



מ"ח 234/18 - חוסאם עווד נ' מדינת ישראל

מ"ח 234/18 - חוסאם עווד נ' מדינת ישראל עליון

מ"ח 234/18

חוסאם עווד

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

[22.08.2019]

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר

המבקש:

בעצמו

בשם המשיבה - עו"ד יוסף (ג'ואי) אש

החלטה

1. בפני בקשה להורות על משפט חוזר לפי סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) בעניינו של המבקש, אשר הורשע בבית משפט המחוזי בחיפה בפני הרכב תלתא (השופטים: י' אלרון, מ' גלעד, א' אליקים), ב-תפ"ח 20584-06-09, בעבירות של אינוס - עבירה לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ובעבירה של מעשה סדום - עבירה לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין. במסגרת אותו ההליך המבקש זוכה מהעבירות שיוחסו לו מכוח דיני השותפות (להלן: הכרעת הדין).
2. ערעורו של המבקש לבית המשפט העליון ע"פ 8056/10, נידון על-ידי הרכב השופטים: ע' ארבל, י' עמית ונ' הנדל, ונדחה (להלן: פסק הדין שבערעור).
3. בקשה לדיון נוסף (דנ"פ 8778/12), נדחתה על-ידי המשנה לנשיאה (כתוארה אז) מ' נאור.
4. להלן אביא את הנתונים הדרושים להכרעה בבקשה זו, לעריכת משפט-חוזר.
רקע
5. בתאריך 26.06.2009 הוגש נגד המבקש לבית המשפט המחוזי שבחיפה, כתב אישום המייחס לו מעשי אינוס ומעשי סדום במתלוננת - קטינה, בעת המעשים.



6. על-פי עובדות כתב האישום, בתאריך 18.01.2009 בשעות הערב המוקדמות, נלקחה המתלוננת בניגוד לרצונה מהעיר כרמיאל על-ידי שני אנשים שזהותם אינה ידועה, שהובילו אותה למספר מקומות באזור הכפרים בגליל. במהלך הלילה התאספו מספר גברים שזהותם אינה ידועה, וביניהם המבקש. הגברים והמבקש, כך נטען, ביצעו במתלוננת מעשי אינוס ומעשי סדום. המתלוננת שוחררה לדרכה בתאריך 19.01.2009 לפנות בוקר.

7. כתב האישום הוגש נגד המבקש לבדו, שכן שאר המעורבים היו לא ידועים למאשימה באותה עת. המבקש כפר במיוחס לו, ונשמעו ראיות.

8. אעמוד עתה על מקצת הפרטים, אשר נידונו במסגרת הליך בירור האשמה והוכרעו במסגרת הכרעת הדין ופסק הדין שבערעור, ואשר הם בעלי רלוונטיות לבקשה שבפני:

א) המתלוננת אותרה על-ידי סיור משטרת בתאריך 19.01.09 בשעה 5:00 לפנות בוקר כשהיא צועדת לבדה על כביש עכו-צפת. היא סיפרה לשוטרים כי נחטפה ונאנסה על-ידי בני מיעוטים, ולפיכך נלקחה לתחנת המשטרה ולאחר מכן לבית חולים.

ב) המתלוננת תיארה בפני חוקרת ילדים, ולאחר מכן בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, כי נחטפה סמוך לשעה 17:00 בתאריך 18.01.2009 על ידי שני אנשים, המוכרים לה בשמות: אוסאם ואורסביו, אשר לקחו אותה, בניגוד לרצונה, למספר כפרים ערביים, כאשר בכל כפר הצטרף אליהם זוג נוסף. לבסוף נלקחה המתלוננת על ידי שמונה גברים לחדר אירוח ("צימר") בשוב שזור, שם בוצעו בה מעשי אינוס ומעשי סדום בידי שניים, שאינם אוסאם ואורסביו. לפנות בוקר היא שוחררה לדרכה.

ג) לעניין השתלשלות העניינים בצימר בשוב שזור, המתלוננת תיארה כי בעודה יושבת במכונית, שוחח אחד מהחבורה עם בעל הצימר וביקש ממנו בעברית לשכור את הצימר, לאחר מכן שילם לו ונכנס אל הצימר. הגברים האחרים נכנסו אחריו יחד עם המתלוננת. בתוך הצימר אנסו אותה שני גברים (להלן זוג האנסים האחרון). כמו כן תיארה כי בעודה שכובה על גבה, וראשה בין רגליו של אחד מזוג האנסים האחרון, הצמיד אחד מהם את שדיה, והאחר החדיר את איבר מינו ביניהם, ושפך את זרעו על גופה. כשנשאלה באיזה מיקום על גופה שפך הגבר את זרעו ענתה: "אה...", זה פגע קצת בפה..., אה... ו..., בחזה ובבטן..." (פיסקה 12 לפסק הדין שבערעור).

ד) דגימות דנ"א שנלקחו מגופה של המתלוננת - מטבורה, ומהחלק הפנימי של חזייתה - תאמו את פרופיל הדנ"א של המבקש. כמו כן, אותרה דגימת זרע נוספת בתחתוניה של המתלוננת ונמצא כי מקורה בשני פרטים, כאשר הפרופיל החזק שייך לפלוני, שזהותו לא הייתה ידועה בעת עריכת המשפט, ולגבי הפרופיל החלש נקבע כי לא ניתן לקבוע פוזיטיבית את שייכות המבקש אליו, אך לא ניתן לשלול אותה.

יש לציין כי לימים זוהה אותו פלוני, בעל הפרופיל החזק בדגימת הזרע הנוספת כג'אבר תיתי (להלן: תיתי). אותו תיתי נעצר בתאריך 13.02.2011, הועמד לדין, והורשע על-פי הודאתו בהסדר טיעון ונגזרו עליו 9 שנות מאסר בפועל (תפ"ח (חי') 52466-02-11 מדינת ישראל נ' גבר תיתי (12.09.2011)). כפי שאפרט להלן, לשם תמיכה בבקשתו למשפט-חוזר, המבקש צירף לבקשתו למשפט חוזר, תצהיר של תיתי המתייחס לפרשה.



ה) בבדיקה גופנית אשר בוצעה במתלוננת בבית חולים ע"י ד"ר נסיה לנג (להלן: ד"ר לנג) נמצא פצע שפשוף רגיש מאוד במזלג אחורי של איבר המין. בעניין זה העידה ד"ר לנג בבית המשפט המחוזי כי פצע זה אופייני לטראומה חודרת לנרתיק, והרגישות מלמדת שהטראומה הייתה טרייה.

ו) יש לציין כי במסדר זיהוי תמונות, המתלוננת לא הצליחה לזהות את המבקש, ואף במהלך סיור "הובלה והצבעה", אשר נערך לה עם החוקרים - המתלוננת לא הצליחה להצביע על מיקומו של הצימר. בהקשר זה יש לציין עוד כי בניגוד לאי-זיהוי המבקש על ידי המתלוננת במסדר תמונות, בתקופה מאוחרת למשפטו של המבקש בפני בית המשפט המחוזי, כאשר תיתי הועמד לדין, המתלוננת זיהתה את תיתי כאחד מהמעורבים באירועי הפרשה (ראו פסקה 68 לפסק הדין שבערעור).

