



מ"ח 4620/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

מ"ח 4620/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין

המבקש: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: בעצמו

החלטה

א. בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. ביום 28.10.08 הרשיע בית המשפט המחוזי בירושלים (סגן הנשיא צ' סגל, והשופטים מ' דרורי וי' נועם) בפ"ח 8005/07 את המבקש 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. הבקשה למשפט חוזר הוגשה ביום 2.7.15. חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה הוגשה ביום 22.10.15.

רקע והליכים קודמים

ב. המבקש כיום כבן 65, עבד בתקופה הרלבנטית כקוסם במופעים לילדים. ביום 15.1.07 הוגש כנגדו כתב אישום הכולל שישה אישומים בעבירות מין. כל האישומים נסובים על מעשים שנעשו, כנטען, בין השנים 1996-2005. לפי המתואר בכתב האישום הראשון, במהלך שנת 2005 ביקרה המתלוננת י' (ילידת 1994) בביתו של הנאשם, שיחקה



עם בנותיו ונשארה לישון במיטה אחת עמן. במהלך הלילה הוריד המבקש את מכנסיה ותחתוניה של י', השכיב אותה על גבה, פיסק את רגליה, נגע באיבר מינה והחדיר אליו את אחת מאצבעותיו. אז הפך המבקש את י' על בטנה והחדיר אחת מאצבעותיו לפי הטבעת שלה. במועד אחר שאינו ידוע, בנסיבות דומות כנאמר, החדיר המבקש את אחת מאצבעותיו לאיבר מינה של י'. בגין המעשים המתוארים ייחס כתב האישום למבקש שתי עבירות של אונס לפי סעיף 345(א) בצירוף סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1997, וכן עבירה של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) בצירוף סעיף 345(ב)(1) לחוק.

ג. המתלוננות באישום השני (ש', ילידת 1989), השלישי (א', ילידת 1991) והחמישי (ר', ילידת 1987) הן אחיות שמשפחתן קרובה למשפחת המבקש. לפי המתואר באישום השני, במספר רב של מקרים בין השנים 1999-2001 הכניס המבקש את ש' (ילידת 1989) לחדר בביתו בו הוא מגדל נחשים (להלן חדר הנחשים), שם הרים את חצאיתה, הוריד את תחתוניה ונצמד אליה מאחור כשהוא ערום בפלג גופו התחתון. בנוסף, נגע המבקש בישבנה ובאיבר מינה של ע' שלא בהסכמתה. מעשים דומים מתוארים גם באישום השלישי, הנוגע למעשים שנעשו בא' בשנת 1998; וכן באישום החמישי, הנוגע למעשים שנעשו בר' בין השנים 1996-1999. בגין המעשים המתוארים ייחס כתב האישום למבקש עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(א) בצירוף סעיף 345(ב)(1) לחוק.

ד. לפי המתואר באישום הרביעי, בשנת 1997 חיפשה המתלוננת ע' (ילידת 1982) בית לכלבה ומסרה אותו למבקש למשמורת. ע' ביקרה את הכלב לעתים תכופות בביתו של המבקש, אשר הציע לסייע באילופו. פעמים רבות נצמד המבקש לע' מאחור והתחכך בה, לעתים תוך שהוא עירום - באופן מלא או חלקי - בפלג גופו התחתון. במקרים אחדים אף נגע המבקש באיבר מינה של ע' ואיים עליה לבל תספר על כך לאיש. בגין המעשים המתוארים ייחס כתב האישום למבקש עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(א) בצירוף סעיף 345(ב)(1) לחוק.

ה. יצוין, כי האישום השישי נמחק לבקשת המשיבה, משלא עלה בידה להביא את נפגעת העבירה להעיד בבית המשפט.

ו. ביום 28.10.08 הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקש בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום בהכרעת דין מפורטת בת 51 עמודים; זאת, בעיקר, תוך הסתמכות על עדויותיהן של ע' בבית המשפט ושל י' על-ידי חוקרת ילדים. בנוסף, בית המשפט הכריז על האחיות א', ש' ו-ר' כעדות עוינות, לאחר שחזרו בהן בעדותן בבית המשפט מגרסתן במשטרה ללא הסבר מניח את הדעת. בית המשפט העדיף את גרסתן הקודמת של האחיות על-פני עדותן בבית המשפט, לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. חיזוק לעדותן נמצא בעדותן של ע' ו-י'. ביום 2.2.09, אחרי ששקל את כלל השיקולים הרלבנטיים, גזר בית המשפט המחוזי על המבקש 12 שנות מאסר בפועל, שלוש שנות מאסר על תנאי ופיצוי בסכום של 30,000 ש"ח ל-י' ו-20,000 ש"ח ל-ע'. ביום 3.8.11 נדחה ערעורו של המבקש על-ידי בית משפט זה, בפסק דין מנומק מפי השופט א"א לוי ע"ה, ולאחר בחינה תוך שנקבע כי עדויות המתלוננות ע' ו-י' מהימנות, כי יש להעדיף את גרסת האחיות א', ש' ו-ר' במשטרה על גרסתן בבית המשפט, וכי אין ספק בעבירות המבקש, וכנאמר (פסקה 11):

"ה'יש' הראייתי במקרה זה מספיק כדי לבסס את המסקנה המפלילה, וזאת, גם אם אין בידינו לשחזר את כל האירועים מבחינת מועדם ופרטיהם באופן ודאי. 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,



רעיתו 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".

