תיקונו של עיוות־דין

מאת: פרופ' ליאון שלף*

1. דבר ידוע הוא בחיי החברה שפתרון לבעיה מסויימת לפעמים מצמיח בעיה חדשה; מילוי חסר בסוגייה אחת עלול להוליד חסר מסוג אחר. דומני כי מצב כזה התהווה בעניני פלילים (criminal justice system), כאשר בכל שיטת משפט מודרנית מונהג הרעיון של זכות הערעור מערכאה משפטית, שבה התנהל הדיון תחילה, לבית־משפט מעליו, בו ניתן לשנות את ההחלטה המקורית או לבטלה כליל. כאשר לא קיימת מסגרת מאורגנת וממסודת כזאת של בירור מוסמך של הדיון המקורי ובקרה עליו על־פי חוק, אין מנוס אלא לאפשר בדרך כלשהי לגורמים מוסמכים, אך לא־שיפוטיים, לפעול באופן עצמאי ולפעמים גם באילתור על מנת למנוע טעויות, עיוותים או אי־צדק.

אין ספק כי הרעיון של חנינה קם, בין היתר, על מנת לספק מענה לסופיות הדיון במשפטים פליליים, ואין ספק כי חלק ניכר מן החנינות שניתנו בעבר, כאשר לא היתה ערכאת ערעור מסודרת, ניתן בשל תחושה שנפלה טעות בהכרעה המקורית, אם כי רוב ההתערבות התמקדה בשאלת העונש, במיוחד כאשר היה מדובר בעונש שהיה חמור יחסית לעבירה, והיה בגדר עונש חובה[1].

ברור, כי קליטת הרעיון של זכות ערעור על־פי חוק באה במידה גדולה כדי להחליף את סמכותו של גוף אקסקוטיבי, ולהכניס סדר הכרחי ופיקוח קפדני ויעיל לעבודתו של בית־המשפט; ואכן, קשה לתאר מערכת משפטית תקינה ללא ערכאת ערעור. יחד אם זאת, גם אין לשכוח כי הרעיון של ערכאת ערעור הינו פרי התקופה המודרנית. השיטה המשפטית המתוחכמת ביותר של העולם העתיק, הרומית, לא ידעה רעיון כזה, והשיטה המשפטית האנגלית הקימה בית־משפט לערעורים פליליים רק ב־1907[2]; לפני כן יכול היה נאשם להגיש עתירה בקשר לטעות (Writ of Error). אולם, זאת בדרך כלל רק

* פרופ' למשפטים ולסוציולוגיה, אוניברסיטת ת"א; ועמית מחקר במכון ללימודים מתקדמים, האוניברסיטה העברית, בעת כתיבת המאמר. תודה מסורה לחברים בקבוצה לחקר נושאים פליליים במכון, על הערותיהם המועילות לרעיונות שהוצגו.

1. לתיאור כללי של תולדות החנינה, ראה C.R. Rolph **The Queen's Pardon** (1960). לשאלה הספציפית של חנינה במקרה של עונש מוות, ראה F. Bresler **Reprieve: A Study of a System** (London, 1965); וראה עבודתו של ל' סבה "סמכות החנינה האישית – פרורוגטיבה של נשיא המדינה" משפטים ח (תשל"ז) 227; וכן עבודת הדיסרטציה שלו: החנינה האישית והחנינה הכללית – הבטים משפטיים ופנולוגיים (האוניברסיטה העברית, תשל"ה). לגישה פילוסופית–היסטורית לנושא החנינה, ראה: K. Moore **Pardons: Justice, Mercy and the Public Interest** (Oxford, 1989). ראה גם חוברת חנינה בישראל (ירושלים, תשכ"ח).
2. ראה L. Waller & C.R. Williams **Criminal Law: Text and Cases** (7th ed., Sydney, 1993) 42. המבנה של ערעור היה יותר מקובל בתחום האזרחי בשל ה־writ of error; כמו־כן ניתן היה לקיים דיון מחודש במסגרת של equity. ראה דיון ב"סמכות ערעורית" בספרו של השופט חיים כהן המשפט (תשנ"א) 432–438. השופט כהן מתאר גם את המצב במשפט העברי. מחד גיסא "לא היתה זכות־ערעור בתורת שכזאת ידועה למשפט העברי", אולם מאידך גיסא, תמיד חיפשו דרך לבירור נוסף, למשל "שבעל־דין יכול לדרוש מיריבו שילכו להתדיין 'במקום הוועד' שיש בו 'תלמיד' חכמים הרבה'... או בבית הדין הגדול... התפתח במשפט העברי המנהג הגדול לשאל בדעת גדולי־הדור" (ע' 432).

nevo.co.il

בענינים פורמליים; או, מאוחר יותר, לפנות, באמצעות השופט עצמו, עוד במהלך המשפט ובטרם התקבלה ההחלטה הסופית, למסגרת מיוחדת שנקראה Court for Crown Cases Reserve, וגם כאן העיסוק היה כמעט רק בנושאים משפטיים, ולא בשאלות עובדתיות[3].

אולם, עצם קיומה של ערכאת ערעור יצר בעיות משלה, ומאוד יתכן כי לצד החיוב של פתיחת שערי בית־המשפט לבירור נוסף, קיים גם החסרון, שערכאת ערעור מוגבלת בפעולותיה ולא נתנו לה חופש הפעולה אשר מצוי בידי גורם אקסקוטיבי שבידיו סמכות של חנינה. יש שיטות שעדיין אינן מאפשרות ערעור בזכות לשאלות עובדתיות והזכות המוחלטת לערעור מוגבלת אך ורק לנושאים משפטיים. יתרה מזאת; עצם קיומה של ערכאת ערעור צימצם בהרבה את יכולתו של גוף החונן לפעול, שהרי מקובלת היום התפיסה, כי טעות בדיון משפטי רצוי שתתוקן במסגרת משפטית, לאחר בירור מסודר ובהתאם לכללים. לכן יש היום הסתייגות נרחבת ונחרצת משימוש בסמכות החנינה לשם תיקון טעות. משמע, כי פעולה שזכתה בעבר בהבנה רבה בשל העדר תהליך של ערעור במסגרת שיפוטית, נתפשת היום כפעולה מפוקפקת ביותר, למרות שלגופו של ענין יש, לעניות דעתי, וכפי שאנסה להוכיח, צורך בהמשך אותה המסורת עתיקה למען עשיית צדק, מתוך ראיה כי לא כל טעות ניתנת לתיקון במסגרת של ערעור, ואף לא כאשר מצטרף אליו גם אפשרות של משפט חוזר.

2. החשיבות של מתן חנינה לשם תיקון טעות כרוכה אם כן, בין היתר, במגבלות של קיום ערעור. ההגבלה הבולטת ביותר על ערכאת ערעור, בהקשר של טעות אפשרית, הינה שעליה להתמקד בשאלות משפטיות ולא לעסוק יתר על המידה

3. בעת כתיבת מאמר זה, מתנהל דיון בבג״צ בעתירה המיועדת לבטל חנינה שניתן לאסיר המרצה עונש בגין אשמת רצח – פרשת שנסי. הסוגייה הנדונה שם הנה חשובה ביותר ועוסקת בעימות אפשרי בין זרועות שונות של השלטון, בקשר לנשיא. אין ספק שההלכה שתיקבע בתיק תהיה חשובה – אולם העתירה עצמה איננה נוגעת בנושא מאמרי זה – כי המאמר דן בטעות כעובדה, בעוד פרשת שנסי עוסקת בפרשנות של החוק. הנאשם בפרשה זאת לא הכחיש כי הוא הרג, אך טען טענות משפטיות הקשורות לאחריותו והשר שהמליץ על חנינה, פרופ׳ רובינשטיין, הסתמך על כך. אין זו העתירה היחידה לבג״צ שהוגשה בתקופה האחרונה. גם בעבר עסק בג״צ בסוגייה זו למשל, בפרשת יהושע בן ציון. אז, בפסק־דין קצר קבע בית־המשפט שאין בהמלצה של שר העוסק בענייני חנינה למנוע את שיקול הדעת המכריע (על־פי החוק והמצב החוקתי) של נשיא המדינה. וכך קבע: ״...הרי שיקול־הדעת אם לקבל את המלצת שר המשפטים ואם לאו ואם להשתמש בסמכותו החוקית ואם לאו, תמיד נשארת בידי נשיא המדינה״. ובתוספת קובע בית־המשפט כי ממילא המלצת השר ומתן החנינה על־ידי השר ״נחלת העבר הוא, ואין בעתירה שלפנינו כל סעד המבוקש מאתנו לגבי מעשה שעל ראש הממשלה לעשות בעתיד. אין בית המשפט זה יושב כבית מדרש החוקר מעשים שהיו וקובע אם חוקיים היו אם לאו, כשאין אי־חוקיות זו נמשכת ויש מן הצורך והצדק למנוע בעד המשכה.
אשר לנציב בית הסוהר, (המשיב השני – ל.ש.) הרי אפילו נניח ששיחרור של אסיר מבית המשפט בטעות יסודו, אין מתפקידו או מסמכותו של נציב בתי־הסוהר להחזירו למאסר״.
ובאשר לנשיא עצמו, קובע בית־המשפט: ״אפילו פעל הנשיא על פי עצה מוטעית או אפילו טעה הנשיא עצמו בשיקול־דעתו, אין בכך כדי לפגום בתקפה המשפטי של החלטתו, ובית המשפט זה אינו יושב בערעור על החלטת הנשיא״ (בג״צ 483/77 ברזילי נ׳ ראש ממשלת ישראל ונציב שירות בתי־הסוהר, פ״ד לא (3) 671, 672).

nevo.co.il

בשאלות עובדתיות. לעיתים הדבר נאמר במפורש ולעיתים הוא נוצר כנוהג, על־פי פסיקה ותקדימים[4].

לעיתים ההגבלה על ערכאת ערעור הינה כה חמורה שנשללת ממנה הסמכות להגיע להחלטה סופית ומחייבת משלה ועליה להחזיר את התיק, במידה שמתגלית בו טעות משפטית, לערכאה מתחתיה (אם כי לאו דווקא לאותם שופטים) לשם דיון מחודש – כאשר מובהר המצב המשפטי לאשורו ומצפים מן השופטים בבית־המשפט הנמוך יותר לפעול בהתאם להנחיות ולהבהרות של ערכאות ערעור. שיטה כזו מונהגת בצרפת, והיא בנויה על כך שטעות משפטית חייבת לבוא על פתרונה באותה מסגרת משפטית שטעתה. לכל בעיה משפטית יש רק פתרון משפטי אחד, על־פי תפישת היסוד בצרפת – ולכן אין דעת מיעוט בפסק־הדין וההחלטה מתקבלת על דעת ההרכב כולו. מכאן, כי תפקידו של בית־המשפט לערעורים (court of cassation) איננו לתת החלטה משלו, אלא להעמיד את בית־המשפט קמא על טעותו, על מנת שזה יעשה את התיקון הדרוש לטעות שלו[5]. כמובן, המצב לגבי קביעת העובדות שונה ולכן רצוי, על־פי תפיסתם, שערכאת הערעור כלל לא תעסוק בכך. לעניין העובדות, הרי שכל מקרה ונתוניו – בענין הזה אין תשובה משפטית מוכנה מראש, ולכן בית־המשפט המקורי חופשי לקבוע מה הן העובדות, ללא כל פיקוח של ערכאת ערעור.

גם כאשר המשפט מתנהל במסגרת של חבר מושבעים, יש חסימה כמעט מוחלטת לבירור העובדות בערעור, שהרי החלטתם של המושבעים נמסרת ללא הנמקה והערעור מוצמד אך ורק לדברי ההסבר וההבהרה של השופט שישב בדין, ועליו להגביל את עצמו לניתוח של המצב המשפטי ולהימנע מכל התיחסות להערכת ערכן של העובדות שהתבררו בנוכחותו. התערבות בענין עובדתי תיתכן רק באותם מקרים חריגים, בהם המסקנות שאליהן הגיע חבר המושבעים משוללות כל הגיון. אולם, בכגון אלה דברים, לפעמים אין צורך בכלל בערעור, שכן, בתנאים כאלה, מותר אף לשופט שישב בדין להתערב בשומעו את ההחלטה ולבטלה בו במקום (כמובן, רק אם מדובר בהרשעה).

יש הסוברים, כי דווקא בשיטת המושבעים, לאור כך שקשה יותר לעמוד על הטעויות שעלולות ליפול במהלך הדיונים של חבר המושבעים (בשל הסודיות של הדיונים והעדר ההנמקה), נוח יותר להתערב, כיוון שבאותם מקרים בהם הערעור של הנאשם מתקבל בשל פגם בהליך המשפטי, מוסמך בית־המשפט בערעור להחזיר את התיק לבדיקה מחדש – de novo – ולא חייב לזכות את הנאשם מכל וכל[6].

3. לאחרונה עמד השופט חשין בפרשת אבוטבול[7] על חשיבות ההיבט הזה, כהבדל בין השיטה בישראל לבין זו שבארצות־הברית, ובניתוחו הוא התריע על כך כי בארצות־הברית יותר קל לקבל ערעור הקשור לקביעת עובדות מאשר בישראל, משום

4. ראה למשל: R. Martineau "Appeals and Appellate Practice", in R. Janosik (ed.) **Encyclopedia of the American Judicial System** (New York, 1987).

5. ראה R. David & H. de Vries **The French Legal System** (1958).

6. ראה לעיל הערה 4, בע' 474.

7. ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מ"י (טרם פורסם). יצויין, כי כנראה עוד יתקיים דיון נוסף לגבי מקרה זה, אולם אין בכך לשנות את הטיעון שאני משמיע במאמר זה, אשר אינו עוסק בבדיקת ההחלטה לגופה, אלא משליך את נסיבותיה על מוסד החנינה.

nevo.co.il

ששם אין השופטים נאלצים לזכות מפאת הספק אלא רשאים להחזיר את התיק לבירור מחודש. תפקידם מתבטא בעמידה על טעות (שיכולה להיות טכנית, למשל בהנחייה של השופט או בשמיעת דברים שאסור לחבר המושבעים לשמוע אותם), ואין חובה עליהם לתקנו בעצמם.

השופט חשין נדרש לסוגייה במסגרת קביעה מעניינת אותה הוא השמיע, כאשר הוא היה בדעת מיעוט, והכל מתוך נסיון להזהיר את חבריו להרכב לבל יסתמכו יתר על המידה על פסיקה אמריקאית, בלי לקחת בחשבון את השיקולים אשר מקילים על שופטים אמריקאים להתערב בהחלטה דלמטה. מדובר בתיק שבו קיבל הרוב את הערעור של נאשם שהורשע באונס. במהלך המשפט הוזכרה מספר פעמים – פעמיים בהשמעת הראיות ופעמיים בפסק־דין עצמו – העובדה כי המתלוננת נבדקה במכונת אמת (פוליגראף או גלאי־שקר). הרוב היה סבור כי משתמע מפסק־הדין שבית־המשפט קמא הושפע מכך ולא הזהיר את עצמו כראוי מדברים שהם פסולים כעדות. שיקול זה הביא לזיכוי בערעור.

בדעת מיעוט מציין השופט חשין כי הוזכרו פסקי־דין אמריקאיים, הן בטיעון של הסניגוריה והן, באופן חלקי, בחוות־דעת של הרוב, ולדבריו לא מצא בהם תימוכין לעמדה של הרוב. בין יתר הטעמים לקביעתו כי אין הם רלוונטים הוא כותב, כי: "...ברור לכל כי לא הרי דיון לפני חבר־מושבעים כהרי דיון לפני שופט מקצועי; והרי מלאכתו של שופט מקצועי היא ברירת הבר מן התבן, הוצאת עיקר מטפל, התעלמות מראיות בלתי קבילות, ומתן משקל לראיות קבילות, ראיה־ראיה ומשקלה־שלה".[8]

אם התקבלה ראיה שאיננה קבילה במהלך המשפט, ניתן לבחון ביחס לפסק־דין של שופט, על־פי הנמקתו, אם הושפע מן הראייה, אולם, בפסק־דין של חבר המושבעים אין כל אפשרות לדעת מה הניע אותם להכריע כפי שהכריע ומה משקלם של דברים שאינם קבילים ואסור לדעת אודתם.

