



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5336/10

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין
כבוד השופט ס' גובראן

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 31.5.10 בתפ"ח 1004/08 שניתן על-ידי כבוד השופטים א' שהם, י' שבח וש' ברוך

תאריך הישיבה: י"ב באדר התשע"ב (6.3.12)

בשם המערער: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד ימימה אברמוביץ'

בשם המשיבה: עו"ד תמר פרוש

פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין:

הרקע העובדתי והכרעת הדין הראשונה

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו המשלימה של בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו (כבוד השופטים א' שהם, י' שבח וג' נויטל) מיום 27.9.2011, במסגרתה אושרה – ברוב דעות – הרשעתו של המערער בשורה ארוכה של עבירות שעניינן מעשים מגונים, אינוס ומעשי סדום שביצע המערער בנכדתו (להלן: המתלוננת). יאמר בפתחם של דברים כי לאחר ששקלנו היטב את טענות הצדדים, הגענו למסקנה כי בנסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפנינו, אין אנו רואים מנוס מזיכויו של המערער מחמת הספק.

2. כנגד המערער הוגש כתב אישום הכולל אחד-עשר אישומים, במסגרתו יוחסו למערער ביצוען של עבירות מין חמורות בנכדתו. בין השאר, הואשם המערער בעבירות של מעשה מגונה בקטין; תקיפה מינית באדם שטרם מלאו לו שש עשרה; מעשה מגונה בבן משפחה שטרם מלאו לו ארבע עשרה; אינוס אשה שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח; אינוס קטינה מתחת לגיל ארבע עשרה; מעשה סדום בקטינה בת משפחה שטרם מלאו לה ארבע עשרה תוך שימוש בכוח; מעשה מגונה בכוח בקטינה בת משפחה שטרם מלאו לה שש עשרה; אינוס קטינה בת משפחה; מעשה מגונה בקטינה בת משפחה; אינוס קטינה בת משפחה עקב שימוש בכוח; מעשה מגונה בכוח תוך איום בנשק קר בקטינה בת משפחה; ומעשה סדום בכוח בקטינה בת משפחה תוך התעללות.

ביום 18.02.2010 ניתנה הכרעת הדין בעניינו של המערער (להלן: הכרעת הדין הראשונה). המערער הורשע, ברוב דעות (כבוד השופטים א' שהם וי' שבח), בביצוען של עבירות המין שיוחסו לו. כבוד השופט ש' ברוך ז"ל סבר, בדעת מיעוט, כי יש לזכות את המערער.

3. המתלוננת היא צעירה, בתחילת שנות ה-30 לחייה, בעלת תארים אקדמיים בתקשורת ובמדעי המדינה. המערער, יליד שנת 1932, החל – כך על פי הכרעת הדין – לבצע את המעשים המיניים במתלוננת בשנת 1984, עת הייתה כבת ארבע שנים, וחדל מהם עם הגיעה לגיל 17 ומחצה, בשנת 1997. אין חולק כי המתלוננת לא התלוננה על המעשים המחרדיים שבביצועם הורשע המערער, אלא כעבור מספר שנים: בשנת 2005, בהיותה כבת 25, השמיעה המתלוננת לראשונה באזני אמה אמירה ממנה ניתן היה ללמוד על מעשי המערער; לאחר מכן נחשפו המעשים באורח הדרגתי, עד אשר הוגשה בסוף שנת 2007 תלונה למשטרה ונגבתה מהמתלוננת עדות מפורטת. המתלוננת הסבירה את העובדה שנמנעה מלהתלונן על מעשי המערער, בכך שהלה איים עליה באיומים שונים – הן בפגיעה פיזית הן בפגיעה בבני משפחתה האחרים.

4. שופטי הרוב, שהרשיעו את המערער בעבירות הקשות שיוחסו לו בכתב האישום, היו ערים למצבה הנפשי הקשה של המתלוננת ולהיותה לוקה בהפרעת אישיות גבולית. המתלוננת סבלה מנעוריה מהפרעות אכילה ובעת שהתנהל משפטו של המערער נמצאה בתת משקל חריף, עד כדי סכנה לחייה. במרוצת השנים היא אושפזה מספר פעמים בבתי חולים פסיכיאטריים ואף ניסתה להתאבד במספר הזדמנויות שונות.

שופטי הרוב קבעו כי ההתדרדרות החמורה במצבה הנפשי והפיזי של המתלוננת היא תוצאה ישירה של הטראומה הקשה והמתמשכת שהייתה מנת חלקה של המתלוננת מאז שנות ילדותה המוקדמות. הודגש כי למרות מצבה הקשה, קבעו הגורמים המטפלים והמאבחנים כי בוחן המציאות שלה לא נפגע ויכולתה הקוגניטיבית נמצאה תקינה.

על אף מצבה הנפשי המתואר של המתלוננת, התרשמו שופטי הרוב ממהימנותה, מכנותה ומאמינותה של המתלוננת. כך, קבע השופט א' שהם, בין השאר, כי:

המתלוננת הותירה בי רושם ברור של מי שמוסרת את עדותה מדם ליבה... היא העידה באופן ברור, הגיוני וקוהרנטי למדי, ולא ניסתה להעצים את הדברים הקשים ממילא שנעשו בה, אלא למסור את העובדות כהוייתן. התרשמתי מאופן מסירת עדותה של המתלוננת וכן מאותות האמת שניכרו בעדות, ועל יסוד הערכתי הבלתי אמצעית, כמי ששמע את העדות וראה את המתלוננת במהלך שתי ישיבות תמימות, הנני יכול לקבוע, ברמה גבוהה ביותר של וודאות, כי המתלוננת מסרה גרסת אמת, ולדעתי ניתן לבסס על יסודה ממצאים עובדתיים."

השופטת י' שבח הצטרפה לדברים בציינה כי:

יומיים שלמים עמדה המתלוננת על דוכן העדים, וכדם לבה ספרה את קורותיה. המתלוננת העידה בצורה כנה ואמיתית, בצורה עקבית ומשכנעת וגוללה את קורותיה בצורה מצמררת ומסמרת שיער, עד כי כל השומע אותה אמור היה להתרשם כי המתלוננת אכן חוותה על גופה את שתיארה, על עצמותיה ובשרה ולא בדמיונה, לא בודה ולא מעלילה.

בהקשר זה הודגש כי נוכח הרושם המהימן שהותירה המתלוננת, לא תקפה ההגנה כלל את אמינותה של המתלוננת ולא טענה כי זו העלילה את ההתרחשויות על המערער (ממילא לא הוצג מניע אפשרי לעלילה כזו); גרסת ההגנה הייתה כי מדובר באמונת שווא שנחווה על-ידי המתלוננת כאותנטית (קונספציית "זיכרון השווא" – False Memory), לאמור, כי מדובר בזיכרונות פרי הדמיון שמקורם בבעיה נפשית, שהמתלוננת מאמינה בהם בכל ליבה, הגם שלא התרחשו מעולם.

5. שופטי הרוב הצביעו על שורה של ראיות שתמכו בעדותה של המתלוננת וחיזקו את מהימנות עדותה. כך, נקבע, כאמור, כי קיים קשר סיבתי הדוק בין מצבה

הפיזי והנפשי הקשה של המתלוננת לבין מעשיו הנפשעים של המערער. הודגש כי לא היה בכוחם של אירועים טראומטיים אחרים בחיי המתלוננת, שהועלו על-ידי הסנגוריה, כדי לגרום לסימפטומים ולהפרעות כה קשות מהם סובלת המתלוננת.

