

בבית המשפט העליון**מ"ח 8115/07**

בפני : כבוד השופטת מ' נאור

המבקש : פלוני

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש : עו"ד אפרת פינק

בשם המשיבה : עו"ד בת-עמי ברוט

לתגובה בטענות (2008-05-05) : מח 8115/07 פלוני - ב"כ עו"ד אפרת פינק נ' מדינת ישראל שופטים : מ' נאור
עו"ד : אפרת פינק

חקיקה שאוזכרה :

[חוק העונשין, תשל"ז-1977 : סע' 345\(א\)\(1\), 345\(ב\)\(5\)](#)[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984 : סע' 31\(א\), 31\(א\)\(2\), 31\(א\)\(4\)](#)[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982 : סע' 153, 153\(א\)](#)

מיני-רציו:

* בתי-משפט – משפט חוזר – עילות לקיומו

* דיון פלילי – הודאה – חזרה מהודאה

בקשת המבקש, קטין במועד הרלבנטי, שהורשע, על פי הודאתו, בביצוע שתי עבירות אינוס בצוותא (עם נאשמים בגירים שנשפטו בנפרד), למשפט חוזר.

בית המשפט העליון, (השופט מ' נאור), דחה את הבקשה ופסק כי:

בבסיס הסמכות להורות על עריכת משפט חוזר ניצב האיזון בין השאיפה לחשיפת האמת ולהבטחת מנגנון דינוי שיאפשר תיקון טעות שנפלה בהרשעת אדם ובין עקרונות הוודאות וסופיות הדיון. על המבקש משפט חוזר להניח תשתית ראייתית ממשית להוכחת קיומה של אחת מהעילות שבחוק, טרם יבכר בימ"ש את השאיפה לחשיפת האמת, כאשר המשפט החוזר מופעל במשורה ובמקרים חריגים; כבר נפסק כי מקום בו הודה נאשם בבימ"ש והתקיים הליך בו העמיד בימ"ש את הנאשם על השלכותיה, תיוותר ההודאה על כנה. אכן, לבימ"ש שיקול דעת להתיר לנאשם לחזור בו מהודאתו, אך נדרשים לכך נימוקים מיוחדים ורק בנסיבות נדירות יתיר בימ"ש לנאשם לחזור בו מהודאתו לאחר שניתן גזר דין בעניינו.

בענייננו אין מקום לאפשר למבקש לחזור בו מהודאתו. המבקש הודה הן במשטרה והן בבימ"ש בביצוע המעשים שיוחסו לו בכתב האישום. המבקש הצהיר בבימ"ש כי הבין את הכתוב בכתב האישום וקיבל הסברים מב"כ. הנימוק שמציג המבקש לחזרתו מההודאה הוא כי לאחר שנשמעה עדות המתלוננת במשפט הנאשמים הבגירים באשר לאישום הראשון, אין עוד בסיס להודאתו שניתנה בזמנו מתוך הבנה והשלמה בדיעבד כי אם המתלוננת אומרת שלא היתה הסכמה מצידה יש לקבל את דבריה, למרות שסבר בעת קיום יחסי המין כי המתלוננת מסכימה לקיומם. נימוק זה יש לדחות, בין היתר מאחר שכבר בהודעותיו במשטרה סיפר המבקש כי מלבד המקרים בהם קוימו יחסי מין בהסכמה היו גם מקרים בהם קיימו המעורבים בפרשה יחסי מין עם המתלוננת שלא בהסכמתה.

גם את הטענה כי השארת הרשעתו על כנה בעבירות של אינוס בצוותא בשני האישומים, לאחר שהנאשמים הבגירים הורשעו בסיוע לאינוס בלבד באישום השני, היא בגדר עיוות דין וחוסר שוויון המקימים עילה לקיום משפט חוזר, יש לדחות. המבחן שנקבע להתערבות במצב בו ניתנו שתי הכרעות דין סותרות הוא מבחן מהותי-ענייני, לפיו יש לבדוק אם שני פסה"ד אינם יכולים בנסיבות לדור יחד. התערבות כזו בהכרעות דין סותרות תיעשה במשורה ולא בכל מצב של אי התאמה. סתירה מעין זו המחייבת התאמה לא תעורר, בד"כ מקום בו השוני בין תוצאות שני המשפטים נובע מההבדלים בחומר הראיות שהובא בפני שתי ערכאות השיפוט, כבענייננו. לכן, אין חשש ממשי כי בהרשעתו נגרם למבקש עיוות דין.

החלטה

1. בפני בקשה למשפט חוזר. ביום 4.11.2004 הודה המבקש בעובדות כתב האישום המתוקן שהוגש נגדו בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, והורשע, על פי הודאתו זו, בביצוע שתי עבירות אינוס בצוותא לפי [סעיף 345\(ב\)\(5\) לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977. בגין מעשיו אלה הוטל על המבקש עונש מאסר בפועל לתקופה של שלוש שנים, מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים ותשלום פיצוי למתלוננת בסך של 10,000 ש"ח. המבקש ערער על חומרת העונש שהוטל עליו לבית משפט זה. ערעורו התקבל בחלקו, ותקופת המאסר בפועל שנגזרה עליו הועמדה על 30 חודשים ([ע"פ 11856/05 פלוני נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו, 20.9.2006)).

העובדות

2. המבקש, קטין בן 16 בזמן ביצוע העבירות, הכיר את המתלוננת (שהיתה בת 22 באותה עת) באמצעות בן דודו, ש' (שהיה בן 27 באותה עת). בין החודשים ינואר עד אפריל 2004 נהג ש' להזמין את המבקש, את המתלוננת ואחרים למסיבות שארגן בלילות במקלט ליד מקום מגוריו בעיר בדרום הארץ. במסיבות אלה נהגו החוגגים לשות משקאות אלכוהוליים ביחד. כאשר האורחים היו עוזבים את המקום בתום המסיבות, נהגו המבקש, ש' ור' (אחיו של ש') לנסות ולשכנע את המתלוננת לקיים עמם מעשים מיניים. המתלוננת היתה נעתרת, לפעמים, ומסכימה שיגעו בה במקומות אינטימיים ובהזדמנויות שונות הסכימה גם כי המבקש יבעל אותה.

