

## על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה

מאת

פרופ' ליאון שלף\*

מאמרם של בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר על אודות משפט חוזר, אשר מתמקד בפרשיה משפטית, פרשת עזריה, בה אחד המחברים שימש כסניגור, מהווה חריג מעניין וחידוש מרענן במשפטנות הישראלית<sup>1</sup>. במקום הנוסחאות הנשגבות של טיעונים מלומדים כוללנים בקשר להליך הפלילי<sup>2</sup>, נחשף הקורא לפירוט על גורלו של תיק שעוסק בבקשה למשפט חוזר אשר נדחתה<sup>3</sup>. המחברים אינם מסתירים את אכזבתם מהחלטה זו, אשר חוסמת את הדרך בפני אסיר עולם להמשיך להיאבק, בערכאות שיפוטיות, על תפוחו. הרשעתו במקור התבססה כמעט בלעדית על הודאה שהנאשם מסר למשטרה; מאז דו"ח גולדברג<sup>4</sup> שחקר את הבעייתיות של הודאת נאשמים, ואולי גם בעקבות דו"ח לנדוי<sup>5</sup> שחשף מעט משיטות החקירה הפסולות הנהוגות בשרותי הבטחון הכללי, אנו אמורים להיות למודי ניסיון באשר לערך המפוקפק לעתים של הודאות שנמסרות על-ידי עצורים במתקני כליאה וחקירה. נכון שכללי הפרוצדורה הרישמיים דורשים דבר-מה נוסף, על-מנת להשיג הרשעה,

- \* פרופטור מן המניין למשפטים ולסוציולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב. הריני מודה לאסף פורת על עזרתו וכן לעמיתים מקבוצת המחקר בנושא המשפט הפלילי שפעלו במכון ללימודים מתקדמים באוניברסיטה העברית שבמסגרתה ניהלתי חלק ממחקרי בענין החנינה.
- 1 ב' סנג'רו ומ' קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א (1999) 97.
  - 2 בין העבודות הבולטות בשפה האנגלית, ראו: B. Shapiro *Beyond Reasonable Doubt* (Berkeley: University of California Press, 1991); J. Morton and S. Hutchison *The Presumption of Innocence* (Toronto, 1987).
  - 3 מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 334.
  - 4 דו"ח גולדברג, הוועדה לענין הרשעה על-סמך הודאה כלבד, ולענין העילה למשפט חוזר (תשנ"ה, דצמבר, 1994).
  - 5 דו"ח לנדוי, שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (פח"ע), (חלק ראשון, ירושלים, תשמ"ח-1987).

## ליאון שלף

אך משקלו של אותו "דבר-מה", מזמן הלך ופחת, עד שהפך לשולי. לא רק זאת, אלא אף זאת. דומני כי אין ערך עוד לאחת מקביעותיו הנחרצות של בית-המשפט העליון במשפט קוזלי<sup>6</sup> (היא פרשת דני כ"ץ ז"ל) שאדם לא יודה בעבירה חמורה שלא ביצעה. לא רק שדו"ח גולדברג שם קץ להלכה מוטעית זאת (שגם כשנאמרה היתה מנוגדת לחומר מצטבר וידוע של עיוותי-דין, בשל הודאות כוזבות שהתגלו במקומות אחרים וכשיטות שונות), אלא שההרשעה במקרה זה בוטלה<sup>7</sup> לא מזמן ונערך כעת משפט חוזר, אשר התאפשר דווקא בזכות חקיקה (בעקבות דו"ח גולדברג והמלצותיו) אשר הרחיבה את העילות למשפט חוזר<sup>8</sup>. אין גם לשכוח כי בקשה קודמת למשפט חוזר נדחתה<sup>9</sup> כאשר הדיון התנהל על-פי הכללים שהיו קיימים עד לשינוי החוק.

