



בבית המשפט העליון

דנ"פ 6876/14

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור

המבקש: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון ב-ע"פ 3958/08 מיום 10.9.2014 שניתן על ידי כבוד השופטת (בדימ') ע' ארבל וכבוד השופטים ס' גובראן וחי' מלצר

בשם המבקש: עו"ד גיל שפירא; עו"ד משה קשלס;
עו"ד בנימין ניומן

בשם המשיבה: עו"ד שאול כהן

החלטה

לפניי בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון (מפי השופטת (בדימ') ע' ארבל, בהסכמת השופטים ס' גובראן וחי' מלצר), שבו נדחה ערעורו של המבקש על הרשעתו בעבירות מין בבתו. בד בבד עם הבקשה לדיון נוסף, הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל שהושת על המבקש.

רקע

1. המבקש הועמד לדין בגין ביצוע מעשי אינוס ומעשים מגונים במתלוננת, בתו. נטען כי המעשים בוצעו מאז הייתה המתלוננת צעירה מאוד, בגיל שאינו ידוע לתביעה, ועד לשנת 1987 או בסמוך לכך. נוכח התיישנות המעשים שבוצעו עובר

לחודש ינואר 1986, יוחסו למבקש רק מעשים שביצע במתלוננת בהיותה כבת-11
 10 שנים. המתלוננת הדחיקה את האירועים במשך שנים רבות, ונזכרה בהם
 בעקבות חלום בשנת 1999, בו חלמה כי היא מקיימת יחסי מין עם אביה.

2. המבקש הורשע תחילה בבית המשפט המחוזי בדעת רוב (סגנית הנשיא ס' רוטלוי והשופט ק' ורדי, כנגד דעתה החולקת של השופטת י' אמסטרדם). דעת הרוב נתנה אמון בגרסתה של המתלוננת, וקבעה כי דבריה של המתלוננת בפני עדים אחרים, יומניה, נתונים על מצבה הנפשי והפיסי בתקופות שונות בחייה ושקריו של המבקש בפרטים מהותיים – כל אלה מבססים את הרשעתו של המבקש. דעת הרוב ציינה כי לחלום שהיה ה"טריגר" להיזכרות, קדמו חלומות ומחשבות על הטראומה שחוותה המתלוננת אשר באו לידי ביטוי בדרכים שונות (כדוגמת משפט שכתבה ביומנה "למה אני חושבת שהיה משהו עם אבא שלי כשהייתי קטנה?"), וכי על אלה נוספו ראיות חיצוניות התומכות בעדותה. אחותה של המתלוננת העידה כי שאלה את המבקש אם יש ממש בהאשמות המתלוננת, וכי המבקש השיב לה "אני לא בטוח במאה אחוז". דעת הרוב ראתה בתשובתו זו של המבקש משום ראשית הודאה במעשים, ולכל הפחות ראיה מאמתת לגרסת המתלוננת. דעת הרוב הוסיפה וקבעה כי לא הובאו ראיות לכך שעובר לחלום ולהיזכרות של המתלוננת במעשים, עברה המתלוננת טיפול פסיכולוגי שבו עלו תכנים אלה, ולפיכך נקבע כי אין מדובר בזיכרון "מושתל" או "מדומה". השופטת י' אמסטרדם, שהייתה כאמור בדעת מיעוט, סברה כי בנסיבות העניין לא ניתן להסתפק בעדותה של המתלוננת, ויש צורך בחיזוקים ממשיים לעדותה, שאינם בנמצא. השופטת אמסטרדם סברה כי העדויות חשפו אמנם תמונה משפחתית קשה ועגומה, אך אין די בהן על-מנת לקבוע שהמבקש ביצע את המעשים המיוחסים לו. כן סברה השופטת אמסטרדם כי יש טעם לפגם בכך שלא הובאה כל חוות דעת מקצועית ביחס לשאלת מידת האמון שניתן לייחס לזיכרון שניעור במתלוננת בחלוף השנים.

3. המערער הגיש ערעור על פסק הדין. בטרם נשמע הערעור, הגיעו הצדדים להסדר דיוני, שלפיו יוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי, ובפני בית המשפט המחוזי

יונחו חוות דעת תיאורטיות של מומחים מתחום הרפואה ובריאות הנפש, שתעסוקנה בסוגיות הייחודיות הרלוונטיות למקרה דנן. עוד סוכם כי בתום גביית הראיות החדשות, בית המשפט המחוזי יבחן מחדש את הכרעת דינו, ויקבע אם יש להתירה על כנה. ביום 29.6.2009 אימץ בית המשפט העליון (השופטים א' א' לוי, ס' גיבוראן וח' מלצר) את ההסדר האמור.

