



מ"ח 2432/12 - המבקש במ"ח 2432/12: נ' המשיבה:

סדר דין פלילי - משפט חוזר

; var MareMakom = "מח 2432/12 - המבקש במח 2432/12: נ' המשיבה: תק-על 2014(2), 284(02/04/2014)";

{p.IDHidden{display:none

בבית המשפט העליון

מ"ח 2432/12

מ"ח 2837/12

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל

מרק ברצלבסקי

המבקש במ"ח 2432/12:

ניקולאי מטרס

נגד

המבקש במ"ח 2837/12:

מדינת ישראל

המשיבה:

בקשות למשפט חוזר

תאריך הישיבה: ה' בחשון תשע"ד (9.10.13)

בשם המבקש במ"ח 2432/12: או"א' פינק

בשם המבקש במ"ח 2837/12: עו"ד ר' רוזנברג

בשם המשיבה: עו"ד ת' בורנשטיין

החלטה

1. לפניי בקשות למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), בעניינם של מרק ברצלבסקי וניקולאי מתרוס (להלן: מרק וניקולאי בהתאמה; להלן יחד: המבקשים), אשר הורשעו בעבירות של ניסיון למעשה סדום בנסיבות מחמירות, אינוס בנסיבות מחמירות, הדחה בחקירה ובאיומים. כמו כן, הורשעו המבקשים יחד עם איב גנדלמן (להלן: איב), בעבירה של סחיטה באיומים, שבוצעה על



פי הנטען ביום 27.7.2002. על מרק נגזרו 10 שנות מאסר ועל ניקולאי 11 שנות מאסר. המבקשים ריצו את עונשי המאסר שהוטלו עליהם.

רקע

2. על פי כתב האישום שהוגש נגד המבקשים בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, בשנת 2002 פעל באילת מכון הליווי בבעלותו של ניקולאי יזיכין (להלן: המתלונן), ובו הועסקה בזנות א.י. (להלן: המתלוננת). מעובדות כתב האישום עלה כי המבקשים הטילו חיתתם על בעליו של מכון הליווי בעיר אילת, סחטו את המתלונן במשך מספר חודשים, נהגו לדרוש ולקבל ממנו סכומי כסף שונים ושירותי זנות כך שהמתלונן נאלץ לשלוח יצאניות לדירתם ללא תמורה. באחד מימי חודש יולי 2002 התקשרו המבקשים למכון הליווי בשעת בוקר מוקדמת ודרשו מהפקיד שעבד שם, עבד אל קאדר, המכונה: "שיקגו" (להלן: שיקגו), שישלח יצאנית לדירתם. משנענו בסירוב, איימו על הפקיד שיגיעו למכון הליווי ויפגעו בו אם לא ימלא אחר דרישתם. כשהתקשרו המבקשים שוב למכון הליווי ענתה להם המתלוננת, וגם מפיה הבינו שדרישתם לשלוח יצאנית לדירתם לא תתמלא. בעקבות השיחה הגיעו המבקשים למכון הליווי, הורו למתלוננת להתפשט, ומשעשתה כן ניסה ניקולאי לבצע בה מעשה סדום ומרק אנס אותה. המשיבה טענה כי המעשים בוצעו במתלוננת בניגוד להסכמתה ומרק אף דרש ממנה באיומי אקדח שתימנע מלספר לאיש על אשר אירע. המבקשים הואשמו אפוא בעבירות של ניסיון למעשה סדום בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 25 ו-347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) ו-345(2)(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1997 (להלן: חוק העונשין), באינוס בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 345(א)(1) ו-345(2)(ב) לחוק העונשין, בהדחה בחקירה, עבירה לפי סעיף 245(ב) לחוק העונשין ובאיומים, עבירה לפי סעיף 192 לחוק העונשין (להלן: האישום הראשון).

3. באישום נוסף שיוחס הן למבקשים הן לאיב נטען כי ביום 27.2.2002 התייצבו השלושה במכון הליווי ודרשו מהמתלונן סכום של 2,000 ש"ח, תוך שניקולאי מחזיק סכין בידו. נטען כי בהמשך שינו השלושה את דרישתם ל-2,000 דולר ואיימו לפגוע במתלונן ובבני משפחתו אם לא יענה לדרישתם. המתלונן הודיע להם שהוא הולך להביא להם את הכסף שדרשו. תחת זאת, שב המתלונן עם אקדח באמצעותו ירה ופצע את מרק. בעקבות אירוע זה הואשמו המבקשים ואיב בסחיטה באיומים, עבירה לפי סעיף 428 סיפה לחוק העונשין (להלן: "אירוע הירי").

4. בבית המשפט נשמעה עדותה של המתלוננת. המתלוננת העידה שהגיעה לישראל בסוף שנת 2001 ומייד החלה לעבוד בזנות. עוד העידה כי כבר משיחתם הטלפונית של המבקשים עם שיקגו היה ברור לה שמדובר במבקשים ושקיימת סכנה שהם יממשו את איומם ויגיעו למכון הליווי, כפי שאכן קרה. המתלוננת טענה כי מרק הגיע יחד עם ניקולאי כשהוא מחזיק אקדח, וכי הם אילצו אותה בכוח ובאיומים להתפשט וכפו עליה את עצמם



בזה אחר זה. המבקשים הכחישו את ביצוע העבירות המיוחסות להם. הם הפנו לעובדה שהמתלוננת הגישה את תלונתה ימים אחדים לאחר שנאנסה, לטענתה, וגם אז התקשתה לזכור במדויק את המועד בו בוצעו העבירות. המבקשים סברו שלתלונתה של המתלוננת יש קשר הדוק לאירוע הירי שהתרחש ביום 27.7.2002, מאחר שהמתלוננת ביקשה לסייע להגנתו של המתלונן מפני האישום בו הואשם בעקבות אירוע הירי.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטים י' טימור, ש' דברת וח' סלוטקי) החליט ביום 30.4.2003 להרשיע את המבקשים באישום הראשון ואת המבקשים ואת איב באישום השני (פ"ח 964/02). בית המשפט קבע שהמתלוננת הותירה רושם מהימן וכי עדותה בדבר אינוסה בידי המבקשים היא עדות מפורטת ועקבית. בית המשפט הוסיף כי לעדותה נמצא תימוכין הן באמרותיו של שיקגו במשטרה הן בעדויות המבקשים, כמו גם במוצגי פירוט שיחות הטלפון של המבקשים באותה עת למכון הליווי, שכן המתלוננת העידה שהמבקשים התקשרו ברצף מספר פעמים, ונקבע כי יתכן שלא דיברה בכל הפעמים עם אותו אדם. בית המשפט דחה את טענת המבקשים לפיה המתלוננת בדתה את סיפור האיננוס ובנתה אותו על גרעיני אמת - שיחות הטלפון. בית המשפט הוסיף כי המבקשים הותירו רושם שלילי וכי הודאתם בכך שהתקשרו אל שיקגו ואל המתלוננת בדרישה לקבל בחורה, נבעה, ככל הנראה, מכך שטענה זו ניתנת לאימות. מכל מקום, נקבע כי אין להניח שמדובר בעלילה מתוככמת שנבנתה על אדני אמת.

6. בית המשפט ציין בהקשר זה כי המתלוננת לא הפלילה את איב בביצוע עבירות המין, וקבע שיש בכך כדי לחזק את מהימנות עדותה, שכן ברי כי אילו רצתה לסייע למתלונן בעניין הסחיטה באיומים ובהגנתו מפני אירוע הירי, הייתה מתייחסת בעדותה הבדויה כביכול גם לאיב שהיה עצור יחד עם המבקשים באותה עת. בית המשפט קבע כי לא היה בעדות המתלוננת כדי לסייע למתלונן, ובוודאי שלא בעת עדותה בבית המשפט, שניתנה לאחר שהוגש נגד המתלונן כתב אישום בגין אירוע הירי. בית המשפט קבע עוד כי אין לטיב היחסים שבין המתלונן למתלוננת, אשר חרגו מיחסי עבודה, כדי להשליך על מהימנות עדות המתלוננת. נקבע כי העובדה שהמתלוננת נאנסה אין בה כדי לסייע למתלונן, אפילו היה מואשם בניהול מכון ליווי. ובנוסף, המתלונן לא היה זקוק לסיוע בתלונתו נגד המבקשים ונגד איב בגין סחיטתו, שכן יש עדויות רבות המחזקות גרסתו זו.

7. בית המשפט המחוזי התייחס לעובדה שהמתלוננת כבשה את עדותה במשך מספר ימים והתלוננה במשטרה רק ביום 28.7.2002, יום לאחר אירוע הירי. בית המשפט ציין כי המתלוננת הכחישה שהובאה למשטרה על ידי משה סרוסי (להלן: סרוסי), וכי כך העיד גם סרוסי. בית המשפט קבע כי גם בהנחה שהמתלוננת התלוננה במשטרה שלא ביוזמתה אלא לאחר שהוזמנה למשטרה, אין בכך כדי לכרסם באמון שניתן בעדותה. בית המשפט



הוסיף שהעובדה שהמבקשים היו עצורים אותה עת ודאי סייעה למתלוננת להתלונן, שכן היא חששה שיבולע לה אם תתלונן והיא לא תזכה לראות עוד את בתה שנמצאת באוקראינה. המתלוננת חששה גם שתגורש מהארץ ושלבתה לא יהיה ממה לאכול. בית המשפט קבע כי יש לקבל את עדותה של המתלוננת שלא התכוונה לספר על שאירע לה לאיש ובוודאי לא לשיקגו. בית המשפט קבע כי מההתרשמות משיקגו ניתן להבין מדוע המתלוננת לא בטחה בו. בית המשפט קיבל את עדותה של המתלוננת לפיה היא פנתה למתלונן ושאלה מה יכולה בחורה שעובדת בזנות לעשות אם נאנסה, והסיק כי המתלונן הבין משאלה זו שמדובר באינוס שעברה המתלוננת. בית המשפט מצא תימוכין לעדות המתלוננת בגרסה שמסר שיקגו בחקירתו במשטרה, אותה העדיף על פני עדותו בבית המשפט. בית המשפט קבע עוד כי המבקשים הותירו רושם שלילי. לפיכך, החליט בית המשפט, כאמור, להרשיע את המבקשים באישום הראשון.

8. אשר לאישום השני, בית המשפט מצא כי גרסתו של המתלונן ראויה לאמון. לעדותו נמצאו מספר חיזוקים ובהם עדות סרוסי ועדות ליאור ממך (להלן: ממך), שהועסק כנהג של נערות הליווי. עדים אלו שוחחו עם המתלונן בטלפון בזמן אמת. לעומת זאת, נקבע כי עדויות המבקשים אינן מעוררות כל אמון: גרסת ניקולאי לפיה שכח משקפיים במשרד של המתלונן, או בגרסה אחרת, ששיקגו לקח ממנו, נדחתה. מרק לא נתן הסבר מדוע המתלונן ירה בו. מרק הודה בבית המשפט כי הם היו מעט שיכורים ביום הירי. בחקירתו במשטרה סיפר מרק שלא איים, אבל יכול להיות שבגלל השתייה "אמרנו משהו". בית המשפט קבע כי יש בדבריו אלו מקצת הודאה במיוחד לו בעניין הסחיטה באיומים. עוד נקבע כי חרף ניסיון המתלונן להפחית בעדותו מחלקם של מרק ושל איב בסחיטתו, נוכחותם במקום בהעדר הסבר משכנע, הפכה גם אותם למבצעים עיקריים של מעשה הסחיטה. משכך, הורשעו המבקשים ואיב בסחיטה באיומים בעקבות האירוע מיום 27.7.2002.

על פסק הדין הגישו המבקשים ואיב ערעורים לבית משפט זה. הדין בהם אוחד.

פסק הדין של בית המשפט העליון

9. בפסק דין מיום 6.1.2005 החליט בית המשפט העליון (מפי השופט א' א' לוי ז"ל ובהסכמת השופטים ד' ביניש, וא' רובינשטיין) לדחות את הערעורים (ע"פ 10212/03, ע"פ 3352/04). אשר לאישום השני קבע בית המשפט העליון כי אין מחלוקת למעשה שהמפגש מיום 27.2.2002 נועד לגבות כסף מהמתלונן, והשאלה סבה סביב מהות התשלום ואם מקורו בדין או בסחיטה. בפסק הדין צוין כי בית המשפט המחוזי נתן אמון בעדויותיהם של סרוסי וממך שנתמכו בעדות המתלונן וכי לא הוכחה כל עילה לדחיית ממצא זה. לפיכך נקבע כי מדובר בסחיטה שכפו המבקשים ואיב על המתלונן. עוד נכתב בפסק הדין כי החירות בה נהגו המבקשים במתלונן, אשר ככל הנראה



חשש להתנגד להם עד שגדשה סאת סבלו, משליכה גם על ההכרעה באישום הראשון. נקבע כי אכן כבישת עדות המתלוננת צריכה הייתה לעורר תהיות, במיוחד כשהמתלוננת לא זכרה את המועד בו נאנסה. ואולם, גרסתה דומה להפליא לגרסה שמסר מרק, שקיבלה חיזוק בנוגע לשעת האירוע בדברי שיקגו במשטרה. לפיכך נקבע כי בדין נדחתה גרסתם המיתממת של המבקשים, כי הרשעת המבקשים ניצבת על בסיס איתן וכי הסברה של המתלוננת בעניין כבישת עדותה הוא סביר, ועל כן רשאית הייתה הערכאה הדיונית לתת אמון בעדותה גם ביחס לעבירות המין שבוצעו בה אשר להן לא היו עדים זולתה.

