

## בבית המשפט העליון

מ"ח 5048/04 - ט'

בפני: כבוד הנשיא א' ברק

המבקש: דניס אייזן

נגד

המשיב: היועץ המשפטי לממשלה

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: עו"ד דויד וינר; עו"ד אפרת פינק; עו"ד עמי קובו

### החלטה

לפני בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט).

העובדות וההליכים

1. כנגד המבקש הוגש (ביום 21.2.00) כתב אישום המחזיק שני אישומים. באישום הראשון יוחסו למבקש עבירות של תקיפה והתעללות (עבירות לפי סעיפים 368ב(ב) ו-368ג לחוק העונשין, תשל"ז-1977) (להלן – חוק העונשין), ובאישום השני – הריגה (עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין). כל העבירות בוצעו – על פי הנטען – כנגד בנו התינוק של המבקש, רון אייזן, בן 3 חודשים (להלן – רון או התינוק). באישום הראשון נטען כי המבקש תקף את התינוק (ביום 25.11.99) בכך שסובב את זרועו הימנית בכיוונים מנוגדים וגרם לו לשבר ספירלי בשליש המרכזי של עצם הזרוע. לאחר מכן, עטף המבקש את בנו וקשר אותו בתוך שמיכה. משחזרה אשת המבקש לביתם, התירה את השמיכה וגילתה כי זרוע התינוק שבורה. התינוק נלקח לבית חולים, שם קובעה זרועו (להלן – האישום הראשון). באישום השני נטען, כי בלילה שבין 2.2.00 ל-3.2.00 המבקש חבל בכוח בראשו של התינוק. כתוצאה ממעשיו

של המבקש, נגרם לתינוק שבר מורכב בכיפת הגולגולת מצד שמאל ודימומים. על אף מצבו של התינוק, נמנע המבקש מלהושיט לו עזרה רפואית כלשהי. באותו לילה נפטר התינוק כתוצאה מהשבר שגרם המבקש (להלן – האישום השני). להשלמת התמונה יצוין כי צוות מד"א שהוזעק לבית המשפחה מצא את התינוק (ביום 3.2.2000 בשעה 8:00) ללא רוח חיים. בו ביום נותחה גופת התינוק במרכז הלאומי לרפואה משפטית (להלן – המרכז).

2. כתב האישום כנגד המבקש הוגש לבית המשפט המחוזי בתל-אביב (ת"פ 40057/00, השופט א' א' לוי). בהכרעת דין ארוכה ומפורטת (מיום 1.6.00), הורשע המבקש בשלוש העבירות שיוחסו לו. בית המשפט לא מצא ראיות ישירות שבכוחן להרשיע את המבקש. ההכרעה התבססה על שורה של ראיות נסיבתיות, חוות דעת רפואיות וחוות דעת פתולוגית. באשר לאישום הראשון, טענת המבקש, לפיה השבר נגרם כתוצאה מעטיפת בנו בשמיכה באופן הדוק, נדחתה. נקבע, כי לא ניתן לגרום לשבר ספירלי ביד באופן זה, אלא על-ידי פעולה המחייבת הפעלת כוח בעוצמה ניכרת בכיוונים מנוגדים. לכך התווספה הודעת המבקש בחקירתו במשטרה, לפיה הוא זה ששבר את ידו של התינוק, אם כי הדבר נבע מחוסר זהירות ולא מתוך כוונה לפגוע בו. צוין כי שבר ספירלי יכול שייגרם כתוצאה מהלבשת התינוק באופן לא זהיר, אולם הסבר זה נדחה אף על-ידי המבקש, שלא הלביש את בנו בזמן היעדרות אמו מהבית. בדיון בבית המשפט רמז המבקש לאפשרות שאשתו היא שגרמה לשבר, אולם אפשרות זו נדחתה בהיעדר תמיכה ראייתית כלשהי. עם זאת, בית המשפט קמא השהה קביעתו באשר ליסוד הנפשי של המבקש, עד שהכריע באישום בעבירת ההריגה.

3. ההרשעה בהריגה התבססה, בעיקרה, על דו"ח הנתיחה שבוצעה במרכז על-ידי פרופ' י' היס והמתמחה א' ינאי (ביום 3.2.2000), ועל חוות דעתו של פרופ' היס (מיום 13.2.2000). על פי חוות הדעת, מותו של התינוק נגרם בעקבות חבלה קלה בראש, ישירה (מכה) או בלתי ישירה (נפילה) בכח באופן יחסי רב, שגרמה לשבר מורכב בגולגולת. בחוות הדעת צוין כי לא ניתן להעריך ברמת הודאות הרצויה את מועד המוות של התינוק, הואיל והגופה לא נבדקה על ידי רופא משפטי מייד אחרי הימצאותה, אך נתונים שונים התיישבו עם אפשרות כי מות התינוק ארע יותר מ-8 שעות לפני הגעת צוות מד"א ביום 3.2.2000 ב-08:00 בבוקר. פרופ' היס העריך כי החבלה בראש נגרמה פחות מכ- 4-6 שעות לפני המוות. בעדותו בבית המשפט המחוזי הוסיף פרופ' היס כי מבחינה מדעית אקדמית לא ניתן לשלול שהתינוק חי במשך שלוש עד שש שעות לאחר החבלה, אך קרוב לוודאי שמותו היה סמוך יותר לחבלה, "הוא חי דקות יותר משעות". הנזק בראש – על פי חוות הדעת – מתיישב עם חבלה לא תאונתית

טרייה ("תסמונת הילד המוכה"). בית המשפט קבע, בהתאם לחוות הדעת של פרופ' היס, כי מותו של רון נגרם כתוצאה מחבלה קהה בראשו. הסברה שהציג המבקש, לפיה המוות נגרם עקב מכה שקיבל התינוק ממשקוף הדלת יומיים לפני מותו (ביום 1.2.00) נדחתה. בית המשפט אימץ בהקשר זה את דבריו של דר' שופר, נוירולוג ילדים, שחיווה דעתו מטעם המשיבה בהסתמך על תוצאות הנתיחה של גופת הנינוק. לדברי דר' שופר, הזמן שחל מחבלת הראש ועד למוות הינו בטווח של שעות, פחות מ-12 שעות, כאשר מצבו של התינוק הולך ומתדרדר באופן עקבי. בית המשפט קבע כי לו סבל התינוק מהחבלה בראשו כבר מיום 1.2.00, היו הוריו מבחינים בשינוי קיצוני בהתנהגותו, וכן בסימנים פיזיים המעידים על החבלה, כגון נפיחות. גם סרט הוידאו, שצולם יום לפני מותו של רון, אינו מעיד כי סבל מבעיה או מגבלה כלשהי. בית המשפט שלל, איפוא, את האפשרות כי החבלה יכולה הייתה להיגרם כתוצאה מהתאונה אותה תאר המבקש, הואיל וההורים היו צריכים להבחין בשינוי קיצוני בהתנהגות של בנם, הנובע מהתדרדרות מצבו, ושינוי כזה לא נצפה על ידי איש מהם. בית המשפט קבע כי החבלה התרחשה בלילה לפני מותו של רון, בין השעות 15:2, השעה בה עלו בני הזוג על יצועם, לבין 8 בבוקר, השעה בה נתגלה רון ללא רוח חיים. נוכח זאת הגיע בית המשפט למסקנה כי הנזק לראשו של התינוק נגרם מידי אחד מהוריו. אמו של התינוק העידה כי בשעה 3:00 לפנות בוקר שמעה את בכיו של התינוק והמבקש קם אליו. בית המשפט המחוזי לא האמין לדברי המבקש, כי האכיל את התינוק בין השעות 3:00 ל-3:30 לפנות בוקר, הן משום שבפיו היו תשובות סותרות לעניין זה, והן משום שהוא נתן אמון בדברי האם כי מצאה בבוקר את בקבוק החלב שהכינה עבור התינוק כשהוא מלא, כאשר מסקנה זו נתמכת גם בממצאיה של הנתיחה.