4. בפסק הדין המשלים, קבע בית המשפט המחוזי, הפעם פה אחד, כי יש להתיר את הרשעת המבקש על כנה (השופטים צ' גורפינקל, ק' ורדי וי' אמסטרדם). בית המשפט המחוזי העדיף את חוות דעת המומחים מטעם התביעה שבהן צוין, בין היתר, כי אין מדובר בענייננו במקרה של היזכרות יש מאין בעקבות חלום, אלא במקרה של הדחקה עקב טראומה ("אמנזיה דיסוציאטיבית") וחוסר רצון להאמין בכך שהמעשים קרו. קביעה זו התבססה על אינדיקציות מעברה של המתלוננת, כגון חלומות נוספים שחלמה המתלוננת, דברים שאמרה לבת דודתה לפיהם היא חושדת שאביה פגע בה וחוסר הנוחות שחשה ביחסיה עם אביה לאורך השנים. עוד צוינה הערכת מומחי התביעה כי אין מדובר במקרה זה בהדחקה מוחלטת של הטראומה, וכי האירועים הקשים מילדותה של המתלוננת חדרו טיפין טיפין לתודעתה דרך חלומות וחוויות רגשיות וגופניות שהטרידו את מנוחתה. נוסף על כך, אומצה עמדת מומחי התביעה שלפיה אורח חייה והתנהגותה של המתלוננת לפני שנזכרה באירועים תואמים דפוסי התנהגות של קורבן עבירות מין מתמשכות מסוג גילוי עריות. לצד זאת, דחה בית המשפט המחוזי את חוות דעתם של המומחים מטעם ההגנה, אשר סברו כי זיכרונותיה של המתלוננת הינם זיכרונות שווא וכי מקורם, בין היתר, בספר שקראה המתלוננת על אודות משמעותם של חלומות והתת-מודע. בית המשפט המחוזי קבע כי אין ממש בטענת אחד ממומחי ההגנה שלפיה תופעת הזיכרון המודחק לא הוכחה בצורה אמפירית מספקת, ומשכך אינה קיימת. קביעת בית המשפט המחוזי נסמכה על חוות דעתם של מומחי התביעה, שלהם ניסיון טיפולי בתחום הרלוונטי, ועל פסק דינו של בית המשפט העליון ב-ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010) (להלן: עניין פלוני א'), שבו הוכרה תופעה זו (ראו גם: ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (21.11.2011) (להלן: עניין פלוני ב')). כן נקבע כי קיימות ראיות חיצוניות התומכות בגרסת המתלוננת. לנוכח האמור לעיל, חזר בית המשפט המחוזי והרשיע

את המבקש. יצוין, כי שופטת המיעוט בהכרעת הדין המקורית, השופטת י' אמסטרדם, הצטרפה הפעם למסקנה כי יש להרשיע את המבקש במיוחס לו, וזאת, בין היתר, על יסוד חוות דעת מומחי התביעה, אשר הצביעו על תופעות וסימפטומים שחוותה המתלוננת קודם להיזכרות, המעידים על כך שהמתלוננת הינה נפגעת פגיעה מינית ממושכת מידי הורה בילדותה.

עקב הותרת ההרשעה על כנה, חודש הדיון בערעורו של המבקש בבית המשפט העליון.