המבקשים עתרו לבית משפט זה לקיים דיון נוסף בשלוש הלכות שנפסקו, לטענתם: "ערכה ומשקלה של עדות כבושה", "הכלל של שכנוע שמעל לספק סביר" ו"חובת הראיה וההוכחה בהתייחס לחזקת החפות". ביום 23.2.2005 דחה המישנה לנשיא, השופט מ' חשין, את בקשת המבקשים לקיים דיון נוסף בעניינם (דנ"פ 1669/05). נקבע כי הכרעת בית המשפט שלעורר "הכרעת עובדה היא, אין בה כל הלכה משפטית חדשה, וממילא אין בה הלכה משפטית המצדיקה ומאפשרת קיומו של דיון נוסף בפסק הדין".

הבקשות למשפט חוזר

10. המבקשים לא השלימו עם הרשעתם ופנו לסנגוריה הציבורית כדי שזו תייצגם בבקשות למשפט חוזר. הסנגוריה הציבורית ביצעה מספר בדיקות בעניין שהניבו ראיות חדשות שעליהן, בין היתר, נסמכות הבקשות דנן. כל אחד מהמבקשים הגיש בקשה למשפט חוזר. ביום 26.6.2012 הוריתי על איחוד ההליכים בבקשותיהם והמשיבה התבקשה להגיש את תשובתה לבקשות. טענות המבקשים דומות ושלוכות ולכן אציגן יחדיו.

טענות המבקשים

11. באת-כוחו של מרק, עורכת-הדין אפרת פינק, ובאת-כוחו של ניקולאי, עורכת-הדין רותם רוזנברג, טוענות כי הרשעת המבקשים היא הרשעת שווא. לדבריהן, המתלון וסרוסי הדיחו את המתלוננת להגיש תלונת שווא על אינוס כדי לתמוך בקו ההגנה של המתלון, שלפיו הוא ירה במרק במעין פעולה של הגנה עצמית. בנוסף, סרוסי והמתלון היו מעורבים גם בהגשת התלונה נגד המבקשים ונגד איב בגין סחיטה באיומים, וזאת לשם הצגתם כמסוכנים. תלונות השווא נועדו אפוא, לטענת באות-כוח המבקשים, לסייע למתלון בעקבות החשש שיואשם ברצח (אם מרק היה נפטר בעקבות אירוע הירי), או בעבירה חמורה אחרת.

ראיות העשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון

עמוד 5



12. באות-כוח המבקשים טוענות כי נמצאו ראיות חדשות התומכות בטענה כי תלונתה של המתלוננת הייתה תלונת שווא. כמו כן, לטענתן, נמצא מידע התומך בטענה לפיה סרוסי היה הבעלים של מכון הליווי ואף שימש סוכן משטרת בעת הרלוונטית. לדעת באת-כוחו של מרק, מאחר שסרוסי היה עד תביעה במשפט, מידע זה היה רלוונטי הן לחקירת התיק והן לניהול ההגנה במשפט. בדומה, העובדה שהמתלונן ניהל את מכון הליווי מטעם סרוסי מצביעה על אינטרסים משותפים של השניים במשפט ועל האינטרס של סרוסי לסייע למתלונן, עד כדי חשש שסרוסי היה זה שהביא את המידע בנוגע לאיננוס למשטרה, מבלי שהדברים דווחו כראוי. כמו כן, טוענות באות-כוח המבקשים שהתגלה כי בין סרוסי לעורך-דין אביטל שייצג את המבקשים ואת איב במשפט היו קשרים הדוקים בעת הרלוונטית באופן המעורר, לדעתן, חשש ממשי לניגוד אינטרסים בייצוגם. באות-כוח המבקשים מפנות לראיות אלו:

13. תצהיר המתלונן שאומת על ידי עורך-דין אביטל ביום 16.7.2003. ביום 17.7.2003 אומת העמוד המצורף לתצהיר (נספח י"א). באות-כוח המבקשים מציינות כי לטענת מרק, באחד הימים התקיימה שיחה בינו לבין המתלונן בכלא, במסגרתה ביקש מהמתלונן לומר את כל האמת לעורך-הדין ובעקבות שיחה זו נכתב התצהיר. לפי התצהיר, במהלך שיחה של המתלונן עם המתלוננת לפני שעזבה את הארץ, סיפרה לו המתלוננת שלאחר שעצרו אותו בא אליה "אדם" ואמר לה שהיא חייבת לעזור למתלונן, ללכת לתחנת המשטרה ולהגיד שהמבקשים אנסו אותה "בתאריך כך וכך", וכך עשתה. אותו אדם הנחה את המתלוננת בדיוק מה להגיד וכיצד להתנהג. בעמוד המצורף לתצהיר ציין המתלונן כי ביקש מהמתלוננת לפנות לבית המשפט ולספר את האמת, אך היא פחדה שיעצרו אותה בגין מתן עדות שקר ושיבוש מהלכי משפט. המתלונן ציין שהוא מוכן להעיד על כך בבית משפט. באות-כוח המבקשים מעריכות כי המתלונן יודע מידיעה אישית שהתלונה היא תלונת שווא וכי סרוסי הוא אותו "אדם" שהדריך את המתלוננת.

באות-כוח המבקשים מציינות בהקשר זה כי ביום 17.8.2003 הגישה ההגנה לבית המשפט המחוזי "בקשה לשמיעת ראיות בטרם גזר הדין", במסגרתה ביקשה לצרף את התצהיר לתיק בית המשפט כראיה. בית המשפט המחוזי דחה ביום 14.9.2003 את הבקשה בקובעו שמדובר בעדות שמועה שלא ניתן לאמת אותה עם המתלוננת מאחר שעזבה את הארץ. לדברי באות-כוח המבקשים, לא נערכה השלמת חקירה לבירור העובדות המתוארות בתצהיר, ועורך-דין אביטל לא השיג על החלטה זו במסגרת הערעור שהגיש לבית המשפט העליון ואף לא ביקש להגיש את התצהיר כראיה. לטענת באות-כוח המבקשים, ספק אם המידע בתצהיר הוא עדות שמועה בהתחשב בקו ההגנה שננקט במשפט, שכן אם המתלונן היה מעורב, ולו בעקיפין, בהוצאתה לפועל של תלונת השווא או אפילו בידיעה על כך, מדובר בידיעתו האישית. מכל מקום, לדעתן, עצם אמירת הדברים על ידי המתלוננת למתלונן אינה עדות שמועה והדברים מהווים ראיה, לכל הפחות, לעצם אמירתם.



14. פגישה שלנציגי הסנגוריה הציבורית עם המתלון ביום 3.12.2008, כשהיה במעצר. בפגישה מסר המתלון כי במספר הזדמנויות סיפרה לו המתלוננת שלא נאנסה על ידי המבקשים ולכן יש לה נקיפות מצפון, אך היא חוששת להודיע על כך לבית המשפט. המתלון מסר גם שידוע לו שלפני חקירת המתלוננת במשטרה נאמר לה שתלך ותמסור תלונה בשל כך שהמתלון עלול להיות מורשע ברצח, כי הוכנה לחקירה ונאמר לה בדיוק מה לומר. נציגי הסנגוריה הציבורית אמרו למתלון שידוע להם שסרוסי הוא זה ששכנע את המתלוננת להגיש את התלונה. בתגובה אמר המתלון שאין בדעתו להעיד נגד סרוסי משום שסרוסי מימן אותו לאורך המשפט. המתלון הוסיף שהוא מצוי בקשר עם המתלוננת וכי יש לו את פרטי ההתקשרות איתה (מזכר הפגישה, נספח י"ב). לטענת באות-כוח המבקשים, בדבריו של המתלון יש משום הודאה במעורבותו, ולמצער, בידיעה אישית שלו בנוגע לתלונת השווא. הן סבורות שהמתלון מונע מאינטרסים סותרים: מצד אחד, ידיעתו האישית שמדובר בתלונת שווא ורצונו לסייע למרק להיחלץ מהצרה שהוא עצמו היה שותף לגרימתה, ומצד שני, רצונו להרחיק את עצמו ואת סרוסי ממעורבות בעניין.

15. פגישות של חוקר מטעם הסנגוריה הציבורית עם שיקגו. בפגישה הראשונה מיום 17.1.2011, מסר שיקגו דברים מהם עולה כי תלונתה של המתלוננת היא תלונת שווא, אך הכחיש ששמע דברים ישירים על תכנון העלילה: שיקגו מסר שסרוסי היה הבעלים של מכון הליווי וסוכן משטרה וכי המתלון רק עבד במכון הליווי. לפי שיקגו, בין המתלון למתלוננת התקיים בעת הרלוונטית קשר רומנטי, טענה שהוכחה על ידם במהלך המשפט. שיקגו מסר שבליה בו התקשרו המבקשים ואיב למכון הליווי הם לא הגיעו למכון לאחר מכן. לדבריו, המתלון לקח אחריות בתיק הפלילי עבור סרוסי, וכי גם הוא עצמו התבקש לקחת אחריות בתיק פלילי אחר עבור סרוסי וקיבל על כך תשלום מסרוסי. במהלך השיחה ציין שיקגו מספר פעמים שסרוסי, המתלון והמתלוננת "תפרו להם תיק" וציין כי "ארז", רכז מודיעין במשטרת אילת, שיתף פעולה עם סרוסי. בפגישה השנייה מיום 26.6.2011 חזר שיקגו מספר פעמים על כך ש"אין בסיפור הזה כלום". לדבריו, סירב ללכת לתחנת המשטרה ולתמוך בתלונתה של המתלוננת, חרף בקשתו של סרוסי, מאחר שהיה ידוע לו שלא היה אינוס, ולכן הסכים לתמוך רק בפרטי הרקע שמסרה המתלוננת. שיקגו הוסיף שאותו "ארז" קיבל מסרוסי שוחד והיה מעורב בתכנון תלונת השווא או, לכל הפחות, בידיעה אודותיה (תמלילי השיחות, נספחים יג/1 ו-יג/2). באות-כוח המבקשים מציינות כי מהדו"ח שערך החוקר פרץ ביום 27.7.2002 עולה ששוטר בשם "ארז טלקר" (להלן: טלקר) היה מעורב בחקירת הפרשה. בדיעבד, התברר שטלקר הסתבך בקשרים עם גורמים פליליים באילת והועמד לדין בעבירות חמורות.

באות-כוח המבקשים מוסיפות שאין מחלוקת ששיקגו אינו העד המהימן והעקבי ביותר. עם זאת, השיחות שערך עימו החוקר מטעם הסנגוריה הציבורית מלמדות, לדעתן, על הנסיבות בהן מסר את הודעתו במשטרה, אך סירב לחזור על הדברים בבית המשפט: שיקגו עבד במכון הליווי ולא רצה להצטייר כמי שפועל נגד מעסיקיו או כמשתף



פעולה עם רשויות החוק. מצד שני, שיקגו לא רצה להיות שותף לעלילת השווא. לטענת באות-כוח המבקשים, אפשר ואף צריך לתת משקל רב לדברים שמסר שיקגו חרף חוסר מהימנותו, משום שרבים מדבריו נתמכים בראיות נוספות.

16. תמליל החקירה של המתלונן. באות-כוח המבקשים מציינות כי קלטות החקירה לא הוגשו לבית המשפט. הסנגוריה הציבורית קיבלה לידיה את הקלטות ותמללה אותן (נספח ז'). לטענתן, בתמליל זה מופיעים שני קטעים שאינם מופיעים בתיעוד החקירה (נ/1), התומכים בטענה בדבר מעורבותו של סרוסי בתכנון עלילת השווא: בקטע הראשון המתלונן מסר לראשונה מידע שלפיו המבקשים ואיב פגעו בבחורה במכון. נראה כי עורך החקירה, רס"ר אשכנזי, לא הופתע מהדברים ולכן יתכן שכבר ידע שקיימת תלונה כזו. בקטע השני הצטרף חוקר נוסף לחקירה וחקר את המתלונן בנוגע לאיננוס אף שלא היה שותף לתחילת החקירה. לאחר שהמתלונן מסר פרטים בנוגע לאיננוס שאלו אותו החוקרים כיצד ניתן לאתר את המתלוננת, והמתלונן ענה שניתן להגיע אליה דרך סרוסי. באות-כוח המבקשים מזכירות כי השאלה כיצד הגיעה המתלוננת למשטרה הייתה שנויה במחלוקת במשפט. לדבריהן, הפניית המתלונן לסרוסי לשם איתור המתלוננת תומכת בטענה שסרוסי היה מעורב בתכנון עלילת השווא, ומבססת את הטענה שסרוסי היה הבעלים של מכון הליווי ושהיה לו קשר הדוק למתלוננת, והוא זה שהביא אותה להגיש תלונה במשטרה. לדבריהם, התמליל שלא הוגש לבית המשפט סותר חזיתית את עדות המתלונן ומוכיח שהיה לו אינטרס לשקר בעניין זה.

17. דו"ח פרטי אירוע/עדכון מיום 27.7.2002, שעה 6:45 (נספח ט"ו). בדו"ח צוין כי איב וניקולאי חשודים בעבירות של סחיטה, איומים ואיננוס. המלה "איננוס" מחוקה בשני קווים. דו"ח זה לא הוגש לבית המשפט. מדובר במזכר שנערך סמוך לדיווח אודות הירי, למעלה משלוש שעות לפני חקירת המתלונן. חומר חקירה זה, שלפיו המשטרה קיבלה מידע מוקדם על האיננוס מעורר חשד, לדעת באות-כוח המבקשים, כי סרוסי שהיה סוכן משטרה, מסר למשטרה את המידע בדבר האיננוס כחלק מתכנון עלילת השווא.

18. דו"ח קצין ממונה מיום 27.7.2002, שעה 10:00. לפי הדו"ח שערך פקד משה לוי, מרק, שהיה מחוסר הכרה אותה עת, נעצר למשך 24 שעות בחשד לביצוע עבירות של סחיטה באיומים ו"איננוס". לדברי באות-כוח המבקשים, אין כל הסבר כיצד נמצא בסיס ראייתי למעצרו של מרק בחשד לעבירת איננוס, כשהמידע הראשוני בנוגע לאיננוס נמסר כביכול לראשונה מאוחר יותר באותו היום במהלך חקירת המתלונן. גם דו"ח זה לא הוגש לבית המשפט.