4. לאחר שבית המשפט שלל את האפשרות כי האם היא שגרמה למוות התינוק, נותרה, לשיטתו, אך האפשרות כי המוות נגרם מידי המבקש. חיזוק לכך מצא בית המשפט בעובדה שהמבקש, בניגוד לאם, הביע תרעומת על הסכמת רעייתו לנתיחת הגופה מבלי שנועצה בו, וכן בעובדה שהמבקש סיפר על המכה שספג התינוק ממשקוף הדלת רק כשבוע לאחר מות התינוק. כל הסבריו של המבקש ל"כבישת העדות" נדחו על ידי בית המשפט כבלתי סבירים וחסרי הגיון. יתרה מכך, בית המשפט המחוזי שוכנע כי אירוע החבלה ממשקוף הדלת כלל לא התרחש. קביעה זו התבססה על כך שאמו וסבתו של התינוק לא חשו בנפיחות כלשהי בראשו. בית המשפט השתכנע כי בידיו של המבקש מצוי המפתח לתעלומה כיצד נגרם השבר בראשו של התינוק. המבקש נמנע מלחשוף מידע זה והמתין לתוצאות הנתיחה כדי לכלכל את צעדיו. כאשר הבין, בחלוף שבוע, כי יהיה די בראיות שנצברו על מנת להגיש כתב אישום, מסר גרסה בדבר אותה מכה מהמשקוף. בית המשפט סבר כי לו היה מדובר בתאונה שלא המבקש

גרמה, הוא היה משתף את רעייתו בעניין. הכחשתו של המבקש כל קשר לפגיעה בבנו וטענתו כי אינו יודע כיצד התרחש הדבר לא הותירו אפשרויות אחרות, זולת זו שהמבקש פגע בראשו של בנו ברגע של זעם. נפסק, איפוא, כי השבר נגרם כתוצאה ממעשה יזום של המבקש, ולא בתאונה. אותה חבלה ובעיקר התנהגותו של המבקש לאחר מעשה (עלה על יצועו וישן) העידו, לשיטת בית המשפט, על מי שנהג כשוויון נפש לאפשרות גרימתה של התוצאה של מות התינוק ובכך התקיים יסוד הכוונה הפלילית הדרוש לעבירת הריגה.

5. משנמצא המבקש אחראי בהריגה, חזר בית המשפט לדון באישום הראשון שעניינו תקיפה והתעללות. על-פי חוות הדעת של פרופ' היס שעמדה בפני בית המשפט, השבר הספיראלי בזרוע של התינוק "מתיישב כשלעצמו עם חבלה לא תאונתית והמנגנון הסביר ביותר להיווצרות שבר כזה בתינוק בן כחודש הינו סיבוב הזרוע על ידי זוג כפות ידיים בכיוונים מנוגדים, בכוח באופן יחסי רב". בית המשפט מצא קרבה רבה בין אירוע שבירת הזרוע לאירוע ההריגה: בשניהם נחשף התינוק לאלימות בעת שהיה בחזקתו של אביו וללא השגחת אמו; הנזק שהתגלה בעקבות שני האירועים הוא מהסוג שחייב הפעלה של כוח מעל לסביר; בשני המקרים בחר המבקש להסתיר מאשתו את העובדות וכך נמנע מהתינוק טיפול רפואי חיוני מידי. שני האירועים הם ביטוי להשקפה נוקשה בה החזיק המבקש, המחייבת חינוך ילדים לצייתנות, אפילו אם הם בגיל רך. בכך הוכחו, לשיטת בית המשפט, כל רכיביהן של העבירות של תקיפת קטין והתעללות. בית המשפט המחוזי השית על המבקש עונש של 20 שנות מאסר בגין עבירת ההריגה ו-5 שנות מאסר בגין תקיפה והתעללות, אשר ירוצו בחופף. כן הופעל עונש מאסר על-תנאי בן 4 חודשים, שירוצה בחופף אף הוא, שנגזר על המבקש בגין עבירות תקיפה ואיומים שביצע בשנת 1995.

6. המבקש ערער לבית המשפט העליון על ההרשעה ועל גזר הדין (ע"פ 6220/00). בית המשפט (השופטים ש' לוין, ד' דורנר, וי' אנגלרד) דחה (ביום 9.8.2001) את הערעור על הכרעת הדין, באמצעו את קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי הוכח באופן חד משמעי שחבלתו של התינוק באישום הראשון וגרימת מותו באישום השני הם תוצאות שנגרמו שעה שהתינוק היה במחיצה אחת עם המבקש לבדו. בכך נדחו טענות המבקש כי השבר בגולגולת נגרם לאחר מותו של התינוק או במהלך ניסיונות ההחייאה הכושלים, או לחלופין על-ידי אימו של התינוק. עם זאת, מצא בית המשפט העליון מקום להתערב בעונש שנגזר על המבקש, זאת משום שלא הוכח במידה מספקת המצב הנפשי שהביא את המבקש לבצע את התקיפה וההריגה ובוודאי שלא הוכח רצונו לגרום למותו של התינוק. כך, לאחר אירוע התקיפה הביא המבקש, ביחד

עם אשתו, את בנו לבית החולים. לאחר האירוע השני, פנה המבקש מיידית לשירותי ההצלה ואף ביצע החייאה בבנו, שלא עלתה יפה. כל אלה היו בבחינת נסיבות מקלות. אשר על כן, עונשו בגין עבירת ההריגה הופחת ל-12 שנות מאסר. עונשו בגין התקיפה וההתעללות נותר על כנו, אך נקבע כי שלוש שנים ירוצו בחופף, ושנתיים במצטבר. סך הכל הושתו על המבקש 14 שנות מאסר.

7. המבקש עתר לבית משפט זה בבקשה לקיום דיון נוסף בעניין חישוב תקופת המאסר (דנ"פ 8086/01). לבקשתו, הוחלט לקיים דיון נוסף בסוגיית גבולותיה של הוראת סעיף 217 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. במסגרת הדיון הנוסף בחן בית המשפט את השאלה האם באין ערעור מטעם המדינה, לא היה בית משפט של ערעור מוסמך לשנות את הוראות החפיפה של עונשי המאסר השונים שהוטלו על המבקש. בדיון הנוסף נפסק כי בית-המשפט שלערעור רשאי לשנות הוראת חפיפה שהורה עליה בית-משפט קמא, ובלבד שעונשו הכולל של הנאשם בגין העבירות שהורשע בהן לא יגדל. לא נמצא אפוא כי בית-המשפט העליון הגדיל את עונשו של המבקש בניגוד להוראת סעיף 217, העתירה נדחתה והוחלט לקיים את פסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 6220/00 (פסק-דין מיום 3.3.05). ביני לביני, פנה המבקש (ביום 31.5.04) בבקשה לעריכת משפט חוזר בעניינו.

הבקשה למשפט חוזר

8. הבקשה למשפט חוזר מופנית כנגד ההרשעה בשני האישומים שיוחסו למבקש. הבקשה מתבססת על חוות דעת פתולוגיות חדשות, שערכו שני פתולוגים מומחים – פרופ' רוזנמן ופרופ' אריאל – לאחר שבחנו את הנתונים בדו"ח הנתחה של המכון לרפואה משפטית ובחוות הדעת של פרופ' היס ובדקו את הממצאים ההיסטולוגיים של רקמות הגופה. שני המומחים הציגו ממצאים חדשים, אשר לטענת המבקש מבססים שתיים מן העילות המצדיקות קיום משפט חוזר. לדבריו, חוות הדעת הרפואיות שהציג מגלות עובדות וראיות חדשות המערערות את יסודות הרשעה ועשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובתו, כך שקמה עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – החוק). כן נטען כי הנתונים החדשים המוצגים בחוות הדעת מעוררים חשש של ממש כי נגרם למבקש עיוות דין, הנעוץ בתקלות בעבודה המדעית של המרכז לרפואה משפטית, ובכך קמה עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31(א)(4) לחוק. זאת כיוון שבית המשפט הסתמך על הדו"ח של פרופ' היס, שכלל ממצאים שגויים, התעלם מנתונים שנרשמו ולא הסיק מסקנות מתבקשות.

9. לעניין ההרשעה בהריגה, המבקש טוען – על יסוד חוות הדעת החדשות - כי מותו של רון לא נגרם עקב החבלה בראשו, אלא כתוצאה ממחלת לב נדירה אשר הביאה לאי ספיקת לב וריאות. סיבת המוות אינה השבר בגולגולתו של התינוק, והמועד בו נגרם השבר אינו בשעות שלפני המוות אלא מספר ימים קודם לכן. לטענת המומחים, פרופ' היס התעלם ממספר ממצאים בעלי חשיבות, המשליכים על סיבת מותו של רון. ממצאים אלה מלמדים, כך נטען, כי רון סבל עובר למותו ממחלת לב מולדת ונדירה, אשר בסבירות גבוהה היא זו שגרמה למותו. השערת מומחי המבקש היא כי מדובר במחלה הידועה בשם Hypertrophic Cardiomyopathy (להלן – HCM). סברה זו התבססה על גודלם החרוג של הלב והריאות, על בצקות ושטפי דם בריאות התינוק ועל נוכחות ברזל בריאות, המעידה על נוכחות תאי אי ספיקת לב בתוך הנאדיות בריאות. ממצא זה שונה מהאמור בדו"ח הנתיחה, שם נכתב "צביעה לברזל שלילית". לטענת המומחים, במקום השבר נצפה תהליך של החלמה והתארגנות בקרום הקשה של המוח. מכאן, שהשבר בגולגולת אירע לפחות ארבעה ימים לפני מות התינוק, ולא 4-6 שעות לפני המוות. בממצאים אלה יש, כך לדעת המבקש, לחזק את הסברה כי מותו של רון לא נגרם בעטיו של השבר בראש, שהתרחש מספר ימים לפני המוות, אלא מחלת הלב היא שהביאה למותו הפתאומי. בהקשר זה טוען המבקש לטעויות ותקלות חמורות בעבודה המדעית של המרכז, שלא בוצעה לפי סטנדרטים ראויים, ובהם: רישום מוטעה של נתונים בדו"ח הנתיחה; העדר התייחסות למשמעותם של נתונים שנרשמו בדו"ח הנתיחה; אי ביצוע בדיקות משלימות שהיו יכולות לסייע לחקר האמת (כגון איסוף דגימות מספקות מהלב, דפנות הלב והמחיצות); והעדרן של תוצאות בדיקות (היסטולוגיות, ביולוגיות, בקטריוולוגיות וטוקסולוגיות) שלכאורה נערכו במרכז.