האישומים

3. על פי האישום הראשון, לפחות בשתי הזדמנויות שונות בתקופה האמורה, לאחר שהמתלוננת עשתה מעשים מיניים כלשהם בהסכמה עם המבקש או עם ש' או ר' בתום המסיבות המוזכרות, קיימו עמה השלושה יחסי מין שלא בהסכמתה כאשר שניים החזיקו בה והשלישי בעל אותה, ואז התחלפו, עד שכל השלושה בעלו אותה והגיעו לסיפוקם המיני. זאת על אף שלא היתה מעוניינת לעשות עוד מעשים מיניים ואף אמרה כי ברצונה ללכת לביתה, כאשר היא מושפעת משתיית אלכוהול ולא יכולה עוד להתנגד. בסמוך לאחר מכן, בחלק מהמקרים, זרקו המבקש וש' על המתלוננת ביצים וגושי אדמה.

על פי האישום השני, ביום 9.5.2004 בשעות הלילה הגיע המבקש לביתם של ש' ור' בעיר. בבית נכחו גם המתלוננת ור', קטין נוסף המעורב בפרשה. הנוכחים בבית צפו

ביחד בסרטי וידאו. בהמשך הלילה, התקלחה המתלוננת עם המבקש והסכימה לקיים עמו במקלחת יחסי מין אוראליים. לאחר מכן נכנסה המתלוננת לחדרו של ש' וגם עמו הסכימה לקיים יחסי מין אוראליים. בהמשך נכנסו הנוכחים האחרים בדירה לחדרו של ש', ור' ביקש לבעול את המתלוננת. היא סירבה וביקשה להתלבש וללכת לביתה, אולם ש', המבקש וב' החזיקו בה ור' החל לבעול אותה שלא בהסכמתה בעוד היא מתנגדת למעשיהם. לאחר מכן, בעל המבקש את המתלוננת שלא בהסכמה, כאשר ש', ר' וב' החזיקו אותה. בהמשך, ניסה גם ש' לבעול את המתלוננת שלא בהסכמתה בעוד האחרים מחזיקים אותה בכדי למנוע התנגדותה. לאחר שהמתלוננת התלבשה ופנתה ללכת לביתה, שברו עליה המבקש וש' ביצים ובהמשך ש' השתין עליה והמבקש שפך עליה בקבוק שתן.

החקירה

4. למחרת, ביום 10.5.2004 בשעה 22:00 עוכב המבקש לחקירה. תגובתו לחשדות שהועלו בפניו היתה "א" [המתלוננת, מ.נ.] היא הזונה של הארץ. אני שברתי עליה ביצים, אבל לא אנסתי אותה. שכבתי איתה מרצונה", אולם כבר בשעה 22:35 מסר המבקש את הודעתו הראשונה ובה הודה במעשים בהם נחשד: "אני מבין במה אני חשוד ואני מצטער על הכל" (שורה 11 בעמוד 1 להודעת המבקש במשטרה). בהמשך סיפר המבקש, לעניין האירועים המתוארים באישום הראשון בכתב האישום, כי מלבד המקרים בהם קוימו יחסי מין בהסכמה היו גם מקרים במסיבות בהם קיימו המעורבים בפרשה יחסי מין עם המתלוננת שלא הסכמתה. המתלוננת היתה מבקשת מהמעורבים לעזוב אותה, אולם המבקש, ש' ור' היו תופסים את רגליה, כל אחד בתורו, בכדי שלא תוכל להורידן בניסיון להפסיק את המגע המיני, בעוד השאר היו מקיימים עמה יחסי מין "אחד אחרי השני". עוד סיפר המבקש כי הוא "לא יודע למה המשכנו באותם מקרים שא' לא רצתה, זה היה טיפשות מצידנו וזה קרה בערך בין 4 ל-6 פעמים" ששכבנו עמה "בלי שהיא תסכים". (עמודים 1-2 להודעת המבקש במשטרה). ובהמשך מוסיף המבקש כי "היו בערך 4-6 מקרים ששכבנו איתה בכוח, א' היתה סוגרת רגליים ואומרת לנו לעזוב אותה, לפעמים היינו עוזבים אותה, אבל היו בערך ארבעה מקרים שלא עזבנו אותה, אפילו שלא הסכימה, שכבנו איתה כולנו: אני, ש', ר' וק' [שהוא מעורב נוסף בפרשה, מ.נ.] (שורות 7-10 בעמוד 4 להודעת המבקש במשטרה).

בהמשך, התייחס המבקש לאירועי ליל ה-9.5.2004 שפורטו באישום השני בכתב האישום וסיפר כי כאשר ניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, בעוד ר' וש' מחזיקים את רגליה, "א' כבר לא רצתה לשכב איתנו, [היא] השתוללה עם הרגליים ונתנה לי בעיטה בגב". (שורות 17-19 בעמוד 3 להודעת המבקש במשטרה). המבקש המשיך וסיפר כי לא הצליח להכניס את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת משום שזו התפרעה (שורות 19-20 בעמוד 3 להודעת המבקש במשטרה). כשהתבקש להתייחס לטענת המתלוננת לפיה היא אמרה לו במהלך האירוע המתואר באישום השני שהיא לא מעוניינת לקיים עם המעורבים יחסי מין אחרי שהיתה עם ש' בחדר, ענה המבקש "אני לא יודע למה המשכנו זה היה יותר בשביל הקטע" (שורות 25-28 בעמוד 4 להודעת המבקש במשטרה). כשנשאל אם יש לו מה להוסיף על הדברים שמסר בהודעתו, אמר המבקש: "אני רוצה להגיד שמה שעשיתי, היה חלק בסדר וחלק שלא בסדר, כשהחלק שלא בכוח זה הבסדר והחלק שבכוח, אין מה לעשות, זה להיפך. מה שהיה בהסכמה זה חלק מהחיים ואין מה לעשות ומה שלא בהסכמה צריך לטפל בזה כמו שצריך, ואני מצטער על זה" (שורות 10-13 בעמוד 5 להודעת המבקש במשטרה).