19. לדברי באות-כוח המבקשים, עלילת השווא נרקמה בהתאם לנסיבות ולאפשרויות שהיו קיימות אותה עת.



לטענתך, למתלונן היה אינטרס ברור לתאר את המבקשים ואת איב כמסוכנים, והטענה שאנסו את המתלוננת מתיישבת עם אינטרס זה. לדבריהן, הטענה שהמבקשים אנסו את המתלוננת השפיעה על ההחלטה להגיע להסדר טיעון במשפטו של המתלונן ואף היוותה רכיב מקל בהסדר הטיעון ובעונש שהוטל עליו. לדברי באות-כוח המבקשים, יש במכלול הראיות, לכל הפחות, פוטנציאל להראות שתלונת המתלוננת הייתה תלונת שווא שתוכננה על ידי סרוסי והמתלונן כדי לסייע למתלונן לחמוק מאחריות לירי במרק, או למצער, כדי להפחית מאחריותו. לדעתך, יש בראיות כדי לפגוע באופן מהותי באמון שנתן בית המשפט בגרסתה של המתלוננת, כמו גם בגרסאותיהם של המתלונן ושל סרוסי, וגלום בו גם פוטנציאל להשמטת החיזוקים שמצא בית המשפט בדברי שיקגו במשטרה. לדעת באות-כוח המבקשים, התמונה הכללית המצטיירת עשויה לשנות את תוצאות המשפט גם ביחס לאישום השני, ולכן יש לבצע הערכה מחודשת של הממצאים שנקבעו ביחס למהימנותם של העדים המרכזיים בתיק.

חשש של ממש כי נגרם לנידון עיוות דין

20. לדברי באות-כוח המבקשים, שני פגמים דיוניים מרכזיים נפלו במשפט המצדיקים, ביחד ולחוד, עריכת משפט חוזר: חשש של ממש כי החקירה והמשפט היו נגועים בשחיתות בשל מעורבותו של סרוסי, לרבות חשש שהיה מעורב בתכנון עלילת השווא ובהוצאתה לפועל, היותו הבעלים של מכון הליווי וסוכן משטרתו וקשריו עם טלקר, כמו גם קשריו ההדוקים עם עורך-דין אביטל. וכן, חשש של ממש כי עורך-דין אביטל שייצג את המבקשים ואת איב היה מצוי בניגוד עניינים חמור ואף כשל בייצוג בתיק באופן שהשפיע ניהול החקירה ועל תוצאות המשפט, כמפורט להלן:

מעורבות סרוסי במשפט

21. באות-כוח המבקשים מצינות כי כדי לברר את טיב הקשרים שבין עורך-דין אביטל לסרוסי פגש חוקר מטעם הסנגוריה הציבורית את פני חן (להלן: חן). מתברר, כי מספר חודשים לפני האירועים שנדונו במשפט הורשע סרוסי יחד עם חן, בעבירות שונות הקשורות לניהול מכון ליווי נוסף. בגין עבירות אלו נגזר על סרוסי עונש של מאסר שירוצה בעבודות שירות למשך ששה חודשים ומאסר על תנאי של ששה חודשים למשך שלוש שנים. לדברי חן, עורך-דין אביטל נהג, בין היתר, לערוך עבור סרוסי חוזים עם בחורות שעבדו במכוני הליווי השייכים לו. חן טען גם שסרוסי הלווה לעורך-דין אביטל כספים כשהלה הסתבך בחובות, והוסיף, כי עורך-דין אביטל נהג לבקר בביתו של סרוסי, וכי סרוסי קנה שעון קרטייה עבור חברתו של עורך-דין אביטל. לדברי באות-כוח המבקשים, קשרי החברות שבין סרוסי לעורך-דין אביטל לא הובאו לפני בית המשפט. לטענתך, המידע הכולל הקיים כיום בנוגע לסרוסי מעורר חשש של ממש לעיוות דין שנגרם למבקשים, מעבר לפוטנציאל שלו לשנות את תוצאות המשפט.

ניגוד עניינים וכשל בייצוג

22. לטענת באות-כוח המבקשים, עורך-דין אביטל היה מצוי בניגוד עניינים חמור אשר עשוי להוות, כשלעצמו, עילה למשפט חוזר. ניגוד עניינים זה הוביל לכשל חמור בייצוג המבקשים ואיב באופן שהשפיע על תוצאות המשפט. צוין, כי במכתב התגובה של עורך-דין אביטל מיום 31.8.2011, דחה עורך-דין אביטל כל ניסיון לייחס לו קשר כלשהו עם סרוסי. עורך-דין אביטל ציין כי נעשו כמה ניסיונות לחלץ מסרוסי אישור על הפללת המבקשים ואיב שכמעט צלחו, אך לבסוף סרוסי לא שיתף פעולה (נספח כ"א/4). באות-כוח המבקשים מציינות כי הנסיבות בהן שכרו המבקשים ואיב את שירותיו של עורך-דין אביטל מעוררות תמיהה.

23. לטענת באות-כוח המבקשים, היה על עורך-דין אביטל להפריד את ייצוגם של המבקשים ושל איב, שיוצגו יחד על ידי משרדו, וזאת בשל ניגוד העניינים ביניהם בנוגע לאישום השני. הן מזכירות כי סרוסי היה עד תביעה וכי עורך-דין אביטל ניהל את חקירתו הנגדית למרות ניגוד העניינים שנמצא בו. לדברי באות-כוח המבקשים, עורך-דין אביטל נמנע מלשאול את סרוסי שאלות על מעורבותו בעלילת השווא, ועל מעורבותו כחשוד בפגיעה בראיות ובידוי מהלכי משפט מייד לאחר אירוע הירי. אף לא הוגשה הודעתו של סרוסי במשטרה. לדבריהן, מידע זה היה עשוי להוביל לא רק לקביעת ממצאים במשפט של המבקשים ושל איב, אלא אף להעמדת סרוסי לדין. בנסיבות אלו, קשה לחלוק, לדעת באות-כוח המבקשים, על קיומו של חשש של ממש שעורך-דין אביטל לא מילא את חובתו המקצועית כלפי המבקשים וכלפי איב בייצוגם במשפט.

24. באות-כוח המבקשים מפנות גם למחדלים בחקירתו הנגדית של שיקגו שהוכרז עד עוין. בתום חקירתו הנגדית הודיע עורך-דין אביטל שההגנה מוותרת על חקירתו של שיקגו. לדבריהן, מהמידע הקיים בתיק עולה שדווקא אמרותיו במשטרה של שיקגו היו שקריות, ולכן לא הייתה סיבה להכריז עליו עד עוין ולהעדיף את אמרותיו במשטרה. לפיכך הייתה על עורך-דין אביטל החובה לחקור את שיקגו על שקריו ועל הסתירות בין דבריו לבין דברי המתלוננת והמתלונן ולנסות לחשוף מי השפיע עליו לשקר בחקירותיו במשטרה.

25. באות-כוח המבקשים מזכירות בהקשר זה את שני הדו"חות מיום 27.7.2002 בהם צוין כי המבקשים ואיב חשודים באינוס אשר לא הוגשו לבית המשפט ואיש מהשוטרים הרלוונטיים לא נחקר על כך. לטענתן, בנסיבות בהן היה קו ההגנה כולו מבוסס על עלילת שווא, חובה היה על ההגנה להציג לבית המשפט מידע זה.

26. אשר לתצהיר המתלונן, באות-כוח המבקשים מציינות כי אמנם עורך-דין אביטל ביקש להגישו בבית המשפט. ואולם, לאחר שבית המשפט דחה את בקשתו לא פנה לתביעה או למשטרה בבקשה לערוך השלמת חקירה ביחס



למתלוננת, למתלונן או לסרוסי, לא טען בערעור שבית המשפט שגה בקובעו שמדובר בעדות שמיעה, ואף לא ביקש להגיש את התצהיר כראיה חדשה בערעור. לטענתן, במחדלו לפעול למיצוי המידע המהותי שהיה קיים בתצהיר, פגע עורך-דין אביטל בייצוגם של המבקשים. באת-כוחו של מרק מוסיפה בהקשר זה כי בבית המשפט טען המתלונן שהסחיטה באיומים בוצעה על ידי ניקולאי בלבד וכי מרק ואיב רק נכחו במקום. מייד לאחר עדות זו הצהירה ההגנה כי אותו משרד עורכי-דין מייצג את כל הנאשמים וכי אין ניגוד אינטרסים בין הנאשמים. בסיום פרשת התביעה טענה ההגנה "אין להשיב לאשמה" לגבי מרק ואיב ביחס לאישום השני, אך בית המשפט דחה את הטענה. באת-כוחו של מרק טוענת כי ההגנה לא טענה בשמם של מרק ואיב שיתכן שניקולאי איים על המתלונן ללא ידיעתם, ואף לא ערכה חקירות ראשיות ונגדיות בקו זה.

27. לדברי באות-כוח המבקשים, החשש מפני ניגוד עניינים מתעצם נוכח פרשות שונות בהן היה מעורב עורך-דין אביטל לאחר המשפט והן מפרטות אותן. לדבריהן, אם די לעתים בניגוד עניינים בין נאשמים כדי להוביל לביטול הרשעה, קל וחומר שיש בניגוד העניינים החמור בתיק דנא כדי להוביל לביטול ההרשעה. לכך יש להוסיף את ניגוד העניינים הטמון בעצם הייצוג המשותף של המבקשים ושל איב. באות-כוח המבקשים מוסיפות כי השילוב בין ניגוד העניינים שבו היה מצוי עורך-דין אביטל לבין הכשל בייצוג המבקשים, שהוא תוצר ישיר של ניגוד עניינים זה, מעורר חשש ממשי כי בהרשעתם נגרם למבקשים עיוות דין, ולכך יש לצרף את ניגוד העניינים בין שלושת הנאשמים לבין עצמם. באות-כוח המבקשים מפנות בהקשר זה למסמכים נוספים שלא הוגשו במשפט, ובהם חומר חקירה והודעות המתלוננת במשטרה, אשר קשורים לחקירת האירועים ולגרסאותיהם של המתלונן, המתלוננת וסרוסי לאשר קרה.

תגובת המשיבה

28. עמדת המשיבה היא כי בקשות המבקשים אינן מגלות עילה למשפט חוזר. עמדתה מתייחסת לשתי הבקשות כאחת ונוגעת לאישום הראשון בו הורשעו המבקשים. לטענת המשיבה, התיאוריה שמציגים המבקשים לוקה בהעדר היגיון פנימי ואינה מתיישבת עם השכל הישר. לדעתה, העובדות המבססות את טענת המבקשים מועטות וההשערות וההנחות שהעלו אשר מהוות את עיקר התיאוריה, אינן נתמכות בבסיס עובדתי מוצק. לדברי המשיבה, גם בהנחה שעיקר העובדות הנטענות על ידי המבקשים נכונות, וסרוסי היה בתקופה הרלוונטית בקשר עם אנשי מודיעין במשטרת אילת, ואף היה לו עניין ממשי יותר במכון הליווי ממה שהתברר בבית המשפט, אין בכך כדי לבסס את התיאוריה בדבר רקימת עלילת השווא. לדעתה, דרושה ראיה משמעותית נוספת כדי לשכנע כי בשל העובדה שסרוסי היה הבעלים לכאורה של מכון הליווי, היה לו עניין לסייע למתלונן על ידי בידוי ראיות. גם הדרך שנבחרה כביכול לסייע למתלונן, תמוהה לטענתה: אין היגיון רב בכך שכדי להתגונן מפני אישום בניסיון לרצח, יירקם סיפור



עלילה על אינוס במועד אחר, שגם הקורבן לו הוא אדם אחר ולא המתלונן עצמו. היה סביר יותר לדעתה, להמציא סיפור כוזב בנוגע לנסיבות אירוע הירי ולבסס טענה של הגנה עצמית למשל, שיכולה הייתה למנוע את העמדתו של המתלונן לדין.

29. המשיבה אינה מכחישה או מאשרת כי סרוסי שימש סוכן משטרת. לדעתה, אף אם היה לסרוסי קשר עם המשטרה, לא ברור מדוע יש בכך כדי לבסס או לחזק את הטענה בנוגע לעלילת השווא. על השאלה מדוע חוקרי משטרה מתחנת אילת ישתפו פעולה עם עלילת שווא מעין זו אין לדעתה, תשובה של ממש. המשיבה מוסיפה כי לא היה מדובר בקשירת קשר להפללת המבקשים לשווא, היה צורך לתאם את הגרסה הן עם המתלוננת והן עם המתלונן. ואולם, המתלונן תיאר את אירוע האינוס באופן שונה מהמתלוננת, עד שעלה הרושם שמדובר באירועים שונים אותם חוותה המתלוננת.

30. בנוסף, תמליל החקירה במהלכה העלה המתלונן לראשונה את אירוע האינוס במתלוננת ממחיש, לטענת המשיבה, שאין מדובר בעלילת שווא, שכן נראה שהמתלונן הזכיר עניין זה כבדרך אגב, במענה לשאלת החוקרים האם המבקשים פגעו בו בעבר, מבלי לפרט ולייחס לו חשיבות רבה, ובוודאי שלא חשיבות קריטית להגנתו. רק דרבון החוקרים ושאלות נוספות הובילו את המתלונן למסור פרטים נוספים. לדעת המשיבה, מהחקירה עולה כי המתלונן לא הזכיר את האינוס כדי להצדיק את מעשיו ולא קשר בין הפגיעה במתלוננת לבין הירי במרק. השתלשלות עניינים זו, שומטת לטענת המשיבה, את הקרקע מתחת לטענות המבקשים בנוגע לקנוניה. המשיבה מציינת כי גם המתלוננת לא קשרה בדבריה בין אירוע הירי לאינוס עליו התלוננה. המשיבה מזכירה כי ההאשמות שיוחסו למבקשים כלפי המתלוננת לא מנעו את העמדת המתלונן לדין בגין הירי במרק ומשליחתו לעונש מאסר בפועל, אף שבית המשפט נתן משקל רב לפרשת הסחיטה הממושכת ולאיומים שהשמיעו המבקשים על משפחת המתלונן סמוך לאירוע הירי, ולא רק לאינוס המתלוננת.