ועדת גולדברג (שפרופ' קרמניצר היה חבר בה)<sup>10</sup> התמנתה בעקבות פרשיה חריגה ומוזרה, שבה הורשע נאשם, בן-עזרא, באשמת שוד ורצח<sup>11</sup>, כאשר הרשעתו התבססה כולה על הודאות (מוזרות ביותר) שהוא מסר למשטרה, כשותף לעבירה, ויאמר מיד שהיה שותף זוטור – נהג שהסיע, לדבריו, את האשמים העיקריים לזירת הפשע והמתין לשובם כדי להימלט בתום ביצוע העבירה המתוכננת. חיש מהר התברר לפרקליטות שנפלה טעות ובעת שמיעת הערעור, הביעו נציגיה את הסכמתם לזיכוי, אך זאת רק לאחר שאדם אחר, בן-ארי, הורשע בעבירות אלה<sup>12</sup>, בנסיבות שמנותקות לחלוטין מן הנסיבות שהיוו את התשתית להרשעת בן-עזרא. שני פסקי-הדין האלה התקבלו בבית-המשפט המחוזי פה-אחד, אולם בהמשך הסתבכו העניינים בפרשת בן-ארי, ובערעור נחלקו דעותיהם של השופטים והרשעתו אושרה ברוב דעות<sup>13</sup>. על רקע זה התנהל דיון נוסף<sup>14</sup> אשר כלל לא הבהיר את המצב; נהפוך

- 6 ע"פ 915/85 קוזלי ג' מדינת ישראל תקדין-עליון 91 (2) 1825.
- 7 מ"ח 7929/96 קוזלי ג' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529.
- 8 בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 נאמר: "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".
- 9 ד"נ 3081/91 קוזלי ג' מדינת ישראל, פ"ד מה (4) 441.
- 10 ראו דו"ח הוועדה לענין הרשעה על-סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (אליעזר גולדברג, יו"ר, תשנ"ה); יתר החברים בוועדת גולדברג היו: שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב עדנה קפלן-הגלר, שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב נירה לידסקי, עו"ד יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד חנה קלר, עו"ד יוסי סדכון, עו"ד נורית שניט, עו"ד אורי נגמן ותת-ניצב אבי כהן.
- 11 ראו: בערכאה ראשונה, תפ"ח (ת"א) 517/91 מדינת ישראל ג' בן-עזרא (לא פורסם); בערעור, ע"פ 3044/92 בן-עזרא ג' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 12 ראו: בערכאה ראשונה, תפ"ח (ת"א) 284/92 מדינת ישראל ג' בן-ארי (לא פורסם); בערעור, ע"פ 4369/93 בן-ארי ג' מדינת ישראל, תקדין-עליון 94 (3) 2141.
- 13 ע"פ 6251/94 בן-ארי ג' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 45. (ראו גם: ע"פ 4369/93 בן-ארי ג' מדינת ישראל, תקדין-עליון 94 (3) 2141 – גילגול קודם של אותה פרשיה שבמהלכה חייבו שופטי בית-המשפט העליון את השופטים המחוזיים להמשיך ולדרון בתיק, ובמיוחד הטילו עליהם לקבוע מפורשות את עמדתם לגבי מהימנותו של בן-עזרא כעד).
- 14 מ"ח 7558/97 בן-ארי ג' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 433.

הוא, הפרשה בכללותה התערפלה כאשר הרכב של שבעה שופטים חזר ואישר את פסק-הדין, ברוב של ארבעה נגד שלושה. במצב מורכב זה הגיש בן-ארי בקשה למשפט חוזר, וכן לדיון נוסף, אך בקשותיו הושבו ריקם<sup>15</sup>.