שופטי הרוב התרשמו לשלילה מעדותו של המתלונן. השופט א' שהם קבע כי עדותו של המתלונן הייתה "בלתי מהימנה במהלכה הסתבך בסתירות ובשקרים, המלמדים על אמינותו המפוקפקת". השופטת י' שבח מצידה קבעה כי תגובותיו של המערער "היו משונות ואומרות 'דרשני' וגם השקרים בהם הסתבך במהלך עדותו, לא תרמו לרושם הכללי, הבלתי משכנע, שהותיר".

6. שופטי הרוב הוסיפו והצביעו על התנהגויות מפלילות של המערער, שנמצא כי הן מבטאות תחושת אשם של המערער, אשר לא ניתן לה הסבר סביר. לעניין זה הפנו שופטי הרוב, בין השאר, לתגובתו (ליתר דיוק לחוסר תגובתו) של המערער, לדברים שהטיחה בו המתלוננת במהלך עימות שהתרחש בביתו. המתלוננת, כך הוברר, הטיחה במערער את המעשים המיוחסים לו; המערער לא הכחיש את דבריה באותו מעמד ולא ניסה לטעון כי מדובר בעלילת שווא, אלא איחל לה כי בפעם הבאה שתנסה להתאבד, יעלה הדבר בידה. זאת ועוד, המערער נעתר לדרישתה של המתלוננת להעביר לחשבונה סכומי כסף ללא הסבר של ממש מצידו. בנוסף, גילה המערער חוסר התעניינות ולא ביקש לברר מדוע חדלו המתלוננת ואימה לפקוד את ביתו במשך תקופה העולה על שנה. לבסוף, ייחסו שופטי הרוב משקל לעצם העובדה שהייתה למערער ההזדמנות לבצע את זממו בכל המקומות עליהם הצביעה המתלוננת (היתכנות העבירה).

7. לעומת שופטי הרוב, סבר השופט ש' ברוך ז"ל, בדעת מיעוט, כי יש לזכות את המערער מן העבירות שיוחסו לו, שכן במקרה הנדון, קם ספק סביר המחייב את זיכויו של המערער מאשמה. השופט ציין כי קיימת בעייתיות בסיסית בעדות המתלוננת, המתבטאת, אליבא דידו, בכך שהייתה עדות כבושה, הנסבה אודות סדרה של מעשים שהתרחשו על פי שנים ארוכות, ואשר תחילתם שני עשורים ויותר לפני מועד הגשת התלונה. "במהלך חלק לא מבוטל מתוך אותן שנים" – כך נקבע – "הייתה המתלוננת מטופלת נפשית באופן אינטנסיבי, לרבות במוסדות ציבוריים ובמסגרות פרטיות, וחרף העובדה שהנושא עליה, מעולם לא דיווחה על פגיעה מינית כלשהי, בוודאי שמעולם לא הצביעה על סבה, הנאשם, כמי שביצע בה מעשים כה קשים וכה חמורים על פני שנים כה רבות". באופן דומה, כך קבע, לא נמצאה אינדיקציה למעשים המתוארים ביומנים אותם כתבה המתלוננת ברבות השנים. השופט ברוך ז"ל התייחס בפירוט לגרסתו של

המערער, שהייתה, אף לשיטתו, "גרסה עמומה". המערער – כך ציין הוא – "הרבה להרחיק עצמו מהאירועים הנטענים, עד כדי הכחשת אירועים עובדתיים תמימים ונכונים עליהם העידו שאר בני המשפחה. לא אחת עלו אף אמירות שהתגלו מאוחר יותר כשקריות והנאשם [המערער] נאלץ להסביר את פשרן". יחד עם זאת, שוכנע שופט המיעוט כי המערער הוא אדם "מבוגר, שמרן וארכאי שאינו אדם מתוחכם מלכתחילה... ששמיעתו לקויה ויכולתו לתקשר, להגיב ולהתמקד בשאלות המופנות אליו מוגבלת....". הרושם שהותיר המערער על השופט ברוך ז"ל היה של "אדם פשוט, לא מתוחכם, לא מתוכנן, שהתקשה באמת ובתמים ולא מתוך כוונה רעה להתמודד עם האישומים נגדו". השופט התרשם כי עדותו המרחיקה והמצמצמת של המערער אינה תולדה של מניפולציה או של רצון המערער להרחיק עצמו באמצעות שקר מהמעשים המיוחסים לו, אלא היא נובעת מ"חוסר יכולת להתמודד".

לאור האמור קבע השופט ברוך ז"ל, כי עלה בידי הסנגור לזעזע את המערך העובדתי שהוצג על-ידי התביעה, גם מבלי שנזקק להוכחת נושא "זכרון השווא". בסיכומם של דברים קבע הוא כדלקמן:

אף אחת מעדויות בני המשפחה לא חיזקה את דבריה של המתלוננת ברמה הדרושה, אף לא אחד מהעדים שמע, ראה או הבחין בהתנהגות חריגה של הנאשם [המערער] או של המתלוננת בתקופה הנטענת. מומחי התביעה טענו כי מצבה הבריאותי והנפשי של המתלוננת מצביע על קיומה של טראומה גופנית בעבר, היו אף כאלה שהגדילו וטענו שתמונתה הקלינית הקשה של המתלוננת היא היא התמונה האופיינית לנפגעי התעללות מינית בילדות, אך כל אלה הן מסקנות שבתיאוריה, מסקנות שהוסקו בדיעבד, לאחר שהמתלוננת חשפה את סיפורה. אין אלה מסקנות אליהן הגיעו המומחים בזמן אמת. ההפך הוא הנכון, בתקופות בהן הייתה המתלוננת מטופלת אצל כל אחד ואחת מהם, לא הצביע אף אחד מהם על האפשרות שהיא נפגעה מינית בעברה. את מסקנותיהם הנחרצות קבעו המומחים, כאמור, רק לאחר שנחשפו טענותיה של המתלוננת. או אז, הצליחו לטענתם, לחבר את ה"פאזל" הקשור בחייה ובבעיותיה. על מסקנות בדיעבד אלה, נחרצות ככל שתיהנה, אין ניתן לבסס הרשעה בפלילים ואף אין ניתן להתייחס אליהן כאל חיזוק הנדרש לעדותה של המתלוננת.

8. בסופו של יום הורשע, אפוא, המערער, ברוב דעות, במעשים שיוחסו לו. ביום 30.5.2010 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער והושתו עליו 15 שנות מאסר

לריצוי בפועל, בניכוי תקופת מעצרו ו-24 חודשי מאסר על תנאי לשלוש שנים מיום שחרורו מהכלא. כמו כן חויב המערער לפצות את המתלוננת בסכום של 200,000 ש"ח.

הראיות הנוספות

9. המערער ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון. ואולם, עוד בטרם נשמע הערעור, הגיש המערער בקשה לאפשר לו לצרף לחומר הראיות הקיים בתיק, ראיות חדשות שנאספו לאחר סיום המשפט. חומר זה כלל מסרונים טלפון, הודעות שנגבו מן המתלוננת במשטרה ותיעוד אחר, שנתווסף כולו לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי.

בהחלטה מיום 22.3.2011 קבע בית המשפט העליון, כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, לשם הצגת הראיות הנוספות שם.

