

עשרים שנה לתיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט: המשפט החוזר בישראל על פרשת-דרכים

מאת

רתם רוזנברג-רובינס*

תקציר

הסמכות להורות על קיומו של משפט חוזר קיימת במשפט הפלילי הישראלי מאז נחקק חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957. עם זאת, בארבעים השנים הראשונות לקיומו של מוסד המשפט החוזר, עשה בית-המשפט העליון שימוש בסמכות זו בשלושה מקרים בלבד. לעומת זאת, בעשרים השנים שחלפו מאז הורחבו, בשנת 1996, העילות למשפט חוזר הקבועות בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, קיבל בית-המשפט עשרים וחמש בקשות למשפט חוזר. מאמר זה, שהוא תוצר של המחקר המקיף הראשון שנערך בישראל בנושא המשפט החוזר, בוחן את האופן שבו התעצב מוסד זה למן הרפורמה בסעיף 31 – הן במישור המהותי, קרי השינויים שחלו בפסיקת בית-המשפט העליון, והן במישור הדיוני, קרי השינויים שחלו בסדרי הדין לבחינת בקשות למשפט חוזר. הניתוח יתמקד בשאלה איזו מבין שתי הגישות המרכזיות הקיימות בספרות ביחס להרשעות-שווא – "גישת החפות" ו"גישת ההליך ההוגן" – שלטה עד כה בעיצוב המשפט החוזר בישראל.

במישור המהותי אראה כי מוסד המשפט החוזר הולך ומתעצב בשנים האחרונות בראי גרסה "קיצונית" של גישת החפות, שלפיה רק ראיות המוכיחות באופן חדר-משמעי כי הנידון לא ביצע את העברה שבה הורשע עשויות להצדיק את ביטול ההרשעה. התוצאה היא שהמגמה של הרחבת השימוש במשפט החוזר בעקבות תיקון סעיף 31 נותרה למעשה מוגבלת מאוד, ומתבטאת בעיקר בתיקים שבהם הורשעו נידונים בעברות קלות יחסית. יתרה מזו, רוב הבקשות שמתקבלות מבוססות על ראיות המוכיחות כי נפלה טעות בהרשעה באופן כה חדר-משמעי, עד שהצורך לנהל בעקבותיהן משפט חדש מתאיין למעשה.

במישור הדיוני התחוללו במשפט החוזר תהליכים שאכנה אותם תהליכי "בירוקרטיזציה" ו"אדוורסריזציה". תהליכים אלה מקשים בירור כלל-מערכתי של פגמים בהליך שהוביל להרשעה, ומכאן שיש להם פוטנציאל להחליש בפסיקה את גישת ההליך ההוגן. אולם,

* תלמידת תואר שלישי במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. מאמר זה מבוסס על עבודת-גמר לתואר שני בהנחיית פרופ' שי לביא. אני מבקשת להודות לשי לביא על הנחייתו המסורה, וכן לאלון הראל, לאפרת פינק, לבועז סנג'רו, לטליה פישר, ליונתן קרמר, לניצן גרין, לעמית פונדיק, לענת הורוויץ, למשתתפי קולוקוויים הדוקטורנטים באוניברסיטת תל-אביב, למשתתפי קליניקת החפות באוניברסיטה העברית בירושלים, לחברי מערכת עיוני משפט ולקורא החיצוני על הערותיהם המועילות והחשובות. האחריות לכתוב היא כמוכן שלי בלבד.

מאחר שלא חלו במקביל שינויים שיאפשרו לנידונים לערוך בדיקות שיניבו ראיות לחפותם הממשית, נותר המשפט החוזר כלי לא-אפקטיבי לתיקון הרשעות-שווא גם לפי גישת החפות. ברמה הנורמטיבית יבקר המאמר את הירידה בכוחה של הזכות להליך הוגן לבסס הצדקה למשפט חוזר בישראל. ביקורת זו תתבסס על תובנותיה של הגישה המוסדית, אשר מאתגרת את ההבחנה הדיכוטומית – המאומצת בחלק מהספרות המשפטית – בין ערך ההליך ההוגן לבין ערך האמת. אבקש להראות כי הגישה המוסדית להליכים שלאחר הרשעה, המהווה דרך-ביניים בין גישת ההליך ההוגן לגישת החפות, מאפשרת למשפט החוזר למלא את ייעודו המוסדי, ומובילה לפרשנות קוהרנטית יותר של העילות הקבועות בסעיף 31. לנוכח זאת אטען כי נדרשת כיום רפורמה נוספת הן בפרשנותן של העילות למשפט חוזר והן במישור הדיוני, אשר תסייע להתאים את המשפט החוזר לגישה המוסדית. אם לא כן קיים חשש שהמשפט החוזר ישוב להיות כמעט "אות מתה" בספר החוקים הישראלי, כפי שהיה בטרם תוקן סעיף 31.

מבוא

- א. רקע – מסקנות ועדת גולדברג והרחבת העילות למשפט חוזר
 - ב. גישות מרכזיות להליכים שלאחר הרשעה
 1. גישת ההליך ההוגן וגישת החפות
 2. המשפט החוזר כהליך ייחודי שלאחר הרשעה
 3. הגישה המוסדית המוצעת
 - ג. התפתחויות בדין המהותי – פרשנות העילות למשפט חוזר בפסיקת בית-המשפט העליון
 1. סעיף 31(א)(2)
 2. סעיף 31(א)(4)
 - ד. שינויים במישור הפרוצדורלי
 - ה. דיון ומסקנות
 1. מסקנות הנוגעות בדין המהותי
 2. מסקנות הנוגעות במישור הפרוצדורלי
- סיכום
- נספח 1: בקשות למשפט חוזר שהתקבלו בישראל

מבוא

המשפט החוזר הוא מוסד ייחודי שנועד לתת מענה למקרים חריגים שבהם התגלה מידע חדש על פגם שנפל בהרשעתו של נידון לאחר שזו נהפכה לחלוטה. ככזה, המשפט החוזר מהווה הליך שלאחר הרשעה, בדומה להליכים אחרים שנועדו לתקן הרשעות-שווא,¹ דוגמת הליכי הביאס קורפוס שמטרתם לאפשר שחרור מהיר ממאסר,² ערעור³ וחנינה. עם זאת, להבדיל מהליכים אחרים שלאחר הרשעה, המשפט החוזר מציע הסדר דיוני ייחודי של ניהול המשפט כולו מחדש כדי לברר שוב את שאלת האשמה, תוך ביטולה של הרשעת הנידון, כך שהוא נחשב בעיני החוק כמי שלא הורשע מעולם.⁴

הסמכות להורות על קיומו של משפט חוזר קיימת במשפט הפלילי הישראלי מאז נחקק חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 (להלן: חוק בתי המשפט הישן).⁵ עם זאת, בארבעים השנים הראשונות לקיומו של מוסד המשפט החוזר, עשה בית-המשפט העליון שימוש בסמכות זו בשלושה מקרים בלבד. לעומת זאת, משנת 1996 ועד היום הורה בית-המשפט על משפט חוזר בעשרים וחמישה מקרים.⁶ יריית הפתיחה לעלייה זו הייתה הרחבת העילות למשפט חוזר, הקבועות בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, בהתאם למסקנותיה של "הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר", בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג (להלן: ועדת גולדברג).⁷

- 1 המונח "הרשעת-שווא" ישמש במסגרת מאמר זה לתיאור כל מקרה של הרשעה מוטעית, אם כמובן של טעות עובדתית בקביעת אשמתו של הנידון ואם כמובן של פגמים פרוצדורליים חמורים המובילים למסקנה שיש לבטל את ההרשעה. לדיון במשמעויות האפשרויות השונות של "הרשעת-שווא" ראו חלק ב למאמר.
- 2 ראו, למשל: *Limin Zheng, Actual Innocence as a Gateway Through the Statute-of-Limitations Bar on the Filing of Federal Habeas Corpus Petitions*, 90 CAL. L. REV. 2101, 2119–23 (2002).
- 3 בשיטת המשפט הישראלית ערעור אינו הליך שלאחר הרשעה כמובן הקלסי, שכן ערעור בזכות מהווה חלק בלתי-נפרד מההליך הפלילי עצמו. עם זאת, מדובר בהליך שניתן לבטל באמצעותו הרשעות, גם אם לא חלוטות, ולכן אתיחס אליו במסגרת זו כאל הליך שלאחר הרשעה.
- 4 תק' 9(ב) לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957. בישראל קבלת בקשה למשפט חוזר יכולה להוביל לאחת משלוש תוצאות: (1) זיכוי מיידי של הנידון, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת ההליך שבו בית-המשפט העליון מורה על משפט חוזר – ראו ס' 31(ד) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984; (2) החלטה של התביעה לא להגיש מחדש את כתב האישום נגד הנידון – במקרה כזה הנידון נחשב כמי שלא הורשע מעולם, אך אינו מזוכה בדיון; (3) הגשה מחדש של כתב האישום וניהול משפט חוזר, שיסתיים בזיכוי הנידון או בהרשעתו מחדש.
- 5 ס"ח 148. בשנת 1984 שונה החוק, וכיום הסמכות להורות על קיומו של משפט חוזר קבועה בס' 31 לחוק בתי המשפט.
- 6 לסיכום של כל הבקשות למשפט חוזר שהתקבלו בישראל ראו נספח 1 למאמר זה.
- 7 הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר דין-וחשבון 3 (1994) (להלן: דוח ועדת גולדברג).

אולם במאמר זה, הנכתב עשרים שנה לאחר תיקון סעיף 31, אבקש להראות כי המגמה של הרחבת השימוש במשפט החוזר נותרה למעשה מוגבלת מאוד. כך, עיון בפסיקת בית-המשפט העליון בבקשות למשפט חוזר שהוגשו מאז תוקן סעיף 31, ובעיקר בשנים האחרונות, מעלה כי השימוש בכלי זה נעשה בעיקר בתיקים שבהם הורשעו נידונים בעבירות קלות יחסית, בעוד בתיקים חמורים אין כמעט מקרים שבהם בית-המשפט מורה על משפט חוזר. יתרה מזו, רוב הבקשות שמתקבלות מבוססות על ראיות המוכיחות כי נפלה טעות בהרשעה באופן חד-משמעי עד כדי כך שהצורך לנהל בעקבותיהן משפט חדש מתאיין למעשה. לעומת זאת, בקשות המבוססות על ראיות שבכוחן רק לעורר ספק סביר לגבי אשמת הנידון, או להצביע על פגמים חמורים באופן שבו הושגה הרשעתו, נדחות לרוב.

מאמר זה, שהוא תוצר של המחקר המקיף הראשון שנערך בישראל בנושא המשפט החוזר,⁸ בוחן את האופן שבו התעצב מוסד זה מאז תוקן סעיף 31 – הן במישור המהותי, קרי השינויים שחלו בפסיקת בית-המשפט העליון, והן במישור הדיוני, קרי השינויים שחלו בסדרי הדין לבחינת בקשות למשפט חוזר. הניתוח יתמקד בשאלה איזו מבין שתי הגישות המרכזיות הקיימות בספרות ביחס להרשעות-שווא – "גישת החפות" ו"גישת ההליך ההוגן" – שלטה עד כה בעיצוב המשפט החוזר בישראל.

במישור המהותי אטען כי הגם שמסקנות ועדת גולדברג ותיקון החקיקה שיישמן נתנו ביטוי לשתי הגישות גם-יחד, בפועל המוסד הולך ומתעצב כראי גישת החפות. זאת ועוד, בשנים האחרונות נראה שבית-המשפט הולך ומאמץ גרסה "קיצונית" של גישת החפות, שלפיה רק ראיות המוכיחות באופן חד-משמעי כי הנידון לא ביצע את העבירה שבה הורשע, להבדיל מראיות שבכוחן רק לעורר ספק סביר לגבי האשמה, עשויות להצדיק את ביטול ההרשעה. גישה זו, אבקש להראות, מובילה לפרשנות מצמצמת של העילות למשפט חוזר שהוספו בעקבות מסקנות ועדת גולדברג, אשר מקשה באופן ממשי את הפיכת המשפט החוזר לכלי אפקטיבי לתיקון הרשעות-שווא. קושי זה אף מתגבר לנוכח תהליכים שונים

8 תחום הרשעות-השווא בכלל, ותחום המשפט החוזר בפרט, זכו בטיפול מועט יחסית בכתיבה האקדמית הישראלית. נכון למועד כתיבתן של שורות אלה טרם נעשה בישראל מחקר המקיף את כל החקיקה והפסיקה הרלוונטיות למוסד המשפט החוזר וסוקר את המגמות בפסיקת בית-המשפט העליון בבקשות למשפט חוזר. לדוגמות בולטות לעיסוק במשפט החוזר ראו ש"ז פלר "הרהביליטציה – מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות" משפטים א 497 (1969); בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א 97 (1999); ליאון שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחגיגה" קרית המשפט א 133 (2001) (להלן: שלף "על סופיות הדיון"); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169 (2004); אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" מעשי משפט ה 193, 200–204 (2013). לכתיבה בנושא הרשעות-שווא באופן כללי ראו ליאון שלף "סוף מאסר בחגיגה תחילה" הפרקליט מד 72 (1998); אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג 262 (1992); הרשעות שווא – היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (רונית פלד-לסקוב, אפרת שהם ומאיר כרמון עורכים, 2012); בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות (2014).

שהתרחשו במישור הדיוני בעקבות תיקון סעיף 31, אשר מקשים הבאת ראיות חדשות שיבססו עילה למשפט חוזר – הן בהתאם לגישת ההליך ההוגן והן בהתאם לגישת החפות. ברמה הנורמטיבית יבקר המאמר את הירידה בכוחה של הזכות להליך הוגן לבסס הצדקה למשפט חוזר בישראל. ביקורת זו תבסס על תובנותיה של הגישה המוסדית, אשר מאתגרת את ההבחנה הדיכוטומית – המאומצת בחלק מהספרות המשפטית – בין ערך ההליך ההוגן לבין ערך האמת. אבקש להראות כי הגישה המוסדית להליכים שלאחר הרשעה, המהווה דרך-ביניים בין גישת ההליך ההוגן לגישת החפות, מאפשרת למשפט החוזר למלא את ייעודו המוסדי, ומובילה לפרשנות קוהרנטית יותר של העילות הקבועות בסעיף 31.

חלק א של המאמר יציג בקצרה את המסגרת המשפטית לקיום משפט חוזר ואת הרפורמה שנערכה בה בעקבות מסקנות ועדת גולדברג. חלק ב יסקור את הספרות המשפטית הנוגעת בהליכים שלאחר הרשעה, ויחולק לשלושה סעיפים. סעיף 1 יציג את גישת החפות ואת גישת ההליך ההוגן, ויעמוד על המתח בין הגישות. סעיף 2 יעמוד על מאפייניו הייחודיים של המשפט החוזר בהשוואה להליכים אחרים שלאחר הרשעה. בסעיף זה אבקש להראות כי ההסדר הדיוני הייחודי הגלום במשפט החוזר – האפשרות לנהל את המשפט כולו מחדש – מצביע על כך שמוסד זה, להבדיל מהליכים אחרים שלאחר הרשעה, נועד במהותו להתמודד עם מקרים שבהם קיים ספק בנוגע לאשמת הנידון (אך גם בנוגע לחפותו), ולא עם אותם מקרים שבהם חפותו הוכחה פוזיטיבית. לפיכך אטען כי גישת החפות, במתכונתה ה"קיצונית", אינה יכולה להצדיק את קיומו של מוסד המשפט החוזר. אולם מאחר שגישת ההליך ההוגן במתכונתה ה"קיצונית", שלפיה אין צורך להראות כל קשר בין פגמים שנפלו בהליך לבין האפשרות שהנידון חף מפשע, עלולה להוביל לשימוש מיותר במשפט החוזר, מן הראוי למצוא דרך ליישב בין הגישות. גישת-הביניים המוצעת תידון בסעיף 3, שבו אציג את הגישה המוסדית להליכים שלאחר הרשעה, ואטען כי היא מסייעת ביישוב המתח שבין גישת ההליך ההוגן לגישת החפות. הגישה המוסדית קושרת בין הגינות ההליך למידת הפוטנציאל שלו להביא לידי גילוי האמת, ומתמקדת בשאלה אם הפגמים הדיוניים שנפלו בו פגעו ביכולתו של בית-המשפט לקיים דיון מושכל בשאלת האשמה. ככזו, היא מאפשרת להורות על משפט חוזר על יסוד פגמים חמורים בהליך, באופן שנותן לפגמים אלה משקל ניכר ועצמאי אך ב-כזמן אינו מוותר לחלוטין על הצורך להוכיח קשר בין הפגמים לבין האפשרות שנפלה טעות עובדתית בהרשעה.

חלק ג יסקור את עיקרי הפסיקה הנוגעת בבקשות למשפט חוזר בישראל מאז תוקן סעיף 31, תוך ניסיון לאפיין את עמדתו של בית-המשפט העליון בנוגע למתח שבין גישת ההליך ההוגן לגישת החפות ואת השינויים שחלו בעמדתו בנושא זה לאורך השנים. בחלק זה אראה כי הגם שניתן למצוא בפסיקה ביטויים מסוימים לשתי הגישות, ככלל נראה שהפסיקה הולכת לכיוון של קבלת גרסה קיצונית של גישת החפות. התוצאה היא שבקשות רבות למשפט חוזר שיש בהן כדי לעורר ספק סביר – ואפילו משמעותי – לגבי אשמת הנידון נדחות על-ידי בית-המשפט, ורוב הבקשות שמתקבלות הן כאלה שמוכיחות מעבר לכל ספק שנפלה טעות בהרשעה. אותן בקשות שמתקבלות אף מיתרות בשל כך ניהול משפט חוזר, ומובילות לרוב לזיכוי מידי של הנידון בהסכמת התביעה.⁹

9 לדוגמות לזיכוי מידי ראו נספח 1 למאמר.

חלק ד יסקור את השינויים הפרוצדורליים שחלו בהליך הבקשה למשפט חוזר בעקבות תיקון סעיף 31. בשנים שלאחר התיקון התרחשו בקרב הגופים הנוטלים חלק בטיפול בבקשות למשפט חוזר – בית המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה והסנגוריה הציבורית – תהליכים עצמאיים של התייעלות והאצלת סמכויות. מהלכים אלה, אשר ננקטו אף שמספר הבקשות המוגשות לבית המשפט מדי שנה נותר זניח גם לאחר התיקון בחוק, שינו את אופיו של הליך הבקשה למשפט חוזר. השפעתם החשובה ביותר הייתה הפיכתו מהליך ייחודי ובעל מאפיינים ממלכתיים להליך אדוורסרי קונוונציונלי. בסיוכום חלק זה אטען כי לתהליכים המתוארים יש פוטנציאל להחליש בפסיקה את גישת ההליך ההוגן. מאחר שלא חלו במקביל שינויים שיאפשרו לנידונים לממש את זכותם לערוך בדיקות שיניבו ראיות לחפותם הממשית, נותר מוסד המשפט החוזר לא-אפקטיבי גם מנקודת-מבטה של גישת החפות.

בחלק ה, שיוקדש לדיון ולמסקנות, אבקר את הירידה בכוחה של גישת ההליך ההוגן, ואבקש להראות כי היא מרחיקה את המוסד מייעודו המקורי. אטען כי מגמה זו מסכירה את הקשיים המרכזיים שמתעוררים בפסיקה כאשר לפרשנותן של העילות למשפט חוזר, ואבקש לשכנע כי הגישה המוסדית מסייעת בפתרון. לנוכח זאת אציע שכיום, עשרים שנה לאחר תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט, יש צורך בפרשנות שונה ורחבה יותר של העילות הקבועות בו, אשר מתמקדת בתנאים שבהם שפט בית המשפט את הנידון ובמידת הרציונליות של ההליך שהוביל להרשעתו. לצד זאת יש מקום לשקול רפורמה אף במישור הפרוצדורלי. אם לא כן קיים חשש שהמשפט החוזר – לפחות במובן המקורי של ניהול המשפט מחדש – ייהפך ל"אות מתה" בספר החוקים הישראלי.

לסיום חלק זה ראוי לומר כי במשך שנים מספר עברתי כעורכת-דין בסנגוריה הציבורית הארצית ועסקתי בטיפול בפניות של נידונים שטוענים לחפותם ומבקשים שתוגש בעבורם בקשה למשפט חוזר. במסגרת עבודתי אף הייתה לי נגיעה אישית בחלק מהתיקים שידונו בחלק ג. במקומות שבהם הייתה לי נגיעה אישית כזו, אציין את הדבר בהערות-שוליים ואפרט בקצרה מה הייתה מעורבותי בתיק.

א. רקע – מסקנות ועדת גולדברג והרחבת העילות למשפט חוזר

העילות לקיום משפט חוזר קבועות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. בנוסחו הישן, כפי שהיה בתוקף עד שנת 1996, אפשר הסעיף לנשיא בית המשפט העליון או למלא-מקומו הקבוע להורות על משפט חוזר, אם ראה כי התקיימה אחת העילות הבאות:

- (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) נתגלו עובדות חדשות או ראיות חדשות העשויות, לברן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון ובשעת בירור משפטו לא יכולות היו להיות בידי הנידון או להיות ידועות לו;

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

העילות למשפט חוזר לפי סעיף 31(א) הישן היו אם כן מצומצמות למדי. העילות הראשונה והשלישית מאפשרות להורות על משפט חוזר רק בהתקיים נסיבות ספציפיות מאוד, אשר יש להניח שיהיו נדירות.¹⁰ העילה השנייה אפשרה אומנם, על פני הרברים, קבלת בקשות למשפט חוזר על בסיס מגוון של ראיות – הן לחפות עובדתית והן לפגמים חמורים בהליך – אך הציבה מחסום פרוצדורלי משמעותי בדמות הדרישה כי ראיות אלה לא היו יכולות להיות בידי הנידון במשפט המקורי. אכן, בארבעים השנים שחלפו מאז נחקק חוק בתי המשפט ועד לתיקונו בשנת 1996, בעקבות המלצות ועדת גולדברג, התקבלו בישראל רק שלוש בקשות למשפט חוזר.¹¹

ועדת גולדברג הוקמה כדי לבחון דרכים להתמודדות עם החשש להרשעות-שווא, תוך התמקדות בצמצום התופעה של הודאות-שווא שנגבות מחשודים בהליך הפלילי.¹² הוועדה התבקשה לבחון את המצב המשפטי באשר להרשעת נאשם על-סמך הודאתו ללא ראיות חיצוניות נוספות, וכן לבחון את העילות בחוק לעריכת משפט חוזר ולהמליץ אם נדרשים תיקונים בחוק או בפרקטיקה בנושא זה.¹³

בשנת 1994 הגישה הוועדה דוח הכולל המלצות שנועדו לשפר את התמודדותה של מערכת המשפט ואכיפת החוק עם החשש להרשעות-שווא. במסגרת המלצותיה הציעה הוועדה לערוך שני שינויים בעילות למשפט חוזר: האחד, להסיר מסעיף 31(א)(2) (בנוסחו דאז) את הדרישה כי העובדות או הראיות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון לא היו יכולות להיות ידועות לו במשפטו; והאחר, להוסיף עילה חדשה למשפט חוזר אשר תאפשר לבית-המשפט לבטל הרשעה אם התעורר חשש של ממש כי היא גרמה לנידון עיוות דין. הצורך בהסרת הדרישה האמורה מסעיף 31(א)(2) נומק על-ידי ועדת גולדברג בכך שדרישה זו אינה נותנת מענה לאפשרות שהראיה לא הוגשה במשפט עקב התרשלות ברורה של הסנגור.¹⁴ את הוספת העילה החדשה (על-ידי חקיקת סעיף 31(א)(4)) נימקה הוועדה בצורך להוסיף "עילת-סל" לקיומו של משפט חוזר, על-מנת שידי בית-המשפט לא יהיו ככולות אם ירצה להיעתר לבקשות במקרים חריגים שאינם נופלים לגדר העילות האחרות.¹⁵

10 לראיה, מעולם לא התקבלה בישראל בקשה למשפט חוזר על-סמך עילות אלה.