ההליכים המשפטיים

5. כנגד המבקש הוגש כתב אישום נפרד מזה שהוגש נגד חבריו ומשפטו החל להתנהל בבית המשפט המחוזי בחודש אוקטובר 2004. ביום 4.11.2004 הודה כאמור המבקש, במסגרת הסדר טיעון, בעובדות כתב האישום המתוקן והורשע בעבירות שיוחסו לו בו. בית המשפט המחוזי ציין בגזר הדין כי מהתסקיר שהוכן בעניינו של המבקש עולה כי הוא בעל רקע משפחתי קשה של אלימות מצד האב כלפי אמו של המבקש וכלפי המבקש ואחיו. שירות המבחן ראה בהוסטל בבאר שבע, בו שהה המבקש בחלופת מעצר ועבר תהליך טיפולי, כמסגרת המתאימה להמשך התהליך הטיפולי ולפיכך הציע כי יוטל עליו פיקוח בתנאי מגורים ל-18 חודשים בהוסטל וכי הוא יחויב בהשתתפות בקבוצת עברייני מין ובביצוע עבודות שירות. בית המשפט המחוזי עמד גם על האמור בתסקיר הנפגעת שהוכן בעניינה של המתלוננת ובו תוארו נזקים קשים של פגיעות מיניות שנגרמו לה, לא רק על-ידי המבקש וחבריו, עמם תאלץ להתמודד לאורך תקופה ארוכה. בתסקיר צוינה ההשפלה שחוותה המתלוננת דווקא על-ידי מי שראתה כידידיה ולכן הומלץ לפסוק לה פיצוי כספי. עוד צוין בתסקיר כי המבקש הביע חרטה על המעשים. בבואו לגזור את דינו של המבקש שקל בית המשפט המחוזי את מכלול הנסיבות, חומרת המעשים והצורך להרתיע כי גופן של נשים לא יהא הפקר ומנגד שיקולי שיקום הנוגעים לקטינים. בית

המשפט דחה את המלצת שירות המבחן והטיל על המבקש, בין היתר, עונש של 36 חודשי מאסר בפועל.

6. ערעור שהגיש המבקש לבית משפט זה על גזר דינו, התקבל בחלקו. בית המשפט (השופטים: א' לוי, א' רובינשטיין וד' ברלינר) החליט ביום 20.9.2006 להפחית מעונש המאסר בפועל שהוטל על המבקש ולהעמידו, כאמור, על 30 חודשים.

הבקשה למשפט חוזר

7. המבקש החל לרצות את עונשו ונדמה היה כי בכך הגיע לקיצו ההליך המשפטי בעניינו. ואולם ביום 25.9.2007 הגיש המבקש בקשה זו למשפט חוזר, לה צורפה גם בקשה לשחרור בערובה ממאסר. לדבריו, אירעו לאחרונה התפתחויות "דרמטיות" אשר מצדיקות את ביטול הרשעתו. כזכור, בעניינו של המבקש התנהל הליך משפטי נפרד מזה שהתנהל בעניינם של בני דודיו, ש' ור' שהיו בגירים בזמן האירועים המתוארים. במהלך משפטם של שני הבגירים (ת"פ 961/04 של בית המשפט המחוזי בבאר שבע) העידה המתלוננת, לדברי המבקש, כי יחסי המין שקיימה עמו אשר תוארו באישום הראשון - קוימו בהסכמתה. לעניין זה מפנה המבקש לדבריה של המתלוננת בעדותה האמורה: "היה להם איזה מיטה יחיד במקלט, היו כאילו שוכבים איתי, אז כאילו הייתי אומרת להם אני לא רוצה כאילו וזה, אז עם ל' [המבקש, מ.נ.] כאילו זה היה בהסכמה ואיתם לא רציתי" (עמוד 17 לפרוטוקול הדיון מיום 17.4.2007 במשפט הבגירים) ובהמשך: "אמרתי לך היינו רוקדים, וכאילו כל הזמן הוא היה שוכב איתי וזה. אבל הייתי מסכימה, כאילו אהבתי את ל'" (עמוד 18 לפרוטוקול הדיון מיום 17.4.2007 במשפט הבגירים). המבקש מפנה גם לדברים שנאמרו במהלך הדיון מיום 18.4.2007 במשפט הבגירים (עמוד 38 לפרוטוקול הדיון):

"**כב' השופט א. יעקב:** ... תגידי לי עוד דבר, מכל יחסי המין שלך עם ל', אני מדבר רק על ל', היה מקרה אחד שהיה לא בהסכמה?
העדה: לא. חוץ מהבית וזהו.
כב' השופט א. יעקב: לא הבנתי.
העדה: בבית. באירוע האחרון.
כב' השופט א. יעקב: באירוע האחרון עם ל' היה מקרה אחד שלא היה בהסכמה.
העדה: כן.
כב' השופט א. יעקב: יתר המקרים היו כולם בהסכמה.
העדה: כן.

כב' השופט א. יעקב: הבנתי.
כב' השופט ת. סלוטקי: איזה מקרה היה עם ל' שלא היה
בהסכמה.
העדה: בחדר, מה שהיה בחדר."

עוד מציין המבקש, כי בעקבות עדותה של המתלוננת הגיעו הצדדים במשפט הבגירים להסדר טיעון במסגרתו הודו ש' ור' בעובדות כתב אישום מתוקן, ממנו נמחק האישום הראשון (הנוגע לאירועים המתוארים באישום הראשון בכתב האישום שהוגש נגד המבקש) שייחס לשניהם עבירה של אינוס בצוותא וייחס לש' עבירות של אינוס תוך כדי התעללות ותקיפה בצוותא. האישום השני בכתב האישום המתוקן שהוגש כנגד השניים, המתייחס לאירועי ליל ה-9.5.2004, תוקן כך שייחס להם עבירה של סיוע לאינוס בלבד (תחת עבירה של אינוס בצוותא), ובנוסף ייחס עבירה של תקיפה בצוותא לש'. מהודעת עדכון שהגיש המבקש ביום 13.2.2008, עולה כי בגזר הדין שניתן ביום 6.2.2008 הטיל בית המשפט על ש' עונש מאסר בפועל לתקופה של 12 חודשים ועל ר' עונש מאסר בפועל לתקופה של 7 חודשים. בנוסף, הטיל בית המשפט על ש' ור' עונש מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים.