ז) המבקש נחקר במשטרה מספר פעמים. בחקירותיו, כפר בביצוע העבירות וטען כי איננו מכיר את המתלוננת. כמן כן, טען כי אינו זוכר מה עשה בליל 18.01.2009. לשאלת חוקרי המשטרה, המבקש השיב כי הוא נוהג ללכת לצימרים בשוב שזור עם בחורה, וטען שהיה שם כ-"חודשיים-שלושה" לפני חקירתו (מועד שאינו תואם את מועד העבירה), וכי שכר את הצימר מאדם בשם מחמוד.

בחקירות מאוחרות יותר נשאל המבקש שוב על מיקום הצימר, והשיב כי אינו זוכר. כמו-כן סירב המבקש למסור את שם הבחורה עמה שהה בצימר, לטענתו - מחשש לחייה.

ח) בהליך המשפטי, אשר התנהל בבית המשפט המחוזי לא חלק המבקש על קביעות מומחי התביעה בעניין ההתאמה בין הדגימות שנמצאו על גופה של המתלוננת לבין פרופיל הדנ"א שלו (ראו פסקאות 113-115 להכרעת הדין), ואולם לגירסת המבקש, כפי שהוצגה לראשונה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, המבקש שהה בליל 18.01.2009 בצימר עם חברתו, קיים עמה יחסים ותאי הזרע שלו, שנותרו במקום על המצעים, או על המגבת, עברו לאחר מכן לחזייתה ולטבורה של המתלוננת שהגיעה למקום לאחר מכן עם האנסים (פס' 137 להכרעת הדין, פס' 23 לפסק הדין שבערעור).

לעניין טענתו של המבקש כי תאי הזרע שלו הגיעו לגופה של המערערת בדרך של העברה כאמור, העיד מטעם ההגנה מר אבנר רוזנגרטן (להלן: מר רוזנגרטן), שטען כי מדובר בתרחיש אפשרי.

ט) עוד באותו הליך, ורק במהלך חקירתו הראשית, ציין המבקש לראשונה את פרטי הצימר ובעליו (פס' 138 להכרעת הדין). בעלי הצימר, אורי ועליזה גבאי, הובאו על-ידי המבקש כעדי הגנה.



מר אורי גבאי העיד כי המבקש טילפן אליו ביום 18.01.2009 בשעה 23:04, פרט הנתמך גם בפלטי התקשורת, בנוגע להשכרת הצימר, וכן כי המבקש שכר אצלו צימר לפחות כ-10 פעמים לפני האירוע, מושא ההליך. עוד העיד מר אורי גבאי כי המבקש זכור לו, שכן לאחריו, איש לא שכר את הצימר במשך קרוב לשלושה חודשים. כמו כן העיד כי בחודש ינואר 2009, לא נוקה הצימר בשל אבל משפחתי על פטירת חותנו.

גב' עליזה גבאי העידה כי היא אחראית על הניקיון של הצימר, וכי הוא יכול להישאר מלוכלך כמה ימים "עד לטלפון הבא". כמו-כן גב' עליזה גבאי שללה בעדותה את האפשרות כי מבקר ייכנס לצימר מבלי שזה ינוקה קודם (פס' 186 להכרעת הדין).

י) בית המשפט המחוזי הנכבד מצא את עדותה של המתלוננת אמינה בכל הנוגע לתיאור האירועים שחוותה בצימר בישוב שזור, ומצא את עדותו של המבקש בלתי אמינה. כמו-כן קבע כי גרסתו של המבקש התפתחה באופן מדורג ומחושב, בהתאם לפרטים אותם סבר שידועים למשטרה, ולא כך נגדם חף מפשע. עוד נקבע כי המבקש נמנע מלמסור פרטים על זירת העבירה בשלב מוקדם יותר, וזאת כדי להכשיל את בירור האמת, וכי החברה אליה מתייחס המבקש, עמה כביכול בילה בצימר באותו ערב, ואשר את פרטיה סירב לחשוף, היא "חברה דמיונית" וכי תשובותיו בעניינה היו מתחמקות ולא אמינות.

יא) בהתייחס לעדותו של מר רוזנגרטן נקבע כי מדובר בחוות דעת עיונית, אשר אינה יכולה לבסס ממצא כלשהו לזכות הנאשם. חוות הדעת מציגה אפשרות של מעבר זרע מגוף אחד לגוף אחר, אך אין בה התייחסות לרמת הסבירות כי מעבר שכזה יתרחש. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי הנכבד הפחית עוד ממשקלה הראייתי של חוות דעת זו, וקבע כי גם אם קיימת אפשרות תאורטית למעבר זרע כאמור מגוף אחד לגוף אחר, התכנות זו נותרת חסרת משקל ראייתי, כאשר המבקש לא איפשר את בדיקתה בדרך הפשוטה ביותר—תחקור חברתו, שהייתה, לטענתו, במקום.

עוד קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי האפשרות התאורטית של מעבר זרע מגוף אחד לגוף אחר נסתרת במקרה זה מחומר הראיות לאור מיקום תאי הזרע, עדות הנאשם, עדות המתלוננות ועדות בעלי-הצימר (ראו פס' 170, ו-183-189 להכרעת הדין).

ארחיב קמעה בתוכן קביעה זו של בית המשפט המחוזי הנכבד, שכן היא רלוונטית ביותר לתוכן הבקשה שבפני: תאי זרעו של המבקש נמצאו בטבור המתלוננת.

מומחה ההגנה, מר רוזנגרטן, הסביר כי יש רק שתי אפשרויות להמצאות תאי זרע של המבקש בטבור המתלוננת: מגע הדוק של גוף המתלוננת עם כתם זרע לח, או מגע בלתי אמצעי בין הגוף לבין נוזל הזרע.

בד-בבד, ד"ר לנג נשאלה, נוכח העובדה שכתמי הזרע שנמצאו על גוף המתלוננת היו יבשים, לגבי הזמן שלוקח בדרך כלל לנוזלים כאלה להתייבש והשיבה כי: "תוך דקות ספורות זה מתייבש באוויר החדר, אלא אם כן הוא מרטיב את גופו. אם הגוף ערום - באוויר זה מתייבש תוך דקות ספורות, 5 דקות, וזה נשאר ככתם דבוק על העור (עמ' 31 שורה 8)" (פס' 173 להכרעת הדין).



שילוב תשובותיה של ד"ר לנג, שלא נסתרו ע"י המבקש בהליך שהתנהל בפני בית המשפט המחוזי, עם תשובות מר רוזנגרטן, הובילו את בית המשפט המחוזי הנכבד לאפשרות אחת ויחידה כי רק מגע תוך דקות ספורות מרגע הפרשת זרעו הלח של המבקש עם טבור המתלוננת יכול להסביר את הימצאות תאי הזרע בטבורה. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי על פי הראיות לא יכול היה להיווצר מגע בין כתם זרע לח של המבקש וטבור המתלוננת, ולכן נותרה רק האפשרות השנייה, עליה הצביע מר רוזנגרטן להימצאות תאי זרע של המבקש בטבור המתלוננת, ולפיה הנאשם שפך ישירות את זרעו על גופה של המתלוננת בדיוק כפי שתיארה בעדותה (פס' 165-174 להכרעת הדין).