5. במוקד הערעור בבית המשפט העליון עמדה שאלת אמינות זיכרונה של המתלוננת, אשר ניעור בחלוף שנים ממועד האירועים. בית המשפט העליון עמד על כך שנקודת המוצא לדיון היא כי המשפט הישראלי אימץ את התזה בדבר זיכרונות מודחקים, וכן כי הזרם המרכזי בשיח הטיפולי מכיר כיום בהיתכנות התופעה של זיכרונות מודחקים. עמדה זו של בית המשפט נסמכה על שנקבע בפסקי הדין בעניין פלוני א' ובעניין פלוני ב'. באותן פרשות, נדונו ערעורים על הרשעות בעבירות מין בתוך המשפחה, שהתבססו, בין היתר, על עדות המתלוננת אשר הדחיקו את האירועים במשך שנים רבות, עד שנזכרו בהם בעקבות אירוע אחר. בעניין פלוני א' נקבע, כי המחוקק הישראלי הכיר בתופעת הזיכרונות המודחקים בכך שהאריך את תקופת ההתיישנות בעבירות מין בקטינים, ולכן השאלה במקרים מעין אלה אינה שאלה של קבילות, כי אם של משקל עדות קורבן גילוי העריות המבוססת על זיכרון מודחק (פסקה 129; ראו גם: עניין פלוני ב', פסקה 101). בית המשפט העליון הוסיף וציין בענייננו כי התופעה של זיכרונות כוזבים או זיכרונות מושגלים – תופעה לה טענה ההגנה – "עודה שנויה במחלוקת וטרם זכתה להכרה לה זכתה תופעת הזיכרונות המודחקים" (פסקה 84 לפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף; עניין פלוני א', פסקה 110). על כן, נקבע כי השאלה הדרושה הכרעה במקרה הנוכחי היא, מהו המשקל שיש לייחס לעדות המתלוננת המבוססת על זיכרונות מודחקים.

6. בית המשפט העליון קבע, בהסתמך על שנפסק בעניין פלוני א' ובעניין פלוני ב', כי יש לנקוט זהירות יתירה בתיקים של זיכרון מודחק, וכי יש לבחון את אמינות זיכרונו של קורבן העבירה לפי פרמטרים שונים, כדוגמת השאלה אם קורבן העבירה היה נתון לסוגסטיה מצד גורם טיפולי או גורם אחר; שאלת קיומן של ראיות חיצוניות התומכות בזיכרונות המודחקים; עדויות מומחים מטעם הצדדים; ותיעוד (או העדר תיעוד) של טיפולים פסיכולוגיים או אחרים שעבר קורבן העבירה. בית המשפט היה ער לכך שרשימת הפרמטרים בעניין פלוני א' גובשה על

בסיס הסוגיות שבמחלוקת באותו עניין. על רקע זה, ציין בית המשפט כי חלק מסוגיות אלה, ובפרט החשש לסוגסטיה מצד גורם טיפולי, אינן רלוונטיות לכל מקרה ומקרה. על כן, קבע בית המשפט בענייננו "כי שומה על בית המשפט הדן בתיק המבוסס על זיכרון מודחק לשקול האם לדבוק באמות המידה שהותוו בעניין פלוני א' במלואן או בחלקן" (פסקה 104 לפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף). בית המשפט מצא כי במקרה הנוכחי יש לדבוק בקריטריונים שנקבעו בעניין פלוני א', ועל בסיסם קבע כי אין מקום להתערב בהרשעתו של המבקש. זאת, בין היתר, לנוכח קיומן של ראיות חיצוניות התומכות בגרסתה של המתלוננת ובשל דחיית טענת ההגנה בדבר האפשרות להליך סוגסטיבי שעברה המתלוננת בעקבות קריאת ספרות. בין הראיות החיצוניות, נתן בית המשפט משקל לרישום ביומנה של המתלוננת, שבו כתבה: "למה אני חושבת שהיה משהו עם אבא שלי כשהייתי קטנה?" ; רישומים נוספים ביומנה של המתלוננת המעידים על מצבה הנפשי הקשה, ובהם תיאור מוחשי הקרוב לתיאור אונס; תשובת המבקש לשאלת אחות המתלוננת כי הוא "לא בטוח במאה אחוז" אם טענות המתלוננת נכונות; שקרי המבקש ביחס לאירועים רלוונטיים; ותמונת הסימפטומים הכוללת מהם סבלה המתלוננת לאורך השנים, אשר לפי חוות דעת מומחי התביעה אופיינית לנפגעות תקיפה מינית ממושכת בילדות מידי אדם קרוב.

7. בית המשפט העליון דחה את טענת המבקש שלפיה לא ניתן משקל מספיק בהכרעת הדין לתהליכי בירור פנימי ולהליכים טיפוליים שבהם הייתה נתונה המתלוננת בתקופה שלאחר שחלמה את החלום. כן נדחתה הטענה כי היעדר התייעוד של תהליכים אלה לא מאפשר להעריך איזו השפעה הייתה להם על המתלוננת. בית המשפט קבע כי מדובר באירועים מאוחרים להיזכרות במעשים, ומשכך אין לומר כי השפיעו על ההיזכרות עצמה. בנוסף, נקבע כי גרסת המתלוננת באשר למעשים בבית המשפט דומה לדברים שהעלתה על הכתב בסמוך לאחר שהקיצה מהחלום, ולכן לא ניתן לקבל את הטענה כי תהליכים כאלה או אחרים שחוותה לאחר שנזכרה במעשים גרמו להבניית זיכרונה. לנוכח האמור לעיל, אימץ בית המשפט העליון את קביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה הוכח מעבר לכל ספק סביר כי זיכרונות המתלוננת אודות המעשים שביצע בה המבקש הם אמיתיים וכי זיכרונה

לא נוצר יש מאין. על כן, דחה בית המשפט העליון את הערעור. מכאן הבקשה שלפניי.