10. הראיות הנוספות, אליהן נתבקש בית המשפט המחוזי להתייחס, היו שורה של מסרונים (הודעות sms), ששלחה המתלוננת ביום 01.02.2011. את המסרון הראשון שלחה המתלוננת בשעה 16:58 אל ורדה, בתו של המערער שהיא גם דודתה, ורשמה בו:

"זו א. אם זה המספר של ורדה – פלוני לא עשה לי שום דבר. לא הוא אנס אותי. הוא חף מפשע ולא כותבת לך סתם ורדה".

בשעה 17:16 שלחה המתלוננת מסרון ברוח דומה אל הפרקליטה שניהלה את המשפט בבית המשפט המחוזי, עו"ד שרון משעל (להלן: התובעת), ובו רשמה:

"שרון, סליחה, לא יכולה להרגיש אשמה זה הורג אותי. מודיעה גם לך – פלוני חף מפשע. הוא לא נגע ולא אנס אותי. תודה על הכל, א.א."

המתלוננת, כך התברר, העבירה מסרונים "מזכים" אל שורה של אנשים נוסף על התובעת וורדה, ובהם: הפסיכולוג המטפל בה; חברתה; המטפלת שלה; העיתונאיות לינוי בר גפן וגל גבאי; וכן עו"ד רותם אלוני.

11. באותו יום ובתוך פרק זמן קצר, בשעה 17:53, שלחה המתלוננת לתובעת מסרון נוסף, שבו היא חוזרת בה מדבריה הקודמים בזו הלשון:

“שלחתי את ההודעה גם למטפלים ורותם אלוני ולוורדה הבת שלו, אלא אם החליפה מספר, הייתי אימפולסיבית ואחרי המשטרה. לא ישנתי. פלוני אשם מגיל 4 ברצח ובאונס. הגוף והנפש של החיים שלי – א.א., לא מסוגלת לדבר עכשיו, סליחה.”

המתלוננת שלחה לתובעת מסרון נוסף, בשעה 18:29, ובו רשמה (במענה לשאלת התובעת) כי היא שולחת הודעה לפיה היא חוזרת בה מההודעה המזכה גם למכותבים האחרים, שקיבלו ממנה את ההודעה לפיה המערער הינו חף מפשע:

“שלחתי גם לוורדה, גל גבאי ולינוי בר גפן, לא שיקרתי בבית המשפט ולא בחיים, היטלר אנס ורצח.”

בשעה 19:47 שלחה המתלוננת לתובעת הודעה נוספת בה רשמה:

“סליחה שרון, אם בגלל ההודעה הסתבכתי. תודיעי לי. לוקחת אחריות ומצטערת ואוהבת. א.א.”

12. בעקבות משלוח מסרונים אלה, הועבר למשטרה דיווח על ההתפתחות וביום המחרת נחקרה המתלוננת במשטרה. בהודעתה במשטרה מסרה המתלוננת כי היא מנסה לשקם את חייה לאחר המשפט, אך אינה מצליחה בכך. המתלוננת מסרה כי למרות שמספר הטלפון שלה חסוי, גורמים שונים מתקשרים אליה מטעמו של המערער ומכנים אותה בכינויי גנאי שונים. במענה לשאלת החוקר, מדוע כתבה כי המערער חף מפשע ולאחר מכן חזרה בה, השיבה המתלוננת כי: “רציתי להפסיק את הסיוט הזה, אני מרגישה אשמה וזה קשה לי. הוא פגע בי ויש לזה השלכות, כואב לי, אני רואה את אמא שלי ואת האחים שלי שכואב להם ואני מרגישה אשמה כי הוא פגע בי ובגללי הוא בכלא. זה ברור שהוא עשה לי את כל המעשים הנוראיים, אבל אני מנסה להשתקם, אבל יש לי הטרדות בטלפון וגם הייתי במשטרה לפני והייתי בלחץ נוראי מהכל...”. לשאלת החוקר איזו משתי ההודעות במסרונים היא אמת, השיבה המתלוננת: “מן הסתם הוא פגע בי. כל ההאשמות נגדו היו נכונות אני לא שיקרתי רק כואב לי על המשפחה שלי ועל מה שהם יעברו במרץ. אמא שלי אמרה לי שבמרץ יש ערעור אני לא רוצה לדעת מזה. אני רוצה להתנתק מכל הסיפור ולהקים חיים חדשים...”

עוד מסרה המתלוננת כי לאחר העברת המסרונים "המזכים", העבירה היא מסרונים בהם היא חוזרת בה מהדברים אל אותם נמענים (לאמור: התובעת, דודתה, אנשי המקצוע המטפלים בה, חברתה, שתי עיתונאיות ועורך-דין).

13. במהלך חקירתה במשטרה, הוסיפה המתלוננת ומסרה שני דפים (להלן: הדפים), בהם העלתה על הכתב, באותו יום בו שלחה את המסרונים "המזכים", פרטים שונים אודות מעשיו של המערער. הדפים נמסרו על-ידי המתלוננת לאמה והוגשו אף לעיון בית המשפט המחוזי. בעקבות הגשתם של דפים אלה, נגבתה מן המתלוננת עדות נוספת במשטרה, שבה היא נתבקשה להתייחס לדפים. המתלוננת נשאלה, בין היתר, מדוע אמרה במהלך המשפט כי היא אינה יכולה לכנות את המערער "סבא", ואילו בדפים רשמה מילה זו. המתלוננת השיבה כי עשתה כן "כדי שאמא שלי תבין מה עברתי כתבתי לה את זה... אני לא מסוגלת להגיד את המילה וגם עכשיו כשאני רואה אותה על הדף בא לי להקיא". המתלוננת הוסיפה ומסרה לחוקר כי סבתה, אשתו של המערער, ידעה על כל מה שנעשה בה ועל כן פתחה חשבון על שמה והפקידה בו 100,000 ש"ח. המתלוננת ציינה כי היא "יודעת שזה דמי שתיקה כי היא ידעה על הכל, בגלל זה לא רציתי להשתמש בכסף הזה. היה פעם אחת שהיא ראתה אותי ואותו בין השיחים מהחלון של המטבח, היא ראתה את מה שהוא עושה...".

ההליך בבית המשפט המחוזי

14. ביום 21.6.2011 נתקיים בבית המשפט המחוזי דיון במעמד הצדדים. במקום השופט ש' ברוך ז"ל, שנפטר בטרם עת, הצטרף למותב השופט ג' נויטל. לבית המשפט המחוזי הוגשו כל הראיות שהתווספו מאז נסתיים הדיון בפניו. בנוסף, העידה המתלוננת ונחקרה בחקירה נגדית על-ידי בא-כוח המערער.

15. בעדותה בבית המשפט אישרה המתלוננת, במענה לשאלות הסנגור, כי הנוסח שהופיע במסרונים "המזכים" השונים לא היה זהה, הגם ש"רוח הדברים הייתה אותם דברים", וכי המסרונים נשלחו בתוך פרק זמן של כ-15 דקות. המתלוננת ציינה כי שלחה את המסרון לדודתה על מנת שתוכנו יגיע אל הסנגור, כדי שיעשה בו שימוש לטובת המערער, וכי שלחה את המסרונים לעיתונאיות על-מנת שלא תהיה דרך חזרה. המתלוננת הכחישה כי אמרה לחברה, טל, כי המערער לא ביצע את המעשים בהם הורשע, וציינה כי אמרה לו: "... שיש ימים שזה נראה פשוט לא מציאותי". בתשובה לשאלת בית המשפט, למה התכוונה באמירתה לחברה כי הדברים נראים לה לפעמים לא מציאותיים, השיבה המתלוננת "שזה כל כך מפלצתי שזה לא נראה, לא מרגיש

אמיתי... יש ימים... קמים בלילה עם סיוט, בגיל 31 ואתה לא מאמין שזה אמיתי. אתה לא מאמין. לא האמנתי. יש דברים שאתה לא מאמין". עם זאת, חזרה המתלוננת על כך שהדברים התרחשו במציאות, כפי שתיארה במהלך המשפט.