בשולי מאמרם מתייחסים סנגירו וקרמניצר למשפטם החוזר של קוזלי וארבעת הנאשמים הנוספים בפרשת דני כ"ץ, ומברכים את עצם ההחלטה לאפשר משפט חוזר מתוך הבעת תקווה שהחלטה זו מבשרת על גישה חדשה של פתיחות לטענותיהם של נאשמים כי נפלה טעות שיפוטית במשפטם<sup>16</sup>. יחד עם זאת, הם גם ערים לעובדה שייטכן שהאופטימיות שלהם איננה מוצדקת, כי הטיפול בתיק זה היה חריג, כי הרי התלוו לפרשה זו מספר הליכים נוספים אשר משקלם המצטבר הטה את הקו לטובת הנאשמים: מדובר בהחלטה של היועץ המשפטי, מיכאל בן-יאיר, שלא להתנגד למשפט חוזר, תיאור מפורט על בעיות שונות בהליך כולו, שנכתב על-ידי עו"ד קרפ ממשרד המשפטים<sup>17</sup> ותמיכת הסניגור הציבורי, פרופ' קנת מן, בקיום משפט חוזר<sup>18</sup>. מרכיבים אלה חסרים במקרים של בן-ארי ועזריה, ולכן יתכן שאין במשפט החוזר בפרשת דני כ"ץ כדי להוות תקדים למקרים אחרים, ואין בו כדי לבשר על שינוי גישה של הדרג השיפוטי לנושא משפט חוזר. משמע, שנאשמים מורשעים ימשיכו להתדפק על דלתו של בית-המשפט בחיפוש נואש אחרי הזדמנות נוספת להיאבק על חפותם, ללא סיכוי של ממש שבקשתם תיענה בחיוב.

הנחת יסוד בדחיית בקשות כאלה הינה שההליך הרגיל מסוגל לחשוף את האמת, ואף להביא לתיקון של טעות במסגרת של ערעור ולפעמים אף דיון נוסף (אם כי ראינו שדיון נוסף יכול גם להחמיר את הבעייתיות כפי שהיה בפרשת בן-ארי, וכן בפרשה סבוכה אחרת, היא ההרשעה של אל-עביד בגין אונס ורצח)<sup>19</sup>. הואיל וישנו אחוז מסויים של ערעורים פליליים שמתקבלים, הולכת ומתחזקת ההנחה כי ההליך הפלילי הרגיל, די בו כדי לתקן טעויות. כבר הבעתי בעבר את ספקותי בסוגייה זו<sup>20</sup>, וניתן אף להוסיף כי כל מקרה של זיכוי בערעור דווקא

15 דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 377.  
 16 לעיל הערה 1, בע' 155-157 תחת הכותרת: "ההחלטה לקיים משפט חוזר למורשעים ברצח הילד דני כ"ץ ז"ל — שינוי ממשי ביחסו של בית-המשפט העליון למשפט החוזר?".  
 17 הבדיקה של עו"ד קרפ נעשתה במסגרת פנימית של משרד המשפטים.  
 18 עמדתה של הסניגוריה הציבורית הוגשה לבית-המשפט כמסגרות של amicus curiae — "ידיד בית-המשפט", מושג המוכר היטב במשפטנות האמריקאית, אך הוכר כנראה לראשונה בתהליך זה של עתירה המבקשת לערוך משפט חוזר.  
 19 ראו: ע"פ 2109/96 אל-עביד נ' מדינת ישראל פ"ד נא (1) 673; דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל-עביד פ"ד נא (1) 736.  
 לדיון בפרשיות שהוזכרו עד כה, ראו א' פורת ול' שלף "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי — דיין במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות" (טרם פורסם).  
 20 ל' שלף "תיקונו של עיוות-דין" הפרקליט מא (תשנ"ד) 346; וראו גם: מ' קרמניצר "הרשעה על-סמך הודאה — האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (תשנ"ג) 205; א' שטרומן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא" המשפט א (תשנ"ג) 217.

