

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

בבית המשפט העליון

מ"ח 3766/16

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
פלוני

לפני:  
ה המבקש:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: בעצמו

בשם המשיב: עו"ד יוסף (ג'ואי) אש

### החלטה

א. בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן חוק בתי המשפט); ליתר דיוק, במחאות, בקשה לעיון חוזר בהחלטה בבקשתו קודמת למשפט חוזר, כפי שיפורט להלן. ביום 28.10.08 הרשיע בית המשפט המחוזי בירושלים (סגן הנשיאה צ' סgal, והשופטים מ' דרורי ו' נועם) את המבקש בפ"ח 8005/07 בשתי עבירות של אונס, עבירה אחת של מעשה סדום ומספר רב של מעשים מגנונים. 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 נסافت למשפט חוזר, שכאמור במחותה מתפלמת עם ההחלטה בבקשתה 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.

עמוד 1

ב. ביום 15.1.07 הוגש נגד המבוקש כתב אישום שבו שישה אישומים בעבירות מין בשש קטינות בין השנים 1996-2005. האישומים מתוארים בפирוט בהחלטה בבקשתה הראשונה (פסקאות ב'-ה') ואחזר עליהם כאן בתמצית. באישום הראשון תוארו שני מקרים בשנת 2005 בהם החדר המבוקש את אצבעו לאיבר מיניה של המתלוונת י' (ילידת 1994), ומקרה אחד בו החדר את אצבעו לפני הטבעת שלה. באישומים השני, השלישי וה חמישי תוארו מעשים מגונים רבים שביצע המבוקש במועדים שונים בשלוש אחותו: בשנים 1999-2001 במתלוונת ש' (ילידת 1989); בשנים 1998 במתלוונת א' (ילידת 1991); ובשנתיים 1996-1999 במתלוונת ר' (ילידת 1987). באישום החמישי תוארו מעשים מגונים שביצע המבוקש בשנת 1997 במתלוונת ע' (ילידת 1982). האישום השישי נמחק על ידי המשיבה כיוון שלא עלה בידיה להביא את המתלוונת לעדות בבית המשפט. בגין מעשים אלה יוחסו למבקר שתי עבירות של אונס לפי סעיף 345(א) בנסיבות המנוונות בסעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן חוק העונשין או החוק); עבירה של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) בנסיבות המנוונות בסעיף 345(ב)(1) לחוק; מספר עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(א) בנסיבות המנוונות בסעיף 345(א)(3) לחוק; ומספר עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(ב) בנסיבות המנוונות בסעיף 345(ב)(1) לחוק.

ג. ביום 28.10.08 הרשע בית המשפט המחויז, כאמור, את המבוקש בעבירות שייחסו לו בכתב האישום. בהכרעת הדין המפורטת הסתמך בית המשפט על עדותה של ע' בפניהם ועל עדותה של י' בפני חוקרת ילדים. בנוסף הכריז בית המשפט על האחיזות א', ש' ו-ר' עדות עיניות לאחר שחוירו בהן מהודעתן במשטרה ללא הסבר מניח את הדעת, והעדיף את גרסתן במשטרה על פני עדותם בבית המשפט, בהתאם לסעיף 10א לפקודת הראיות, התשל"א-1971 (להלן פקודת הראיות). סייע לעדותה של י' – שnitנה רק בפני חוקרת הילדים ולא בבית המשפט ועל כן זקופה היהתה לשיעור ראוי – נמצא בהודעות האחיזות במשטרה ובעדותה של ע'; וחיזוק לכל אחת מהודעות האחיזות במשטרה – שהועדפו על פני עדותיהן בבית המשפט ועל כן זקוות היו לחיזוק – נמצא בהודעות אחיזות האחרות ובעדויותיהן של ע' ו-י'. ביום 2.2.09 גזר בית המשפט המחויז על המבוקש 12 שנות מאסר בפועל, שלוש שנות מאסר על תנאי ופייצוי בסכום של 30 אלף ל-י' ו-20,000 ל-ע'.

ד. ביום 3.8.11 נדחה ערעורו של המבוקש לבית משפט זה. נקבע מפי השופט לוי, תוך בחינה מפורטת של העובדות צפיה בעדותה של י' בפני חוקרת הילדים, כי אין להתערב בקביעותו של בית המשפט המחויז אשר נבעו מהתרשםו ישירה מהעדים ומהעדויות. כך נאמר:

"במקרה של פנינו, 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 לשחרר את כל האירועים מבחינת מועדם ופרטיהם באופן וודאי. בפני בית-המשפט קמא התיצבה שורה ארוכה של עדים: המתלוונות ע', א', ר' ו-ש', חוקרת הילדים שחקרה את המתלוונות י', חוקרת המשטרה שגבתה מא', ר' ו-ש' את הודעותיהן, המערער עצמו, רעיתו ובתו וכן מר מוגילבסקי, שכנו. פסק הדין קמא מיסוד על ניתוח מפורט ויסודי של מכלול הראיות והעדויות ושזרתן זו בזו עד כדי יצירתו של מאגר שלם המתאר בבהירות את סיפורה המעשה. אם נותרו תמיינות מסוימות, הן מצויות בשולי הדברים ואין בכך כדי לגרוע מן הוואות שבגרסה המפלילה. מנגד, את גרסתו של המערער באשר להאשמות שהטיחו בו חמישה מתלוונות שונות, קשה לקבל והיא אינה מנicha את הדעת." (בפסקה 11, מפי השופט לוי).

ה. ביום 2.7.15 הגיש המבוקש את בקשתו הראשונה למשפט חזר. בבקשתה מפורטת זו, שהוגשה על-ידיו במצח� בלבד יציג, חזר המבוקש על טענותיו בערעור לפיהן אין לסמן על עדותהן של המתלווננות. נטען כי עדות המתלווננת י' בפני חוקרת הילדים לזכה באירועה, וכי ניתן למודד ממנה לכל היותר על מעשים מגנים ולא על אונס. עוד נטען, כי בפניהן של המתלווננות י' המבוקש לא עמד על כך שהמתלווננת י' תעיד בבית המשפט, ולא התגנד בטענה לכך שלא הצליח ביצוג ערעור, כיון שבא-כחו המבוקש לא עמד על כך שהמתלווננת י' תעיד בבית המשפט, ולא התגנד לשימוש שעה בית המשפט בסעיף 10א לפקודת הראות. מעבר לטענות אלה הציג המבוקש ראייה חדשה, תמלול שיחת טלפון שנערכה לכארה בין המתלווננת י' לאחיה, בה טוענת ש' כי לא קרה דבר בין המבוקש וכי שיכנעו אותה להעיד נגדו.

ו. ביום 29.11.15 נדחתה על ידי בקשתו הראשונה של המבוקש למשפט חזר. נאמר כי אין מקום להתרבע בהכרעת בית המשפט שמצוין את עדויות המתלווננות כאמינות. כן נקבע, כי אין לקבל את טענות המבוקש לכשל ביצוג הן מטעמי הוגנות, שכן לא צורפה תגובת בא-כחו דאז של המבוקש, והן משומש שלא הוכח כשל זהה. באשר לראייה החדשה נקבע, כי אין בכוחה להצדיק את ערכתו של משפט חזר, כיון שתמלול לא צורפה השיחה המקורית ולא צורף תצהיר המאמת את מועד השיחה ופרטי הדוברים בה, וכיון שתוכן השיחה ואופן התנהלותה כדיור אגביו על מעשים רגילים ביותר, מעלים תמייה.

#### הבקשה השנייה והתגובה

ז. בקשתו השנייה של המבוקש, מיום 10.5.16, שאף היא כתובה על-ידיו (בכתב יד) וללא יציג, עיקרה טענה כי לא הובנו השגותיו בבקשתו הראשונה וכי לא נבדקו לפרטיהן. המבוקש חזר במהות על עיקרי טענותיו בבקשתו הראשונה. נטען כי המתלווננת י' לא זיהתה בעדותה את המבוקש, וכי מעודותה עולה כי לכל היותר ביצע בה המבוקש מעשים מגנים ולא אונס. עוד נטען, כי חוקרת הילדים תיארה את עדותה של י' באופן לא מהימן. בנוסף חזר המבוקש על טענותו, כי המתלווננת י' זיהתה בית אחר מזה בו שהה בתקופה הרלבנטית. עוד שב וטוען המבוקש, כי בא-כחו בערעור כשל ביצוגו. לדידו של המבוקש היו טענות שונות במהלך משפטו שאילו היה בא-כחו מעליה במסגרת הערעור היה הערעור מתקין. כך למשל נטען, כי מתמלול חקירותה של י' עולה, שלא המבוקש הוא שנגע בה אלא שכן אחר; וכי מעודותה של י' עולה, שהמבחן לא החדר את אצבעותיו לאיבר מיניה; וכי המתלווננת י' זיהתה – כאמור – בית אחר ולא את ביתו. העובדה שבא-כחו לא העלה טענות אלה במסגרת הערעור עולה, לטענת המבוקש, כדי כשל ביצוג המצדיק את קבלת הבקשה למשפט חזר. בנוסף נטען לגבי תמליל ההחלטה שצורף לבקשתו הראשונה, כי הקלטה מקורית, וכי הובאה דעת מומחה בה נאמר כי הקלטה אמונה. לבסוף נטען, ללא בסיס בחווית דעת או בדרך אחרת, כי הפרקליטות או המשטרת מחקן 14 דקוט מהקלטות העימות בין המבוקש למતלווננת י'. בקטע זה, כך נטען, אומרת י' שביקרה בבית המבוקש 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 לרأسונה ומתבססת על אותן עדויות, ולכן דינה דחיה לפי תקנה 8 לתקנות בית המשפט (סדרי דין במשפט חזר), התשי"ז-1957 (להלן תקנות המשפט החזר או התקנות) לפיה: "סירב נשיא בית המשפט העליון להורות על משפט חזר, לא תוגש בקשה נספת או אחרת בשל עילה שימושה יסוד לבקשתו שישיבו לה". בנוסף נטען, כי גם גופם של דברים לא הרים המבחן את הנטול הדרוש להראות, כי חלה בעניינו עילה המצדיקה קיומו של משפט חזר. המבחן, כך נטען, ממחזר את טענותיו, הערעריות באופיין, כלפי מהימנות המתלווננות; מהימנות חוקרת הילדים שחקירה את המתלווננת י' ואסורה על העדתה בבית המשפט; ויזהוי הדירה שבה התגורר המבוקש על ידי המתלווננת י'.