8. טענתו הראשונה של המבקש במסגרת בקשתו זו למשפט חוזר היא כי עדותה של המתלוננת במשפט הבגירים היא בבחינת ראיה שיש בה כדי לשנות את תוצאות משפטו שלו ומשכך, הרי שמתקיימת העילה לקיומו של משפט חוזר, הקבועה [בסעיף 31\(א\)\(2\)](#) לחוק [בתי המשפט](#). לטענת המבקש, עדותה של המתלוננת לפיה כל יחסי המין שקיימה עמו אשר תוארו באישום הראשון, קוימו בהסכמתה משמיטה את הבסיס העובדתי להרשעתו באישום הראשון. לדבריו, לצורך גיבוש עבירת האינוס לפי [סעיף 345\(א\)\(1\)](#) לחוק [העונשין](#), אין די בקיום יחסי מין כשלעצמם, אלא יש צורך בהוכחת היעדר הסכמתה של האישה. אם קיימת הסכמה מצידה של האישה, כך נטען, הודאתו של חשוד או נאשם בביצוע אונס, איננה הופכת את יחסי המין לאונס. ההודאה אינה חזות הכל. נטען כי אדם עשוי להודות במעשה שכלל לא ביצע, קל וחומר במקרה מעין זה בו אין כל מחלוקת לגבי המעשה הפיסי - אקט הבעילה. לדבריו, קטינים נמנים על "קבוצת הסיכון" הנוטות למסור הודאות שווא.

9. המבקש מוסיף וטוען, כי המתלוננת הודתה בעדותה כי התנהגותה לא שיקפה את סירובה לקיים עם המעורבים יחסי מין בכך שהעבירה להם מסר "שלא קרה שום דבר לא בסדר", בכך שחזרה להשתתף במסיבות ובכך שלאחר קיום יחסי המין נשארה לעשן

ולשמוע מוסיקה עם המעורבים. יתרה מכך, במקרים רבים שבהם הפגינה אי הסכמה כלשהי לקיום יחסים, בסופו של דבר, לפי עדותה שלה, התרצתה וקיימה עמם יחסי מין מרצונה. לטענתו, המתלוננת אף שיתפה פעולה באופן אקטיבי ויזום, בין היתר בהורדת בגדים ובהסתובבותה עירומה בין הנוכחים. המבקש מוסיף ומציין כי לאחר האירועים שבהם היא טענה שקוימו עמה יחסי מין ללא הסכמתה, קיימה עם המעורבים יחסי מין בהסכמה וכי המתלוננת אף העידה כי היא סבורה שהמעורבים חשבו שהיא נהנית מהיחסים. משכך, סבור המבקש, נשמט הבסיס גם לקיומו של יסוד המודעות של המעורבים כלפי קיום הנסיבות של בעילה שלא בהסכמתה של המתלוננת. לגישתו, בנסיבות החריגות של מערכת היחסים בין הצדדים, לאור התמשכות היחסים בהסכמה ואופי היחסים בכללותם, קיים קושי מובנה לבסס את יסוד המודעות לאי הסכמתה של המתלוננת.

10. באת כוח המבקש מציינת, בצדק רב, כי לא ניתן להתעלם מהשאלה אם אכן קיומו יחסי המין בין המתלוננת למבקש שתוארו באישום הראשון בהסכמתה של המתלוננת, כיצד זה ניתן להסביר את הודאתו של המבקש במעשים שיוחסו לו? תשובתה לשאלה זו היא כי לאור מכלול היחסים בין הצדדים, ולאור התנהגותה של המתלוננת, סבר המבקש בעת קיום יחסי המין, כי המתלוננת מסכימה לקיומם. רק משהוצגה למבקש בחקירתו במשטרה עמדת המתלוננת בהודעותיה במשטרה, השתנתה הבנתו, הוא קיבל את דברי המתלוננת כי לא הסכימה לקיום יחסי המין והבין את מצבה הנפשי בעת קיום היחסים, ולפיכך הודה בקיום יחסי המין שלא בהסכמתה. לעניין זה מצביע המבקש על הגרסה שמסר עם עיכובו לפיה לא אנס את המתלוננת אלא שכב עמה מרצונה. גם במשפטם של ר' וש', כך נטען, העיד המבקש כי בזמן שקיים עם המתלוננת יחסי מין סבר כי היא מסכימה לכך ולא הבין אז שזה לא בסדר, דבר שהוא מבינו היום. בהקשר זה מפנה המבקש גם לעדותו שלו במשפט הבגירים שם ציין, כי היתה לו "טעות חשיבה". כעת, כך נטען, לאחר עדותה של המתלוננת, לפיה היא דווקא הסכימה לקיום יחסי המין עם המבקש שתוארו באישום הראשון, אין עוד בסיס להודאת המבקש ששיקפה את מודעותו בדיעבד בהתחשב בדברים שאמרה המתלוננת באותה עת.

11. עוד טוען המבקש כי קיימות סתירות רבות בין הדברים שאמרה המתלוננת בעדותה במשפט הבגירים ובין הדברים שמסרה בהודעותיה במשטרה. כך למשל, מצביע המבקש על דבריה של המתלוננת בעדותה במשפט הבגירים, לפיהם יחסי המין שקיימה עם המבקש אשר תוארו באישום הראשון קוימו בהסכמה, העומדים בסתירה להודעותיה

במשטרה לפיהן יחסי המין קוימו שלא בהסכמתה. סתירה נוספת עליה מצביע המבקש היא בין דברי המתלוננת בעדותה לפיהם הביעה התנגדות לקיום יחסי מין עם ב' ובין הדברים שמסרה בהודעתה במשטרה לפיהם עם ב' "זה היה בהסכמה" (שורה 4 להודעה השלישית של המתלוננת במשטרה).