המתלוננת נשאלה על-ידי הסנגור אם תחושת האשמה שחשה נובעת בשל העובדה שהמערער חף מפשע. על כך היא השיבה כי: "ברור שאני ארגיש אשמה, הוא עשה לי את זה. אז לפי כל זה למה שאני ארגיש אשמה... ואני אומרת, אני הרבה פעמים מרגישה אשמה, כי אני פתחתי את זה, אני באתי למשפט, אני התלוננתי, בגללי הוא יושב בכלא".

16. המתלוננת נשאלה על-ידי בית המשפט מדוע החליטה לשלוח את המסרונים "המזכים", והשיבה כי באותו יום נתגלע סכסוך עם שכניה, לרבות עם בעל הבית, ובעקבות תלונה של אחת הדיירות אף הוזעקה משטרה. אמה הגיעה באותו בוקר והיא בקשה לשוחח איתה, אך היא לא התפנתה לשיחה עמה. בנוסף, היא רבה עם חברה. הצטברותם של אירועים אלה, גרמה לה ללחץ פנימי קשה, ובסופו של דבר החליטה לשלוח את המסרונים, אך בה בעת רשמה את דבריה על גבי שני הדפים, אותם העבירה לאמה.

המתלוננת נשאלה מדוע שינתה את דעתה והחליטה לחזור בה מהמסרונים "המזכים", והשיבה כי "זו לא הייתה דעתי, זה לא משהו שישבתי וחשבתי עליו ותכננתי וכתבתי, באתי כתבתי הודעות. ישבתי עם אמא שלי בבית, בשיא הלחץ, בשיא העצבים, בלי שינה גם ככה, גם ככה אני לא ישנה...". המתלוננת הוסיפה: "...התאפסתי אחרי שנייה על ההודעה. על מה שהוא עשה לי אני כנראה לא אתאפס עוד הרבה מאד שנים".

עוד שאל הסנגור את המתלוננת כיצד מתיישבים פרקי הזמן שבמהלכם שיגרה המתלוננת את המסרונים "המזכים" (כ-15 דקות) וכן הזמן שחלף עד למשלוח הודעות הביטול (כ-40 דקות), עם דבריה כי לא הייתה מאופסת. על כך השיבה לו המתלוננת כי "אדם שנאנס מעל 10 שנים והמשפחה שלו וכולם והוא נמצא במצב שהוא נמצא, לפעמים יוצא מגדרו, לפעמים לא מאופס, לפעמים הוא חותך את הורידים...". עוד שאל הסנגור את המתלוננת למה התכוונה בכך שרשמה על אחד מדפי הנייר, שכתבה ומסרה לאמה: "שומר שהטריד. יריב הטריד. שי אח שלי שהטריד". המתלוננת הסבירה כי לגבי השומר מדובר בהטרדה בעלת אופי מיני, לגבי יריב, מדובר בחבר שלא עמד

לצידה, ולגבי אחיה – מדובר בכך שהלך לבית המערער, הגם שהוא מבין שלא היה צריך ללכת לשם. המתלוננת אף אישרה כי סבתה, אשת המערער, הייתה מודעת למעשיו של בעלה, אך הסבירה כי החליטה במהלך המשפט שלא להסגיר אותה, כמי שידעה על מעשיו של המערער, כיוון שבאותו שלב "עוד היו בה רחמים".

הכרעת הדין המשלימה

17. לאחר כל אלה, ניתנה ביום 27.09.2011 הכרעת הדין המשלימה, במסגרתה שב בית המשפט המחוזי והרשיע, כאמור, את המערער, ברוב דעות, בעבירות שיוחסו לו. אלא שבהכרעת הדין המשלימה, חל שינוי בעמדות חלק מן השופטים: השופט א' שהם נותר בעמדתו, לפיה יש להרשיע את המערער; השופטת י' שבח, שסברה במסגרת הכרעת הדין הראשונה כי יש להרשיע את המערער, קבעה כי לאור הראיות החדשות שהובאו בפניה, יש לזכות את המערער בשל קיומו של ספק סביר; ואילו השופט ג' נויטל, שבא בנעליו של שופט המיעוט המנוח, הצטרף לעמדת השופט א' שהם וקבע כי יש להותיר את הרשעתו של המערער על כנה.

18. השופט א' שהם נותר, כאמור, איתן בדעתו כי אין מקום לשנות מן ההערכה החיובית לגבי אמינותה של המתלוננת ומידת מהימנותה. נקבע כי הגם שלא נשמע הסבר סדור וקוהרנטי לגבי החלטתה של המתלוננת לשלוח את המסרונים "המזכים", נתקבל הרושם כי מדובר היה ב"פעולה אימפולסיבית, בלתי מתוכננת, אשר נבעה ממצב של לחץ קשה אליו נקלעה המתלוננת, בצד תחושות אשם על הפגיעה במשפחתה הקרובה". משלוח המסרונים, כך נקבע, נעשה "במצב של לחץ וסערת רגשות, מבלי שהתלוו לכך רגשות אשם וייסורי מצפון קשים בגין עלילת שווא שהעלילה על אדם חף מפשע". המתלוננת הסבירה כי "הייתה נתונה במעין 'סיר לחץ' בשל סכסוך שכנים, מעורבות המשטרה, המריבה עם חברה וויכוח קולני עם אמה. עוד טענה כי חשה תחושות אשם, בשל הפגיעה הקשה בבני משפחתה הקרובים (אמה ואחיה), ובשל הקרע שחל בתוך המשפחה, בעקבות המשפט וכליאתו של הנאשם [המערער]". הסבר זה נתקבל על דעת השופט שהם, בפרט על רקע מצבה הנפשי של המתלוננת, ובהתחשב בכך שמאפייניה של הפרעת האישיות הגבולית ממנה סבלה המתלוננת הם, לעיתים, "בביצוע פעולות אימפולסיביות, קבלת החלטות באופן דרמטי ופזיז ותגובה קיצונית במקרים של לחץ...".

השופט שהם יחס משקל לכך שהמתלוננת החליטה כעבור זמן קצר לחזור בה מהדברים, באמצעות משלוח מסרונים נוספים. כן יחס משקל רב לדפים ששרבטה

המתלוננת עובר למשלוח המסרונים, בהם הציגה – באופן מבולבל אמנם – את האירועים הקשים שחוותה. המתלוננת, כך נקבע, התעשתה וחזרה בה מהודעתה "המזכה" לא בשל חשש מפני הסתבכות או נקיטת הליכים משפטיים כלפיה, אלא "מתוך תחושה כנה ואותנטית, כי לא היה מקום לנקות את הנאשם [המערער] מאחריות למעשים הקשים והאכזריים אשר ביצע בה במשך שנים רבות".