31. המשיבה מוסיפה כי במהלך המשפט הועלתה טענת עלילת השווא ונדחתה, שכן בית המשפט המחוזי קבע שאין להניח כי מדובר בעלילה מתוככמת שנבנתה על אדני אמת. נקבע כי למעשה לא היה בגרסת המתלוננת כדי לסייע למתלונן, וכי המתלונן לא היה זקוק לסיוע להגנתו באישום שהוגש נגדו בגין אירוע הירי שכן היו עדויות רבות שחיזקו את גרסתו. בית המשפט המחוזי הוסיף כי אילו רצתה המתלוננת לסייע למתלונן ניתן היה לצפות שעדותה בנוגע לאינוס תתייחס גם לאיב. מאחר שגרסת המבקשים בנוגע לתכנון עלילת השווא נשמעה הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון, ונדחתה, אין לדעת המשיבה מקום להעלותה פעם נוספת שכן משפט חוזר לא נועד לשם דיון מחדש בטענות שנדחו על ידי הערכאות הקודמות.



ראיות העשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון

32. לטענת המשיבה, הראיות החדשות המוצגות בבקשות למשפט חוזר אינן ראיות אשר עשויות לשנות את תוצאות המשפט. לדבריה, אין בחומר הראיות החדש כדי לבסס את הטענה בדבר עלילת שווא, שכן אין בחומר ראיה כלשהי שיש בה את המשקל הסגולי הנדרש לשם הוראה על קיום משפט חוזר, ובוודאי לא אישור מפורש, ברור ואמין המעיד על קנוניה ועלילה כאמור. לטענת המשיבה, חלק ניכר מטענות המבקשים הוא למעשה ניתוח מחודש של חומר הראיות שהיה קיים בתיק מתחילתו, והסתירות שבין הגרסאות נבחנו הן על ידי בית המשפט המחוזי והן על ידי ערכאת הערעור. המשיבה מתייחסת לראיות אליהן הפנו המבקשים:

33. פגישה של נציגי הסנגוריה הציבורית עם המתלון. לדברי המשיבה, טענת המתלון בדבר חזרתה של המתלוננת מגרסתה אינה טענה חדשה. המשיבה מזכירה כי בקשת עורך-דין אביטל לשמיעת ראיות נוספות לפני מתן גזר הדין על יסוד תצהיר המתלון מיום 16.7.2003 נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי, שכן התצהיר שהוצג מהווה עדות שמועה שלא ניתן לאמתו עם המתלוננת. עמדת המשיבה היא אפוא כי בתיעוד הפגישה עם המתלון משנת 2008 אין חידוש ממשי לעומת האמור בתצהיר שההגנה ביקשה להגיש לבית המשפט המחוזי. לדעת המשיבה, משנזנחה בקשת המבקשים להגיש את התצהיר בערעור, אין מקום לבחינת הבקשה כעת במסגרת בקשה למשפט חוזר.

לגופם של דברים טוענת המשיבה כי משקלה של גרסת המתלון אינו רב, ומדובר בעדות שמועה שלא ניתן לברר את נכונותה שכן המתלוננת עזבה את הארץ. לדברי המשיבה, אין לדעת מה הרקע לכך שהמתלון מסר גרסה זו, אך אין לשלול את ההנחה כי לאחר שהמתלוננת כבר עזבה את הארץ, ולאור חששו מהמבקשים שעדיין לא פג, היה מוכן לסייע להם בדרך זו. המשיבה מציינת בהקשר זה שתצהיר המתלון נערך לאחר שמרק שוחח עימו בכלא וביקש ממנו לו לומר את כל האמת לעורך-הדין. המשיבה מוסיפה כי מהדברים שנאמרו בפגישה עולה שהמתלון לא אישר שהיה מעורב בעצמו בגיבוש עלילת השווא נגד המבקשים. המתלון לא סיפק הסבר לעובדה שהוא עצמו סיפר לשוטרים על אינוס המתלוננת על ידי המבקשים וכי בעקבות זאת נפתחה החקירה נגדם. מכל מקום, מדברי המתלון עלה כי נודע לו שמדובר בעלילת שווא רק לאחר שמסר את הדברים למשטרה, ולכן, אין דבריו מהווים בסיס לטענת המבקשים לפיה המתלון מסר את גרסתו במשטרה כחלק מקנוניה מתואמת מראש.

34. אשר לפגישות של חוקר מטעם הסנגוריה הציבורית עם שיקגו טוענת המשיבה כי אין בדברי שיקגו כדי להוביל לשינוי תוצאת המשפט. המשיבה מציינת כי שיקגו לא היה עד לאירוע האינוס וכי המתלוננת לא סיפרה לו על האינוס לאחר מעשה. הודעותיו של שיקגו במשטרה שימשו ראיה מחזקת לגרסת המתלוננת בנוגע להשתלשלות



העניינים שקדמה לאינוס ובתיאור התנהגותה יוצאת הדופן של המתלוננת לאחר מכן. המשיבה מציינת ששיקגו לא חזר בו מתיאור זה, ולכן העובדה שהוא מעריך היום שהאינוס לא התרחש אין בה כדי לשמוט את הקרקע מתחת לגרסת המתלוננת. כך גם אין בטענת שיקגו שישן במהלך אירוע האינוס ולא שמע דבר כדי להשמיט את הקרקע מתחת לגרסת המתלוננת, בהתחשב בטיבו של המקום בו התרחש האינוס. לדברי המשיבה, מדובר למעשה בסברותיו ובהשערותיו של שיקגו, שכן הוא סבר כי אם היה אינוס, היה שומע צעקות (נספח יג/1 עמודים 7-8). המשיבה טוענת עוד כי מקריאת השיחות בין החוקר לשיקגו ניתן להתרשם שהחוקר הוא שנטע במוחו של שיקגו את התזה לפיה אירוע האינוס הוא עלילת שווא. מכל מקום, לדעתה, מדברי שיקגו לא עלה שהוא ידע בפועל על קיומה של קנוניה בזמן אמת ואין אישור שהיה חלק ממנה. המשיבה מזכירה כי שיקגו לא זכה לאמון בית המשפט והוכרז עד עוין. המשיבה מציינת גם כי מהחומר עלה ששיקגו מסוכסך כעת עם סרוסי, עובדה המשליכה על אמינות דבריו, לדעתה. המשיבה תוהה מדוע שיקגו לא סייע לרקמת עלילת השווא במהלך המשפט, ומדוע לא העיד אז שלהערכתו האינוס לא התרחש.

35. אשר לתמליל החקירה של המתלונן ודו"חות המשטרה שנערכו בעקבות אירוע הירי, טוענת המשיבה כי חומר זה היה מצוי בידי המבקשים ובאי-כוחם מתחילת המשפט, וכי הם לא מצאו מקום או צורך לעשות שימוש במסמכים אלו במהלך המשפט. לדעת המשיבה, אין בראיות אלו כדי לבסס באופן ממשי את טענות המבקשים או כדי לשנות את תוצאות המשפט:

36. תמליל חקירת המתלונן - במהלך חקירה זו העלה המתלונן לראשונה את הטענה שהמבקשים פגעו בעבר בבחורה (הודעת המתלונן, נ/1). לטענת המשיבה, הרושם העולה מקריאת התמליל הוא שהמתלונן לא ייחס חשיבות רבה לפגיעה במתלוננת ומסר פרטים נוספים רק כשהחוקר דרש זאת. רושם זה אינו מתיישב עם טענה בדבר קנוניה שנרקמה מראש. לדברי המשיבה, טענת המבקשים כי במקרה הנדון שיתפו חוקרים רבים פעולה עם עלילת השווא דורשת תימוכין יותר מוצקים, ובוודאי שאין בתמליל חקירת המתלונן כדי לבסס טענה זו. המשיבה מוסיפה שהאמירה בנוגע לדרך הבאת המתלוננת לחקירה שמופיעה רק בתמליל, אין לה משמעות כלשהי ובוודאי לא משמעות דרמטית המצדיקה קיום משפט חוזר. לדבריה, גם בעת המשפט לא הוסתרה העובדה שהמשטרה פנתה לסרוסי על מנת לאתר את המתלוננת.

37. לדברי המשיבה אכן, לכאורה, מידע אודות עבירת האינוס לא היה אמור להיות בידי המשטרה עובר לשעה 10:08 בבוקר, אז החלה חקירת המתלונן. ואולם, לדעתה, אין להסיק מהרישומים בדו"חות את המסקנה מרחיקת הלכת לפיה למשטרה נמסר מידע מוקדם אודות עבירת האינוס אותו ניסתה להסתיר במסגרת הקנוניה. לטענת המשיבה, אם היה רצון להסתיר את המילה "אינוס" מדו"ח פרטי אירוע (נספח ט"ו לבקשה), לא הייתה



נמחקת המלה בקו בלבד. לדבריה, לא מדובר בדו"ח שנכתב לצורך תיעוד האירוע אלא בטופס המצורף לתיק ההודעות המשטרתי המפרט את סוג האירוע בו עוסק התיק. בטופס זה רשומה שעת קבלת ההודעה על האירוע בלבד אך לא שעת כתיבתו. מכל מקום, התברר מעיון בחומר החקירה כי טופס זה נמצא בתיק שהכיל, ככל הנראה, מלכתחילה הודעות וחומר חקירה הנוגע לשני האישומים: סחיטה באיומים ואינוס. לאחר מכן הופרד החומר ופוצל בין שני תיקים נפרדים ומשכך, נמחקה המלה "אינוס". בתיק הנוסף שנפתח מצוי טופס דומה ובו פירוט אירוע האינוס. המשיבה צירפה את כריכות התיקים ואת דו"חות פרטי האירוע.

38. דו"ח הקצין הממונה/קצין משטרה (נספח ט"ז לבקשה) - לפי הרישום, הדו"ח נערך בשעה 10:00, בעוד שחקירת המתלונן החלה בשעה 10:08. לדעת המשיבה, לא מדובר בפער מהותי שיש בו כדי לבסס את טענת המבקשים, וסביר להניח כי השעה שנרשמה כשעת עריכת הדו"ח אינה מדויקת ויתכן שהדו"ח נרשם בדיעבד. המשיבה מציינת כי בדו"ח מצוין בפירוש כי החשד בעבירות שנרשמו עולה מקריאת חומר שכלל "עדויות+דו"חות". המשיבה מסיקה שכותב הדו"ח עיין כנראה בהודעה שנרשמה מפי המתלונן והסתמך עליה כדי למלא את הדו"ח. לפיכך טוענת המשיבה כי אין בדו"חות כל ראיה לידיעה מוקדמת של השוטרים על קיומה של תלונה בדבר אינוס עובר לחקירת המתלונן, וכי תוכן הדו"חות מתיישב עם תהליך החקירה ועם העובדות שהוכחו.

חשש של ממש כי נגרם לנידון עיוות דין

39. לטענת המשיבה, גם בהנחה שלא התבררה האמת בנוגע לטיבו של העד סרוסי, ולא לגבי מעמדו וקשריו עם המתלונן והמתלוננת, עם אחד מהחוקרים בתחנת המשטרה ועם עורך-דין אביטל, אין בכך כדי להשליך על עוצמת ההרשעה ולהצדיק ניהול מחודש של המשפט. זאת מאחר שלא היה לסרוסי חלק משמעותי בהרשעת המבקשים בעבירת האינוס וההרשעה בעבירה זו אינה מתבססת כלל על עדותו. לדעת המשיבה, תיאור השחיתות המיוחסת לסרוסי מבוסס על עובדות מוצקות ספורות ועל השערות רבות שהשילוב ביניהם רחוק מלבסס את הטענה לפיה סרוסי הוביל את המתלוננת להגיש תלונת שווא נגד המבקשים.

ניגוד עניינים

40. המשיבה טוענת שאין ממש בטענות באשר לפגמים בהתנהלותו של עורך-דין אביטל. לדבריה, עצם העובדה שעורך-דין אביטל הכיר את סרוסי, אין בה כדי ללמד על ניגוד עניינים חמור, שחיתות או כשל בייצוג. העובדה שעורך-דין ייצג את סרוסי בעבר, בוודאי אינה פגם חמור היורד לשורש ההרשעה. המשיבה מפנה למכתבו של

עמוד 15



עורך-דין אביטל בו הוא דוחה "בשאת נפש" את הניסיון לייחס לו קשרים כלשהם עם סרוסי, ועומד על כך שעשה ככל יכולתו לחלץ מסרוסי אישור בכתב ובעל-פה על הפללת המבקשים ואיב. המשיבה מוסיפה כי מדבריו של חן עלה כעס רב על עורך-דין אביטל, מאחר שחן סבר שעורך-דין אביטל לא ייצג אותו כראוי במשפטו. דעה זו השליכה, כמובן, לדעתה, על נכונותו של חן לשתף פעולה עם החוקר מטעם הסנגוריה הציבורית ועל אמינות טענותיו. לטענת המשיבה, דבריו של חן הם עדות שמועה שאין לה ראיות אובייקטיביות לתמיכה. המשיבה טוענת עוד שאין בקשריו של סרוסי ובהיותו הבעלים של מכון הליווי כדי להבהיר מדוע ידאג לכך שדווקא עורך-דין אביטל ייצג את המבקשים וימנע מהם ניהול הגנה ראויה. לו היו סרוסי ועורך-דין אביטל קושרים קשר להכשלת הגנת המבקשים, סביר לדעת המשיבה, שהיו טורחים להסתיר את היכרותם.