טענות אלה עלו בעבר ונדרחו לגוף על ידי בתי המשפט הן בערכאה הדינונית והן בערעור, ואין בהן כדי להקים עילה להורות על משפט חוזר. באשר לכשל בייצוג נטען, כי גם לבקשתה זו לא צירף המבוקש את תגונת בא-כחו, ולכן אין לקבל את טענותיו בעניין זה. לגופם של דברים סבורה המשיבה כי אין מדובר בכשל בייצוג אשר יש בכוונה לשנות את תוצאות המשפט ומקיים חשש ממשי לעוות דין. לבסוף נטען, כי בית משפט זה קיבל את טענת המשיבה לגבי תמלול ההחלטה בהחלטה בבקשתה הראשונה, תוך נתינת הדעת לכך שלא צורף תצהיר; שלא צורפה ההחלטה המקורית; שאלת הדוברת האלמנונית אומרת דרשו; ושהאופן בו התנהלה השיחה מעלה תמייה אף הוא.

#### דין והכרעה

ט. לאחר עיון בבקשתה על נספחה ובתגונת המשיבה, אין בידי להיעתר לבקשה. עסקינו בבקשתה שהיא מסמך ערורי מובהק, כמו היה זה הליך של ערעור נוסף, מהדורה נוספת של המשפט על קביעות המהימנות של עדים ועוד כווצה 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)), המugen בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, שבביסו השאייה ליצור איזון בין עקרון חקר האמת ומניעת הרשותות שווהizia להעקרון סופיות הדיון מזה (ראו למשל מ"ח 2363/16 של"פר טטיאנה נ' מדינת ישראל פסקה י' (2016)). איזון ראי בין הערכים מחייב審判 חוזר יתנהל רק בהתקיים אחת העילות שמנה המשפט בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, ולא בכלל מקרה בו הנידון מתקשה להשלים עם הרשותו, דבר שהוא במקרים רבים מطبع האנוש אך אין לו לדין אלא מה שעינוי 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 חוזר לא נועד להיות מעין "מקצת שיפורים" למי שעוניו כבר נידון לגופו בשתי ערכאות (מ"ח 1340/13 אזרגנה נ' מדינת ישראל פסקה י"ח (2016)). במקרה בו מדובר בבקשתה נוספת למשפט חוזר נוטה האיזון אף ביתר שאת לכיוון עקרון סופיות הדיון (ראו מ"ח 3032/99 עמוס ברנס נ' מדינת ישראל, נו(3) 354, 380 (2002)). בהתאם לכך קובעת תקנה 8 לתקנות המשפט החוזר, כי בהחלטה שביבשתם של מי שלא השלימו עם הרשותם. על המבוקש פעם נוספת לבקשתו להציג מחדש את הבדיקה שביבשתם של מי שביבשו לה". תכליתה של תקנה זו למנוע הגשת בקשות חוזרות ונשנות, וניהול דין פעם אחר פעם, בטענותיהם ביחס לבקשת הקודמות כדי שזו תידין לגופה (מ"ח 3875/04 גבאי נ' מדינת ישראל (2004)). בעניין ברנס נמצא בבית המשפט, חרב בבקשת קודמות, חידוש בשינוי של בדין; בנידון דין חדשני כי לא נמצא חידוש מעין זה.