4. לאחר התיחסות לחמישה פסקי־דין אמריקאים שהוזכרו, מסיים השופט חשין כדלקמן: "בכל אותם הליכים כולם הורה בית־המשפט של הערעור לא רק לבטל את הכרעת הדין של בית משפט קמא, אלא להחזיר את הדיון למשפט מחדש (new trial) בערכאה ראשונה, או להחזיר את הדיון לערכאה ראשונה, להמשך הליכים בצירוף הוראות".[9]

כאמור, דעתו של השופט חשין בתיק הזה היתה דעת מיעוט, אולם חשוב עד מאוד שנבין את דבריו כהלכה ואת השלכות משמעותם. ללא קשר לתוצאה במשפט זה (וייתכן כי דווקא הרוב היטיב לעשות בהחלטתו לקבל את הערעור) מסביר/מזהיר השופט חשין, כי, בדרך כלל, קל יותר לשופטים בשיטה שבה מונהג חבר מושבעים לקבל ערעור של נאשם (וממילא אין ערעור על זיכוי), וכי אין בית־המשפט בערעור חייב לשים את שיקוליו מעל לשיקוליו של ה־ fact-finders המקוריים. במידה שמתגלית טעות בניהול המשפט, ניתן להחזיר את התיק לעומת שבא, להמשך הבירור

8. שם בע' 67–68. פסקי־הדין האמריקאים שהוזכרו הנם:
Commonwealth v. York 486 A. 2d 502 (1984); **Commonwealth v. Kemp** 410 A.2d 870 (1979); **Guisfeird v. State** 480 A.2d 800 (1984); **Roberts v. Commonwealth** 657 S.W. 2d 943 (1943); **Wilson v. State** 320 S.E. 2d 364 (1985).

9. שם, בע' 71.

nevo.co.il

– והפעם ללא אותן שגיאות שהתגלו בבירור הראשוני. בענין הזה יש דמיון רב לשיטה הצרפתית, כפי שכבר הוזכר.

5. משתמע מכך כי על־פי הסתברות טבעית, יש יותר נכונות לקבל ערעור ולחלוק על ממצאיה של הערכאה דלמטה, כאשר החלטה זו פחות גורלית, בהיותה לא סופית. אולם, כאשר, כבשיטה שלנו, ההחלטה הסופית היא כמעט לעולם בידי שופטי ערעור, תהיה נטייה טבעית שלא להתערב בממצאיו העובדתיים של בית־המשפט קמא. דווקא העדר סופיות מקל על ערכאת ערעור להתערב בהחלטה המקורית מתוך נוהל מקובל למדי, ולהחזיר את התיק למטה לבית־המשפט דלמטה[3].

אוסיף אף זאת, כי אין ערובה לכך שלא תיפול שוב טעות או שהערכת מהימנות לא תהיה מוטעית. אולם בהקשר הזה, ברצוני רק להצביע על הבעייתיות המיוחדת הקיימת בשיטה שלנו, לדון בעובדות בשלב של הערעור, אותו השלב שנחשב כסמכותי יותר, סופי יותר, בדוק יותר.

יחד עם זאת, מן הראוי לעסוק לא רק בהשלכות הנובעות מפרשת אבוטבול, אלא גם לבחון את משמעות הדברים בתיק זה, באופן מיוחד וממוקד. החלטת הרוב – לזכות את הנאשם בעבירת אונס[10] – התקבלה בשל טיפול כושל בראיה לא קבילה. השאלה המתבקשת היא: מה היה קורה אילו לא נאמרו אותם הדברים הפסולים? האם אז היתה ההרשעה נשארת על כנה? האם דווקא עדותה של המתלוננת דינה להידחות – על כל המשתמע מכך – בשל טעות בניהול המשפט? בלחץ החקירה, היא אמרה כי היא נבדקה במכונת אמת, רמז לכך שהיא דוברת אמת, ובהמשך הוסיף השופט שגיאה על טעותה, בהזכירו את הענין הזה בפסק־דינו[11].

אבל האמת היא, כי כנראה שממילא לא התרשמו שופטי הרוב בערעור מדברי

10. הנאשם הואשם וגם הורשע, בתקיפה נגד אותה המתלוננת, ועל הרשעה בסעיף הזה לא היה ערעור. התקיפה התרחשה באותו המקום ובהפרש זמן קטן לאחר ביצוע האונס שבקשר אליו נסוב הדיון בערעור.

11. ואלה דברי השופט בך בערעור בסוגייה זו: "במסגרת ניתוח עדותה של המתלוננת, מציין השופט בהכרעת־הדין כי תוך כדי עדותה התפרצה המתלוננת, וקראה: 'אני בטוחה שאני דוברת אמת, הייתי גם במכונת האמת, למה שאני אבזבז זמן יקר (ההדגשה שלי – ג' ב')" (שם, בע' 7 לפסק־הדין). בהמשך הכרעת הדין, בעומדו על מיהמנות עדותו של הנאשם, מאזכר השופט את עניין הפוליגרף פעם נוספת, בזו הלשון:

"הנאשם בעדותו הצהיר מיומזתו כי הוא מוכן להבדק במכונת־האמת (בפוליגרף) יחד עם המתלוננת, ועל כך נענה על־ידי התביעה כי בפועל נבדקה המתלוננת במכונת־האמת. ובתגובה אמר הנאשם, כי מכונת אמת יחד עם המתלוננת והתביעה 'לא שווים כלום', והסניגור התנגד נמרצות להצעתו של הנאשם לפיה יבדק הנאשם במכונת האמת.

בפרוטוקול הדיון נרשם, כי באת־כוח התביעה הגיבה להצעת הנשאם להיבדק במכונת־אמת באומרה: 'היא הלכה למכונת אמת ויש תוצאות (ההדגשה שלי – ג' ב') (שם, בע' 7).

"עולה בבירור מהחלקים המצוטטים של פסקי הדין ושל הפרוטוקול שהשופט לא יכול היה שלא להבין ממה שנאמר, ובמיוחד מדברי התובעת, שהמתלוננת לא זו בלבד שנבדקה במכונת האמת, אלא שיצאה מבדיקה זו בהצלחה, כדוברת אמת. הערת באת־כוח המדינה שהמתלוננת נבדקה בפוליגרף 'ויש תוצאות', מצביעה על כך בעליל. כאשר השופט יודע, לכך שהאישום מבוסס במקרה דנן למעשה על עדותה היחידה של המתלוננת, וכאשר מביאים לתשומת לבו שאותה מתלוננת עברה בדיקת פוליגרף 'עם תוצאות', הרי אין הדבר יכול להשאיר ספק בתוצאתה החיובית של בדיקה זו" (שם, בע' 7).

nevo.co.il

המתלוננת כפי שהתרשם השופט בערכאה הראשונה. וכך העיר השופט בך: "...עדות המתלוננת והתנהגותה בעת האירוע מעוררות מספר תמיהות..."[12]. האם התמיהות הללו, היו בהן כדי לשכנעו לקבל את הערעור? נראה שלא כך הדבר, שהרי הוא מייד מסביר כי חרף התמיהות באשר להתנהגותה:

"לא הייתי נוטה להתערב במימצאי בית־משפט קמא מסיבה זו בלבד. הכלל, לפיו אין בית המשפט לערעורים נוהג להתערב בקביעות העובדתיות של הערכאה הראשונה, עומד במבחן, ומן הראוי ליישמו, במיוחד במקרים בהם מעיון בפרוטוקול הדיון הכתוב בלבד אין הקורא יכול להשתכנע לחלוטין מהגירסה שנתקבלה על־ידי השופט שישב בדין במשפט".

משמע, הרוב במשפט לא השתכנע כל כך מעדות המתלוננת כפי שהופיע בפרוטוקול, אך מתוך נאמנות לכלל שיש להעדיף את התרשמותו הבלתי־אמצעית של השופט שישב בדין, היה כנראה דוחה את הערעור, אילמלא הדברים – הפסולים לראיה – שהשמיעה המתלוננת. כמה עמוקות היו הסתייגויות של השופט בך אנו למדים מהמשך דבריו, כאשר הוא מסביר כי:

"דווקא במצבים כאלה עלינו לזכור, כי לשופט קמא היה היתרון לשמוע את העדים ולהתרשם מהופעתם בעת מתן העדות, ומאופן מתן תשובותיהם, וככלל ראוי שנסמוך על תחושתו, על הגיונו ועל שיקול דעתו של השופט"[13].

משמע, כי ככל ששופט היושב בערעור סבור שאולי טעה בית־המשפט קמא, עליו להיזהר דווקא ביתר שאת שלא להתערב, לבל ישים את שיקוליו הוא לגבי העובדות מעל לשיקוליו של השופט אשר ישב בבירור הראשוני ואשר הוא כביכול המומחה בסוגיה זאת.

משמע, כי למרות שדברי המתלוננת לא הרשימו לחיוב את שופטי הערעור, הם היו מאשרים את ההרשעה, אלמלא האמירה של המתלוננת וטעותו של השופט. למרבה הפאראדוקס, היתה זאת דווקא להיטותה של המתלוננת להוכיח שהיא אכן דוברת אמת, אשר קבעה את גורל המשפט לרעתה. ניתן להקשות בסוגייה זאת ולשאול מה היה עולה בגורלו של תיק זה אלמלא הדברים הפסולים שהיא השמיעה והאופן הכושל בו התיחס השופט אליהם? נניח שלא היו נאמרים הדברים לגבי מכונת אמת, ונניח שהשופטים היו חוזרים על אותו הניסוח של "תמיהות" בקשר לעדות המתלוננת; ונניח, כי מתוך אותו העקרון שהובהר על־ידי השופט בך, היו נמנעים מלהתערב בקביעותיו של בית־המשפט קמא והיו מאשרים את ההרשעה – האם בתנאים האלה ניתן לראות את מסקנותיה של ערכאת הערעור כחיזוק להחלטת בית־המשפט קמא, ככל שמדובר בקביעת העובדות והערכת מהימנות?

בל נשכח, כי הסוגייה הנבחנת איננה דרכי ניהול משפט בערעור, אלא דרכי עבודה של הגוף המופקד על עניני חנינה. במצב כפי שתואר, מן הראוי שדרג החנינה יגלה פתיחות לטענות של הנאשם, אם נכללה בפניתו לרשויות החנינה גם התיחסות למצב הרעוע של המבנה העובדתי. הרי אם בית־המשפט בערעור יגלה נאמנות כה גדולה לעקרון של אי־התערבות בעניני עובדות, אולי מן הראוי שרשות החוננת תגלה נאמנות דומה לתפקידה כמתקן טעויות, כאשר כלו כל הקצים של המסגרת השיפוטית. זהו תפקידה המסורתי של חנינה, וערכאת ערעור אשר נזהרת מלהתערב במישור העובדתי לא משנה כהוא זה את נחיצותו וחשיבותו של התפקיד הזה. לאמיתו של דבר,

12. שם, בע' 6.
13. שם, בע' 6.

nevo.co.il

נוכח המוגבלות של ערכאת ערעור בנושא העובדות, נותרת הרשות שמטפלת בחנינה 'ערכאת הערעור' הממשית בנושא זה.

לכן, לעניין פסק־דין אבוטבול שהוזכר, אילו לאחר תום הערעור היו מביאים נתונים (לאו דווקא חדשים) המצביעים על חפותו של הנאשם, האם אז ניתן היה להיאחז בערכאת ערעור כמשקל־נגד התומך כביכול בהיבט העובדתי של פסק־הדין המקורי? התשובה היא שלילית. הרי הרשעה היתה אז נעשית אך ורק מתוך הסתמכות על השופט שישב בדין – ודווקא בניגוד לתחושותיה של ערכאת הערעור.

והערה נוספת: דומני כי השופט בך ממילא ייחס חשיבות רבה מדי למשמעות של דבריה של המתלוננת אודות מכונת האמת. עצם העובדה שהיא נבדקה איננו ערובה לתוצאותיה – ועל התוצאות היא כלל לא מסרה. לקראת סוף פסק־דינו של הרוב נאמר בהתיחסות לבדיקה "...שעולה בבירור מהאמור שהמתלוננת יצאה דוברת אמת באותה בדיקה..."[14]. לעומת זאת, בחוות־דעתו של השופט חשין ישנו ציטוט מלא מן הפרוטוקול, ודבריה, באיזכורה את הבדיקה, הינן: " אני יודעת שאני אומרת האמת, חיי נהרסו בגלל הנאשם הזה, אני מבינה את המשמעות ואני בטוחה שאני דוברת אמת, הייתי גם במכונת האמת, למה שאני אבזבז זמן יקר?"[15] אין במילים הללו להוכיח שדווקא בבדיקה היא מסרה אמת אודות המקרה כולו, מה גם שהיה סעיף אשמה נוסף – על תקיפה – שבגינו כן הודה הנאשם[16].

הסוגייה בדבר דינה של ראיה בלתי קבילה שהתקבלה היא מורכבת מאוד, ואין פתרון קל לה. אולם הדגשתי במיוחד את הסוגייה הזאת, שכן היא מבהירה היטב – ובמיוחד בפסק־הדין הזה – את תפקידה השולי של ערכאת הערעור בקביעת עובדות, ובמיוחד את נכונותה להצמד להחלטת בית־משפט קמא, גם כאשר דעתה איננה נוחה ממסקנות הערכאה המקורית. על רקע מצב כזה, ככל שמדובר בהשפעת הערעור בעניני עובדות, הרי ברור שלא חלה תמורה גדולה מאז שהתקבל הרעיון של ערעור מסודר – והמסקנה המתבקשת הינה שיש לשמר את הרעיון של חנינה ככל שאפשר במתכונתו המסורתית – כולל, כמובן, תיקון טעות – במיוחד במישור העובדתי.

6. יוצא מכך שהערעור – שלב חשוב ומתקדם בהתפתחות התרבות המשפטית – מוצמד בעיקר להיבט אחד מן המשפט, ההיבט המשפטי, ולא נועד לעסוק בהיבט העובדתי. הרעיון שעומד ביסוד גישה זו הינו, שרצוי כי אלה שראו בעיניהם ושמעו באוזניהם את העדים, הם־הם אשר יכריעו בשאלות גורליות של מהימנות, שעליהו כמובן בנוי המבנה העובדתי של המשפט. ערכאת הערעור איננה מסוגלת לשים את עצמה במקום המכריעים בעובדות ולכן רצוי שלא תתערב כלל בענינים אלה.

בשיטת המשפט הישראלית אין איסור מוחלט על התערבות בשאלות כאלה, אולם על־פי הפסיקה יתערב בית־המשפט בשלב של ערעור בשאלות עובדתיות רק במקרים חריגים, כאשר הממצאים שנקבעו נראים משוללי כל אחיזה בחומר הראיות[17]. מקרים כאלה הינם נדירים ביותר, ובית־המשפט אף מקפיד וניזהר יתר על המידה ונמנע מלהתערב ולשנות את המבנה העובדתי, על אף החלטות אשר נראות תמוהות ופרשת אבוטבול תוכיח.

14. שם, בע' 30.
15. שם, בע' 54.
16. יש אפשרות כי נאמר לה שהיא דוברת אמת, אך הכוונה היתה לגבי התקיפה ולא לגבי האונס.
17. יש כמובן גם אפשרות, במקרים יוצאי דופן, לגבות עדות בשלב של הערעור – על־פי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי "אם הדבר דרוש לעשיית צדק".

nevo.co.il

יחד עם זאת, מן הראוי להבהיר כי ביצירת תמונת המצב ובתיאור העובדות, מתהווה מצב שהוא מאוד נזיל ונייד. על אף ההינזרות של ערכאת ערעור מלעסוק בעובדות, אין לו מנוס אלא להתיחס לאותן העובדות אשר מאפשרות לו לדון לגופו של ההיבט המשפטי, ובטיפול הזה בעובדות, אין ערכאת ערעור נאמנה תמיד לחלוטין לעובדות שנקבעו על־ידי הערכאה דלמטה. לפעמים יש בחירה סלקטיבית של עובדות מסויימות והדגשן לשם הבהרת הניתוח המשפטי. בעירעור, אם כן, לא קובעים את העובדות, אך נותנים להן משמעות, משמעות שאיננה תמיד זהה לזו שייחס להן הערכאה הנמוכה. יש אפילו ובערעור חל שיבוש בהבנת התיאור של הערכאה הנמוכה, ולפעמים ניתן לעקוב אחרי שינוים שחלים בעצם סיפור המקרה בשלבים השונים של ההתדיינות המשפטית. יש שמדובר רק בהדגש, אולם יש גם מקרים שמדובר בשינוי התמונה, כתוצאה של אי־הבנת משמעות הדברים שנקבעו כתשתית עובדתית.