כשל בייצוג

41. לטענת המשיבה, אין כל תימוכין לכך שבשל ההיכרות של עורך-דין אביטל עם סרוסי, כשל עורך-דין אביטל בייצוג המבקשים. לטענתה, אם תתקבל טענת המבקשים כי היה על עורך-דין אביטל להגן על המבקשים באופן שמציגה הסנגוריה הציבורית כעת, המשמעות היא פגיעה אנושה בעיקרון הסופיות שתוביל לקיום משפטים חוזרים במקרים רבים ביותר. לדעת המשיבה, המבקשים זכו לייצוג הולם ונראה כי באי-כוחם עשו כל שביכולתם כדי להביא לזיכויים ולא נמנעו מלהעלות טענות העומדות בלב הבקשה, כולל טענת עלילת השווא. בהקשר זה מניחה המשיבה כי הימנעות עורך-דין אביטל מחקירת שיקגו נבעה מכך שממילא הוכרז שיקגו כעד עוין. לדעת המשיבה, אף לא נפל פגם בהתנהלות עורך-דין אביטל באי הגשת דו"חות החקירה אשר אינם מבססים את טענות המבקשים בעניין מידע מוקדם בדבר אינוס שהיה כביכול בידי השוטרים. המשיבה מוסיפה כי דווקא עריכת התצהיר של המתלון בשנת 2003 והניסיון להגישו בבית המשפט מלמדים כי עורך-דין אביטל פעל לטובת המבקשים בניסיון להוביל לזיכויים.

42. אשר לטענה כי לא היה מקום לייצוג המבקשים ואיב במשותף, טוענת המשיבה כי מתחילת החקירה נקטו המבקשים ואיב קו חקירה אחיד לפיו הוכחו כל המעשים המיוחסים להם. ניגוד העניינים עלה לכאורה מגרסת המתלון בבית המשפט לפיה ניקולאי הוא שביצע את עבירת הסחיטה ומרק ואיב רק נכחו במקום. המשיבה מזכירה כי מרק ואיב טענו בסיום פרשת התביעה "אין להשיב לאשמה", והטענה שלא היו שותפים לסחיטה הועלתה בשמם בסיכומים, אך בית המשפט דחה את הטענות. בנסיבות אלו, גם אם לא היה ראוי לנהל את משפטם של המבקשים ושל איב במשותף, טוענת המשיבה כי המבקשים לא הצביעו על עיוות דין שנגרם להם במשפטם כתוצאה מכך ואף לא על פגיעה בהגנתם.



43. המשיבה טוענת אפוא כי המסה הקריטית הראייתית הקיימת לא התערערה חרף הראיות החדשות שהוצגו, וכי המבקשים לא ביססו חשש של ממש לעיוות דין ולא הוכיחו קיומם של פגמים דיוניים מהותיים בעניינם.

תגובת המבקשים לתגובת המשיבה

44. המבקשים טוענים כי לא ניתן לזלזל בטענות ובראיות שהציגו. יש לבחון אותן כחלק ממכלול הראיות הקיים בתיק, ולבדוק האם יש במכלול הראיות כדי לשנות את תוצאות המשפט. המבקשים מבהירים כי הם טוענים שהמתלוננת וסרוסי יזמו את התלונה, בתמיכה ובידיעה של המתלונן, תוך ניסיון להדיח את שיקגו, אך לא טענו כי בקנוניה היו מעורבים שוטרי תחנת אילת, למעט טלקר. המבקשים מציינים כי המידע שלפיו סרוסי היה סוכן משטרה שהיה בקשר עם טלקר והבעלים של מכון הליווי נועד לתמוך באמירות העצמאיות של המתלונן ושל שיקגו המדווחים כעת על מעורבותם בעלילת השווא. המבקשים מבהירים כי לא טענו שעורך-דין אביטל היה שותף בקנוניה כלשהי או אפילו ידע עליה, אלא שהוא היה בקשרים עם סרוסי בתקופה הרלוונטית לחקירתם ולמשפטם של המבקשים, ולכן היה מצוי בניגוד עניינים שלא איפשר לו לייצג כראוי את המבקשים. בכך נפל עיוות חמור בהרשעתם. לטענת המבקשים, הפערים הגדולים בין גרסאותיהם של המתלונן והמתלוננת מלמדים על קושי לתת בהם אמון. לדברי המבקשים, העובדה שהם טוענים מתחילת ההליכים באופן עקבי שמדובר בעלילת שווא, יש בה כדי להוות חיזוק לבקשתם למשפט חוזר.

45. לדעת המבקשים, אי הבאת חומר חקירה חשוב במשפט נבע מכך שסנגורם של המבקשים פעל בניגוד עניינים וכשל בייצוגם, ומשכך, אין למנוע את הגשת הראיות כעת. לדבריהם, ניתן לתהות האם העובדה שעורך-דין אביטל זנח את התצהיר בשלב הערעור אינה עולה בפני עצמה לכדי כשל בייצוג. לטענת המבקשים, התביעה אינה מסבירה מדוע יש אבחנה בין עדות המתלונן במשפט, אשר התקבלה מבלי שנטען שהיא עדות שמועה, לבין עדותו כעת. לדעת המבקשים, גרסתו המאוחרת של המתלונן לנציגי הסנגוריה אינה מהווה עדות שמועה. גם אם אין בגרסה זו משום הוכחה חד-משמעית לאמיתות דבריה של המתלוננת בדבר קיומה של עלילת השווא, הרי יש בכך ראיה לעצם אמירת הדברים על ידה. אין ספק, לדעת המשיבים, כי מדובר לפחות בראייה לכאורית המחזקת את טענתם לפיה נפלו קורבן לעלילת שווא. המבקשים טוענים כי ההנחה שהמתלונן בחר לשקר לנציגי הסנגוריה שלא בנוכחות המבקשים, כשש שנים לאחר האירוע בעודו מרצה עונש מאסר, אינה סבירה.

46. המבקשים טוענים עוד כי חוסר העקביות בדברי שיקגו אינו שולל את מהימנותם. לדברי המבקשים, יש לדחות את הטענה לפיה יש לשיקגו אינטרס לנקום בסרוסי, שכן גם במהלך עדותו במשפט בטרם הסתכסך עם סרוסי, חזר בו מעדותו, וגרסתו החדשה עלולה לפגוע גם במתלונן, עימו שיקגו מצוי עדיין בקשרי חברות.



47. עוד מוסיפים המבקשים וטוענים כי ההסברים שסיפקה המשיבה בנוגע לדו"חות החקירה הם בגדר ספקולציות ואינם מבוססים על בירור עובדתי. אשר לדו"ח פרטי אירוע/עדכון מיום 27.7.2002, שעה 6:45 (נספח ט"ו), טוענים המבקשים כי טענת המשיבה לפיה לאחר פיצול התיק מחקו חוקרי המשטרה את המלה "אינוס" מתיק הסחיטה באיומים, אינה מתיישבת עם ההיגיון והשכל הישר. כך גם ההסבר לגבי השעה שנכתבה על גבי דו"ח קצין ממונה מיום 27.7.2002 (נספח ט"ז). לדעתם, יש להניח כי השעה שנכתבה היא שעת כתיבת הדו"ח - 10:00, וסביר שהקצין הממונה עיין בדו"ח פרטי האירוע משעה 6:45 שבו נכתבה ולאחר מכן נמחקה המלה "אינוס", וכן, בדברים שמסרו המתלונן וסרוסי בעל פה לשוטרים מייד לאחר האירוע כשפגשו בהם ליד מכון הליווי.

48. אשר למניעיו של חן, טוענים המבקשים כי מדובר בהשערה שאין למשיבה על מה לבססה, ומכל מקום, אין משמעות הדבר שהמידע עצמו אינו מהימן. לדברי המבקשים, ניגוד העניינים החמור בו נמצא עורך-דין אביטל מקומם את הלב ויוצר תחושה חריפה של אי צדק, שהשפיע ממילא על איכות הייצוג המשפטי, ועל כן, גם על תוצאות המשפט. המבקשים מזכירים כי הטענה בנוגע לניגוד העניינים שולבה בטענה בנוגע לכשל בייצוג, שכן, לטענתם, עורך-דין אביטל נמנע מהצגת ראיות ומביצוע פעולות בסיסיות לצורך הצגת קו ההגנה לפיו מדובר בתלונת שווא. לדברי המבקשים, לא ניתן לומר שחשיפת העובדה שסרוסי הוא הבעלים של מכון הליווי ובעל קשרים במשטרה לא הייתה עשויה להשפיע על תוצאות המשפט. למצער, היה בכך כדי לחזק מאוד את הטענה שסרוסי הוא שהביא את המתלוננת לתחנת המשטרה וכי הייתה לו יכולת להשפיע על מהלך החקירה.

בדיון שנערך לפני בבקשות מיום 9.10.2013 חזרה באת-כוח המשיבה וצינה כי המדינה אינה נוהגת לאשר אם אדם היה סוכן משטרתי, אם לאו. במהלך הדיון ויתרו באות-כוח המבקשים על בקשותיהן ל"מתן צו לעיון בחומר מתיק המודיע של משה סרוסי".

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

49. כנקודת מוצא חשוב לציין את הידוע כי חברה נאורה מוכנה וחייבת לבדוק מחדש את החלטותיה שמא נפלה טעות בהרשעת אדם על פי המבחנים שנקבעו בחוק ובפסיקת בית המשפט זה. הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר מותנית בקיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. בענייננו רלבנטיות העילות הקבועות בסעיף קטן (2) ובסעיף קטן (4):



31. משפט חוזר

(א) 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:

(1) בית משפט פסק כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;

(2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;

(3) אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה.

(4) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".

בקצרה אתייחס להוראות החוק המשתקפות בראי הפסיקה.

50. לאחרונה עמדתי בהרחבה במסגרת דיון במספר בקשות לקיים משפט חוזר על עיקרי מוסד המשפט החוזר על הוראות החוק ועל הערכים המתחרים שבבסיסו (ראו למשל מ"ח 511/12 דוידוב נ' מדינת ישראל (11.7.2013), להלן: עניין דוידוב; מ"ח 4811/12 אלקאדר נ' מדינת ישראל (2.5.2013), להלן: עניין אלקאדר).

הדגשתי כי הסמכות לקיים משפט חוזר המעוגנת בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, מבטאת את הכרת המערכת המשפטית כי היא אינה חסינה מטעויות (ראו גם מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (28.12.2005)). כמו

כן ציינתי כי העילות המנויות בסעיף 31 לחוק בתי המשפט משקפות איזון מורכב שקבע המחוקק בין ערכים מנוגדים העומדים ביסוד המשפט החוזר. מצד אחד, ערך חשיפת האמת והבטחתו של מנגנון דיוני שיתיר למערכת

המשפטית לתקן טעות, אם נפלה, בהרשעתו של אדם (מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (5.9.2005), להלן: עניין שוורץ; מ"ח 5048/04 אייזן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 28 (20.11.2005)).

מצד שני, ניצבים לנגד עינינו עקרונות סופיות הדין והצורך להבטיח ודאות משפטית ויציבות (מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (28.5.2012), להלן: עניין קסטל; מ"ח 5810/02 שגיב נ' מדינת ישראל, פסקה 7

(21.7.2002), להלן: עניין שגיב). ערך זה שואב כוחו לא רק מצורכיהן של המערכת השיפוטית ושל מערכת האכיפה הפלילית, אלא גם מן האינטרס החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין (ראו למשל, מ"ח 7929/96 קוזלי



נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 559 (1999), להלן: עניין קוזלי). האיזון הראוי בין הערכים המנוגדים הללו מחייב שלא יתקיים משפט חוזר רק משום שהנידון מתקשה להשלים עם הרשעתו (מ"ח 5639/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (27.2.2013)). איזון זה מעניק למוסד המשפט החוזר את ייחודו המשפטי והוא שמבדל אותו מהליכי הערעור השגרתיים על פסקי הדין של הערכאות הדיוניות (עניין קסטל, פסקה 29).

51. זאת ועוד, בית משפט זה חזר ושנה כי נקודת המוצא לדיון בבקשה למשפט חוזר היא שפסק הדין נושא הבקשה ניתן כדין ובדין יסודו (מ"ח 4057/02 סובחי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (10.7.2002)). לכן, נקודת המוצא היא כי משפט חוזר הוא החריג ולא הכלל (מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (31.8.2011), להלן: עניין סביחי; מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 297, 306-305 (2003), להלן: עניין עמיאל; מ"ח 4181/02 סולמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (7.8.2002), להלן: עניין סולמי), ואינו נועד לקיים הליך נוסף של ערעור (מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 241, 250 (1996); עניין שוורץ, פסקה 12; עניין סולמי, פסקה 5). המשפט החוזר נועד אפוא לבחון ספקות העולים ביחס להרשעתו של אדם, ובלבד שהוכחה תשתית איתנה וממשית בנוגע לקיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (ראו מ"ח 3713/11 בקרינג נ' מדינת ישראל (15.9.2013), להלן: עניין בקרינג; עניין שגיב, פסקה 7).

52. הסמכות להורות על עריכת משפט חוזר קמה, כאמור, רק משעה שפסק הדין הוא סופי, והיא מותנית בקיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (עניין שגיב, פסקה 7). בענייננו, המבקשים סומכים את בקשותיהם על שתי עילות: האחת, עילת העובדות והראיות והשנייה, חשש של ממש כי בהרשעה נגרם להם עיוות דין, כאמור בסעיפים 31(א)(2) ו-31(א)(4) לחוק בתי המשפט, שהן שלובות, במידה רבה, זו בזו.