הבקשה

ז. המבקש, המיוצג בעצמו ושהצהיר שאינו מעוניין במינוי סניגור, הגיש בקשה ארוכה ומפורטת (כ-70 עמודים) המתייחסת לכל פרט ופרט בתיק. תורף הדברים – המבקש מכחיש כל קשר למעשים המתוארים. רוב רובן של הטענות בבקשה נדונו בפני הערכאות הקודמות ואין בהן – בכל תשומת הלב לדברי המבקש – חידוש של ממש. אסקור את עיקרן בקצרה.

ח. לטענת המבקש, עדותה של המתלוננת י' בפני חוקרת הילדים אינה ברורה וניתן ללמוד ממנה, לכל היותר, על מעשים מגונים, ולא על אונס. עוד נטען בהקשר זה, כי לא נערך דיון מספק באמירתה של י', ממנה ניתן להבין כי אדם אחר הוא שנגע בה. המבקש טוען לכשל בייצוג, שכן בא-כוחו דאז לא עמד על כך ש'י' תעיד בבית המשפט, תחת עדות בפני חוקרת ילדים. בפי המבקש טענה נוספת לכשל בייצוג, הנוגעת לאי-התנגדותו של בא-כוחו דאז לשימוש שעשה בית המשפט בסעיף 10א לפקודת הראיות. באשר למתלוננת ע' – אותה, לטענתו, אינו מכיר – נאמר, כי אין לתת משקל לעדותה; זאת, שכן כשלה בזיהוי ביתו של המבקש, שבו התבצעו המעשים המתוארים לטענתה. המבקש מצביע גם על שינוי שחל בעדותה של ע' באשר לגילה במועד בו התרחשו המקרים; גילה של ע' רלבנטי לעניין, שכן סעיף 354(א) לחוק העונשין קובע לגבי עבירות מין בקטין, כי "[...] אם חלפו עשר שנים מיום ביצוע העבירה – לא יוגש כתב אישום אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה". אישור כזה לא ניתן בנידון דידן, ולכן חשוב להבין, כך לכאורה הטענה, האם אכן עבר עשור מעת ביצוע המעשים הנטענים. עוד טוען המבקש, כי ע' הוסתה להעיד נגדו על-ידי חברתה (גיסתן של האחיות המתלוננות א', ש' ו-ר'), אשר נשואה לאדם המנסה להפלילו.

ט. לבד מהעלאת הטענות המתוארות – אשר נטענו גם בערכאות הקודמות – מציג המבקש ראיה חדשה בעניינו. מדובר בתמליל שיחת טלפון שנערכה, לכאורה, בין ש' לאחיה. מפאת חשיבות הדברים, תובא כאן השיחה במלואה:

"האח: מה המצב?

ש': בסדר.

האח: איפה את?

ש': אצל פלונית [השם הוסר – א"ר]

האח: מה היה לך עם המבקש [השם הוסר – ר"]? מה קרה שמה?

ש': סתם לא היה כלום, שכנעו אותי להגיד, אבל לא אמרתי.



- האח: מה שכנעו אותך להגיד?
- ש': דברים שלא היו.
- האח: מאה אחוז? מי שכנע אותך? את לא יודעת?
- ש': איזו עובדת סוציאלית אחת.
- דוברת: מי סידר לך אותה?
- האח: מי סידר לך אותה?
- ש': באה אליי יום אחד, התקשרה אליי, לפלאפון שלי.
- האח: מאיפה היא מכירה אותך?
- ש': תשאל אותה.
- האח: מה זה תשאל אותה?
- ש': אני לא יודעת, אולי מישהו אמר לה.
- האח: איזה עובדת, איפה היא עובדת סוציאלית?
- ש': ...
- האח: איזה...
- ש': לא רוצה להגיד לך".