10. אשר להרשעה בתקיפה והתעללות, המבקש חולק על הממצאים שנקבעו בקשר לגרימת השבר בזרועו של רון. לטענתו, הבדיקה הגופנית בעת האשפוז לא גילתה סימני התעללות כלשהם ומצבו הכללי של התינוק היה טוב. בהתייעצות שנערכה בבית החולים בעקבות חשד להתעללות, נרשם כי נראה שהפגיעה אינה מכוונת אלא מקורה בטיפול לא זהיר של המבקש, כתוצאה מעטיפת התינוק בשמיכה כפי שנהגו ברוסיה, ארץ הולדתו של המבקש. עוד צוין בדו"ח בית החולים, כי מבדיקה שנערכה עם רופא בית החולים, דר' בראון, מסר הלה כי שבר כאמור יכול שיגרם כתוצאה מהזזה נמרצת. בית החולים החליט להיוועץ גם עם עובדת סוציאלית שהתרשמה באופן חיובי מהמבקש. את עיקר טענותיו לגבי השבר ביד מכוון המבקש לכך שהרשעתו בגין אישום זה נתקבלה רק אחר שהורשע בעבירת ההריגה, ועליה התבסס היסוד הנפשי שיוחס לו. עתה, לאור חוות הדעת שהגיש בקשר למותו של התינוק, לא ניתן לקבוע כי השבר בזרוע נגרם במזיד. כל שניתן לומר הוא כי הדבר נבע מטיפול לא זהיר ונגרם בשגגה.

משנשמט היסוד להרשעה בהריגה, הרי שההרשעה בתקיפה והתעללות, כך על פי הטענה, אינה יכולה לעמוד.

11. עמדת המשיבה, שהוגשה בהתאם לתקנה 2(ג) לתקנות בתי משפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957, היא שאין מקום לעריכת משפט חוזר. עמדת המשיבה גובתה בחוות דעת עדכנית של פרופ' היס. טענה מקדמית מפי המשיבה היא כי על פניהן, חוות הדעת של שני הפתולוגים אינן מהוות "עובדות או ראיות" היכולות לשמש בסיס לבקשה למשפט חוזר, שכן הן ניתנו על ידי מי שאינם מומחים בתחום הרפואה המשפטית, שהינה תת התמחות בתחום הפתולוגיה. כמו כן, חוות הדעת עוסקות בניתוח מחודש של נתונים שהיו ידועים במלואם בעת הדיון המקורי. לגופו של עניין, עמדת המשיבה היא כי במסקנות המומחים אין ממש. הטענה שהתינוק סבל ממחלת לב מבוססת על נתונים לא מעודכנים לגבי טווח הנורמה של משקל לב וריאות אצל תינוקות. לגבי תאי "אי ספיקת לב" בריאות, המשיבה ציינה כי מקובל על פרופ' היס שאכן נמצאו מאקרופגים עם ברזל בריאות. אך המשיבה מוסיפה כי על פי הספרות המדעית, הימצאותם של אלה היא סימן מובהק להתעללות כרונית בתינוק. הואיל והפתולוגים מטעם המבקש איתרו מאקרופגים עם ברזל בריאות, הרי שלשיטת המשיבה נוסף ממצא מובהק התומך במסקנה שהתינוק סבל מהתעללות פיסית כרונית.

12. בעניין מועד החבלה, פרופ' היס נותר בעמדתו כי בבדיקה היסטולוגית של הדם בראש לא מוצאים תחילת התארגנות ולא רואים יותר מארבע שכבות של פיברובלסטים החודרים לפיברין, דבר שמלמד כי החבלה הייתה "טרייה". ממצא זה אושר, לדברי המשיבה, גם על-ידי פרופ' בהר - הפתולוג מטעם ההגנה - בדיון בבית המשפט המחוזי. המשיבה מוסיפה כי גם שני המומחים החדשים מטעם המבקש אינם חולקים על הממצאים המלמדים על כך שבראשו של התינוק נמצאות ראיות רבות לכך שסבל מחבלה טרייה בראשו. המשיבה מדגישה כי הטענה כי החבלה בראש נגרמה מספר ימים עובר למות התינוק נבחנה ביסודיות על ידי בית המשפט המחוזי ונדחתה מכל וכל בפסק הדין. עוד נטען, כי שתי חוות הדעת החדשות אינן מתמודדות בכל צורה שהיא עם חוות הדעת של דר' שופר - לפיה לו ספג התינוק חבלת ראש קשה מספר ימים לפני מותו, הייתה נצפית אצלו התנהגות חריגה - ולא עם העדויות הנוספות, העומדות ביסוד הממצאים העובדתיים שהביאו להרשעת המבקש. המשיבה טוענת, איפוא, כי אין בחוות הדעת החדשות כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש או להצביע על כך שנגרם לו עיוות דין.

13. באשר לאישום בתקיפה והתעללות, המשיבה מדגישה כי אין מחלוקת שהשבר בזרוע נגרם על-ידי המערער, שעה שהשגיח לבדו על התינוק בעת היעדרות אשתו מן הבית. לדברי המשיבה, מן הראויות שהובאו בפני בית המשפט המחוזי עלה כי החבלה בזרוע היא חבלה חיצונית, שלא נגרמה באופן עצמוני, וכי היא גורמת באופן מיידי לכאב רב ולכן ניתן היה להבחין בה מייד עם התרחשותה. כל הרופאים היו שותפים לדעה כי שבר ספיראלי מן הסוג שנגרם לתינוק לא יכול היה להיגרם על ידי "משיכה" בחלק כלשהו של הזרוע, אלא רק על ידי הפעלה מכוונת של כוחות בכיוונים מנוגדים ובעוצמה שמעל הסביר. גם האפשרות שהשבר נגרם בעת הלבשת התינוק נשללה משום שגרסת המבקש הייתה שכלל לא החליף את בגדיו של התינוק בזמן היעדרות האם. המשיבה שבה וטוענת כי האפשרות ששבר ספיראלי ייגרם כתוצאה מעטיפת תינוק בשמיכה או מפעילות בלתי מכוונת אחרת אינה סבירה ואינה מתיישבת עם אופיו של השבר ונסיבות גרימתו.

14. בתגובה לעמדת המשיבה הגיש המבקש חוות דעת שלישית, שנערכה בידי פתולוג משפטי מסקוטלנד - פרופ' ג' פאונדר (Prof. Pounder). חוות הדעת הוגשה במענה לטענת המשיבה כי שני המומחים מטעם המבקש אינם פתולוגים המתמחים ברפואה משפטית. בתמצית, פרופ' פאונדר מצרף דעתו לקביעותיהם ולמסקנותיהם של פרופ' רוזנמן ופרופ' אריאל ומצביע על כשלים וסתירות בדו"ח הנתיחה של המכון. פרופ' פאונדר מדגיש קיומן של שתי עובדות או ראיות חדשות, שאותרו על ידי המומחים ולא היו בפני בית המשפט: האחת, ברזל בריאות; השניה, ממצאי התארגנות בקרום הקשה של המוח.

15. באי כוח המבקש ציינו בתגובה כי אחרי הגשת הבקשה למשפט חוזר הגיע לידיהם מידע חדש ממנו עולה לכאורה כי את נתיחת גופתו של רון ביצעה המתמחה דר' ינאי, בעזרת הפרוסקטור ד' בן אור, ללא נוכחותו של פרופ' היס בנתיחה. מידע זה לא היה בפני בית המשפט המחוזי. פרופ' היס העיד כי הוא שניתח את גופת התינוק. לכן סוגיית ביצוע נתיחה על ידי מתמחה ללא נוכחותו של פרופ' היס כלל לא עלתה בפני בית המשפט המחוזי. על יסוד מידע חדש זה מתעצם, כך נטען, החשש כי נפלו טעויות בהליך הנתיחה וכי נגרם למבקש עיוות דין. לפי המידע החדש, יש לבצע הערכה מחודשת של המשקל שיוחס לדו"ח הנתיחה ולחוות הדעת של פרופ' היס. הדבר עשוי לשנות את תוצאות המשפט לטובתו של המבקש.