19. השופט ג' נויטל הצטרף למסקנה אליה הגיע השופט א' שהם, לפיה אין בראיות החדשות כדי להביא לשינוי הכרעת הדין הראשונה. השופט נויטל הדגיש כי, שלא כחבריו, הוא לא ראה את המתלוננת כשהעידה בעדותה המרכזית בבית המשפט לעניין האשמה: "נקודת המוצא עבורי היא אפוא לאחור הכרעת הדין (וגזר הדין), שבה הורשע הנאשם [המערער] (ברוב דעות), לרבות ממצאי המהימנות שנקבעו בה על-ידי חבריי אב"ד כב' השופט אורי שהם וכב' השופטת יהודית שבח". בנקודת מוצא זו – כך קבע השופט נויטל – לאחר ששמע וראה את המתלוננת כשהעידה בבית המשפט בעניין המסרונים, והתרשם "מכנות עדותה וישירותה, וללא התלהמות או ה'הקצנה' בהתייחסותה לנאשם [המערער], ובלא שניסתה ל'תרץ' את שליחת המסרונים בלחצים חיצוניים עליה", שוכנע הוא, כאמור, כי יש להותיר את הכרעת הדין הראשונה על כנה. השופט הדגיש כי מעדות המתלוננת בפניו עולה, כי לא זו בלבד שהיא לא חזרה בה מגרסתה לעיצומם של דברים, אלא שהמתלוננת אף חזרה פוזיטיבית, בווריאציות שונות, על כך שהמערער עולל לה את אשר עולל. הסבריה למשלוח המסרונים המזכים נמצאו על-ידי השופט נויטל סבירים, ככל שמדובר בנפגעת עבירות מין, ונקבע כי אף בהם יש בהם כדי להוביל למסקנה האמורה, לפיה יש להותיר את ההרשעה בעינה.

20. לעומת שופטי הרוב, הגיעה השופטת י' שבח לכלל מסקנה כי לאור הראיות החדשות, אין מנוס מזיכוי של המערער מחמת הספק. השופטת הדגישה כי לא היה במסרונים ששלחה המתלוננת כדי לשנות את האמינות שייחסה לעדותה של המתלוננת; זו נותרה בעיניה "בחורה נבונה, אמיצה ואמינה". עם זאת, קבעה השופטת שבח כי אין בידה להתעלם מהמסרונים ולהתבונן עליהם כלא היו. לעניין זה ציינה השופטת מספר פרמטרים המעוררים קושי, בהם: העובדה שאין המדובר במסרון אחד, כי אם בעשרה מסרונים; אין המדובר בנוסח זהה שנשלח בלחיצת כפתור אחת לעשרה נמענים, כי אם בניסוחים שונים (לפחות שלושה), המעידים על שליחה נפרדת; אין המדובר באיבוד עשתונות רגעי, שכן חלף פרק זמן של כשעה בין שליחת המסרון המזכה הראשון לורדה, בתו של המערער, לבין שליחת מסרון החרטה לתובעת; וכן העובדה שלא הופעל על המתלוננת לחץ חיצוני כלשהו, שכן המסרונים – על כך אין חולק – נשלחו

ביוזמתה של המתלוננת ומרצונה החופשי. על רקע זה קבעה השופטת שבח כי "תוכן המסרונים מעורר חלחלה, בהינתן פסק דין מרשיע, כשמופיעות בו, בין היתר, המלים הדרמטיות 'לא יכולה להרגיש אשמה', 'זה הורג אותי' ו- 'חף מפשע'".

21. השופטת שבח ציינה בהקשר זה כי ההסבר שהשמיעה המתלוננת למשלוח המסרונים, יש בו לכאורה כדי ליטול את עוקצם ולנטרל את תוכנם; עם זאת, כך קבעה היא, אין בהסבר זה כדי לספק מענה לשאלה המטרידה מדוע שלחה המתלוננת את המסרונים "המזכים" דווקא ביום בו נשלחו: "מדוע דווקא עכשיו, כשמצבה של המתלוננת, הגופני לפחות, הינו טוב ממצבה דאז, היא 'נשברה'... דווקא כשגרסת המתלוננת התקבלה זה מכבר על ידי בית המשפט, הנאשם [המערער] כלוא מאחורי סורג ובריח, ואף מצבה הגופני השתפר, כאמור, לאין ערוך, נכנעה היא לתסכול ולייאוש? הרי לא התרחש ביום הרלבנטי אירוע דרמטי חריג..."

22. לבסוף ציינה השופטת שבח כי במתלוננת עצמה כרסם לא פעם הספק אם יתכן שמעשים כה מפלצתיים אכן יכלו להתרחש במציאות. "משגם דבריה של המתלוננת בעדותה החוזרת נאמנים עלי" – כך נפסק – "זולג אותו ספק המקנן לעתים בנפשה המיוסרת, וחודר אל תודעתו של בית המשפט, מנקר שם ולא מרפה. המחשבות שהטרידו את מנוחת המתלוננת, ושעתה התוודענו להן לראשונה באמצעות המסרונים ועדותה החוזרת, הכניסו גורם חדש למשוואה, אשר משבש את התוצאה אליה הגענו בהכרעת הדין הראשונה. לשחקן חדש זה יש שם. הספק הסביר קוראים לו...".

לאור האמור, הגיעה השופטת שבח למסקנה כי המסרונים שנשלחו על ידי המתלוננת "העלו את הספק מדרגת ספק כלשהו לדרגת ספק סביר", ועל כן יש לזכות את המערער מן העבירות שיוחסו לו.

הבקשות לקבלת חומרי חקירה ולעיכוב ביצוע

23. עובר לשמיעת הערעור על-ידי בית משפט זה, עתר הסנגור לקבל חומרי חקירה חדשים לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982. הבקשה כוונה לחומרי החקירה שנאספו בתיק משטרה, שנפתח ביום 31.10.11, בעקבות תלונה שהגישה המתלוננת כנגד מכר, בגין עבירת מין שביצע בה. הבקשה הועברה תחילה לתובעת, וזו השיבה לסנגור כי אין היא סבורה שהתלונה החדשה עומדת במבחנים המצדיקים קבלת ראייה נוספת בערעור. עוד ציינה היא כי מאחר שמדובר בתלונה שעדיין נחקרת, יהא בהעברת החומר בשלב זה כדי לחבל בחקירה.

הסנגור מצידו עמד על בקשתו וטען – בכתב ובעל פה בדיון שנתקיים בפנינו – כי חומרי החקירה בעניין תלונתה החדשה של המתלוננת כנגד האדם האחר, שלטענתה ביצע בה עבירת מין, רלבנטיים מאד לניהול הגנת המערער בתיק הנוכחי. הסנגור ציין, בין השאר, כי "תלונה פורמאלית זו, שהוגשה במשטרת ישראל ומתנהלת חקירה בעניינה, מצטרפת לתלונה נוספת אותה טענה המתלוננת בעבר, במהלך ניהול המשפט העיקרי, בה נטען כי שומר בית המשפט המחוזי הטריד אותה מינית". עוד הפנה הסנגור לחקירתה של המתלוננת בבית המשפט המחוזי, לאחר החזרת התיק אליו, שנסבה אודות שלושת השמות שרשמה על שני דפי הנייר – של אנשים שהטרידו אותה, כלשונה – ובהם אותו שומר.

בית משפט זה נעתר לבקשה והורה למשיבה להעביר לסנגור את חומרי החקירה לאחר שתושלם החקירה על-ידי המשטרה.

24. למען שלמות התמונה יצוין כי בית משפט זה קבע, בהחלטה מיום 18.10.2011 – בהסכמת הפרקליטות – כי המערער ישוחרר למעצר בית מלא בתנאים מסוימים. התנאים לא קוימו והמערער נותר במאסר, ואולם ביום 15.1.2011, לאחר עיון חוזר בהחלטה, שב בית משפט זה והורה על שחרורו של המערער למעצר בית מלא, תוך שהוא נעתר לבקשה להקל בתנאי השחרור וקבע תנאים מתאימים, המונעים אפשרות של קשר, ולו מקרי, בין המערער לבין המתלוננת.