## ליאון שלף

עלול אפילו להקשות בהמשך על אחרים להשיג משפט חוזר, כי הרי נאשם שלא הצליח לשכנע (במשפטים של פשעים חמורים) שלושה שופטים בבית-המשפט המחוזי ועוד שלושה שופטים בבית-המשפט עליון, כי הצדק עימו, לא יבוא וילין על המערכת שלא אפשרה לו את מיצוי האמת לאמיתה.

אולם חלק מן הזיכויים הינם פרי המקריות או נסיבות מיוחדות, ואינם תוצאה של בירור עניני של שופטים. דוגמא מאלפת לכך הנה מקרהו של אבו סעדה<sup>21</sup>, פלסטינאי מן השטחים, אשר בהיותו אסיר מינהלי הורשע בבית-משפט מחוזי ברצח אסיר אחר. ערעורו התקבל פה-אחד, כאשר הובא לידיעת השופטים כי נמנעה מן הסניגוריה גישה לחומר שהיה בו כדי להצביע על חוסר אמינות של עד אשר על עדותו התבססה ההרשעה. חומר זה היה הודעות שנמסרו על-ידי העד, אף הוא אסיר, שהוא איננו יודע מי הרצח וכי לא היה יכול לראות את הנעשה באוהל בו בוצע הרצח; על-פי בקשת התביעה, ההודעות הללו הוכרו כחומר חסוי, בשל סיבות בטחוניות; נעלה מכל ספק היום כי בחומר זה לא היה שום היבט בטחוני וכי הוא היה נחוץ עד מאד לצורך הכנת ההגנה בתיק זה. יצוין כי הובטח לאותו עד, כי לאחר מסירת עדותו, הוא ישוחרר ממאסר מינהלי, ויאפשרו לו לצאת לחו"ל<sup>22</sup>. אוסיף אף זאת, כי ההיבט היחיד שאולי היה מצדיק הפיכת חומר זה לחסוי היה הרצון לשמור בסוד על זהותו של העד לבל יכולע לו רע, כתוצאה משיתוף הפעולה עם אנשי הבטחון הישראלי (כאשר הרצח היה בעצם הוצאה להורג על רקע ריב אידיאולוגי בין האסירים) – אולם במקרה דנן, לא היתה שום משמעות לשיקול זה, כי הרי ממילא זהותו נחשפה בעת מתן העדות, ולא נעשה שום ניסיון להסתיר את שמו (זקאק), אשר מופיע בריש-גלי בפסק-דין עצמו. רצוי גם לציין כי ההודעה המפלילה את הנאשם נמסרה רק כשישה חודשים לאחר הרצח, בעוד ההודעות שבהן לא נמסרו פרטים מפליליים, נערכו כמעט מיד לאחר קרות המקרה.

ובכן, במקרה זה, שלושה שופטי בית-המשפט העליון תיקנו את עיוות-הדין שנגרם, כך נראה, בבית-המשפט המחוזי. אולם, פעולה זאת, של בית-המשפט, ככל שהיא ברוכה למען עשיית צדק, איננה פרי שיפוטו העניני של בית-המשפט, אלא נבעה ממעשה נעלה ואציל של הפרקליטות, אשר בשעה שנלמדו פרטי התיק לקראת שמיעת הערעור, התגלה העוול שנעשה בתיק זה; מיד התקשרו לסניגורו של המערער, עו"ד אביגדור פלדמן, והודיעו לו על החומר שהתגלה, וראגו להעבירו לידיו כדי שיכול להשתמש בו, שעה שהוא עצמו מתכוון לשמיעת הערעור<sup>23</sup>.

21 ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832.

22 שם בע' 835, בו כתוב: "כחצי שנה לאחר-מכן... מסר זקאק הודעה רביעית למשטרה. בהודעה זו הוא סיפר, כי פתח האוהל שבו הוכה המנוח היה פתוח לרווחה, וכי דרך פתח זה ראה היטב את הנעשה בתוך האוהל. הוא הבחין במערער ובשניים נוספים כשהם מכים את המנוח. זקאק אף היה נכון למסור עדות ברוח זו בבית-המשפט...".