16. המבקש צירף לתגובתו גם שתי חוות דעת מעודכנות של פרופ' רוזנמן ופרופ' אריאל, כמענה לחוות הדעת העדכנית של פרופ' היס. פרופ' אריאל עומדת על דעתה



שקביעת זמן הדמם או השבר בגולגולת כ-6-4 שעות לפני המוות היא שגויה ועומדת בניגוד לממצאים בדו"ח הנתיחה. הפרוצדורה של הנתיחה עצמה לוקה בחסר ולכן קשה להגיע לאבחנה חד משמעית בנוגע לסיבת המוות. עם זאת, מתוך הממצאים הבלתי שלמים נראה לפרופ' אריאל שמחלת לב מסוג HCM היא סיבת המוות הסבירה ביותר. בתגובה לדברי פרופ' היס הציגו המומחים מחקרים לפיהם משקל ליבו של רון הוא חריג ביותר ביחס לגובהו ומשקלו, ביחס לאיבריו הפנימיים האחרים וביחס לעובי דפנות חדרי הלב. על המרכז היה לבדוק את הנתונים בעת הנתיחה, לעמוד על הנתונים החריגים ולבצע בדיקות משלימות ולא להסתפק ב"נסיונו של היס". עוד נטען, כי קביעת פרופ' היס כי לא מצא ממצאי התארגנות סותרת לחלוטין ממצאים הכתובים בדו"ח הנתיחה, עליו הוא חתום. לדברי המומחים, כל הממצאים במוח של התינוק, כפי שהם מתוארים בדו"ח הנתיחה, מצביעים על כך שהשבר לא גרם למוות ועל כך שהשבר היה בתהליכי החלמה. המבקש מוסיף וטוען כי בחוות הדעת החדשה של פרופ' היס אין דיון או הסבר כיצד אירעו תקלות וטעויות חמורות בנתיחה, בדוח הנתיחה ובחוות הדעת שערך בזמנו. התיזה שמציע כעת פרופ' היס נוכח הצביעה החיובית לברזל, לפיה התינוק סבל מהתעללות כרונית, היא תיזה חדשה שלא נדונה במשפט. היא סותרת ממצאים עובדתיים שנמצאו במשפט, לפיה לרון לא היו סממנים חיצוניים הנפוצים אצל ילדים הסובלים מהתעללות כרונית. זאת ועוד, התיזה לפיה ברזל בריאות הוא סימן להתעללות מצויה במחלוקת מדעית קשה.

17. למשיבה ניתנה, לבקשתה, אפשרות להגיב לתגובת המבקש. לתגובת המשיבה צורפה חוות דעת משלימה, שלישית במספר, של פרופ' היס. בתגובתה חוזרת המשיבה על הטענה כי המומחים מטעם המבקש אינם מוסמכים לחוות דעתם בענייני רפואה משפטית, ובמיוחד בכל הקשור לנתיחת גופות שעברו אירועי חבלה. עוד נטען כי מומחי המבקש התעלמו ממצאים המחייבים את המסקנה שהתינוק מת כתוצאה מהחבלה בראשו, ולא ממחלת לב, ואף התעלמו ממחקרים עדכניים התומכים בקביעותיהם של בתי המשפט שדנו בעניינו של המבקש. המומחים אינם מתייחסים לחבלת הראש החמורה, אך לא כגורם מסייע למוות. הם אינם נותנים את המשקל המתחייב לממצאים מובהקים באזור החבלה, שאינם שנויים במחלוקת, ואינם מתיישבים עם כך שהחבלה אירעה יותר מ-6-4 שעות לפני המוות ובהם: העדר תגובה דלקתית, העדר פיברין והעדר שקיעת ברזל. גם אם נצפתה ראשית התארגנות, ניתן להסבירה בכך שמדובר בראיה לקיומה של חבלה נוספת, מוקדמת יותר, בראשו של התינוק ויש בה כדי לחזק את הקביעה שהפעוט סבל מהתעללות מתמשכת. סיכומו של דבר, התיזה הרפואית שמציגים מומחי המבקש – לפיה גולגולתו של התינוק רוצצה ארבעה ימים לפני מותו אך הוא מת מוות "טבעי" בשל מחלת לב נדירה - מופרכת

וחסרת בסיס. התיזה אינה אפשרית מבחינה מדעית, והיא נוגדת את השכל הישר ואת נסיון החיים. באשר לטענה כי מתעורר חשד כי פרופ' היס לא נכח בנתיחת הגופה, המשיבה מציינת כי בהתחשב בחומר הראיות הקיים, טענות המתמחה דר' א' ינאי והפרוסקטור ד' בן אור אינן מעלות חשד לכך שפרופ' היס לא נכח בנתיחה או לביצוע עבירה מצידו. מטעם זה הוחלט שאין מקום להעביר את הטענות לחקירת משטרה.

הערה על חוות דעת פתולוגיות

18. טרם בחינת הראיות האינדיבידואליות, יש להידרש לטענה המקדמית של המשיבה, לפיה חוות הדעת שהביא המבקש אינן יכולות להיחשב כראיות או עובדות כלל, שכן אלה נערכו על-ידי פתולוגים שאינם רופאים משפטיים. דין טענה זו להידחות. ראשית, בכל האמור לחוות דעתו של פרופ' פאונדר, הרי שאין מחלוקת כי הוא משמש כפתולוג משפטי. שנית, פרופ' רוזנמן שימש כיושב-ראש ועדת הבחינה ברפואה משפטית, אף שאינו רופא משפטי. באשר לפרופ' אריאל, הרי שזו פרשה בפני בית המשפט את ניסיונה רב השנים, המסתכם במאות נתיחות ובאלפי בדיקות היסטולוגיות, כולל התמחות במומי לב של ילדים. כן משמשת היא בתפקיד פתולוגי בכיר בממסד הרפואי בישראל. הטענה כי אין לקבל את חוות דעתם, אך בשל כך שאינם משמשים כרופאים משפטיים, איננה מקובלת עלי. עם זאת, יתכן כי לאור הייחודיות במקצוע הרפואה המשפטית, כפי שמציינת המשיבה, יילקח הדבר בחשבון במסגרת המשקל שיינתן לחוות דעתם (השוו: מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 746).

ראיות או עובדות נוספות

19. ביסוד הבקשה למשפט חוזר עומדת טענת המבקש כי חוות הדעת הרפואיות החדשות שהוצגו מטעמו מצביעות על ראיות ועובדות חדשות, שלא היו בפניו בתי המשפט שדנו בעניינו. מתוך חוות דעת אלו, עולות ארבע סוגיות רפואיות הנמצאות במחלוקת, הן באשר לממצאים הפתולוגיים עצמם, והן באשר למשמעות העולה מממצאים אלה. לשלושה מן הממצאים זיקה לסוגיית מותו של התינוק: גודל הלב והריאות המעידים, לטענת המבקש, על מחלת לב; נוכחות ברזל בריאות המעידה, אף היא, לטענתו, על מחלת לב; והיתכנות קיומה של רקמת התארגנות במקום החבלה בראש, דבר המלמד על מועד החבלה. מן הראוי לעמוד תחילה, ביתר הרחבה, על הממצאים הרפואיים העומדים בבסיס הבקשה למשפט חוזר, ועל המשמעות

שהמומחים השונים מייחסים להם. סוגיה נפרדת היא השבר הספירלי בזרוע, שרלוונטית לאישום בתקיפה ובהתעללות ותידון בהמשך.

#### גודל הלב והריאות

20. אין מחלוקת כי משקל ליבו של רון היה 45 גרם, וכי משקל ריאותיו היה 135 גרם. ממצא זה לא זכה להתייחסות מיוחדת בחוות דעתו המקורית של פרופ' היס, או בפסק הדין המחוזי. לא נטען בזמנו על-ידי מי מבעלי הדין כי מדובר במשקל חריג. כיום טוענים המומחים מטעם המבקש, כי המדובר במשקל חריג ביותר, החורג אף מהנורמה העליונה ביחס לגיל ולמשקל הכללי של התינוק. כך, לדברי המומחים, משקל הלב התקין הוא בטווח 29-23 גרם, ואילו משקל ריאות תקין הוא בטווח 100-70 גרם. אין חולק כי מדובר בפערים משמעותיים. המשיבה טוענת מנגד כי הנתונים עליהם מתבסס המבקש הנם ישנים, ומבוססים על נתונים משנות ה-30 וה-60 של המאה ה-20, וכי בינתיים, לאור מעבר הזמן ושיפור תנאי התזונה של תינוקות, גדל המשקל הממוצע באיברי גופם של תינוקות. המשיבה מפנה למחקר שנערך במדינת מישיגן המבוסס על 453 תינוקות, הקובע כי הטווח העליון של משקל לב נורמלי הנו 47 גרם. על כך משיבים פרופ' רוזנמן ופרופ' אריאל כי המחקר החדש הנו מחקר אחד מצומצם ביותר בהיקפו, שאין בו כדי להפריך מחקרים רבים אחרים, ישנים וחדשים גם יחד, העוסקים במשקל איברים פנימיים אצל תינוקות. מרבית החוקרים כיום מתבססים על המחקרים ממחצית המאה ה-20, שסקרו משקל איברים של עשרות אלפי תינוקות. עיון בחוות הדעת השונות מעורר כמה תהיות. כך, המחקר החדש עליו מתבססת המשיבה פורסם בשנת 2004, בעוד שנתחת גופתו של רון בוצעה עוד בראשית שנת 2000, ארבע שנים לפני הפרסום החדש. לכך משיב פרופ' היס כי ממצאי המחקר תאמו את הניסיון שרכש עת ביצע אלפי נתיחות, והמחקר העדכני מאשש את ניסיונו בעניין זה; ממילא מחקר זה מתייחס לתינוקות שנולדו 15 שנה לפני המחקר, עימם נמנה התינוק רון. לפי המחקר החדש, גודל ליבו וריאותיו של רון נמצאים בסקאלה העליונה של הטווח הנורמלי. משקל לב ממוצע לפי המחקר החדש הוא 33 גרם ומשקל ריאות ממוצע הוא 122 גרם. משקל איבריו של רון עולה על ממוצעים אלה. לא כן לגבי איברים פנימיים אחרים של רון. כך, למשל, משקל הכבד והכליות של רון היה נמוך בהרבה מן הממוצע; דפנות חדרי הלב היו דקים באופן לא פרופורציונלי לגודל הלב והתינוק עצמו. על כך משיב פרופ' היס כי אין הכרח שתהיה קורולציה בין משקל האיברים השונים, ובכל מקרה כל האיברים נמצאים בגדר הנורמה המקובלת.