הערעור

25. בדיון בפנינו חזרו הצדדים על עיקרי עמדותיהם. הסנגור ביקש להוסיף ולהסתמך גם על חומרי החקירה החדשים שהועברו לעיונו. בין השאר הפנה הסנגור להודעה שמסר בן-זוגה של המתלוננת, שנגבתה במסגרת תלונה שהגישה המתלוננת נגדו בגין אלימות. בן-הזוג הכחיש את האשמות שיוחסו לו והשיב: "אמרתי לה רק שאני יסבך אותך על כל מה שאת עושה לאחרים על כל השקרים על כל הדברים". בהמשך לאותה חקירה אמר הוא: "היא בנתה יופי יופי של עדות פה כמו שהיא תפרה כבר על אחרים לא נורא". הסנגור סבור כי דבריו של בן-זוגה של המתלוננת, כמו גם העובדה שהגישה תלונה נוספת כנגד אדם אחר שביצע בה עבירת מין, מחזקים את עמדת ההגנה, לפיה מדובר בתלונת שווא של המתלוננת נגד המערער. לגופו של עניין יצא הסנגור כנגד הסתמכותו של השופט ג' נויטל על פסק דינה הראשון של השופטת י' שבח כחיזוק להחלטתו להרשיע את המערער. הסנגור טען לעניין זה כי מאחר

שהשופטת שבח החליטה – במסגרת הכרעת הדין המשלימה – לזכות את המערער, הרי שדין החלטת השופט נויטל, המסתמכת על פסק דינה הראשון של השופטת, להתבטל. עוד טען הסנגור כי לחזרתה של המתלוננת מן הדברים שייחסה למערער יש הסבר אחד ויחיד: רגשות האשם וייסורי המצפון אשר תקפו אותה, בשל העובדה שגרמה לשליחתו של אדם חף מפשע אל מאחורי סורג ובריח, לתקופה ארוכה ביותר.

26. המשיבה מצידה סומכת ידיה על פסקי-הדין המרשיעים שניתנו. בטיעונה בפנינו הדגישה המשיבה את האמון הרב שנתנו השופטים במתלוננת ובעדותה המפורטת, הברורה והקוהרנטית. המשיבה שבה והפנתה את בית המשפט לעדויות המומחים, אשר ייחסו את מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת למעשים שביצע בה המערער וכן לראיות הנוספות שתמכו בגרסת המתלוננת: סכומי הכסף שהעביר לה המערער; תגובתו לדברים שהטיחה בפניו בעימות שנערך ביניהם; וחוסר התעניינותו של המערער בכך שהמתלוננת ואמה, נכדתו ובתו האהובות ביותר, הפסיקו לפתע להגיע לביתו בימי שישי. עוד ציינה היא כי המערער נתפס בשקרים מהותיים, שכל מטרתם הייתה להרחיק עצמו מעשיית המעשים, וכי נקבע כי עדותו הייתה בלתי מהימנה ומשופעת בסתירות ובתמיהות. המשיבה הוסיפה ועמדה על ההשלכות של הגשת התלונה על המתלוננת והמקורבים לה – שהיו "לא פחות מקטסטרופליות". המשיבה הדגישה כי ניתן להבין את משלוח המסרונים "המזכים" על רקע ההסברים שנתנה המשיבה. היא ציינה לעניין זה כי אחד הסימפטומים של הפרעת האישיות ממנה סובלת המתלוננת הוא אימפולסיביות, קבלת החלטות מהירות – ובכך יש כדי להסביר את משלוח המסרונים. עוד הדגישה המשיבה את הדברים ששרבטה המתלוננת על דפי הנייר, בסמוך למשלוח המסרונים, ומהם עולה כי היא עומדת על גרסתה לפיה המערער ביצע בה את העבירות החמורות המיוחסות לו.

27. לאחר ששקלנו היטב את טענות הצדדים הגענו למסקנה כי לאור קיומן של הראיות החדשות ונוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפנינו, אין מנוס מזיכוי של המערער מחמת הספק.

למסקנה זו הגיעה, כאמור, השופטת י' שבח, במסגרת הכרעת-הדין המשלימה, תוך שהיא עומדת בהרחבה על הניסיון לאפיין ולהגדיר את "הספק הסביר" כדלקמן:

ספק רגיל או ספק 'כלשהו' קיים בכל תיק, שהרי לרוב לא ניתן להוכיח את האשמה במידה של ודאות מוחלטת, אלא רק במידה גבוהה של ודאות, מעבר לספק סביר. נדרש כי הספק הסביר יהא 'בעל ממשות', שסבירותו

עומדת במבחן המציאות, ואין הוא אך ספקולציה חסרת עיגון בהיגיון ובהוויות החיים...” (ע”פ 6295/05 וקנין נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 25.1.2007)) וכי ‘ספק סביר מתקיים כאשר ניתן להסיק מהראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם שהסתברותה אינה אפסית אלא ממשית’ (ע”פ 6359/99 מדינת ישראל נ’ קורמן, פ”ד נד(4) 653 (2000)).

‘ספק סביר ולא כל ספק שהוא. ספק אמיתי ולא ספק בעלמא. ספק בעל ממשות הנתמך בראיות, שסבירותו עומדת במבחן המציאות, ולא כזה שהוא בגדר אפשרות רחוקה, דמיונית ותיאורטית המעוגן בספקולציות או בהשערות (יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך שני (מהדורה שנייה, 2010) 962).

בין היתר הוצע מבחן רציונלי, מבחן אינדוקטיבי, מבחן מוסרי, שילובם של אלו באלו, ועוד.

מה לי אם מדובר במבחן ‘קול המצפון וצו ליבו של השופט’ (כבוד השופט דנציגר בע”פ 7401/07 מדינת ישראל נ’ פלוני (לא פורסם, 31.7.2008) ומה לי אם מדובר במבחן ‘הקול הקטן והחרישי – קול המוסר’ (כבוד השופט חשין בע”פ 6251/94 בן ארי נ’ מדינת ישראל, פ”ד מט(3) 45, 125).

כשהספק הסביר נמצא, חשים בו. הוא מכריז בעצמו על נוכחותו. הוא מנקר ומטריד. דוחק ומקשה, עד כי לא ניתן להתעלם מקיומו.

28. אין חולק כי שליחת המסרונים על-ידי המתלוננת במקרה שלפנינו היא אירוע “דרמטי ויוצא דופן”, כלשון הסנגור. אכן, כאשר מתלוננת במשפט פלילי מעלה על הכתב, מרצונה החופשי ובלא שמופעל עליה לחץ חיצוני, כי היא “לא יכולה להרגיש אשמה” וכי הנאשם, שכבר הורשע, לא עשה לה “שום דבר” והוא “חף מפשע” – אין בית המשפט יכול להתעלם מהדברים. במקרה שלפנינו, נשלחו המסרונים בעלי התכנים המזכים לכעשרה גורמים שונים ובהם מסר אחיד וחד-משמעי ולפיו המערער חף מפשע. נוסחם של המסרונים לא היה זהה, ולפחות שלושה מהם נרשמו כל אחד בנפרד. המתלוננת שלחה מסרונים מזכים גם לשתי עיתונאיות, וזאת על מנת שלא תוכל לחזור בה מן הדברים. ריבוי הנוסחים ושליחת הודעות שונות ונפרדות, מלמדים על תכנון מוקדם ומערערים את הטענה, האפשרית אמנם, כי מדובר היה בפעולה ספונטנית, שנבעה מן הלחץ בו הייתה נתונה המתלוננת.