המבקש מצביע גם על סתירות בין הודעותיה השונות של המתלוננת במשטרה לבין עצמן. כך למשל טוען המבקש כי בתלונתה הראשונה ביום 10.5.2004 לא ציינה המתלוננת כי קיימה יחסי מין עם המעורבים קודם לבוקרו של אותו יום, לא כל שכן כי יחסי מין אלה לא היו בהסכמתה. כמו כן מסרה בהודעתה האמורה כי המעורבים הורידו את בגדיה באותו אירוע בניגוד להסכמתה, וזאת בניגוד להודעה אחרת שמסרה באותו יום לפיה המבקש הוא זה שהוריד את בגדיה בהסכמתה. בהודעה נוספת שמסרה באותו יום, חזרה בה המתלוננת מדבריה כי כל יחסי המין קוימו שלא בהסכמתה וכן ציינה כי סיפרה לחוקרת דברים לא נכונים מאחר והנושא נחשף בפני הוריה והיא "מתביישת בכל המצב ובשם שיוצא לה". בהודעה זו מסרה המתלוננת כי יחסי המין עם ב' היו בהסכמתה, וזאת בניגוד להודעתה הקודמת מאותו יום. לטענת המבקש סתירות אלה מטילות צל כבד על מהימנותה של המתלוננת ומצדיקות את ביטול הרשעתו שהתקבלה בהתבסס על מצב הראיות, כפי שהיה באותה העת, ובעיקר הודעותיה של המתלוננת.

12. טענתו השנייה של המבקש היא כי בנסיבות שנוצרו לאור עדותה של המתלוננת ולאחר תיקון כתב האישום נגד ש' ור', הותרת הרשעתו שלו על כנה בשני אישומים בעבירות של אינוס בצוותא היא בגדר עיוות דין וחוסר שוויון משווע. לפיכך מתקיימת, לשיטת המבקש, גם העילה הקבועה [בסעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#) לקיומו של משפט חוזר. לדבריו, הראיות, כפי שהיו בתיק קודם לעדותה של המתלוננת, אינן מצדיקות אבחנה מהותית בין המבקש לבין ש' ור'. טענתו העיקרית בהקשר זה הינה כי ההכרעות שניתנו במשפטם של הבגירים ובמשפטו שלו סותרות ומהוות דיבור "בשני קולות" מצידה של המערכת המשפטית, היוצר תחושה של שרירות דין. בעוד שהמבקש, שהינו כאמור קטין, הורשע באינוס בצוותא בשני אישומים, ש' ור', שלכאורה ביצעו עמו בצוותא את העבירות, לא הואשמו כלל באישום הראשון, והואשמו בסיוע לאינוס בלבד באישום השני.

חוות הדעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה

13. לגישת היועץ המשפטי לממשלה הבקשה אינה מגלה עילה לעריכתו של משפט חוזר. הרשעתו של המבקש מבוססת על הודאתו, שניתנה במסגרת הסדר טיעון, לפיה בשלושה מקרים שונים בעל המבקש את המתלוננת שלא בהסכמתה, כאשר אחרים מחזיקים את המתלוננת כדי לאפשר את מעשי האינוס. המבקש עמד, בעיקרו של דבר, על הודאתו בעדותו בבית המשפט במסגרת משפט הבגירים שם ענה לשאלת בית המשפט אם הוא הודה באמור בכתב האישום שהוגש נגדו כך: "הודיתי ואני מודה... אני מודה בזה, זה מה שקשור אליי בלי שום ספק" (עמוד 24 לפרוטוקול הדיון מיום 31.12.2006 במשפט הבגירים). לגישת היועץ המשפטי לממשלה, בבקשה זו למשפט חוזר מבקש המבקש, הלכה למעשה, לחזור בו מהודאתו ואין מקום לאפשר לו, בשלב זה, לעשות כן.

14. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי אין ממש בטענה כי בסיס ההסכמה להסדר הטיעון נשמט לאחר עדות המתלוננת וכי נגרם למבקש עיוות דין המצדיק עריכתו של משפט חוזר. המבקש, כך נטען, בחר להודות במסגרת הסדר טיעון בעת שהיה מיוצג לאחר שבאת כוחו העלתה טענות בדבר מהימנות גרסת המתלוננת, משקל הודעתו ורמת מודעותו לחומרת המעשים. לדברי היועץ המשפטי לממשלה, חומר החקירה היה כולו בפני המבקש עובר להסדר הטיעון ולהודאה, וכבר מחומר הראיות עולים קשיים בגרסת המתלוננת, אף אם הקשיים התחדדו במהלך עדותה במשפט הבגירים, ובכל זאת בחר המבקש להודות בביצוע המעשים שיוחסו לו. לעניין זה מפנה היועץ המשפטי לממשלה לעדותו של המבקש במשפט הבגירים שם ציין כי כאשר ניהל את משפטו ידע שהיו "כל מיני סתירות" בגרסתה של המתלוננת: "שפעם היא אומרת כן ופעם היא אומרת לא, ובמקרים שהיא היתה אומרת לא אז היא אומרת כן, כל מיני סתירות" (עמוד 41 לפרוטוקול הדיון מיום 31.12.2006 במשפט הבגירים). היועץ המשפטי לממשלה מוסיף ומציין, כי המתלוננת אכן מסרה גרסה מבולבלת במשפטם של הבגירים, שיש לה פנים לכאן ולכאן, עם זאת סבור היועץ המשפטי לממשלה כי בהתחשב בהודאת המבקש במיוחס לו, בכך שלא הונחה תשתית ראייתית למתן היתר למבקש לחזור בו מהודאתו ובהתחשב במכלול הראיות בתיק, אין בעדות זו כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר.