7. השופט האמריקאי, ג׳רום פראנק (Jerome Frank), טען[18], בתובנה חודרת הקשורה קשר הדוק לתורת המשפט שלו[19], כי השופטים והעדים מתחלפים בתפקידיהם. העד הופך להיות ״שופט״, שהרי הוא בוחר מה לדלות מזכרונו וכיצד, בבחירת מילים וביטויים, לתאר את ההתרחשות, מה להדגיש ומה להצניע. יש לו בכך שיקול דעת, מעין פעולה שיפוטית. ולעומת זאת, השופט, המקשיב לעדויות, הופך בעצמו להיות ״עד״ להתרחשויות בכותלי בית־משפטו. שהרי במידה שהופעת העד משפיעה על שאלת המהימנות – ביחס לצורת הדיבור, הבעת פניו, ואף לבושו או מבטאו – השופט איננו אלא עד לאותם הדברים, ועליו, בפסק־דינו, לתת ביטוי לכך – מעין עדות לתפקידו כ״עד־ראיה״ להגשת הראיות בפניו. ובהמשך, כמובן, השופט בערעור – שאיננו ״עד״ להתרחשויות הגורליות בבית־המשפט – תלוי בממצאיו של השופט דלמטה, במידה כמובן, שהוא מצליח להבינם על בוריה.

בספר מענין, חשוב ומעורר מחשבה, מתאר משפטן אמריקאי בכיר, ג׳ון נונן (John Noonan)[20], כיצד, בהדגשים סמויים ובנימת הביטויים, הולכת ונרקמת לפעמים

18. J. Frank **Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice** (New York, 1973).

19. J. Frank **Law and the Modern Mind** (New York, 1930). וראה ניתוח של גישתו של פראנק בעבודתי (בכתב יד) (טרם פורסם) **Social Cohesion and Legal Coercion: A Critique of Weber, Durkheim and Marx**.

20. J. Noonan **People and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks** (New York, 1976): "The case had been twice decided in Mrs. Palsgraf's favor, by the trial court and the intermediate court, when it came to the attention of the reporter for the **Restatement of Tort**, Francis Bohlen, professor of law..., then working on what the **Restatement** should say on duty to 'an unforseeable plaintiff'. **Palsgraf** was 'a perfect illustration' of the problem. He presented the case to his advisers on the **Restatement**, along with the draft of a text contrary to the position adopted by the lower courts which had heard the case...
Bohlen invited Cardozo to attend a meeting of 'an eminent and entirely impartial group' of his advisers... who would consider what the correct law in the **Palsgraf** type of situation should be. Cardozo came. A 'long and lovely debate' ensued... Cardozo listened. He did not vote".

בסופו של דבר, ההלכה של קרדוזו והכלל שנקבע ב־ Restatement היו שלובים זה בזה. "The work of the Restatement and the opinion in **Palsgraf** were vitally interdependent" (p. 149).

nevo.co.il

תמונה שונה בערעור מזאת שהצטיירה בתחילה. בניתוח של משפט מפורסם בתחום הנזיקין, פרשת פלסגראף (Palsgraf) [21], הוא מראה כיצד בית־המשפט בערעור שינה את ההבנה של המקרה על־ידי תיאור תמציתי, אשר אם כי היה קרוב למקור, שינה את משמעותם של הנתונים על מנת להכשיר את הקרקע לקבלת הערעור. ההחלטה בערעור קבעה גם הלכה חדשה בסוגייה הנדונה, הלכה אשר, השופט קרדוזו, שישב בערעור, היה מאוד מעונין בה[22], לדברי Noonan, התובעת, שבשלב הראשון זכתה בדין, ובהחלטה דלמטה תואר בתיאור מפורט סיבלה ומעמדה במישור הפרטי והאישי (ציון שם מלא והיותה אם לשני ילדים שהיו נוכחים בעת התאונה נשוא הדיון), "איבדה" מקצת מאנושיותה, והתיאור בהחלטה בערעור "העלים" פרטים באשר לישותה כאדם ויצר תמונה כללית אשר טישטשה את "חפותה" ביחס לנסיבות שגרמו לנזק – וכל זאת כדי לחזק את הקביעה המשפטית של בית־המשפט בערעור[23].

חמור יותר, אם כי קל יותר לאיתור, הינו המקרה בו בית־המשפט בערעור פשוט מציג את העובדות – שנקבעו על־ידי בית־המשפט בערכאה למטה – באופן שונה ושגוי. בפרשת טאוס[24], למשל, פותח בית־המשפט בערעור את פסק־דינו בקביעה נחרצת שכלל איננו משקפת את נושא הדיון. בפתח פסק־הדין קובע בית־המשפט כי במקרה הנדון – שבו נשדדה ונרצחה אישה זקנה בדירתה – מוסכם על הכל כי שלושה אנשים עשו את המעשה, והואיל וזהותם של שניים ידועים, תפקידו של בית־המשפט הינו לקבוע מי הוא השלישי. אולם עיון בפרוטיכל של המשפט ובפסק־הדין עצמו בערכאה דלמטה מגלה תמונה אחרת לחלוטין. מתברר מעיון כאמור כי המשפט כולו נסב סביב השאלה אם הפשע בוצע על־ידי שני אנשים או שלושה. שני שותפים לעבירה, שכבר הורשעו בהתאם לעיסקת טיעון בגין שוד והריגה (ולא רצח), טענו כי הנאשם היה אתם

21. **Palsgraf v. Long Island Railroad Co.** 248 N.Y. 339; 162 N.E. 99 (1928).

22. ראה **Noonan**, שם, בע' 147–148.

23. **Noonan** כותב כדלקמן: "Both summaries of fact (by two of the judges, Cardozo and Andrews - L.S.) were wonderfully laconic. Andrew's was the superior in impersonality, eliminating even the sex of 'plaintiff'. Compelled by grammatical necessity to use a personal pronoun, Cardozo did disclose that the plaintiff was female. Otherwise, neither judge said anything about her age, marital status, maternal responsibilities, employment or income. What injuries she had suffered... could not be learned from either opinion. What compensation she had sought or what compensation she had been awarded - a jury had decided in her favor - was unmentioned" (at p. 113).
כך, בלי לשנות את העובדות שנקבעו על ידי המושבעים, שינה בית־המשפט, בערכאה שניה של ערעור, את החלטתו – על־ידי שינוי דגש ונימת התיאור – והמסקנות.

24. ע"פ 365/87 טוז נ' ממשלת ישראל (לא פורסם). ואלה דברי בית המשפט: "היום אין כבר חולקין כי מי שנכנסו לדירה היו האחים חיים ואילן אהרוני יחד עם אדם שלישי", כאשר המשפט נסוב על השאלה אם בכלל היה אדם שלישי (בנוסף לשני האחים). לעומת זאת, בית המשפט המחוזי כותב (בתחילת פסק־הדין): "אין חולקין שבלילה... הוכתה ונשדדה המנוחה", ובהמשך כותב "מספר אנשים פרצו לדירה...": כלל לא ברור, כיצד "מספר אנשים" כדברי אותם השופטים שקובעים את העובדות הפכו ל"שלושה אנשים", כאשר על מספר זה "אין חולקין" בשלב של הערעור.

nevo.co.il

והוא אשר הרג את הקורבן, בעוד הנאשם הכחיש כל קשר לעבירה. לא היתה כל עדות ראיה משמעותית נוספת, ולכן המשפט התנהל לא על השאלה מי הוא האדם השלישי (כפי שגרס בית־המשפט העליון בדונו בערעור), אלא אם בכלל היה אדם שלישי. על־פי העדויות היה ניתן לבית־המשפט לבחור במי להאמין, אולם לא היה ביכולתו, על־פי העדויות בתיק וההגיון הפשוט, לקבוע כי השאלה שניצבה להכרעה היתה זהותו של השלישי. קביעה זאת היא כמובן קביעה עובדתית, אשר הטעות שבה מזדקרת לעין.

השאלה המתבקשת היא, כיצד יש לתקן טעויות מן הסוג הזה?[25] אילו נפלה טעות כזו בשלב של הבירור הראשוני, ניתן היה כמובן להגיש ערעור על טעות יסוד בתיאור המצב (כאשר אין כמובן כל קשר לשאלת המהימנות); אולם טעות כזו בשלב של הערעור מקבלת מימד של סופיות, כאשר אין בה עילה, לא לדיון נוסף ולא למשפט חוזר. דווקא עצם העובדה שהטעות, אם יש כאן טעות, נעשתה בשלב של הערעור ולגבי העובדות, מקשה על הסיכוי לתיקונו במסגרת שיפוטית (אילו הבעיה של אי־הבנה היתה קשורה להיבט המשפטי, ניתן היה כמובן לבקש דיון נוסף).

ברעיון של ערעור טמונה גם תפישה שדרג שיפוטי בעל ידע, מיומנות ומעמד בכיר ככל האפשר יהיה הפוסק האחרון בתחום המשפטי, ולכן מובטחת זכות ערעור לכל, ואף בסוגיות מסובכות במיוחד, גם ערעור שני על־פי רשות (וגם בבית־המשפט העליון, כאשר מוחלט לאפשר דיון חוזר בהרכב מוגבר). אולם תוספת משמעותית זו של כוח אדם בכיר לבירור הבעיה המשפטית עד תום איננה מוסיפה כהוא זה לבחינה יסודית יותר או חודרת יותר של העובדות (אם כי יש הסוברים שיש יתרון לריחוק זה, כי כך מתאפשרת אוביקטיביות בבחינת הנתונים) . אדרבא, ככל שמתרחקים מאותה ערכאה ראשונית, גובר הסיכוי שיהיה גם ניתוק הולך וגובר מן המציאות, כפי שתוארה בבית־המשפט. הרי בכל ערכאה יתן בית־המשפט תיאור של המקרה על־פי הבנתו, וכל תיאור ידגיש היבט אחר, נימה אחרת, גוון אחר, חלקו אפילו מתוך רצון להניח את תשתית הנתונים לצורך הניתוח המשפטי המתחייב, וריבוי התיאורים יהיה בהם לא כדי להוסיף ולהבהיר, אלא כדי לגרוע ולטשטש. מלאכת השופט בקביעת העובדות הינה ממילא קשה עד מאוד וריבוי העוסקים בכך – אשר על אף מעמדם הבכיר חסר להם אותה קירבה בלתי אמצעית לעדים – עלול רק להרחיק את האמת. בודאי שאין לאף קביעה עובדתית של בית־משפט בערעור עדיפות על פני קביעות של הערכאה הראשונה, למעט אותם מקרים חריגים כאמור, שבהם נפסלות לחלוטין קביעותיו של בית־המשפט המקורי, בשל חוסר הגיון מוחלט.

8. יש להדגיש, אם כן, כי הטיפול של בית־המשפט בערעור איננו מיועד להתמודד עם סוגית העובדות, ולכן מאוד רצוי כי עצם קיומו של מוסד הערעור, לא יהווה מחסום – לא משפטי ולא פסיכולוגי, לא תיאורטי ולא מעשי – לאפשרות של מתן חנינה באותם מקרים שיוכח, מחוץ למערכת השיפוטית, כי נפלה טעות עובדתית, או אפילו שהועלו ספקות סבירים ורבים שכך קרה. האם בשל קיומו של ערעור, אשר ממילא איננו אמור לטפל בשאלות עובדתיות, ועלול אף לטעות בהבנת העובדות שנקבעו כהוויתן, תוגבל סמכותו של גוף החונן ותוגבל זכותו של נדון להמשיך להיאבק על טענתו שהוא חף מפשע?

25. ראה בסוגייה זו מאמרו המענין של אנטוני דאמטו: A. D'Amato "The Ultimate Injustice: When a Court Misstates the Facts" II **Cardozo Law Review** (1990) 1313.

nevo.co.il

ברצוני להדגיש בהמשך את החשיבות של ההכרה בתפקיד של הרשות שבידה סמכות החנינה כמתקנת טעות, על אף האפשרות של קיום ערעור, או משפט חוזר, על אף רעיונות היסוד של הפרדת הרשויות ושלטון החוק, ועל אף קשיים של גוף החונן עצמו לגלות את האמת לאמיתה. בסוגייה הזו, נקודת המוצא, לעניות דעתי, חייבת להיות שאין הרעיון של ערעור מהווה ערובה לתיקון כל הטעויות, ועל אחת כמה וכמה, אלה אשר קשורות לבירור הנתונים כהוויתם. אין לשכוח כי רעיון הערעור בנוי על אפשרות של טעות, אך תיקון טעות אפשרית מוגבל לרוב לתחום המשפטי.

אני מדגיש היבט זה של הסוגיה, כיוון שבין המוסכמות הנדושות שהשתרשו מצוי הרעיון שמתן חנינה מהווה מעין פגיעה במעמדו ומלאכתו של בית־המשפט – ובמיוחד כאשר הענין עצמו הובא לבירור נוסף בערכאות ערעור. אולם טיעון כזה יפה הוא אך ורק לגבי היבטים משפטיים של הבירור בערעור – ואין לו נפקות לגבי בירור העובדות. עצם אימוץ העובדות על־ידי ערכאת ערעור אין בו כדי לחזק את הקביעה של בית־המשפט דלמטה. בערעור ניתן רק לאשר כי בית־המשפט התייחס כראוי לשאלת המהימנות, אך לא ניתן לתת אישור ממשי למסקנותיו. אדרבא, בערעור ניתן בעיקר לעמוד רק על טעויות גסות בהנמקה ותו לא.

נכון הדבר, כי מפעם לפעם יש מקרים שבהם בית־המשפט, בשלב הערעור, אכן מתערב וקובע כי מימצאיו של הערכאה הראשונה אינם עומדים בפני מבחן ההגיון הפשוט, אולם אין במקרים הללו להוכיח כי בכל מקרה ומקרה מוצו עד תום כל האפשרויות של תיקון טעות. יש הסבורים שלאחרונה חלה אולי תמורה ועמנואל גרוס טוען, כי היו מספר מקרים בערעור שבהם גילה בית־המשפט נכונות לבדוק את הראיות – לאו דווקא על־פי קנה־מידה של המיהמנות, אלא על־פי הגיונם של דברים, והפרשנות שיש לתת להם[26]. יודגש שההתערבות של ערכאת ערעור היתה בשני כיוונים, לקולא בזיכוי ולחומרא בהרשעה.

אחת הדוגמאות הבולטות של התקופה האחרונה שבו התערב בית־המשפט בערעור בקביעת עובדות, הייתה במשפט דמיאניוק[27]. אולם, דוגמא זו באה דווקא לחזק, לעניות דעתי, את הטיעון שלי. כידוע החליט בית־המשפט לזכות את הנאשם בשל ספק סביר באשמתו, וזאת לאחר שבית־המשפט העליון איפשר להגיש ראיות נוספות בשלב של הערעור, ונתונים אלה הם אשר הכריעו כדי להטות את הקו בכיוון של ספק[28] (רצוי לציין כי יש שיטות משפט הקובעות שעל ערכאת הערעור לשמוע את העדים ולא להסתמך רק על הפרוטיכל הכתוב).

משפט דמיאניוק היה מיוחד במינו, וממילא יש בסוגיה המשפטית הנדונה כללי פרוצדורה המאפשרים סטייה מן הכללים הקיימים בדרך כלל במשפט פלילי.

השאלה הנוקבת האמיתית המתבקשת היא, האם במסגרת של ערעור מסודר, על־פי נוהל חקיקתי, מסוגלת הרשות השופטת לחשוף את כל משגיה, כך שאדם שהוא חף

26. ע׳ גרוס ״חקר האמת וביקורת שיפוטית״ (תשנ״ד) (טרם פורסם).
27. ע״פ 347/88 דמיאניוק נ׳ ממשלת ישראל (טרם פורסם).
28. בענין ספק סביר במשפט דמיאניוק, ראה: ע׳ גרוס ״משפט דמיאניוק וחקר האמת״ פלילים ד (תשנ״ג), 251. וראה באופן כללי: B. Shapiro **Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause** (Berkeley, 1991); J. Morton & S. Hutchison **The Presumption of Innocence** (Toronto, 1987), especially chap. 5: "Standard of Proof", section 1; "Reasonable Doubt", at p. 81-84.