הבקשה לדיון נוסף והתגובות

8. לטענת המבקש, בפסק הדין הוכרה לראשונה תיאורית הזיכרון המודחק כתיאוריה תקפה במשפט הישראלי, חרף היותה שנויה במחלוקת מדעית וחרף אי-עמידתה במבחנים המקובלים לראיות מדעיות. בהקשר זה, טען המבקש כי במדינות אחרות התחבטו בתי המשפט בשאלת היחס שבין מחלוקת המומחים אודות תזה מדעית זו לבין קבילותה ומשקלה בהליך המשפטי, וכן כי במשפט המקובל "לא זוכה תיאוריית ההדחקה לאמון בלתי מסויג, באופן בו התקבלה תיאוריה זו בפסק הדין נשוא העתירה" (פסקה 25 לבקשה לדיון נוסף). נטען גם כי הסתמכותו של בית המשפט – בפרשה שלפנינו ובפרשות אחרות – על כך שהמחוקק הכיר בקיומם של זיכרונות מודחקים, ראויה לדיון נוסף. עוד נטען, כי במסגרת פסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף נדונה לראשונה הסוגיה של זיכרון אשר אבד והוקם מחדש לאחר שנים רבות, שלא במסגרת הליך טיפולי-מקצועי מתועד. לטענת המבקש, בכך טמון הן חידוש, והן קושי ועל כן יש הצדקה לקיים דיון נוסף בפסק הדין. לטענת המבקש, תיעוד תהליך ההיזכרות הוא נדבך עיקרי בהערכת אמינות הזיכרון המודחק, ולדבריו שגה בית המשפט העליון בכך שלא ייחס די משקל להיעדרו של תיעוד כזה בענייננו. לבסוף נטען, כי התוספת הראייתית הנדרשת במקרים שבהם הראיה המרכזית היא עדות על זיכרון שאבד, מהווה אף היא שאלה משפטית כבדת משקל, המצדיקה לקיים דיון נוסף בפסק הדין. בד בבד עם הבקשה לדיון נוסף, הגיש המבקש כאמור בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל שהושת עליו. ביום 4.11.2014 הוריתי על עיכוב ביצוע העונש עד למתן החלטה אחרת.

9. המדינה טענה בתגובה כי אין מקום לקיים דיון נוסף בפסק הדין, שכן לא נפסקה בו כל הלכה חדשה. לטענת המדינה, השאלות המשפטיות שהועלו על ידי המבקש בבקשה לדיון נוסף לא נדונו בערכאות הקודמות, וממילא בית המשפט

העליון לא הכריע בהן בפסק דינו. עוד נטען, כי במסגרת הליך משפטי אין להכריע בשאלת ההכרה בקיומם של זיכרונות מודחקים במישור המדעי, אלא לכל היותר להכריע בשאלת קבילותה של עדות המבוססת על זיכרונות מסוג זה. לטענת המדינה, שאלת הקבילות לא נדונה בהליכים מושא הבקשה לדיון נוסף, ולא נפסקה בה כל הלכה. המדינה הוסיפה וטענה כי פסק הדין בענייננו יישם את ההלכות שנפסקו בעניין פלוני א' ופלוני ב' על נסיבות המקרה הקונקרטי, וכי גם מטעם זה אין מדובר בהלכה חדשה המצדיקה קיומו של דיון נוסף. לגוף העניין טענה המדינה, בין היתר, כי טענות המבקש בדבר תקפותה של תיאורית הזיכרון המודחק רחוקות מלשקף את המוסכמות המדעיות המקובלות כיום בתחום מדעי הנפש.

10. לאחר הגשת תגובת המדינה, הוריתי למבקש להתייחס לטענת המדינה שלפיה שאלת קבילותה של עדות המבוססת על זיכרון מודחק כלל לא התעוררה בהליכים מושא הבקשה לדיון נוסף. נוסף על כך, הוריתי למבקש להתייחס לשאלה האם סוגיה זו נדונה והוכרעה בפסק הדין, ואם לא – כיצד משליך הדבר על הבקשה לדיון נוסף.

