקים זאת. כאמור לא כזה הוא הנידון דידן" (בפסקה י"ב).

דברים אלה יפים גם כאן. נושא ועדת השחרורים שהזכיר המבקש אינו - כמובן - חלק מהליך זה ולא נוכל להידרש אליו.

יד. בשל האמור אין בידי להיעתר לבקשה.

ניתנה היום, י' באלול התשע"ו (13.9.2016).

המשנה לנשיאה