א. עילת העובדות והראיות

53. כאמור, על פי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט ניתן להורות על קיום משפט חוזר בעניין פלילי שנפסק בו סופית אם

"(2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון".

כדי לחסות תחת העילה שבסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, על המבקש להצביע על ראיות או עובדות שעשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובתו, אפילו ניתן היה להביאן במהלך המשפט (ראו עניין קוזלי, עמודים 20



560-561). על הראיות והעובדות להיות בעלות משקל סגולי שכשלעצמן או בהצטרפותן יגיעו לכדי מסה קריטית, שיהיה בה, או בהשתלבותה עם החומר שהיה בפני בית המשפט, פוטנציאל להביא לשינוי תוצאת המשפט (מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 355 (1997), להלן: עניין עזריה; עניין קוזלי, עמודים 562-561; עניין עמיאל, עמוד 307). לאמור: נדרש כי בראיות או בעובדות תהיה אמינות לכאורית המצדיקה את שקילתן מחדש לצד מערכת הראיות הקודמת (מ"ח 4191/11 אגבאריה נ' מדינת ישראל (6.6.2012), להלן: עניין אגבאריה; מ"ח 6081/04 בריגת נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (27.10.2004); ראו גם עניין בקרינג, פסקה 20; עניין עזריה, עמוד 358).

ב. עילת החשש הממשי לעיוות דין

54. העילה על פי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, לפיה ניתן להורות על קיום משפט חוזר בענין פלילי שנפסק בו סופית אם "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין", נועדה להרחיב את גדרי סמכות ושיקול דעתו של בית המשפט בבואו להחליט אם להורות על קיומו של משפט חוזר. תכליתה היא לאפשר לבית המשפט להתחשב בנסיבות מיוחדות שהמחוקק לא יכול היה לחזותן מראש, כמו פגמים דיוניים שורשיים, אשר מקימים חשש לקיומו של עיוות דין שנגרם לנאשם (עניין דוידוב, פסקה 18). מדובר ב"עילת סל" למשפט חוזר, המבטיחה אפשרות להורות על משפט חוזר במקרים חריגים ויוצאי דופן בהם יתעורר בליבו של בית המשפט "חשש של ממש" כי נגרם עיוות דין לנאשם, והם לא נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר (עניין קוזלי, עמודים 560-561). "עילת הסל" אינה כוללת יסודות מוגדרים, והיא נועדה לתת מענה לחשש של ממש המבוסס על פגם דיוני שורשי שנתגלה בהליך הפלילי, המערער את יסודות ההרשעה (מ"ח 7724/05 מאיר נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (1.2.2006), להלן: עניין מאיר). בבואו לדון על פי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, משקיף בית המשפט ב"מבט על" על מלוא חומר הראיות - המקורי והנוסף - ובוחן, האם קיים חשש של ממש כי בהרשעת המבקש נגרם עיוות דין (עניין קוזלי, עמוד 562). סעיף זה אינו כולל בלשונו דרישה לשינוי פוטנציאלי בתוצאת המשפט. עם זאת, במקרים אחרים דרש בית המשפט הוכחתו של פוטנציאל - ואף פוטנציאל ממשי - לשינוי תוצאות המשפט גם בהקשרו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט (ראו למשל, מ"ח 448/02 ציון נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (27.1.2002); עניין אלקאדר, פסקה 27).

55. בהקשר זה ציינתי בעבר כי אני סבורה שיש צורך בהוכחת פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט וכי אין להסתפק בקיומו של פגם שנפל בהליך, אף אם מדובר בפגם חמור, כדי לחסות תחת העילה שעניינה עיוות דין (עניין דוידוב, פסקה 19). לדידי, פגמים ומחדלים אינם מקימים כשלעצמם עילה למשפט חוזר; פגם שאין לו השפעה על מהלך המשפט ועל תוצאתו, אף אם הוא חריף וחריג בחומרתו, לא ניתן יהיה להביא לתיקונו בדרך של משפט חוזר.



כאמור, המשפט החוזר אינו המוסד המתאים לתקן את העוול שנגרם לנאשם, אם אין בו פוטנציאל ממשי לתיקון העוול. לכן לגישתי, "רק פגם המקיים זיקה כלשהי לתוצאה שהתקבלה במשפט - במישור ההרשעה או במישור העונש - הוא פגם אשר עשוי לעלות כדי "עיוות דין" כמשמעו בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט" (שם, שם). אשר למידת ההסתברות הנדרשת לשינוי בתוצאת המשפט לטובת המבקש, סברתי, כי מידת ההסתברות לשינוי צריכה להיגזר מעוצמת הפגם וחומרתו: ככל שמדובר בפגם חלש ושולי יותר, כך נדרוש רף גבוה יותר במישור פוטנציאל השינוי, ולהפך. ציינתי כי מטבע הדברים קיימת זיקת גומלין בין שיקולים אלו, כך שככל שמדובר בפגם חמור ושורשי יותר בהליך, הגיוני שתהיה לו השפעה על האפשרות להפוך או לשנות את תוצאת המשפט (שם, שם).

56. זאת ועוד, במסגרת הדיון בתחולתו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, נקבע כי פגמים דיוניים בהליך הפלילי עשויים לכלול, בנסיבות מסוימות, כשל בייצוג. ואולם, היעדרו של ייצוג או כשל בייצוג משפטי, אין בו לבדו כדי להביא להצדקת קיומו של משפט חוזר, שכן על המבקש להראות כי אי-הייצוג או הכשל בייצוג מקים חשש ממשי לעיוות דין. בהקשר זה ציינתי בעבר כי לשיטתי, כשעסקינן במקרה הפרטי של כשל בייצוג, יש מקום לדרוש הוכחה של פוטנציאל לשינוי הכרעת הדין, ואין די בכך שנגרם כשל כזה או אחר בהגנה, אלא שעל המבקש להצביע על כך שהייצוג הכושל השפיע על מהלך המשפט, כי נוצר פגם אשר קיפח את הגנתו בעוצמה כזו, שעשויה הייתה להתקבל תוצאה אחרת המטיבה עימו (עניין אלקאדר, פסקה 28). כאמור, דעתי היא כי לא ניתן לוותר על דרישה זו כשמועלית טענה של כשל בייצוג. מדובר בטענה רחבה מאד, המקיפה שלל מצבים ופגמים, והמועלית חדשות לבקרים בבקשות למשפטים חוזרים. טענה זו עלולה לפתוח פתח רחב מדי לניסיונות לעריכת "מקצה שיפורים" לנאשם שהורשע בדינו ואינו שבע רצון מהגנתו (שם, שם). כשל בייצוג או ניסיון לקיים מקצה שיפורים של הליכים קודמים הם לבדם לא יצדיקו החלטה על משפט חוזר.

מן הכלל אל הפרט

57. לאחר שבחנתי את הבקשות ואת תגובת המשיבה, ושמעתי בהרחבה את טענות בעלי הדין בדיון שהתקיים לפניי, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשות לקיום משפט חוזר, להידחות. למסקנה זו הגעתי הן מכוח סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, שעניינו ראיות שיש בהן פוטנציאל להשפיע על תוצאות המשפט, והן מכוח סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, שכן איני סבורה שנתעורר במקרה דנא "חשש של ממש" כי בהרשעה נגרם למבקשים עיוות דין. אנמק החלטתי להלן, תוך התייחסות לכל אחת מחלופות הסעיף הרלבנטיות בנפרד ואל מול הפסיקה הרלבנטית בעניין.



ראיות העשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון

58. כאמור, המבקשים הצביעו על מספר ראיות חדשות אשר יחד עם הראיות שהובאו במשפט, עשויות, לטענתם, להשפיע על תוצאת המשפט. המבקשים טוענים שראיות אלו מבססות את טענת הקנוניה שלפיה סיפור האינס "נולד" במטרה לסייע להגנתו של המתלונן במשפטו בעקבות אירוע הירי. אבחן להלן את הראיות שהוצגו:

59. תצהיר המתלונן - עיון בתצהיר שהוגש מעלה תהיות לעניין נסיבות החתימה עליו, כמו גם בנוגע לאמינות תוכנו. צורתו של התצהיר אף היא מעוררת תהיות: העמוד הראשון אומת על ידי עורך-דין אביטל ביום 16.7.2003 בשורות מודפסות בסוף הדף, בעוד דבריו של המתלונן מובאים בכתב יד בראש הדף; העמוד שצורף לתצהיר, גם הוא כתוב בכתב יד, אומת בכתב יד על ידי עורך-דין אביטל ביום 17.7.2003. המועד בו ניסתה ההגנה להגיש את התצהיר במהלך המשפט, לאחר הכרעת הדין ובטרם מתן גזר הדין אף היא מעוררת שאלות כגון: מדוע לא הוגש קודם לכן, מתי הוגש התצהיר לידיה, כמה וכיצד להערכת ההגנה היה משפיע התצהיר על כל שנעשה קודם, וכיצד ואיך היה משפיע לאחר הגשתו. לפיכך, לא בכדי דחה בית המשפט המחוזי ביום 14.9.2003 את הבקשה. זאת במיוחד, בהתחשב בכך שהמתלוננת, לגביה הצהיר המתלונן כי סיפרה לו שתלונתה הייתה תלונת שווא, לא הייתה כבר בארץ בעת שנעשה הניסיון להגיש את התצהיר, ומשכך נקבע על ידי בית המשפט המחוזי כי עסקין בעדות מפי השמועה. אזכיר, כי עדות "מפי השמועה" משמעה - עדות על "מידע" שקלט העד מפיו של אחר ועל כן אין הוא יכול להעיד על אמיתותו, אלא רק על כך שהמידע הגיע לידיעתו (יעקב קדמי על הראיות חלק שני 567 (2009)). הטעם העיקרי לכלל הפוסל עדות מפי השמועה הוא שהמוסר בעדות את מה שהגיע לידיעתו "מפי השמועה", אינו יכול לערוב לאמיתות הדברים: אין הוא יכול להעיד על אמיתותם, אין טעם או הצדקה לחקור אותו בחקירה שכנגד בעניין זה. אכן, כל מה שיכול עד כזה לומר מצטמצם לכך שהוא "שמע" את הדברים מפי אחר ואין לו ידיעה אישית אם תוכנם אמת או לא (שם, עמוד 551). במקרה דנא, המתלונן לא יכול היה להוסיף מידע מטעמו בנוגע לאינס וכך טענה בזמנו המשיבה. מאחר שתכלית התצהיר שאותו ביקשה ההגנה להגיש הייתה להוכיח שהאנס היה בבחינת עלילה, כפי שמסרה המתלוננת בדבריה למתלונן, לטענת ההגנה, להבדיל מעצם אמירתם, הרי שלא היה בתצהיר המתלונן כדי לסייע להגנה שכן מדובר בעדות מפי השמועה. כאמור, חל איסור על קבלתה של עדות מפי השמועה והיא אינה בבחינת עדות עצמאית של מוסר התצהיר. משכך, בדין דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה להגיש את התצהיר (שם, עמודים 551-554).

אוסף כי התהיות לגבי תוכן האמור בתצהיר זה עולות, בין היתר, גם מהעובדה שהמתלונן הצהיר כי היה בקשר עם המתלוננת וכי ביכולתו ליצור עימה קשר, ואולם, בפועל הסתבר שלא נוצר ביניהם קשר והמתלוננת לא העידה על הדברים בעצמה. באות-כוח המבקשים ציינו בבקשות שהגישו לקיים משפט חוזר כי לטענת מרק, התקיימה באחד



הימים שיחה בינו לבין המתלון בכלא, במסגרתה ביקש מהמתלון לומר את כל האמת לעורך-הדין, ובעקבות זאת הוכן התצהיר. נסיבות אלו אומרות דרשני, ומעלות הסתברות שהמתלון חשש וכנראה עודנו חושש ממרק, וייתכן אף שאיום כי ייפגע או כי משפחתו תיפגע אם לא ישנה את גרסתו עליה העיד במשפט. גרסתו החדשה של המתלון, הן כשלעצמה, והן ביחס לתמונה העובדתית המצטיירת בתיק, בהעדר חיזוק חיצוני, אינה עומדת ברף הראייתי הנדרש לצורך פתיחה מחדש של הליך פלילי שבא לסיומו (השוו עניין אגבאריה, פסקה 10). כך או כך, משפט חוזר אינו משמש הליך של ערעור חוזר ואין מקום, במסגרת בקשה לקיום משפט חוזר, לדון מחדש בבקשת ההגנה להגיש את התצהיר, בקשה שנדונה ונדחתה בהחלטה מנומקת של בית המשפט המחוזי שכל התמונה הייתה בפניו ושעליה לא ערערו המבקשים במסגרת ערעורם לבית משפט זה, וגם כאן נדחה הערעור. אף אין לאפשר את הגשת התצהיר האמור כעת, שכאמור לא יוכל לסייע להגנה מהנימוקים שפורטו לעיל, ואין בו כדי לשמש עילה למשפט חוזר.

60. שיחת נציגי הסנגוריה הציבורית עם המתלון - פגישה זו נערכה כאמור בשנת 2008. גם בפגישה זו חזר המתלון על הגרסה שמסר בתצהירו משנת 2003, לאחר הכרעת הדין בה הורשעו המבקשים וטרם נגזר דינם, לפיה מדובר בקנוניה ובעלילת שווא וכי אירוע האינוס לא התרחש כלל. עיון בתמליל השיחה גם הוא מעורר שאלות ותהיות בנוגע למניעיו של המתלון לשנות את גרסתו עליה העיד במשפט ולהתמיד בגרסתו השנייה גם בשנת 2008. על כך אין מענה בשיחה זו וגם לא בדברי המבקשים. כאמור, בתוכן הפגישה הזו אין חידוש ממשי לעומת האמור בתצהיר משנת 2003, שתוכנו מעלה חשדות אותם פירטתי לעיל. מכל מקום, בית המשפט המחוזי התייחס לשינוי הגרסה על ידי המתלון ודחה את הבקשה להגשת תצהיר המתלון, ולא מצאתי בגרסה השנייה של המתלון לא את "הבסיס העובדתי" ולא את ה"אמינות הלכאורית" המתבקשים כדרישת סף למשפט חוזר.