יב) בתמצית, בית המשפט המחוזי הנכבד תמך את הרשעתו של המבקש במספר עוגנים: היעלמותה של המתלוננת למשך כ-12 שעות ואיתורה משוטטת לבדה על כביש עכו-צפת; מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת, לרבות התרשמותם של חוקרת ילדים וגורמי הטיפול שסברו כי עברה אירוע מיני קשה; סימני חדירה בגופה של המתלוננת; הימצאות תאי זרע של המערער על גופה ובגדיה של המתלוננת, באופן ההולם את גרסתה בדבר המקום בו שפך האנס את זרעו; הימצאות תאי זרע על תחתוניה של המתלוננת; גרסת המתלוננת בדבר מקום אינוסה בצימר ביישוב שזור, המתיישבת עם גרסת המערער לעניין הימצאותו בצימר ביישוב שזור באותו הלילה ועם שיחת הטלפון בינו לבין בעל הצימר; איכנוי שיחות הפלאפון של המערער, אשר מיקמו אותו באזור זירת אירועי האונס; דחיית גרסת המערער לפיה היה עם חברתו בצימר בליל האירוע, נשוא כתב האישום, משהמערער לא הביא את חברתו זו לעדות ולא מסר את פרטיה; ולבסוף, גרסתו הכבושה של המערער שנמסרה באופן חלקי רק בתגובתו לכתב האישום.

9. הקביעות הנ"ל של בית המשפט המחוזי הנכבד ומסקנתו בדבר הרשעת המבקש, אושרו על-ידי ערכאת הערעור, תוך קביעה כי אף אם קיימים "חורים שחורים" כלשהם בגרסת המתלוננת - אין בכך כדי לסייע למבקש, בשים לב לכך שהרשעתו אינה נסמכת על זיהויו בידי המתלוננת, אלא על ממצאים אובייקטיביים, בראשם: הראיה העיקרית בדמות ממצאי הדנ"א (ראו גם פס' 63 ו-75 לפסק הדין שבערעור).

10. לשם השלמת התמונה אוסיף ואציין כי המבקש הגיש בקשה לדיון נוסף, בגדרה טען כי ראיית הדנ"א במקרה דנן אינה מתיישבת עם הגרסה העובדתית של המתלוננת, ובהתאם לכך הגיעה השעה כי תינתן הלכה מנחה לגבי משמעותה של ראיית דנ"א ולגבי המשקל שיש לתת לה ואפשרות ההרשעה על יסודה בלבד, גם שעה שהיא נסתרת מתוך יתר הראיות, או כאשר אין גרסה מבוררת מפי קורבן העבירה.

בקשה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון אף מבלי להידרש לתשובת המשיבות, בנימוק כי אין בפסק הדין שבערעור נופך חדשני, שכן לא חודשה בו הלכה בקשר לראיות דנ"א, וכן כי בניגוד לרשום שעלה מהבקשה לדיון חוזר - פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד ובעקבותיו פסק הדין בערעור, לא נסמכו על ראיית הדנ"א לבדה, אלא שלראיה זו הצטרפו גרסת המתלוננת ושאר העוגנים שנסקרו לעיל, עליהם הסתמך בית המשפט המחוזי הנכבד בהכרעתו.

נימוקי הבקשה למשפט-חוזר

11. המבקש, הגיש את הבקשה למשפט חוזר שבכותרת כשהוא איננו מיוצג והבקשה כתובה בכתב-יד ומנוסחת בלשון שאינה-משפטית. בהתאם לכך, אביא לקמן את טיעוניו בהתאמות מזעריות הנדרשות לשם הבנתם.



12. במסגרת הבקשה, המבקש טוען כי תיאור ההתרחשות, כפי שהוצג על-ידי המאשימה בכתב האישום ואשר על-פיו המבקש הגיע לצימר בשיחת טלפון ביחד עם חבר, הוא "הזוי ופסול" מהטעמים הבאים:
- (א) חבריו של המבקש נחקרו ולא הפלילו אותו;
- (ב) המבקש עצמו משך 200 ₪ בסביבות השעה 11:00 בלילה ולאחר מכן הגיע לצימר, ברם - בגירסת המתלוננת לא עלה כי אחד האנשים משך כסף;
- (ג) מגירסת המתלוננת עולה כי היא הגיעה לצימר עם זוג האנשים הראשון בסביבות השעה 2:00 לפנות בוקר. ברם, מהכרעת הדין ויתר החומרים המשפטיים עולה כי המבקש הגיע לצימר בשעה מוקדמת מכך;
- (ד) למתלוננת יכולת גבוהה לזהות את האנשים ובכל העדויות שלה היא תיארה אותם ואת מעשיהם. ברם, במסדר תמונות היא לא קישרה את המבקש עם האירועים.
13. לגבי ראיית הדנ"א: המבקש טוען כי בהליך שהתנהל בפני בית המשפט המחוזי הנכבד נטען כי נוזל הזרע מתייבש לאחר כמה דקות ספורות, וטענה זו הביאה להיחלשות גרסת המבקש כי תאי הזרע של המבקש הועברו לגוף המתלוננת בצורה עקיפה—מהסדין וכדומה. ברם, המבקש טוען כי לאחר שהרהר רבות בשאלה איך הגיע זרעו אל גוף המתלוננת הוא ביצע ניסוי בעודו יושב בבית הסוהר, במסגרתו שפך את זרעו על מגבת, ולאחר יותר משעה חזר ובדק אם הזרע אכן התייבש, או שמא הוא עדיין רטוב. בניסוי זה המבקש גילה כי הזרע עדיין רטוב וכאשר נגע בו עם אצבעו הנוזל עבר לאצבע בקלילות (להלן: ניסוי המגבת). לאור תוצאות הניסוי, המבקש, אשר ידו קצרה מלהשיג חוות דעת שתוכיח את ממצאי הניסוי, מבקש את עזרת בית המשפט.
- זאת ועוד, המבקש מציין כי היו מקרים בהם אנשים היו נכנסים לצימרים בשוב שזור ללא ידיעת בעלי הצימרים. עובדה זו יכולה להסביר, לטענתו, את היעדר התמיכה לגירסת המבקש בעדותם של בעלי הצימר, לעניין הגעתם של האנשים לאחר שהמבקש כבר עזב את הצימר.
14. בנוסף, המבקש מציין כי נפגש לראשונה עם תיתי בבית הסוהר, ורק שם יצא לו להכירו ולדבר עמו. בעקבות שיחה זו, תיתי הסכים למסור תצהיר באמצעות עו"ד של המבקש בדבר ההתרחשויות באותו הלילה. ברם תצהיר זה, אשר הוכן בתאריך 13.06.2012, לא הוגש לבית המשפט מסיבות שאינן ברורות למבקש (יש לציין כי ערכאת הערעור הוציאה את פסק הדין בתאריך 19.11.2012 וישיבת ערכאת הערעור התקיימה בתאריך 30.01.2012).