29. במשפט פלילי יש אירועים שלא ניתן להתעלם מהם. משלוח המסרונים המזכים הוא אירוע כזה, המערור תמיהות חדשות. אמנם, המתלוננת נמצאה אמינה, וכל שופטי המותב מפיהם ניתנה הכרעת-הדין המשלימה, לרבות השופטת י’ שבח, המשיכו להביע במתלוננת אמון. ואולם, מבלי להטיל שום דופי במתלוננת, קבעה השופטת שבח כי

"למסרונים ששלחה המתלוננת, יהא ההסבר להם אשר יהא, אין דרך חזרה, לא ניתן להתעלם מהם ולא ניתן לאיין או לנטרל את השפעתם על המאזן הכולל". כזכור, ציינה השופטת כי המתלוננת עצמה בכנותה לא הכחישה כי "חוותה רגעים בהם הטילה ספק אם כל הפרשייה הנוראה אכן התרחשה במציאות...". לאור האמור קבעה היא כי "משגם דבריה של המתלוננת בעדותה החוזרת נאמנים עלי, זולג אותו הספק המקנן לעיתים בנפשה המיוסרת, וחודר אל תודעתו של בית המשפט, מנקר שם ולא מרפה". לאחר שבחנו את חומר הראיות הנוסף, אף אנו סבורים כי בנסיבות העניין, הספק שהיה קיים בפרשה זו הפך לאותו ספק סביר "מנקר ומטריד, דוחק ומקשה", שאינו מאפשר להתיר את הרשעתו של המערער על כנה. על כן, אין מנוס מזיכוי המערער מחמת הספק.

30. זאת ועוד. המקרה דנן הוא קשה לא רק בשל קיומם של המסרונים המזכים, אלא גם בגלל צירוף הנסיבות החריג והייחודי הנוגע להרשעתו של המערער עליו כבר עמדנו לעיל: השבת התיק לבית המשפט המחוזי לשמיעת הראיות הנוספות; פטירתו של שופט המיעוט, שסבר שיש לזכות את המערער, לאחר מתן גזר הדין; הרשעתו של המערער על ידי השופט שבא תחת השופט המזכה שנפטר; וזיכוי של המערער על-ידי השופטת שהרשיעה אותו בפסק הדין המקורי.

צירוף נסיבות ייחודי זה מעורר שורה של שאלות בהן התחבטנו, הנוגעות לשורשי המשפט הפלילי ולעקרונות שיטתנו, בה מתקבלות ההכרעות השיפוטיות על-ידי מותב שופטים ובדעת רוב. כך, הלין הסנגור על כך שלהחלטת השופט ברוך ז"ל לא ניתן "קמצוץ של משקל". טרוניה זו לא הופרכה בעלמא. היא חושפת קושי אמיתי שנוצר בנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה: מחד גיסא ברי כי השופט שצורף להרכב בשל פטירתו של השופט המנוח, לא בא לשמש כ"חותמת גומי" להחלטתו המזכה של השופט המנוח, והוא נהנה משיקול דעת מוחלט; מאידך גיסא, בנסיבות שנוצרו, ובהתחשב במטריה הפלילית הנדונה, יש קושי בתוצאה המאיינת את פסק הדין שניתן מפיו השופט ברוך ז"ל. התעלמות מוחלטת מקיומו של פסק הדין המזכה, שניתן על-ידי השופט שהלך לעולמו, מעוררת תחושת חוסר נוחות במיוחד על רקע קיומן של הראיות החדשות, שהן מזכות על-פי טיבן. המחשבה כי בנסיבות שנוצרו, הרשעתו של המערער "מקריט" ו"תלוית הרכב" במובן זה שלולא פטירתו הטרגית של השופט ברוך, היה המערער מזוכה בדעת רוב – טורדת ולא מרפה.

31. אכן, המקרה שבפנינו בנסיבותיו החריגות אינו נופל בגדר אף אחת מן המסגרות המשפטיות המוכרות, אך ניכרים בו סממנים שמקצתם בדוקטרינת "הסיכון הכפול", אשר נועדה למנוע העמדתו לדין של אדם פעמיים בגין אותה עבירה. בשיטת המשפט האמריקנית, אוסר התיקון החמישי לחוקה (U.S. Constitution, amend. 5) להעמיד אדם בסיכון כפול: "[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb". בשיטת המשפט הישראלית, מעוגן העיקרון לפיו "אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד" בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובע כי "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו" (סיפת הסעיף מסייגת את הכלל וקובעת כי "...אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה..."). טענת ה"סיכון הכפול" – כך הובהר – "הינה ענף אחד של הכלל הקיים 'מקדמת דנא שאין להעמיד אדם לדין פלילי באותו עניין יותר מאשר פעם אחת' (ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1)798, 801 (1974)). אולם בעוד שהטענה 'כבר הורשעתי' או 'כבר זוכיתי' נסמכת על מעשה-בית-דין, 'איסור הסיכון הכפול נשען על סכנת ההרשעה בעבירה שהייתה נשקפת לנאשם בדיון קודם" (ע"פ 72/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' ג'ועיה, פ"ד יד 1093, 1097 (1960)). מכאן שטענה זו תעמוד רק אם הועמד הנאשם לדין בהליך הראשון על-פי כתב אישום 'כשר' ולפני בית-משפט מוסמך, שרק אז היה נתון בחזקת סיכון להיות מורשע...". (דנ"פ 532/93 מנינג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(4) 25, 31 (1993). להלן: הלכת מנינג).

ההגנה החוקתית האמורה, המוענקה בשיטות המשפט השונות, נובעת ממספר טעמים. ראשית, נועדה היא לשמר את עקרון סופיות הדיון: "הרעיון העומד בבסיס הכלל האמור הוא כי חשיפה מתמשכת של אדם להרשעה בדין בגין אותו מעשה, גוררת אותו למצב של חוסר ביטחון וחרדה באשר לעתידו" (מ"ח 4434/04 שוויקי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.6.2204). ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (2010) 338-337). בפסיקה האמריקאית הובאו טעמים נוספים לכלל. הובהר כי "אין להתיר למדינה, שלה המשאבים והכוח, לעשות ניסיונות חוזרים כדי להרשיע נאשם באותה עבירה... לטענת 'סיכון כפול' יש משמעות נוספת, כשלמדינה יהא יתרון בהליך השני על הנאשם, בכך שלמדה מן ההליך הראשון על עוצמת הגנתו ועל נקודות החולשה שלה" (הלכת מנינג, בעמ' 31). עוד הובהר כי טענת ה"סיכון הכפול" אינה מגנה רק על הנאשם, אלא נועדה גם להגן על שיטת המשפט עצמה. כדברי המלומד M.L. Friedland, *Double Jeopardy* (Oxford: Oxford UP, 1969)

It is not just the accused that is protected by the rule, but the legal system itself. By preventing harassment and inconsistent results, the rule assists in ensuring that court proceedings... 'command the respect and confidence of the public'.