י. עמדת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה הוגשה ביום 22.10.15. נטען בה, כי אין לקבל את טענת המבקש לכשל בייצוג מבלי שהתבקשה תגובת בא-כוחו דאז, ומבלי שהוצג נזק ממשי שנגרם בעקבות הכשל הנטען. בנוגע לעדויותיהן של ע' ו' נטען, כי אין להתערב בהכרעת הערכאות הקודמות, לפיה העדויות מהימנות; כן נאמר, כי טענות המבקש נדונו והוכרעו לגופן, ואין הן מצדיקות עריכת משפט חוזר. באשר לתמלול השיחה שהוגש על-ידי המבקש נטען, כי אין לייחס לו משקל, שכן ההקלטה עצמה לא הוגשה וכן לא הוגש תצהיר המאמת את פרטי הדוברים ואת תאריך השיחה. בנוסף נטען, כי תוכן השיחה אינו מלמד על חפותו של המבקש, שכן יתכן כי ש' אינה אומרת את האמת במלואה לאחיה. צוין, כי בתמליל מצוטטת ש' כמי שאומרת שלא אמרה דבר על המבקש - אך אין חולק כי התלוננה נגדו במשטרה.

הכרעה

יא. לאחר עיון בבקשה על נספחיה וכן בתגובת המדינה, אין בידי להיעתר לבקשה. בבסיסו של מוסד המשפט



החוזר, המעוגן בסעיף 31 לחוק בתי המשפט עומדת כנודע השאיפה ליצירת איזון בין שני ערכים מרכזיים: מזה – עקרון חקר האמת, מתוך הכרה בכך שמערכת משפטית באשר היא מעשה אנוש אינה חפה משגגות; ומזה – עקרון סופיות הדיון והתכליות שבבסיסו (ראו מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-35 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997); מ"ח 5251/13 פרי נ' מדינת ישראל (2014)). בסעיף 31 לחוק בתי המשפט הוגדרו ארבע עילות אשר בהתקיימן רשאי בית המשפט להורות על משפט חוזר. הבקשה הנוכחית משליכה את יהבה על סעיף 31 (א)(2), שעניינו בעובדות או ראיות העשויות להצדיק קיום משפט חוזר, וכן על סעיף 31(א)(4), הנדרש לחשש מעיוות הדין שנגרם בהרשעה.

יב. בפתח הדברים אבקש לחזור ולהדגיש, כפי שנאמר גם בעבר, כי "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, כפי שיפורט בתמצית.

יג. עתה – לגופן של טענות המבקש. אין להלום טענת המבקש, לפיה מעדותה של י' לא ברור האם היתה חדירת אצבע לאיבר מינה או מגע חיצוני בלבד. י' חזרה ואמרה במפורש שהמבקש אכן החדיר את אצבעו לפי הטבעת ולאיבר מינה (ראו עדותה בפני חוקרת הילדים מיום 13.4.05 עמ' 1 שורה 27; עמ' 5 שורה 3; עמ' 6 שורה 9; ועדותה בפני חוקרת הילדים מיום 18.10.06, עמ' 5 שורה 16; עמ' 6 שורה 20), ואף הדגימה זאת – מיוזמתה – באמצעות בובה שהייתה במקום (עדותה בפני חוקרת הילדים מיום 13.4.05, עמ' 4-5). בית המשפט המחוזי קבע כי עדותה של י' אמינה על-פי עדות חוקרת הילדים, ותוך שצפה בתייעוד העדות, ואיני מוצא עילה להתערבות בקביעה זו. אכן, הסניגור נשאל על-ידי בית המשפט המחוזי, משמלאו לי' ארבע עשרה שנים בשלב הסיכומים – ומשהלין על אי העדתה – אם ירצה לזמנה, אך הוא דחה את ההצעה (פסקה 13).