מפשע לא יורשע? האם די בערכאת ערעור כדי להבטיח תיקון כל טעות ואין צורך לאפשר בקרה נוספת – מעבר לכל ערעור, מעבר לכל משפט חוזר, מעבר לכל דיון נוסף? האם על הרשות העוסקת בחנינה, להתמקד אך ורק במתן ביטוי לחסדיו, ובהתחשבות לפנים משורת הדין, או האם מותר לה, האם מוטב לה, שתבדוק לגופו של ענין על מנת לחשוף שגיאה אפשרית, ואם קיימת, לתקנה? האם ניתן לפעול כאילו מערכת השיפוטית הינה כה מושלמת שאין אחריה ולא כלום?

9. מובן שקיימים שיקולים כבדי משקל נגד מגמה כזו, וממילא הם אשר שולטים בכיפה. מתעוררת מאליה השאלה, האם כל התערבות ענינית בסדרי השיפוט לא תהווה הפרה גסה של עצמאות הדרג השיפוטי. האם לא יהא בכך כירסום רציני במושגי יסוד כגון שלטון החוק, האם לא ייפתח פתח ללזות שפתיים על העדפות ומשוא פנים; האם אין סכנה ששיקולים פסולים יגברו על עשיית הצדק; האם לא תהיה פגיעה אנושה בסופיות הדיון והדרדרות במדרון של פניות אין־סוף ולחצים?

ברצוני להתמודד עם הקושיות האלה מתוך כוונה לעמוד על החשיבות של שמירת תפקידה המסורתית של חנינה כמוסד הפועל ליד הגוף השיפוטי וכמכשיר עזר בחיפוש המתמיד למען עשיית צדק, הגנה על חפים ומחויבות לאמת. כפי שאמר השופט אגרנט (בתוארו אז) בפרשת ראובן:

"המטרה הראשונה היא לתקן המעוות שנגרם לאדם שהורשע על לא עוול בכפו... מציאת כוח כנ"ל בידי אחת מרשויות העליוניות של המדינה היא חיונית ליעילותו של כל משטר מדיני, הואיל ומטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזה ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה".[29]

יש להבהיר כי דברים פשוטים וברורים אלה נאמרו הן לפני שהוסדרה האפשרות של משפט חוזר, והן בהקשר של מטרות אחרות אשר למענן קיימת חנינה. אולם אין בכך, למיטב הבנתי, כדי להמעיט כהוא זה מתוקפם, שיכנועם, חשיבותם ונקפותם עד עצם היום הזה; יש בקיומו של משפט חוזר רק כדי להקל על הדרך לתיקון עיוות; אין בו כדי לסתום כל פריצה אפשרית. למשפט חוזר יש – כמקובל בהרבה מקומות בעולם – שלושה תנאים שיש למלאם בטרם יאושר קיומו, והם – שהתגלו נתונים אשר יש בהם להועיל לסניגוריה ואשר לא היו ידועים לו, ולא יכול היה לדעת עליהם בעת המשפט; שהתברר כי חלק מן הראיות בשקר יסודן ועדות זאת מילאה תפקיד חשוב ומכריע במשפט שבו הורשע; או שהורשע אדם אחר באותה העבירה בנסיבות אשר מצביעות כי נפלה טעות במשפט הראשון[30].

29. ראובן נ' י"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד לז (2) 393. ראה גם ד"נ 13/60 י"מ נ' מתאנה, פ"ד טז 430.

30. בסעיף 31 לחוק בתי משפט (נוסח משולב), תשמ"ד–1984, נקבעת סמכותו של נשיא בית־המשפט העליון (או ממלא מקומו) להורות על משפט חוזר בענין שנפסק סופית, בתנאים הבאים:

"1. בית־משפט פסק כי ראיה מהראיות שהובא באותו הענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אלמלא הוגשה ראיה זאת, היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;

2. נתגלו עובדות חדשות או ראיות חדשות העשויות, לבד או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון ובשעת בירור משפטו לא יכולות היו להיות בידי הנידון;

nevo.co.il

על הבעיתיות של קיום משפט חוזר ניתן ללמוד מן העובדה שמאז הוכנס לשיטת המשפט הישראלית היו רק מעט מקרים שבהם השתמשו בהליך זה, ובין המקרים הידועים היה מקרהו של סלמון עבו – כאשר העילה התבססה על גילוי פרטים נוספים על אודות הפשע (רצח), אולם במשפט השני חזרו השופטים והרשיעוהו מחדש, ועד עצם היום הזה דבק הוא בגירסתו שהוא חף מפשע[31]. משפט חוזר אחר, אשר הסתיים בזיכוי, מעיד כאלף עדים על הבעיתיות שבאמצעי זה. המשפט החוזר (בפרשת פדילה)[32] התאפשר כתוצאה מגילוים של שני עדים שעל קיומם לא ידעו בעת ניהול המשפט. בית־המשפט, במשפט חוזר, קבע שהם עדי שקר, אך יחד עם זאת העריך מחדש את העדויות של יתר העדים שהעידו גם בפעם השניה, והגיע למסקנה שמהימנותם לא הוכחה במידה מספקת. ולכן החליט לתת לנאשם להינות מן הספק ולזכותו – וגם זאת ברוב דעות ומתוך הבעת אי־שביעות רצון מן הטיפול בתיק על־ידי אנשי הפרקליטות, בתוספת מישאלה חריגה שיוגש ערעור על פסק־הדין, כדי שהסוגייה הסבוכה של משפט חוזר יזכה בדיון יסודי בערכאה עליונה; אולם מישאלה זו הושבה רקה והדיון המיוחל לא התקיים, והשאלות שהתעוררו וגרמו חילוקי עמדות בין השופטים, נשארו בצריך עיון. למשל, מה מידת ההתיחסות של השופטים במשפט חוזר לקביעות של השופטים במשפט הראשון, כולל ובמיוחד באשר למהימנות של העדים?

לעצם הענין, המשתמע מהחלטת בית המשפט במשפט חוזר זה הוא שרק במקרה הגיעו לבירור נוסף, ובבירור זה התברר כי יכול להיות שבית־המשפט טעה בדיון הראשון. מה היה עולה בגורלו של הנאשם אלמלא לא הבירור השני? אם אכן היו ספקות לשופטים במשפט השני ועל סמך הספקות החליטו לשנות את ההחלטה המקורית ולזכותו, נשאלת השאלה מה היה מצבו של הנאשם בתיק זה, אילו הספקות האלה היו עולים בקרב המטפלים בבקשה לחנינה. שהרי אין למנוע מאסיר המבקש חנינה להעלות טענה כי הוא חף מפשע. מה אם אין בדבריו כדי לשכנע מעל לכל ספק סביר שנפלה טעות משפטית, אך יש בהם כדי להעלות סימני שאלה רציניים? במצב כזה אין עילה למשפט חוזר, וכנראה אף לא להעמדת שאלה לנשיא בית המשפט העליון כתוצאה של טיפול בבקשת חנינה (אם כי העיניין איננו ברור לחלוטין); מדוע לא תעשה הרשות המטפלת בחנינה צעד לקראת האסיר, בהפחתת עונשו, וזאת מבלי לתת לו חנינה מלאה המוחקת את האשמה מכל וכל? במצב כזה אין הרשות החוננת באה להחליף את סמכותה של הרשות השופטת, אלא להשלים את מלאכתה, ולתת ביטוי לתחושה שמא הספק בתיק זה גדול מאשר סבר בית־המשפט. הרי האשמה נשארת, אך העונש מוקל. האם משפט חוזר דווקא עדיף, עם מלוא הבעיתיות, כפי שהסתמנה בפרשת פדילה?

10. כאן קיים הבדל שפועל לטובת הרשות החוננת. על בית־המשפט לתת החלטה נחרצת לכאן או לכאן. אין לו אפשרות של "תיקו", ה־ "not proven" של המשפט הרומי או סקוטי, אם כי יש אפשרות של זיכוי מפאת הספק. כל מצבי הביניים האלה הם

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".

31. סלמון אבו נ' ממשלת ישראל. יצויין כי מדי שנה מוגשות מספר בקשות למשפט חוזר, אשר בדרך כלל נדחות.

32. תפ"ח 885/66 מ"י נ' פדילה, פ"מ סז 127. פסק־הדין ניתן ב־28.5.69, כשנה לאחר שהרשעתו בפסק־הדין הראשון אושרה בערעור בתאריך 8.5.68. ההחלטה על משפט חוזר ניתן ביום 7.8.68.

מאוד מורכבים, ואין הדבר נוח למערכת המשפטית להגיע לתוצאה כזו. המדד מאוד לא ברור – בין סתם ספק לבין ספק סביר, בין הרשעה ללא ספק סביר, במצב נסיבות דחוק, לבין זיכוי מפאת הספק – ומשפט פדילה הבהיר זאת היטב. אותן נסיבות בשני הבירורים המשפטיים (מתוך התעלמות מוחלטת מעדותם של שני העדים החדשים) הוליד החלטה טעונה בסימני שאלות – א) בניגוד לפסק־דין ראשון שעוד אושר בערעור ב) ברוב דעות ג) מפאת ספק ו־ד) עם משאלה שיוגש ערעור.

במצבים מעורפלים כאלה אין כמו מסגרת של חנינה על מנת לתת פתרון שהחיוב שבו הנו דווקא העמימות שבו. עדיף, לעניות דעתי, שסימני השאלה תגענה למענה שאינו נחרץ דווקא. הריני מדגיש את ההיבט הזה משום שרוב העוסקים בנושא של חנינה כמוסד מתקן עיוות אינם מתיחסים להיבט החשוב של אי־בהירות. קרי, לא טעות ברורה, אלא טעות אפשרית, אולי טעות, ספק טעות. במצבים כאלה הרשות החוננת הינה הכתובת המועדפת.

במשפט פדילה עסקו באשמה של תקיפה אשר לצידה עונש של מספר שנים לא רב. אולם החלק הארי של הדאגה והדיון אודות חנינה קשור למאבקים למען אסירים שנשפטו לתקופות ארוכות, כולל, כמובן, מאסר עולם בגין רצח. דווקא כאן הזמן עצמו פועל לטובת הרעיון של חנינה במקרים של ספק, שאולי אף הולך וגובר ככל שחוזרים ודשים בפרשה. נכון שקיים עקרון של סופיות הדיון, אך קיימת גם מציאות של אסיר הנמק בבית־סוהר, הטוען ושב וטוען את טענתו; ושל עיון שקט ושקול במכלול העניין, כולל חומר שאיננו קביל להגשה לבית־המשפט, אך יש בו להאיר ולהבהיר. ואכן היו דברים מעולם והיו אנשים שלאחר מאבק – לפעמים ציבורי ולפעמים ללא הד גדול – זכו להפחתת עונשם בסדר גודל העולה על המקובל, ולשיחרור במועד מוקדם מן המקובל, כאשר ניתן להניח שהיה שיכנוע מסויים של הגורמים המטפלים בחנינה באשר לספק באשמתם. לא מדובר בטיהור שמם מכל אשמה, אלא ביטוי מסויים לטענות שהושמעו למענם. בחלק מן המקרים ריצו הנאשמים ממילא תקופות מאסר ארוכות למדי.

אני מציין במיוחד אסירים שהורשעו ברצח, בשל חומרת המעשה והחשיבות בכך שיש לזכור ולכבד את זיכרו של הקורבן. ובכל זאת, באותם המקרים סביר מאוד להניח כי החנינה לא ניתנה בעלמא, אלא מתוך התחשבות מסויימת עם הטיעונים שהושמעו למען תפותם. המקרים הידועים ביותר ואשר זכו לא רק להד ציבורי אלא גם לתיעוד בספרים היו עמוס ברנס ועמוס אוריון[33], אם כי היו אחרים, כגון שלמה משה שמקרהו הוזכר בספרו של עמנואל גרוס על עד מדינה[34] (במקרה הזה הרשעתו נקבעה בלעדית על־פי עד המדינה, בצירוף הודעה במשטרה של שותף לעבירה, לאחר שזה האחרון ביקש לחזור בו מן הגירסה שמסר במשטרה). המקרה הזה, שאיננו כה חריג, מעלה סוגייה מסובכת ביותר, כאשר בית־המשפט מעדיף עדות שלא נמסרה בפניו, אלא בתנאים הקשים של המשטרה, על־פני עדות שנמסרה בפניו, ובית־המשפט חייב להכריע בעניין מהימנותו של עד. בפועל מה שקורה הינו שבית־המשפט קובע כי העד הוא שקרן ולכן איננו נותן אימון בדבריו שנמסרים בבית־המשפט, ובמקביל קובע כי הוא מוכן להתיחס לדברים שאמר, שלא בנוכחותו, במשטרה, ועל סמך זה להרשיעו.

33. על עמוס ברנס, ראה ספרו של עזרא גולדברג האמת על פרשת ברנס (תשמ"ג); ועל עמוס אוריון, ראה ספרו של י' לותן חייו ומותו של עמוס אוריון (תשמ"ב).

34. ע' גרוס עד מדינה (תשמ"ח); ראה ע"פ 881/78 שלמה משה נ' מ"י, פ"ד לד(2) 97.

nevo.co.il

כאן קורה דבר מענין כשלעצמו. בעוד שבית־המשפט לערעורים נזהר מלחלוק על קביעותיו של בית־המשפט קמא, כיוון שאיננו רואה את העד עצמו, מותר (על־פי הסעיף המיוחד הזה בקשר למתן עדות)[35] לבית־המשפט קמא לקבל את העדות אשר נמסרה שלא בנוכחותו, וזאת משום שקבע שאין העד אשר מופיע בפניו מהימן. ובכן, מהיכן הבטחון שדווקא במשטרה הוא מסר עדות אמת? אולי גם שם שיקר, אם הוא אכן שקרן, וקיימת גירסה אחרת (גירסה שלישית) שהיא האמת, אך לא מצאה ביטוי במוצא פיו? על בית־המשפט לקבוע לא רק מה הוא השקר אלא גם מהי האמת, ובית־משפט אשר קובע שהאדם אשר מופיע בפניו משקר, על סמך מה ייתן אימון לדבריו במקום אחר?

נכון הדבר, שקיימים כללים בעניין עדות מסייעת, אם מדובר בשותף לעבירה. ונכון, שהחוק מתיר, בתנאים מסויימים, לקבל הודעה משטרתית. אולם אין לשכוח שהתיקון בחוק היה מיועד במקור לעד שאיננו מעורב, צופה מן הצד אשר נקלע במקרה למקום הפשע והופך להיות עד לאירוע. החוק בא להגן עליו אם, לאחר מסירת הודעה במשטרה, הוא נחשף ללחצים ואיומים של הנאשם וחבריו ולכן חרד להעיד. המצב של שותף לעבירה שונה – והשימוש בחוק הפך להיות תדיר יותר במצבים הללו, למרות ששותף לעבירה עלול להיות נלחץ ומאוים דווקא במשטרה – ודווקא בבית־המשפט ימצא את ההזדמנות לספר את האמת.

יש להדגיש שבכל המקרים הללו, ובמקרים נוספים של רצח שבהם זכו אסירים לשיחרור מוקדם לאחר קבלת חנינה במועד מוקדם מן המקובל, אין לדעת מה בדיוק הניע את הגורמים המוסמכים להעניק את החנינה, וניתן להסיק כי הסיבה לחנינה הינה טעות, רק על סמך העובדה כי קדם למתן חנינה מסע ציבורי למען אותם אסירים על רקע טענה של טעות. ניתן להניח שהיו מקרים נוספים אשר כלל לא זכו בפירסום. השתיקה וחוסר רצון להודיע שנפלה טעות עומדות בסתירה מוחלטת למצב הרצוי בכגון אלה דברים, כפי שהוצג על־ידי השופט אגרנט, כאשר הוא תיאר כיצד יש למסור את ההודעה בדבר החנינה: "עיקר מטרתו....היה והינו להכריז, קבל עם ועדה, כי אדם שהורשע ונידון והמקבל עתה חנינה הוא חף מפשע".[36]

ובכן, מעולם לא הוכרז בישראל, במסגרת של חנינה, כי אדם שפעם הורשע בעבירה חמורה ושזכה בהמשך בחנינה הינו חף מפשע. היו מקרים שהמערכת עצמה תיקנה טעות אפשרית בעוד מועד – כגון כאשר הפושע האמיתי שהורשע התגלה בין ההרשעה של אדם אחר בערכאה ראשונה לבין ערעורו, ולכן לא היתה בעיה לזכותו בערעור בהסכמת התביעה[37].