בהמשך לדברים אלו, לבקשה צורף תצהירו של תיתי, אשר בו מפרט תיתי כי ביום 19.01.09 (ייתכן והכוונה הייתה ליום 18.01.09) בסמוך לשעה 17:00 פגש בחורה בקניון בכרמיאל, אשר מסרה לו כי היא בת 18. לאחר שנסעו למספר מקומות ביחד, ובדרך אף פגשו בשוטרים שביקשו מתיתי תעודת זהות וכן שאלו את הבחורה לגילה - זו השיבה כי היא בת 18 (ולאחר מכן ביקשו מהבחורה תעודת זהות, אך היא ענתה כי שכחה את התעודה בבית), הם קיימו יחסי מין בהסכמה בתוך הרכב. לאחר מכן תיתי הוריד את הבחורה בכניסה למושב שזור, משם היא התכוונה להמשיך לנסוע לצפת. מאוחר יותר באותו היום, בסמוך לשעה 20:30 כאשר תיתי חלף בצומת שזור והיה עם אשתו ברכב, הוא הבחין בבחורה בצד השני של הכביש לכיוון כרמיאל. כמו-כן תיתי מפרט כי הפעם הראשונה בה ראה את המבקש הייתה באגף החינוך שבבית הסוהר, ולאחר שאסיר אחר הכיר ביניהם. עוד מצוין תיתי כי הוא הודה בכתב האישום המתוקן כי ביצע את המעשים בצוותא עם אחרים וביניהם המבקש, מתוך ציפייה להקלה בעונש תוך כדי מו"מ לעסקת טיעון, וכי הוא קיים עם המתלוננת יחסי מין פעם אחת בלבד, ולבדו, מבלי שנכחו אחרים, ובוודאי מבלי שהמבקש נכח, שהרי אותו כלל לא הכיר לפני שנפגשו כאמור, רק בבית הסוהר.

15. עיקרם של דברים, המבקש טוען כי ראוי שבית המשפט הנכבד יבחן תרחישים אחרים, נוספים על אלה שתיארה המאשימה, וכן יבדוק את טיעוני המבקש לעומקם, ואם יתברר כי המבקש צודק בטיעוניו, אזי תתקבל בקשתו למשפט חוזר.

עמדת המשיבה

16. לשיטת המשיבה, הבקשה אינה מבססת כל עילה למשפט-חוזר. בחלקה חוזרת הבקשה על טענות שהועלו ונדחו, ובחלקה מעלה טענות חדשות ללא כל ביסוס ראיתי.

17. בפרט, המשיבה טוענת לעניין ניסוי המגבת כי הערכאה הדיונית עסקה בנושא שניסוי המגבת (שנערך כאמור לאחר מתן פסק הדין) ביקש להדגים, ושמעה עדים בסוגיה (עדויות של ד"ר לנג ומר רוזנגרטן). בהתאם לכך מדובר בהכרעה עובדתית של הערכאה הדיונית, אשר התקבלה לאחר שמיעת עדים מומחים. "הניסוי" שאותו ערך המבקש (לטענתו) ואשר אינו עומד בשום סטנדרט ראיתי מינימאלי - איננו יכול להוות עילה לעריכת משפט-חוזר לאור קביעתה האמורה של הערכאה המבררת ומסקנתה כי רק מגע תוך דקות ספורות מרגע הפרשת הזרע של המערער עם גופה של המתלוננת יכול היה ליצור את כתם הזרע שהיה על גופה, וכי גרסתו של המבקש אינה מתיישבת עם מסקנה זו.

מעבר לכך, המשיבה מדגישה, ולטענתה אף למעלה מן הצורך, כי שלילת גירסת ההגנה של המבקש לא נסמכה על הקביעה בדבר מהירות התייבשות נוזל הזרע לבדה, אלא על קביעות נוספות המבוססות על חומר הראיות שהוצג, ובכלל זה: עדות בעל הצימר (מר אורי גבאי), אשר העיד כי המבקש שכר את הצימר בסמוך לשעה 23:30 בליל 18.01.09, וכי לאחר מכן אף אדם לא שכר את הצימר במשך שלושה חודשים; עדות בעלת הצימר (גב' עליזה גבאי), אשר שללה את האפשרות שמבקר יכנס לצימר לפני שהצימר ינוקה; קביעות הערכאה הדיונית בקשר למהימנות המבקש וגרסתו הכבושה והמתפתחת, כמו גם סירבו העיקש להביא את חברתו, אשר כביכול שהתה עמו בצימר (ועמה קיים יחסים). עוד נקבע כי באף אחת מהתנחות שתיארה המתלוננת לא התקיים מגע בין בטנה לבין הסדין באופן אשר מאפשר מעבר נוזלים מהמיטה לטבורה של המתלוננת, ברם המיקומים בהם שפך האנס את זרעו על גופה לפי גרסת המתלוננת, תואמים לאלו שבהם נמצא כתם זרעו של המתלונן.

18. המשיבה טוענת גם, כי המבקש מעלה בבקשתו לראשונה טענה בדבר אפשרות תאורטית של כניסת האנסים לצימר ללא רשות וללא ידיעת בעלי הצימר. ברם טענה זו לא הועלת בשלב אשר איפשר את בדיקתה אל מול הגורמים הרלוונטיים (בעלי הצימר) ודי בכך לשם דחייתה. מעבר לכך, לגוף הטענה, הרי שהמתלוננת העידה כי אחד האנסים התקשר לבעל הצימר, דיבר אותו בעברית ולאחר מכן שילם ונכנס לצימר. מכאן שיש לדחות טענה זו גם לעיצומה.