23 שם, בע' 836 כתוב: "... פרקליטות המדינה, שנדרשה לחומר הראיות המלא לצורך מתן

### על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי

ביום בירור התיק בפני בית-המשפט העליון, ויתרה הפרקליטות על ניסיון להוכיח את אשמת הנאשם מחדש. עמדתם של השופטים היתה נחרצת – עוד ביום שמיעת הערעור הצהירו על זיכוי של הנאשם, ובפסק-הדין שניתן כעבור חודש וחצי, לא חסכה השופטת דורנר במילים כדי לבטא את מורת רוחה נוכח התנהגות של הפרקליטות בשלב הראשון של המשפט וקורת הרוח מן התיקון שנעשה לאחר-מכן. כמו-כן, מצביעה השופטת דורנר על כשלוננו של בית-המשפט המחוזי לעמוד על פשר החומר שהוכרז כחסוי, והסכמתו ללא הצדקה, להיעתר לבקשת הפרקליטות לקבוע את חיסונו.

בהתייחסותה לתפקודה של הפרקליטות בשלב הראשון כותבת השופטת דורנר:

“ההסבר שניתן על-ידי התביעה למצג המטעה אף מצביע על ליקוי בהבנת תפקידו של עורך-דין, שסעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין, תשכ”א–1961, מחייב אותו לעזור לבית-המשפט לעשות משפט. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים לגבי הפרקליטות, המייצגת את האינטרס הציבורי בכללותו ומוטלת עליה החובה לפרוס בפני בית-המשפט את מלוא הראיות שנאספו, לרבות ראיות רלוונטיות העשויות ליצור ספק ביחס לאשמתו של הנאשם”<sup>24</sup>.

בהמשך ממשיכה השופטת:

“ענייננו אף חורג מאי-הצגת מלוא הראיות בפני בית-המשפט ומפגיעה בכללי אתיקה.... במקרה דנן, לא היה כלל מקום להטיל חיסיון על דבריו הסותרים של זקזאק לאחר גילוי זהותו. לא כל שכן, שאסור היה להסתירם מעיני המערער... דא עקא, שבדיון הפומבי טענה התובעת באופן מפורש כי החומר החסוי אינו יכול להועיל להגנה. דברים אלה מצערים, שכן מטבע הדברים, מתייחס בית-המשפט באמון למידע, אשר נמסר לו מפי עורך-דין, כל עוד לא מתחוור לו, כי דבריו של עורך-דין פלוני אינם ראויים לאמון. ההליך השיפוטי נשען לא מעט על אמון זה”<sup>25</sup>.

יצויין אף זאת, כי בעיון של שופטי בית-המשפט המחוזי בחומר כדי לקבוע אם ייחשב כראוי לחיסוי, לא נכתה התובעת אלא נציגת המשטרה; ועל רקע זה קובעת השופטת דורנר כי:

“... עיון קפדני של בית-המשפט בחומר הראיות החסוי שהוצג בפניו... היה

תשובה לערעור, מצאה כי בחומר החסוי נכללו ראיות שנדרשו להגנת המערער... לבקשתה, הסכים השר לביטחון פנים להסיר את החיסיון מעל הדברים שמסר זקזאק עצמו. חומר זה הועבר לסניגור. יתר החומר נותר חסוי”.

24 שם, בע' 839–840.

25 שם, בע' 840.