21. כאשר לדפנות חדרי לב, מדו"ח הנתיחה עולה כי עובי דופן החדר השמאלי הוא 0.3 ס"מ, ועובי דופן החדר הימני הוא 0.1 ס"מ. פרופ' אריאל מחווה דעה, בהתבסס על מאמר מדעי, כי עובי זה נמוך באופן משמעותי מהעובי הממוצע המקובל, וכי הדבר מעיד על אחת משתיים: כל הלב מורחב מאוד, או עיקר מסת שריר הלב מרוכזת במחיצה הבין חדריית. האפשרות הראשונה נדחתה בדו"ח הנתיחה, כך שלדבריה מתחזקת האפשרות השנייה. הדבר מחזק את ההשערה כי התינוק סבל מ-HCM, שכן ב-HCM עיקר מסת הלב מרוכזת במחיצה הבין-חדרית. לכאורה, ניתן היה לבדוק זאת באופן פשוט, אולם למרות טענתו של פרופ' היס שדגימות מאזור זה הועברו למומחי המבקש, לדברי פרופ' רוזנמן בדגימות שהועברו לו משריר הלב לא צוין מקור הדגימות, ואילו פרופ' אריאל טענה כי לא הועברו לה דגימות מהמחיצה כלל. מכל מקום, לדברי מומחי המבקש, גם לו נבדקו חתכים היסטולוגיים מהמחיצה הבין-חדרית, לא היה בכך כדי לשלול את אבחנת ה-HCM, שכן מדובר בשינויים היסטולוגיים המופיעים באופן מוקדי. פרופ' היס, בחוות דעתו האחרונה, חולק על מסקנת מומחי המבקש, וטוען שכאשר מדובר בלב קטן, הרי שלא ניתן לדייק בתנאי חדר נתיחה במדידה של דופן לב טרי, וסטייה של 2-3 מילימטר הנה כורח המציאות. מכל מקום, הוא חוזר על טענתו לפיה לא נתגלתה כל פתולוגיה בלב, ועל כן אין סיבה להניח כי התינוק סבל ממחלת לב כלשהי.

נוכחות ברזל בריאות

22. אין מחלוקת כי בדו"ח הנתיחה ובחוות הדעת שהוגשה לבית המשפט המחוזי מטעם המשיבה, לא נמסר על נוכחות ברזל בריאות. בחוות הדעת של פרופ' היס נאמר במפורש כי ה"צביעה לברזל שלילית". עם זאת, פרופ' רוזנמן ופרופ' אריאל עומדים על כך כי קיימת נוכחות של ברזל בריאות, המעידה על אי ספיקת לב. לדבריהם, מצב של אי ספיקת לב גורם לבצקת בריאות. הבצקת מובילה לפירוקם של תאי דם, המשחררים ברזל חופשי בריאות. על מנת להתמודד עם תאי הברזל החופשיים, שולח הגוף מאקרופגים (תאים בולעים). אלה בתורם נקראים תאי אי ספיקת לב. כך, משום שנוכחותם היא אינדיקציה מובהקת לכשל בשריר הלב. בחוות דעתו העדכנית חוזר בו פרופ' היס מהקביעה לפיה הצביעה לברזל שלילית, ומאשר כי על פי אמות המידה של המומחים מטעם המבקש, קיימת נוכחות ברזל בריאות. אך לדעת פרופ' היס, רוב התאים החופשיים בריאות, הנראים כמאקרופגים, הינם פנאומוציטים שהתקלפו מנאדיות הריאות אחרי המוות וביניהם נמצאים מאקרופגים המכילים ברזל. מכל מקום, לדברי פרופ' היס אין בממצא החדש כדי לשנות ממסקנתו לפיה רון מת כתוצאה מהתעללות, שכן לדבריו, נוכחות ברזל בריאות היא סימן מובהק להתעללות כרונית.

כתימוכין מצרף פרופ' היס מאמר הקושר בין נוכחות ברזל בגוף לבין התעללות כרונית בתינוקות. מעיון במאמר, עולים מספר דברים. ראשית, המאמר סוקר 15 מקרים בלבד. לעומתו, מביאים מומחי המבקש אסמכתאות לכך שהקשר בין ברזל בריאות להתעללות כרונית נמצא במחלוקת בספרות המדעית. זאת ועוד, מחברי המאמר מציינים כי במקרים של התעללות כרונית בתינוק נמצאים תאי ברזל בריאות, ביחד עם ברזל בכבד. אולם, בענייננו, נוכחות ברזל בכבד מוטלת בספק. דו"ח הנתיחה קובע כי אין ברזל בכבד. גם פרופ' רוזנמן ופרופ' אריאל לא מצאו ברזל בכבד. בחוות דעתו השלישית, מוסר פרופ' היס כי התאים את אמות המידה שלו לאלה של מומחי המבקש, ועתה, טוען הוא כי נתגלו תאי ברזל גם בכבד, ולכן יש בכך כדי לחזק את מסקנתו בדבר התעללות כרונית. מכל מקום, הטענה כי התינוק סבל מהתעללות כרונית לא נדונה בבית המשפט, שם הואשם המבקש בשני אישומים בלבד, מה גם שניתוח הגופה במכון לא העלה סימנים נוספים להתעללות כרונית. לעניין זה מתווספת עמדת פרופ' אריאל, לפיה מאקרופגים בריאות מופיעים רק אחרי 4 ימים (ואף למעלה מכך) מהאירוע שגרם לדמם הריאתי, ונעלמים אחר מספר שבועות. לפיכך, מהממצאים ניתן להסיק כי הבצקת בריאות הייתה קיימת עוד לפני המוות.

רקמת התארגנות במוח ומועד התרחשות החבלה בראש

23. אין חולק כי לתינוק נגרם שבר בגולגולת. המחלוקת היא בשאלה מי גרם לשבר, מתי, באילו נסיבות, והאם החבלה בראש היא סיבת המוות. על פי גרסת המבקש בבית המשפט המחוזי, התינוק נחבל בראשו כיומיים עובר למותו, כתוצאה מהיתקלות עם משקוף הדלת. גרסה זו נדונה ונדחתה, בהיעדר תימוכין בחומר הראיות. עתה מבקש המבקש להראות, באמצעות חוות הדעת החדשות, כי השבר בגולגולת אירע 3-4 ימים לפני מות התינוק, ולא 4-6 שעות בלבד לפני המוות, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. הקביעה כי מדובר בחבלה טרייה בת 4-6 שעות מבוססת על חוות דעתו של פרופ' היס, ועדותו של דר' שופר, נוירולוג ילדים שהעיד מטעם המשיבה, תוך הסתמכות על ממצאי הנתיחה של פרופ' היס. בחוות דעתו המשלימה של פרופ' היס נמסר, כי לו החבלה הייתה נגרמת מספר ימים לפני המוות, הרי שהיה מצפה למצוא ממצאים פתולוגיים כגון שקע באזור המוח, התרככות באזור קליפת המוח, שינוי בגוון הקרומים באזור החבלה, נפיחות של הקרקפת מעל אזור השבר, היעדרו של תהליך דלקתי, ונוכחות ברזל באזור. כל אלה לא נמצאו בגופו של התינוק. לחילופין, טוענת המשיבה כי גם אם ניתן להבחין ברקמת התארגנות בגולגולת, הרי מדובר בחבלה נוספת, מוקדמת לחבלת הראש שגרמה למותו, ולכן תהליך ההתארגנות אך מתווסף לחבלה טרייה, וממילא מעיד על התעללות כרונית בתינוק. יוער כי בחוות דעתו השלישית,

כותב פרופ' היס כי אכן צפה בתחילת התארגנות של קרישי דם, אבל אלה ידועים כמופיעים כבר לאחר 4 שעות אחר החבלה, ובכל מקרה, אין ממצאי התארגנות בקרום הקשה של המוח. כן לא נמצאה שכבת פיברין או פיברובלסטים.