19. לעניין התצהיר של תיתי, אשר צורף לבקשה: המשיבה טוענת כי מהפן הפרוצדוראלי, תצהיר זה אינו יכול לבסס בקשה למשפט חוזר, שכן תאריך התצהיר ותוכן הבקשה למשפט-חוזר מלמדים כי אין מדובר בראיה חדשה, אלא כי המסמך נערך עוד לפני מתן פסק הדין בערעור. המבקש לא מספק הסבר מדוע לא ביקש להגיש את המסמך במסגרת הערעור, ודי בכך, לטענת המשיבה, כדי לדחות את טענת המבקש בעניין זה.
- מעבר לכך, המשיבה מפנה להוראת תקנה 4(א) לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), תשי"ז-1957, הקובעת לעניין בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט, כי: "בקשה תוגש תוך תשעים יום מן היום בו נודע למבקש על קיום אחת העילות האמורות בסעיף 9(א) לחוק".
- מעבר לאמור בפן הפרוצדוראלי, הרי שבפן המהותי - אין בתוכן תצהירו של תיתי, לגישת המשיבה, כדי לסייע למבקש: לא הובהר אם אותה "בחורה" המוזכרת בתצהיר היא המתלוננת וכן לא מפורט מה ארע לאחר המפגש של תיתי עם אותה הבחורה. מעבר לכך, גם אם נניח כי מדובר במתלוננת, מדובר למעשה, לכל היותר, בתחילת גרסתו של תיתי לפיה קיים עם המתלוננת יחסי מין בהסכמה. טענה זו מצדו של תיתי מהווה סתירה להודאתו של תיתי בפני בית המשפט המחוזי הנכבד בכתב אישום מתוקן, אשר ייחס לו מעשה סדום בקטינה שלא בהסכמתה החופשית. כמו-כן, ערכאת הערעור התייחסה, בפסקה 71 לפסק הדין שבערעור, לטענתו של תיתי בדבר קיום יחסי מין עם המתלוננת בהסכמה (כפי שהועלתה על ידי תיתי בפני שירות המבחן, לאחר שהורשע), וגם מטעם זה לא ניתן לראות בתצהיר של תיתי "ראיה חדשה" שיש בה כדי לבסס עילה למשפט-חוזר.
20. בכל הנוגע ליתר טענות המבקש, המשיבה טוענת כי מדובר במיחזור טענות שכבר נטענו ונדחו בערכאות הקודמות שדנו במכלול, ואין בהן כדי לבסס עילה למשפט חוזר.
- תגובת המבקש
21. המבקש שלח בקשה למתן רשות להגיב לתגובת המשיבה לבקשה, וכן בחלוף חודש, שלח כתב-תגובה בן ארבעה עמודים, כתוב בכתב ידו. בתגובתו, מסכים המבקש עם המשיבה כי חלק מטענותיו הן טענות ממוחזרות, כלשונו, אך הוא גורס כי טענות אלו מתחזקות לאור הטענות החדשות שבבקשתו.
- בפרט, מפנה המבקש שוב לתפקיד המהותי אשר ראיית הדנ"א שימשה בהרשעתו, וכן להכרה בחשיבות ענין זה בכתב תשובתה של המשיבה לבקשה למשפט-חוזר. ברוח זו, המבקש מפנה עוד לפסקה 38 לפסק הדין שבערעור, בה נאמר כי שילוב תשובותיהם של ד"ר לנג ומר רוזנגרטן מוביל למסקנה כי העברת זרעו של המבקש לגוף המתלוננת יכולה היתה להתרחש רק בתוך דקות ספורות מעת שפיכת הזרע. בד בבד, בית המשפט מציין כי אין ספק כי עברו יותר מדקות ספורות בין החילופים לכאורה בצימר בין המבקש והאנסים, ומכאן שבית המשפט מסיק כי תאי הזרע הועברו במגע ישיר, ולא כתוצאה ממגע עם מגבת או סדין, אשר נשארו בצימר ושימשו את האנסים אחרי שהמבקש כבר עזב את המקום.
- המבקש טוען כי מסקנה זו של בית המשפט התבססה על חוות הדעת של ד"ר לנג כי נוזל הזרע מתייבש בתוך דקות ספורות. דא-עקא, לטענת המבקש חוות דעת זו נסתרת בניסוי המגבת. בהמשך לכך, המבקש פונה בשנית לעזרת בית המשפט לשם השגת חוות דעת חדשה, אשר תוכיח את צדקת טענתו.



22. לעניין תצהירו של תיתי, אשר צורף לבקשה, המבקש חוזר על כך שהתצהיר לא הוגש בעבר מסיבות שאינן ברורות לו, אך הוא "רואה לנכון כי שבית המשפט ייחשף לתצהיר על מנת להגיע לחקר האמת", וכי תצהיר זה נותן "נקודת ראות נוספת" להשתלשלות האירועים.

התוספת לבקשה למשפט חוזר

23. בתאריך 08.07.2019 המבקש הגיש "תוספת בקשה למשפט חוזר" (להלן: התוספת לבקשה), בגדרה הוא ביקש לחדד נקודה העולה לטענתו מכתב האישום של תיתי (אשר הוגש במסגרת תפ"ח (חי') 52466-02-11 מדינת ישראל נ' גבר תיתי (12.09.2011)) ואשר סותרת לטענתו את דבר הרשעתו. המבקש טוען כי בכתב האישום של תיתי נאמר כי המתלוננת נחטפה מכרמיאל בשעה 17:00 ומשם נלקחה לכמה כפרים בגליל ושם נאספו עוד גברים, בהם תיתי והמבקש, ויחד ביצעו במתלוננת מעשי אינוס באחד הכפרים. המבקש טוען כי כתב האישום של תיתי לא כלל מעשים כלשהם בצימר, ברם המבקש הורשע על סמך ראיית הדנ"א בגין מעשים אשר נעשו בצימר, וזוכה מכל העבירות שנעשו מחוץ לצימר. המבקש טוען עוד כי סתירה זו הקיימת לטענתו בין כתב האישום של תיתי והרשעתו של המבקש, רק מחזקת את טענתו כי מעולם לא נפגש עם תיתי מלבד בבית הסוהר.

בהמשך לכך, במסגרת התוספת לבקשה, המבקש משלים, לטענתו, את "החלקים החסרים בפאזל": המבקש טוען כי בהליך שהתנהל בפני בית המשפט המחוזי התברר כי המבקש משך סכום של 200 ש"ח והתקשר למר אורי גבאי (הבעלים של הצימר) ושכר אצלו צימר יחד עם חברתו שכונתה בהליך הנ"ל "החברה המסתורית". המבקש טוען כי זה היה קרוב לשעה 11:15, וכי בסביבות השעה 00:30 המבקש יצא מהצימר ושם את המפתח בארון החשמל כמו שסוכם עם אורי, ומשם החזיר את חברתו הביתה ונסע משם חזרה לביתו (ראו גם בהכרעת הדין, פסקה 20 [קו ההגנה המרכזי של הנאשם מצמצם מאוד את המחלוקת. הנאשם מאשר כי בילה באותו לילה בסמוך לאחר חצות יום 19.1.09 ביחד עם חברתו בצימר בשזור השייך למר אורי גבאי. חיזוק לטענתו הוא מוצא בעובדה כי ביום 18.1.09 בשעה 22:59 נמשך מחשבונו באמצעות כספומט בכפר ראמה סכום של 200 ש"ח (נ/13) וכי בחלוף 5 דקות בשעה 23:04 בוצעה שיחה ממכשיר הפלאפון שלו עם בעל הצימר בשזור מר אורי גבאי (נ/7). לטענת הנאשם לאחר מכן הוא שהה בצימר עד השעה 00:30 לערך.]).

בהמשך לכך, המבקש טוען בתוספת לבקשה כי בגרסתה במשטרה המתלוננת נשאלה באיזה שעה הגיעה לצימר, והשיבה כי הגיעה בשעה 02:00 וכי ידעה זאת כי הסתכלה בשעון שבפלאפון. לאור האמור, המבקש טוען כי אם המתלוננת נכנסה לצימר בשעה 02:00, והמבקש עזב בסביבות השעה 00:30, סביר כי הדנ"א של המבקש עבר מהמצעים/מגבת בהם השתמש המבקש בצימר לגופה של המתלוננת, ובכך גרסתו הינה ריאלית והגיונית יותר, לאחר שהדנ"א (הזרע) נשאר לתקופה ארוכה.