11 מ"ח 3/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' דוד, פ"ד יב 1341 (1958); מ"ח 5/68 פרילה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.8.1968); מ"ח 3/81 אבו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.7.1981) (ההחלטה לקבל את הבקשה למשפט חוזר לא פורסמה, אך חלק ממנה פורסם במסגרת פסק-הדין בערעורו של המבקש במשפט החוזר שנערך לו ואשר בו הורשע מחדש: ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85 (1983)).

12 לתיאור נסיבות הקמתה של ועדת גולדברג ראו ליאון שלף "תיקונו של עיוות-דין" הפרקליט מא 346 (1994). ראו גם דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6-7.

13 שם.

14 שם, בעמ' 55-56.

15 למשל, מקרים של פסקי-דין סותרים שהתקבלו בערכאות שונות. שם, בעמ' 56.

בעקבות פרסום הדוח של ועדת גולדברג הוגשה לכנסת הצעה לתיקון חוק בתי המשפט, שאימצה את מסקנות הוועדה וחזרה על נימוקיה במלואם.¹⁶ החוק, שעבר בכנסת בשנת 1996, תיקן את סעיף 31(א) לנוסחו הנוכחי:

- "31. (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 ראייה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראייה 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."

ב. גישות מרכזיות להליכים שלאחר הרשעה

1. גישת ההליך ההוגן וגישת החפות

ההצדקות המרכזיות לקיום הליכים שלאחר הרשעה נחלקות בספרות המשפטית, באופן מסורתי, לשני סוגים: הצדקות הנובעות מפגמים בהליך שהוביל להרשעה, לעומת הצדקות הנובעות מפער בין האמת העובדתית (חפותו של הנידון) לבין האמת המשפטית (קביעת בית-המשפט בדבר אשמתו של הנידון).¹⁷ הצדקות אלה מהוות בסיס לשתי הגישות המרכזיות שיידונו במאמר זה – גישת ההליך ההוגן וגישת החפות.

"גישת ההליך ההוגן" מבקשת לעשות שימוש בהליכים שלאחר הרשעה במקרים שבהם התגלו ראיות חדשות המוכיחות כי ההליך שבו הורשע הנידון לקה בפגם חמור. ראיות אלה צריכות לעורר ספק לגבי עצם יכולתן של הערכאות המרשיעות להגיע לתוצאה משפטית צודקת או נכונה מבחינה עובדתית, אך אינן אמורות להצביע במישרין על חפותו של הנידון, ואין הכרח שהן יובילו בסופו של דבר לשינוי תוצאות המשפט. ביסוד עמדה זו עומדת התפיסה כי ההליך הפלילי מסוגל להוביל לקבלת תוצאה צודקת אם הוא מתקיים בתנאים המאפשרים בירור הוגן ורציונלי של שאלת האשמה, ולפיכך חוקיות התוצאה המשפטית

16 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 22) (עילות למשפט חוזר), התשנ"ו-1995, ה"ח 131.
 17 RICHARD NOBLES & DAVID SCHIFF, UNDERSTANDING MISCARRIAGES OF JUSTICE 16–17 (2000).
 לדיון במשמעויות האפשריות של "הרשעת-שווא" ראו גם: Steven Greer, *Miscarriages of Criminal Justice Reconsidered*, 57 MOD. L. REV. 58 (1994); Hugo Adam Bedau & Michael L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STAN. L. REV. 21, 39–47 (1987).

מותנית בקיום שורה של כללים ופרוצדורות שיבטיחו, בהסתברות סבירה, עשיית צדק.¹⁸ אם כן, גישת ההליך ההוגן מגדירה "הרשעת-שווא" כהרשעה שהושגה בהליך שבו לא התקיימו אותם תנאים הדרושים על-מנת להבטיח מלכתחילה פוטנציאל להגעה לתוצאה צודקת, וזאת להבדיל מתוצאה שגויה ברמה העובדתית. תומכי גישת ההליך ההוגן מדגישים את חשיבותה לשמירה על זכויותיהם המהותיות של חשודים ונאשמים, כגון הזכות לכבוד, לשלמות הגוף ולפרטיות, וזאת באמצעות המגבלות שהיא מציבה לכוחן של רשויות אכיפת החוק.¹⁹

"גישת החפות" (או "גישת החפות הממשית" – "actual innocence", כפי שהיא מכונה בארצות-הברית) גורסת כי לא תקינות ההליך היא שצריכה לעמוד בבסיס ההחלטה לבטל הרשעה, אלא שאלת האשמה לגופה. ביסוד גישה זו עומדת התפיסה כי מטרת ההליך הפלילי היא להביא לידי גילוי האמת ולהבחין באופן מדויק בין חפים לאשמים.²⁰ "הרשעת-שווא" פירושה, אם כן, פער בין התוצאה המשפטית (הרשעה) לבין האמת העובדתית (חפות), המצביע על כך שמטרת ההליך לא הוגשמה. גישה זו מבקשת לעשות שימוש בהליכים שלאחר הרשעה במקרים שבהם התגלו לאחר המשפט ראיות חזקות לכך שהנידון לא ביצע למעשה את העברה שבה הורשע. לעומת זאת, במקרים שבהם התגלה פגם בהליך שהוביל להרשעה, אך לא הוכח כי אלמלא הפגם היה הנידון מוכיח את חפותו, אין מקום לביטול ההרשעה.²¹ גישה זו החלה לקבל בכורה בארצות-הברית החל בשנות השבעים של המאה הקודמת, בין היתר בעקבות מאמרו רכי-ההשפעה של השופט פרנדלי (Friendly),²² אשר הציע כי הליכים שלאחר הרשעה יותנו בראיות לחפות ממשית.²³

שתי הגישות המתחרות להליכים שלאחר הרשעה מבטאות את כן ויכוח עקרוני ביחס לערכים העומדים בבסיס ההליך הפלילי. דרך אחת להמשיג ויכוח ערכי זה, אשר מאפיין במידה רבה את המשפט הפלילי כולו,²⁴ היא באמצעות המתח שבין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי: גישת ההליך ההוגן מבוססת על עקרון הצדק הפרוצדורלי, שלפיו היכולת לעשות צדק תלויה בצדקתו של ההליך המשפטי, ומכאן שתוצאת ההליך תהיה הוגנת רק מקום שההליך עצמו נוהל בהוגנות; ואילו גישת החפות מבוססת על עקרון הצדק המהותי, שלפיו עשיית צדק פירושה הגעה לתוצאה נכונה בסיום ההליך המשפטי, בלא קשר לאופן שבו הוא

Paul M. Bator, *Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, 18 76 HARV. L. REV. 441, 448, 452 (1963).

Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall, ;60 בעמ' 17, לעיל ה"ש 17, Greer, למשל, ראו, 19 *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, 95 YALE L.J. 455, 482-91 (1986).

LARRY LAUDAN, TRUTH, ERROR, AND CRIMINAL LAW: AN ESSAY: כללי: באופן כללי: 20 *IN LEGAL EPISTEMOLOGY* (2006).

Henry J. Friendly, *Is Innocence Irrelevant? Collateral Attack on Criminal Judgments*, 21 38 U. CHI. L. REV. 142 (1970).

שם. 22

לקשיים שאימוץ גישת החפות בארצות-הברית מערים בפני נידונים המבקשים לתקוף את הרשעתם, ראו Zheng, לעיל ה"ש 2. 23

Nobles & Schiff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16-17. 24

התנהל.²⁵ דרך נוספת היא לחשוב על המתח בין שתי הגישות כעל מתח בין תורת מוסר של כוונות או מעשים לבין תורת מוסר של תוצאות: בעוד גישת ההליך ההוגן שמה דגש באופן שבו נוהל המשפט, קרי בצדקת המעשים שהובילו לתוצאה המשפטית, גישת החפות שמה דגש בצדקת התוצאה כמובן העובדתי.

עם זאת, ברי שאפיון זה של שתי הגישות תקף בעיקר כאשר הן מופיעות במתכונתן ה"טהורה". ייתכנו בהחלט גישות ביניים, המביאות בחשבון הן את זכות הנאשם להליך הוגן והן את הצורך בהשגת תוצאות מדויקות מבחינה עובדתית. כך, למשל, קיימות בספרות המשפטית גרסות אינסטרומנטליות של גישת ההליך ההוגן, השמות דגש בקשר שבין שמירה על הוגנות ההליך לבין יכולתו להניב תוצאות נכונות. רדיש ומרשל (Redish & Marshall), לדוגמה, טוענים כי רוב ההסדרים האינהרנטיים למימוש הזכות להליך הוגן – הזכות לייצוג, הזכות לשמוע ולהישמע, הזכות לחקור עדים וכדומה – מבטאים תפיסה אינסטרומנטלית של הזכות, הרואה קשר בין מתן הזדמנות נאותה לצדדים להליך לשכנע בצדקתם לבין יכולתו של בית המשפט להכריע נכונה בתיק.²⁶ יתרה מזו, הכותבים סבורים כי גם רוב הערכים שמהווים חלק מהזכות להליך הוגן ואשר נהוג לראותם כלא-אינסטרומנטליים – שוויון, שקיפות, רציונליות, השתתפות – קשורים למעשה בטבורם להצדקה האינסטרומנטלית של השגת תוצאות מדויקות. עם זאת, הם מסכימים כי הזכות להליך הוגן נובעת גם מהגנה על זכותו של צד להליך לכבוד ולפרטיות, וזאת ללא קשר – ולעיתים אף בניגוד – לצורך להגיע לתוצאה הנכונה.²⁷ גליגן (Galligan) טוען כי רבים מההסדרים הקשורים לזכות להשתתף, לשמוע ולהישמע בהליך נובעים במישרין מן הערך של כבוד האדם, ועל-כן מוצדקים בלא קשר להשפעתם על התוצאה.²⁸ עם זאת, הוא מסכים כי הזכות להליך הוגן נובעת הן מערכים תוצאתיים ("outcome values") והן מערכים לא-תוצאתיים או כאלה ששואבים את כוחם משני סוגי ההצדקות.²⁹

גישות כאלה, הגורסות כי הזכות להליך הוגן נובעת הן מהצדקות תוצאתניות והן מהצדקות שאינן תוצאתניות, מובילות למסקנה כי כבואנו לבחון אם פגמים חמורים שנפלו בהליך מהווים "הרשעת-שווא", יש להביא בחשבון את השפעתם על התוצאה המשפטית הקונקרטיה שהושגה בהליך. זאת, אף אם אין מדובר בשיקול המרכזי שיכריע בשאלה אם ראוי לבטל את ההרשעה. עמדה מעניינת שהובעה בנושא זה – אם כי בהקשר של זיכוי במשפט עצמו, ולא בהליך שלאחר הרשעה – מציעה כי פגמים בהליך ייבחנו בהליך דו-שלבי: בשלב הראשון תיבחן, בפני עצמה, חומרת התנהגותם של ה"שחקנים" הרלוונטיים בהליך הפלילי; ואילו בשלב השני ייעשה שימוש, במקרים המתאימים, בדוקטרינת "הטעות

-
- 25 לצדק פרוצדורלי לעומת צדק מהותי ראו, למשל: Tom R. Tyler, *What Is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 *LAW & Soc'y* .REV. 103 (1988).
- 26 Redish & Marshall, לעיל ה"ש 19, בעמ' 476.
- 27 שם, בעמ' 482-491.
- 28 D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES: A STUDY OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES* 36 (1996).
- 29 שם, בעמ' 74-75.

הבלתי-מזיקה" ("harmless error doctrine"), כדי לקבוע אם ראוי להימנע ממתן משקל לפגמים בשל העובדה שהשפעתם במישור הסיבתי-התוצאתי היא שולית.³⁰

2. המשפט החוזר כהליך ייחודי שלאחר הרשעה

המשפט החוזר נועד לתת מענה למקרים שבהם לאחר חיובו של אדם בדין מתגלות עובדות שהיו עשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובתו אילו היו ידועות לבית-המשפט.³¹ במקרים אלה ההרשעה מהווה טעות בית-דין, וההנחה היא שיש לתקנה על-ידי בירור מחודש של שאלת האשמה, קרי, באמצעות הרשות השופטת.³² לפיכך, במישור הדיוני, ייחודו של המשפט החוזר הוא בכך שהוא מאפשר את ניהול ההליך המשפטי כולו מחדש. בכך הוא נבדל משני הליכים אחרים שלאחר הרשעה – הערעור הפלילי והחנינה. כדי לעמוד על ייחודו של מוסד המשפט החוזר, אציג את ההבדלים בינו לבין הערעור והחנינה הן במישור המהותי (קרי, העילות לקיום כל אחד מההליכים) והן במישור הדיוני, ואציג מודלים המקרבים בין המוסדות בניסיון לתת מענה למקרים ייחודיים העשויים להתעורר.

בניגוד למשפט החוזר, שנועד להתמודד עם ספקות כבדים לגבי התשתית העובדתית שנקבעה במשפט המקורי, מטרתו העיקרית של הערעור היא לוודא שהכללים המשפטיים שנעשה בהם שימוש במשפט יושמו נכונה. הצורך המוסדי שהערעור משרת הוא אם כן הצורך לוודא שהכללים שעל-פיהם פועלת המערכת בכללותה מיושמים בערכאות השונות באופן עקבי ושוויוני.³³ מכאן שהערעור אינו אמור להבטיח ודאות בקביעותו העובדתיות של בית-המשפט, אלא ודאות בכך שכל בית-משפט שהיה דן בעניינו של הנאשם היה מגיע לאותה מסקנה משפטית על בסיס מארג הראיות הקיים.³⁴

מאחר שלרוב אין הערעור מכוון לתיקון ממצאים עובדתיים, היכולת לתקוף במסגרתו קביעות עובדתיות מוגבלת. אומנם, בישראל ערכאת הערעור רשאית להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, ואף להתיר הגשת ראיות חדשות, אך מדובר במקרים חריגים יחסית,³⁵ שהביקורת השיפוטית המופעלת בהם שונה באופן מהותי מזו המופעלת בהחלטה בבקשה למשפט חוזר. כאשר מוגשת ראייה חדשה בערעור, או כאשר ערכאת הערעור בוחנת

30 Michael T. Fisher, Note, *Harmless Error, Prosecutorial Misconduct, and Due Process: There's More to Due Process Than the Bottom Line*, 88 COLUM. L. REV. 1298, 1300, 1321 (1988).

31 פלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 498. יצוין כי פלר, כמו מרבית הפסיקה בבקשות למשפט חוזר, מתייחס למשפט החוזר כאל הליך שנועד לתקן פגם בהכרעת-הדין. עם זאת, הפסיקה מכירה גם באפשרות העקרונתית לקבל בקשה למשפט חוזר בשל טענות חדשות לעניין גור-הדין העשויות להוביל להקלה משמעותית בעונשו של הנידון. ראו, למשל, מ"ח 4990/14 דאוד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.2015).

32 פלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 501.

33 Bator, לעיל ה"ש 18, בעמ' 453.

34 שם, בעמ' 453-454.

35 ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289 (1997). עם זאת, לריכוך ההלכה בדבר אי-ההתערבות בממצאים עובדתיים ראו, למשל, ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.7.2008).

מחדש ראייה שהוגשה כמשפט, השאלה העומדת לדיון היא אם ראייה זו, בשילובה עם מארג הראיות הקיים, די בה לשנות את המסקנה המשפטית של הערכאה הדיונית.³⁶ לעומת זאת, כאשר בית-המשפט בוחן ראיות חדשות במסגרת בקשה למשפט חוזר, עליו להכריע אם יש בהן כדי להעמיד בספק את מכלול קביעותיה של הערכאה הדיונית, עד כדי כך שאי-אפשר עוד לסמוך על התשתית ששימשה להרשעה, ויש צורך בניהול ההליך מחדש.³⁷ אומנם, ניתן לחשוב על מודלים שיבקשו לקרב בין מוסד הערעור למוסד המשפט החוזר. כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת מצב שבו ראיות חדשות שיוצגו בבקשה למשפט חוזר יידונו במסגרת ערעור פלילי או לחלופין במסגרת משפט חוזר שלא יכלול גבייה מחדש של כל הראיות והעדויות. במסגרת הליכים אלה – ערעור המבוסס על ראיות חדשות או משפט חוזר "מקוצר" – יוכל בית-המשפט לבחון את הראיות החדשות בשילוב עם מארג הראיות הישן. גישה דומה מיושמת לעיתים קרובות באנגליה, שבה בית-המשפט לערעורים מוסמך להורות על בירור האשמה מחדש בדרך של ערעור פלילי.³⁸ המודל האנגלי לטיפול בהרשעות-שווא, כפי שעוצב בחוק הערעורים החדש,³⁹ מפקיד את הסמכות להמליץ לפני בית-המשפט על ביטול הרשעה בירי גוף סטטוטורי המכונה "הוועדה המבקרת" (Criminal Cases Review Commission – CCRC). ה-CCRC מוגדר בחוק כגוף הנהנה מעצמאות, הן ביחס לרשות המבצעת והן ביחס לרשות השופטת, והוא מורכב ממשפטנים (ביניהם כאלה שהיו בעבר בתביעה הפלילית) ומבעלי מומחיות בתחומים אחרים (שוטרים לשעבר, קרימינולוגים ועוד). תפקידו הוא לבחון פניות של נידונים הטוענים לחפותם – ולשם כך מוקנות לו בחוק סמכויות בדיקה וחקירה (למשל, לקבל חומר מגופים ציבוריים, לקבל חוות-דעת ממומחים ולמנות חוקרים פרטיים)⁴⁰ – ולהגיש לבית-המשפט לערעורים, במקרים המתאימים, בקשה לביטול ההרשעה על בסיס הראיות החדשות שנאספו. תיקים שה-CCRC מפנה לבית-המשפט נידונים בדרך של ערעור פלילי, שבו נקבע אם יש מקום לביטול ההרשעה, ואם כן, אם קיים צורך בקיום משפט חוזר. ההליך מתקיים אם כן במעין מתכונת-ביניים שבין ערעור למשפט חוזר, ובמסגרתו בית-המשפט דן בראיות החדשות. החלטת בית-המשפט עשויה להיות סוף-פסוק, אם במובן של דחיית הערעור ואם במובן של קבלתו וזיכויו המידי של

36 זאת, אף באותם מקרים חריגים שבהם ערכאת הערעור מחזירה את התיק לערכאה הדיונית על-מנת שזו תגבה את הראייה החדשה ותבחן בעצמה כיצד היא משפיעה על התוצאה. ראו, למשל, ע"פ 1690/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.10.2010).

37 ראו, למשל, מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 355-354 (1997).

38 גם בישראל הושמעו לאורך השנים עמדות בפסיקה הקוראות ליישם גישה דומה במקרים המתאימים. ראו, למשל, תפ"ח (מחוזי ת"א) 885/66 מדינת ישראל נ' פדילה, פ"מ סז 126 (1969); מ"ח 8/84 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 589 (1985) (להלן: בקשת ברנס השנייה); מ"ח 7324/96 חייאט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.1997).

39 ס' 2 לחוק הערעורים החדש מאפשר לבית-המשפט לערעורים לבטל הרשעה מן הטעם שהוא השתכנע כי היא "אינה בטוחה" ("unsafe"). ראו 2, § 35, Criminal Appeal Act 1995.

40 שם, ס' 17-22.

הנידון, או לחלופין להוביל להחלטה לנהל את המשפט מחדש – הכל בהתאם לנסיבות המקרה ולחזוקן של הראיות החדשות.⁴¹

המודל האנגלי לתיקון הרשעות-שווא מקרב אם כן את מוסד המשפט החוזר למוסד הערעור. עם זאת, ברי כי יש מקרים שבהם קשה לקיים בירור מעמיק – כזה שישיתן מענה לספקות המתעוררים ביחס להרשעה – במסגרת ערעור שאינו כרוך בניהול המשפט מחדש. כאלה הם, למשל, מקרים שבהם קיימות ראיות חדשות כבדות-משקל לחפות הנידון אך יש צורך בבחינה מעמיקה של מהימנותן;⁴² וכן מקרים שבהם הראיות אינן מצביעות באופן פוזיטיבי על חפות, אלא על פגמים חמורים בהליך, שקשה להעריך את מידת השפעתם על שיקול-דעתו של בית-המשפט ועל מהימנות המארג הראייתי כולו.⁴³ במקרים אלה קיים צורך בבירור מחודש של שאלת האשמה, הפעם כשבידי בית-המשפט כל המידע הרלוונטי ובמסגרת הליך תקין. אכן, ניתן לראות שבית-המשפט לערעורים באנגליה נוהג להורות על קיומו של משפט חוזר במקרים מסוג זה.⁴⁴

החנינה, לעומת זאת, נועדה על-פי-רוב למקרים שבהם אין בפי הנידון טענות כלפי תוקפה העובדתי והמשפטי של ההרשעה, אלא שבמהלך ריצוי העונש מתעוררים שיקולים המצדיקים הקלה עימו.⁴⁵ מטרת החנינה היא לתת מענה לנסיבות שנוצרו לאחר מתן גזר-הדין הסופי ואשר בית-המשפט שגזר את העונש לא היה יכול לחזותן.⁴⁶ אולם גישות מתחרות כלפי מוסד החנינה מבקשות להזכיר את תפקידו המסורתי לסייע למשפט בעשיית צדק, תוך שקילת שיקולים שאינם רק שיקולי חסד. כך, רידולפי (Ridolfi) טוענת כי בעבר נתפסה החנינה ככלי שמטרתו העיקרית היא עשיית צדק מקום שהמשפט מוגבל ביכולתו לעשות כן, ורק עם התפתחות המשפט הפוזיטיבי, היהפכותו לגמיש יותר והצטיידותו בפרוצדורות מפורטות ומדויקות יותר, היא החלה להיתפס ככלי שמטרתו עשיית חסד בלבד.⁴⁷ רידולפי מציעה לחזור לעשות שימוש בחנינה במקרים שבהם מגבלות מסוימות של ההליך השיפוטי

41 למן הקמתו הגיש ה-CCRC 626 בקשות לבית-המשפט לערעורים, מתוכן התקבלו, נכון לחודש אוגוסט 2016, 412 בקשות. ראו פירוט באתר ה-CCRC: *CCRC Case Statistics*, CRIMINAL CASES REVIEW COMMISSION, <http://www.ccrcc.gov.uk/case-statistics/> (last visited Nov. 21, 2016).

42 לדוגמה, באמצעות חקירה של כמה עדי-ראייה או גביית חוות-דעת ממומחים.

43 למשל, ראיות לכך ששורה של שוטרים שיקרו בעדותם בנוגע לאמצעי הלחץ שהופעלו על הנאשם כדי שימסור הודאה, אשר בכוחן להשפיע לא רק על מהימנות ההודאה, אלא גם על מהימנותו של שאר המידע שמסרו אותם שוטרים.

44 למקרים שבהם הורה בית-המשפט לערעורים על משפט חוזר ראו, למשל: *R v. Beckles* [2004] EWCA (Crim) 2766, [2005] 1 WLR 2829; *R v. Ashton* [2006] EWCA (Crim) 794, [2007] 1 WLR 181; *R v. El-Kurd* [2007] EWCA (Crim) 1888, [2007] 1 WLR 3190; *R v. Brown* [2004] EWCA (Crim) 50; *R v. Anthony* [2005] EWCA (Crim) 952.

45 פלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 498.

46 שם, בעמ' 501-504. ראו גם Bator, לעיל ה"ש 18, בעמ' 441-442, ה"ש 1.