המקרה של דמיאניוק מענין במיוחד בסוגייה זו, שכן הוא זוכה בבית־משפט העליון לאחר שזה התיר לצדדים להגיש ראיות חדשות. מענין לשקול מה היו עושים אם ראיות

35. ראה סעיף 10 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971. כדוגמא לבעייתיות שבסעיף, ראה ע"פ 25/88 מ"י נ' לוי, פ"ד מד (4) 663 – ותיקים נוספים בדיון זה. פירוש רחב ניתן למילה "עד", בהחלטה שהתקבלה ברוב של שלושה נגד שניים.

36. עניין ראובן, לעיל הערה 29.

37. ראה: תפ"ח (ת"א) 517/91 מ"י נ' בן־עזרא, בו הורשע האיש הלא נכון מתוך הסתמכות על הודאתו, וכן תפ"ח (ת"א) 284/92 מ"י נ' בן־ארי. פסק־הדין הסתיים בהרשעת הנאשם והוגש עליה ערעור שטרם הוכרע.

nevo.co.il

אלה (או ראיות אחרות) היו מגיעות לידיעת הצדדים לאחר גמר המשפט – מתוך הנחה שהוא לא הוצא להורג. האם היו פותחים בהליך שהיה מוביל למשפט חוזר, על כל הסיבוכים, כולל הוצאות, העדר עדים, ומבוכה, או האם היו מעדיפים להשתמש במסגרת של חנינה? ברור שלא היתה זו החלטה קלה, וייתכן שהיו נזקקים למנות לפחות ועדה לבחון את הנושא.

11. את חוסר הרצון להשתמש בחנינה, שבה מודיעים קבל עם ועדה על טעות – כפי שהסביר השופט אגרנט – ניתן להבין מן הטיפול בפרשת נאפסו[38], אותו קצין צה"ל שהורשע ונדון ל־18 שנים בשל עבירות בטחוניות; משהתברר כי החקירה שלו התנהלה שלא כשרה, התגבשו כל אותם נתונים אשר יצדיקו חנינה מלווה בהודעה המבוקשת האמורה, או לחילופין, משפט חוזר. אולם הגורמים המוסמכים העדיפו תהליך אחר, שיש ספק רב באשר לכשרותו כפי שטוען ש.ז. פלר: דיון בערעור על־פי סעיף חדש שהתיר ערעור מבית־דין צבאי לבית־המשפט העליון, ברשות, בשאלות משפטיות שיש בהן "חשיבות, קשיות או חידוש"(כאשר אין הגבלה של זמן, כנראה בשל שגגה בעת חקיקת הסעיף)[39]. במהלך הדיון הזה, על־פי עיסקת טיעון, נקבע חפותו בכל הסעיפים שבהם הורשע, למעט אחד – ובגינו הוטל עליו עונש, שלפי מנין הימים איפשר לו להשתחרר בו ביום. הערעור שהתקיים כשבע שנים לאחר הרשעתו, התאפשר רק במסגרת של השינוי בחוק, אולם לא היתה הכוונה לבירור העובדות מחדש[40] וכמו כן לא לבירור לאחר תקופה כה ארוכה.

אם גישתו של פלר נכונה היא (וכך אכן נראה) היו אז רק שתי אפשרויות תקינות לתקן את העיוות: משפט חוזר, על כל המשתמע מכך מבחינת חשיפת דרכי פעולה של שירות הבטחון וחריגיה ומחדליה (אם לא תיעשה עסקת טיעון, דבר שפלר פוסל מכל וכל, שהרי הנאשם במשפט חוזר עדיין, כנראה, בחזקת מורשע מן המשפט הראשון); יתכן שהנאשם עצמו היה מעדיף משפט חוזר, ויתכן כי דרך זו היתה רצויה, אולם בודאי שהיו גם שיקולים כבדי ערך להימנע מכך – ואז תיקון המעוות היה מתאפשר רק באפשרות השניה, במסגרת של חנינה.

באשר לפרשה עצמו טוען פלר, כי:

> "ניתוח פסק־הדין של בית־המשפט העליון בעניין נאפסו מוביל למסקנה הברורה והפשוטה כי בסיס פסק הדין הוא ההסכם שבין הצדדים לגבי מסכת העובדות המתיחסות למעשים בהם הואשם נאפסו...לאמיתו של דבר פסק הדין אינו אלא של ההסכם בין הפרקליט הצבאי הראשי בעצה אחת עם יועץ המשפטי של הממשלה, לבין המערער ופרקליטין, המאושר על־ידי בית המשפט, ללא כל תשתית עצמאית. ההסכם עצמו נערך עקב דביקה של שירותי הבטחון הכללי ושל הפרקליט הצבאי עצמו, מחוץ לכתלי מערכת השיפוט, והם הם אלה

38. ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 631.
39. חוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955 (תיקון מס' 17), ס"ח 1183.
40. ש"ז פלר "פיקוח בית המשפט העליון על הלכות מערכת השיפוט הצבאי: פסק הדין בענין נאפסו – הראשון מסוגו, האם גם תקדים במהותו"? משפטים יז (תשמ"ז–ח) 53. פלר כותב: "החוק רצה להגביל את הפיקוח של בית־משפט העליון על פסיקת בתי הדין הצבאיים, רק מבחינת עיגונה בדין, ולא גם בעובדות" (ע' 55); ובהמשך: "אין כל סמכות לבית־משפט זה להרחיק את ד' אמותיו של מושא הערעור לשאלה שענינה בעובדות" (ע' 56).

nevo.co.il

שהגיעו – ולא בית המשפט – למסקנה כי העובדות הן שונות מאלה עליהן בתי דין צבאיים השתיתו את פסקי הדין שלהם בעניין"[40א].

להסכם זה ניתן אישור של בית־המשפט העליון – ועל כך מותח פלר ביקורת חריפה, ודומני כי בצדק. במצב כזה סבורני שראוי כי ההסכם יובא לא בפני הרשות השופטת לאישורה, כצעד סביל (פסיבי) וללא אפשרות לבחון את הדברים (שכעת עומדים בניגוד לקביעה הראשונית של רשות השופטת, אם כי במסגרת צבאית), אלא לפני רשות חוננת אשר מסוגלת עוד לערוך בדיקה מעמיקה ועצמאית של הפרשה כולה בטרם מתן אישורה – וכל זאת בלי לערב את בית־המשפט במצב מסובך ומביך, ובלי לפגוע בסמכותו או מעמדו של בית המשפט. מדובר, אם תרצו בדוגמא של "הפרדה אקוסטית" שעליו דיבר מאיר דן־כהן[41].

12. יוצא מכך כי בכל שנות המדינה לא התערב הדרג שאחראי על חנינה, באופן מפורש ומוצהר, בעניין חמור, ב־ cause celebre, על מנת לתקן טעות, אותה המטרה אשר, אליבא דשופט אגרנט, הינה המטרה העיקרית של החנינה. לא זאת, אף זאת. השופט אגרנט ממשיך וטוען כי לא קיימת מערכת מושלמת, שאין בה טעויות שעלולות להתגלות עם הזמן, ואז אין דרך לתקן את המעוות אלא זו של חנינה. ההסתברות שבמשך כל שנות קיום המדינה לא נפלה טעות הינה מזערית ביותר. ניתן להתנחם בכך שהיו מקרים – כפי שהוזכר – שחנינה אכן ניתנה, אך בלי הודאה בטעות, או דרכים אחרות הופעלו כדי לתקן את המצב. אולם, אפילו אם ניקח בחשבון מקרים בודדים אלה ואפילו אם נתיחס רק לעבירות חמורות, עדיין נראה כי המספרים קטנים מדי – על־פי כל מה שידוע ממדינות אחרות, ובמיוחד מחקרים וועדות ממלכתיות בארצות־הברית ובבריטניה; על־פי ההגיון הפשוט וההבנה של הסתברות סטטיסטית, על־פי מספר מקרים ידועים שטרם הגיעו אל פתרונם; ועל פי הפסיקה הישראלית עצמה, בה קבע בית־המשפט במספר הזדמנויות, כי יש להשלים עם העובדה שהאמת המשפטית איננה זהה – ואיננה יכולה להיות זהה – עם האמת ההיסטורית או האמפירית או העובדתית[42].

עלינו לבחון את ההיבטים הללו, ובמיוחד מימצאים ומסקנות מדאיגים ביותר מועדות ממלכתיות מבריטניה על כשלון כוללני של המערכת המשפטית[43]; נתונים מדהימים מארצות־הברית על טעויות על פני שנים רבות שנאספו במחקרים יסודיים,

40א. בע' 61.

41. Meir Dan-Cohen "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 **Harvard Law Review** (1984) 625-677.

42. בהמשך יבוא דיון לגבי המצב באנגליה ובארצות־הברית, וכן לגבי הפסיקה הישראלית, במיוחד מפיו של המשנה לנשיא בדימוס, השופט אלון. באשר למקרים ישראליים שטרם הגיעו לפתרונם, אין לדעת את מספרם, שהרי רק חלקם (כעשרה) הגיע לידיעת הציבור באמצעות התקשורת. כדוגמאות לכך ראה ע' נבו "רוצח ילדים", 7 ימים, ידיעות אחרונות (22.10.93, ע' 6); י' גבירץ "מי רצח את דפנה?" 7 ימים, ידיעות אחרונות (4.2.94).

43. ראה Runciman **Royal Commission on Criminal Justice** Cm 2263 (July, 1993). לאחרונה יש גם ספר על המצב בהולנד, שגם עורר הרבה סימני שאלה באשר לטעויות במשפט. בהולנד הספר נושא את השם **Dubieuze Zaken** שמשמעותו "מקרים מפוקפקים". הספר תורגם לאנגלית לפי השם **Anchored Narratives: The Psychology of Criminal Evidence** פרי עטם של שלושה מלומדים הולנדיים. סקירה על הספר תפורסם בקרוב ע"י John Spencer בכתב העת **Criminal Law Review**.

nevo.co.il

חלקם לגבי עבירות חמורות, כולל ביצוע של הוצאה להורג[44]; תיאוריות משפטיות ופסיקה (במיוחד של השופט אלון) מישראל[45], ופעולות ציבוריות והתנדבויות שמתקיימות בכל אחת מן המדינות שהוזכרו. המדינות האלה פועלות על־פי עקרונות יסוד דומים, הנובעים מן הייחודיות של השיטה האדוורסרית כדרך הטובה ביותר לגלות את האמת[46], מושפעים מרעיונות חוקתיים של שלטון החוק, מרות המשפט[47], הליך תקין וזכויות של נאשמים, ומעוגנים בערכי דמוקרטיה שבה נכללת הבטחה של עצמאות שופטים. ההבדל היחידי ביניהן, מבחינת ניהול משפט פלילי, הינו בהעדרו של חבר מושבעים בישראל, בניגוד למצב בשתי המדינות האחרות.

אין ספק שיש בגורם אחרון זה כדי להשפיע על ניהול המשפט ומן הראוי לתת משקל מסויים לנתון זה, אולם אין בו למחוק את המשמעות של המשותף לשלוש המדינות[48]. מכל מקום, אין לבחון את החומר המחקרי, התיאורטי והחקירתי שהתפרסמו בעשרים שנים האחרונות בבריטניה ובארצות־הברית מבלי להכיר בכך שהשיטה המונהגת במערכת הפלילית התגלתה כלקויה ובמדינות הללו נמצאת במשבר עמוק, שמתבטא בעיקר בחוסר יכולת להבטיח כי האמת לאמיתה נחשפת במהלך דיון פלילי. השאלה איננה אם קיימות טעויות, אלא מה כמותן, כיצד להפחית את מספרן, ומה לעשות כאשר הן מתגלות.

13. בבריטניה הצטברו כל כך הרבה מקרים של חששות ואף הוכחות של טעויות משפטיות, במיוחד במשפטים נגד אנשי המחתרת האירית (אשר אגב מתנהלים ללא חבר המושבעים) עד כי, בנוסף לשיחרורם ממאסר של קבוצות שונות שנשאו שמות של מקום האירוע ומספר הנאשמים (למשל הארבע מגילפורד – Guildford 4 או השישה מבירמינגהם – Birmingham 6), מונתה גם ועדה ממלכתית לחקור את השיטה כולה[49]. אין ספק, כי המערכת הפלילית האנגלית ניזוקה קשות, מה עוד שהתברר כי גם במשפטים אחרים, שאינם קשורים לפעולות המחתרת, נפלו טעויות וקרו דברים חמורים. הספיחים של אותה פרשה – או ליתר דיוק, פרשיות – הגיעו לתופעות כגון דרישה של קבוצה גדולה של חברי פרלמנט להדיח את השופט הראשי, – Lord Lane. ארעו תופעות כגון פרישתו המוקדמת מכס המשפט, פירוקה של יחידה משטרתית נבחרת שנחשבה כאחראית לחלק מן החריגים, הגברת הפעילות של ארגונים המתמחים במאבקים על עשיית צדק במערכת המשפטית ומבצעים לתיקון טעות (בעיקר גוסטיס

44. לסקירה כללית ראה רשימתו של א' רטנר "הרשעות שלא בצדק – טעויות במערכת המשפט" פלילים ג (תשנ"ב) 262.
45. ראה גרוס, לעיל הערה 26.
46. לדיון ביקורתי על השיטה האדוורסרית, ראה מ' קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז (תשמ"ז–ח) 392.
47. להגדרה של המינוח – "מרות המשפט" – ראה מאמרי "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט': הרהורים וערעורים על מושגי־יסוד" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 559.
48. ניתן לציין כי חלק לפחות מן הפרוצדורה הפלילית אשר מופעלת בשיטת האדוורסרית של המשפט המקובל, קשור לכללים הנובעים מן הצרכים של שיטה בה חבר מושבעים. אומנם נעשו שינויים בשיטה הישראלית אשר התאפשרה כתוצאה של העדר חבר מושבעים ושימוש בשופטים מקצועיים, אולם ההשפעה של כל אותם כללים של המשפט המקובל עדיין מורגשת.
49. דו"ח רונסימן משתרעת על פני יותר ממאה עמודים ונכללות בו יותר משלוש מאות המלצות.

nevo.co.il

Justice – וליברטי – Liberty), ושפע של ספרים ומאמרים המתעדים את מלוא המשבר והמבוכה שאליהם נקלעה המערכת המשפטית בבריטניה[50].

ביולי 1993 הוגש הדו"ח של ועדת רונסימן הממלכתי לחקר המערכת הפלילית (Runciman Royal Commission on Criminal Justice). ועדה זאת, שבהרכבה היו ממיטב השופטים והמשפטנים באנגליה, ערכה חקירה מעמיקה לגבי השיטה כולה, כולל עיון השוואתי עם שיטות אחרות, חלקה גם מתוך התיחסות מסויימת לגבי השיטה האינקוויזיטורית, וכן בחינה של תפקידו של חבר המושבעים. כך, לגבי השיטה האינקויזיטורית, היא קבעה שאין לאמצה, אלא רק במקצת, וזאת רק לגבי תחום מוגדר של גביית הראיות – עדות פורנסית[51]:

> "In some instances, such as our approach to forensic science evidence our recommendations can fairly be interpreted as seeking to move the system in an inquisitorial direction,or at least as seeking to minimize the danger of adversarial practices being carried too far".

הועדה גם עמדה על המגרעות של שימוש בחבר המושבעים, בקובעה כי:

> "we do recognize the force of the criticisms which can be directed at a thoroughgoing adversial system which seems to turn a search for truth into a contest played between opposing lawyers according to a set of rules which the jury does not necessarily accept or even understand".