11. בתגובתו, טען המבקש כי השאלה שאותה הוא ביקש להעמיד לדיון נוסף היא שאלת ההכרה המשפטית בתיאורית הזיכרון המודחק, בנסיבות שבהן הזיכרון העומד בבסיס העדות הרלוונטית אינו מגובה בתיעוד מקצועי ראוי ומהימן באשר לתהליך הקמתו של הזיכרון האבוד. לטענתו, סוגיית ההכרה המשפטית בראיה מסוימת אינה מתמצה בשאלה אם ראיה זו קבילה אם לאו, אלא היא יכולה להיות רלוונטית גם לסוגיות נוספות כגון הפרמטרים להערכת משקלה של ראיה כזו, התנאים להכרה משפטית בה או היחס בינה לבין קיומם של ראיות וחזזוקים ראייתיים אחרים. על כן, לטענתו, השאלה המרכזית בבקשה לדיון נוסף "אינה בהכרח שאלת קבילותה של תיאוריית הזיכרון המודחק". המבקש הוסיף וטען כי בהליכים הקודמים העלה טענה, שנשמכה על חוות דעת מומחים, כי תופעה של זיכרון מודחק אינה קיימת, ולמצער לא הוכחה. כפועל יוצא מכך, טען המבקש, הן בדיון על-פה בערעור, הן בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף, נדונה שאלת

ההכרה המשפטית בתיאורית הזיכרון המודחק. המבקש הסכים כי פסק הדין נעדר דיון מפורט בשאלת מעמדה המשפטי והמדעי של תיאורית הזיכרון המודחק, וכי בנקודה זו נסמך פסק הדין על קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין פלוני א' ובעניין פלוני ב'. אולם, לטענתו, תוצאת פסק הדין בפועל היא מתן תוקף משפטי לתיאורית הזיכרון המודחק. לטענת המבקש, בכך טמון קושי מיוחד, בהתחשב בכך שתיאורית הזיכרון המודחק אינה נסמכת על מחקרים אמפיריים, ובשים לב לנסיבותיו של המקרה שלפנינו, שבהן אין תיעוד לתהליך הקמתו מחדש של זיכרונה של המתלוננת.

12. המדינה הגישה בקשה מוסכמת להגשת תשובה לתגובת המבקש. ביום 2.12.2014 נעתרתי לבקשה. בתגובתה, טענה המדינה כי אין לקבל את ההבחנה המוצעת על-ידי המבקש בין קבילותה של ראיה לבין ההכרה המשפטית בה. בין כך ובין כך, לטענתה השאלה שהועמדה לדיון נוסף על-ידי המבקש היא שאלת תקפותה המדעית של תיאורית הזיכרון המודחק. בהקשר זה, חזרה המדינה על טענתה כי שאלה זו לא הועלתה בהליכים הקודמים, וממילא לא הוצגה תשתית עובדתית-מדעית מספקת לשם הכרעה בה. לטענת המדינה, אזכורה של הסוגיה הנדונה בדיון על-פה בערעור ובפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף נעשה באופן אגבי.

הכרעה

13. לאחר שעיינתי בפסק הדין מושא הבקשה, בבקשה לדיון נוסף ובתגובת המדינה, וכן בהשלמות הטיעון, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, הרשות לדיון נוסף תינתן רק במקרים בהם פסק בית המשפט העליון הלכה חדשה, הסותרת הלכה קודמת של בית המשפט העליון או הלכה שמפאת קשיותה או חידושה ראויה היא כי תידון בדיון נוסף.