47 Kathleen M. Ridolfi, *Not Just an Act of Mercy: The Demise of Post-Conviction Relief and a Rightful Claim to Clemency*, 24 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 43 (1998)

מנעו מבית-המשפט עשיית צדק, וממליצה שגם טענות חפות יהוו שיקול בהחלטת החנינה. באופן דומה הציע שלף לאמץ בישראל את האפשרות להעניק חנינה מטעמי חפות.⁴⁸ לטענתו, במקרים שבהם אי-אפשר לקיים משפט חוזר (למשל, בשל עדים שנפטרו בינתיים או אינם זוכרים היטב את המקרה בשל חלוף הזמן) או לא רצוי לעשות כן (למשל, מאחר שניהול המשפט ידרוש משאבים רבים) רצוי שתהיה גמישות בידי הגוף החונן לבחון את אשמת הנידון במסגרת הבריקה אם יש מקום לבטל או לקצר את העונש. בחינה זו תוכל להיעשות על-ידי ועדה מיוחדת שתבדוק את תיקו של הנידון ואת הטענות החדשות לחפותו. היתרונות המרכזיים ששלף מוצא בוועדת מומחים מסוג זה הם שהבריקה תיעשה על-ידי אנשים עצמאיים שאינם קשורים לפרקליטות או לבית-המשפט, ותוכל לא להיות כבולה לדיני הראיות.⁴⁹ אכן, בארצות-הברית נפוץ השימוש במוסד החנינה במקרים שבהם התגלו, לאחר סיום המשפט, ראיות חד-משמעיות לחפות הנידון. עדות בולטת לכך שגישת החפות היא הגישה השלטת ביחס להליכים שלאחר הרשעה בארצות-הברית היא הקמתו של פרויקט החפות ("Innocence Project") בשנת 1992 והפיכתו לכלי המרכזי לטיפול בהרשעות-שווא במדינה. פרויקט החפות – המוקדש לזיכוי נידונים באמצעות בדיקות DNA שיוכחו, באופן פוזיטיבי, כי הם לא ביצעו את העבירה שבה הורשעו⁵⁰ – הוביל נכון לשנת 2016 לשחרורם ממאסר של 188 נידונים.⁵¹ זאת, מתוך 344 נידונים בארצות הברית ששוחררו עד לשנה זו ממאסר באמצעות בדיקות DNA.⁵² הליכי השחרור נושאים לרוב אופי לא-פורמלי, כשבחלק גדול מהמקרים ההחלטה מתקבלת מחוץ לכותלי בית-המשפט, באמצעות חנינה שהתביעה נותנת לה את הסכמתה.⁵³ במקרים אחרים חפותו של הנידון נקבעת על-ידי בית-המשפט, לאחר שהוכחה בבדיקות, והוא מזוכה באופן מיידי.⁵⁴ מגמה זו נובעת, מטבע הדברים, מקיומה של ראייה חותכת לחפות, המייתרת את ניהול המשפט מחדש.

48 שלף "סוף מאסר בחנינה תחילה", לעיל ה"ש 8; שלף "על סופיות הדין", לעיל ה"ש 8, בעמ' 140.

49 שלף "סוף מאסר בחנינה תחילה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 94.

50 About, INNOCENCE PROJECT, <http://www.innocenceproject.org/about/> (last visited Nov. 21, 2016).

51 Cases, INNOCENCE PROJECT, <http://www.innocenceproject.org/all-cases/#involved-yes> (last visited Dec. 5, 2016).

52 Cases, INNOCENCE PROJECT, <http://www.innocenceproject.org/all-cases/#exonerated-by-dna> (last visited Nov. 21, 2016).

53 מטעם זה אין תיעוד מלא של ההחלטות במאגרי המידע המשפטיים, אך ניתן למצוא תיעוד שלהם במסגרת האתר של "פרויקט החפות": <http://www.innocenceproject.org>.

54 לדוגמות של זיכויים שניתנו על-ידי בתי-המשפט בשנים האחרונות ראו, למשל: Robert Dewey, INNOCENCE PROJECT, <http://www.innocenceproject.org/cases/robert-dewey/> (last visited Aug. 26, 2016); Cornelius Dupree, INNOCENCE PROJECT, <http://www.innocenceproject.org/cases/cornelius-dupree/> (last visited Aug. 26, 2016); Alan G. Nothrop, INNOCENCE PROJECT, <http://www.innocenceproject.org/cases/alan-g-nothrop/> (last visited Aug. 26, 2016) (זיכויים מהשנים 2012, 2011 ו-2010, בהתאמה).

נראה ששימוש במוסד החנינה כדי לתקן הרשעות-שווא אכן יוכל, במקרים מסוימים, לרפא את הפגיעה שנגרמה לזכויות הנידון כתוצאה מהרשעתו ובעיקר מהעונש שנגזר עליו. כך, יהיה אפשר לרפא את הפגיעה בזכות לחירות וביתר הזכויות הנגזרות ממנה באמצעות שחרור מהכלא ומתן פיצוי כספי על הנזקים הכלכליים שנגרמו עקב כליאת-השווא. במקרים שיש בהם ראייה חותכת לחפות ייתכן שאף יהיה אפשר לרפא כך את הפגיעה בזכות לשם טוב. אולם במקרים שבהם אין בנמצא ראייה מסוג זה, קשה להסתפק בחנינה כאמצעי לריפוי הפגיעה בזכויות הנידון. זאת, גם אם תתקבל הצעתו של שלף להפקיד את סמכות החנינה בידי ועדה מיוחדת שתבחן את התיק. מסירת ההחלטה להעניק חנינה מטעמי חפות לירי גוף כאמור עלולה להיתקל בקשיים במקרים שבהם יידרש בירור עובדתי מעמיק של טענת החפות. נראה שבמקרים רבים לא יוכל גוף כזה לערוך את הבירור באותה מידת המימנות כבית-המשפט או לחלופין לא תהיה הצדקה לבחון בהם את עניינו של הנידון במנותק מדיני הראיות ומכללי הפרוצדורה הפלילית. כך, כאשר הראיות החדשות אינן מוכיחות באופן פוזיטיבי את חפותו של הנידון, אלא עניינן פגמים בהליך שהוביל להרשעתו, קרי, כאשר הזכות המרכזית שנפגעה בהליך היא זכות הנידון להליך הוגן, נראה שאי-אפשר לרפא את הפגיעה אלא באמצעות הליך הוגן. זיכוי הנידון באמצעות חנינה במקום בהליך משפטי מלא, שיתנהל הפעם באופן תקין תוך מימוש זכותו להליך הוגן, יהווה המשך של הפגיעה בזכות זו. על כך יש להוסיף כי סימני השאלה בנוגע להתאמתו של מוסד החנינה ככלי להכרעה בשאלות של חפות ואשמה עלולים לעורר ספקות באשר לתוקפן של ההחלטות לחון נידונים מטעמי חפות, ומכאן שפותרון זה אף עלול לפגוע במימוש זכותו של הנידון לטהר את שמו. החנינה עשויה אם כן לסייע בתיקון של הרשעות-שווא בעיקר באותם מקרים שבהם הוצגו ראיות חד-משמעיות לחפות הנידון, בעוד הערעור עשוי לסייע בכך בעיקר במקרים שבהם ההרשעה נובעת מטעות משפטיות או במקרים שבהם מוגשת לערכאת הערעור ראייה חדשה המשנה באופן מובהק את תוצאות המשפט. לעומת זאת, ייחודו של המשפט החוזר, כהליך שלאחר הרשעה המאפשר את ניהול המשפט מחדש, הוא ביכולתו לתת מענה לשני סוגי מקרים אחרים: מקרים שבהם הוצגו ראיות חדשות לחפות העובדתית של הנידון, אשר מעוררות ספק אך אין בהן משום הוכחת חפות פוזיטיבית; ומקרים שבהם הוצגו ראיות חדשות לפגמים חמורים שנפלו בהליך, המעוררים ספק לגבי תוקף ההרשעה. במקרים מן הסוג הראשון – העולים בקנה אחד עם גרסה "מרוככת" של גישת החפות – ניתן לרפא את הפגיעה בזכויות הנידון, שנגרמו כתוצאה מהרשעת-השווא, באמצעות ניהול משפט חוזר או באמצעות יצור-כלאיים בין משפט חוזר לערעור. לעומת זאת, ניסיון לעצב את מוסד המשפט החוזר בהתאם לגרסה קיצונית של גישת החפות, המאפשרת את ביטול ההרשעה רק משהתגלו ראיות פוזיטיביות לחפות הנידון, ייתר את ההסדר הדיני הייחודי המגולם בו. במקרים הללו ניתן לרפא את הפגיעה בזכויות הנידון באמצעים אחרים, דוגמת החנינה, בעוד ניהול המשפט מחדש עלול דווקא לפגוע בהן. כך, יציאתו של הנידון לחופשי עלולה להתעכב בשל הצורך לנהל את המשפט על-אף קיומן של ראיות ברורות לחפותו, ובכך תתמשך לא לצורך הפגיעה בחירותו.

במקרים מן הסוג השני – העולים בקנה אחד עם גישת ההליך ההוגן – יוכל ריפוי הפגיעה בזכות הנידון להליך הוגן להיעשות באמצעות ניהול ההליך מחדש, הפעם בדרך שתאפשר בירור ראוי של שאלת האשמה. חנינה ואף ערעור – שבו הראיות החדשות נבחנות

בשילוב עם תוצריו של ההליך הקודם, שנוהל באופן פסול כאמור – לא יוכלו לרפא פגיעה זו באופן מלא כפי שיוכל לעשות המשפט החוזר. אולם, מאחר שייחודו של המשפט החוזר הוא ביכולתו לאפשר בירור של שאלות לא-פתורות בדבר אשמת הנידון, גם מקרים שבהם נפלו בהליך המקורי פגמים שלא הייתה יכולה להיות להם כל השפעה על תוצאתו אינם מתאימים לטיפול באמצעותו. אימוץ גרסה קיצונית של גישת ההליך ההוגן עלול להוביל אם כן לניהול הליכים משפטיים מיותרים, דבר שיקשה על מערכת המשפט להפנות משאבים לטיפול בתיקים שטרם הוכרעו,⁵⁵ ועלול אף לפגוע בכוחו החינוכי וההרתעתי של המשפט, הנובע, בין היתר, מהיכולת לשים קץ להתדיינות ולהגדיר את ההחלטה שהתקבלה בה כסופית ומחייבת.⁵⁶

מכל האמור לעיל עולה כי קיימים טעמים טובים לאמץ דרך-ביניים בין גישת ההליך ההוגן לגישת החפות, אשר תאפשר למשפט החוזר להגשים את מטרותיו הייחודיות. דרך-ביניים כזו מצויה, לטעמי, בגישה המוסדית.

3. הגישה המוסדית המוצעת

הגישה המוסדית, שביטויה הבולט בשיח המשפטי הוא זרם ה-"Legal Process" של הרט (Hart) וסקס (Sacks),⁵⁷ בוחנת תהליכים חברתיים ופוליטיים כתוצרים של אינטראקציה בין מוסדות המדינה השונים, שבמסגרתה כל מוסד פועל בתחומי מומחיותו הייחודית.⁵⁸ עיקרון מרכזי בגישת ה-"Legal Process" הוא עקרון הקומפלטיות המוסדית ("institutional competence"),⁵⁹ שלפיו לכל ספֵרה חברתית יש תחום מומחיות מובחן שבתוכו יש לה לגיטימציה לפעול. מדובר בעיקרון פרוצדורלי המחייב שחלוקת העבודה בין מוסדות המדינה תיערך בהתאם לתחומים שבהם הם קומפלטניים, הן כדי לאפשר לכל מוסד להגשים את ייעודו והן כדי לאפשר שיתוף-פעולה פרודוקטיבי בין המוסדות.⁶⁰

במובן זה, הגישה המוסדית מקבלת את הרעיון שלפיו המשפט, כמו יתר מוסדות המדינה, הוא תכליתי באופיו ונועד לאפשר קיום חברתי משותף, כשבבסיס כל כלל משפטי עומדת מטרה חברתית.⁶¹ עם זאת, הקומפלטיות המוסדית אינה נגזרת מעיקרון אינסטרומנטלי, קרי, מהתוצאות שהמוסד משיג בפועל, אלא ממידת הפוטנציאל שלו להגשים את מטרותיו,

55 Friendly, לעיל ה"ש 21, בעמ' 147-149.

56 שם, בעמ' 146, 149; פלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 503.

57 HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (tent. ed. 1958).

58 William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era*, 48 U. PITT. L. REV. 691, 694 (1987).

59 Edward L. Rubin, Commentary, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1396 (1996).

60 William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, Commentary, *The Making of the Legal Process*, 107 HARV. L. REV. 2031, 2032-33 (1994).

ההליך המשפטי, בעיקר מצד הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies – CLS) והזרם של משפט וכלכלה, ראו Rubin, לעיל ה"ש 59, בעמ' 1398-1402.

61 HART & SACKS, לעיל ה"ש 57, בעמ' 166.

קרי, ממידת ההתאמה הקיימת בין מבנה המוסד לבין הפונקציה שהוא נועד לשרת.⁶² תפיסה זו באה לידי ביטוי ברעיון מרכזי נוסף בזרם ה־Legal Process, שלפיו צריכה להתקיים קוהרנטיות בתוך המוסד. כך, הרט וסקס סבורים כי פרשנות משפטית של חוקים חייבת להביא בחשבון הן את מטרתו של החוק והן את המטרות העומדות בבסיס המשפט כולו, קרי, לשמור על קוהרנטיות הן במובן ה־"צר", של עקביות בפרשנותו של החוק עצמו, והן במובן ה־"רחב", של יכולת אינטגרציה בין מטרות חקיקתיות שונות.⁶³ קוהרנטיות בתוך המוסד היא חיונית, אם כן, כדי שהוא יוכל לשתף פעולה עם מוסדות חברתיים אחרים, ולא רק כדי להבטיח שכל מוסד בפני עצמו לא יאופיין בסתירות אנליטיות פנימיות.

מתפיסה זו נגזר הרעיון שחובה על המדינה ליצור חלוקת עבודה בין מוסדותיה השונים, אשר תעניק לכל מוסד את תחומי האחריות העולים בקנה אחד עם הקומפלטיות שלו ותאפשר לו להגשים את ייעודו.⁶⁴ בכך הגישה המוסדית מציעה תפיסה רחבה ביחס לזכויות אדם ולהפרתן, שאינה נגזרת רק מהיחס המוענק לאינדיווידואלים על-ידי המדינה ומתוצאותיו במקרים ספציפיים, אלא אף מיכולתה הבסיסית של המדינה לקיים את חירויות-היסוד וזכויות-היסוד באמצעות מוסדותיה.⁶⁵

באשר למערכת המשפט, הגישה המוסדית גורסת כי הקומפלטיות הייחודית של בתי-המשפט מתבטאת ביכולתם להכריע בתיקים באמצעות התדיינות מנומקת ומושכלת. מכאן שרק סוגיות שניתנות להכרעה באופן זה מתאימות מטבען לעבור לתחום אחריותה של הספירה המשפטית.⁶⁶ הרט וסקס מדגישים בהקשר זה את חשיבותה של הפרוצדורה המשפטית, וגורסים כי קיומה של פרוצדורה הוגנת, המעניקה למערכת המשפט את התנאים לקבלת החלטות באופן מושכל, הוא תנאי בלעדיו-אין לקבלת החלטות מנומקות ונבונות.⁶⁷ נוסף על כך, פרוצדורה תקינה חיונית על-מנת לאפשר למוסדות שונים לפעול בשיתוף-פעולה, הן משום שבאמצעותה מוגדרים תחומי האחריות של כל מוסד והן מאחר שהיא מקנה לכל מוסד את הכלים להגביל את שיקול-דעתו ולפעול לשינוי הכרעותיו הקודמות.⁶⁸

יישום תבונתיה של הגישה המוסדית ביחס להליכים שלאחר הרשעה מוביל, לעמדתו, למסקנה כי יש לדחות את גישת החפות במתכונתה הקיצונית ולפרש את העילות למשפט חוזר כך שגם ראיות חדשות שבכוחן לעורר ספק סביר לגבי אשמת הנידון יוכלו להוביל למשפט חוזר. פרשנות כזו מתבקשת לאור הניתוח שנערך לעיל, שלפיו ראיות שמצביעות באופן חד-משמעי על חפות הנידון יכולות לרוב להתברר באמצעות מוסדות שאינם המשפט החוזר, בעוד מוסד המשפט החוזר מותאם במהותו למקרים שבהם נדרשת התדיינות משפטית

62 לרעיון זה במשפט הפלילי ראו: PAUL H. ROBINSON, STRUCTURE AND FUNCTION IN CRIMINAL Law (1997).

63 Eskridge & Frickey, לעיל ה"ש 60, בעמ' 2043.

64 שם, בעמ' 2042 ו-2043.

65 למאפיין זה של הגישה המוסדית ראו גלעד ברנע ויעל ברדה "תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" מעשי משפט ג 145 (2010).

66 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 365–66 (1978).

67 HART & SACKS, לעיל ה"ש 57, בעמ' 173.

68 שם, בעמ' 4.

מנומקת לצורך בירור הראיות החדשות. גישה זו תיצור חלוקת עבודה פרודוקטיבית בין המוסדות השונים המאפשרים תיקון הרשעות-שווא, ותאפשר למשפט החוזר לפעול בתחום הקומפלטנטיות הייחודי לו. יתרה מזו, מאחר שסטנדרט ההוכחה במשפט החוזר עצמו יחייב את התביעה להוכיח מחדש את אשמת הנידון מעבר לספק סביר, נראה שבבואו להכריע בבקשה למשפט חוזר, על בית-המשפט לשאול את עצמו אם לנוכח הראיות החדשות קיימת אפשרות ממשית שבמשפט החוזר יצליח הנידון לעורר ספק סביר לגבי אשמתו. ודוק: הסטנדרט שבו יחויב הנידון לעמוד כדי להוכיח את קיומה של אותה אפשרות ממשית עשוי, כשלעצמו, להיות מחמיר מסטנדרט הספק הסביר. ייתכן, למשל, שיש לחייב את הנידון להראות, בסטנדרט של מאזן הסתברויות, כי יש סיכוי לזיכוי מחמת הספק. עם זאת, האפשרות שהמשפט החוזר יסתיים בזיכוי מחמת הספק, להבדיל מזיכוי מלא, היא שצריכה לעמוד לנגד עיניו של בית-המשפט במסגרת ההכרעה בבקשה למשפט חוזר.

בדומה לכך, הגישה המוסרית מובילה לדחיית גרסתה הקיצונית של גישת ההליך ההוגן, שעל-פיה יש לבחון פגמים בהליך במנותק לחלוטין מהשפעתם על תוצאות המשפט. פגמים בהליך נבחנים גם הם, לפי הגישה המוסרית, בהתאם לקריטריון הקומפלטנטיות המוסרית. כך, בָּטור (Bator) מבקש להראות כי שיקולים מוסדיים תומכים בביטול הרשעה רק באותם מקרים שבהם הוכח כי בית-המשפט ששפט את הנידון לא עשה כן בהליך ראוי שאִפשר לו לקיים דיון רציונלי בשאלת האשמה.⁶⁹ בכך מאמץ בָּטור מודל של קומפלטנטיות מוסרית,⁷⁰ שבמסגרתה השאלה הנבחנת היא אם מערכת המשפט פעלה במקרה נתון בהליך שאִפשר התדיינות מנומקת ומושכלת בסוגיות המשפטיות שעמדו לדיון, קרי, במסגרת תחום הקומפלטנטיות הייחודי לה.⁷¹

מקרים קיצוניים של פגיעה בטוהר ההליך שמשליכה על יכולתו של ההליך כולו להוביל לחקר האמת (נאשם בלתי-מיוצג, שופט שקיבל שוחד, הודאה שנבנתה בעינויים וכדומה) מצדיקים, לפי בָּטור, את ביטול ההרשעה. זאת, משום שהשאלה שהם מעוררים אינה אם נפלה במשפט טעות עובדתית או משפטית ספציפית, אלא אם התנאים שאפיינו את ההליך והכלים שהועמדו בו לטובת חקר האמת היו כאלה שבכוחם להבטיח, בהסתברות סבירה, שהעובדות שנקבעו בו נכונות ושהכללים המשפטיים יושמו בו נכונה.⁷² במקרים שבהם התשובה לשאלה זו שלילית, משמעות הדבר היא שההליך המשפטי לא עמד למעשה בתנאי-הסף הדרושים לשם הגדרתו כהליך "תקף". בדומה לכך הציעו כותבים אחרים, הנשענים על המודל המוסדי של בָּטור, להתמקד בשאלה אם לנידון הייתה הזדמנות הוגנת להעלות את טענותיו בבית-המשפט ובמידת הרציונליות של תהליך קבלת ההחלטות שהוביל להרשעה.⁷³

69 Bator, לעיל ה"ש 18, בעמ' 443.

70 Ann Woolhandler, *Demodeling Habeas*, 45 STAN. L. REV. 575, 579 (1993)

71 Justin F. Marceau, *Challenging the Habeas Process Rather Than the Result*, 69 WASH. & LEE L. REV. 85, 131–32, 139 (2012)

72 Bator, לעיל ה"ש 18, בעמ' 455.

73 ראו, למשל: Andrew Hammel, *Diabolical Federalism: A Functional Critique and Proposed Reconstruction of Death Penalty Federal Habeas*, 39 AM. CRIM. L. REV. 1, 42 (2002); Steven Semeraro, *A Reasoning-Process Review Model for Federal Habeas Corpus*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 897, 927–28 (2004)

בטור מבהיר כי ההצדקה לקיום הליך שלאחר הרשעה קיימת לרוב רק כאשר הטענה לפגם בהליך לא נדונה במשפט המקורי, ומבחין לצורך כך בין טענות "במישור אחד" ("single-level claims") לבין טענות "בשני מישורים" ("double-level claims"), הנבדלות במידה שבה היה בית-המשפט חופשי לדון בהן במשפט המקורי.⁷⁴ כך, למשל, טענה ששופט נטל שוחד היא טענה "בשני מישורים", שכן שופט משוחד לעולם לא יקבע כי הוא משוחד, ומכאן שהליך המנוהל על-ידי אותו שופט מונע למעשה את עצם האפשרות לדון ברצינות בטענת הנאשם. לעומת זאת, טענה כי הודאת הנאשם נגבתה בעינויים היא טענה "במישור אחד", שכן עצם העובדה שהנאשם אכן עונה אינה מונעת ממנו את האפשרות להתגונן בטענה זו ואינה שוללת את האפשרות להגיע למסקנה זו במשפט.⁷⁵

ניתן לראות כי האופן שבו בטור ממשיג את הזכות להליך הוגן חורג במידה רבה מהתפיסה האינסטרומנטלית של הזכות. ניתן אומנם לומר, בהתאם לחלק מהגישות בספרות שהוזכרו לעיל, כי הדאגה לרציונליות של ההליך המשפטי ולמתן זכות סבירה לנאשם להתגונן נובעת, בשורה התחתונה, מרצון להבטיח שההליך יוביל לתוצאות מדויקות. עם זאת, אמת-המידה שבטור מבקש לקבוע לביטול ההרשעה אינה קשורה למידת הביטחון של בית-המשפט ב"שורה התחתונה" של ההליך המשפטי, אלא למידת הביטחון שלו באופן שבו הגיעה הערכאה המרשיעה למסקנתה, כשדווקא חוסר ביטחון מוחלט בשאלת האשמה הוא שמצדיק את ביטול ההרשעה. למעשה, נראה שבמקרים שבהם נפל בהליך פגם קיצוני, השאלה אם התוצאה המשפטית שהתקבלה נכונה מבחינה עובדתית אם לאו נהפכת ללא-רלוונטית. זאת, מאחר שהמשפט לא אפשר כלל לנאשם להתגונן בצורה אפקטיבית, ולכן מלכתחילה אינו עומד בתנאי-הסף המצדיקים את בחינת התוצאה לגופה. מאידך גיסא, קיומו או העדרו של הליך הוגן אינם נובעים, לפי תפיסה זו, רק ממידת הדאגה לזכויותיו הפרטניות של הנידון, אלא בראש ובראשונה מהתנאים המבניים והמוסדיים שאפיינו את המשפט במהלך ההליך שקבע את אשמתו. מדובר אם כן בהגדרה של הזכות להליך הוגן שהיא אינטרינזית, מחד גיסא, אך מביאה בחשבון את מטרותיו החיצוניות של המשפט ואת מידת יכולתו להגשים את הפונקציות שהוא נועד לשרת, מאידך גיסא.

הגדרה כזו של הזכות להליך הוגן מאפשרת לראות בפגיעה בזכות זו עילה לביטול הרשעה גם מקום שלא הוכחה השפעתה במישור התוצאתי. זאת, מבלי לבחון אותה בהתאם למבחנים טכניים-פורמליים נוקשים, העלולים להוביל לביטול הרשעות בשל פגמים שוליים שנפלו בהליך. כאמור, בטור סבור כי יש להגדיר מקרה כ"הרשעת-שווא" רק במקרים חריגים שבהם ההליך הולך ונפרד מהתנאים הבסיסיים שמאפשרים להגדירו כ"משפט". עם זאת, דוגמות-הקיצון שבטור נותן, שבהן מתעוררות טענות "בשני מישורים", מאפשרות לטעמי לרמיין קשת של מקרים נוספים שעשויים להצדיק ביטול הרשעה לפי אותו היגיון, בלא קשר למידת ההסתברות שהם הובילו לתוצאה שגויה מבחינה עובדתית. זאת ועוד, דוגמות אלה מעלות כי למעשה קיים גבול דק בין טענות "בשני מישורים" לבין טענות "במישור אחד".