בתמציתיות מתארת הועדה את הרקע לעצם המינוי והשפעת הגילויים הללו על הציבור[52]:

> "The widely publicised miscarriages of justice which have occurred in recent years have created a need to restore public confidence in the criminal justice system. That need has not diminished since we were appointed. In addition to the terrorist cases, where the convictions were quashed in 1990 and 1991, there have been since our appointment a fourth such case (Judith Ward) where the conviction was quashed in 1992. There has also been a number of cases not

50. הארגון "Justice" מורכב בעיקר ממשפטנים ועוסק במכלול הבעיות של זכויות האדם, בעוד שהארגון "Liberty" מתמקד בטיפול בטענות של אסירים שהם חפים מפשע, ומטפל מדי שנה במאות תיקים.

51. Supra note 43, at p. 3. הועדה עוררה ענין רב באנגליה והיו הרבה מאמרים שהתפרסמו בעתונות הכללית. בין התגובות האקדמאיות הראשונות היו שני מאמרים מאוד ביקורתיים שהופיעו ב־ The Modern Law Review Vol. 57 (1994). See S. Greer "Miscarriages of Criminal Justice Reconsidered" (pp. 58-74); and L. Bridges & M. McLonville "Keeping Faith With Their Own Convictions: The Royal Commission on Criminal Justice" (pp. 75-90). רנסימן עצמו תרם רשימה על התרשמותו, כלא־משפטן, מן החומר שנבדק במהלך עבודת הועדה: "An Outsider's View of the Criminal Justice System" (pp. 1-9).

52. Ibid, at p. 6.

connected with terrorism, the most notable examples being those of the Broadwater Farm Three, Stephen Kiszko, and the Cardiff Three".

הועדה גם ציינה את העובדה, כי לאחרונה היו מספר ערעורים שהתקבלו, ובהם מקור הראיות היה בשתי יחידות ששיטות החקירה שלהן היו ידועות כחורגות מן המותר. נכון שבמקרים האלה, הצליחה המערכת לתקן את עצמה על־פי הליך רגיל, ללא הזדקקות לחנינה, אולם אין לשכוח כי יחידות אלה פעלו במשך שנים רבות ללא עוררין, עד שהמאבקים הציבוריים למען תיקוני עיוותים עוררו את דעת הקהל, וכתוצאה מכך גרמו לרגישות יתרה גם בתוך המערכת השיפוטית עצמה.

אין לשכוח כי לגבי אחד המקרים הראשונים במסכת הגילויים, הובא הענין למשפט חוזר בפני בית־משפט לערעורים פליליים (המדובר ב־Birmingham 6) וזה, לאחר בירור יסודי על רקע הדאגה הציבורית, חזר והרשיע את הנאשמים – ועברה שנה נוספת עד שהמשך המאבק הביא למשפט נוסף, שבו זוכו. במשפט החוזר הראשון ישב בדין השופט הראשי, לורד ליין (Lord Lane), וחוות־דעתו בפסק־דין זה (הן עצם ההחלטה והן הביטויים שבהם השתמש) גרמה בסופו של דבר לדרישה לפטרו, וכנראה לפרישתו המוקדמת.

בפרק האחרון של הדו"ח, מתיחסת הועדה, באופן ספציפי, לסוגייה של תיקונים של עיוותי הצדק ("correction of miscarriages of justice")[53]. הדו"ח מתאר את הדרכים השונות שלפיה ניתן לנסות לבחון טעויות אפשרויות ולתקנן לאחר גמר ההליך הרגיל. דרך אחת הינה במסגרת של משפט חוזר לאחר פניה לבית־המשפט לערעורים על ידי שר הפנים (האחראי על נושאים משפטיים, בהעדר תפקיד מוגדר של שר המשפטים בממשלה), או לחלופין, להמלצה של אותו השר למלכה להעניק חנינה "חופשית" (free pardon), שמשמעותה כי האדם חף מפשע, וכי שיחרורו איננו ביטוי לחסד או רחמים, אלא הודאה בטעות. יש הטוענים שעדיף ללכת בדרך הראשונה, של שילוב בית־המשפט בתיקון הטעות, אולם יש מצבים שהבאת הראיות בפעם נוספת בפני בית־המשפט איננה אפשרית או רצויה. איננה אפשרית – למשל כאשר עד מרכזי איננו בחיים, עד אשר, נניח, הודה באשמתו בצוואה או מכתב שהשאיר אחרי מותו, ומתלווה לאותו חומר בכתב גם חומר חפצי אשר איננו משאיר כל ספק באשר לאמיתת דבריו; איננה רצויה – כאשר מדובר במשפט שבפעם הראשונה הושקע בו משאבים רבים, של כסף וזמן, וניהול משפט מחדש יהיה כרוך בהשקעה דומה.

השימוש בשתי השיטות הללו הינה די נדירה, אם כי הדו"ח מציין[54] כי:

"From 1981 to the end of 1988, 36 cases involving 48 appellants were referred to the Court of Appeal as a result of the doubts raised about the safety of the convictions concerned. This represents an average of between 4 and 5 cases a year. In the years 1989-1992, 28 cases involving 49 appellants have been referred, including a number of cases stemming from the terrorist incidents of the early 1970s and inquiries into the activities of the West Midlands serious crimes

53. **Ibid**, at ch. 11: "Correction of Miscarriages of Justice", pp. 180-187.

54. **Ibid**, at p. 181.

nevo.co.il

squad. We were told by the Home Office that it receives between 700 and 800 cases a year which are no longer before the courts and where it is claimed that there has been a wrongful conviction".

ברור מן הנתונים – וכן מן ההערות של הועדה עצמה – כי משרד הפנים איננו שש להגיש בקשה לערעור נוסף, ומקפיד לבדוק את הפניות אליו בעצמו, ולכן רק מקרים מעטים עוברים את הסינון, אם כי מסתמנת עליה בשנים האחרונות במקרים שהוגשו לבית־המשפט. כמובן, עצם הבירור מחדש איננו ערובה לגילוי האמת וייתכנו מקרים של טעות משני הסוגים – של שיקול לחומרא ושל שיקול לקולא. לא רק זאת, אלא ברור כי משרד הפנים איננו מגלה כל יוזמה בסוגייה זאת (למשל מינוי צוות חקירה חדש), וטיפולו מצטמצם אך ורק לבדיקת החומר שהוגש לו על־ידי אותם האנשים או גופים שניהלו את המאבק למען הנדון. הדברים הללו נמסרו בנימה ביקורתית קמעה על־ידי הועדה, אם כי באיפוק רב. מכל מקום, על רקע הנתונים הללו, והניתוח של הועדה עצמה, היא הגיעה למסקנה שמן הראוי להקים גוף עצמאי – מנותק מן המערכת השיפוטית ומן המשרדים הממשלתיים כאחד – אשר תפקידו לבדוק כל מקרה ומקרה עד תום. וזו המלצתה המפורשת של הועדה[55]:

"We recommend therefore that the Home Secretary's power to refer cases to the Court of Appeal... should be removed and that a new body should be set up to consider all eged miscarriages of justice, to supervise their investigation if further inquiries are needed, and to refer appropriate cases to the Court of Appeal. We suggest that this body might be known as the Criminal Cases Review Authority...

.

.

.

"We recommend that the role of the Authority should be to consider allegations put to it that a miscarriage of justice may have occurred".

הועדה מדגישה את הצורך שהרשות הזו תהיה עצמאית, דהיינו שהיושב ראש שלה יהיה בעל מעמד בכיר (אולי דומה לזה של שופט או מבקר המדינה), ושחבריה יהיו גם משפטנים וגם הדיוטות. לרשות ממלכתית זאת תהיה הסמכות להורות למשטרה לחקור, תחת השגחתה, ואם וכאשר היא תגיעה למסקנה שנעשתה עיוות או נפלה טעות (Miscarriage of justice), היא תפנה אז לבית־המשפט לערעורים בבקשה לקיים דיון מסודר מחדש. במקרה שהיא תחליט שאין מקום לפעולה, היא תמסור תשובה מנומקת לאותו האדם או הגוף שהגיש את הבקשה לחקור בענין.

הועדה מציעה כי, במידה שיש חשש לעיוות דין, יש להעדיף פניות לערכאות ולמעט בשימוש בחנינה, מתוך תחושה כי עבודת הרשות והפניה לבתי־משפט, די בהן כדי להבטיח ברוב המקרים כי העיוות תתוקן. אם זאת, ערה הועדה לעובדה כי, גם אם תופעל השיטה המוצעת (ויש לזכור שההמלצות בענין הזה טרם יושמו), עדיין ייתכנו מקרים מסויימים שלגביהם הפתרון היחיד או העדיף יהיה במסגרת של חנינה. עמדתה של הועדה בנושא הזה הינה כדלקמן[56]:

55. Ibid, at p. 182.
56. Ibid, at p. 184.

nevo.co.il

"...it will seldom if ever be necessary or desirable to exercise the Royal Prerogative in cases where it is concluded that a miscarriage of justice may have taken place. To do so would be to override the decisions of the courts, whose function it properly is to determine such cases. Nevertheless we do not entirely rule out the need in the very exceptional case for the Authority to refer the results of its consideration and investigation to the Home Secretary to consider the exercise of the Royal Prerogative. This should only be where the Courtof Appeal is unlikely to be able to consider the case under the existing rules".

הועדה סבורה כי המקרים היחידים שיצדיקו פניה כזאת – לפי הנוהל החדש המוצע עם פעולה של הרשות – יהיו כאשר ראיות, אשר הוגשו בפני הרשות ומצביעות על חפותו של הנידון, תיחשבנה כבלתי קבילות.

במישור המעשי, הועדה לקחה בחשבון כי יתכן שלפחות חלק מחברי הרשות יעבדו במשרה מלאה, כאשר לפי האומדן, צפוי זרם של פניות בסדר גודל של יותר משבע מאות פניות לשנה, כמספר הבקשות המוגשות מדי שנה למשרד הפנים. הועדה בדעה כי יש לאפשר למבקשים להופיע בפני הרשות, דבר שנבצר מהם כעת בטיפול של משרד הפנים, וכן להתיר ייצוג על־ידי עורך־דין, ואף הוצע להעניק סעד משפטי, במקרה הצורך.

עבודתה של ועדת רונסימן נעשתה ביסודיות, ובניסוח של הדברים מורגשת הקפדה על לשון מאופקת ונגיעה רק בעיקר – ולכן מלוא המחדל של המערכת רק נרמז ולא פורט. מימדיו וחומרתו של המחדל, אטימותם ושאננותם של הגורמים הרשמיים, מוצאים את ביטוים בהערות פולמוסיות בכתבי־עת, ספרים ובעתונות, והמדובר בשלל של פירסומי קיטרוג על המצב העגום והמביך שהצטייר.

יהושוע רוזנברג (Joshua Rozenberg), משפטן ופרשן־עתונאי[57], מתאר מקצת מן הדרך בה ניסו השלטונות להתעלם או להתחמק מדרישות נמרצות לבדיקה משפטית מחודשת לגבי מספר מקרים ידועים שקשורים בהם אנשי המחתרת האירים. ואלה דבריו – בשפה פשוטה ועניינית[58]:

"Anyone who still has any illusions about the ability of the criminal justice system to rectify miscarriages of justice should look up a statement made by the then Home Secretary Douglas Hurd in the House of Commons on 20 January 1987. In it he announced his conclusions on three cases which had recently been reviewed by his department.

Mr. Hurd began with the case of the Maguire family.There was no new evidence, he said, which cast doubt on the safety of their convictions for handling explosives. He could see no grounds for referring the Maguire's case to the Court of Appeal.

57. J. Rozenberg "Miscarriages of Justice" in E. Stockdale & S. Casale (eds.) **Criminal Justice Under Stress** (London, 1992), 91.

58. **Ibid,** at p. 91.

On 26 June 1991 the Court of Appeal quashed their convictions.
Mr. Hurd turned finally to the case of the Birmingham Six. He was satisfied that there was new evidence to justify referring their murder convictions to the Court of Appeal. But on 28 January 1988 the Court of Appeal decided not to allow their appeals. On 19 October 1989 the Court of Appeal quashed their convictions. Mr. Hurd then dealt with the Guildford pub bombings. Again, there were no new points of substance. Again Mr. Hurd could find no grounds to justify referring the case of the Guildford Four to the Court of Appeal.
On 14 March 1991 the Court of Appeal changed its mind and quashed their convictions"

14. כמובן, היום אפשר עוד לטעון שהמערכת בכל זאת תיקנה את הטעות וכל אלה, במקרים שהוזכרו, שוחררו בסופו של דבר. אולם המצב הרבה יותר מורכב. ראשית, בחלק מן המקרים לא היה משפט חוזר על־פי המתכונת הטהורה. הנאשמים אכן הובאו למשפט בפעם שניה (ובמקרה אחד, בפעם שלישית), אולם ברוב המקרים לא התנהל משפט של ממש, אלא בית־המשפט התבקש לאשר הסכם בין הצדדים, לפיו לא תגיש הפרקליטות חומר מרשיע לבית־המשפט, אשר נבצר ממנו לבדוק את החומר בעצמו. לכן מה שהתרחש היה דומה לבירור מוסכם אשר נעשה במקרה של נאפסו, ולא משפט מושלם, כפי שהיה במקרה של סלומון אבו (אשר, כזכור גם הורשע בפעם השניה).

באותם המקרים שבית־המשפט רק אישר את כוונת הפרקליטות, אזי ההחלטה – לשנות את ההרשעה שנקבע על־ידי הליך רגיל של מערכת השיפוטית – הינה לאמיתו של דבר, החלטה של חנינה. ובעצם, כאשר אין הסכמה קודמת כזאת, בית־המשפט עלול לחזור על טעותו, כפי שאכן קרה במשפטם של השישה מבירמינגהם. הרי, כפי שכבר צויין, השר הממונה הודיע שבניגוד למקרים אחרים, היו הוא ובעלי תפקידים בכירים במשרדו סבורים שנפלה טעות במקרה הזה, אולם כאשר נעשה משפט חוזר, ללא עיסקת טיעון, חזר בית־המשפט והרשיע את ששת הנאשמים. רק כעבור שנה נוספת, בגילגול נוסף בפני ערכאת הערעור, הגיע בית המשפט למסקנה שיש לזכותם.

יש להטעים שגם כאן לא הכל התנהל בנקל, כי על אף הודעות של הפרקליטות שאין היא רוצה בהרשעה בפעם הזו, וכי לא תגיש חומר ראיות פורנסיות שהוכח כבלתי אמין, דרש בית־המשפט לערוך את המשפט במלואו ואז ביסס את הזיכוי על נושא שולי, מתוך אימוץ חומר ראיות שהפרקליטות הסתייגה ממנה, ושהיה בו להשאיר כתם מסויים על הנאשמים[59]. כאן נראה שהיה עדיף להעניק חנינה, מאשר לערב את בית המשפט באופן כה אומלל בתהליך של תיקון הטעות וטיהור הנאשמים (שאחד מהם, אגב, כבר לא היה בחיים). רצוי לציין כי בפרשה זו – בגילגולה השני, שבו אושרה

59. רוזנברג כותב את השתלשלות הענינים כדלקמן:
"...most disturbing of all, the third vehicle of the criminal justice system to fail the Birmingham Six was the appeal system itself - the three judges who dismissed their appeal in 1988.
Why did the Court of Appeal remain convinced in 1988 that the jury's verdict was correct?... their devotion to the jury system made them rely too heavily on the original verdict. And a jury is only as good as the evidence it is given.

nevo.co.il

ההרשעה – השופט הראשי, לורד ליין, קבע באופן פסקני שלא היתה טעות, וזאת כשנה לפני הזיכוי הסופי. וכך סיים הלורד ליין את חוות־דעתו, בנימה לא מבוטלת של רוגז על ביזבוז הזמן[60]:

"...the longer this hearing has gone on, the more convinced this court has become that the verdict of the jury was correct. We have no doubt that these convictions were both safe and satisfactory".

למרבה המזל, אנשי הפרקליטות ומשרד הפנים לא השתכנעו והתמידו בבדיקתם, עד שכאמור הושג בסופו של דבר הזיכוי.