המבקש טוען עוד בתוספת לבקשה, כי בשיחה עם אחראית המעבדה באבו-כביר הוא "שאל לגבי התייבשות הדנ"א", וזו ציינה כי "קיימים דברים לא ברורים" ובכדי לעזור למבקש, המבקש אמור לשלוח דרך עו"ד ולמייל של היועצת המשפטית באבו-כביר, את ראיית הדנ"א עם כל ההסברים, על מנת לערוך לו חוות דעת מעמיקה ומקצועית. המבקש טוען כי בהיעדר עו"ד (המבקש מייצג את עצמו), ברצונו לקבל את עזרת בית המשפט, אשר יורה לפרקליטות לשלוח למבקש את ראיית הדנ"א לבדיקה חדשה שתערך במעבדה באבו-כביר, בנוסף "לבדוק ראיית הדנ"א מבחינת האתרים כלומר לבדוק יותר אתרים, זאת ולאחר שנפסלה ראיית דנ"א של המבקש במסגרת ניהול התיק" (כך במקור).

דין והכרעה

24. לאחר שעיינתי בבקשה, בתגובת המשיבה לה, בכתב התשובה מצד המבקש לרבות התוספת לבקשה, ובחומרים שצורפו לכל הנ"ל - הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. אביא את הנימוקים לכך מיד בסמוך.
25. בבסיס הסמכות לקיומו של משפט חוזר עומדת השאיפה ליצירת איזון בין: ערך חשיפת האמת ומניעת הרשעות שווא, תוך הכרה בכך שככל מערכת אנושית, גם מערכת המשפט איננה חפה מטעויות; לבין: עקרון סופיות הדיון, המבטא את הצורך בוודאות הפסיקה וביציבותה, ואשר בבסיסו ההנחה כי פסק הדין, מושא הבקשה, ניתן כדין והוא נכון (ראו: מ"ח 6756/17 אחמד עווד נ' מדינת ישראל (27.11.2018) (להלן: עניין אחמד עווד); מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 334 (1997) (להלן: עניין עזריה)).
26. משפט חוזר הינו איפוא הליך חריג וייחודי, אשר בקשות לקיימו מאושרות באופן מצומצם ובמשורה (ראו: עניין אחמד עווד, בפסקה 11; מ"ח 1632/16 שלום נ' מדינת ישראל (07.09.2017) (להלן: עניין שלום), בפסקה 23; מ"ח 6234/17 פלוני נ' מדינת ישראל (11.01.2018), בפסקה 24). בקשה למשפט חוזר איננה לפיכך בבחינת "ערעור נוסף", ומוסד זה איננו קיים לשם דיון-חוזר בטענות, אשר נדונו כבר על ידי הערכאות הקודמות שדנו בתיק (ראו: עניין שלום), בפסקה 23; מ"ח 7305/17 אוחנה נ' פרקליטות מחוז ירושלים (23.01.2018) (להלן: עניין אוחנה), בפסקה 17).
27. לאור עקרונות אלו יש לציין כבר בראשית הדיון כי מרביתן של טענות המבקש הן טענות, אשר הועלו כבר בערכאות קודמות, נידונו על-ידן והוכרעו. ואכן גם המבקש עצמו מודה בבקשתו (סעיף 2 לכתב תשובת המבקש מתאריך 21.08.2018), כי לפחות חלק מטענותיו ממחזרות טענות, אשר נטענו בעבר, אלא שהמבקש עותר לבחינת החוזרת לנוכח שתי טענות-ראייתיות, שהן חדשות לכאורה לטענתו: ניסוי המגבת והתצהיר של תיתי.
28. בטרם אכריע בגופן של שתי טענות אלו, ובהשפעתן על שאר טענות המבקש במכלול, יש לציין כי על המבקש לקיים משפט חוזר להניח תשתית ראייתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (ראו: עניין אחמד עווד, בפסקה 11; מ"ח 4075/17 דראגנה נ' מדינת ישראל (24.01.2018) (להלן: עניין דראגנה)).
29. סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט קובע ארבע עילות למשפט חוזר ומורה שזה יכול להינתן אם:



- (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.
- בחינתה של הבקשה, שאינה כתובה בצורה משפטית, אל מול פני ארבע העילות הנ"ל מוביל לסיווג הבקשה כמתיימרת לחסות בצילה של העילה הקבועה בסעיף 31(א)(2): "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון" (להלן: עילת העובדות והראיות). בהתאם לכך קריטריון הבחינה לשם הכרעת הבקשה תהיה עמידת הבקשה בתנאי עילה זו.
30. לגבי עילת העובדות והראיות נקבע בפסיקה כי אותן ראיות או עובדות, אשר בכוחן להביא להוראה בדבר משפט חוזר - צריכות להיות כאלו אשר הן בעלות "משקל סגולי", אם כשלעצמן, ואם בהצטרפותן לראיות על פיהן הורשע המבקש, אשר יש בו כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט (ראו למשל: עניין עזריה; עניין אוחנה, בפסקה 18)).
31. כפי שאפרט מיד בסמוך - בחינת ניסוי המגבת והתצהיר של תיתי על פי אמות המידה, אשר הוכרו בפסיקה כמצדיקות עריכת משפט חוזר בשל עילת העובדות והראיות, מלמדת כי הראיות האמורות אינן נכנסות בגדר עילה זו, הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. עתה ארחיב ואנמק.
32. לעניין ניסוי המגבת, מדובר בניסוי, אשר נעשה לכאורה על-ידי המבקש בעצמו ואינו יכול להיחשב כלל כראיה או כעובדה במובן הנדרש לשם עריכת משפט חוזר. בהקשר דומה נפסק כבר בעבר אגב דיון בבקשה למשפט חוזר מכוח עילת העובדות והראיות כי: "טענות סתם אינן 'עובדות או ראיות', שיש בהן כדי להצדיק את עריכתו של משפט חוזר" (ראו: מ"ח 1097/99 בר נוי נ' מדינת ישראל (10.03.1999), בפסקה 4). וכן נקבע בעבר כי: "לא די בטענה ההופכת עצמה בפי הטוען, לראיה. יש צורך בביסוס עובדה או ראיה אשר יש בה אמינות לכאורית" (עניין עזריה, בפסקה 35).
33. למעלה מן הצורך אוסיף כי בית המשפט המחוזי הנכבד ציין בהכרעת הדין נימוקים נוספים לקביעתו כי זרעו של המבקש הגיע לגוף המתלוננת בצורה ישירה, וכי לא מדובר "בצירוף מקרים". בין נימוקים אלו, ניתן לציין את העובדה שכתמי זרעו של המבקש נמצאו במקומות בהם המתלוננת העידה שהאנס שפך את זרעו (ראו: פסקאות 163, 98 להכרעת הדין); התנוחות בהן נאנסה המתלוננת אינן מתיישבות עם תאוריית העברת תאי הזרע לטבורה של המתלוננת (ראו: פסקה 139 להכרעת הדין); לא נמצאו עליה כתמי זרע של אנסים אחרים (ראו: פסקה 163 להכרעת הדין); לא נמצאו כתמי זרע על גב המתלוננת או חלקי גוף אחרים שבאו במגע עם הסדין, שם היה מצופה למצוא כתמים נוספים שמקורם בהעברה מכתם קיים שהושאר על מצעי המיטה בידי המבקש (ראו: פסקאות 139, 98 להכרעת הדין);