לטענת היועץ המשפטי לממשלה, הראיות שנאספו בחקירה, ובראשן הודאת המבקש, עולות בקנה אחד עם הודאת המבקש בעבירות בבית המשפט, ואף מסבירות את הטעם בהודאתו. ראיות נוספות בתיק היו חוות דעת מומחה שבדק את המתלוננת, תמונות המתלוננת עם סימני הביצה והשתן על גופה, הודעות נחקרים נוספים בפרשה ועימות שנערך בין המתלוננת לקטין ב'. לטענת היועץ המשפטי לממשלה, בעדותו של המבקש

במשפטם של ש' ור', שנשמעה כשנתיים לאחר הודאת המבקש במשפטו, חזר המבקש על הודאתו בכיצוע המעשים. לטענתו, דבריו של המבקש בעדותו זו והודעתו מיום 10.5.2004 מלמדים בבירור כי במועד קרות האירועים המבקש הבין היטב מתי הסכימה המתלוננת לקיום יחסי מין ומתי התנגדה. אמנם בחקירתו הנגדית דיבר המבקש, בין היתר, על טעות חשיבה, אך לדעת היועץ המשפטי לממשלה אין לייחס לדברים משקל לנוכח תוכן גרסאותיו במשטרה, הודאתו במשפטו ומכלול עדותו במשפט הבגירים. היועץ המשפטי לממשלה מצביע אף על העובדה כי לאחר שמסר גרסה ממעיטה זו ענה המבקש מפורשות לשאלת בית המשפט, כי גם לפני שקיבל טיפול הבין שהיו מקרים בהם לא הסכימה המתלוננת למעשים.

15. לבסוף מציין היועץ המשפטי לממשלה, כי אמנם נוצר פער בין הכרעת הדין של המבקש לבין זו של שותפיו, אך פער זה נובע לגישתו מתוכן הודאתם בבית המשפט והוא מוצדק לנוכח ההבדל בתשתית הראייתית נגדם. נטען, כי להודאותיו של המבקש שהתיישבו עם גרסת המתלוננת מצטרפות הודעות חבריו המפלילות אותו בכיצוע העבירות ומעידות על מעורבותו הרבה במעשים וכן הודעותיה של המתלוננת, בהן אמנם ניתן למצוא סתירות ואי בהירות בפרטים שונים אך עיקר גרסתה ברור. לעומת זאת, כך נטען, האחרים צמצמו בגרסאותיהם את חלקם. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אין המדובר באפליה או בעיוות דין שנגרם למבקש.

דין

16. בבסיס הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר בעילות המנויות [בסעיף 31\(א\)](#) לחוק [בתי המשפט](#) [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ניצב האיזון בין השאיפה לחשיפת האמת ולהבטחת מנגנון דינוני שיאפשר תיקון טעות שנפלה בהרשעתו של אדם ובין עקרונות הודאות וסופיות הדיון (ראו למשל: [מ"ח 4737/07](#) מירופולסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו), 6.11.2007). על המבקש משפט חוזר להניח תשתית ראייתית ממשית להוכחת קיומה של אחת מהעילות הקבועות [בסעיף 31\(א\)](#) לחוק [בתי המשפט](#) בטרם יבכר בית המשפט את השאיפה לחשיפת האמת על-פני שיקול הודאות וסופיות הדיון. אכן, המשפט החוזר הוא מנגנון חריג המופעל במשורה ([מ"ח 5846/03](#) יזדי נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו), 7.9.2003), [מ"ח 8925/00](#), ביטאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בבנו), 14.12.2000, [מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נא(2) 334, 356 (1997), [מ"ח 9054/03](#) לזרובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו), 28.12.05).

לאחר שעיינתי בבקשה, בתגובת היועץ המשפטי לממשלה, בתשובת המבקש לתגובת היועץ המשפטי לממשלה, בהודעת העדכון מטעם המבקש ובתגובת היועץ המשפטי לממשלה לה, הגעתי לכלל מסקנה כי העניין דנן אינו נמנה על אותם מקרים חריגים בהם יש להורות על קיומו של משפט חוזר, כפי שאפרט להלן.

17. [סעיף 153\(א\) לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 שעניינו חזרה מהודיה קובע כך:

“הודה הנאשם בעובדה, אם בהודיה שבכתב לפני המשפט ואם במהלך המשפט, רשאי הוא בכל שלב של המשפט לחזור בו מן ההודיה, כולה או מקצתה, אם הרשה זאת בית המשפט מנימוקים מיוחדים שיירשמו”.

בית משפט זה כבר קבע כי מקום בו הודה נאשם בבית המשפט והתקיים הליך בו העמיד בית המשפט את הנאשם על משמעויותיה של הודאתו ועל התוצאות להן הוא צפוי בעקבותיה, תיוותר ההודאה על כנה. אכן, לבית המשפט שיקול הדעת, על פי סמכותו לפי [סעיף 153\(א\) לחוק סדר הדין הפלילי](#) האמור, להתיר לנאשם לחזור בו מהודאתו ואולם נדרשים לכך נימוקים מיוחדים. נקבע כי היתר מעין זה “יינתן בנסיבות חריגות, בהתקיים פסול בהודיה עקב פגם ברצונו החופשי ובהבנתו של הנאשם את משמעות הודייתו, או אם ההודיה הושגה שלא כדין באופן המצדיק פסילתה” ([ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל](#), [פ"ד נז\(1\) 577 \(2002\)](#); [ע"פ 1932/04 רג'בי נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו, 14.4.2005); [ע"פ 635/05 דענא נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו, 26.11.2007)). גם בהקשר של בקשה למשפט חוזר נקבע, כי רק בנסיבות נדירות יתיר בית המשפט לנאשם לחזור בו מהודאתו לאחר שניתן גזר דין בעניינו, אחרת תהא הסכמתם של נאשמים להסדרי טיעון מותנית בחומרת העונש שהוטל עליהם ([מ"ח 10468/06](#) קבוע נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 25.3.2007).