14. כאמור לעיל, לטענת המבקש, בפסק הדין נקבעה הלכה חדשה, שלפיה ניתן להסתמך על תיאורית הזיכרון המודחק כבעלת מעמד משפטי, וזאת, לטענת המבקש, "חרף היותה שנויה במחלוקת מדעית חריפה ואי-עמידתה במבחנים המקובלים לראיות מדעיות" (פסקה 11 לבקשה לדיון נוסף). עוד טען המבקש, כי יש מקום לדיון נוסף בקביעתו של בית המשפט בעניין פלוני א' – אשר יושמה בענייננו – לפיה יש לראות בהארכת תקופת ההתיישנות בעבירות מין בקטינים משום הכרה בקיומם של זיכרונות מודחקים. עניינן של טענות אלה הוא בשאלת קבילותן של ראיות המבוססות על קיומו של זיכרון מודחק. אין בידי לקבל את ההבחנה המוצעת על-ידי המבקש בין טענה לאי-קבילות תיאורית הזיכרון המודחק לבין טענה בדבר "הכרה משפטית" בה. אין הבדל ממשי בין השתיים: גם זו וגם זו עניינן, בסופו של דבר, בשאלה אם תיאוריה זו ראויה להישמע בבית המשפט (השוו לדיון בפסק הדין ב-ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-15 (3.12.2013) (להלן: עניין מצגורה), שעסק בקבילותה ומשקלה של ראייה מסוג טביעת נעל; בקשה לדיון נוסף נדחתה ב-דנ"פ 8512/13 מדינת ישראל נ' מצגורה (5.6.2014)). שאלת קבילות הראיות, שהן עדות המתלוננת על הזיכרון המודחק או עדויות מומחי התביעה שנסמכו על קיומם של זיכרונות מודחקים, לא עלתה מפורשות על-ידי הצדדים בהליכים מושא הבקשה לדיון נוסף. טענות המבקש בהליכים הקודמים התמקדו בהצגת הסבר חלופי לזיכרונותיה של המתלוננת, בתקיפת האופן שבו עלה הזיכרון למודעותה של המתלוננת ובפגמים שנפלו בחוות דעת מומחי התביעה ביחס לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, וכלל לא התמקדו בשאלה אם יש לקבל כראיה את עדות המתלוננת או את עדות המומחים מטעם התביעה. גם בפסק הדין המשלים, ציין בית המשפט המחוזי כי ההגנה לא טענה כי יש לדחות את היתכנותם העקרונית של זיכרונות מודחקים על הסף. אלא, כי יש לנקוט משנה זהירות באשר לקיומם של זיכרונות מודחקים במקרה קונקרטי, וזאת בשל החשש כי מדובר בזיכרונות שווא (בעמודים 200, 250-252).

15. כפועל יוצא מכך, בית המשפט העליון לא דן בענייננו בשאלת תוקפה של תזת הזיכרון המודחק במישור המדעי. בית המשפט יצא מנקודת הנחה זהה לזו של פסקי הדין בעניין פלוני א' ובעניין פלוני ב', לפיה תזה זו אינה מעוררת קושי

במישור הקבילות (פסקאות 83-85, 98 לפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף). אף המבקש הסכים, כאמור לעיל, כי אין בפסק הדין דיון מפורט בשאלת מעמדה המשפטי והמדעי של תיאורית הזיכרון המודחק. סוגית הקבילות כשלעצמה לא נדונה וממילא לא הוכרעה לגופה בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף. ככלל, הליך הדיון הנוסף אינו המסגרת המתאימה לדיון בסוגיה משפטית שלא התעוררה קודם לכן, ושלא הוכרעה בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף (ראו: דנ"א 1075/14 קרן היסוד המגבית המאוחדת לארץ ישראל נ' קרן קיימת לישראל באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 15 (15.7.2014); דנ"א 8184/13 זבאח נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (8.5.2014); ד"נ 11/60 בן-גוריון נ' אפלבוים, פ"ד יד 2483 (1960)). כך גם בענייננו. יצוין, כי לפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף קדמו פסקי דין נוספים, בהם יושמו קביעותיו של בית המשפט בעניין פלוני א' ובעניין פלוני ב' (ראו: ע"פ 8203/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות ח'-י"ב, ל"ד (9.9.2012) (להלן: עניין פלוני ג'); ע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (5.6.2013)). כמו כן, אזכור התופעה של זיכרונות מודחקים של קורבנות עבירות מין מסוג גילוי עריות או של בני משפחתם, קיים גם בפסיקה שקדמה לפרשות פלוני א' ופלוני ב' (ראו: ע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684, 692 (1999); ע"פ 10673/04 פלוני נ' מדינת ישראל (1.6.2008); בע"מ 8098/04 פלונית נ' פלונים, פ"ד נט(3) 111 (2004); ועיינו: לימור עציוני "בעקבות ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל – הרהורים על שאלת הזיכרון המודחק במשפט הישראלי" עלי משפט יא 479 (תשע"ד)). תיאורית הזיכרון המודחק התקבלה איפוא על ידי בתי המשפט במקרים אחרים. בקשת המבקש להפריכה הייתה צריכה להתבסס על תשתית עובדתית-מחקרית מספקת, וכזו לא הוצגה (ראו והשוו: עניין מצגורה, פסקה 14; כן ראו: עניין פלוני א', פסקה 125). אמנם, אחד ממומחי ההגנה טען כי אינו מכיר בקיומה של תיאורית הזיכרון המודחק שכן אין לה ביסוס אמפירי. ואולם, טענה זו לא עמדה במוקד חוות דעתנו. על רקע זה, הן בית המשפט המחוזי, הן בית המשפט העליון מצאו כי אין מקום להידרש במקרה זה לשאלת קבילותה של תיאורית הזיכרון המודחק. בסופו של דבר, פסק דינו של בית המשפט העליון התמקד בהערכת משקלה של עדות המתלוננת. ואולם, קביעותיו בעניין משקלה של העדות אינן מצדיקות קיומו של דיון נוסף.