בנוסף, המסכת העובדתית של המבקש, אשר כוללת קיום יחסים שלו עם מי שתוארה ע"י המבקש כחברתו (ולא זוהתה ולא הופיעה למשפט) קודם להכנסת המתלוננת על-ידי האנסיים לצימר, נמצאה כסותרת את עדות בעלי הצימר כי אינם משכירים את הצימר לאחר השעה 23:30 (ראו: פסקה 189 להכרעת הדין), וכן את הממצא כי לאחר שהמבקש שכר את הצימר - לא שכר איש את אותו החדר במשך כשלושה חודשים (ראו: פסקה 188 להכרעת הדין), וכן כי הצימר מנוקה לפני כל מבקר חדש (ראו: פסקה 186 להכרעת הדין). כך גם האפשרות, אותה המבקש מעלה כעת בבקשתו - כי ייתכן והאנסיים נכנסו לצימר ללא ידיעת בעלי הצימר, נסתרת בעדותה של המתלוננת כי אחד האנסיים התקשר לבעל הצימר לשם שכירת החדר. יש להדגיש עוד כי מעל לכל אלו מרחפת הקביעה כי גרסתו של המבקש גרסה כבושה היא, וכי המבקש נמנע במשך כל ההליך, ולמעשה עד ימים אלו, מלהציג את חברתו, עמה כביכול שהה בצימר לפני התרחשות האונס ולהעידה (ראו: פסקה 138 להכרעת הדין).

34. בהתאם לאמור לעיל, בהתחשב במכלול, גם אם ניסוי המגבת היה נמצא כסותר את עדותה של ד"ר לנג - לא היה בכך בהכרח כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון.

ברוח דברים אלו קבעה גם ערכאת הערעור:

"מכל מקום, הרשעתו של המערער אינה נסמכת אך ורק על ראיית ה-DNA, והיא נתמכת בשורה של ראיות מחזקות כלהלן:

- (-) היעלמותה של המתלוננת והימצאותה כחלוף כ-12 שעות כשהיא במצב נפשי קשה.
- (-) ממצאים פורנזיים המלמדים כי המתלוננת עברה אירוע של תקיפה מינית.
- (-) התרשמות חוקרת הילדים כי המתלוננת עברה אירוע מיני.
- (-) התרשמות גורמי הטיפול כי המתלוננת חוותה אירועים קשים. כך, בחוות דעת מיום 1.2.2009 של המרכז הרפואי לבריאות הנפש נכתב כי המתלוננת סובלת מקשיים התנהגותיים וליקוי בשיפוט החברתי אך "בוחן המציאות שלה תקין לחלוטין ואין ספק בדבר התרחשותם של אירועים קשים". המטפלת של המתלוננת בבית החולים כותבת כי לאחר האונס פגשה את המתלוננת ומצאה "ילדה שבורה, בוכה, פגועה כל כך...".
- (-) הימצאותם של תאי זרע על חזייתה של המתלוננת, באופן המתיישב עם תיאורה כי פלוני שלא זוהה על ידה החדיר איבר מינו בין שדיה, ואלמוני עם עגיל באוזן (שאינו המערער) הידק את שדיה לאבר מינו של הראשון ש"הוציא את הלבן" מאיבר מינו על גופה.
- (-) גרסת המתלוננת בדבר מקום אינוסה בצימר ביישוב שזור, העולה בקנה אחד עם גרסת המערער עצמו לעניין הימצאותו בצימר ביישוב שזור, באותו הלילה, ושיחת הטלפון בינו לבין בעל הצימר בשעה 23:04.
- (-) איכוני שיחות הפלאפון של המערער אשר מיקמו אותו באזור זירת אירועי האונס במהלך הערב.
- (-) דחיית גרסת המערער לפיה היה עם חברתו בצימר בליל האירוע משלא הביא את חברתו לעדות ולא מסר את פרטיה.
- (-) גרסתו הכבושה של המערער בדבר הימצאו בצימר בליל האירוע כפי שיפורט בהמשך." (פסקה 48 לפסק הדין שבערעור)



35. לענין תצהירו של תיתי, תצהיר זה מגולל את היכרותו של תיתי עם בחורה שייתכן שהיא המתלוננת וייתכן שמדובר בבחורה אחרת (התצהיר אינו נוקב בפרטי הזיהוי וכמו-כן מאזכר תאריך שחל יום למחרת המועד הרלוונטי). כך או אחרת, בתצהיר, תיתי מעלה מסכת עובדתית, אשר יכולה להסביר את נסיבות הימצאות הדנ"א שלו (תיתי) בהקשרה של אותה בחורה, נסיבות שאינן מערבות מעשי אינוס על-ידו, וכן ממקם את הבחורה באזור צומת שזור סביב השעה 20:30 (בדומה לגירסת שוטרי הסיור, אשר מיקמו את המתלוננת באזור האמור באותה השעה, גירסה אשר נידונה על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד ונשקלה במסגרת הכרעת הדין, ראה פסקאות 199 והלאה להכרעת הדין). ברם, אין בכך כדי לתרום למבקש, אשר הוא שהאשם באינוס המתלוננת. מעבר לכך, גרסתו זו של תיתי עומדת בסתירה לעדותו, כפי שניתנה בהליך אשר התנהל כנגדו ואשר במסגרתו הודה תיתי במסגרת הסדר-טיעון באינוס המתלוננת. כמו-כן, גרסתו של תיתי כפי שנמסרת בתצהיר, על מפגשו הראשון עם המבקש רק בבית הסוהר, איננו בבחינת ראייה חדשה לחלוטין, אשר לא נשקלה על-ידי הערכאות הקודמות ואשר בכוחה לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש, שכן כבר בפני ערכאת הערעור המבקש טען כי הרשעתו של תיתי איננה מתיישבת עם הרשעתו, בין השאר לאור הודעה מאת תיתי, אשר שללה קשר בינו לבין המבקש (ראו פסקאות 68 ו-71 לפסק הדין שבערעור). על-אף זאת, הרשעת המבקש אושרה על-ידי ערכאת הערעור, כאשר זו קובעת כי:

"העובדה שלא נמצא קשר טלפוני או אחר בין תיתי לבין המערער יכולה להעיד כי אכן לא היה קשר בין השניים, אך נזכור כי על פי תיאורה של המתלוננת היה מדובר באירוע מתגלגל בסגנון של: "חבר מביא חבר", כך שאפשר כי לא הייתה היכרות מוקדמת בין השניים." (פסקה 71 לפסק הדין שבערעור).