18. אפילו היינו נמצאים בשלב הערעור ולא בבקשה למשפט חוזר, לא היה מקום לאפשר למבקש לחזור בו מהודאתו. המבקש הודה בעדותו בבית המשפט בביצוע המעשים שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן, וזאת לאחר שהודה במעשים בהם נחשד גם במסגרת הודעתו במשטרה. המבקש הצהיר בבית המשפט כי הבין את הכתוב בכתב האישום המתוקן וקיבל הסברים מבאת כוחו. הוא הודה בעובדות כתב האישום המתוקן וציין כי

הבין שאין הסדר לעניין העונש וכי בית המשפט לא כבול להסדר הטיעון ויוכל להטיל עליו כל עונש שימצא לנכון (עמודים 34-35 לפרוטוקול הדיון מיום 4.11.2004). כעת מבקש המבקש במסגרת בקשתו למשפט חוזר לחזור בו מהודאתו זו. הנימוק המיוחד שמציג המבקש לחזרה זו, כמתחייב [מסעיף 153 לחוק סדר הדין הפלילי](#), הוא כי כעת, לאחר שנשמעה עדות המתלוננת במשפט הבגירים באשר לאישום הראשון, אין עוד בסיס להודאתו שניתנה בזמנו. הודאה זו ניתנה, כך לדבריו, מתוך הבנה והשלמה בדיעבד כי אם המתלוננת אומרת שלא היתה הסכמה מצידה הרי שיש לקבל את דבריה, למרות שסבר בעת קיום יחסי המין כי המתלוננת מסכימה לקיומם.

19. נימוק זה לא אוכל לקבל. כאמור, כבר בהודעותיו במשטרה סיפר המבקש לעניין האירועים שתוארו באישום הראשון, כי מלבד המקרים בהם קוימו יחסי מין בהסכמה היו גם מקרים בהם קיימו המעורבים בפרשה יחסי מין עם המתלוננת שלא בהסכמתה. המבקש הוסיף ותיאר כי המתלוננת היתה מבקשת מהמעורבים לעזוב אותה, אולם הם היו תופסים את רגליה, כל אחד בתורו, בכדי שלא תוכל להורידן בניסיון להפסיק את המגע המיני, בעוד השאר היו מקיימים עמה יחסי מין "אחד אחרי השני". עוד סיפר המבקש כי "היו בערך 4-6 מקרים ששכבנו איתה בכוח, א' היתה סוגרת רגליים ואומרת לנו לעזוב אותה, לפעמים היינו עוזבים אותה, אבל היו בערך ארבעה מקרים שלא עזבנו אותה, אפילו שלא הסכימה, שכבנו איתה כולנו: אני, ש' ר' וק'" (שורות 7-10 בעמוד 4 להודעת המבקש במשטרה). כל אלה ודאי מצביעים על כך שהמבקש לא למד לראשונה על אי הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי המין רק כאשר הוצגה לו גרסתה במשטרה, והדברים היו ידועים לו בעת ביצוע המעשים. לכן אין ממש בגרסתו לפיה הודה עוד במשטרה משום שקיבל את דבריה של המתלוננת בדבר אי הסכמתה לקיום היחסים בדיעבד.

20. זאת ועוד: נימוקו של המבקש לחזרה מהודייתו מבוסס במידה רבה על הטענה לפיה עדותה של המתלוננת נפלה עליו כרעם ביום בהיר לאחר מתן גזר דינו והיא שהביאה אותו לראשונה להבין כי יחסי המין עם המתלוננת שתוארו באישום הראשון קוימו דווקא בהסכמתה. ואולם, עיון בתיק החקירה מגלה כי כבר במזכר השני מיום 10.5.2004 שערך השוטר אריה לב תועדו דברים שאמרה המתלוננת לפיהם "כל יחסי המין שקיימה עם אלה שהתלוננה עליהם היה בהסכמתה ומרצונה וכשלא רצתה אמרה להם והם הפסיקו וכלום לא נעשה לה בכוח או שלא מרצונה פרט לחלק המשפיל שבו זרקו עליה ביצים והשתינו עליה...". המבקש טען אמנם בעדותו במשפט הבגירים כי הוא לא היה מודע למזכר האמור, אולם מעיון בפרוטוקול הדיון מיום 21.10.2004 במשפטו של המבקש שהתקיים

בטרם הודה המבקש בעובדות כתב האישום המתוקן, עולה כי באת כוחו של המבקש, עו"ד ז'ולסון, חקרה את השוטר לב בעניין המזכר ואף קראה אותו במלואו בפניו (עמודים 17-18 לפרוטוקול הדיון מיום 21.10.2004). משכך, ובשים לב לעובדה כי המבקש נכח באולם בשעת הדיון ושמע את הדברים, שוב לא יכולה להישמע טענתו כי לא היה מודע למזכר האמור וכי בעדותה של המתלוננת במשפט הבגירים שניתנה לאחר הודאתו נחשף לראשונה לקשיים בגרסתה של המתלוננת בעניין אי הסכמתה לקיום יחסי המין. ודוק: על אף שהיה מודע לקשיים האמורים, בחר המבקש, שהיה מיוזג, להודות בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן וחזקה עליו ועל באת כוחו שהיתה זו בחירה מושכלת. יתר על כן, המבקש לא ביקש מבית המשפט לחזור בו מהודאתו במהלך הדיון ואף לא עשה כן במסגרת ערעור שיכול היה להגיש גם על הכרעת הדין לבית משפט זה (ראו והשוו: עניין קבוע; [מ"ח 7152/03](#) זפט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 17.9.2003). הליך המשפט החוזר בוודאי לא יבוא במקומם של הליכי הערעור הקבועים בדין ([מ"ח 5600/05](#) מזרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 20.9.2005); [מ"ח 6223/04](#) גולדין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 13.10.2004); עניין זפט).