24. חוות הדעת של פרופ' רוזנמן, פרופ' אריאל ופרופ' פאונדר מצביעות על ממצאים שונים. לדבריהם, נצפה בבירור תהליך התארגנות, שגשוג של יותר מ-4 שכבות של פיברובלסטים ושכבת פיברין. ממצא זה מעיד על תהליך החלמה. פרופ' רוזנמן לא מצא שינויים היסטופתולוגיים במוחו של התינוק הרומזים על סיבת מוות מוחית. פרופ' אריאל החוותה דעתה כי גיל הדמם האפידורלי של 4-6 שעות, שקבע פרופ' היס, אינו מתיישב אף עם ממצאי הנתיחה עצמם. כך, כפי שתואר בדו"ח המרכז, נמצא כיס מלא נוזל דמי ולא קרישי דם טריים. אזור הדמם היה דבוק בחלקו לקרום הקשה. בדו"ח הנתיחה אף מצוין כי באזור הדימום קיים קריש דם בתחילת התארגנותו, דבוק היטב לדופן הקרום הקשה. פרופ' אריאל עומדת על כך כי תהליכים אלה ניתנים לצפייה רק 3-4 ימים מזמן האירוע החבלתי. מה גם שלא נצפה לחץ תוך גולגולתי מוגבר שיכול היה לגרום למות התינוק. לכך משיב פרופ' היס, כי היעדר סימני לחץ תוך גולגולתי מחזקים את הטענה שמדובר בחבלה טרייה, שכן סימני לחץ מופיעים רק מספר ימים לאחר אירוע חבלתי. זאת ועוד, כיס הדם שנוצר בגולגולת נוצר דקות מספר אחר החבלה, ואין צורך לחכות מספר ימים עד להיווצרותו. לדעת פרופ' היס, דימום שכזה אינו יכול להירפא מעצמו ותמיד גורם בהכרח למוות בתוך 24-48 שעות, ולפיכך, התיזה שמציעים המומחים מטעם המבקש הנה בלתי אפשרית מבחינה מדעית ומעשית.

25. מנגד, המבקש טוען כי קיים פער משמעותי בין דו"ח הנתיחה וחוות דעת המומחים שהביא מטעמו, לבין חוות דעתו של פרופ' היס, הסוטה אף מדו"ח הנתיחה שנערך במרכז. זאת ועוד, בדו"ח הנתיחה מטעם פרופ' היס קיימות סתירות. כך, בתחילה נכתב (בחוות דעת מיום 6.2.00) כי השבר בגולגולת נגרם "דקות עד שעות בודדות לפני המוות". ברם, באותה חוות דעת צוין כי "לא ניתן לקבוע ביתר דיוק מתי נגרמה החבלה הקטלנית בראש". בחוות הדעת הסופית (מיום 13.2.00) נקבע כי החבלה התרחשה פחות מ-4-6 שעות לפני המוות, ואף צוין כי המכון ממשיך לבצע בדיקות היסטולוגיות על מנת לקבוע את שעת המוות ביתר דיוק. באותה חוות דעת מצוין עוד כי הופעת כתמי המוות מתיישבת עם מות התינוק יותר מ-8 שעות לפני השעה 8:00 בבוקר ביום 3.2.00. אולם, אין חולק כי בשעה 2:15 בלילה התינוק עוד היה בין החיים. משמע, גם לדעת המרכז לא ניתן לקבוע את שעת המוות באופן קונקלוסיבי. המבקש טוען אפוא, כי הפערים בין חוות דעת המומחים, והסתירות בדו"ח הנתיחה, שוללים את הממצאים בפסק הדין בכל האמור למועד החבלה.

המשיבה טוענת מנגד כי כל שנאמר באותן חוות דעת נגע לשעת המוות, אותה אכן היה קשה להעריך, אך לא נגע לשעת מועד החבלה עצמה. כל שנקבע הוא שהמוות נגרם - 4 שעות אחר החבלה.

26. מחלוקת נוספת, שעלתה אך בבקשה שבפני, נוגעת לסיבת מותו של התינוק. כאמור, המבקש מעלה כיום את האפשרות כי מותו של התינוק לא נגרם כתוצאה מאותה חבלה שהתרחשה, לטענתו, מספר ימים לפני המוות, אלא כתוצאה ממחלת לב. המומחים מטעם המבקש מצביעים על כך שחסרים נתונים התומכים בסברה כי המוות נגרם כתוצאה מהחבלה בראש. כך, פרופ' אריאל טוענת כי לא היו ממצאים של לחץ תוך גולגולתי מוגבר, ואילו פרופ' רוזנמן מציין כי לא נצפו כל שינויים היסטופתולוגיים היכולים להעיד כי השבר בגולגולת הוא שגרם למות התינוק. למשיבה, מנגד, אינה רואה כל ספקות בעניין גורם המוות. לדברי פרופ' היס, מומחי המבקש התעלמו כליל מהחבלה בראש כגורם למות התינוק. אפילו הייתה מחלת לב אצל התינוק, והמשיבה כאמור דוחה אפשרות שכזו, הרי שהמומחים מטעם המבקש אינם מספקים כל הסבר באשר לתרומת החבלה למוות, בייחוד לאור העובדה שחבלה מהסוג שנמצאה אצל התינוק גורמת תמיד למוות תוך פרק זמן קצר, כך לטענת המשיבה. המשיבה מצביעה על כך שהמבקש לא סיפק הסבר מניח את הדעת, או אפשרי, לשילובה של החבלה בראש עם התיזה אותה הוא מבקש לקדם בדבר מחלת הלב. לטענתה, הממצאים הפיזיים בראש התינוק מבטאים היטב את עוצמת החבלה והנזק שנגרם כתוצאה ממנה. מכאן שגם אם הייתה לתינוק מחלת לב נדירה, האפשרות כי דווקא זו, ולא החבלה, היא סיבת המוות, ובאותה סמיכות זמנים, אינה סבירה והגיונית כלל ועיקר. לדבריה, פגיעה מהסוג שחווה התינוק מהווה את סיבת המוות השכיחה ביותר כתוצאה מהתעללות בגיל הילדות.

התקיימות עילות המצדיקות משפט חוזר

27. האם מתקיימת בעיננו של המבקש עילה למשפט חוזר? בענייננו מכוון המבקש לשתי עילות. האחת, קיומן של עובדות או ראיות, העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובתו (סעיף 31(א)(2)). השנייה, קיומו של עיוות דין שנגרם לו כתוצאה מהתנהלות המרכז והתעלמות מממצאים חיוניים (סעיף 31(א)(4)). וכך מורה אותנו החוק:

”נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון שקבע לכך הנשיא רשאי להורות כי בית המשפט העליון או בית משפט מחוזי שיקבע לכך יקיים משפט חוזר בענין פלילי שנפסק בו סופית, אם ראה כי נתקיים אחד מאלה:

...  
 (2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד  
 עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות  
 את תוצאות המשפט לטובת הנידון;  
 ...  
 (4) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון  
 עיוות דין.".

28. ביסוד המשפט החוזר עומדים שני אינטרסים מתחרים, סופיות הדיון מול  
 השאיפה להשגת האמת (מ"ח 4181/02 טולמי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא  
 פורסם)). החוק "נועד לאזן בין שני אינטרסים מרכזיים: השאיפה לחקר האמת,  
 ובמסגרתה הצורך להבטיח מנגנון דיוני שיאפשר תיקון טעויות בהרשעה, מחד, ועקרון  
 סופיות הדיון... מאידך" (מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). מוסד  
 המשפט החוזר נועד לספק מנגנון דיוני הבא לתקן טעות שנפלה בהרשעתו של אדם,  
 מתוך הכרה כי המערכת המשפטית, ככל מערכת אנושית, אינה חסינה מטעויות.  
 המשפט החוזר טומן בחובו לא רק את ההכרה במגבלותיה של השפיטה, אלא גם את  
 אמון הציבור בהכרה עצמית זו של מערכת השפיטה את גבולותיה (מ"ח 7929/96 קוזלי  
 נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 559, 529 (להלן – פרשת קוזלי); מ"ח 6148/95 עזריה נ'  
 מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 354, 334 (להלן – פרשת עזריה)). מנגד ניצב עקרון סופיות  
 הדיון והצורך להבטיח יציבות ובטחון. ערך זה אינו שואב את כוחו רק מצורכייה של  
 המערכת השיפוטית ושל מערכת האכיפה הפלילית. כוחו עומד לו גם מן האינטרס  
 החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין (פרשת קוזלי, שם). אכן, מי שהיה לו יומו בבית  
 המשפט, ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסוק (פרשת עזריה, בעמ' 356). עקרון  
 סופיות הדיון מבטא גם את הצורך לאפשר לפרטים אחרים לברר עניינם בפני מערכת  
 בתי המשפט, לאחר מיצוי ההליכים ומתן למתדיין יומו בבית המשפט (מ"ח 8483/00  
 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253, 266). האיזון הראוי בין שיקולים נוגדים אלה  
 מונח ביסוד הוראות חוק בתי המשפט בעניין המשפט החוזר.