ובכן, יש להדגיש שלמרות שבחלק מן המקרים נראה למראית עין שהיה זה בית־המשפט, בתהליך פורמלי ומוכר של משפט חוזר, אשר תיקן את טעותו, האמת היא כי הזיכוי מובטח רק בזכות פעולות אדמיניסטרטיביות, ולא שיפוטיות – ומבחינה זאת ניתן היה לסיים את הפרשה בפחות סיבוכים על־ידי מתן חנינה.

הבעיתיות המיוחדת של השלב שלאחר ההרשעה ודחית הערעור, נבחן על־ידי מיכאל מנספילד וניכולס טיילור (Michael Mansfield and Nicholas Taylor), אחד משפטן והשני קרימינולוג. בספר שכולו מוקדש לנושא של טעויות במערכת הפלילית, הם פותחים את תרומתם בפרק על השלב הבתר־שיפוטי בזו הלשון[61]:

"The English post-appeal system, designed as a judicial 'safety net' to prevent or root out miscarriages of justice, has been an abject failure in recent years. Indeed, such have been the quantity and scale of recent mistakes that the post-appeal system itself could be regarded as the ultimate miscarriage of justice".

המחברים טוענים, כי העומס הרובץ על משרד הפנים כבד מדי וכי אין סיכוי גדול שפניה מנומקת תזכה לטיפול נאות ומזורז. בחלק ניכר מן המקרים שבהם, בסופו של דבר, הוחלט על משפט חוזר או חנינה, היה צורך במבצע ציבורית, כולל מאמרים בעתונות והחתמה של אנשי ציבור. עוד בשנת 1982 קבעה ועדה פרלמנטרית כי[62]:

"in practise the (Home Office) decision to act may depend on the

This view... received support from the Bar Council's evidence to the Royal Commission on Criminal Justice... Speaking with remarkable frankness, the submission said that **for the past 25 years** (my emphasis - L.S.), it had been the general belief of the Criminal Bar that the Court of Appeal... had been 'insufficiently disposed' to allow appeals against conviction on their legal merits. 'The accusation of 'intellectual dishonesty' is frequently and seriously made by members of the Bar', it said" (p. 107).

60. רוזנברג מצטט את ההערה הזאת, בקובעו כי מדובר ב־ "remarks which were to become notorious".

61. M. Mansfield & N. Taylor "Post-Conviction Procedures" in C. Walker & K. Starmer **Justice in Error** (London, 1993) 163.

62. **Ibid,** at p. 166:

"Enlisting the assistance of public figures may be the prisoner's most potent weapon. For example, there was an inevitability about the release of the **Guildford Four** when, by late 1988, they had the endorsement of such worthies as Cardinal Basil Hume, Archbishop Runcie, two former Home Secretaries (Roy Jenkins and Merlyn

nevo.co.il

amount of pressure that is brought to bear on the Home Secretary by people of influence".

בסוף כל פרק בספר זה יש הערות של העורכים, ובפרק הנדון הם טוענים כי[63]:

"It takes a society which is confident in its own values and is open in its style of government to admit that mistakes may have been made during the criminal justice process".

ברור, כי בעשור של שנות השמונים נחשפה המערכת הפלילית של בית־המשפט באנגליה לביקורת קשה וכי חל כירסום רציני במעמדה של מערכת המשפטית באנגליה – וזאת לא רק בשל הטעויות שנתגלו, אלא עוד יותר, בשל נסיונות שווא להתכחש, כפי שהובא בציטוט על דברי הסרק וההרגעה של שר הפנים, וכן בכשלון הצורב של המערכת הפלילית לעשות את התיקון שהתבקש במקרה של השישה מבירמינגהם עוד בפעם הראשונה שהענין הובא כמשפט חוזר בפני בית־המשפט לערעורים פליליים.

פגמים כאלה אינם נחלת האנגלים בלבד. בעשרים השנים האחרונות היו מקרים של עיוותים שנתגלו, ובמקצת תוקנו, גם בקנדה, אוסטרליה, אירלנד וכן ארצות אחרות של שיטת המשפט המקובל[64], שבהן מופעלת, כמו בישראל, השיטה האדוורסרית מבחינת ניהול המשפט – אולם דומני כי המדינה שבה המצב חמור במיוחד הינה ארצות־הברית – וייתכן כי הסיבה לכך איננה כל כך שהמערכת שם כשלה יותר, אלא שנעשו מחקרים ותחקירים רבים ונמרצים יותר מאשר במדינות אחרות.

אחת הסיבות להתענינות רבה זו בטעויות כרוך קשר הדוק עם השימוש הרב שם בעונש מוות. חלק חשוב במאבק נגד עונש מוות מתמקד בשאלה של טעות משפטית אפשרית ללא תקנה. כך שבארצות־הברית המאבק איננו רק לגבי אדם מסויים שלמען הוכחות חפותו ושיחרורו נאבקים, אלא גם נסיון לתעד מקרים מן העבר, על מנת שגודל הבעיה יובן. לאור התמיכה הרבה בארצות־הברית בעד עונש מוות מתריעים המתנגדים על האפשרות של טעות – ולכן החשיבות להוכיח שבעבר היו מקרים של הוצאה להורג של אדם אשר לגביו הוכח בדיעבד שהוא חף מפשע; ואכן היו כאלה מקרים.

כך, למשל, באנגליה חל שינוי בגישה לעונש מוות רק לאחר שהצטברו מקרים בהם התגלו טעויות לאחר שהנדונים הוצא להורג. המקרה הידוע ביותר הינו פרשת קריסטי־אוונס (ChristieEvans)[65], שבו אוונס הורשע בגין רצח, בין השאר על סמך

Rees) and two former Law Lords (Lords Devlin and Scarman)... As well as public figures, journalistic interest can also prove productive".

63. **Ibid,** at p. 175:
"It seems that the fundamental role of the Court of Appeal will have to be reappraised. Rather like the Home Secretary, the Court has over-concerned itself with the integrity of the system and with procedural observances; whether the right result has been achieved seems to be given a lower priority".

64. לגבי צפון אירלנד, ראה:
D. Walsh "Miscarriages of Justice in the Republic of Ireland" in Walker and Starmer, **supra** note 61.

65. החנינה לאוונס (**Evans**) ניתנה רק ב־1966, והיא היתה "free pardon", שפירושו, מחיקת האשמה והסרת הכתם של רוצח. חנינה זאת ניתנה 16 שנים לאחר שאוונס הוצא להורג. יצויין כי חילוקי דעות בפרשה זו נשארו בעינן.

nevo.co.il

עדותו של קריסטי, אך כעבור מספר שנים הובא גם זה האחרון לדין והורשע אף הוא בגין רצח, שבוצע בנסיבות אשר הצביעו על אפשרות סבירה ביותר שהוא ביצע גם את הרצח שקריסטי הורשע בו. הענין עורר סערת רוחות, אולם עברו 16 שנים עד שאוונס זכה בחנינה מלאה בדיעבד ולאחר מותו (posthumously). מן הראוי גם לציין שאחת הסיבות להקמת בית־משפט לערעורים בנושאים פליליים ב־1907 היתה טעות משפטית שנבעה מדמיון מדהים בין הרוצח לבין אדם שהורשע והוצא להורג[66]. האמת היא, כאמור, שכלל לא ברור שאילו היה קיים אז בית־משפט לערעורים היתה נמנעת הטעות, שהרי בערעור אין השופטים מסוגלים לעמוד על טעויות כאלה, שכה קשורות למהימנותו של העד.

15. באשר לארצות־הברית החומר מתחלק לשלושה סוגים:

(א) תיעוד מקיף של כל אותם המקרים, במאה זו, בהם הוטל על נאשמים עונש מוות, ואשר חלקם אף הוצא להורג והספק לגבי צידקת הרשעתם בולט לעיין. החוקרים העיקריים בסוגייה זו,מיכאל רדלט ויוגו בדאו (Michael Radelet and Hugo Bedau) הציגו 400 (!) מקרים מסוג זה[67] שלגביהם התברר בדיעבד שכמעט בטוח שהם חפים מפשע.

(ב) מאבקים למען שיחרורם של אסירים שיש ספק רב לגבי אשמתם, או אף הוכחות ברורות ביותר שאינם אשמים. לפני עשרות שנים התארגנה קבוצת אנשים, רובם מומחים בדימוס בתחומים שונים של המשפט, קרימינולוגיה ומדע פורנסי, בהנהגתו של תובע מחוזי לשעבר שהיה ידוע יותר כמחבריו של בלשים – הוא ארל סטנלי גרדנר (Erle Stanley Gardiner).[68] מומחים אלה הקדישו את זמנם הפנוי וניצלו את נסיונם וממומחיותם למען בדיקה של נידונים לתקופות מאסר ארוכות שטענו לחפותם. בדיקה יסודית איפשרה להם להצביע על טעויות ולהוכיח חפותם של נידונים ובחלק ניכר של המקרים להשיג שיחרור, לרוב ללא משפט חוזר, ולפעמים אף מלווה בפיצוי על הזמן שהם שהו בבית הסוהר.

(ג) מחקרים שבוצעו לגבי מקרים פחות חמורים – אם במקרים של עונש מוות ומאסר עולם נפלו טעויות, כאשר ניתן להניח כי בית־המשפט היה ער במיוחד למשמעות של הרשעה ולעונש לצידה, סביר לשער כי במקרים פחות חמורים קיים סיכוי גדול עוד יותר לקיום טעויות. ואכן קבוצה של חוקרים בארצות־הברית, ביניהם חוקר ישראלי, אריה רטנר, רשמו מאות מקרים, וניסו לעמוד על הסיבות לכך, שנעו בין טעות תמימה של עד ראיה ועד לפעולות מושחתות של אנשי המשטרה והפרקליטות[69]. המחקר של רטנר שונה במקצת מן המקרים הקודמים שהוזכרו, כיוון

66. המקרה ידוע כמקרה Beck. תמונות של בק עצמו והפושע האמיתי מופיעות בספר של לורד רוסל, בו הוא טוען לטעות משפטית אחרת באנגליה, במשפט שנערך בשנות החמישים. ראה: Lord Russell **Deadman's Hill: Was Hanratty Guilty?** (London, 1965).

67. M. Radelet & H. Bedau **Miscarriages of Justice: in Potentially Capital Cases** (1988). See also M. Radelet, H. Bedau and C. Putnam **In Spite of Innocence: Erroneous Convictions in Capital Cases** (1993).

68. E.S. Gardiner **Court of Last Resort** (1958).

69. A. Rattner "Convicting the Innocent: When Justice Goes Wrong" (Ph.D. dissertation, Ohio State University, 1983); See also E. Borchard **Convicting the Innocent: Sixty-Five Actual Errors of Criminal Justice** (Garden City, N.J., 1932).

nevo.co.il

שהוא מתיחס גם למקרים בהם התיקון נעשה במסגרת של ערעור – אם כי לא דובר בערעור רגיל אלא בערעור שבו הוצגו נתונים חדשים שהיה בהם כדי לשנות את התמונה שצויירה בבית־משפט קמא[70].

16. ובכן, מתברר שבשתי מדינות שלהן ההשפעה הגדולה ביותר על שיטת המשפט הישראלית, ובמיוחד על הפרוצדורה הפלילית, הולכות ומצטברות דוגמאות של טעויות אשר אינן מגיעות אל תיקונן במועד ועל־פי הליך רגיל. מה הן ההשלכות לשיטתנו אנו? האם ניתן לחשוב כי על אף הדמיון בשיטה הצליחה רשות השופטת בישראל להתגבר על כל המכשולים ולהשכיל להגיע לחקר האמת לאמיתה? האם המגרעות שנתגלו שם אינם מופיעות גם אצלנו?

שאלות אלה אינן קיימות בעלמא: בעת כתיבת שורות אלה עומד על סדר היום הציבורי מספר פרשיות – הן של אנשים שנמצאים במאסר וזועקים את זעקתם שהם חפים מפשע; והן של אסירים לשעבר שזכו להפחתת עונשם ויצאו לחופשי בשיחרור מוקדם, אם כי ללא הודאה בטעות – וחלקם עוד נאבקים להוכיח את חפותם. לגבי הסוג הראשון, הידוע בכל המקרים הינה פרשת רוצחיו של הצעיר דני כץ, אשר נרצח בחיפה ב־1984 באופן אכזרי ביותר ואשר בגין רציחתו הורשעו שלושה ערבים ושני בדואים, כולם אזרחי ישראל[71]. בתחילה הועלו סברות שהרצח בוצע על רקע לאומני, אולם נושא זה לא הובא בפני בית־המשפט. מאז תם המשפט לא נדומו קולותיהם של אלה אשר טוענים כי נפלה טעות וכי עיון בחומר הראיות והנמקה של בית המשפט בפסק־דינו יוצר הרבה קושיות ומעלה שאלה נוקבת שמא אולי האמת לא התגלתה והצדק לא נעשה – והרוצח (או הרוצחים) טרם נתגלה. ההרשעות התבססו במידה גדולה על הודאותים של הנאשמים, לאחר שטענותיהם שהם הודו שלא כדין נדחו. בשנת 1992 הטיל שר המשפטים, דוד ליבאי, על המשנה ליועץ המשפטי, יהודית קרפ, לבדוק את הטענות שהועלו, בין היתר בפניה לבקשת חנינה – והדו"ח מטעמה טרם הוגש.

בינתיים מונתה ועדה רחבה יותר (בראשות השופט אליעזר גולדברג) עם הנחיות כוללניות יותר, שוב מטעם שר המשפטים, שתפקידה לבחון את משקלן של אימרות והודאות של נאשמים. הרקע לכך הינו הרשעתו של נאשם על־פי הודאתו, כאשר חפותו התבררה עוד לפני שמיעת הערעור, כתוצאה של הרשעה של אדם אחר בגין אותה העבירה (אם כי הערעור בתיק אחרון זה טרם נשמע[72]).

70. מחצית המקרים במדגם של 700 במחקרו של רטנר, היו בשל טעות בזיהוי. ראה גם: A. Rattner, G. Weiman & G. Fishman "Cross Ethnic Identification and Misidentification: The Israeli Case" 74 **Sociology and Social Research** (1990) 73.

71. התפרסמו מספר מאמרים בעתונות וכן הוכן סרט בשם "שיחזור – פרשת רצח דני כץ", על־ידי הבמאי, אבי מוגרבי והמפיקים, נעמי בן־נתן וכתריאל שחורי.

72. מקרה של בן־עזרא, לעיל הערה 37. הועדה מונתה בסוף 1993, וטרם הגישה את הדו"ח שלה. יש לציין כי הועדה הוגבלה אך ורק לסוגייה של הודאות שוא שנמסרו ולא התבקשה לבחון נושאים אחרים שעלולים לגרום לטעות. באשר לבעיות של הודאות שווא, ראה מ' קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (תשנ"ד) 205; א' שטרוזמן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא" המשפט א (תשנ"ד) 217. א' קרמניצר טוען כי לאחר קבלת הודאה, "מידת הסיכוי שנאשם יזוכה אחרי שנתקבלה הודאה... נמוכה מאד, שואפת לאפס" (שם, בע' 205). על רקע זה, במאמר מוסגר, ניתן להציע כי אולי רצוי שמשפט זוטר בעניין קבלת ההודאה, יתנהל בפני שופט אשר איננו יושב במשפט עמו, כדי ששופט במשפט לא יצטרך

nevo.co.il

להשתלשלות הזאת, בפרשת בן־עזרה בפתח תקווה, יש השלכות ממשיות וישירות לפרשת חמישה הנדונים מחיפה, כי הרי במשפט זה נמסרו הודאות למשטרה, שלאחר מכן ניסה הנאשם להתכחש להן[73]. פרשת בן־עזרא מצביעה על הסכנה שבהסתמכות יתרה על הודאת נאשם, אולם אין מדובר בגילוי חדש. הרי ידועים מקרים רבים של הודאות שווא, הן בשל לחצים שהופעלו במעצר על־ידי חוקרים, והן בשל הסתבכות רצונית של אנשים בעלי הפרעות באישיותם, אשר מובילות אותם לאותן הודאות שווא, כפי שהיה במקרה של בן־עזרא[74]. יש גם אפשרות שאדם חף מפשע, המוחזק במעצר בתנאי חקירה קשים, יודה באשמה מתוך מטרה להסיר את הלחץ עליו ומתוך אמונה שהאמת תתגלה במהלך המשפט.