21. עדותה של המתלוננת במשפט הבגירים נמסרה כשלוש שנים לאחר האירועים המתוארים בכתב האישום, ולא מצאתי מקום להעדיף היום את האמור בה על פני הדברים שמסרה בסמוך לאחר האירועים בהודעותיה במשטרה ועל פני הודעותיו של המבקש במשטרה שנמסרו גם הן בסמוך לאחר האירועים והודאתו בבית המשפט שניתנה כחצי שנה לאחר האירועים. יתרה מזאת, כשנשאלה המתלוננת על-ידי חוקרת המשטרה האם כל מה שסיפרה לה בעדותה הוא אמת, השיבה המתלוננת "זה אמת הכל, באמת הכל. זה ילדים קטנים, אני לא רוצה שיסתבכו, אנשים עושים שטויות". לשאלת החוקרת "מי אלה אנשים?" השיבה המתלוננת: "ל' בעיקר, ב' לא אשם בכל העניין, ב' כמעט יצא מזה הם אמרו לו בוא" (עמוד 20, שורות 3-8 להודעתה של המתלוננת בפני החוקרת ליאורה סאטובו). דברים אלה עשויים אולי להצביע על רצונה של המתלוננת לגונן על מי שנתפסו בעיניה כילדים (ואכן היו בתקופה זו קטינים), אפילו במחיר של הפחתה מחומרת מעשיהם.

22. על כן, אני סבורה שאין לאפשר למבקש במסגרת בקשתו זו למשפט חוזר לחזור בו מהודאתו על פיה הורשע בדין ומשכך, עדותה של המתלוננת במשפט הבגירים אינה עולה כדי "עובדה או ראיה, העשויה, לבדה או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון".

23. כזכור, טענתו השניה של המבקש היא כי השארת הרשעתו שלו על כנה בשני האישומים בעבירות של אינוס בצוותא, לאחר שש' ור' הורשעו בסיוע לאינוס בלבד באירוע שתואר באישום השני, היא בגדר עיוות דין וחוסר שיוויון המקימים את העילה הקבועה [בסעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#) לקיומו של משפט חוזר. לגישתו, ההכרעות שניתנו במשפטים של הבגירים ובמשפטו שלו סותרות ומהוות דיבור "בשני קולות" מצידה של המערכת המשפטית, היוצר תחושה של שרירות דין. אף דין טענה זו להידחות.

24. המבחן שנקבע להתערבות במצב בו ניתנו שתי הכרעות דין סותרות הוא מבחן מהותי-ענייני (עליו עמדתי בהרחבה בעניין לזרובסקי האמור, וראו גם: [ע"פ 4391/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו), 13.12.2005). על פי מבחן זה יש לבדוק האם מן הבחינה המהותית עניינית, שני פסקי הדין אינם יכולים, בנסיבות העניין, לדור בכפיפה זה עם זה. "האם קיימת סתירה מהותית ביניהם, עד כדי כך שלא יתכן כי שניהם אמת; האם בזיכוי של האחד יש כדי להשמיט את הקרקע מתחת להרשעתו של האחר, באופן שההרשעה והזיכוי אינם יכולים, מבחינה מהותית-עניינית, לחיות זה בצד זה" התערבות מעין זו בהכרעות דין סותרות תיעשה במשורה ולא בכל מצב של אי התאמה. סתירה מעין זו המחייבת התאמה לא תתעורר, בדרך כלל, מקום בו השוני בין תוצאות שני המשפטים נובע מההבדלים בחומר הראיות שהובא בפני שתי ערכאות השיפוט (עניין אבו ריא; עניין לזרובסקי). בענייננו קיים שוני בתשתית הראייתית שעמדה לחובת המבקש לעומת זו שעמדה לחובתם של שני הבגירים. בעוד שהמבקש הודה בביצוע המעשים וגרסתו עלתה בקנה אחד עם טענותיה של המתלוננת, צמצמו הבגירים בגרסאותיהם את חלקם.

25. יתרה מכך, כלל הוא כי בית המשפט יטה שלא להתערב באי התאמה מעין זו מקום בו זיכוי של הנאשם האחר נשען על הסדר טיעון שנקשר עמו (עניין אבו ריא; [ע"פ 8899/06 ארמין נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו), 29.7.2007). בהקשר זה ראוי להזכיר כי "מטיבו הסדר טיעון, שכל צד להסדר, מטעמיו הוא, מוותר על טענה מטענותיו או על מרב האפשרויות שהיו פתוחות בפניו קודם שערך את ההסדר. הסדר מוסכם כולל מעצם מהותו ויתור או פשרה. כל צד להסדר מעוניין להשיג תוצאה החשובה בעיניו על-פי סדרי העדיפויות ששיווה לנגד עיניו" ([ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נב(5) 97, 105 (1998)). בית המשפט שהרשיע את הבגירים על פי הודאתם לא דן בחלקם בעבירת האינוס בצוותא בשל מחיקתה מכתב האישום וממילא לא קבע כל ממצא עובדתי הסותר את הרשעתו של המבקש בעבירה זו (ראו והשוו: עניין ארמין).

26. לא למותר לציין, כי בניגוד לטענת המבקש לפיה אין הצדקה לאבחנה מהותית בין המבקש לבין ש' ור', הרי שחלקו של המבקש במעשים המתוארים היה מרכזי. בעדותו במשפט הבגירים נשאל המבקש: "מצד אחד אתה היית הקטין בחבורה, מצד שני יש פה תיאורים שאתה בעצם שולט בכל הקונצרט הזה נקרא לו, כל המקהלה הזאת. אתה מחליט ר' לך לפה, ש' וזו לשם, א' עכשיו את ככה, ככה זה יוצא מזה, זה נכון לתאר את ה-בוא נגיד כך-". תשובתו לשאלה היתה: "זה מצחיק, אבל מה שזכור לי זה ככה היה. כן.". ולשאלה "כך היה?" משיב המבקש: "כן. שהייתי ראש לאריות, לשועלים יותר נכון." (עמוד 21 לפרוטוקול הדיון מיום 31.12.2006 במשפט הבגירים).

27. על כן, הגעתי לכלל מסקנה כי לא נתעורר חשש של ממש כי בהרשעתו נגרם למבקש עיוות דין.

הבקשה לקיום משפט חוזר נדחית וממילא נדחית גם הבקשה לשחרור בערובה.

ניתנה היום, י"א בניסן תשס"ח (16.4.2008).

מ' נאור 8115/07-54678313

ש ו פ ט ת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 07081150_C07.doc עע
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)