16. בנקודה זו אעיר, כי הסנגוריה, והמדינה בעקבותיה, צירפו לכתבי בית הדין בהליך זה "גילויי דעת" של אנשי מקצוע שונים שעניינם תקפותה או אי-תקפותה של תיאורית הזיכרון המודחק. גילויי דעת אלה לא הוגשו בהליכים הקודמים, ולא היה מקום לצרפם לראשונה במסגרת ההליך שלפניי, שעניינו הלכה, ולא קביעה שבעובדה. מסופקני – אף שהדבר אינו צריך לעניין – אם היה מקום להגיש אפילו בערכאה הדיונית "גילויי דעת", להבדיל מחוות דעת קונקרטיות המבוססות על תיאוריות כלליות מול בחינת נסיבות העניין. אזכיר גם כי בגלגול הראשון של הפרשה הסכימו הצדדים להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לשם הגשת חוות דעת, וכך נעשה. ויודגש: מדובר היה בחוות דעת ולא ב"גילויי דעת".

17. בין כך ובין כך, אין ענייננו כלל בהלכה, אלא לכל היותר בקביעה על סמך ראיות מומחים שהובאו. העדפתו של בית המשפט, בנסיבות המקרה הנוכחי, את חוות דעתם של המומחים המצדדים בתיאורית הזיכרון המודחק, אינה עניין שבהלכה, וקל וחומר שאינה הלכה קשה. לעניין זה יפים דבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, אשר נאמרו במסגרת החלטה שנתן, שבה דחה את הבקשה לדיון נוסף בפסק הדין בעניין פלוני ב':

"לבסוף, מתייחסות טענותיו של העותר לחדשנות שיש בפסק הדין. אולם אפילו היה פסק הדין שבענייננו הראשון לעסוק בנושא הזיכרונות המודחקים – אין בכך די. פסק הדין אינו קובע הלכה חדשה וקשה לעניין זה, או כזו הסותרת את עקרונות היסוד של החברה. הקביעה כי המתלוננת בענייננו הדחיקה את התקיפה לחלוטין, עד שנזכרה בה לאחר שנים, התבססה על עדויות מומחים ועל חומר מקצועי רב. ככל מקרה בו אפשרות זו תעלה בעתיד יידרש בית המשפט לבחון אם היא מתקבלת על הדעת באותו עניין, ויהא עליו לבחון גם את התוספות הראייתיות הנדרשות באותו מקרה לצורך הרשעה. על כן, עצם העובדה שבית המשפט בחר להעדיף תזה רפואית או פסיכולוגית מסוימת על פני אחרות, גם אם בעניין שטרם נדון בעבר – אינה מקימה עילה לדיון נוסף" (דנ"פ 8993/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (1.4.2012) (ההדגשות הוספו – מ"נ)).

(בקשה למשפט חוזר בעניין פלוני ב' אף היא נדחתה – מ"ח 26/12 פלוני נ' מדינת ישראל (28.8.2012)).