(וראו גם: "Bargaining with Double Jeopardy" Saul Levmore and Ariel Porat
40 *Journal of Legal Studies* 273, 275-276 (2011))

32. אמנם, על פי שיטתנו, לא עמד המערער ב"סיכון כפול" במובן המקובל של המושג, שכן פסק-הדין המרשיע הראשון לא היה חלוט, אולם אין ספק כי המערער עמד בפני סיכון מסוג מיוחד ששורשו בתהפוכות הגורל, שהביאו לכך שהשופט שזיכה אותו נפטר בטרם עת והוחלף בשופט אחר. המערער ניצב אז בפני הצורך לשכנע בחפותו שופט נוסף. במובן זה, מעורר המקרה שלפנינו דמיון לטענת "הסיכון הכפול". יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בהלכת מנינג הנ"ל בדבר טענה זו. אכן:

טענת 'סיכון כפול' מציבה, לאחר הדיון הראשון, רק מחסום למימושה של האחריות הפלילית, תוך הנחה שהיא קיימת. המעשה היה לכאורה בגדר עבירה לפני ההליך הראשון והוא נשאר כזה גם לאחריו, אלא שעקב ההליך הראשון אין האחריות הפלילית, שקמה על פני הדברים עם ביצוע המעשה, בת-מימוש. מכאן שניתן לראות את טענת 'הסיכון הכפול' כשלוחה בקטגוריית הסייגים למימוש האחריות הפלילית, כש"הסייג למימוש אחריות פלילית, מניח, כאמור מתוך עצם כינויו זה, התקיימות אירוע עברייני ואחריות פלילית הרובצת כבר על מי שאמור ליתן את הדין עבורו, או על מי שכבר נתן את הדין עבורו, אלא שהגשמתה חסומה, במידה זו או אחרת, בשל עילה מיוחדת, מאוחרת, שהיא הסייג עצמו" (פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב') (619-620)) (שם, בעמ' 32).

כאמור, המערער לא עמד כאן ב"סיכון כפול" כפי שהוא מוגדר בשיטתנו, אך סיכוייו לצאת זכאי בדין נסוגו בפני גזירת הגורל, כשהשופט שביקש לזכותו נפטר.

33. במהלך הדיון בפנינו הועלתה ההצעה לראות, בנסיבות העניין, כאילו ניתנו שני פסקי דין מרשיעים (של השופטים א' שהם וג' נויטל) אל מול שני פסקי דין מזכים (של השופטים ש' ברוך ז"ל וי' שבח). בנסיבות אלה, כך נטען בדיון בפנינו – ואף המשיבה הסכימה לכך במידה רבה – הגם שהערעור הוגש באופן פורמאלי על ידי המערער, הרי

שניתן להתייחס אליו מבחינה מהותית כאל ערעור של המשיבה, ועל כן עליה הנטל לשכנע מדוע יש להותיר את הרשעתו של המערער על כנה נוכח הראיות החדשות. ואכן, אין זה המקרה הרגיל, שבו פסק-דין שניתן ברוב דעות תקף לכל דבר – וכאילו ניתן פה אחד. במקרה זה, שנסיבותיו מיוחדות ונדירות, אין לאיין את דעת המיעוט של השופט המנוח, במיוחד כשאין להניח כי הייתה משתנה. נהפוך הוא: ניתן להניח כי הייתה נותרת בעינה ואף מתחזקת לאור הראיות החדשות. מבלי לקבוע מסמרות, יש תוקף של ממש לטענה כי במקרה שכזה, צריך לעבור הנטל לשכנע כי יש להותיר את ההרשעה בעינה אל המדינה. אלא שכאמור, לאור התוצאה אליה הגענו, לגוף הדברים, בדבר קיומו של ספק סביר, אין אנו נדרשים להכריע בשאלות אלה לעת הזו.

אשר על כן, החלטנו לזכות את המערער, מחמת הספק, מן העבירות שיוחסו

לו.

המשנה לנשיא (בדימ')

הנשיא א' גרונניס:

כפי שציין חברי, המשנה לנשיא (בדימוס) א' ריבלין, אכן עסקינן במקרה חריג וייחודי. אלמלא פטירתו של מי שהיה בדעת מיעוט בסיבוב הראשון, כבוד השופט ש' ברוך ז"ל, היה המערער מזוכה בסיבוב השני בדעת רוב של כבוד השופטת י' שבח והשופט המנוח. ברי, כי מי שהיה בסיבוב הראשון בדעה שיש לזכות את המערער, טרם האירועים החדשים בעניין המסרוניס, היה נותר בדעה שיש לזכות את המערער, בעקבות אותם אירועים. נראה שהאירועים החדשים היו אף מחזקים את דעתו של אותו שופט כי יש לזכות את המערער. ההתפתחות המצערת – מותו של השופט ש' ברוך – לא הותירה דרך אחרת אלא להוסיף למותב שופט חדש תחתיו. איני רואה צורך להידרש לטענה המעניינת כי השופט החדש בהרכב חייב היה לצאת, לעניין הכרעתו, מנקודת מוצא לפיה המערער מזוכה. מוכן אני לקבל שבסיטואציה שנוצרה על השופט המחליף לגבש את דעתו באופן עצמאי לגמרי. נכון אני אף לומר, כי חובה עליו לעשות כן. גם אם הולכים בדרך זו, בוודאי שלא ניתן לעצום עיניים ביחס למה שאירע. בדברי על מה שאירע כוונתי להחלפתו של השופט שנפטר, וסבר כי יש לזכות את המערער, דעתו של השופט המחליף שיש להרשיע, והעיקר – השינוי בעמדתה של כבוד השופטת שבח. על כן, ראוי להתייחס להליך שבפנינו כאילו מדובר בערעור של המדינה על זיכוי של

המערער. המדינה אף הסכימה שכך יש לבחון את המקרה. בחינה של ההליך מזוית זו מוליכה למסקנה כי יש לזכות את המערער מחמת הספק, כדעתו של חברי, המשנה לנשיא (בדימוס), א' ריבלין.

ההתפתחות החדשה, היינו המסרונים ששלחה המתלוננת ובהם חזרה בה וכתבה כי המערער חף מפשע, מובילים, לטעמי, לזיכוי של המערער. ניתן אולי להציע הסברים פסיכולוגיים שונים לאותה חזרה של המתלוננת מהאשמתו של המערער בביצוען של עבירות המין בה. מכוון אני להסברים שעשויים ליישב את האמור במסרונים, בדבר חפותו של המערער, עם עדותה המפלילה של המתלוננת. אולם, באותה מידה ניתן לומר שמה שאירע משקף חזרה כנה ואמיתית מאותן האשמות קשות. בהחלט ייתכן כי המערער ביצע במתלוננת את המעשים הנוראים שיוחסו לו בכתב האישום. אולם, לעתים, אין לו לשופט אלא להכיר במגבלותיו של ההליך המשפטי להגיע לחקר האמת. בנסיבות המיוחדות שנוצרו מסכים אני שיש לזכות את המערער מחמת הספק.

ה נ ש י א

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) א' ריבלין ולהערותיו של הנשיא א' גרוניס. אף לטעמי מדובר במקרה חריג שבחריגים. אכן, מדובר בנסיבות מצערות שבהן למעשה ייתכן והורשע אדם בדין אך בשל העובדה שהרכב השופטים שדן בעניינו השתנה בעקבות פטירתו של אחד השופטים. בנסיבות אלה, מקובלת עלי מסקנתו של חברי הנשיא, לפיה יש לבחון את ההליך כהליך שבו ערעה המשיבה על זיכוי של המערער ובהתאם לבחינה זו אין מנוס לטעמי מהמסקנה כי יש לזכות את המערער מחמת הספק, מאותם נימוקים שציינו חבריי בחוות דעתם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין.

ניתן היום, ה' באלול התשע"ב (23.8.2012).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ')

ה נ ש י א

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 10053360_P48.doc גה
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il