74 Bator, לעיל ה"ש 18, בעמ' 457.

75 יוער כי המודל של בטור עורר ביקורת בהקשר זה, ונטען כי הוא מצומצם מדי ואינו נותן מענה למגוון מקרים העשויים להצדיק ביטול הרשעות. ראו, למשל: Gary Peller, *In Defense of* .*Federal Habeas Corpus Relitigation*, 16 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 579 (1982)

בְּטוֹר מִבְּהִיר כִּי אֵין דִּי בִכְך שֶהִטְעָנָה תְעֵלָה בְּמִשְׁפֵּט, אֲלֵא יֵשׁ צוֹרֵךְ שֶהִיא תְעֵלָה בְּצוֹרָה שֶמֵאֲפִשֶׁרֶת לְדוֹן בַּה בְּאֹפֶן רְצִיוֹנְלִי, וְכֵן שְׂצָרִיכָה לְהִיּוֹת הַצְדָקָה לְאִי־הֶעֱלָאת הִטְעָנָה – לְמִשְׁל, הִיּוֹת הַנֶּאֱשֵׁם בְּלִת־מִיּוֹצֵג.⁷⁶ אִם כֵּך, נִיתֵן לְהֶעֱלוֹת עַל הַדְּעָת מִקְרִים דּוּמִים, גַּם אִם קִיצוֹנִיִּים פְּחוּת, שְׁבָהֵם תְּנֵאִי־הִיסוֹד לְ"תוֹקְפוֹ" שֶל הַהֲלִיך אֵינֶם מִתְקִיִּימִים בְּאֹפֶן הַמֵּאֲפֶשֶׁר דִּיוֹן רְצִיוֹנְלִי בְּטַעֲנַת הַנִּידוֹן. כֵּך, לְמִשְׁל, הַהֲבָרֵל בֵּין מִקְרָה שְׁבָה הַנֶּאֱשֵׁם לֵא הִיָּה מִיּוֹצֵג לְבִין מִקְרָה שְׁבָה הוּא זָכָה בִּיִּצּוֹג רְשִׁלְנִי, שְׁגָרֵם לְכֵך שֶהִטְעָנָה לֵא הוֹעֵלְתָה אוֹ הוֹעֵלְתָה בְּאֹפֶן בְּלִת־סִבִּיר, נִרְאָה זְנִיחַ. בְּדוּמָה לְכֵך, עֲשׂוּיִים לְהִיּוֹת מְצָבִים שְׁבָהֵם הִיָּה אֲפֶשֶׁר אֹמְנֵם לְדוֹן בְּטַעֲנַת הַנֶּאֱשֵׁם, מִבְּחִינָה זֹו שֶסּוֹפְקוֹ לְשֵׁם כֵּך כָּל הַתְּנֵאִים הַטְּכְנִיִּים, אֲךֵ תְמוֹנַת הַמְּצִיאוֹת שֶהוּצָגָה בְּאֹפֶן שִׁיטְתִי לְפָנֵי בֵית־הַמִּשְׁפֵּט הִיִּתְהָ מַעוּוֹתָת עַד כִּדִי כֵך שֶלְמַעֲשָׂה הוּא לֵא הִיָּה יִכוֹל לְהַכְרִיעַ בְּטַעֲנָה בְּאֹפֶן מוֹשְׁכֵל. חֲשָׁבו, לְמִשְׁל, עַל מִקְרָה שְׁבָה הַתְּבִיעָה – הַנִּתְפַסֶּת כְּגוֹף שֶשֶׁם לְנִגַד עֵינֵינוֹ אֵת הָאֵינְטֵרֶס הַצִּיבוֹרִי, שֶחָב בְּחֻבוֹת אִמּוֹן כְּלָפֵי בֵית־הַמִּשְׁפֵּט וְאֲשֶׁר אֶף נִהְנֶה מְחֻזְקָת תְּקִינּוֹת הַמְּנַהֵל⁷⁷ – זִיפָה בְּאֹפֶן שִׁיטְתִי רֵאִיוֹת, תּוֹךְ נִטִּילַת יְכוּלְתוֹ שֶל הַנֶּאֱשֵׁם לְהַתְּגוֹנֵן בְּאֹפֶן אֲפִקְטִיבִי; אוֹ עַל מִקְרָה דּוּמָה שְׁבָה הַמִּשְׁטֵרָה זִיפָה בְּאֹפֶן שִׁיטְתִי רֵאִיוֹת, הֵן אֵל מוֹל הַתְּבִיעָה וְהֵן אֵל מוֹל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט, אוֹ הַעִידָה בְּאֹפֶן שִׁיטְתִי עֲדוּיוֹת־שְׁקֵר מִתּוֹאֲמוֹת. הָאִם פְּגָמִים כֵּאלֵה אֵינֶם מַעִין פְּגָמִים "בְּשָׁנֵי מִישׁוּרִים", גַּם אִם כְּמוֹכֵן חֲלַשׁ מִזֶּה שֶׁבְּטוֹר מִתְאַר? נִרְאָה שֶהִמְשׁוֹתָף לְמִקְרִים הַלְלוֹ, כְּמוֹ־גַם לְאַחֲרִים שֶנִּיתֵן בּוֹדָאֵי לְדַמִּיין, הוּא שִׁיכוּלְתוֹ שֶל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט לְקִיִּים דִּיוֹן רְצִיוֹנְלִי בְּשֵׁאלַת הָאֲשָׁמָה נִשְׁלַלֶּת מִמֶּנּוּ, אִם לֵא כְּלִיל אֲזִי לְפַחוֹת בְּמִידָה רַבָּה, מֵאַחַר שֶהַנְּחוֹת־הִיסוֹד שֶעֵימָן הוּא נִיגַשׁ לְמִלְאַכַּת הַשְּׁפִיטָה אֵינֶן מֵאֲפִינּוֹת אֵת הַהֲלִיך שְׁבָה עֲלֵיו לְשִׁפּוֹט. מִקְרִים שֶל פְּגָמִים "בְּשָׁנֵי מִישׁוּרִים" – אִם בְּמוֹכֵן חֲזוֹק, כְּפִי שֶמְצִיעַ בְּטוֹר, וְאִם בְּמוֹכֵן הַחֲלַשׁ, כְּמוֹצֵעַ כֵּאֵן – הֵם מִקְרִים שְׁבָהֵם הֵ"שְׁחֻקִּים" הַקְּבוּעִים שֶהִמְשַׁפֵּט הַפְּלִילִי מִתְבַּסֵּס עֲלֵיהֶם⁷⁸ לֵא רַק שֶאֵינֶם פּוֹעֲלִים בְּהַתָּאֵם לְצִפְיוֹת מֵהֶם, אֲלֵא חוֹרְגִים מֵהֶן בְּאֹפֶן קִיצוֹנִי עַד כִּדִי כֵך שֶמוֹנַע מִבֵּית־הַמִּשְׁפֵּט אֵת הִיכוּלְתָּ לְהַכִּיר בְּתֵנֵאִים שְׁבָהֵם הוּא שׁוֹפֵט. הַגִּישָׁה הַמוֹסְדִית מוֹבִילָה אִם כֵּן לְאִימוּץ גִּישַׁת־בִּינִיִּים בֵּין גִּישַׁת הַהֲלִיך הוֹגֵן לְגִישַׁת הַחֲפוֹת – כְּזוֹ הַמְּבוֹסֶסֶת אֹמְנֵם עַל הַזְּכוֹת לְהֲלִיך הוֹגֵן מְבוֹכְנָה הָאֵינְטֵרִינִי אֲךֵ בּוֹיִבְזֻמָּן נִתְּנַת מְקוּם לְשִׁיכוּלְתִים מַעֲרַכְתִּים וְמוֹסְדִיִּים הַמְּשֻׁלְכִים בְּאֹפֶן יִשִּׁיר עַל הָאֲפִשְׁרוֹת שֶתּוֹצְאוֹת הַמִּשְׁפֵּט יִשְׁתַּנוּ לְטוֹבַת הַנִּידוֹן. הַזְּכוֹת לְהֲלִיך הוֹגֵן, בְּהַתָּאֵם לְגִישָׁה זֹו, אֵינָה מִתְּמַצָּה בְּהַגְנוֹת הַסְּפִצִּיפִּיּוֹת שֶהִיא מַעֲנִיקָה לְנֶאֱשֵׁם, אֲלֵא מֵהוּוֶה, בְּרֵאֵשׁ וּבְרֵאֲשׁוֹנָה, זְכוֹת לְהִשְׁפֵּט בְּהֲלִיך שֶקִּיִּמַת בּוֹ מִלְכַתְּחִילָה אֲפִשְׁרוֹת אֲפִקְטִיבִית לְהַעֲנִיק אֵת הַהַגְנוֹת הָאִמּוּרוֹת. בְּמִקְרִים שְׁבָהֵם הַהֲלִיך שֶהוֹבִיל לְהַרְשַׁעַת הַנִּידוֹן לֵא גִילֵם אֵת הַפּוֹטֵנְצִיאֵל הָאִמּוֹר, אִי־אֲפֶשֶׁר, מִנְקוּדַת־מִבְּט מוֹסְדִית, לְסַמּוֹךְ עַל כֵּך שֶהַהֲרַשְׁעָה עוֹלָה בְּקִנְיָה אֶחָד עִם הָאֲמַת הַעוֹבְדַתִּית, וְהִיא תּוֹגְדֵר "הַרְשַׁעַת־שׁוּא".

76 Bator, לעיל ה"ש 18, בעמ' 458.

77 לחובות המיוחדות החלות על התביעה ראו מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים 173 (1996). לחזקת תקינות המנהל בדיון הפלילי הישראלי ראו נורית לזר חזקת התקינות של הרשות במשפט הציבורי 207-229 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, 2006).

78 בית-המשפט, רשויות התביעה, הסנגוריה וכן גופים סטטוטוריים במערכת אכיפת החוק, דוגמת המשטרה והמכון לרפואה משפטית.

ג. התפתחויות בדין המהותי – פרשנות העילות למשפט חוזר בפסיקת בית-המשפט העליון⁷⁹

בפתח-דבר לדוח שהגישה, הדגישה ועדת גולדברג את הצורך בשמירה על הוגנות ההליך המשפטי, וציינה כי הצורך במניעת הרשעות-שווא חורג מעניינו של הנידון הפרטי ומשפיע על אמון הציבור כולו במערכת אכיפת החוק.⁸⁰ מאידך גיסא ציינה הוועדה כי יש לזכור שמטרתם של סדרי הדין ודיני הראיות היא לחשוף את האמת ולשאוף לקרבה מרבית בין "האמת המשפטית" ל"אמת העובדתית".⁸¹ דוח הוועדה מביע אם כן שאיפה לאיזון בין ערך ההליך ההוגן לערך האמת. שאיפה זו ניכרת אף בהמלצות הוועדה, הנותנות ביטוי הן לגישת ההליך ההוגן והן לגישת החפות.

מחד גיסא, חקיקת סעיף 31(א)(4), שעל-פיו ניתן להורות על משפט חוזר אם קיים חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין (להלן: עילת עיוות הדין), פתחה פתח לקבלת בקשות למשפט חוזר ממגוון סיבות שאינן קשורות בהכרח לשאלת האשמה לגופה, לרבות פגמים דיוניים חמורים. מאידך גיסא, התיקון בסעיף 31(א)(2), שעל-פיו ניתן להורות על משפט חוזר בשל ראיות או עובדות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון (להלן: עילת הראיות החדשות), נראה מיועד בעיקר למקרים שבהם הוצגו ראיות לחפותו העוברתית של המבקש. עם זאת, גם ראיות חדשות לכך שנפלו פגמים בהליך עשויות באופן עקרוני לעמוד בתנאי של פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. נוסף על כך, הצורך בתיקון נומק על-ידי הוועדה באפשרות שפגם בהליך, בדמות התרשלות של הסנגור, הוא שמנע את הצגת הראיה. לעומת זאת, נוסחו של סעיף 31(א)(2) מאפשר כמובן לראיות שבכוחן לשנות את תוצאות המשפט להביא לידי ביטול ההרשעה גם אם הסיבה לאי-הבאתן לא הייתה פגם בהגנת המבקש, ומכאן שהוא עשוי להתאים הן לגישת החפות והן לגישת ההליך ההוגן. למעשה, גם סעיף 31(א)(4) מאפשר, מבחינת לשונו, לקבל בקשות שמבוססות לא על טענות לפגמים בהליך, אלא על טענות חפות (למשל, במקרים שבהם מתעורר ספק לגבי אשמת הנידון חרף העובדה שהראיות החדשות אינן משנות בפני עצמן את תוצאות המשפט לפי דיני הראיות). לפיכך נראה שסעיף 31 החדש בכללותו טומן בחובו פוטנציאל לעיצוב הפסיקה בבקשות למשפט חוזר בהתאם לשתי הגישות גם-יחד.

חיווק לטענה זו מצוי בעובדה שפסיקת בית-המשפט העליון בעשרים השנים האחרונות אכן אימצה מאפיינים מסוימים משתי הגישות. אולם, כפי שאראה לאורך חלק זה, בשנים האחרונות הפסיקה הולכת ומתעצבת ברוח גישת החפות, ואף בהתאם לגרסה קיצונית של

79 מספר הבקשות למשפט חוזר שהוגשו בישראל הוא קטן, ועומד על כ-600 בלבד. לשם איתור כל ההחלטות בבקשות למשפט חוזר שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון, נכון לחודש יוני 2016, נערכה הצלבה בין שלושה מקורות: הפד", מאגר המידע המשפטי "נבו" ומאגר המידע המשפטי "תקדין". לאחר-מכן הוסרו מהרשימה אותן החלטות שאינן מכריעות בבקשה למשפט חוזר לגופה, אלא מהוות החלטות-ביניים (למשל, החלטה להעביר את הבקשה למשפט חוזר לתגובת המדינה).

80 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6.

81 שם, בעמ' 7.

גישה זו, קרי, דרישה לראיות שמצביעות באופן חד־משמעי כמעט על חפות הנידון. על גישה זו ניתן ללמוד מן האופן שבו פורשו בפסיקה שתי העילות שתוקנו עקב מסקנות ועדת גולדברג: עילת הראיות החדשות ועילת עיוות הדין.

באשר לעילה הראשונה, פרשנותה בפסיקה היא כזו שניתן להגדירה כמרחיבה, מצד אחד, וכמצמצמת, מצד אחר. מחד גיסא, בית־המשפט מפרש בהרחבה את הרישא של סעיף 31(א)(2) – "הוצגו עובדות או ראיות" – ומתיר לבסס בקשות למשפט חוזר על ראיות מסוגים רבים, לרבות חוות־דעת מומחים שהוכנו לבקשת הנידון וראיות מדעיות שמידת מהימנותן המדויקת אינה ברורה.⁸² מאידך גיסא, הסיפא של הסעיף – "העשויות... לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון" – מפורש בצמצום. הגם שהובהר בפסיקה כי אין הכרח להראות שתוצאות המשפט ישתנו בוודאות לטובת הנידון, אלא די להראות פוטנציאל לשינוי,⁸³ בפועל בית־המשפט דורש מנידונים להראות פוטנציאל גבוה מאוד לשינוי כזה, ואינו מסתפק בראיות שבכוחן רק להקים ספק לגבי צדקת התוצאה.

באשר לעילה השנייה, בית־המשפט קבע כי בסמכותו להתבונן במסגרתה על ההליך מ"מבט־על", ולבחון אם ממכלול המידע שהוצג לפניו – ולא רק מראיה זו או אחרת – עולה חשש לפגם בהרשעה.⁸⁴ אולם בשנים האחרונות בית־המשפט עושה שימוש מועט בלבד בסמכות זו, ונוהג לפרש את עילת עיוות הדין באופן צר וממוקד יותר – כעילה שנועדה בעיקר להתמודד עם פגם דיוני שורשי שנפל בהליך שבו הורשע הנידון. עיקר המחלוקת שהתגלעה בנושא זה בפסיקה נוגעת בשאלה אם פגמים חמורים בהליך עשויים להצדיק בפני עצמם קבלת בקשה למשפט חוזר, אף אם השפעתם על תוצאות המשפט לא הוכחה. הגם שבפרשת קוזלי קבע בית־המשפט העליון⁸⁵ כי במסגרת סעיף 31(א)(4) אין חובה לעמוד במבחן סיבתי־תוצאתי של פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט, ברוב המקרים נידונים נדרשים להראות פוטנציאל כזה כדי לזכות במשפט חוזר.

1. סעיף 31(א)(2)

בעשור הראשון לאחר תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט נראָה שבית־המשפט העליון נכון לפרש בהרחבה יחסית את עילת הראיות החדשות, ולקבל על בסיסה בקשות למשפט חוזר שהוגשו על הרשעות בעבירות חמורות אף אם הן התבססו על ראיות שמידת מהימנותן המדויקת אינה ודאית. כך, בפרשת שוורץ⁸⁶ התקבלה בקשתו למשפט חוזר של אדם שהורשע באונס ילדה בת אחת־עשרה. הבקשה, שהוגשה בשם שוורץ על־ידי הסנגוריה הציבורית, הסתמכה על בדיקות DNA שנערכו במוצגים מתיקו ועל חוות־דעתם של שני מומחים מטעמו, שקבעו כי הוא אינו יכול להיות מקור התערובת שנמצאה במוצגים. בתגובה הגישה המדינה

82 ראו, למשל, מ"ח 5048/04 אייזן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.11.2005); מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2005) (להלן: מ"ח שוורץ). כן ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 86–91.

83 ראו, למשל, פרשת עזריה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 354–355.

84 שם.

85 מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999). ראו דיון להלן ליד ה"ש 112–115.

86 מ"ח שוורץ, לעיל ה"ש 82.

חוות-דעת מטעמה, הקובעת כי חוות-הדעת שהביא המבקש מוטעות וחסרות תוקף מדעי.⁸⁷ בקבלו את הבקשה, קבע השופט לוי ז"ל כי בהעדר יכולת לקבוע ממצאים חד-משמעיים בדבר מהימנותן של חוות-הדעת שהגיש המבקש, אי-אפשר לפטור אותן בלא בחינה.⁸⁸ בפרשת אייזן⁸⁹ הורה הנשיא ברק על עריכת משפט חוזר לאב שהורשע בהריגת בנו התינוק על-סמך חוות-דעת פתולוגית של המכון לרפואה משפטית שקבעה כי התינוק מת משבר בגולגולתו שנגרם שעות ספורות לפני המוות. על בסיס העובדה שאביו של התינוק הוא שקם לאחיליו כלילה, כמה שעות לפני מותו, ובהצטרף כמה ראיות נוספות, הרשיעו בית-המשפט בהריגה ובהתעללות. הבקשה למשפט חוזר, שהוגשה על-ידי הסנגוריה הציבורית, נסמכה על שלוש חוות-דעת פתולוגיות חדשות שקבעו כי המוות נגרם כתוצאה ממחלת לב נדירה, שלא זוהתה בחוות-הדעת של המכון לרפואה משפטית. כמו-כן קבעו חוות-הדעת כי השבר בגולגולתו של התינוק נגרם למעשה ימים מספר לפני מותו. המשיבה התנגדה לבקשה בטענה שאין ממש בחוות-הדעת שהגיש המבקש, והציגה חוות-דעת עדכנית מטעמה שבה נקבע כי מות התינוק נגרם מהתעללות פיזית כרונית וכי החבלה בראשו אכן נגרמה סמוך לשעת המוות. עוד טענה המשיבה כי חוות-הדעת החדשות אינן בגדר "עובדות או ראיות", כלשון החוק, שכן מדובר למעשה בניחוח חדש של נתונים שהיו ידועים במלואם במשפט. בהחלטתו קבע הנשיא ברק כי המונח "עובדות או ראיות" יכול בנסיבות מסוימות לכלול חוות-דעת חדשות המצביעות על תזה עובדתית חלופית לזו שעליה התבססה ההרשעה.⁹⁰ בכך הרחיב ברק את גדר עילת הראיות החדשות.

אם כן, הן בפרשת שוורץ והן בפרשת אייזן נסמכו הבקשות על ראיות חדשות שנסתרו בחוות-דעת מטעם המשיבה ואשר מהימנותן הייתה שנויה במחלוקת.⁹¹ עם זאת, מדובר בראיות שהיו מובילות ככל הנראה, אילו נמצא כי הן מהימנות, לזיכויים המוחלט של המבקשים במשפט החוזר, להבדיל מזיכוי מחמת הספק, שהרי היה בהן כדי להצביע באופן פוזיטיבי על חפותם.

לעומת זאת, כאשר מדובר בראיות שבכוחן רק לעורר ספק סביר לגבי ההרשעה, ניתן לראות ששניית בית-המשפט – גם בשנים הראשונות לאחר תיקון סעיף 31 – היא לרחות את הבקשה למשפט חוזר. כך, למשל, בפרשת עזריה⁹² נדחתה בקשתו של עזריה, אדם בעל פיגור שכלי קל שהורשע ברצח הנער ישראל נולמן ז"ל. במהלך החקירה מסר עזריה שתי הודאות ואף שחזר את הרצח, אך טען, כבר בהארכת המעצר שהתקיימה למחרת הודאתו הראשונה, כי הודה תחת לחץ ומכות של החוקרים, ובית-המשפט הורה על חקירת תלונתו. ממצאי הקצין הבודק היו כי עזריה אכן הוכה סמוך לפני מסירת ההודאה, אך הממצאים לא הועברו לסנגורו והתגלו רק שנים מאוחר יותר.⁹³

87 שם, פס' 10.

88 שם, פס' 16.

89 פרשת אייזן, לעיל ה"ש 82.

90 שם, פס' 33.

91 ראו גם מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 746 (2000).

92 פרשת עזריה, לעיל ה"ש 37.

93 ראו מאמרם של סנגורו וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, העוסק בפרשת עזריה ומציג בפירוט רב את הטענות בבקשה למשפט חוזר ואת האופן שבו התמודד עימן הנשיא ברק.

בקשתו של עזריה למשפט חוזר נסמכה על כמה טענות מרכזיות. ראשית, נטען כי הוראתו השנייה (שמייד לאחריה נלקח לשחזור באמצע הלילה) לא נמסרה מפיו, אלא "נתפרה" על-ידי חוקריו. עובדה זו עולה, לעמדתו, מההקלטות ומהתמלילים של חקירתו, אשר הוסתרו מההגנה ונמסרו לבאי-כוחו רק שנים לאחר המשפט. נטען כי ההקלטות מעלות שלאורך חקירתו הופעלו על עזריה לחצים, איומים ופיתויים, וכן שהחוקרים הכניסו דברים לפיו והדריכו אותו מה לומר. יתרה מזו, מההקלטות נמחקו קטעים שלמים, והמבקש צירף חוות-דעת של מומחה הקלטות, שבה נקבע כי הסיכוי שאין מדובר בפעולה מכוונת הוא אפסי.⁹⁴ שנית, המבקש טען כי התנהלות המשטרה והפרקליטות לאחר סיום משפטו סיכלה את האפשרות להוכיח את חפותו באמצעות בדיקת DNA. הכוונה הייתה שהמשטרה ביערה את בגדי הקורבן שעליהם נמצאו כתמי זרע, וזאת בניגוד להוראות שבתקנות הארכיונים,⁹⁵ שלפיהן יש לשמר לצמיתות מוצגים מתיקי רצח, וחרף בקשות חוזרות ונשנות מצד דורשי טובתו של עזריה לערוך בדיקות DNA בבגדים – בקשות שסורבו על-ידי הפרקליטות. שלישית, הובאו שני דוחות של קציני משטרה שהוסתרו מההגנה ומבית-המשפט במשפטו של עזריה: האחד הוא אותו דוח של הקצין הבודק שאימת את טענותיו של עזריה כי הוכה בחקירתו (דוח שבעקבותיו זומן הקצין לפגישה עם התובעת במשפטו של עזריה ועם שני מפקדים במשטרה, שבה לחצו עליו השלושה לגנוז את הדוח); והאחר הוא דוח של רב-פקד שנכתב כחודשיים לאחר הרצח ואשר שלל את האפשרות שעזריה הוא הרוצח.⁹⁶

הנשיא ברק קבע כי הראיות החדשות אינן מהוות עילה למשפט חוזר. באשר לשני הדוחות קבע ברק כי הם אינם קבילים לשמש ראיה, שכן מדובר למעשה בעדויות סברה, המשקפות את עמדתם הסובייקטיבית של הקצינים.⁹⁷ באשר לטענות בנוגע להקלטות ולתמלילים מהחקירה שנערכה למבקש, קיבל ברק את עמדת המדינה כי חקירת המבקש התנהלה באופן תקין. ברק קבע כי ניתן הסבר מניח את הרעת למחיקת קטעים מן ההקלטות, וכי גם לגופו של עניין לא טמון בהן פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט, שכן הרשעת המבקש לא נסמכה על ההוראה שנגבתה בחקירה שתועדה בהן. לבסוף, באשר לביעור בגדי המנוח קבע ברק כי אין בכך עילה למשפט חוזר. זאת, הן משום שהבגדים אינם ראיה מזכה כשלעצמם, אלא מהווים אך "חומר גלם" שטמון בו "פוטנציאל ראייתי", והן משום ששוכנע כי הביעור נעשה בתום-לב. לטענת סנג'רו וקרמניצר, להחלטתו של ברק יש שני מאפיינים מרכזיים: ראשית, ההחלטה מציגה את טענות המבקש בצורה חלקית וחלשה – לעיתים לא כלשונון-הן אלא באופן שבו הוצגו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו על הבקשה – בעוד עמדת היועץ המשפטי מובאת בהרחבה ובפירוט; שנית, מן ההחלטה ניכר כי על-מנת להורות על משפט חוזר, אין בית-המשפט מוכן להסתפק בספקות שהעלה המבקש בנוגע להרשעה, אלא תר תמיד אחר "קלף ג'וקר" שימוטט את ההרשעה כליל. מאחר שבשלב הבקשה למשפט

94 שם, בעמ' 115-116.