על סדר היום בציבוריות הישראלית יש מקרים שבהם נטען שנפלה טעות, חלקם ידועים לציבור בשל מאבק ציבורי שמתנהל למענם[75] וחלקם בחזקת פעולות שקטות שמתקיימות. אולם מעל ומעבר לכל מקרה ספציפי קיים עקרון בעל חשיבות מרובה – והוא נכונות של העוסקים בחנינה, של ציבור המשפטנים ובהם כמובן השופטים עצמם, וכן הציבור בכללותו, לקבל ולהתיחס בהבנה להחלטות של חנינה כאשר הועלו ספקות כבדים באשר לטעות משפטית.

לעניות דעתי, ועם כל הכבוד, הבעיה בסוגייה זאת איננה רק אם רצוי מדי פעם להעניק חנינה מתוך הודאה שנפלה טעות ויש בחנינה לתקן את העיוות, אלא כיצד עברו כמעט יובל שנים מאז קום המדינה וטרם התגלה מקרה חשוב אחד, אשר יצדיק התערבות באופן מפורש בדרג האקסקוטיבי, על מנת לתקן טעות, ואם היו מספר מקרים שבהם זכו אסירים לשיחרור מוקדם בשל חשש לטעות, מדוע לא הודיעו על כך קבל עם ועדה, על־פי הצעתו של השופט אגרנט?

נכון הדבר, כי רצוי מאוד שבית־המשפט יזכה באימון של הציבור, כי הוא מסוגל לגלות את האמת לאמיתה כתשתית לכל החלטה, ובמיוחד כאשר מדובר בשלילת חירותו של אדם לתקופה ארוכה. אולם הציבור, הקולט זעקות מגרונם של אסירים ומודע לבעיות שהתעוררו במקומות אחרים, זכאי גם לדעת כי כל טעות תתוקן וכל רמז של טעות ייבדק כראוי. גם על כך בנוי האימון של הציבור במערכת כולה, כולל הרשות השופטת.

17. דומני כי הבעיה איננה רק במישור המעשי לגבי מקרה זה או אחר, אלא מסתתרת מאחוריה רבדים עמוקים של השקפה אידיאולוגית ותורת משפט. אין ספק כי הדוגל בגישה פוזיטיביסטית יטה להאמין שאין טעויות – ואם קיימות, אזי יש לתקנן רק במסגרת שיפוטית. אולם קיימות גישות אחרות בתורת המשפט, אשר מודות במגבלות

להכריע בענין מהימנות של נאשם בנושא זה, דבר אשר אולי ישפיע על עמדתו בהמשך. זאת כפי ששופט הדן בבקשה למעצר, איננו יושב במשפט עצמו.

73. יצויין, כי בפרשה זו – של רצח דני כץ – הוגשה גם בקשה למשפט חוזר אשר נדחתה.

74. יש גם מצבים אחרים, שלא קשורים למצב נפשי מעורער, שבהם היו מקרים של הודאת שווא – כגון המקרה בחיפה שבו הודה דניאל חנוך ברצח אביו, אך התברר בהמשך שהיתה זו הודאה כוזבת.

75. ראה לעיל הערה 42. יצויין כי הועלתה טענה כי יתכן כי בחלק מן המקרים מדובר באיש אחד (שטרם נתפס) אשר ביצע את המקרים, וזאת בשל הדימיון בין המקרים מבחינת הפגיעות בקורבן ונסיבות המקרה. החוקר עזרא גולדברג טען טענה זאת במספר הזדמנויות ואנשי ציבור הפועלים למען האסירים בפרשת רציחתו של דני כ״ץ, נוקטים בגישה דומה. לדבריהם, יתכן כי מדובר בתופעה של serial murderer.

נבו nevo.co.il

של המערכת וקשייה לשחזר במדויק את העבר כדי לתאר את האמת שהיתה[76].

אין בכוונתי להרבות בהתיחסות למכלול התיאוריות הללו. תחת זאת דומני שדי לנו להסתפק בפסיקה הישראלית אשר דנה בהזדמנויות שונות בסוגייה זו של יכולתו של בית־המשפט לחשוף את מלוא האמת. הגדיל לעשות והיטיב לעשות השופט אלון במספר פסקי־דין שנגעו בבעיה הסבוכה הזאת – פעם במשפט אדמיניסטרטיבי, הבג״צ שעסק בכשרות של מינוי ועדת חקירה לחקור בפרשת רצח ארלוזורוב[77]; פעם במשפט אזרחי, שעסק בכפיפותו של בית־משפט לתוצאות של בדיקה במכונת אמת שנעשתה בהסכמת הצדדים, כאשר אותן תוצאות עמדו בניגוד מוחלט לחומר הראיות שהוצג בפני בית־המשפט[78]; ופעם במשפט פלילי, שבו הורשעו שלושת בניו של חבר־כנסת מועדי בגין התנקשות בחייו של יריבו הפוליטי מאותה הרשימה, ח״כ עבו־רביע[79]. תמציתם של הדברים הללו הינה שיש להבין כי אין אמת מוחלטת וכי, בבית המשפט ניתן להשיג רק את האמת המשפטית – שהיא שונה אולי מן האמת העובדתית או האמת ההיסטורית. ולא רק להבין, אלא גם להכיר במציאות זו ללא כחל וסרק.

בפרשת אלון דן בג״צ בכשרות של מינוי ועדת חקירה בנושא רצח ארלוזורוב, נושא שלגביו פסק בעבר בית־המשפט את פסיקתו ובכך הפך העניין להיות חלוט. אליבא דעותר, חקירה ממלכתית של הנושא לאחר מכן פוגעת בעקרון של סופיות הדין. העתירה לבטל את ועדת החקירה נדחתה על־ידי הרכב של חמישה שופטים, כאשר השופט אלון (כתוארו אז) ניצל את ההזדמנות לתהות על משמעות האמת שאליה שואפת כל מערכת שיפוטית. ואלה דבריו:

> ״...איני רואה נימוק כל שהוא נגד הקמתה של ועדת חקירה. אומרת חברתי הנכבדה, השופטת בן־פורת: ׳טעויות אנושיות אמנם ייתכנו גם אצל הרשות השופטת...אולם עד כה אין כמו שופטים מקצועיים מנוסים, הדנים לפי סדרי דין קבועים ומוגדרים, ערובה לבירור האמת׳; אשר על־כן, אליבא דחברתי, משאמר בית המשפט את דברו, שוב אין להרהר אחריו אלא בדרכים שנקבעו על ידי המחוקק, ואם נמצאו ראיות, המעוררות ספק בדבר נכונות האשמה, ניתן, בתנאים מסויימים, לקיים משפט חוזר...״[80].

ולכך משיב השופט אלון:

> ״ ...דומה כי ׳אמת׳ מקובלת היא זו, שהגדרת המושג ׳אמת׳ וקביעתם של מבחני האמת בכל תחום מתחומי החשיבה והעשייה האנושית, קשות הן כקריעת ים סוף. כמה יגיעות יגעו בכך וכמה מחשבות חשבו ועלו בלבם של הוגים ומלומדים ועדיין לא עלתה בידם; ואולי אין היא ניתנת כל עיקר להשגה בתפיסתם של בני אנוש, וידיעתה אינה אלא נחלת ׳עולם האמת׳. ומשמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על־פי הנורמות המהותיות והכללים

76. ראה ספר מעניין במיוחד שנכתב על־ידי שופט סקנדינבי ותורגם לעברית: ג׳ורג׳ כהן אקסיסטנציאליזם ומדעי המשפט (1966).
77. בג״צ 152/82 אלון נ׳ ממשלת ישראל, פ״ד לו (4) 449.
78. ע״א 61/84 ביאזי נ׳ לוי, פ״ד מב (1) 446.
79. ע״פ 115/82, 168 מועדי נ׳ ממשלת ישראל, פ״ד לח (1) 197.
80. לעיל הערה 77, בע׳ 465.

נבו nevo.co.il

הפרוצדורליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי[81]".

ולבסוף הוא מסיים:

"אשר על־כן כל מסקנה שהיא, אליה תגיע ועדת חקירה, אינה מתיימרת, ולא יכולה להתיימר, לשנות מן האמת המשפטית, שנקבעה בפסיקתו של בית המשפט. אך ועדת החקירה רשאית להגיע – ומתיימרת היא לשאוף להגיע – בדרכי חקירה וראיות הנראות בעיניה, לחקר האמת העובדתית (דגש במקור – ל.ש.), שלא תמיד מוכרחה היא לעלות בקנה אחד עם האמת המשפטית. שתי אמיתות אלה יחסיות הן, ולא תמיד זהות הן, ולא זו בלבד אלא אף אין הן צרות זו לזו. שהרי יודעת היא מערכת המשפט, ומודע הוא השופט, כי נקודות המוצא, דרכי הבירור, מהותן של נורמות וכללי ההכרעה בעולם המשפט ומלאכת השיפוט שונים הם מאלה שבחקר העובדתי־ההיסטורי, ומתוך כך יודעים ומודעים הם, כי יש שמסקנות ו'אמיתות' שונות יעלו בידי כל אחד מהם"[82].

דברים כדרבנות והם מבהירים כמה האמת היא יחסית, וכמה האמת שמתבררת בבית־המשפט הינה מסוג מסויים הכפופה לכללי הפרוצדורה ושיטת ניהול המשפט, ואף כמה סוגים שונים של אמת יש. כי הרי לא רק ועדת חקירה עלולה להגיע לאמת שונה מזו של בית־המשפט, אלא גם מוסדות אחרים, ואף הרשות השופטת עצמה יכולה להכריע באופן שונה לגבי אותם הנסיבות והכל תלוי בשאלה אם מדובר במשפט אזרחי או משפט פלילי, לפי דרגת הודאות הנדרשת לגבי הוכחות העובדות. ואם מדובר בבג"צ, אזי יש לו דרכי הוכחה שונות מאשר לבתי־משפט אחרים – באמצעות מסמכים ולא עדות בעל־פה. גם למשטרה וגם לפרקליטות יש אמת משלהן, אך האמת שלהן כפופה לאמת של בית המשפט, ועליה להתבטל בפני פסיקתו של בית־המשפט (למשל החלטה להעמיד לדין אדם שיימצא זכאי).

כמו כן, גם לרשות לחנינה יש אמת משלה, אשר איננה יכולה לבטל את האמת המשפטית בדרך כלל, אך, במקרים מסויימים וחריגים, חייבת להתמודד עם התנגשות בין האמת שלה לבין האמת המשפטית. החוק מכיר במשפט חוזר לא רק על־פי בקשות של נידונים (ויש עשרות כל שנה) או של היועץ המשפטי, אלא גם כאשר תחילתו כתהליך הינה פעולה, על פי חוק, של טיפול בבקשת חנינה, בנסיבות בהן מתעוררת בעיה אשר מצדיקה טיפול מיוחד, על רקע חשש לטעות. במצב כזה, על־פי החוק, יש להעמיד שאלה בפני נשיא בית המשפט העליון (או סגנו) ועליו להכריע אם קיימים התנאים למשפט חוזר[83].

אולם בעת עיון בבקשה לחנינה, עשויים הגורמים המטפלים בענין לגלות, למשל, שהיתה רשלנות של הסניגור שאולי גרמה להרשעה (ואין בכך עילה למשפט חוזר), או

81. שם, בע' 465.
82. שם, בע' 466.
83. סעיף 32 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד–1984: "הוגשה בקשה לנשיא המדינה למתן חנינה או להפחתת עונש, והתעוררה שאלה אשר לדעת שר המשפטים ראויה לדיון בבית־המשפט העליון ואשר אינה יכולה לשמש עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31, רשאי שר המשפט להעמיד את השאלה לבית המשפט העליון; וראה ל' סבה "העמדת שאלה: הערות על ס' 10 לחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957 משפטים ח (תשל"ח) 377.

nevo.co.il

שנעשתה פעולה פסולה על־ידי חוקרי המשטרה אשר בעצמם לא העידו בבית־המשפט (ושוב אין בכך להצדיק פתיחת התיק מחדש); או שגילוי חדש במדע פורנסי חושף אמת שונה ממה שהיתה ידועה בעת המשפט (וגם זו איננה סיבה למשפט חוזר). כמובן שניתן לפתור את הבעיות הללו על ידי שינוי בחוק בנושא משפט חוזר, אולם ממילא אין הדוגמאות הללו רשימה סגורה.

דרך אחרת להתמודד עם הבעיה של חשש לטעות הינה להשאיר את הטיפול בידי האנשים שתפקידם לטפל בעניני חנינה. אין זאת אומרת שהמצב הנוכחי הינו רצוי כפי שהוא היום, מה עוד שהנוהל שעוצב ושהשתרש איננו על פי מצוות חוק באופן מפורש[84]. בודאי אפשר לשקול במלוא הרצינות ההצעה שגובשה באנגליה על ידי ועדת רונסימן (Runciman) ולהקים רשות מיוחדת לטפל בבקשות לחנינה הטוענות לחפות. בודאי שרצוי לדאג להפקיד בידי אותם האנשים את האמצעים והמשאבים לחקר מעמיק ויסודי. מכל מקום יש דוגמאות ודגמים גם מארצות אחרות, אולם חשוב יותר מכל החלטה מעשית הוא העקרון – והכרה בתפקיד החשוב והרגיש של פעולת החנינה גם בנושא של תיקון טעות.

אין מנוס מאשר התמודדות עם השאלה הנוקבת – מה אם מתגלות עובדות אשר מצביעות על סיכוי סביר שנפלה טעות, אך לא בתנאים שמאפשרים משפט חוזר? מה אם התנאים קיימים, אך לא רצוי לעשות משפט חוזר על המורכבות שבו?

דומני שרצוי שתהיה גמישות בידי גוף המופקד על חנינה כדי לבחון סוגיות כאלה ולחפש פתרון למכלול הבעיות שעלולות להתעורר לאחר גמר המשפט ומיצוי כל האפשרויות של המערכת המשפטית בהליך הרגיל. סופיות הדיון הינה עקרון חשוב – אך לא מקודש. ראיה כוללנית ונכוחה של המצב כפי שהוא מתהווה לאחר גמר ההליכים הרגילים מחייבת מלוא הגמישות, ובמקביל, פיקוח קפדני על הפעלת הסמכות הזאת – אולי בדו"ח שנתי למבקר המדינה. ברם, מעל לכל, נחוצה הכרה והבנה של חשיבות התפקיד של חנינה במכלול של אכיפת חוק ועשיית צדק.

בדיני נפשות עסקינן, ובסמכות שמקורה בתיקוני טעות מדובר. התמורות במבנה השלטוני, ובמערכת המשפטית בפרט, לא ביטלו את הצורך בקיום החנינה. נכללת בתפקיד זה הסמכות לתקן טעות. צורך זה קיים ויהיה קיים כל עוד נשמעת הקריאה קורעת הלב על עוול שנעשה לאיש הנמק בבית סוהר; כל עוד מתגנב ללב החשש, שנפלה טעות.

הערכאה האחרונה בכגון אלה דברים הינה – וחייבת להיות – אותו הגוף שבידיו מופקדת הסמכות לחון, כביטוי לא רק לחסד ולרחמים, אלא גם לאמת (אף חלקית) ולצדק (אף יחסית). בכך אין פגיעה ברשות השופטת אלא חיזוק לה, ועזר לה בשאיפה המשותפת של שתי רשויות מכובדות אלה להשיג את שתי המטרות המיוחלות.

84. החוק קובע, כי הנשיא הוא זה שיעניק את החנינה, ותחימתו של שר אחר (לאו דווקא שר המשפטים) נחוצה לשם תחימת קיום. סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה קובע כדלקמן: "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על־ידי הפחתתם או המרתם". השר אשר בדרך כלל חותם על החנינה בחתימת קיום הוא שר המשפטים. הנוהל שהתגבש במרוצת השנים הנו כי בקשה לחנינה נבדקת קודם במשרד המשפטים (המחלקה לחנינות) והמלצתו של שר המשפטים מועברת לנשיא.
ראה דיון בסוגייה זו בחוברת בסידרה "פירוש לחוקי־היסוד" בעריכתו של יצחק זמיר ומשה לנדוי חוקי־יסוד: נשיא המדינה (תשנ"ד) 33–46.