יד. אין לקבל את טענת המבקש לכשל בייצוג – בראש וראשונה, מטעמי הגינות. קבלת טענת המבקש, מבלי שהוגשה בפנינו תגובתו של בא-כוחו דאז, כמוה כחריצת דינו של אדם מבלי לתת לו את יומו בבית המשפט. הדבר מנוגד לשכל הישר, לכללי הצדק הטבעי ולהגינות בסיסית (מ"ח 7848/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ג (2015)). אזכיר, כי המבקש טוען לכשל בייצוג כיון שבא-כוחו דאז לא עמד על כך ש'י' תעיד בבית המשפט, ולא התנגד להחלת סעיף 10א לפקודת הראיות על עדותן של האחיות. התשתית הנורמטיבית לעניין עדות ילדים קבועה בחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955. סעיף 4 לחוק קובע, כי "פרט לחקירה בעדות שחוקר הילדים הרשה אותה לפי סעיף 2, אין חוקרים ילד בעבירה המנויה בתוספת, אלא על ידי חוקר ילדים [...]". כך הוא המקרה בעניינו; בעת מתן העדות, י' היתה ילדה בת כעשר שנים, וחוקרת הילדים לא אישרה את עדותה בבית המשפט. נזכיר את דברי מלומד קדמי, כי "הסמכות לאסור על העדת קטין הינה סמכותו הבלעדית של חוקר הילדים; ובית המשפט אינו רשאי להתערב בשיקול דעתו" (יעקב קדמי על הראיות חלק א' 461 (1995)). אמנם, כאמור, בעת הסיכומים י' הגיעה לגיל 14 ובא-כוח המבקש ויתר על זכותו לזמנה לעדות בבית המשפט, חרף הצעת ההרכב (פרוטוקול הדיון מיום 4.6.08, עמ' 189 מול שורות 9-15); עם זאת, בהיעדר תגובת בא-כוחו דאז, עלינו להניח כי הבחירה שלא לזמן את י' נבעה משיקולים מקצועיים לגיטימיים של ההגנה, כגון שבא-כוח המערער דאז סבר שעדותה של י' בבית המשפט תזיק למבקש יותר משתועיל. הדבר אינו בלתי מתקבל על הדעת בנסיבות העניין. נוסף לכך, כי גם בית משפט זה (ראו פסקה 10א' לפסק-דינו של השופט לוי) התרשם, תוך צפיה בתייעוד, מכך שהמתלוננת י' חוותה את האירועים המיניים שתיארה. באשר לסעיף 10א, בא-כוח המערער דאז הציג בסיכומיו מספר נימוקים להעדפת עדות האחיות בבית המשפט על-פני גרסתן במשטרה (ראו פרוטוקול הדיון מיום 4.6.08, עמ' 195-197); דומה, כי המבקש סבר בטעות שבא-כוחו אינו



מתנגד להעדפת גרסתן של האחיות במשטרה כיון שלא התנגד לעצם הגשתן לבית המשפט (ראו למשל בפרוטוקול הדיון מיום 17.3.08, עמ' 124 מול שורות 1-2), אך כמובן יש הבדל בין השניים.

טו. באשר לעדותה של ע', אין מקום להתערבות בהכרעת בית המשפט המחוזי אשר קבע, כי הפער בין גרסתה הראשונית במשטרה (אז אמרה שהייתה בכיתה ז') לבין גרסתה השנייה, שתוקנה מיוזמתה (אז אמרה שהייתה בכיתה ח'), אינו מעיד על חוסר אמינות, אלא על כך שעדות ראשונית אשר ניתנה במהלך סערת רגשות תוקנה לאחר מכן. בית המשפט המחוזי התרשם ישירות מעדותה של ע', ואין מקום בנידון דידן להתערבות בשיקול דעתו. אזכיר – כפי שציין בית משפט זה פסק-הדין בערעור – כי המבקשת אף לא חששה להתעמת עם המבקש ישירות. טענה נוספת בפי המבקש, לפיה עדותה של ע' אינה אמינה שכן הצביעה על מקום לא נכון כשהתבקשה לאתר את המקום בו נעשו המעשים. אין לקבל הטענה. נראה, כי אין מחלוקת שע' הצביעה על הבית בו גר המבקש, אלא שלטענתו הצביעה על הכניסה הלא נכונה. בכל הכבוד, לא טעות כזאת – ככל שאכן מדובר בטעות – עשויה למוטט את גרסת המתלוננת, התואמת גם את גרסתן של המתלוננות האחרות.

טז. ועתה באשר לראיה החדשה שהוגשה על-ידי המבקש. כאמור, מדובר בתמלול שיחה שנערכה – לכאורה – בין ש' (אחת משלוש האחיות) לאחיה. בתמלול מצוטטת ש' כמי שאומרת שלא היו דברים מעולם. אין בכוחה של ראיה זו להצדיק את עריכתו של משפט חוזר. ראשית, כפי שצוין גם בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לתמלול לא צורפו תצהיר המאמת את מועד השיחה ופרטי הדוברים, וכן לא צורפה ההקלטה המקורית. בנוסף, התמלול מציין – באמצע השיחה – דוברת אלמונית (שורה 20 לתמלול), שזהותה לא נודעה, אשר נראה כי האח חוזר אחרי שאלתה באופן האומר דרשני. בשולי הדברים יצוין, כי האופן בו התנהלה השיחה – בה האח שואל את האחיות, כבדרך אגב, על מעשים רגישים ביותר – מעלה תמיהה אף הוא, ולא אכביר מלים.

יז. ככל שהפכתי בדבר, לא ראיתי מקום לשוב ולהוסיף על פסיקותיהם המוצקות של בית המשפט המחוזי ובית משפט זה. לא נתקיימה עילה למשפט חוזר, הן לעניין הראיה החדשה והן לעניין טענת עיוות הדין. איני נעתר איפוא לבקשה.

ניתנה היום, י"ז בכסלו התשע"ו (29.11.2015).

המשנה לנשיאה