מגלה כי בין 32 המסמכים שהוצגו מצויים מזכרים בנוגע להודעות שמסר זקאק עצמו וכן מידע השולל את כוונת הקטילה. על בית-המשפט, למרות הרושם המטעה שיצרו דברי התובעת, היה אפוא להגיע למסקנות ברורות כי לא קיימת עוד עילה להסתיר את זהותו של זקאק, וכי, על-כל-פנים, בחומר החסוי מצויות ראיות הדרושות להגנתו של המערער. בכך כשלה גם רמת הביקורת השלישית של תעודת החיסיון. על-אף כישלונה של התביעה במילוי תפקידה אין מקום למעט גם מאחריותו של בית-המשפט המחוזי, אשר החלטתו השגויה הובילה לקיפוח חמור של הגנתו של המערער ולעיוות דין. כשל זה של מערכת הביקורת על ראיות חסויות הנו קשה ומעורר דאגה רבה. מקצת נחמה אני מוצאת בתיקון העיוות על-ידי פרקליטות המדינה מיוזמתה, ובזיכוי של המערער על-פי בקשתה<sup>26</sup>.

לדברים אלה של השופטת דורנר, הוסיף השופט קדמי בתווך-דעת תומכת:

"חיוניותו של המידע האמור להגנת המערער מתחייבת מעצמה: העובדה שהעד שינה את טעמו – מן הקצה לקצה – במהלך חקירתו, מהווה שיקול רבי-ערך בהערכת מהימנות גירסתו המפלילה, ואין צורך להפליג במילים על-מנת להציג את המשמעות שהייתה למידע כזה, אילו היה בידי הסניגור בעת חקירתו הנגדית של העד"<sup>27</sup>.

השופט קדמי אף דואג להסביר כי במהלך המשפט ניתן היה לבית-המשפט להגיע למסקנה שדווקא העדות האחרונה – המפלילה – היא האמינה עליו, אולם, בתנאים שנוצרו, קובע השופט קדמי באופן חד-משמעי "ראוי המערער בנסיבות כאלה ליהנות מהאפשרות של זיכוי מלא, כנגד זיכוי-מן-הספק בלבד"<sup>28</sup>. יש, לעניות דעתי, מידה מסוימת של לימוד לקח לאנשי הפרקליטות, אשר מכאן ואילך ידעו כי מעשים פסולים שלהם יגררו תגובות נגדיות חריפות; ולעומת זאת, במצב משפטי קשה שבו ינסו להיאבק בהגינות, יותר להם עוד את הסיכוי לשכנע את בית-המשפט כי אכן הערכתם את הראיות היא הנכונה – קרי, במקרה דנן על-אף הסתירות בעדויות של העד, יכול היה בית-המשפט להעדיף את הגירסה האחרונה (המפלילה) על-פני הגירסאות האחרות הראשונות, ועוד לתת הסבר הגיוני לכך – למשל, שהעד, שהיה אסיר, פחד שגילוייו את האמת לאנשי השלטון, יגרור תגובות נקם מצד חבריו למאסר. אולם, משפעלו אנשי הפרקליטות בתרמית, יעדיף בית-המשפט דווקא את הגירסה המטיבה עם הנאשם.

26 שם, בע' 841.

27 שם, בע' 841-842. יצויין כי ההודעות הראשונות ניתנו מיד לאחר ביצוע הרצח בעוד שההודעה שבה יש טענה לאשמת הנאשם, נמסרה רק כעבור שישה חודשים.

28 שם, בע' 842.

בכל זאת, על-אף הדברים האחרונים הללו, יש להניח כי בזיכויו את הנאשם נעשה צדק לאדם שבסוגייה הנדונה, וכי הוא חף מפשע. ואכן, בית-המשפט זיכה, אך אין פעולה זו אלא אישור פורמלי המעניק גושפנקה רישמית להחלטה שאליה הגיעה הפרקליטות לקראת שמיעת הערעור. נשאלת השאלה – מה היה גורלו של תיק זה, לולא המעשה היפה של הפרקליטות. האם במהלך שיגרתו של תיק זה, היו שופטי בית-המשפט העליון, בהעדר עיון בחומר החסוי (ושלגביו לא התבקשו להתייחס) מסוגלים לקבוע את חפותו של המערער?