29. על רקע אינטרסים אלה בחנה הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד  
 ולעניין העילות למשפט חוזר, בראשות השופט גולדברג (להלן – ועדת גולדברג), את  
 העילות המצדיקות משפט חוזר. עד לתיקון סעיף 31(א) לחוק בחוק בתי המשפט  
 (תיקון מס' 22), התשנ"ו-1996, שנחקק לאור מסקנות ועדת גולדברג, עמדה נקודת  
 האיזון סביב הדרישה להבאת ראיות חדשות שלא היו בפני הערכאה הראשונה ושלא  
 יכלו להיות בפניה (מ"ח 4512/99 אייזון נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 357, 377). על  
 פי הדין הקודם, עובדות או ראיות חדשות עשויות היו לשמש בסיס למשפט חוזר רק  
 אם בעת "בירור משפטו לא יכולות היו להיות בידי הנידון או להיות ידועות לו" (מ"ח



6/80 משה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 166). בדוח ועדת גולדברג צוין כי החוק במתכונתו הקודמת לא נתן מענה לאותם מקרים שבהם התוצאה המרשיעה נגרמה עקב התרשלותו הברורה של עורך הדין בניהול המשפט. כן הובע הצורך בגיבושה של "עילת סל" למשפט חוזר, שתבטיח אפשרות להורות על משפט חוזר במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם יתעורר חשש של ממש כי נגרם עיוות דין לנאשם.

30. עם אימוץ מסקנותיה של ועדת גולדברג נשתנתה נקודת האיזון. סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט קובע, כעילה למשפט חוזר, הצגתן של "עובדות או ראיות" העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש משפט חוזר, אפילו ניתן היה להביאן במשפט. עמדתו על כך בפרשת עזריה, בעמ' 357:

"בין שאיפה זו לאמת לבין הרצון להשיג ביטחון וסופיות צריכה כל שיטת משפט לאזן. איזון זה נמצא עתה - בעקבות דו"ח ועדת גולדברג - בהוראות החדשות בדבר משפט חוזר שבחוק בתי המשפט. נקודת המוצא הינה סופיות הדיון. עם זאת, כאשר קיימות ראיות או עובדות נוספות העשויות לשנות את תוצאות המשפט - אפילו אין הן ראיות חדשות, ואפילו ניתן היה להביאן במשפט - ניתן לפגוע בסופיות הדיון, ולאפשר משפט חוזר".

כן נוספה "עילת סל" (סעיף 31(א)(4)) אשר באה להרחיב את גדרי סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט והעניקה יכולת לבית המשפט להשקיף ב"מבט על" על ההליך כולו. ייחודה של עילת הסל "בכך שהיא אינה כוללת יסודות מוגדרים, והיא נועדה לתת מענה לפגם דיוני שורשי שנתגלה בהליך הפלילי, פגם המערער את יסודות ההרשעה" (פרשת שוורץ; כן ראו מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 297, 307).

31. חרף השינוי בנקודת האיזון בין הערכים המתנגשים, המשפט החוזר מוסיף להיות היוצא מהכלל המעיד על הכלל (מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253, 266 (להלן - פרשת דרעי). המוסד המשפטי של המשפט החוזר לא נועד לקיים הליך נוסף של ערעור (מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 433, 446 (להלן - פרשת בן-ארי); מ"ח 7106/00 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 695, 701). גם כיום, "דרושה הוכחתה של תשתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות, בטרם יעדיף בית המשפט שיקולי צדק על שיקול סופיות הדיון, ומשכך משפט חוזר הנו בבחינת חריג ולא הכלל" (מ"ח 26/03 דותן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). גם כיום, מן העובדות או הראיות החדשות בהן מדבר סעיף 31(א)(2) נדרשת אמינות לכאורית המצדיקה שקילתן מחדש ליד מערכת הראיות הקודמת (השוו, מ"ח 6/84

מאמא נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 498, 500). עם זאת, "נקודת האיזון בין האינטרסים השונים חייבת לשקף את מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן, ואת זכותו של אדם לכבוד וחירות, הכל כאמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (פרשת דרעי, עמ' 266; מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375).

32. במסגרת העילה הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק, יש להביא בפני בית המשפט ראיות או עובדות נוספות שיש בהן הפוטנציאל לשינוי התוצאה. ראיות ועובדות אלה צריכות להקים תשתית ממשית המצדיקה חריגה מעקרון סופיות הדיון. טענות כלליות או סתמיות, מבלי שיעוגנו בממצאים עובדתיים כלשהם, לא יכולות להיחשב כראיות או עובדות נוספות, וממילא אינן בעלות "המשקל הסגולי" הנדרש לעניין זה (מ"ח 5686/04 מוצלח נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); מ"ח 6081/04 בריגת נ' מדינת ישראל (לא פורסם) להלן – פרשת בריגת; מ"ח 8554/04 רוזנפלד נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). נדרשת "מסה קריטית" של ראיות ועובדות אשר עשויות להטות את הכף. מסה קריטית זו יכולה להתבטא הן בכמות הראיות והעובדות והן בחוזק היחסי, שיש בכוחו להתגבר על העובדות שהיוו יסוד להרשעה. על בית המשפט להשתכנע כי חומר הראיות או העובדות הנטענים יכולים היו לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנאשם. ודוק: העובדות או הראיות הנוספות אינן חייבות לבסס ודאות של שינוי תוצאת המשפט (ראו פרשת קוזלי, בעמ' 561). וכך כתבתי באחת הפרשות:

"אין צורך שהעובדות או הראיות הנוספות, כשלעצמן, עשויות היו לשנות את תוצאות המשפט. יש לשלב את העובדות או הראיות הנוספות במכלול הראיות, ובמסגרת זו לבחון אם יש בהן כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש. עם זאת, לא די בכך שנמצאו עובדות או ראיות נוספות שלא היו בפני בית המשפט שהרשיע את המבקש. ראיות או עובדות נוספות אלה צריכות להיות בעלות אותו משקל סגולי - אם כשלעצמן ואם בהצטרפותן לראיות על פיהן הורשע המבקש - אשר יש בו כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט, אם בדרך של קביעה שהמבקש לא ביצע עבירה - או לא ביצע את העבירה בה הורשע, אם כי ביצע עבירה קלה ממנה (ראה מ"ח 5/84 אביב נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 444 - אם בהעלאת ספק באשמתו ואם בדרך של הפחתת עונשו. ודוק: העובדות או הראיות הנוספות אינן חייבות לבסס ודאות של שינוי תוצאות המשפט. די בכך שהן "עשויות" לשנות את התוצאות. אכן, אותן עובדות או ראיות חדשות צריכות להיות "אמינות לכאורה במידה הנדרשת כדי להצדיק הליך לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט" (הנשיא שמגר במ"ח 2/88 קריטי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)). לא די בטענה ההופכת עצמה בפי הטוען, לראיה. יש צורך בביסוס עובדה או

ראיה אשר יש בה אמינות לכאורית (פרשת עזריה, בעמ' 355).

33. במקרה שבפני, נסמכת הבקשה למשפט חוזר על שלוש חוות דעת חדשות של מומחים מתחום הפתולוגיה והרפואה המשפטית. אכן, עקרונית לא הייתה מניעה כי המבקש יפעל לקבלת חוות דעת אלה בזמן הדיון בעניינו בבית המשפט המחוזי. אולם, לאור נוסחו החדש של החוק, אין מניעה עקרונית להגשתן ובחינתן של חוות דעת אלה כעת, שנערכו זמן רב לאחר הרשעת המבקש. עם זאת, יוער כי המבקש פנה בזמנו, במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי, לקבלת חוות דעת פתולוגית מטעם פרופ' א' בהר, וזו אכן ניתנה לו לאחר שלב הסיכומים. ברם, בממצאי חוות הדעת לא היה כדי להועיל למבקש אותה שעה, ואף שהגישם, ראה לנכון שלא להסתמך עליהם, בעיקר משום שחוות הדעת לא חלקה על ממצאי המרכז והסתמכה, רובה ככולה, על ממצאי הנתיחה של פרופ' היס, מבלי לערוך בדיקות היסטולוגיות עצמאיות, למעט בדיקה בעצב הראייה. אכן, בדרך כלל, הגשת חוות דעת חדשות המצביעות על תיזה עובדתית חלופית, לא תהיינה בהן משום עילה להורות על משפט חוזר. כך במיוחד שעה שהנאשם היה מיוצג ולא נפל פגם בייצוגו. אך שומה על בית המשפט הדין בבקשה לבחון גם את הראיות או העובדות הנוספות לגופן. טעמים של סופיות הדיון, הגם שהם חשובים, אינם מהווים חסימה מוחלטת מלקיים משפט חוזר.