95 תקנות הארכיונים (ביעור חומר ארכיוני במוסדות המדינה וברשויות המקומיות), התשמ"ו-1986;

תקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), התשמ"ו-1986.

96 סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 138-139.

97 פרשת עזריה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 360.

חוזר אי-אפשר לערוך בירור עובדתי יסודי של טענות המבקש, כפי שניתן לעשות במסגרת הערכאה הדיונית, מבחן זה חורץ את גורל הבקשה לשבט.⁹⁸ רף ראייתי גבוה זה שבית-המשפט מציב בפני נידונים ניכר עוד יותר בשנים האחרונות, שבהן בית-המשפט גם מדגיש בהחלטותיו את שיקול-דעתה הרחב של הערכאה שהרשיעה את הנידון, את היותה בלתי-כבולה לראיה זו או אחרת ששימשה להרשעה ואשר הנידון חותר לקעקעה בבקשתו, ואת הצורך בראיות בעלות משקל סגולי גבוה מאוד כדי להראות פוטנציאל ממשי לשינוי תוצאות המשפט.⁹⁹ יצוין כי מגמה זו ניכרת פחות בהחלטות שבהן נדונות הרשעות בעברות קלות. באלה נראה שבית-המשפט נוטה לגלות גמישות בנוגע להריגה מכלל סופיות הדיון, ולתת קדימות לשיקולים מהותיים של עשיית צדק על שיקולים פרוצדורליים פורמליים.¹⁰⁰ אם מטעם זה, ואם בזכות שיעור ההסכמה הגבוה יחסית של הפרקליטות לבקשות למשפט חוזר במקרים אלה, שש מבין שבע הבקשות למשפט חוזר שהתקבלו למן שנת 2006 על יסוד עילת הראיות החדשות נסכו על הרשעה בעברות תעבורה¹⁰¹ (מהן ארבע התקבלו בהסכמת המדינה¹⁰²), ואילו השביעית נסבה על הרשעה בעברת תכנון ובנייה (והתקבלה גם היא בהסכמה).¹⁰³ לעומת זאת, בקשות שהוגשו על יסוד עילה זו וביקשו לבטל הרשעות בעברות חמורות, דוגמת רצח¹⁰⁴ ואינוס,¹⁰⁵ נדחו בטענה שהמבקשים לא עמדו ברף הראייתי הנדרש.

-
- 98 סגנ'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 114.
- 99 ראו, למשל, מ"ח 448/02 ציון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.1.2002); מ"ח 2905/04 אבו גררוד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.5.2004); מ"ח 4132/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.9.2006).
- 100 ראו, למשל, מ"ח 8845/09 שגב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.2.2010); מ"ח 3713/11 בקרינג נ' מדינת ישראל, פס' 28 (פורסם בנבו, 15.9.2013).
- 101 מ"ח 3092/06 קסובק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.2006); מ"ח 3364/09 שראיעה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2009); פרשת שגב, לעיל ה"ש 100; מ"ח 8114/12 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.6.2013); פרשת בקרינג, לעיל ה"ש 100; מ"ח 7315/15 גית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2016).
- 102 פרשת קסובק, לעיל ה"ש 101; פרשת שראיעה, לעיל ה"ש 101; פרשת כהן, לעיל ה"ש 101; פרשת גית, לעיל ה"ש 101.
- 103 מ"ח 1997/15 אבו כדיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2015).
- 104 לדוגמה בולטת ראו מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.8.2011) (להלן: בקשת סביחי השנייה) והדיון שיערך בהחלטה זו בחלק 2 להלן.
- 105 לדוגמות בולטות מהשנים האחרונות לדחיית בקשות למשפט חוזר שנסכו על הרשעה באינוס, תוך הצבת רף ראייתי גבוה מאוד לשינוי תוצאות המשפט, ואשר מפאת קוצר היריעה אי-אפשר לדון בהן במסגרת זו, ראו מ"ח 6042/12 בדארנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.2.2014); מ"ח 2432/12 ברצלבסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2014); מ"ח 2136/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2010); מ"ח 434/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2013).

דוגמה בולטת היא ההחלטה בעניין קסטל,¹⁰⁶ שבה נדחתה בקשה שהגישה הסנגוריה הציבורית¹⁰⁷ בעבור קסטל, נהג מונית שהורשע ברצח כפול בשנת 1998 ונידון לשני מאסרי-עולם מצטברים. קסטל הורשע ברצח חלפן הכספים יגאל דניאל ז"ל, שעומו היה מיורד, במטרה לשדוד את כספו, וזאת לאחר שסיכם עימו שילווח באמצעותו סכום כסף גדול. על-פי גרסת התביעה, קבע קסטל פגישה עם דניאל, וכאשר הלה הגיע למקום, ירה בו למוות ושדר את הדולרים שהיו ברשותו. במהלך האירוע הזדמן למקום אדם נוסף בשם אילן דבש ז"ל, וקסטל ירה אף בו למוות, ככל הנראה במטרה למנוע אותו מלדווח על שאירע.

הרשעתו של קסטל התבססה על צירוף של ראיות נסיבתיות, שעיקרן איכון שנערך לטלפון הסלולרי שלו, שקבע בסבירות גבוהה כי הוא היה בקרבת זירת הרצח בשעות הרלוונטיות, וזאת בניגוד לעדותו, שלפיה הוא היה באותה עת במקום אחר; העובדה שעד-הראייה לרצח ידע לזהות שהרוצח הגיע לזירה במונית (אם כי התיאור הכללי שמסר בנוגע לנהג המונית לא עלה בקנה אחד, בפרטים מסוימים, עם מראהו של קסטל); העובדה שקסטל קיים עם דניאל קשר טלפוני אינטנסיבי בשעות שבהן על-פי החשד נרקמה העסקה שבאמצעותה היו אמורים להגיע לידי דניאל הדולרים שנשדדו ממנו; העובדה שבביתו של קסטל נמצאו דולרים שאת מקורם לא ידע להסביר; ועדותו של חלפן כספים בשם כהן, שהעביר לדניאל את הכסף בבוקר הרצח, שלפיה השיטה שבה ארז את הדולרים שמסר לדניאל הייתה זהה לשיטת האריזה של הדולרים שנמצאו אצל קסטל.

הבקשה למשפט חוזר ביקשה לקעקע את האדנים שעליהם התבססה הכרעת-הדין המרשיעה באמצעות כמה ראיות חדשות. ראשית, הוגשה חוות-דעת של מומחה לתחום הסלולרי שלפיה האיכון שנערך לטלפון הסלולרי של קסטל הניב תוצאה שגויה, ולמעשה ניתן לקבוע בסבירות גבוהה שהוא לא היה באזור זירת הרצח. חוות-הדעת אף קבעה כי בתקופת משפטו של קסטל היה תחום האיכונים בחיתוליו, ומהימנותם של האיכונים הייתה נמוכה – טענה שגובתה בעדויות של מומחים מטעם התביעה בתיקים מאוחרים לתיקו של קסטל. שנית, הוצגו ראיות חדשות שלפיהן עד-הראייה לרצח נלקח לאחר חקירתו במטרה לחקירה בשב"כ וכן ל"ריענון זיכרון" (הליך היפנוטי באופיו). הסנגוריה טענה כי עובדה זו מסייעת להסביר מדוע חלו בגרסת העד שינויים התומכים בגרסת התביעה. שלישית, הוצג פלט שיחות הטלפון של קסטל מיום הרצח, במטרה להראות כי מהלך השיחות בין השניים בבוקר הרצח שולל את התזה שבה השתכנע בית-המשפט לעניין מועד רקיחתה של עסקת הדולרים. רביעית, הובאה עדות חדשה של כהן שלפיה הוא לא אמר אמת בעדותו כאשר טען שהוא נוהג לארוז שטרות בשיטה מיוחדת, ומכאן שאין כל דרך לזהות את השטרות שנתפסו בביתו של קסטל. כהן הסביר כי שיקר בעדותו על-מנת שייקבע כי הכסף שנתפס בביתו של קסטל אכן שייך במקור לכהן, וכך יוכל כהן לקבלו בחזרה (כפי שאכן קרה בסופו של דבר). כהן אף טען כי מי שהמליץ לו לפעול כך היה שוטר בשם לוי, שהיה חבר בצוות חקירת הרצח. לדברי כהן, לוי הבהיר לו כי אם ייתן במשפט "עדות טובה", הוא יוכל לקבל את הכסף שנתפס אצל קסטל. כחיוק לטענה זו הובאו ראיות מתיק מח"ש שנפתח נגד

106 מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012).

107 הכותבת, שהחלה את התמחותה בסנגוריה הציבורית לאחר שהוגשה הבקשה למשפט חוזר, הצטרפה לעבודה על התיק ונטלה חלק בטיפול בהליכים המאוחרים להגשתה.

השוטר לוי לאחר המשפט והוביל לפרישתו מהמשטרה, אשר העלה כי לוי קיים במהלך חקירתו ומשפטו של קסטל קשרים עם חלק מעדי התביעה בתיק, לרבות כהן, שממנו אף קיבל לוי הלוואה ללא ריבית זמן מועט לאחר סיום המשפט. הסנגוריה טענה כי מכלול הראיות החדשות מקים פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט לטובת קסטל.

הבקשה למשפט חוזר נדחתה על-ידי הנשיאה ביניש. באשר לחוות-הדעת בנושא האיכונים קבעה ביניש כי בית-המשפט שהרשיע את קסטל נמנע מלייחס לחוות-הדעת מעמד של קביעה מדעית מדויקת, וממילא לא הסתמך עליה כראיה למיקום המבקש בשעת הרצח, אלא רק לצורך הפרכת האליבי שלו. נוסף על כך, העובדה שקסטל אמר במשפט כי ייתכן שסטה לכיוון זירת הרצח מחזקת את חוות-הדעת שהגישה התביעה.¹⁰⁸ באשר לקשריו של השוטר לוי עם החלפן כהן קבעה הנשיאה ביניש כי אין לכחד שקשריו האישיים של לוי עם עדי תביעה ועם מלווים אחרים בשוק האפור הינם ממצא מטריד, הפוגע באמון הציבור במשטרה. עם זאת, ההלוואה שנטל לוי מכהן ניטלה לאחר סיום החקירה והמשפט, ומכאן שלא הייתה לה השפעה על מהלכם. אף לא הובאו ראיות משכנעות לכך שלוי השפיע על כהן לשנות את גרסתו במשפט (שהייתה זהה בעיקרה לגרסתו במשטרה) או כי החלטתו של כהן להעניק ללוי הלוואה ללא ריבית נבעה מהעובדה שהוא קיבל את הכסף שנתפס בביתו של קסטל.¹⁰⁹ באשר לעד-הראייה נקבע כי הטענות בדבר החקירות הנוספות שעבר אין בהן כדי לשנות את התשתית העובדתית שנקבעה במשפט.¹¹⁰ באשר לשיחות הטלפון שקיימו קסטל ודניאל בבוקר הרצח נקבע כי הן שימשו ממצא לחובת קסטל לא בשל מועד השיחה הראשונה בין השניים (שהסנגוריה הראתה כי אינה מתיישבת עם התנה המרשיעה), אלא בעיקר בשל מועד השיחה האחרונה, שהתקיימה זמן קצר לפני שנעלמו עקבותיו של דניאל.¹¹¹ מעיון בהחלטה קשה להשתחרר מהרושם שחולשת התיק שהתגבש נגד קסטל היא דווקא מקור כוחו, לשיטתה של הנשיאה ביניש: דווקא העובדה שההרשעה מבוססת על מכלול של ראיות נסיבתיות, שאף לא אחת מהן, כשלעצמה, מצביעה בבירור על אשמתו של קסטל, היא שהצדיקה לכאורה את דחיית בקשתו. כך, אף לא אחת מהראיות החדשות שהציג קסטל הקימה – לגישת ביניש – עילה למשפט חוזר, בשל העובדה שהראיה שאותה היא נועדה לקעקע לא היוותה נדבך מרכזי מספיק בהרשעה. אלא שבתיק שבו ההרשעה מבוססת על מצרף של ראיות, שכל אחת מהן בנפרד אינה מספיקה כדי להרשיע, קשה לראות כיצד ניתן לקעקע את ההרשעה אם לא באמצעות הצגת מצרף מתחרה של ראיות שבכל אחת מהן יש כדי לכרסם באחת מהראיות המקוריות, עד כדי ערעור התמונה המרשיעה כולה.

עוד ניכר מההחלטה בעניין קסטל, כמו-גם מהחלטות נוספות שנדונו בחלק זה, כי על-מנת להורות על משפט חוזר, אין בית-המשפט נכון להסתפק בראיות שבכוחן לעורר ספק – ואפילו משמעותי – לגבי ההרשעה, אלא הוא תר אחר ראיה שתוכיח את חפות המבקש באופן פוזיטיבי כמעט. בכך בית-המשפט הולך לכיוון גרסה קיצונית של גישת החפות.

108 פרשת קסטל, לעיל ה"ש 106, פס' 52-64.

109 שם, פס' 33-44.

110 שם, פס' 65-67.

111 שם, פס' 70-72.

2. סעיף 31(א)(4)

ההחלטה המרכזית שבה נדונו עילת עיוות הדין והמקום שפגיעה בהוגנות ההליך תופסת במסגרת עילה זו ניתנה בפרשת קוזלי,¹¹² שבה קיבל הנשיא ברק את בקשתם למשפט חוזר של חמשת המורשעים ברצח הנער דני כץ ז"ל. החמישה הורשעו על בסיס הודאות שמסרו במשטרה ושחזורים שערכו, וזאת לאחר שטענתם כי ההודאות והשחזורים נכפו עליהם על-ידי חוקרי המשטרה נדחתה במסגרת משפט-זוטא שניהלו.

בבקשתם למשפט חוזר טענו החמישה לשורה של ליקויים בחקירתם וכיציגום לפני בית-המשפט. טענותיהם העיקריות היו שהוסתרה מסנגוריהם העובדה שהם נחקרו גם על-ידי השב"כ ושמצאיה של חקירה זו הצביעו על חפותם; שחוקרי המשטרה הפעילו עליהם אמצעי אלימות וקיימו דינמיקת חקירה שבמסגרתה נמסרו להם פרטים מפליליים; וכן שהיה כשל חמור בייצוגם.

אחת המחלוקות המרכזיות בין הצדדים נסבה סביב השאלה אם המונח "עיוות דין" כולל גם מקרה שבו נפל פגם דיוני בהליך המקורי אך כזה שאין לו השפעה פוטנציאלית על תוצאות המשפט. בקבלו את עמדת המבקשים, קבע הנשיא ברק כי במסגרת סעיף 31(א)(4) אין הכרח להראות שתוצאת הפגם בהליך הייתה שינוי של תוצאות המשפט.¹¹³ אומנם, לעיתים להשפעת הפגם הדיוני על תוצאות המשפט יהיה משקל, ואפילו מכריע, בשאלה אם נגרם עיוות דין, אך אין בכך כדי לנעול את השער בפני הצדקות אחרות לעריכת משפט חוזר, המתגלות מ"מבט-העל" שעל הנשיא להשקיף ממנו על חומר הראיות בבואו לבחון אם קיים חשש ממשי לעיוות דין.¹¹⁴ לעניין זה קבע ברק כי כשל בייצוג יכול לעלות בנסיבות מסוימות כדי "עיוות דין", גם אם לא עמד במבחן הסיכתי-התוצאתי.¹¹⁵ במקרה זה קבע ברק כי הגם שבכל אחת מטענות המבקשים אין, כשלעצמה, משום עילה לקיום משפט חוזר, בהצטברותן יש כדי להקים חשש ממשי שבהרשעה נגרם למבקשים עיוות דין. היה זה המקרה הראשון שסימל שינוי בנכונותו של בית-המשפט העליון לחרוג מכלל סופיות הדיון מטעמים דומים לאלה שפורטו בדוח ועדת גולדברג, אשר שמו דגש בתרומת מחדליהם של גורמים שונים בהליך הפלילי – המשטרה, התביעה והסנגוריה – להרשעות-שווא.

הבקשה המרכזית השנייה שהתקבלה בתקופה זו על בסיס עילת עיוות הדין היא הבקשה למשפט חוזר בפרשת ברנס.¹¹⁶ בפסק-הדין קיבלה השופטת דורנר את בקשתו הרביעית¹¹⁷ של ברנס למשפט חוזר, אשר התבססה על טענות לשורה של פגמים דיוניים שנפלו במשפטו:

112 פרשת קוזלי, לעיל ה"ש 85.

113 שם, בעמ' 564.

114 שם, בעמ' 565.

115 שם, בעמ' 564-565.

116 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002) (להלן: בקשת ברנס הרביעית).

117 יש לציין כי רוב-רובן של הראיות שביססו את הבקשה הרביעית ביססו אף את בקשתו השלישית של ברנס למשפט חוזר, שנדחתה חמש שנים קודם לכן על-ידי המשנה לנשיא לוי. ראו מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 241 (1997). אחד הטעמים להתנגדות המדינה לבקשה הרביעית היה שתקנה 8 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר) אוסרת ביסוס בקשה למשפט חוזר על ראיות וטענות שהוצגו בבקשות קודמות. עם זאת, השופטת דורנר

עדויות של שוטרים במשפטו שהוכחו כעדויות-שקר, לאחר שכמה שוטרים התוודו – במהלך בדיקה שנערכה בנושא על-ידי משרד המשפטים – כי אכן שיקרו במשפט; שיטת "ההכחשה הטוטאלית" שנקטו החוקרים,¹¹⁸ שבמסגרתה כל אימת שייחס להם ברנס מעשה פסול, הם הכחישו לא רק את המעשה עצמו, אלא גם את הנסיבות האובייקטיביות הקשורות אליו (למשל, את עצם קיומה של חקירה באותו מועד), על-מנת לקעקע לחלוטין את אמינותו; שימוש באלימות בחקירה; השמדה והעלמה של מוצגים בניגוד לנהלים, באופן שמנע מברנס את האפשרות לערוך בדיקות DNA והסב לו נזק ראייתי.

בקבלה את הבקשה, הבחינה השופטת דורנר, בהתאם לגישה הנוהגת בארצות-הברית, בין שלושה סוגים של פגמים דיוניים:¹¹⁹ פגמים דיוניים חמורים (כגון אי-יידוע בדבר זכות ההיוועצות או זכות השתיקה), שמקימים חזקה בלתי-ניינתת לסתירה לטעות בתוצאות המשפט; פגמים ברמת-הביניים (כגון שקרים של שוטרים או עדויות-שקר שהתביעה נתנה להן יד), שמטילים על הנידון את הנטל להוכיח רק אפשרות סבירה לכך שהייתה להם השפעה על הרשעתו; ופגמים קלים (כגון עדות-שקר שנמסרה לא בידיעת התביעה), המטילים על הנידון את הנטל להוכיח פוטנציאל ממשי לשינוי תוצאות המשפט. דורנר אימצה חלוקה זו, וקבעה כי במקרה דנן מדובר בפגמים ברמת-הביניים המקימים אפשרות סבירה לשינוי התוצאה. ניתן לומר, אם כן, שהשופטת דורנר אימצה מעין גישת-ביניים, הקרובה לגישה המוסדית, אשר אינה מוותרת לחלוטין על הצורך להראות קשר בין הפגם בהליך לתוצאה המשפטית, אך אינה מציבה רף ראייתי גבוה להוכחת אותו פוטנציאל לשינוי התוצאה. כך, דורנר שמה דגש רב בשיטת "ההכחשה הטוטאלית" שנקטה המשטרה, וקבעה כי התנהגות זו מבססת עילה למשפט חוזר הן משום הפגיעה בהוגנות ההליך והן משום שהיא זורה חול בעיני בית-המשפט ומונעת ממנו את האפשרות להעריך נכונה את האמת:

"פגם שנחשף משפיע על המסכת העובדתית כולה... לשקרי השוטרים השלכה לא רק על התשתית העובדתית המוטעית שנקבעה, אלא על מעגל רחב בהרבה. משפטו של ברנס התמקד בנסיבות קבלת הודאתו והתנקז בסופו של דבר לכדי שאלה של אמינות. בשאלה זו נדרש בית-המשפט המחוזי להכריע בין מהימנות ברנס, שטען לכך לחפותו, מחד גיסא, לבין מהימנות חוקרי משטרה שדיברו בקול אחד והכחישו את גירסתו, מאידך גיסא... חשיפתם של שקרים מגמתיים בעדויות חוקרי המשטרה מערערת את אמינותם לא רק לגבי השקרים שנחשפו, אלא גם ביחס ליתר דבריהם שהוכחשו על-ידי ברנס."¹²⁰

לסיום הבהירה השופטת דורנר כי אי-הידיעה המוחלטת בדבר אשמתו או חפותו של ברנס, הנובעת מהפגיעה בערך ההליך ההוגן, היא שהובילה להחלטה לבטל את ההרשעה, ולא ביטחון בחפותו:

קבעה כי ההלכה החדשה שנקבעה בפסק-דין קוזלי בנוגע לפגמים בהליך טרם נדונה בענייני של ברנס, ומהווה בשל כך טענה חדשה. בקשת ברנס הרביעית, לעיל ה"ש 116, בעמ' 380-381.

118 שם, בעמ' 369.

119 שם, בעמ' 378-379.

120 שם, בעמ' 382-383.