. בעניינו עסקינו בבקשתה בטענות ערוריות מובהקות, וכמעט שלא הצביע המבוקש על חידוש של ממש בבקשתה זו ביחס לבקשתו הראשונה, והוא מהוה ניסיון להסביר ולשכנע באופן עילוות. המבוקש תומך יתדתו בבקשתה 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 המבוקש אף את בקשתו הראשונה. טענותיו בבקשתה זו כנגד המתלוונות ועדויותיה נטען, חלון כלשון, בבקשתה הראשונה ונדרחו לגוף. וכך גם הטענה לגבי הראיה החדשה הנוגעת לתמליל שיחת הטלפון בין המתלוונת שי' לאחיה. הטענה היחידה העולה בבקשתה השנייה ולא עלתה בצורה זו או אחרת בבקשתה הראשונה, כך נראה, היא כי המשטרה או הפרקליטות מחזק קטעים מקלטת העימות בין המבוקש למતלוונת ע'. ואולם, הטענה נטוונה בעלמא ולא כל ביסוס. לדברי המבוקש יש בידו ראיות לכך שנמחק קטע מן ההחלטה ולזהות המשפט, אך הוא לא צירף כל ראייה או ביסוס לכך. המבוקש לא הרים אפילו את הנטול הרובץ עליו להוכיח כי עומדתו לו אחת העילות המנוויות בסעיף 31 לחוק.

יא. אשר לטענה לכשל בייצוג, שבבקשתה הראשונה נשמהה בעיקר על הטענות כי בא-כוח המבוקש לא זמן את

המתלוננת י' לעדות ולא התנגד לשימוש שעשה בית המשפט בסעיף 10א לפיקודת הריאות, בבקשת הנוכחות נסמכת היא על כך שבא-הכוון הקודם לא טען מספר טענות שהו עשוית להביא לזכוי המבוקש. כבקשה הראשונה גם עתה לא צורפה תגובת בא-כוונו דאז של המבוקש וכפי שצוו שם, די בכך שלא קיבל את הטענה לכשל ביצוג. הגנות כלפי בא כוחו הקודם של המבוקש חייבת פניה אליו וצירוף תגובתו. גם לגופה אין להלהמה. בחינה של הטענות שמנה המבוקש מראה כי לא היה בהן כדי להביא לזכוי גם אילו עלו במסגרת הערעור. התמלול מחקריתה של המתלוננת י' ממנה לטענת המבוקש עולה כי לא הוא זה שעשה בה את המעשים אלא שכן אחר, אינו בהיר די ואין זה ברור כיצד הסיק ממנה המבוקש את אשר הסיק. בנוסף יש לזכור, כי בית משפט זה קבע בפסק הדין בערעור, שהمبוקש הוא שביצע את המעשים בי', זאת לאחר שצפה בהקלחת חקירתה על ידי חוקרת הילדים. בנסיבות אלה לא נראה כי אי הצגת התמלול בבית המשפט עולה כדי כשל ביצוג, והוא מצווה בשיקול דעתו המקצועני של המיצג. כך גם באשר לטענות לגבי החדרת האכבע ודיהוי הדירה על ידי המתלוננת ע'. אין לראות איפוא באירוע העלאת טענות אלה כשל ביצוג המצדיק משפט חוזר.

יב. יתר טענות המבוקש, כאמור, נדחו לגופן במסגרת הבקשה הראשונה והmbוקש לא הראה מדוע יש לקבלן כתעת. כך נאמר בהחלטה הראשונה, כי המתלוננת י' התייחסה באופן קונקרטי למבוקש כמי שביצע בה את המעשים, ותיארה כיצד המבוקש החדר את אצבעו לפי הטבעת ולאייר מינה (פסקה י"ג להחלטה הראשונה). כן נדחו גם הטענה בדבר השגיאה בזיהוי הבית על ידי המתלוננת ע' (פסקה ט"ז), והראיה נוספת בדמות הkalta שיחת הטלפון בין המתלוננת לבין אחותה (פסקה ט"ז). אין מקום לשוב לכך.

יג. כאמור בהחלטה בבקשת הראשונה:

"משפט חוזר הוא מאורע דрамטי בתולדות התקיק' (מ"ח 4875/15 הלאל נ' מדינת ישראל (2015)). העלאה מחדש של טענות – עובדות ררובן – אשר נדונו בהרחבה בערכאות הקודמות, מזילה את היליך והופכת אותו למשמעותי היליך ערנורי; ולא היא. המשפט חוזר הוא היליך חריג שבחריגים, השמור לקריםבודדים אשר מצדיקים זאת. כאמור לא זהה הוא הנידון דין" (פסקה י"ב).

דברים אלה יפים גם כאן. נושא ועדת השחרורים שהזכיר המבוקש אינו – כמובן – חלק מהיליך זה ולא נוכל להידרש אליו.

יד. בשל האמור אין בידי להיעתר לבקשתה.

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

המשנה לנשיאה