18. טענתו של המבקש שלפיה במשפט המקובל "לא זוכה תיאוריית ההזדקקה לאמון בלתי מסויג, באופן בו התקבלה תיאוריה זו בפסק הדין נשוא העתירה" (פסקה 25 לבקשה לדיון נוסף), אינה מצדיקה אף היא קיומו של דיון נוסף. המבקש קורא לתוך פסק הדין את מה שאין בו, שכן בפסק הדין כלל לא נקבע כי יש לתת אמון "בלתי מסויג" בתיאורית הזיכרון המודחק או בעדות קורבן עבירה הנסמכת על זיכרון מודחק. כפי שפורט לעיל, פסק הדין מושא דיונו אימץ את קביעותיו של בית המשפט בעניין פלוני א' ובעניין פלוני ב', לפיהן יש להתייחס לעדות המבוססת על זיכרון מודחק בזהירות יתר, ולבחון את אמינותה בהתאם לפרמטרים שונים, כדוגמת קיומן של ראיות חיצוניות התומכות בגרסתו של קורבן העבירה.

19. המבקש הוסיף וטען כי פסק הדין מושא דיונו הוא חדשני, שכן נדון בו לראשונה מקרה שבו זיכרון אבד והוקם מחדש לאחר שנים רבות, שלא במסגרת הליך טיפולי-מקצועי מתועד. לטענת המבקש, בקבעו כי היעדר תיעוד מקצועי של תהליך ההיזכרות אינו פוגם ביכולת להעריך את אמינות זיכרונו של קורבן העבירה, סתר בית המשפט את ההלכה שנקבעה בעניין פלוני א'. דין טענות אלה להידחות. שלא כטענת המבקש, המקרה דנן אינו המקרה הראשון שבו נדונו זיכרונות מודחקים אשר הופיעו שלא במסגרת הליך טיפולי. בפרשת פלוני ג' נדונו מעשים שבוצעו במתלוננת בהיותה בת 8-12, אותם הדחיקה המתלוננת עד כדי שכחה, וזאת עד גיל 17. באותה פרשה, בדומה לעניינו, הופיעו זיכרונות האירועים שלא במסגרת הליך טיפולי או נסיבות הדומות לו. בית המשפט שם קבע, כי בנסיבות אלה – שבהן ניעורו הזיכרונות באופן ספונטאני ולא במהלך טיפול – החשש לזיכרונות שווא שמקורם בסוגסטיה "פוחת במידה משמעותית" (פסקה י"ח). פסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף עולה בקנה אחד עם קביעה זו. אמנם, המבקש צודק בטענתו כי אחד הפרמטרים שהוצעו בעניין פלוני א' לצורך קביעת

משקלה של עדות המבוססת על זיכרונות מודחקים, הוא תיעוד של התהליך הטיפולי שעבר המתלונן. אך כפי שנקבע בעניין פלוני א', התיעוד מסייע לשלילת החשש מזיכרון כוזב או מושתל עקב סוגסטיה מצד המטפל, ולא משמש כפרמטר עצמאי לבחינת אמינות זיכרוננו של קורבן העבירה. על כן, היעדרו של תיעוד לא בהכרח מכריע את הכף לכאן או לכאן. זאת ועוד, בית המשפט בענייננו לא התעלם מכך שהיעדר תיעוד עשוי להקשות על בחינת אמינות הזיכרון של קורבן העבירה, אך מצא כי בנסיבות הקונקרטיות של המקרה לא כך הוא. פסק הדין אינו סותר איפוא את ההלכות הקיימות בסוגיה הנדונה.

20. אשר לטענה כי יש לקיים דיון נוסף בשאלת טיב התוספת הראייתית הנדרשת לעדות המבוססת על זיכרונות מודחקים, הרי שבמקרה הנוכחי לא נפסקה בשאלה זו הלכה חדשה, אלא יושם הדין הקיים: בית המשפט דן בשאלה אם קיימות בענייננו ראיות מחזקות ומשמעותיות, שאין מקורן אך בנפגע העבירה. וזאת, בהתאם לפסק הדין בעניין פלוני א'. קביעתו של בית המשפט כי בנסיבות המקרה הקונקרטי קיימות ראיות חיצוניות מספיקות, אינה בגדר הלכה חדשה. מכל מקום, מקריאת טענותיו של המבקש בעניין זה, עולה כי המבקש מלין בעיקר על המשקל שניתן לראיות החיצוניות ולפרשנותן על-ידי הערכאות הקודמות. טענות אלה הינן ערעוריות באופיין, ואינן מצדיקות קיומו של דיון נוסף.

21. הבקשה נדחת. המבקש יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 31.12.2014 עד השעה 10:00 בבית סוהר ימ"ר ניצן, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המבקש לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-978377 או 08-9787336.

ניתנה היום, כ"ה בכסלו התשע"ה (17.12.2014).

המשנה לנשיא

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 14068760_C08.doc עע
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il