"איני בטוחה עוד כלל ועיקר באשמתו או בחפותו של ברנס. אפשר שהמית את רחל הלר, אפשר שלא. בסופה של פרשה זו רק דבר אחד ברור לי – בהליך הרשעתו של ברנס נפלו פגמים חמורים."¹²¹

בשנים הראשונות לאחר תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט התקבלו אם כן כמה בקשות כבודות-משקל שעניינן פגמים חמורים בהליך שבו הורשעו המבקשים, תוך שביתת-המשפט מעניק לפגמים משקל גבוה.¹²² אולם גישה זו של בית-המשפט העליון נותרה למעשה מוגבלת. עיון בבקשות למשפט חוזר שהתבססו על טענות לפגמים בהליך ונדחו על-ידי בית-המשפט, חלקן בשנים הראשונות לאחר תיקון סעיף 31, מעלה כי הן עומדות במתח עם אותן החלטות שבהן התקבלו בקשות למשפט חוזר על-סמך טענות דומות. כך, בפרשת עזריה שנדונה לעיל,¹²³ אשר פסק-הדין בה ניתן מעט לפני פסק-הדין בעניין קזולי, קבע הנשיא ברק כי לא עלה בידי המבקש להוכיח קיומו של עיוות דין, וזאת חרף אינדיקציות לכך שהוא הוכה בחקירתו, וחרף העובדה שמוצגי התיק בווערו לא כדוין, שחלקים מתייעוד החקירה נמחקו ושחלקים חשובים מחומר החקירה לא נמסרו להגנה. אומנם, ההחלטה בעניין עזריה קדמה להחלטה בעניין קזולי, ועל-כן ניתן באופן עקרוני לטעון כי היא משקפת הלכה שאינה קיימת עוד. אולם עיון בהחלטה הראשונה בעניין סביחי,¹²⁴ שניתנה מעט לאחר פסק-דין קזולי, מעלה כי ביטוייה של המגמה ההפוכה מזו שהסתמנה בפרשת קזולי נמשכו גם לאחריה. בפרשת סביחי נדחתה בקשתם של ארבעת המבקשים, שהורשעו בחטיפתה, באינוסה וברציחתה של דפנה כרמון ז"ל. הארבעה – אחמד קזולי ועאטף סביחי, שהיו עצורים באותה עת בחשד לרצח דני כץ ז"ל ואף הורשעו בכך בסופו של דבר, והאחים כמאל ומוחמד סביחי – נעצרו בחשד לרצח לאחר שקזולי מסר למשטרה, במסגרת החקירה של רצח כץ, כי אנס ורצח את כרמון יחד עם השלושה האחרים. המשטרה טענה כי קזולי מסר מידע זה ביוזמתו, על-מנת לשכנע את החוקרים להופכו לעד מדינה בפרשת דני כץ. כל הארבעה הודו ברצח ושחזרו אותו, אך במשפטם טענו כי ההודאות והשחזורים נכפו עליהם באלימות ובאיומים מצד השוטרים. קזולי הוסיף וטען כי הודאתו ברצח כרמון לא נעשתה מיוזמתו, אלא החוקרים הם שלחצו עליו לקשור את עצמו לפרשה, והבטיחו לו בתמורה שיוכל לשמש עד מדינה הן בפרשה זו והן בפרשת הרצח של דני כץ. טענות הארבעה נדחו, והם הורשעו על-סמך ההודאות והשחזורים.

בבקשתם למשפט חוזר טענו הארבעה כי בהרשעתם נגרם להם עיוות דין, וזאת בשל כמה גורמים: כשל בייצוגם של הארבעה, שעיקרו בכך שהסנגורים המליצו לנאשמים לא להעיד במשפט-הזוטא שניהלו נגד קבילות הודאותיהם; אינדיקציות רבות לכך שהשחזורים

121 שם, בעמ' 384.

122 ראו, למשל, מ"ח 1966/98 הררי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.4.1998); מ"ח 4181/02 סולמי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.8.2002); מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 297 (2003).

123 פרשת עזריה, לעיל ה"ש 37.

124 מ"ח 2478/99 סביחי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 642 (2000) (להלן: בקשת סביחי הראשונה).

שביצעו הנאשמים אינם אותנטיים, ושלמעשה הם שהובלו על-ידי חוקריהם, ולא להפך;¹²⁵ ניהול החקירה באופן לא-תקיין, תוך נקיטת שיטה של "תחקור וחקירה", שבה בשלב הראשון החשוד נחקר לא תחת אזהרה ומבלי שחקירתו מתועדת, ורק בשלב השני, לאחר שהחשוד מודה, נגבית ממנו הודאה תחת אזהרה. עוד נטען כי קיימות סתירות הן בין הודאותיהם של החשודים השונים והן בין הודאותיו השונות של כל חשוד, וכי השוטרים לא טרחו לעמת בין הגרסות.

הבקשה למשפט חוזר נדחתה על-ידי הנשיא ברק, שקבע כי המבקשים לא הצליחו להוכיח את אותו "חשש של ממש" לעיוות דין המצדיק חריגה מעקרונות היציבות, הסופיות והודאות שביסוד ההליך הפלילי.¹²⁶ ברק קבע כי בייצוגם של המבקשים לא נפל כשל, שכן החלטת סנגוריהם לא להעידים במשפט-הזוטא לא מנעה אותם מלהעיד, אם רצו בכך.¹²⁷ זאת, בניגוד להחלטה בעניין קוזלי, שם ניתן דווקא משקל משמעותי לעובדה שסנגוריהם של הנידונים המליצו להם לא להעיד במשפט-הזוטא במסגרת קבלת הטענה לכשל בייצוג.¹²⁸ יש לציין כי רוב הטענות שהעלו המבקשים במטרה להראות שמתקיים בעניינם חשש ממשי לעיוות דין לא זכו בהתייחסות בהחלטה.¹²⁹

דיון רחב יותר בשאלה אם נגרם בפרשה זו עיוות דין למבקשים נערך בהחלטה השנייה בעניין סביחי, שבה נדחתה בקשה נוספת למשפט חוזר, שהוגשה על-ידי הסנגוריה הציבורית, הפעם בשם האחים כמאל ומוחמד בלבד.¹³⁰ בקשתם השנייה של האחים סביחי התבססה על כמה ראיות חדשות. ראשית, הוצג קלסר, המכונה "תיק מודיעין", שהתגלה בחומר החקירה רק בשלב הכנת הבקשה. הסנגוריה טענה כי התיק הוסתר מההגנה במוון במהלך משפטם של המבקשים, ועמדה על כמה מסמכים מתוכו (שאינם רוב המסמכים בתיק) אשר היה לתביעה או למטרה אינטרס להסתירם, לרבות מסמכים המעידים על מעצר אביהם של המבקשים במטרה להפעיל לחץ על מוחמד סביחי להודות. שנית, הובאה עדות חדשה של שוטר ששימש בלש במשטרת חיפה במהלך חקירת המבקשים, ואשר במשך שבוע האזין לשיחות בין ארבעת החשודים, תרגם ותמלל אותן. השוטר מסר כי בשיחות הללו, שלא היה להן אזכור בחומר החקירה שהועבר במשפט להגנה, לא עלתה כל אינדיקציה לאשמת המבקשים, אלא להפך – המבקשים כעסו על קוזלי שהפליל אותם והרס את חייהם. שלישית,

125 כך, למשל, העובדה שלפני שביצע קוזלי את השחזור ששימש בסיס להרשעתו הוא ביצע שחזור נוסף, שהיו בו טעויות ואי-התאמות רבות לנתונים האמיתיים הידועים בנוגע לרצח; העובדה שיום לפני שחזורו ה"רשמי" נלקח עאטף סביחי לשחזור נוסף, שלא הוסרט, אשר ייתכן שהיווה מעין "חזרה גנרלית" לשחזור המוסרט; והעובדה שכל השחזורים לא הוסרטו באופן רציף, המעוררת חשד שבמהלך השחזור עצרו החוקרים על-מנת להנחות את החשודים.

126 בקשת סביחי הראשונה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 672.

127 שם, בעמ' 669.

128 פרשת קוזלי, לעיל ה"ש 85, בעמ' 569.

129 לדיון החלקי שנערך בטענות המבקשים לכשל בייצוג ראו בקשת סביחי הראשונה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 671.

130 בקשת סביחי השנייה, לעיל ה"ש 104. הכותבת, שהחלה את התמחותה בסנגוריה הציבורית בשלבים האחרונים של כתיבת הבקשה למשפט חוזר, הצטרפה לעבודה על התיק ונטלה חלק בטיפול בסיום הבקשה ובהליכים המאוחרים להגשתה.

הוגשו סרטי השחזורים שערכו כל המורשעים, לאחר שבוצעו פעולות לשיפור איכות הצילום. הסגוריה טענה כי מצפייה בקלטות לאחר שיפור האיכות עולה כי החוקרים שערכו את השחזורים מסמנים לנחקרים באילו מקומות במסלול הנסיעה עליהם לעצור, וזאת מאחר שהנחקרים עצמם לא הכירו את מסלול השחזור.

לצד הראיות החדשות ערכה הסגוריה הציבורית ניתוח מחודש של חלק גדול מחומר החקירה בתיק, אשר נועד לחשוף שקרים וסתירות בגרסות השוטרים שעסקו בחקירת המבקשים, ולהראות כי השוטרים פעלו בשיטת "ההכחשה הטוטאלית". באופן זה, טענו המבקשים, חיפו החוקרים בפרשה על העובדה שההודאות נגבו מהמבקשים בכוח ושהשחזורים שערכו נכפו עליהם.¹³¹ כן הוצגו מזכרים המחזקים טענות שהעלו המבקשים במשפט בנוגע למקרים שבהם ננקטה כלפיהם אלימות בחקירותיהם.

לבסוף, נטען לכשל חמור בייצוגם של המבקשים, המתבטא הן בהיעדרויות תכופות של סגוריהם מהדיונים שהתקיימו בבית-המשפט והן בעובדה שהם המליצו לפני המבקשים לא להעיד במשפט-הזוטא – טענה שנדחתה בבקשה הקודמת למשפט חוזר. לנוכח כל זאת טענו המבקשים כי הם זכאים למשפט חוזר הן לאור עילת הראיות החדשות והן לאור עילת עיוות הדין.

בתחילת החלטתו לדחות את הבקשה קבע השופט לוי ז"ל:

"לאחר שעיינתי בחומר אותו הציגו המבקשים, נחה דעתי כי הראיות החדשות, כמו גם הטענות הרבות שפורטו בבקשה, אינן מלמדות, כשלעצמן, על חפותם של המבקשים. בפרט, לא הצליחו המבקשים לשכנע כי היה מקום לפסול את ההודיות המפלילות ולקבוע כי הן בלתי קבילות או נעדרות משקל ראייתי..."

ההכרעה בבקשה זו אינה פשוטה: מחד, הציגו המבקשים ראיות, חלקן חדשות, אשר מוסיפות מידע על חקירתם במשטרה. מאידך, ראיות אלו אינן מלמדות כיצד הגיעו המבקשים למצב בו, על פי גרסתם, הודו בפשע חמור אותו לא ביצעו.¹³²

השופט לוי קבע, אם כן, כי אין בכוחן של הראיות החדשות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקשים, שכן הן אינן קשורות בקשר ישיר להודאות שמסרו המבקשים, ולגבי רובן אין לדעת אם הן היו מפחיתות ממשקל ההודאות אילו הוצגו במשפט המקורי. כן דחה השופט לוי לגופן כמה מטענות המבקשים, דוגמת הטענה שקיימים סימונים של החוקרים בקלטות השחזורים והטענה שהמסמכים בתיק המודיעין מוכיחים כי אביהם של המבקשים נעצר, ולא רק נחקר לזמן קצר.

לעומת זאת קיבל השופט לוי חלק מטענות המבקשים המבססות את עילת עיוות הדין, וקבע כי יש בהן כדי להעיד על ניהול לא-תקין של החקירה. כך, נקבע שחקירת המבקשים אכן תועדה באופן חלקי בלבד; שלפני בית-המשפט המחוזי לא הוצגה תמונה מלאה על

131 כך, הוצגו מזכרים סותרים בנוגע למועדים שבהם התרחשו אירועים מסוימים או לתוכנם (למשל, שני מזכרים המעלים כי אותו חוקר נמצא לכאורה בשני מקומות שונים באותה שעה); מזכרים החושפים שקרים של שוטרים בנקודות מסוימות או מעלים כי אף שהכחישו את אפשרות קיומו של אירוע מסוים, למעשה אירוע זה משתלב היטב במהלך החקירה.

132 בקשת סביחי השנייה, לעיל ה"ש 104, פס' 22-23.

נסיבות הצעתו של קוזלי לשמש עד מדינה; שהשחזורים בוצעו באופן לא-ראוי, תוך תיעוד חלקי ומסירת מידע רב מפי החוקרים במקום מפי החשודים עצמם; ושחלק מחומר החקירה שלא הוגש אכן היה צריך להיות מונח לפני בית-המשפט.¹³³ עוד קבע השופט לוי כי אכן ניתן לתהות מדוע לא הציגה ההגנה במשפט תמונה ראייתית רחבה יותר, בעיקר בנוגע לסתירות בין הודאות המבקשים ובנוגע לעובדה שקרוב-משפחה של המנוחה מסר כי ראה אותה, סמוך לשעה שבה לכאורה חטפו אותה המבקשים, הולכת במסלול שאינו תואם את הודאותיהם. חרף זאת קבע השופט לוי כי הראיות החדשות אינן מקימות חשש לעיוות דין. באשר לטענה לכשל בייצוג נקבע כי אי-אפשר לדעת כיום מדוע נהגו הסנגורים כפי שנהגו, וכי אפשר שהדבר נבע מחוסר נכונות של המבקשים עצמם להעיד;¹³⁴ באשר לפגמים שנפלו בחקירת המבקשים קבע השופט לוי כי השאלה המרכזית שעמדה במשפטם של המבקשים היא אם הם הודו במעשה שלא ביצעו, ולשאלה זו לא ניתנה תשובה מספקת במסגרת הבקשה. בכך לא עמדו המבקשים בנטל הכבד להראות כי מוצדק בעניינם לחרוג מכלל סופיות הדיון, שכן "גם אם נמצא פסול בהתנהלות חוקרי המשטרה, אין בכך כדי להצביע על שגיאה שנפלה בהרשעת המבקשים או פגיעה משמעותית בזכות מזכויותיהם".¹³⁵ בכך קשר השופט לוי באופן ישיר בין השאלה אם נגרם לנידון עיוות דין לבין הצורך להצביע על טעות עובדתית בהרשעה.

מדובר אם כן בהחלטות שמציבות סטנדרט נוקשה להוכחת אותו "חשש של ממש" לעיוות דין, והן מסמלות מגמה הפוכה מזו שהסתמנה בפרשת קוזלי. יתרה מזו, בשנים שלאחר קבלת ההחלטה בעניין קוזלי הביעו כמה משופטי בית-המשפט העליון עמדה מנוגדת לזו שהובעה בה, וקבעו כי פגמים בהליך נבחנים תחת סעיף 31(א)(4) במבחן סיבתי-תוצאתי. כך, למשל, בקשות אחרות למשפט חוזר נדחו תוך קביעה כי העדר ייצוג וכשל בייצוג אין בהם כדי להצדיק לברם משפט חוזר, וכי על המבקש להראות שיייצוגו בדרך שונה היה מקים פוטנציאל ממשי לשינוי הכרעת-דינו.¹³⁶ פרשנות זו, המנוגדת לזו שנקבעה בפרשת קוזלי, רווחת בשנים האחרונות אף בהחלטות שאינן עוסקות בטענות לכשל בייצוג – הן כאלה שבהן נדחו בקשות למשפט חוזר¹³⁷ והן כאלה שבהן התקבלו בקשות על יסוד עילת עיוות הדין. כך, בהחלטה בעניין דוידוב¹³⁸ קיבלה השופטת ארבל בקשה למשפט חוזר בשל פגם דינוי שהייתה לו, כמעט ללא ספק, השפעה פוטנציאלית על תוצאות המשפט. בפרשת דוידוב הורשע המבקש בעברה של ניסיון לרצח, לאחר שנקבע כי הגיע עם שותפו לעברה

133 שם, פס' 42, 48, 53 ו-67.

134 שם, פס' 64.

135 שם, פס' 67.

136 ראו, למשל, מ"ח 9564/01 זריקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.2.2002); פרשת ציון, לעיל ה"ש 99; מ"ח 6081/04 בריגת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.10.2004). בדומה לכך, במ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.5.2013) קיבלה השופטת ארבל בקשה למשפט חוזר שנסמכה על טענת כשל בייצוג, אך תוך הבהרה כי לעמדתה חובה על המבקש להראות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.

137 ראו, למשל, מ"ח 7661/04 ברהום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 7 (פורסם בנבו, 17.10.2004); פרשת בדארנה, לעיל ה"ש 105; פרשת ברצלבסקי, לעיל ה"ש 105.

138 מ"ח 511/12 דוידוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.7.2013).

לקיוסק, והשניים ירו באדם ששהה במקום ודקרו אותו. הראיה המרשיעה המרכזית הייתה סרט של מצלמת האבטחה שהוצבה בקיוסק, שבו ניתן לראות את הקטטה בין דוידוב ושותפו לבין המתלונן, שבסופה המתלונן נופל, דוידוב יורה בו ושותפו דוקר אותו. בית-המשפט שהרשיע את דוידוב הסיק על בסיס זה שהתקיים אצלו היסוד הנפשי של כוונה להמית, אך במסגרת הכנת הבקשה למשפט חוזר מצא סנגורו של דוידוב במחסני המשטרה את הסרט המלא, וגילה כי הוא אינו נפסק בנקודה שהוצגה במשפט, אלא נמשך בקטע שבו רואים את דוידוב ושותפו מרפים מהמתלונן, מסייעים לו לקום ומתרחקים מהמקום. הסרט המלא הוגש אפוא כראיה חדשה לכך שלדוידוב לא היה היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בניסיון לרצח, שהרי הוא היה יכול להמית את המתלונן אילו רצה בכך ולא עשה כן.

בקבלה את הבקשה קבעה השופטת ארבל כי בתיק נפל פגם דיוני חמור, שגרם לכך שבמשפט לא הוצגה ראיה העשויה לשנות את תוצאותיו לטובת המבקש.¹³⁹ לנוכח זאת נקבע כי למבקש עומדות שתי עילות למשפט חוזר – הן לפי סעיף 31(א)(2) והן לפי סעיף 31(א)(4). למען פשטות הדיון החליטה ארבל למקד את החלטתה בעילה השנייה.¹⁴⁰ ארבל הביעה את עמדתה שעילה זו מחייבת את המבקש להראות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט לטובתו כתוצאה מפגם דיוני שנפל בהליך, אלא שמידת ההסתברות לשינוי שיש להראות נקבעת בהתאם לעוצמת הפגם. קרי, מדובר ב"מקבילית כוחות" שבמסגרתה ככל שהפגם בהליך שורשי יותר כן הנטל המוטל על המבקש להראות פוטנציאל לשינוי כזה קטן.¹⁴¹ הגם שמדובר במבחן סיבתי-תוצאתי לבחינת סעיף 31(א)(4), יש בו משום איזון בין הצורך למנוע ניהול מחדש של הליכים משפטיים שיובילו בהכרח לתוצאה זהה לבין הצורך לאפשר קבלת בקשות למשפט חוזר בשל פגיעה בערך ההליך ההוגן.

עם זאת, ברי שבפרשת דוידוב לא היה למעשה צורך ב"מקבילית כוחות" מסוג זה על-מנת להכריע לטובת המבקש, שהרי הבקשה הייתה יכולה להתקבל, אף לשיטתה של השופטת ארבל, גם על יסוד סעיף 31(א)(2), המחייב ממילא להראות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. עוד ראוי לשים לב שהבקשה בעניין דוידוב נסבה אומנם על הרשעה בעברה חמורה מאוד, ובכך היא שונה מרוב הבקשות שהתקבלו בשנים האחרונות, אולם היא לא התבססה על טענה לחפות מוחלטת, כך שהיה ברור כי קבלתה עשויה להוביל לכל-היותר להמרת הרשעתו של המבקש בהרשעה בעברה של גרימת חבלה חמורה, שגם בצידה יש עונש מאסר ארוך.

בשנים האחרונות אי-אפשר אם כן למצוא בקשות למשפט חוזר שהתקבלו בשל פגם דיוני חמור שהשפעתו על תוצאות המשפט אינה ודאית. לעומת זאת, למן אמצע שנות האלפיים התקבלו כמה בקשות בזכות שימוש שונה שנעשה בעילת עיוות הדין. מדובר בבקשות שהתקבלו בעקבות פסקי-דין מאוחרים שהקביעות העובדתיות שנקבעו בהם עומדות

139 שם, פס' 21.

140 שם, פס' 16.

141 שם, פס' 19.

בסתירה לפסקי-הדין שבהם הורשעו המבקשים. באותם מקרים נקבע כי העובדה שמערכת המשפט מדברת "בשני קולות" מקימה, כשלעצמה, עיוות דין.¹⁴² כיום מתקבלות אם כן בקשות למשפט חוזר על יסוד עילת עיוות הדין בשני סוגי מקרים: מקרים של פסקי-דין סותרים ומקרים שבהם הבקשה מבוססת על פגמים דיוניים שמקיימים בבירור פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט ולכן עשויים, באופן עקרוני, לעמוד גם בתנאים של סעיף 31(א)(2). לעומת זאת, במקרים שבהם נפלו בהליך פגמים חמורים אך כאלה שהשפעתם על תוצאות המשפט אינה ברורה, בית-המשפט העליון דוחה את הבקשה למשפט חוזר.

בהקשר זה מעניין שרוב הבקשות למשפט חוזר שהתקבלו על רקע קביעת בית-המשפט כי נפל פגם בהליך זכו בהסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה¹⁴³ או לחלופין בתמיכה של גורמים שונים במשרד המשפטים או במשטרה. כך, בקשתו של ברנס התבססה, בין היתר, על עדויות של שוטרים שתמכו בטענותיו לפגמים שנפלו בחקירתו. בפרשת קוזלי, שבה הציג היועץ המשפטי לממשלה עמדה המתנגדת לעריכת משפט חוזר, הביעה המשנה ליועץ המשפטי תמיכה בקיום משפט חוזר, וגם היועץ המשפטי הקודם תמך בכך כאשר הנושא עלה בתקופתו. יוער כי עובדות אלה צוינו על-ידי הנשיא ברק כטעם הראשון להחלטתו לקבל את הבקשה.¹⁴⁴ השילוב של המבחן הסיבתי-התוצאתי שאומץ ביחס לסעיף 31(א)(4) עם המשקל הגבוה שבית-המשפט מייחס לנכונותם של גורמים במדינה להודות שאכן נפלו פגמים בהליך עלול לצמצם מאוד את האפשרות לזכות במשפט חוזר על בסיס "עילת-הסל" במקרים שבהם אין המשיבה נותנת לכך את הסכמתה.

* * *

הפרשנות שבית-המשפט מעניק לסעיף 31(א)(4) היא אם כן פרשנות מצמצמת. ייתכן שאפשר להתגבר באופן חלקי על הקשיים שפרשנות זו מעוררת באמצעות פרשנות מרחיבה של סעיף 31(א)(2), שתיתן מקום גם לראיות העשויות לעורר ספק סביר לגבי אשמת הנידון. נראה שפרשנות כזו מתבקשת מנוסח הסעיף – "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות... לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון" – שהרי במשפט הפלילי מוטל על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר, ומכאן שראיות שבכוון לעורר ספק כזה אמורות לשנות את התוצאה המרשיעה. אך הפרשנות שבית-המשפט מעניק לסעיף זה, בעיקר בשנים האחרונות, מקשה על נידונים להביא את הרשעתם לידי בירור מחדש גם במקרים

142 מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2005); מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2011); מ"ח 3689/13 חמאדה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2013). שתי הבקשות האחרונות אף התקבלו בהסכמת המשיבה. לדוגמה לדחיית בקשה למשפט חוזר שנסמכה על טענה לפסקי-דין סותרים ראו מ"ח 8115/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.4.2008).

143 פרשת הררי, לעיל ה"ש 122; פרשת סולמי, לעיל ה"ש 122; פרשת עמיאל, לעיל ה"ש 122; מ"ח 10562/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' עזריה, דינים עליון 2005(25) 1123.

144 פרשת קוזלי, לעיל ה"ש 85, בעמ' 567-568. ראו גם סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 156-158. הכותבים סבורים כי בכך אימץ ברק מבחן "טכני-פורמלי-מוסדי", המעניק משקל מכריע לעמדותיהם של הגורמים המקצועיים, ובעיקר לזו של היועץ המשפטי לממשלה.

שבהם התגלו לאחר המשפט ראיות חדשות שיש בהן משום כרסום ממשי בראיות שביססו את ההרשעה מלכתחילה אך אין בהן הוכחה פוזיטיבית לחפות. שילוב פרשנותן המצמצמת של שתי העילות מציב אם כן רף גבוה מאוד – שלא לומר בלתי-אפשרי כמעט – לתיקון הרשעות-שווא בישראל.