61. פגישות נציגי הסנגוריה הציבורית עם שיקגו - בשתי הפגישות שנערכו עם שיקגו בשנת 2011 לא היה כדי לשפוך אור על אירוע האינוס, אלא לכל היותר, על הרקע של הנפשות הפועלות ועל האירועים שהתרחשו לאחר המשפט וההרשעה. שיקגו טען בפגישות כי אירוע האינוס לא אירע שכן הוא לא שמע דבר בזמן אמת. זוהי למעשה גרסתו היחידה לאירוע. אין שום הסבר בדבריו של שיקגו מדוע הסכים לדבר דווקא בשנת 2011, לאחר שסירב להעיד במשפט והוכרז "עד עוין". במצב דברים זה, יש לשקול את דבריו בזהירות ובחשדנות, במיוחד בשל העובדה שסיפר כי הסתכסך עם סרוסי. עיון בדבריו של שיקגו מעלה כי אין בגרסתו העדכנית כל "בסיס עובדתי" ממשי ולא את אותה "אמינות לכאורית" שהיא, כאמור, תנאי ודרישת סף למשפט חוזר (השוו עניין אגבאריה, פסקה 10). יש לזכור כי דברי שיקגו הם עדות שנכבשה במשך תקופת זמן לא מבוטלת של כתשע שנים, ולא בנקל יתחשב בית המשפט בעדות שכזו. כידוע, ערכה הראייתי של עדות כבושה הוא מועט, בשל החשד הטבעי המתעורר לגבי אמינותה ובעיקר משום שלא ניתנה בזמן אמת (שם, שם). במקרה דנא, החשד המלווה עדות מסוג זה לא הופרך



שכן לא ניתנה סיבה משכנעת לכבישת העדות. הצגת ראיה זו זמן ניכר לאחר סיום המשפט, באין כל הסבר לאי-הבאתה בשלב של בירור המשפט, ובלא שניתנה כל אפשרות לבחינתה על ידי בית המשפט ששמע את מכלול הראיות, מעלה חשש כאמור, בנוגע לאמינותה, והיא מגדילה את משקלו של האינטרס בדבר סופיות הדיון באיזון בינו לבין הצורך בבירור האמת (עניין מאיר, פסקה 11). בנוסף, העובדה ששיקגו לא שמע כי אירוע האינסו התרחש, שכן ישן באותו הזמן בקומה אחרת במכון הליווי, אינה מעידה על כך שאירוע האינסו לא התרחש. שיקגו בעצמו העיד בחקירתו במשטרה כי משקם משנתו התפלא שהמתלוננת לא נמצאת במשרד, וכשהתקשר אליה סיפרה לו שהלכה לים "להירגע". דברים אלה משתלבים בעדות המתלוננת וסיפורה בנוגע לאירוע האונס שחוותה ובהתנהגותה לאחר מכן, כמו גם האפשרות שביקשה להירגע והלכה לשם כך לים.

62. תמליל החקירה של המתלונן - כאמור, טענת המבקשים היא כי יש בתמליל החקירה שני קטעים שאינם מופיעים בתיעוד החקירה השופכים אור על מידת מעורבותו של סרוסי בעניין, האחד בנוגע לעצם הפגיעה במתלוננת והשני בנוגע לאיתורה. אשר לקטע הראשון, נדמה כי אכן נדרשות ראיות ממשיות משכנעות יותר כדי לבסס את טענת ההגנה כי חוקרים רבים במשטרת אילת לקחו חלק בעלילת השווא שנרקמה, ולא ניתן לבסס טענה זו על יסוד הדברים שהובאו בתמליל החקירה מפי חוקרים שנכנסו ויצאו במהלך חקירתו של המתלונן. אשר לנסיבות הגעתה של המתלוננת למשטרה, אציין כי בבית המשפט המחוזי העיד רס"ר אשכנזי כי התקשר לסרוסי כדי שיביא את המתלוננת למשטרה ועדותו לא נסתרה, ולכן מידע זה היה קיים בפני בית המשפט במהלך המשפט ואין מדובר כלל במידע חדש. אוסיף, כי בית המשפט המחוזי לא מצא בהכחשותיהם של סרוסי, המתלונן והמתלוננת כי סרוסי הוא שהביא את המתלוננת למשטרה, כדי לגרוע ממהימנות עדותם בנוגע לתוכן האישומים שיוחסו למבקשים ואשר שימשו חלק ממארג הראיות על פיו הורשעו.

63. דו"ח פרטי אירוע/עדכון מיום 27.7.2002, שעה 6:45 (נספח ט"ו) ודו"ח קצין ממונה מיום 27.7.2002, שעה 10:00 (נספח ט"ז) - לאחר עיון בכריכות התיקים ודו"חות אלו שהוגשו בדיון לפני, אני סבורה כי אין בהם כדי לבסס באופן ממשי את טענות המבקשים או כדי לשנות את תוצאות המשפט. אני סבורה כי אין להסיק מהרישומים בדו"חות את המסקנה אותה ביקשו המבקשים להסיק לפיה נמסר למשטרה מידע מוקדם אודות עבירת האינסו שבוצעה במתלוננת, ושאותו ניסתה המשטרה להסתיר במסגרת הקנוניה, שכן לדעתי אין בדו"חות הללו כל ראיה לידיעה מוקדמת של השוטרים על קיומה של תלונה בדבר אינסו עובר לחקירתו של המתלונן. אסביר: אשר למחיקת המלה "אינסו" מעל גבי דו"ח פרטי האירוע (נספח ט"ו), לטעמי, ההסבר שסיפקה המשיבה לפיו תיק האירוע נפתח בתחילה כתיק אחד שפוצל לאחר מכן לשני תיקים נפרדים, הוא הסבר סביר לפשר המחיקה. אם אכן הייתה קנוניה, כפי טענת המבקשים, סביר שהייתה נבחרת דרך אחרת במטרה להעלים אישום זה. גם לשעה שנרשמה על גבי דו"ח הקצין הממונה (נספח ט"ז), אני סבורה שיש לתת משקל כפי רצון המבקשים. נדמה



שהפער של כעשר דקות בין הרישום על גבי הדו"ח לבין תחילת חקירת המתלונן במשטרה אינו כה משמעותי, לפיכך נדמה כאמור, שאין בראיות אלו משום אמינות לכאורית בנוגע לידיעה מוקדמת של חוקרי משטרת אילת על קיומה של תלונה בדבר אינוס עובר לחקירת המתלונן, הנדרשת כדי להצדיק מתן החלטה על קיומו של משפט חוזר.

64. נדמה, כי על רקע שלל הראיות שהציגו באות-כוח המבקשים - ושנמצאו לא מספיקות ולא משכנעות לעניין זה - בולטות בהעדרן עדויות סרוסי והמתלוננת, שהיו עשויות לשפוך אור על הפרשה בניסיון להציג תמונת אמת מלאה. העדרן של ראיות אלו, חרף טענת המתלונן כי הוא בקשר עם סרוסי ואף בקשר עם המתלוננת, הם בבחינת עדות אילמת לכך שרוב הנסתר על הגלוי בפרשה זו ומשמיטות את הבסיס למסקנות אותן מבקשת ההגנה להסיק.

65. השתלשלות העניינים והפניית המשטרה על ידי המתלונן לאירוע האינוס גם היא שוללת את האפשרות שמדובר בעלילת שווא מתוכננת: המתלונן, כזכור, הוא זה שבמהלך חקירתו עקב אירוע הירי, במענה לשאלת החוקר האם המבקשים ואיב פגעו בו, ענה בשלילה אך סיפר כי הם פגעו במתלוננת. נראה, כי המתלונן הזכיר עניין זה כבדרך אגב ומבלי לפרט ולייחס לו חשיבות רבה, בוודאי שלא חשיבות קריטית להגנתו. מכל מקום, המתלונן לא הזכיר את האינוס כדי להצדיק את מעשיו ולא קשר בין הפגיעה במתלוננת לבין הירי שלו במרק. בהמשך, לבקשת החוקר, פירט המתלונן למה התכוון, אך התיאור שנתן היה שונה לחלוטין מהתיאור שמסרה המתלוננת במשטרה למחרת היום, הן בנוגע למיקום האינוס הן בנוגע למיהות האונסים. נדמה כי לוי הייתה אכן נרקמת קנוניה, כטענת ההגנה בשלב זה, היו הפרטים שהיה מוסר המתלונן מתואמים. עיון בחומר הראיות מעלה כי המתלוננת שעומתה עם חוסר ההתאמה בין דבריה לדברים שמסר המתלונן, הסבירה כי המתלונן התכוון כנראה לאירוע שקדם לאירוע האינוס אשר התרחש בדירת המבקשים אליה הוזמנה המתלוננת. שם אנס אותה אחד בשם דמיטרי ללא קונדום, בניגוד לרצונה (הודעת המתלוננת במשטרה נספח ט', עמוד 2; עמוד 52 לפרוטוקול מיום 18.9.2002). המתלוננת העידה כי סיפרה על אירוע זה למתלונן וכי הוא התקשר למבקשים בעקבות זאת. לדברי המתלוננת, כנראה כשדיברה עם המתלונן על מקרה היפותטי של נערת ליווי המתלוננת במשטרה על אונס, הוא קישר בין דבריה לאירוע שקרה בדירת המבקשים. ראיה לכך ניתן למצוא בעימות שנערך בין המתלוננת לבין ניקולאי (9/ת), בו אמרה המתלוננת לניקולאי שראתה אותו בפעם הראשונה כשהוזמנה לדירתם, שם היה עם אחרים; המתלוננת הטיחה בניקולאי שביצע בה עבירות מין נשוא כתב האישום במכון הליווי יחד עם מרק.

66. יתרה מכך, הטענה כי מדובר בקנוניה בין המתלונן, סרוסי והמתלוננת שנוצרה כדי לעזור למתלונן בהגנתו מפני האישום בו הואשם, הועלתה כבר בשלב המשפט, ואינה טענה העולה לראשונה במסגרת הבקשה למשפט



החוזר. המדינה ביקשה לדחות טענה זו בבית המשפט המחוזי (ראו סיכומי המאשימה מיום 19.3.2003, עמוד 75; סיכומי ההגנה, עמודים 78-81). עורך-דין אביטל אף חזר על הטענה שהמתלוננת לא הגיעה מרצונה החופשי לתת עדות במשטרה אלא רס"ר אשכנזי הוא שביקש מסרוסי להביא את המתלוננת (עמוד 82 לפרוטוקול). כן נטען כי היו למתלוננת קשרים אישיים עם המתלונן, מעבר לקשרי עבודה, ולכן היה לה אינטרס לעזור לו (עמוד 83 לפרוטוקול). הטענה כי תלונתה של המתלוננת סיעה למתלונן במשפטו, והקשר שבין מועד הגשת התלונה על ידה לבין אירוע הירי, הועלו גם בערעור שהגישו המבקשים לבית משפט זה. כך גם הטענה בדבר שקריה של המתלוננת לגבי אופן הגעתה לתחנת המשטרה. משכך, אין בטענות אלו בסיס להצדיק מתן החלטה על קיומו של משפט חוזר.

67. הנה כי כן, במקרה דנא הראיות החדשות שהציגו באות-כוח המבקשים אינן עומדות במבחן שקבעה הפסיקה בנוגע להתקיימות העילה הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, שכאמור בבסיסה עובדות וראיות חדשות במידה, כך הפסיקה, שבהאספן יהוו משקל סגולי תומך בעל משמעות, שכן הלכה פסוקה היא כי אין די בהצגת ראיות חדשות כדי לבסס עילה לקיים משפט חוזר, אלא שנדרשות ראיות חדשות בעלות אמינות לכאורית המצדיקה שקילתן מחדש לצד מערכת הראיות שהוצגה בפני הערכאה הדיונית, אשר יש בהן כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט (ראו למשל, מ"ח 1564/12 פרח נ' מדינת ישראל (4.8.2013)). כאמור, לא די בראיה ההופכת עצמה בפי הטוען, לראיה. יש צורך בביסוס עובדה או ראיה אשר יש בה אמינות לכאורית. הראיות החדשות שהוצגו אינן עומדות בדרישת "האמינות הלכאורית" לגביה עמדתי בהרחבה, ואין בהן, בהתחשב במערכת הראיות שהוצגו בפני הערכאה הדיונית, פוטנציאל לשינוי תוצאת פסק הדין שניתן. ונוסיף, באשר ל"אמינות הלכאורית" הדרושה כאמור, שקשה לייחס אותה לתוכן דבריו של המתלונן בתצהירו מיום 16.7.2003, ובפגישה של נציגי הסנגוריה הציבורית עימו בשנת 2008. נוכח שינוי גרסתו של המתלונן מאז העיד בבית המשפט, כאשר עדותו הייתה מהימנה על שופטי ההרכב, הרי שעל המבקשים מוטל נטל כבד במיוחד, בבואם להסתמך על דבריו של המתלונן בתצהירו ובשיחה שנערכה עימו בשנת 2008, על מנת להוכיח שבפעמים אלו דיבר המתלונן אמת. המתלונן לא הסביר את השינוי בגרסתו, ואף לא סיפק הסבר לשינוי במסירת גרסתו החדשה - רק לאחר הרשעת המבקשים ואיב - עובדה הפוגמת כשלעצמה באמינות דבריו. בנוסף, המבקשים עצמם סיפרו שתצהירו של המתלונן ניתן רק בעקבות מפגש של המתלונן עם מרק בין כתלי הכלא (ראו פסקה 13 לעיל, והשוו מ"ח 6295/12 בראל נ' מדינת ישראל (25.7.2013)).