34. באשר לסעיף 31(א)(4) לחוק, סעיף זה אכן בא להרחיב את גדרי סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט בבואו להחליט בקשה לקיומו של משפט חוזר. עם זאת, אין הוא נועד לפרוץ כליל את גדריה העקרוניים של הוראות סעיף 31 לחוק, ושל העילות שהיו קיימות קודם לתיקון. גבולות פריסתו נקבעים על פי האיזון בין השיקולים הנוגדים המונחים ביסוד הוראות החוק (מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל). "עילת הסל" כוללת, בין היתר, פגמים דיוניים חמורים בהליך. בהתקיים פגמים מעין אלה, אין הכרח להראות בכל מקרה כי תוצאת הפגם בהליך הייתה בשינוי פוטנציאלי של תוצאת המשפט (פרשת קוזלי, בעמ' 564). זאת ועוד, פעמים רבות הקו המבחין בין פגם דיוני חמור לבין פגם שיש בו כדי להשפיע על תוצאת המשפט אינו כה ברור ובמצבים רבים קיומו של פגם דיוני חמור מקים חזקה להשפעה על תוצאה ההליך.

מן הכלל אל הפרט

35. האם מקיימת הבקשה שלפניי את אחת משתי החלפות לקיומו של משפט חוזר? לאחר שבחנתי, כמיטב הכרתי וניסיוני השיפוטי, את טענות הצדדים, את חוות הדעת של המומחים השונים ואת החומר שהובא בפניי, השתכנעתי כי יש להיענות לבקשה ולהורות על עריכתו של משפט חוזר למבקש. באתי למסקנה כי הטענות שהובאו בפניי, בהצטברותן, מקימות עילה לקיים משפט חוזר. קיומו של משפט חוזר מתחייב מחוות הדעת החדשות שהוצגו בפניי. השתכנעתי כי יש לחקור את הממצאים החדשים עליהם מצביעים המומחים הפתולוגיים, ולעמת אותם עם הראיות הנסיבתיות האחרות בתיק. יש בחוות הדעת, אם תתקבלנה כמהימנות, פוטנציאל לשנות את תוצאת המשפט לטובת המבקש. לא ניתן להתעלם מהן או לפטרן בלא בחינה. אמנם, דעתה של המשיבה אינה נוחה מחוות הדעת החדשות ואלה משוללות – לטעמה – בסיס מדעי והגיוני. ייתכן, ובכך אינני מביע כל עמדה, כי הדין עימה. אך קביעת מהימנות המומחים ומשקל חוות הדעת אינה צריכה להתברר במסגרת הליך זה של בקשה למשפט חוזר. לעת הזו, די בכך שחוות הדעת מגלות אמינות לכאורית ועומדות במבחני הקבילות, כך שתוכלנה לשמש במשפט עצמו. בחינה יסודית ומעמיקה של חוות הדעת תוכל להתקיים רק בערכאה דיונית, אשר בידיה הכלים להעריך מהימנות עדים, מקצועיות מומחים ומשקלן של ראיות (השוו, פרשת שוורץ). במסגרת הבקשה למשפט חוזר, אין כל דרך להעריך את משקלן של חוות הדעת של המומחים מטעם המבקש ואת חוות הדעת העדכניות של פרופ' היס מטעם המשיבה. ההכרעה במחלוקת המומחים, שניכרה היטב בחוות דעתם, היא עניין למשפט החוזר עצמו.

36. המבקש הצביע על שורה של ממצאים בעלי אפקט מצטבר אשר מצדיקים קיומו של משפט חוזר (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3), 354). לגבי חלק מן התשתית העובדתית הקיימת בתיק ישנם סימני שאלה ותהיות המחייבים בירור מחודש. כך, מן התשתית הראייתית שעמדה בפני בית המשפט עלה כי החבלה ארעה בסמוך למותו של התינוק, לאחר השעה 15:20 בלילה. הרשעת המבקש התבססה במידה רבה על הזמן המשוער בו נגרמה החבלה בראש התינוק. חוות הדעת החדשות מטעם המבקש מעוררות, לכאורה, ספקות לגבי סמיכות הזמנים בין החבלה למות התינוק. לכך מתוספים דברי פרופ' היס בחוות הדעת המשלימה, כי צפה בתחילת התארגנות של קרישי דם, הידועים כמופיעים 4 שעות אחרי חבלה. ממצאים אלה אף נתמכים לכאורה בדו"ח הנתיחה, המדבר על תחילת התארגנות רקמתית. נתונים חדשים אלה מחייבים בחינה מחודשת של מועד גרימת החבלה בראש ושל שעת המוות של התינוק. שהרי גם בהנחה שהחבלה בראש היא הסיבה למוות, למועד היווצרותה של החבלה חשיבות מרכזית בקביעת אשמו של המבקש. שכן לכאורה, רק ככל שהחבלה ארעה לאחר השעה

15:2 בלילה, הקביעה כי האפשרות הסבירה היחידה היא שהמבקש גרם לחבלה עומדת בתוקפה.

37. לכך מתלווים ממצאים חדשים המעוררים את האפשרות כי התינוק סבל ממחלת לב. הכוונה היא לגודלם של הלב והריאות בהשוואה לטווח הנורמה של תינוקות ולנוכחות של ברזל בריאותיו של התינוק. נתונים אלה לא זכו בזמנו להתייחסות כלשהי בדו"ח המרכז ולא עמדו כלל בפני בית המשפט המחוזי. ממילא לא הייתה כל התייחסות לנתונים אלה בפסק הדין המרשיע. המשיבה אינה חולקת על כך שהממצא בדבר הימצאות ברזל בריאות לא היה בפני בית המשפט המחוזי. בחוות הדעת מאוקטובר 2004 קיבל פרופ' היס את ממצאיהם של מומחי המבקש לפיהם נמצא ברזל בריאות. על משמעותו של ממצא זה חלוקת הדעות בין פרופ' היס למומחים מטעם המבקש. יצוין, כי בבדיקה חוזרת שערך פרופ' היס, על-פי אמות המידה של מומחי המבקש, גם בכבד נמצאו תאים המכילים ברזל. גם ממצא זה לא נכלל בתשתית העובדתית שעמדה בזמנו בפני בית המשפט המחוזי. ככל שהמשיבה חולקת על המסקנות העולות מן העובדות והראיות חדשות, המקום הראוי לברר סוגיות אלה הוא במהלך המשפט החוזר. ההכרעה בין העמדות שונות שמציגים המומחים היא עניין למשפט החוזר, וזו תיעשה בהתחשב במהימנות האישית ובאמון המקצועית של המומחים ובכוחן המשכנע של העמדות.

38. משהוריתי על משפט חוזר בכל האמור לאישום בדבר ההריגה, אין מנוס מלהורות על משפט חוזר אף בעניין האישום הראשון – התעללות ותקיפה. הרשעת המבקש בעבירות אלו נסמכה במידה רבה על הרשעתו בהריגה, אשר שימשה לביסוס היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בתקיפה והתעללות. לאור מסקנתי כי יש לקיים משפט חוזר בשני האישומים בשל קיומן של עובדות או ראיות שעשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש, אינני נדרש להכריע בטענת המבקש, שמא נגרם בהרשעתו עיוות דין. בהקשר זה יש לציין כי בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון הכריעו, ובדין הכריעו, על סמך החומר שהיה פרוש לפנייהם באותה עת. כעת, בהינתן החומר החדש, שומה על בית המשפט לבחון אף אותו ולקבוע האם עדיין ניתן לקיים ההרשעה.

טו דבר

39. מסקנתי היא כי מתקיימת עילה, כפי הנדרש בסעיף 31(א) לחוק, לעריכת משפט חוזר, בשל הצטברותן של כל הטענות שנטענו במקרה דנן. בהחלטה על קיומו של משפט חוזר אין משום קביעה בדבר חפותו של המבקש. עניינה הוא אך בשאלה אם

הרשעתו עומדת על בסיס איתן, אם לאו. יש בה קביעה כי יש הצדקה לבחון מחדש של הרשעתו על דרך עריכתו של משפט חוזר. אין בהחלטה לקיים משפט חוזר משום הכרה בטעות בהכרח. יש בה קביעה כי קיימת הצדקה בנסיבות המקרה לסטות מעקרון סופיות הדיון. בהחלטתי, עמדתי אך בקצרה על שיקוליי וטעמי להורות על משפט חוזר, על מנת להימנע עד כמה שניתן מהבעת עמדה באותם נושאים, שעשויים להתברר במשפט החוזר עצמו ומקביעת ממצאים שיהא בהם משום העמדת עובדות וקביעות עוד טרם נפתח המשפט החוזר. את הספקות שנתגלו באשר להליך הרשעתו של המבקש אין לקרוא כקביעה כלשהי לעניין חפותו או אשמתו של המבקש. קביעה זו תוכל להיעשות רק בתום המשפט החוזר עצמו.

אשר על כן, ומכוח סמכותי לפי סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אני מורה על קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש, דניס איזון. המשפט החוזר יתנהל בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע. המבקש יהיה נתון במעצר עד תום ההליכים, אלא אם כן בית המשפט המחוזי יחליט אחרת.

ניתנה היום, י"ח בחשוון התשס"ו (20.11.2005).

ה נ ש י א