ד. שינויים במישור הפרוצדורלי

לצד ההתפתחויות במישור המהותי, שתוארו בחלק ג, חלו בעשרים השנים האחרונות גם שינויים חשובים בסדרי הדין הנוגעים בהגשת בקשות למשפט חוזר. חלק זה יתאר את השינויים הפרוצדורליים שחלו במוסד המשפט החוזר, תוך שימת דגש בתהליך החשוב ביותר שהתרחש בו במישור זה מאז תוקן סעיף 31 – הפיכתו של הליך הבקשה למשפט חוזר מהליך בעל מאפיינים ממלכתיים להליך אדוורסרי "קונוונציונלי". לתהליך זה, אטען, יש כמה השלכות שליליות על יכולתו של המשפט החוזר להגשים את ייעודו.

בשנים שקדמו לתיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט היה כאמור המשפט החוזר חריג ביותר בנוף המשפט הפלילי הישראלי. התבוננות על האופן שבו התפתח המוסד במישור הפרוצדורלי מעלה כי חריגותו באותה עת באה לידי ביטוי לא רק בשימוש הנדיר שנעשה בו, אלא אף בסדרי הדין הייחודיים שעל-פיהם הוא התנהל.

כך, סעיף 9(א) לחוק בתי המשפט הישן קבע כי רק נשיא בית-המשפט העליון או ממלא-מקומו הקבוע רשאים להורות על משפט חוזר. אכן, בעשורים הראשונים לקיומו של מוסד המשפט החוזר, הנשיא הוא שפסק לרוב בבקשות. נוסף על כך התאפיין ההליך במעורבות חריגה של היועץ המשפטי לממשלה. תקנות בתי המשפט קבעו כי בקשה של נידון למשפט חוזר תוגש תחילה ליועץ המשפטי, וזה יגישה לנשיא בית-המשפט העליון בצירוף חוות-דעתו המנומקת לגבי השאלה אם יש להיעתר לבקשה.¹⁴⁵ עוד נקבע כי היועץ המשפטי עצמו יוכל להגיש בקשה למשפט חוזר במקרה שמצא כי התקיימו בו העילות שבחוק.¹⁴⁶ במצב דברים זה נהפך בפועל היועץ המשפטי למשיב הקבוע לבקשות למשפט חוזר (אף שהוא לא הוגדר כך באופן רשמי בחוק), ועד לתיקון החוק, כמו-גם בשנים הראשונות שלאחריו, הוא ייצג בעצמו את עמדת המדינה. יתר על כן, עד לתיקון ניכרה מעורבותו האישית של היועץ המשפטי בבדיקת בקשות שהוגשו לו, לרבות עריכת חקירות במטרה לבדוק את טענות הנידונים.¹⁴⁷ הסדר זה, שלפיו היועץ המשפטי אינו רק המשיב לבקשה אלא אף זה שמגישה בעבור הנידון לאחר שבדק את טענותיו, חרג מחלוקת התפקידים המקובלת בהליך הפלילי האדוורסרי.

תכונה זו הוסיפה לאפיין את המשפט החוזר בשנים הראשונות לאחר תיקון סעיף 31. אולם ככל שגברה נוכחותו במשפט הפלילי הישראלי כן איבד ההליך יותר ויותר מאפייניו הדינמיים הייחודיים, וזאת מבלי שקדמה לכך חשיבה מסודרת ובהעדר "יד מכוונת" שתשלוט

145 תק' 2 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957, ק"ת 731.

146 תק' 3 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר).

147 מ"ח 1/60 יהודאי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1080 (1960); מ"ח 8/82 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 397 (1983); בקשת ברנס השנייה, לעיל ה"ש 38.

בשינויים כולם.¹⁴⁸ במילים אחרות, התהליכים במישור הפרוצדורלי שיתוארו להלן התרחשו בצורה מבוזרת, ולא כתוצר של החלטה מוצהרת לשנות את אופי המוסד. מדובר אם כן בתופעות-לוואי בלתי-מתוכננות של השינויים שחלו במוסד במישור המהותי.¹⁴⁹ המפנה באופיו ובצורתו של ההליך החל להתרחש בשנת 2000 בערך. בתקופה זו החל נשיא בית-המשפט העליון להאציל באופן קבוע את סמכותו לדון בבקשות למשפט חוזר לשופטים אחרים בבית-המשפט. כיום הנשיא דן בבקשות לעיתים רחוקות בלבד. במקביל החל אף היועץ המשפטי לממשלה להאציל את סמכותו לבחון בקשות למשפט חוזר לידי פרקליטות המדינה. נוסף על כך תוקן בשנת 2001 חוק הסניגוריה הציבורית, כך שיכלול סעיף הקובע זכאות לייצוג בהליך של בקשה למשפט חוזר.¹⁵⁰ בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע:

“...הסניגור הציבורי הארצי יוסמך להורות על בדיקה מוקדמת שבמסגרתה יוכל סניגור ציבורי לעיין במסמכים, לשוחח עם עדים ולאתר ראיות רלוונטיות... דרך זו תיצור מעין מסגרת, אשר תאפשר להבחין בין בקשות שיש בהן ממש לבין בקשות סרק.”¹⁵¹

בדומה להסדרים הנהוגים בחקיקה, שהעניקו את סמכות ההכרעה בדבר המשפט החוזר לגורמים הבכירים ביותר במערכת, הפקיד התיקון בחוק את הסמכות לקבוע זכאות לייצוג בהליך של בקשה למשפט חוזר בידי הסניגור הציבורי הארצי באופן בלעדי. בעקבות תיקון החוק הוקמה בסניגוריה הציבורית מחלקה למשפטים חוזרים, שתפקידה לבחון פניות של נידונים ולקבוע אם קיימת בענינם עילה למשפט חוזר. בדיקה זו נעשית בהנחיית הסניגור הארצי, אך עוסקים בה עורכי-דין מהסניגוריה הציבורית הארצית ולעיתים סניגורים נוספים. תהליך הבדיקה שהסניגוריה עורכת הוא לרוב ארוך ומורכב, ומנוהל על בסיס שורה של נהלים פנימיים. במקרים שבהם הסניגוריה משתכנעת בקיום עילה למשפט חוזר, היא מגישה בקשה בשם הנידון ומייצגת אותו בהליך לפני בית-המשפט. עד שנת 2016 עשתה הסניגוריה שימוש בסמכות זו והגישה בעבור נידונים בקשות למשפט חוזר בחמישה-עשר מקרים. בניגוד ליועץ המשפטי לממשלה, הממונה על גופי החקירה והתביעה במדינת-ישראל, בידי הסניגוריה הציבורית אין רוב הכלים הדרושים לשם מימוש הסמכות שהוקנתה לה בחוק. כך, לא זו בלבד שלרשות הסניגוריה לא עומדים אמצעים לעריכת חקירות שיסייעו בבדיקת

148 בהקשר זה ראוי לציין כי ועדת גולדברג בחרה למקד את המלצותיה בשינויים הדרושים בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, ולא לעסוק בשאלות פרוצדורליות, כגון האופן שבו ראוי לנהל את הליך הבדיקה של הבקשות למשפט חוזר או כלי החקירה שראוי להפקיד בידי הגוף הבורק. רוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 7.

149 תהליכים אלה, שהינם תופעות-לוואי בלתי-מתוכננות של שינויים מערכתיים וחברתיים, מכונים בספרות “unintended consequences” או “unanticipated consequences”. ראו: Robert K. Merton, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, 1 Am. Soc. Rev. 894 (1936); RAYMOND BOUDON, *THE UNINTENDED CONSEQUENCES OF SOCIAL ACTION* (1982).

150 ס' 18(א)9 לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.

151 דברי ההסבר לס' 1 בהצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 28) (משפט חוזר, זיכוי על אתר ההענקת סמכויות לסניגוריה), התשס"א-2000, ה"ח 42, 43.

טענותיהם של נידונים, אלא שאף זכותה "לעיין במסמכים, לשוחח עם עדים ולאחר ראיות רלוונטיות" נותרה בגדר סוגיה שלא הוסדרה בחקיקה ובפסיקה. יכולתה של הסנגוריה לעיין במוצגים, לדוגמה, תלויה במקרים רבים בנכונותה של פרקליטות המדינה להעביר מוצגים אלה לעיונה;¹⁵² יכולתה לראיין עדים מוטלת בספק לנוכח הפסיקה המפרשת בהרחבה את העברה של הטרדת עד וקובעת כי היא חלה גם על עד שסיים למסור את עדותו;¹⁵³ ואילו יכולתה לאתר ראיות רלוונטיות מותנית ככלל בהסדרת זכויותיהם של נידונים לערוך לאחר סיום המשפט בדיקות שונות שיסייעו להם להוכיח את חפותם. זכויות מסוג זה, ומנגנונים שמתאימים למימושן, לא נקבעו בישראל. כך, בניגוד למצב המשפטי בארצות-הברית, בישראל לא התפתחו מנגנונים מוסדרים לעריכת בדיקות מדעיות, כגון בדיקות DNA, לאחר המשפט; זכותם של נידונים לקבל לידיהם מוצגים מתיקם לשם עריכת בדיקות כאלה לא נקבעה בחקיקה; ועד לאחרונה היה מעמדה של זכות זו בלתי-ברור אף לפי הפסיקה.¹⁵⁴ הדבר נובע, בין היתר, מכך שרוב התיקים הפליליים הישנים בישראל מושמדים, אף כאשר הדבר מנוגד לחוק.¹⁵⁵ במילים אחרות, בעוד שהוקנתה לסנגוריה, באופן עקרוני, הסמכות להגיש בקשות למשפט חוזר, לא הוקנו לה כלים שיסייעו לה לממש.¹⁵⁶

השינוי הבא בהליך הבקשה למשפט חוזר חל בשנת 2004, אז תוקנו תקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר) באופן שביטל את החובה להגיש בקשות למשפט חוזר באמצעות היועץ המשפטי לממשלה. עוד נקבע כי מי ששייכו לבקשה למשפט חוזר הם "היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, שהוא פרקליט המדינה או פרקליט מפרקליטות המדינה בדרגת מנהל מחלקה לפחות".¹⁵⁷ בכך עוגנה באופן רשמי האפשרות שהיועץ המשפטי יאציל את סמכותו לגבש עמדה בבקשות למשפט חוזר לפרקליטות המדינה. כתוצאה מכך עסקה אף הפרקליטות בגיבוש נהלים פנימיים המסדירים את טיפולה בבקשות למשפט חוזר,

152 קשיים בעניין זה מתעוררים בעיקר במקרים שבהם הסנגוריה מבקשת לקבל לידיה מוצגים על-מנת לערוך בהם בדיקות מדעיות. ראו בש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 293 (2001) (להלן: בש"פ שוורץ); בג"ץ 5968/11 הסנגורית הציבורית הארצית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.5.2012).

153 ע"פ 526/90 בלור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133 (1991).

154 בש"פ שוורץ, לעיל ה"ש 152. אולם לאחרונה ניתנה החלטת השופטת ברק-ארז בעניין בר יוסף, אשר קבעה כי אין עוד מחלוקת בדבר זכות העיון של נידונים לאחר המשפט, וקראה להסדיר את הנושא בחקיקה: בש"פ 3303/14 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ס' 24 (פורסם בנבו, 9.7.2014).

155 ראו את התקנות המאוזכרות בה"ש 95 לעיל. עם זאת, הסוגיה של שמירת מוצגים אינה מוסדרת בחקיקה באופן מלא. ראו פרשת בר יוסף, לעיל ה"ש 154, פ"ס' 36-40. כן ראו סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, שהתריעו כבר בשנת 1999 כי המדינה נוהגת להשמיד מוצגים בניגוד לחוק.

156 פינק ורוזנברג-רובינס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 204-200.

157 תק' 2 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), כפי שתוקנה בס' 3 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר) (תיקון), התשס"ד-2004, ק"ת 334.

ופרקליט המדינה הוציא הנחיות פנימיות הקובעות נהלים בנוגע לזכות העיון המוקנית לנידון המבקש משפט חוזר.¹⁵⁸

מעורבותו של היועץ המשפטי עצמו בבדיקת בקשות למשפט חוזר נהפכה החל באמצע שנות האלפיים לנדירה ביותר. אחת ההשלכות של שינוי זה היא העובדה שאי-אפשר עוד למצוא כמעט מקרים שבהם משרד המשפטים מתגייס, באמצעות הקמת צוותי בדיקה פנימיים, לבחינה מעמיקה של טענותיהם של נידונים המבקשים משפט חוזר, כפי שהיה נהוג בעבר. באותם מקרים ספורים שבהם טענות אלה נחקרות בכל-זאת, הדבר נעשה במסגרת השלמת חקירה של המשטרה, בהנחיית הפרקליטות.¹⁵⁹

באמצע שנות האלפיים הושלמה אם כן הפיכת המשפט החוזר מהליך ייחודי בעל מאפיינים ממלכתיים להליך אדוורסרי; מהליך שבו גורמים בכירים במערכת המשפט, ובראשם נשיא בית-המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה, נרתמים לבדיקת טענות החפות של המבקש להליך פלילי קונוונציונלי שנערך לפני שופט "מן המניין" (אם כי מבית-המשפט העליון) ואשר הפרקליטות היא המשיבה בו והסנגוריה הציבורית מעורבת בו במקרים רבים. התהליכים שתוארו לעיל לא התרחשו כתוצאה ממדיניות שנקבעה ויושמה "מלמעלה", אלא כתוצאה מהחלטות ניהוליות, מהנחיות פנימיות ומיזמות חקיקה של "שחקנים" שונים הנוטלים חלק בהליך של בדיקת בקשות למשפט חוזר. את התהליכים הללו, שעיקרם האצלה והקניה של סמכויות וכן קביעת נהלים פנימיים לטיפול בבקשות למשפט חוזר, ניתן לסווג כתהליכי ביורוקרטיזציה. מאפיינם המרכזי המשותף הוא השאיפה ליעל את ההליך, באמצעות הגדרה של חלוקת העבודה וקביעת אמות-מידה ברורות לביצועה.

מכאן שאין לתמוה על כך שתהליכים אלה החלו בעקבות היהפכות המשפט החוזר להליך נפוץ יותר במשפט הישראלי – מגמה שיצרה ככל הנראה תחושת צורך בהתמודדות עם "הצפה" של מערכת המשפט בבקשות למשפט חוזר. אולם נשאלת השאלה אם אכן מדובר בצורך ממשי או שמא בצורך מדומה, לנוכח העובדה שמספר הבקשות למשפט חוזר שמוגשות בישראל נותר קטן מאוד, ולמעשה זניח, גם לאחר התיקון בסעיף 31 לחוק בתי המשפט. הגם שחלה כאמור עלייה מסוימת במספר הבקשות, בעשרים השנים האחרונות הוגשו לבית-המשפט העליון פחות משלושים בקשות בממוצע מדי שנה – מגמה הנוגדת יציבה לאורך השנים.¹⁶⁰ כאשר מביאים בחשבון גם את העובדה שחלק מהבקשות המוגשות לבית-המשפט הן בקשות חוזרות, עולה שמספר הנידונים החדשים העותרים מדי שנה לבחינה

158 ראו, למשל, "זכות העיון בחומר חקירה רגיש במסגרת הערכות הסניגוריה לבחינת אפשרות להגשת בקשה למשפט חוזר – הנחיה" הנחיות פרקליט המדינה (לא פורסם). ההנחיה מגבילה את זכות העיון לצורך החלטת הסנגור הארצי אם להגיש בעבור נידון בקשה למשפט חוזר, תוך הצבת דרישה להנמקת הבקשה לעיין בחומר, התניית העיון במוצגים באישור פרקליט, הגבלת זכות ההעתיקה של חומר ועוד.

159 מ"ח 2847/05 אחרר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2007); פרשת קסטל, לעיל ה"ש 106.

160 כך, למשל, בשנת 2013 הוגשו 26 בקשות; בשנת 2012 הוגשו 25 בקשות; בשנת 2011 הוגשו 30 בקשות; בשנת 2010 הוגשו 25 בקשות; בשנת 2009 הוגשו 30 בקשות; ובשנת 2008 הוגשו 19 בקשות.

חוזרת של הרשעתם יוצרים מספר זניח של הליכים ביחס למספר ההליכים המוגשים בכל שנה לבית-המשפט העליון.

בכל זה אין כדי לומר, כמובן, שלתהליכי ההתייעלות שתוארו אין כל הצדקה, שכן קיימת בכל-זאת עלייה מסוימת במספר הבקשות למשפט חוזר. אולם חשוב לשים לב למחיר שהם גובים.¹⁶¹ לטעמי, האופן שבו התעצב מוסד המשפט החוזר במישור הדיוני הפך אותו לכלי לא-אפקטיבי לתיקון הרשעות-שווא בהתאם לשתי הגישות שהוצגו בחלק ב – גישת החפות וגישת ההליך ההוגן – וכפי שאטען בחלק ה2, הדבר נכון אף לגבי הגישה המוסדית. כאשר לגישת ההליך ההוגן, שמעמדה בפסיקה מעורער כאמור גם כך, נראה שלתהליך האדוורסריוזיה יש פוטנציאל להחלישה עוד יותר. זאת, מאחר שבניגוד לטענות לחפות עובדתית, הניתנות לעיתים להוכחה באמצעות מדע פורנזי וחוות-דעת ממומחים החיצוניים למערכת המשפט, ברור טענות לפגמים בהתנהלותם של שחקנים בהליך הפלילי מחייב במקרים רבים שיתוף-פעולה כלל-מערכתי. התהליכים המתוארים אף מקשים בדיקה מעמיקה של רוב הבקשות למשפט חוזר, מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה האציל את סמכותו לפרקליטות, המצויה בניגוד עניינים מובנה בעניין זה,¹⁶² ואילו הסנגוריה הציבורית, הבודקת מלכתחילה רק חלק מפניותיהם של נידונים הטוענים לחפותם, חסרה כלים לשם כך. כאשר לגישת החפות, מאחר שבמישור הדיוני לא התפתח המוסד באופן שיש בו כדי להבטיח שנידונים יוכלו להביא לאחר סיום המשפט ראיות פוזיטיביות לחפותם, נראה שקיים קושי להתאימו אף לגישה זו.¹⁶³ בוודאי לא מתקיימים בישראל התנאים הדרושים כדי להקים "פרויקט חפות" המבוסס על בדיקות DNA, בדומה לזה שקיים בארצות-הברית, אשר הקמתו הייתה מאפשרת אולי מתן סעד למורשעי-שווא באמצעות הליכים אחרים, שאינם משפט חוזר.

כך נותר המשפט החוזר הכלי המרכזי – ולמעשה היחיד – העומד לרשותם של נידונים בישראל שמוסיפים לטעון לאחר סיום משפטם כי הם חפים מפשע. אלא שכלי זה הוא במידה רבה "חסר שיניים", גם מנקודת-מבטו של מי שסבור – בדומה לבית-המשפט העליון – כי ראוי לעצבו בהתאם לגישת החפות.

ה. דיון ומסקנות

ראינו שהתהליכים שעבר המשפט החוזר מאז תוקן סעיף 31 לחוק בתי המשפט, הן במישור המהותי והן במישור הפרוצדורלי, משקפים ירידה בכוחה של גישת ההליך ההוגן לשמש הצדקה לקיומו של המוסד. כאשר לגישת החפות, התהליכים המתוארים משקפים מתח בין תפיסתו המהותית של בית-המשפט העליון – המגדירה "הרשעת-שווא" בעיקר כטעות עובדתית בהרשעה ודורשת ראיות חד-משמעיות כמעט לחפות – לבין התנאים הפרוצדורליים המאפיינים את המוסד, אשר מקשים את עיצובו באופן אפקטיבי בהתאם לגישת החפות. התוצאה היא שברוב התיקים אין לנידונים אפשרות לאתר ראיות פוזיטיביות

161 ראו לעניין זה גם את הדיון להלן בחלק ה2.

162 על ניגוד העניינים המוסדי הנובע מכך שגוף אחראי לבדוק טענות לטעויות שנפלו בתיקים שהוא עצמו טיפל בהם, ראו שלף "תיקונו של עיוות-דין", לעיל ה"ש 12.

163 לתיאור מפורט של החסמים הפרוצדורליים המקשים גילוי ראיות חדשות שיאפשרו תיקון הרשעות-שווא, ראו פינק ורוזנברג-רובינס, לעיל ה"ש 8.

לחפותם הממשית, וכל שנותר בידיהם הוא להתבסס על ראיות שבכוחן לעורר ספק לגבי ההרשעה או להצביע על כך שההליך שבו נשפטו היה פגום. בקשות המבוססות על ראיות מסוג זה נדחות על-פי-רוב, ואילו אותן בקשות מעטות שעומדות ברף הראייתי הגבוה שבית-המשפט מציב מייתרות לרוב ניהול משפט חוזר.

בחלק ב ביקשתי להראות כי שימוש מסוג זה במשפט החוזר מרחיק את המוסד מייעודו. טענתי שהמשפט החוזר, כהליך ייחודי שלאחר הרשעה המאפשר את ניהול המשפט מחדש, נועד להתמודד עם תיקים שבהם קיים ספק בנוגע לאשמת הנידון אך גם בנוגע לחפותו. זאת, אם בשל ראיות שמצביעות על חפותו העובדתית של הנידון אך מחייבות בירור נוסף, ואם בשל ראיות לפגמים כבדי-משקל בהליך שבו הורשע, אשר מערערים את ההנחה שהליך זה אפשר לבית-המשפט לקבל החלטה מושכלת העולה בקנה אחד עם הקומפוטנטיות המוסדית שלו. מסקנתי ביחס לאופן שבו התעצב המשפט החוזר בישראל במישור המהותי היא אם כן שהפרשנות שבית-המשפט נותן לעילות למשפט חוזר אינה מאפשרת להגשים בצורה מספקת את מטרות המוסד. בשורות הבאות אבקש להצביע על כמה בעיות משפטיות קונקרטיות שנובעות, לעמדי, מהפרשנות האמורה. כן אבקש להראות כי תובנותיה של הגישה המוסדית, המובילות כאמור לאימוץ דרך-ביניים בין גישת ההליך ההוגן לגישת החפות, עשויות לפתור חלק מהבעיות הללו ולהוביל לפרשנות קוהרנטית יותר של העילות הקבועות בסעיף 31. לאחר-מכן אציע כמה מסקנות באשר לאופן שבו התעצב המשפט החוזר במישור הדיוני ולשינויים הנדרשים במישור זה כדי להתאימו לגישה המוסדית המוצעת.

1. מסקנות הנוגעות בדין המהותי

שני קשיים מרכזיים נובעים מהפרשנות שבית-המשפט מעניק לעילות למשפט חוזר, שתוקנו בעקבות מסקנות ועדת גולדברג. האחד נוגע בפרשנות של עילת הראיות החדשות, והאחר – בפרשנות של עילת עיוות הדין.

עילת הראיות החדשות דורשת, כאמור, שיוצגו ראיות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון. אולם בית-המשפט לא הגדיר את אמות-המידה שעל-פיהן ייקבע אם מי שישפוט את הנידון על-סמך חומר הראיות החדש עשוי לזכותו, ולא הכריע בשאלה איזה מין שינוי בתוצאות המשפט עשוי להצדיק את ביטול ההרשעה. הדיון המועט שקיים בפסיקה בסוגיה זו נוגע בשאלה אם ניתן להורות על משפט חוזר גם כאשר הראיות החדשות עשויות להוביל רק להמרת העבירה שבה הורשע הנידון בעבירה קלה יותר.¹⁶⁴ בית-המשפט לא דן גם בשאלה אם רק ראיות שיובילו לזיכוי מוחלט של הנידון מן העבירה שבה הורשע מהוות עילה למשפט חוזר או אף ראיות שיובילו לזיכוי מחמת הספק. מעיון ברוב ההחלטות נראה שבפועל בית-המשפט סבור שרק ראיות שמוכיחות פוזיטיבית את חפותו של הנידון, ועל-כן מובילות לזיכוי המלא, מצדיקות משפט חוזר. תוצאה זו נראית בעייתית מבחינת לשונו של סעיף 31(א)(2), אשר אינה מבחינה בין סוגים שונים של שינוי בתוצאות המשפט, וכוללת, על פני הדברים, גם מקרים שבהם השינוי הוא מחמת הספק. תוצאה זו אף אינה

164 פרשת פלינק, לעיל ה"ש 91.

עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הפלילי, הדורשים את הוכחת האשמה מעבר לספק סביר ומגלמים העדפה ברורה לטעות מסוג זיכוי-שווא על טעות מסוג הרשעת-שווא.¹⁶⁵ באשר לעילת עיוות הדין, העילה הקבועה בסעיף 31(א)(4) מסמיכה את בית-המשפט להורות על משפט חוזר אם השתכנע שקיים חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין. השאלה כיצד לפרש את המונח "עיוות דין" נדונה רבות בפסיקה, בעיקר בהתייחס לשאלה אם על הנידון להראות שהגורמים לעיוות הדין בעניינו השפיעו על תוצאות משפטו. ראינו כי לאורך השנים חלה בפסיקה נסיגה מהקביעה העקרונית בפרשת קוזלי, שלפיה עילת עיוות הדין אינה צריכה להיבחן במבחן סיבתי-תוצאתי. במבחן זה בוודאי אינו מתחייב מלשון הסעיף, שאין בה זכר לדרישה מסוג זה. יתרה מזו, נראה שגישה המעמידה את עיוות הדין במבחן סיבתי-תוצאתי יוצרת חוסר קוהרנטיות בפרשנות של סעיף 31 כולו, שכן היא מייטרת למעשה את קיומה של עילת עיוות הדין כעילה עצמאית.

כזכור, ועדת גולדברג נימקה את הצורך בחקיקת סעיף 31(א)(4) בכך ש"עילת-סל" למשפט חוזר תאפשר לבית-המשפט להיעתר, במקרים חריגים, לבקשות המצדיקות את ביטול ההרשעה מסיבות שאינן מנויות ביתר העילות הקבועות בסעיף 31. אולם הפרשנות שאימץ בית-המשפט העליון לסעיף 31(א)(4) מטשטשת את ייחודו כ"עילת-סל", שהרי גישה שלפיה המונח "עיוות דין" נבחן בסטנדרט סיבתי-תוצאתי משמעותה שאת הטענות שבית-המשפט בוחן תחת סעיף 31(א)(4) הוא יכול לשקול, באותה מידה, תחת סעיף 31(א)(2). אומנם, ניתן לטעון שכאשר מדובר בפגמים דיוניים, יוכל בית-המשפט לאמץ במסגרת עילת עיוות הדין את "מקבילית הכוחות" שהוצעה על-ידי השופטת ארבל,¹⁶⁶ ולהורות על משפט חוזר במקרים שבהם חומרת הפגם הדיוני מצדיקה הסתפקות ברף ראייתי נמוך מהנדרש במסגרת סעיף 31(א)(2). אולם לתוצאה זוהי ניתן להגיע בנקל תחת סעיף 31(א)(2) עצמו, על-ידי קביעה כי הרף הראייתי להוכחת פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט, כפי שהסעיף דורש, ישתנה בהתאם לחומרת הפגם הדיוני. אכן, טשטוש הגבולות בין שתי העילות שיצרה פרשנותו של בית-המשפט ניכר בכמה מהחלטותיו האחרונות, שבהן נקבע כי כל אחת מהעילות מצדיקה קיום משפט חוזר, ואין חשיבות לשאלה תחת איזו מהן ייערך הדיון בטענות המבקש.¹⁶⁷

לעומת גישתו של בית-המשפט, השמה דגש בתוצאות ההליך, הגישה המוסדית מסיטה את הדגש אל התנאים שבהם התקבלה ההחלטה להרשיע את הנידון. הגישה המוסדית מבקשת גם להבטיח כי הכרעותיה של מערכת המשפט יצרו קוהרנטיות הן בתוך כל מוסד משפטי והן בין המוסדות השונים. אימוץ התובנות הללו יאפשר לטעמי לשתי העילות למשפט חוזר לחיות בהרמוניה זו עם זו, תוך שכל אחת מהן מגשימה את תכליתה הייחודית. באשר לעילת הראיות החדשות, לשונה ותכליתה מחייבים שבית-המשפט יורה על בסיסה על משפט חוזר אם הוצגו לפניו ראיות חדשות העשויות, לאחר בירורן במסגרת המשפט

Abraham S. Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 YALE L.J. 1149 (1960) 165

ראו לעיל ליד ה"ש 141. 166

ראו את הדיון בפרשת דוידוב לעיל ליד ה"ש 138-141 ואת הדיון בפרשת סאלם לעיל ליד ה"ש 136. 167

החוזר, להקים ספק סביר בנוגע לאשמת הנידון. פרשנות זו נותנת מקום, מטבע הדברים, לראיות לחפות העוברתית של הנידון, אך גם לראיות לפגמים יסודיים בהליך שמשליכים באופן ישיר על משקלן של הראיות המרשיעות (למשל, פגמים המובילים, בסבירות רבה, לפסילת ראייה מרכזית נגד הנידון עשויים לעמוד בתנאי של פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט בהתאם לפרשנות זו). לעומת זאת, פגמים יסודיים בהליך שאינם משליכים בכירור על מצב הראיות בתיק (למשל, טענות לכשל חמור בייצוג, שעשויה להיות לו השפעה כללית על איכות הגנתו של הנידון¹⁶⁸) ייבחנו לאור עילת עיוות הדין.

כאשר לעילת עיוות הדין, השאלה אם פגם בהליך שבו הורשע הנידון עולה כדי "עיוות דין" תיבחן, לפי הגישה המוסדית, במבחן שאינו סיבתי-תוצאתי, מחד גיסא, אך גם אינו מתעלם מהשפעת הפגם על מהלך משפטו של הנידון, מאידך גיסא. מבחן זה בודק אם לנוכח הפגם הדיוני ניתן עדיין לומר שבית-המשפט ששפט את הנידון עשה כן בתנאים שאפשרו לו להוציא לפועל את הקומפוטנטיות המוסדית שלו, קרי, לבחון את שאלת האשמה באופן מושכל. במקרים שבהם הפגם משקף חריגה משמעותית מהסטנדרטים המצופים מה"שחקנים" הקבועים בהליך הפלילי, עד כדי כך שקיים חשש ממשי שנמנעה מבית-המשפט האפשרות להכיר בתנאים האמיתיים שבהם הוא שופט, יש להורות על ביטול ההרשעה חרף העובדה שלא הוכח האופן המדויק שבו השפיע הפגם על מסכת הראיות המרשיעה. זאת, מאחר שפגם דיוני הפוגע ביכולתו של בית-המשפט לפעול במסגרת הקומפוטנטיות המוסדית שלו משפיע ממילא על מהלך המשפט כולו, ואי-אפשר לתחום את השפעתו לקביעה זו או אחרת. לעומת זאת, במקרים שבהם הפגם הדיוני אינו כה יסודי, יידרש הנידון להוכיח את השפעתו הקונקרטית על תוצאות המשפט, קרי, להראות שהוא עומד בתנאי סעיף 31(א)(2). הפרשנות של עילת עיוות הדין בראי הגישה המוסדית מאפשרת אם כן להתמודד במסגרתה עם פגמים דיוניים שהשפעתם על תוצאות המשפט אינה ברורה. נוסף על כך תוכל העילה לתת מענה למקרים חריגים אחרים המצדיקים, בראייה מוסדית, את ביטול ההרשעה. כך, למשל, בית-המשפט יוכל להמשיך לעשות בה שימוש במקרים של הכרעות-דין סותרות, שעצם קיומן פוגע בעקביות של מערכת המשפט.¹⁶⁹ בכך תושב על כנה הפרשנות המקורית שהעניק בית-המשפט העליון לסעיף 31(א)(4), הרואה בו "עילת-סל" שבמסגרתה על בית-המשפט להשקיף על ההליך שבו הורשע הנידון מ"מבט-על" ולהביא בחשבון מגוון של שיקולים מערכתיים בבואו להכריע בבקשה למשפט חוזר.

נראה שפרשנות כזו של סעיף 31(א)(4), לצד פרשנות רחבה יותר של סעיף 31(א)(2) מזו שרווחת בפסיקה כיום, תיצור קוהרנטיות הן במוסד המשפט החוזר עצמו והן בין המוסד לבין מוסדות אחרים שבכוחם לתקן הרשעות-שווא. פרשנות כזו אף תגשים בצורה מלאה יותר

168 לטענה דומה לגבי טענות בדבר כשל בייצוג בשלב הערעור ראו יואב ספיר "הזכות לייצוג הולם וטענת 'כשל בייצוג'" הסניגור 95, 19 (2005).

169 זוהי, כאמור, אחת ההצדקות שמצאה ועדת גולדברג לחקיקת סעיף 31(א)(4). ראו ה"ש 15 לעיל. אפשרות מעניינת נוספת לשימוש בעילת עיוות הדין, אשר עלתה לאחרונה בפסיקה והושארה לעת עתה ב"צריך עיון", נוגעת במקרים שבהם לאחר המשפט מתגלות עובדות העשויות להקים לנידון טענת הגנה מן הצדק – למשל, בשל אכיפה ברינית. ראו מ"ח 1282/16 שקלים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.6.2016).

את מסקנות ועדת גולדברג, אשר סברה כי יש להרחיב את העילות למשפט חוזר ולאפשר תיקון הרשעות-שווא במגוון גדול יותר של מקרים.

2. מסקנות הנוגעות במישור הפרוצדורלי

בחלק ד הראיתי כי מאז תוקן סעיף 31 חל במשפט החוזר תהליך של אדוורסריוזציה, שבמסגרתו המוסד הולך ומאבד את האופי הממלכתי שהיה לו בעבר. טענתי כי מגמה זו עלולה להקשות על נידונים להביא ראיות לפגמים בהליך שהסתיים בהרשעתם, וזאת מאחר שבירור מעמיק של התנהלות השחקנים השונים בהליך הפלילי מחייב במקרים רבים שיתוף-פעולה כלל-מערכתית. על כך יש להוסיף שבית-המשפט העליון, כפי שראינו, נותן משקל גבוה לעמדת המשיבה בבואו להכריע בבקשות למשפט חוזר. נשאלת השאלה אם העובדה שההליך לובש מאפיינים אדוורסריים עלולה להפחית את נכונותה של המשיבה להסכים לבקשות למשפט חוזר, לפחות כאלה שיוגשו על הרשעות בעברות חמורות – עובדה שתשפיע אף על בית-המשפט.

אם כן, מנקודת-מבטה של הגישה המוסדית, בתהליך האדוורסריוזציה גלומים חסרונות משמעותיים, שכן הוא מקשה בירור מעמיק אשר יזרה אור על התנאים שבהם התקבלה החלטתו של בית-המשפט שהרשיע את הנידון. שיתוף-פעולה כלל-מערכתית במסגרת ההליך של בדיקת הבקשה למשפט חוזר משרת צורך נוסף, לפי הגישה המוסדית, והוא הצורך בקוהרנטיות בין המטרות החקיקתיות של מוסדות משפטיים שונים.¹⁷⁰ נראה ששילוב הפרספקטיבות של גופים שונים הנוטלים חלק בבחינת טענותיהם של נידונים עשוי ליצור קוהרנטיות רבה יותר בין הליכים שונים שלאחר הרשעה, כך שהתיקים שינותבו לטיפול באמצעות המשפט החוזר יהיו כאלה שאכן משקפים את הצורך בהסדר הדיוני הייחודי המגולם בו.

שילוב פרספקטיבות כזה, שבמסגרתו מוסדות שונים הנוטלים חלק בהליך הפלילי (המשטרה, התביעה, היועץ המשפטי לממשלה, הסנגוריה ועוד) משתפים פעולה זה עם זה, עשוי להיות מושג בדרכים שונות. דרך אפשרית אחת היא הקמת גוף ממלכתי עצמאי, בדומה לזה הקיים באנגליה, שיבדוק טענות להרשעות-שווא וייטול לידיו את סמכויותיהן של הפרקליטות והסנגוריה בהקשר זה. גוף כזה, שיוקנו לו בחוק סמכויות חקירה ובדיקה, יוכל לכלול נציגים של התביעה בהווה או בעבר, שופטים לשעבר, שוטרים, סנגורים, אנשי אקדמיה וכיוצא בהם. דרך אחרת, הכרוכה בשינוי מהותי פחות, היא החזרת האחריות לבדיקת בקשות למשפט חוזר לידי היועץ המשפטי לממשלה, שיוכל לחקור את התיקים בדרכים שונות ולהקים לשם כך צוותי בדיקה עצמאיים במשרד המשפטים. צוותי הבדיקה הללו יוכלו לשתף פעולה הן עם הפרקליטות והן עם הסנגוריה הציבורית (או סנגורים פרטיים המייצגים נידונים), כמו-גם עם גופי החקירה (משטרה, מז"פ, המכון לרפואה משפטית וכולי'). אולם גם מי שדבק במסקנה שגישת החפות היא שמהווה את ההצדקה לקיומו של מוסד המשפט החוזר צריך להסכים כי נדרש שינוי משמעותי במישור הפרוצדורלי. זאת, לנוכח הבעיות היישומיות שמקשות כיום את התאמת המשפט החוזר לגישת החפות. העובדה שלא נקבעה בחוק זכותם של נידונים לערוך בדיקות וחקירות להוכחת חפותם ולא הוגדרו סמכויות מתאימות לבאי-כוחם מקשה כאמור מציאת ראיות לחפות, בוודאי ברף שבית-

170 Eskridge & Frickey, לעיל ה"ש 60, בעמ' 2043.

המשפט העליון דורש כיום. מכאן, וכפי שאף קבעה לאחרונה השופטת ברק-ארז בפרשת בר יוסף,¹⁷¹ עולה הצורך להסדיר בחקיקה את הסוגיה של בדיקות לאחר המשפט, על-מנת לאפשר קבלת בקשות למשפט חוזר על יסוד סעיף 31(א)(2) החדש. לנוכח זאת נראה שכיום, עשרים שנה לאחר הרחבת העילות למשפט חוזר, יש מקום לשקול רפורמה מקבילה במישור הפרוצדורלי. לטעמי, הרפורמה צריכה להתמקד בראש ובראשונה ביצירת תנאים שיאפשרו לשחקנים השונים בהליך הפלילי לבחון במשותף מקרים המעוררים חשש להרשעת-שווא. למצער, יש לעגן בחוק את זכותם של נידונים לערוך בדיקות לשם הוכחת חפותם לאחר הפיכת ההרשעה לחלוטה.

* * *

לסיכום חלק זה יש לומר כי ייתכנו כמובן יחסי-גומלין בין השינויים המוצעים בשני המישורים – המהותי והדיוני. ייתכן, למשל, שאימוץ פרשנות מרחיבה יותר לעילות למשפט חוזר ימזער את הצורך ברפורמה במישור הדיוני, שכן הוא יוריד את הרף הראיתי הנדרש לקבלת בקשות למשפט חוזר. בדומה לכך, רפורמה במישור הדיוני עשויה למזער את הצורך בשינויים המוצעים במישור המהותי, שכן היא תקל על נידונים לעמוד ממילא ברף הראיתי הגבוה שבית-המשפט מציב נכון להיום. מכל מקום, הותרת המצב הקיים על כנו בשני המישורים גם-יחד תותיר את המשפט החוזר, במידה רבה, כלי לא-אפקטיבי לתיקון הרשעות-שווא.

סיכום

המשפט החוזר בישראל מצוי על פרשת-דרכים. עשרים שנה לאחר תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט נראה שנדרשים שינויים משמעותיים נוספים, הן בפרשנות העילות למשפט חוזר והן במישור הדיוני, על-מנת שהמוסד יוכל למלא אחר ייעודו המרכזי – לאפשר בירור מחדש של שאלת האשמה במקרים שבהם מתעורר ספק לגבי ההרשעה. אם לא ייערכו שינויים כאלה, קיים חשש ממשי שהמשפט החוזר, לפחות במשמעותו המקורית של ניהול המשפט מחדש, ישוב להיות כמעט "אות מתה" בספר החוקים הישראלי, כפי שהיה בטרם תוקן סעיף 31. בית-המשפט ימשיך לקבל בקשות למשפט חוזר רק במקרים חריגים ביותר, שיש בהם ראיות מובהקות לחפות או שהמשיבה נתנה בהם את הסכמתה לבקשה, אשר יאינו לרוב את הצורך בניהול המשפט מחדש. לעומת זאת, בקשות למשפט חוזר שיצליחו לעורר רק ספק ביחס לאשמה, כפי שיקרה לרוב, יוסיפו להידחות.

בחלק ב אפיינתי את שתי הגישות המרכזיות ביחס להליכים שלאחר הרשעה – גישת ההליך ההוגן וגישת החפות – וביקשתי להראות כי המשפט החוזר אינו מותאם במהותו לגישת החפות במתכונתה הקיצונית, הדורשת ראיות חד-משמעיות לחפות ממשית כדי להורות על ביטול הרשעה. לאחר-מכן הצעתי גישת-ביניים – הגישה המוסדית – המאפשרת שימוש במשפט החוזר בשל ראיות חדשות לחפות המעוררות ספק סביר בנוגע לאשמה או לחלופין בשל פגמים בהליך, הנבחנים במבחן שאינו סיבתי-תוצאתי, מחד גיסא, אך גם אינו מתעלם מהשפעת הפגמים על מהלך משפטו של הנידון, מאידך גיסא. גישה זו, הצעתי, תאפשר

171 פרשת בר יוסף, לעיל ה"ש 154.

לעשות שימוש במשפט החוזר לצורך בירור מחדש של תיקים שבהם התערער בטחוננו של בית-המשפט בהרשעה, מבלי להסתכן בניהול הליכים מיותרים בשל פגמים בהליך שלא הייתה יכולה להיות להם כל השפעה על תוצאתו.

המשפט החוזר בישראל, לעומת זאת, הולך ומתעצב מאז תוקן סעיף 31 באופן שמרחיק אותו מייעודו המקורי. בחלק ג הראיתי שבמישור המהותי שתי העילות למשפט חוזר שתוקנו בהמלצת ועדת גולדברג מפורשות על-ידי בית-המשפט העליון בצורה מצמצמת יותר ויותר, העולה בקנה אחד עם גרסה קיצונית של גישת החפות; ואילו בחלק ד הראיתי שבמישור הדיוני עבר המוסד תהליכים של ביורוקרטיזציה ואדוורסריזציה, המקשים בירור תיקים מורכבים ברמה הכלל-מערכתית, ובכך מקשים על המוסד ליהפך לכלי אפקטיבי לתיקון הרשעות-שווא בהתאם לגישה המוסדית. העדר מנגנונים להבטחת זכותם של נידונים לערוך בדיקות וחקירות לאחר המשפט מקשים את עיצובו של המוסד אף בהתאם לגישת החפות. לפיכך טענתי בחלק ה כי נדרשת כיום רפורמה נוספת במוסד, הפעם במישור הפרוצדורלי, על-מנת לתת בידי מערכת המשפט כלים לבחינת טענות מסוגים שונים לטעויות בהרשעה. עוד טענתי כי יש צורך בפרשנות שונה ורחבה יותר של העילות למשפט חוזר, המתמקדת בתנאים שבהם שפט בית-המשפט את הנידון ובמידת הרציונליות של ההליך שהוביל להרשעתו. צעדים אלה נדרשים מנקודת-מבטו של מי שמעוניין שמוסד המשפט החוזר יוכל למלא באופן אפקטיבי את תפקידו להביא לידי תיקון הרשעות-שווא. ככל שמערכת המשפט מחויבת למטרה זו באמת ובתמים, הגיעה העת לפעול בהתאם ולהשלים את הרפורמה שהחלה עם תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט.

נספח 1: בקשות למשפט חוזר שהתקבלו בישראל

הליך	שנת קבלת הבקשה	עברה	תגובת המדינה על הבקשה	תוצאת ההליך
מ"ח 3/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' דוד	1958	מעשה מגונה	היועץ המשפטי לממשלה עתר בעצמו לזיכוי הנידון	זיכוי בבית־המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 5/68 פדילה נ' מדינת ישראל	1968	חבלה חמורה	הסכמה	זיכוי במשפט החוזר
מ"ח 3/81 אבו נ' מדינת ישראל	1981	רצח	התנגדות	הרשעה במשפט החוזר
מ"ח 7324/96 חייאט נ' מדינת ישראל	1997	ניסיון לרצח; הצתה	הסכמה חלקית	הרשעה במשפט החוזר (בהסדר־טיעון)
מ"ח 1966/98 הררי נ' מדינת ישראל	1998	הצתות; קשירת קשר לביצוע פשע	הסכמה	זיכוי בבית־המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 5008/99 תשובה נ' מדינת ישראל	1999	נהיגה בקלות־ראש לפי פקודת התעבורה	הסכמה	זיכוי בבית־המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 7929/96 קזולי נ' מדינת ישראל	1999	רצח; חטיפה; קשירת קשר לחטיפה לשם רצח	התנגדות	הרשעה במשפט החוזר
מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל	2000	גרימת מוות ברשלנות	התנגדות	הרשעה במשפט החוזר
מ"ח 1114/00 בר יוסף נ' מדינת ישראל	2000	גנבה ממעביד	הסכמה	זיכוי בבית־המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 4181/02 סולמי נ' היועץ המשפטי לממשלה	2002	קשירת קשר לביצוע רצח	הסכמה	זיכוי בבית־המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל	2002	רצח	התנגדות	זיכוי ללא ניהול משפט חוזר (התביעה חזרה בה מכתב האישום החדש, ובית־המשפט הורה על זיכוי בדין)

הליך	שנת קבלת הבקשה	עברה	תגובת המדינה על הבקשה	תוצאת ההליך
מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל	2003	נהיגה ללא רשיון רכב תקף; נהיגה ברכב שהוצא לגביו איסור שימוש; נהיגה ללא תעודת ביטוח; שינוי זהות של רכב או של חלק של רכב	הסכמה	זיכוי מנהיגה ברכב שהוצא לגביו איסור שימוש, ללא ניהול משפט חוזר; הרשעה חלקית ביתר העברות במשפט החוזר (בהסדר-טיעון)
מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל	2005	מעשה מגונה	התנגדות	זיכוי במשפט החוזר
מ"ח 5048/04 איזון נ' מדינת ישראל	2005	הריגה והתעללות	התנגדות	הרשעה במשפט החוזר (בהסדר-טיעון)
מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל	2005	אינוס	התנגדות	הרשעה במשפט החוזר
מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל	2005	תמיכה בארגון טרור	התנגדות	התביעה לא הגישה מחדש את כתב האישום
מ"ח 10562/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' עזריה	2005	מעשה מגונה	היועץ המשפטי לממשלה עתר בעצמו לזיכוי הנידון	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 3092/06 קסובק נ' מדינת ישראל	2006	נהיגה ללא רישיון בר-תוקף	הסכמה	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 3364/09 שראיעה נ' מדינת ישראל	2009	אי-ציות לשוטר	הסכמה	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 8845/09 שגב נ' מדינת ישראל	2010	5 עברות לפי פקודת התעבורה	התנגדות	מחיקת חלק מהעברות והרשעה בחלקן (במסגרת הסדר-טיעון) במשפט החוזר
מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל	2011	אי-מניעת פשע	הסכמה	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר

הליך	שנת קבלת הבקשה	עברה	תגובת המדינה על הבקשה	תוצאת ההליך
מ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל	2013	מעשה מגונה	התנגדות	זיכוי ללא ניהול משפט חוזר (התביעה חזרה בה מכתב האישום החדש, ובית-המשפט הורה על זיכוי בדין)
מ"ח 3689/13 חמאדה נ' מדינת ישראל	2013	גנבה; התפרצות למקום מגורים בכוונה לגנוב	הסכמה	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 8114/12 כהן נ' מדינת ישראל	2013	נהיגה ללא רשיון; נהיגה בר-תוקף; נהיגה ללא פוליסת ביטוח בת-תוקף	הסכמה	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר
מ"ח 3713/11 בקרינג נ' מדינת ישראל	2013	נהיגה בקלות-ראש לפי פקודת התעבורה	התנגדות	זיכוי ללא ניהול משפט חוזר (התביעה לא הגישה מחדש את כתב האישום והסכימה לזיכוי בדין)
מ"ח 511/12 דוידוב נ' מדינת ישראל	2013	ניסיון לרצח	התנגדות	הרשעה במשפט החוזר
מ"ח 1997/15 אבו כדיר נ' מדינת ישראל	2015	תכנון ובנייה	הסכמה	משפט חוזר תלוי ועומד
מ"ח 7315/15 גית נ' מדינת ישראל	2016	נהיגה ללא רשיון; נהיגה בר-תוקף; נהיגה ללא פוליסת ביטוח בת-תוקף	הסכמה	זיכוי בבית-המשפט העליון ללא ניהול משפט חוזר