68. דברים דומים עולים בהקשר לדבריו של שיקגו בפגישותיו עם החוקר מטעם הסנגוריה הציבורית. לא ברור מדוע החליט שיקגו לדבר כעבור זמן דווקא בשנת 2011, לאחר שקודם לכן בחר לשתוק על דוכן העדים בבית המשפט, או שהשיב כי אינו זוכר דברים עליהם נשאל לאחר שהוכרז "עד עוין" (ראו עמודים 27-33 לפרוטוקול



מיום 2.12.2002). בנסיבות אלו אין לתמוה כי עורך-דין אביטל החליט לוותר על חקירתו של שיקגו משום שלא ראה בכך כל תועלת. שיקגו והמבקשים לא סיפקו הסבר מניח את הדעת לשינוי הגרסה, באופן המעורר תהיה לגבי התועלת שצמחה או תצמח לשיקגו מהעלאת הדברים בשלב כה מאוחר. לגופם של דברים, גרסתו של שיקגו לפיה לא שמע דבר ולכן לא יתכן שהמתלוננת נאנסה, אינה מהימנה ומופרכת על פניה, שכן שיקגו מסר במשטרה שישן בקומה העליונה של מכון הליווי בזמן הרלוונטי, ולכן העובדה שלא שמע דבר אין משמעה שאירוע האינוס לא קרה. מכאן שדבריו של שיקגו לחוקר מטעם הסנגוריה הציבורית אינם מעלים ואינם מורידים לגופם של דברים.

69. יש לזכור בהקשר זה את השתלשלות העניינים שהובילה להגשת כתב האישום בגין אירוע האינוס: כאמור, חקירת אירוע האינוס החלה בעקבות דברים שאמר המתלונן בחקירתו במשטרה בעקבות אירוע הירי. קריאת הדברים מעלה כי המתלונן השיב בשלילה לשאלת החוקר האם המבקשים פגעו בו, אבל הוסיף כי פגעו בבחורה. החוקר שב לעניין זה לאחר שאלות נוספות וביקש מהמתלונן להסביר את דבריו. אז תיאר המתלונן אירוע שקרה בדירת המבקשים אליה הוזמנה המתלוננת, וכשחזרה בוכה, סיפרה לו שאנסו אותה שם. בעימות מול ניקולאי סיפרה המתלוננת שהמפגש הראשון שלה עם המבקשים היה בדירתם והפרידה אירוע זה מאירוע האינוס עליו התלוננה (ת/9). כאמור, המתלונן לא מסר פרטים על אירוע האינוס נשוא כתב האישום. בנסיבות אלו, המסקנה המתבקשת היא כי תיאורית הקנוניה עומדת על משענת קנה רצוף.

כך או כך, משקלן של הראיות החדשות, בהתחשב במכלול הראיות בתיק, אין בו את "המשקל הסגולי" שכשיאסף יהפוך למסה קריטית משמעותית הנדרש כדי להצדיק עריכת משפט חוזר. זאת בשל חוסר המהימנות של הראיות החדשות הללו, בהתחשב עם חומר הראיות ששימש להרשעת המבקשים. לפיכך, אין בראיות החדשות כדי להקים עילה למשפט חוזר.

משהגעתי למסקנה שאין בראיות החדשות כדי להוות עילה למשפט חוזר, בין משום שחלקן הוצגו בפני הערכאות הקודמות שדנו בהן, ובין משום שאין הן עשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקשים. יש לבחון האם מתקיימת העילה של חשש ממשי שנגרם למבקשים עיוות דין המצדיק להורות על קיומו של משפט חוזר.

חשש של ממש לעיוות דין

ניגוד עניינים

70. כזכור, באות-כוח המבקשים התייחסו בטענותיהן לעיוות דין שנגרם למבקשים במשפט בשל ניגוד העניינים בו עמוד 28



היה מצוי עורך-דין אביטל, סנגורם. ראשית אציין את המובן מאליו: העובדה שאופן ניהול הגנתם של המבקשים בידי עורך-דין אביטל לא הביא לזיכויים, כפי שקיוו, אינה מקנה להם זכות לשוב ולנסות את מזלם, שמא הפעם ייטב גורלם (מ"ח 4512/99 אייזין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 357, 384-385 (1999)). אכן, אפשר שניתן היה לנקוט קו הגנה שונה, להביא עדים אחרים או נוספים ולהציג לעדים שאלות שונות או נוספות, אך אין בכך משום עילה למשפט חוזר (עניין עמיאל, עמוד 310). ההחלטה המאפשרת לקיים משפט חוזר אינה יכולה להישען, אפוא, אך ורק על המסקנה כי בהליך המקורי נפלו פגמים, אלא נדרש "חשש ממשי" כי פגמים אלו היו כה חמורים, עד כדי הרשעת אדם שלא פשע (ראו למשל, מ"ח 7661/04 ברהום נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.10.2004)). לפיכך, נדרש לבחון האם אופן ניהול ההגנה על ידי עורך-דין אביטל ועורכי-הדין ממשרדו היה כזה שגרם למבקשים עיוות דין.

ניגוד עניינים ומעורבות סרוסי

71. אשר לטענות בדבר פגמים בהתנהלותו של עורך-דין אביטל, לרבות קשריו עם סרוסי, אציין כבר עתה כי העובדה שעורך-דין אביטל הכיר את סרוסי הועלתה בעת עדותו של סרוסי ובית המשפט המחוזי היה מודע לדבר היכרותם הקודמת. מכל מקום, ואף אם קשרים אלו חרגו מיחסי עורך-דין-לקוח, כפי טענת המבקשים, עדיין אין בכך כדי להצביע על קשירת קשר להכשלת הגנת המבקשים, ובוודאי שלא על מניע לכך. השתלשלות העניין מוכיחה את ההפך: עורך-דין אביטל ניסה להגיש את תצהיר המתלונן בטרם גזר בית המשפט את דינם של המבקשים; כמו כן, עורך-דין אביטל עמד במכתבו לסנגוריה הציבורית על כך שעשה ככל יכולתו לחלץ מסרוסי אישור על הפללת המבקשים ואיב, ואף הצביע על פעולות נוספות שעשה כדי לנסות לבטל את הרשעת המבקשים. אציין כי להסתבכותו הפלילית של עורך-דין אביטל אין כל קשר למקרה דנא, ולכן אין בה כדי להשליך על התנהלותו במקרה זה. אוסיף בהקשר זה כי דבריו של חן בנוגע לקשרים של עורך-דין אביטל וסרוסי מעלים תהיות בנוגע לאינטרס של חן לספר את שסיפר לסנגוריה הציבורית ובנוגע לאמינות דבריו.

אשר לטענות בדבר ייצוג המבקשים ואיב במשותף, אציין כי האחרונים נקטו קו הגנה אחיד שלפיו הכחישו את כל המעשים שיוחסו להם. בנסיבות אלו, וגם אם לאחר עדותו של המתלונן אפשר שצריך היה להפריד את הייצוג בשל ניגוד העניינים בין הנאשמים, לא ניתן לומר כי נגרם למבקשים עיוות דין כתוצאה מייצוגם במשותף, ומכל מקום, אין בכך כדי להצדיק קיום משפט חוזר בעניינם.



כשל בייצוג

72. אשר לטענת הכשל בייצוג, הרי שגם אם אכן כשל עורך-דין אביטל, ואיני סבורה כך, בכך שלא הגיש את הודעות המתלוננת וראיות נוספות, ובכך שנמנע מלשאול את שיקגו ואת סרוסי שאלות, כטענת המבקשים, עדיין אין בכך כדי להצביע על עיוות דין כלשהו שנגרם להם. אכן, כשל בייצוג הוא אחד הפגמים הדיוניים אשר עשויים להצדיק עריכת משפט חוזר. כשל בייצוג עשוי לבסס בנסיבות מסוימות טענה של עיוות דין בבקשות למשפט חוזר, אף אם לא הוכח שלולא כשל זה הייתה תוצאת המשפט משתנה בהכרח לטובת הנידון. ואולם, במקרה דנא אין בטענות שהעלו המבקשים בנוגע לאופן חקירתו של עורך-דין אביטל, כמו גם בנוגע להגשת מסמכים כאלו ואחרים כדי להצביע על התרשלותו של עורך-דין אביטל, ואפשר שאופן ניהול המשפט בעבר נבע מטעמים טקטיים או אחרים (השוו: עניין סביחי, עמודים 669-670; עניין מאיר, פסקה 15). מעיון בהודעות המתלוננת נראה כי הגשת לא הייתה מועילה להגנה אלא להפך, זאת משום שגרסתה, עליה חזרה בעדותה במשפט, וכפי שקבע בית המשפט בשתי ערכאות, הייתה עקבית וקוהרנטית. כך, גם לא מצאתי כי יש בחומר החקירה שלא הוגש במהלך המשפט כדי להקים כשל בייצוג המבקשים, אזכיר שוב בהקשר זה כי טענת עלילת השווא לא נולדה במסגרת הבקשות דנן. במהלך המשפט ובסיכומים טענה ההגנה כי סיפור האונס "נולד" במסגרת קנוניה שמטרתה לחזק את מעלליהם של הנאשמים ולמזער את חומרת מעשיו של המתלונן – מבצע הירי (עמודים 79-83 לפרוטוקול מיום 19.3.2003). בנוסף, לאחר הבאת ראיות התביעה טען עורך-דין קראוס ממשד עורך-דין אביטל כי אין להשיב לאשמה לגבי איב ומרק בכל הנוגע לעבירת הסחיטה באיומים, אך בית המשפט דחה את הבקשה. נמצא כי המבקשים לא הראו כי טענותיהם באשר לכשל בייצוג מקימות, כשלעצמן או בצירוף הטענות האחרות, את החשש הממשי לעיוות דין הנדרש בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט. משכך, אף דין טענה זו להידחות.

73. יתרה מכך, אף אם אצא מהנחה שהמתלונן וסרוסי הם שיזמו את הבאת המתלוננת למשטרה, סיפור האינוס עצמו על פי גרסת המתלוננת בבית המשפט הוא שעמד למבחן מול גרסת המבקשים שהכחישו אותו מכל וכול. כזכור, המתלוננת הותירה רושם מהימן ונקבע כי עדותה בדבר אינוסה בידי המבקשים היא עדות מפורטת ועקבית, זאת לעומת הרושם השלילי שהותירו המבקשים בעדותם. מדובר אם כן, בגרסה מול גרסה, המאפיינת בדרך כלל חקירת עבירות מין. חרף המאמצים, לא הצליחו המבקשים לערער את מהימנות עדות המתלוננת בבקשותיהם למשפט חוזר, ומשכך, יש להותיר את הרשעתם בעבירות האינוס על כנה.

74. אכן, כפי שבית משפט זה ציין לא אחת "מערכת המשפט מונעת על-ידי אנשים בשר ודם, וככזאת אין היא חפה מפגמים או מחדלים. אלה מתגלים לא אחת גם בהליך הפלילי, בין אם בחקירה במשטרה ובין אם במשפט גופו. ברי כי פגמים ומחדלים שוליים וקלי ערך אינם מקימים כשלעצמם עילה למשפט חוזר ועל כך אין חולק" (עניין



דיודוב, פסקה 19). הפגמים לכאורה עליהם הצביעו המבקשים באשר לאופן הגנתם במשפט אין להם השפעה על מהלך המשפט ואף לא פוטנציאל לשינוי תוצאתו ולא ניתן יהיה להביא לתיקונם בדרך של משפט חוזר. אף איני סבורה כי קיים "חשש של ממש" כי נגרם למבקשים עוול בהרשעתם באינוס המתלוננת, וכאמור, אין המקרה הנוכחי מצדיק מתן החלטה על עריכת משפט חוזר, גם לא בעילה של "חשש של ממש" לעיוות דין ולא מחמת כשל בייצוג.

סוף דבר

75. סיכומי של דבר, המבקשים לא הוכיחו כי התקיימו בעניינם עילות לקיום משפט חוזר. הם לא הצביעו על אף ראיה או עובדה שעשויה לבדה, או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט, להוביל למסקנות אחרות מאלו שאליהן הגיע בית המשפט המחוזי, או על חשש ממשי לעיוות דין בהרשעתם או על כשל בייצוג. בהקשר זה אין לי אלא להפנות לדבריו של השופט א' א' לוי ז"ל בפסק הדין בערעור של המבקשים ושל איב: "אכן, בתיק מסוג זה, בו מערכת האינטרסים של הצדדים מורכבת, וקיים חשש שלא הכול ידבקו באמת, צריך בית המשפט להתנהל בזהירות כדי שלא תצא מתחת ידו, חלילה, תוצאה שגויה" (ע"פ 10212/03, ע"פ 3352/04, פסקה 7 לפסק הדין). ואכן, בקפידה וזהירות פעלו הצדדים כמו גם הערכאות השונות בכל הנוגע לעניינם של המבקשים, כך ניסיתי לעשות גם אני.

נוכח האמור לעיל, איני סבורה כי המבקשים הוכיחו עילה לקיומו של משפט חוזר ומשכך לא שוכנעתי כי קיים חשש של ממש כי בהרשעת המבקשים נגרם להם עיוות דין. הנני סבורה, כי ההרשעה – בדין יסודה ואין כל צידוק להורות על משפט חוזר.

על בסיס האמור הבקשות לקיום משפט חוזר נדחות.

איסור הפרסום באשר לשמה של המתלוננת יישאר בעינו, באשר לשאר המעורבים צו איסור הפרסום יבוטל.

ניתנה היום, ב' בניסן התשע"ד (2.4.2014).

ש ו פ ט ת