36. אמנם בתצהירו שצורף לבקשה, תיתי מצהיר כי הפעם הראשונה שבה ראה את המבקש הייתה בבית הסוהר, ומכאן שלא רק שהמבקש ותיתי - לא קיימו, כביכול, קשר קודם לשעת האונס (עובדה אשר עמדה בפני הערכאות הקודמות, אשר דנו במקרה) אלא שלכאורה הם גם לא נפגשו לראשונה כלל במסגרת מעשה האונס (כזכור, תיתי הורשע באונס עצמו והדנ"א שלו נמצא בתחתוני המתלוננת). ברם "מקצה שיפורים" זה בטיעוני המבקש - איננו יכול לבסס את קיומה של עילת העובדות והראיות. בהקשר זה יש לציין כי הליך בקשה למשפט החוזר "לא נועד להוות מעין 'מקצה שיפורים' למי שעניינו כבר נידון לגופו" (ראו: עניין אחמד עווד, בפסקה 15; מ"ח 4074/17 חברת פרופיל אבטחה ואחזקה בע"מ נ' מדינת ישראל (02.04.2018), בפסקה 23; מ"ח 9436/03 אריה קרוואני נ' מדינת ישראל (24.11.2003) (להלן: עניין קראווי), בפסקה 9; וראו גם: מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל פ"ד נא(4) 241 (1997), בעמ' 249).

מעבר לאמור לעיל ולמעלה מן הצורך, אציין כי גם לעיצומה של ראייה, בפרשה מצערת זו השתתפו מספר אנשים וייתכן שמדובר במספר מעשי אינוס, אשר התרחשו במספר מקומות. בהליך גזר הדין של תיתי (תפח (חי') 52466-02-11 מדינת ישראל נ' גבר תיתי (12.09.2011)), אשר התנהל בעקבות הסדר-הטיעון שנחתם עמו, בגדרו תוקן כתב האישום ובעקבותיו תיתי הודה במה שיוחס לו בכתב האישום המתוקן - תיתי הורשע בעשיית מעשה סדום במתלוננת, בצוותא חדא עם קבוצת גברים בהם נכלל גם המבקש.



37. העולה מן המקובץ הוא כי אם נשקלת הראיה הנ"ל (תצהירו של תיתי) ביחד עם שאר הראיות העומדות כנגד המבקש, הרי שאין בתוספת האמורה בתצהיר של תיתי, המציינת כי השניים התראו לראשונה רק בבית הסוהר, על אחת כמה וכמה בשקלול שלל "הפגמים" שבראיה, כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון ומכך שאין היא יכולה לבסס את התקיימותה של העילה הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט (וראו: עניין קראונוני, בפסקה 9).

38. לעניין טענת המבקש המובאת בתוספת לבקשה, כי קיימת סתירה בין כתב האישום אותו הגישה המשיבה נגד תיתי ואשר בו נטען כי תיתי והמבקש ביצעו מעשי אינוס באחד הכפרים ללא איזכור הצימר במושב שזור, לבין הרשעתו של המבקש במעשים אשר בוצעו בצימר בשזור, יש לציין כי תיתי הורשע במסגרת עסקת טיעון ולרבות לאחר שהוגש כתב אישום מתוקן, וללא הליך הוכחות והכרעה של ממצאי עובדה, זאת ללא קביעה פוזיטיבית של בית המשפט המחוזי הנכבד כי לא התבצעו מעשים אחרים גם בצימר בשזור. בנוסף, יש לציין כי בעניינו של המבקש, המאשימה ביקשה בהליך אשר התנהל בפני בית המשפט המחוזי "להרשיע את הנאשם בכל מקרי האנוס ומעשי הסדום שבוצעו במהלך כל הערב מכוח דיני השותפות" (סעיף 22 להכרעת הדין), ואולם הערכאה המבררת לא קיבלה טענה זו. בהכרעת הדין צוין בהקשר זה כי: "לצורך מיקוד הארועים הרלבנטיים, יש לבחון בראש ובראשונה האם ניתן לייחס לנאשם מעורבות מכוח דיני השותפות גם לעבירות שבוצעו לפני ההגעה ל'צימר' בשזור ואזכיר כי בשל מימצאי ה-DNA רק ב'צימר' בשזור מיוחדת לנאשם מעורבות ישירה." (פיסקה 23 להכרעת הדין).

לשם השלמת התמונה יש לציין כי במסגרת הכרעת הדין נקבע כי: "לאור האמור לעיל אני קובע כי לא הוכח שלנאשם חלק מכח דיני השותפות בארועים שהתרחשו באותו יום עובר להבאת המתלוננת ל'צימר' בשזור ויש לבחון רק את מעורבותו הישירה של הנאשם כלפי המתלוננת באותו 'צימר'" (פיסקה 51 להכרעת הדין), וכי לא הוכח שלמבקש חלק מכוח דיני השותפות בארועים שהתרחשו עובר להבאת המתלוננת ל'צימר' בשזור ולכן המבקש זוכה מעבירות אלו (פיסקה 226 להכרעת הדין).

בד-בבד, בפסק הדין שבערעור נאמר לעניין זה כך:

"אכן, המערער זוכה מביצוע מעשי האינוס המוקדמים לאירוע בצימר בשזור, מאחר שלא הובאו ראיות המוכיחות מעבר לכל ספק את מעורבותו במעשים אלו. גרסתה של המתלוננת בנוגע למהלך האירועים שקדמו לאירוע בצימר הייתה לא מפורטת וקשה להבנה. כשלעצמי, אף איני מוציא מכלל אפשרות כי ביקשה להסתיר את העובדה כי לא "נחטפה" כטענתה ממקום היישוב בו היא מתגוררת, אלא התלוותה מרצונה לשניים אותם הכירה כאורסביו ואוסאם. גם בית משפט קמא סבר כי ייתכן שהמתלוננת ביקשה לטשטש את הכרותה עם אורסביו ואוסאם שאותם אהבה לדבריה לפני המקרה. ובכלל, מהחומר מתקבל רושם של ילדה מוזנחת המחפשת חיבה ואהבה, ומתרועעת עם גברים מבוגרים ממנה. מכל מקום, בשל כך, בודד בית משפט קמא את האירוע בצימר מהאירועים שקדמו לו, תוך שהוא נמנע מלקבוע ממצאים לגבי מעורבותו של המערער בזירות ובאירועים הקודמים לזירת הצימר. לאור זאת, אין בטענותיו של המערער אודות השתתפותו או חוסר השתתפותו באירועים שקדמו לאירוע בצימר כדי לעלות או להוריד מהרשעתו באנוס בצימר עצמו." (פיסקה 52 לפסק הדין שבערעור, ההדגשות שלי - ח"מ).

39. נוכח כל האמור לעיל - לא מצאתי כי המבקש הצליח לבסס עילה לפי סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט ולפיכך בקשתו למשפט חוזר נדחת.

ניתנה היום, כ"א באב התשע"ט (22.8.2019).