נקשה עוד במורכבות המצב בהציגנו קושיה נוספת. מה אם היה בית-המשפט העליון מאשר את ההרשעה (בלי ידיעה על מלוא הטיפול בהודעות שבתיק זה) ולימים היה מתגלה החומר הנוסף שזכה לחיסיון. נניח כי חומר זה היה מתגלה עת שהמבקשים את טובתו של האסיר היו משיגים נגישות לחומר בעת שניסו להכין בקשה לחנינה. האם היה אז מתאפשר משפט חוזר? האם, לאור השתלשלות העניינים בפרשת עזריה, היה היועץ המשפטי לממשלה נאות להסכים למשפט חוזר; ואם לא, האם היה בית-המשפט נאות להסכים למשפט חוזר, על-אף התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה; האם בית-המשפט היה אכן מחליט, בניגוד לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה (כפי שאכן עשה בפרשת דני כ"ץ, נוכח עמדתם של שני היועצים המשפטיים לממשלה שבאו לאחזר פרישתו מן התפקיד של בן-יאיר: פרקליטת המדינה, עדנה ארבל, אשר תקופת מה מילאה תפקיד כממלאת מקום היועץ המשפטי לממשלה, ואליקים רובינשטיין, שקיבל את המינוי במקומו של בן-יאיר)?<sup>29</sup>

ובכן, כתנאים האלה, נשאלת השאלה – כיצד ניתן היה לקיים משפט חוזר כאשר העד שעליו התבססה ההרשעה, נמצא בחוץ לארץ? (שאליו הגיע בסיוע של השלטונות כפרס על שיתוף הפעולה במתן עדות במשפט)<sup>30</sup>. במצב כזה, יצטרך בית-המשפט, במשפט חוזר, לעיין בכל ההודעות הסותרות של העד, וללא אפשרות לקבוע את מהימנותו מתוך התרשמות אישית, לקבוע מי מן ההודעות הסותרות נראית אמינה יותר, זו שקושרת את הרצח לנאשם, או אלה אשר בהן נטען כי העד לא ראה ולא היה יכול לראות את הנעשה באוהל אחר? כתנאים אלה, תחת לגרור

29 השתלשלות העניינים היתה בתמצית, כדלקמן: היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, המליץ שיערך משפט חוזר, עד שהעתירה לכך נדונה בבית-המשפט, פרש בן-יאיר מתפקידו ובעת שהתקיים הדיון, מילאה את התפקיד, עו"ד עדנה ארבל, והיא הנחתה את נציגי הפרקליטות להתנגד, בעת שמיעת העתירה, למשפט חוזר. לאחר מינויו של מר אליקים רובינשטיין, הוא אישר את עמדתה.

30 בהמשך לציטוט מפסק-הדין שבהערה 22 לעיל, כתוב: "והוכח לו כי לאחר מתן עדותו ישוחרר ממעצרו ויועבר לירדן" (בע' 835). כמו-כן, בהודעה של הפרקליטות לבית-המשפט העליון נאמר כי: "... לנוכח העובדה שאין כאפשרות המשיבה להביא את זקאק לעדות, ולבחון את אמינות גרסתו על-פי מכלול אמירותיו, הרי שהתוצאה היא כי על בית-המשפט הנכבד לזכות את המערער מן הספק" (בע' 837).

את בית-המשפט למצב מביך ביותר במסגרת של משפט חוזר, יתכן שעדיף לפתור את הבעיה על-ידי חנינה, וזאת לאחר שהחומר כולו ייבדק על-ידי גוף (רצוי ועדה שפועלת באופן קבוע כיועץ לנשיא בנושא החנינה)<sup>31</sup>, או לחלופין בהעדר ועדה כזו, על-ידי גוף ad hoc, שיוקם לצורך זה, לבדוק את המקרה לעומק, כפי שנעשה במקרה של דו"ח קרפ בפרשת דני כ"ץ). חנינה בתנאים כאלה יכולה להיחשב לא כמעשה של חסד, אלא כהודעה מפורשת של תיקון עיוות-דין; מצב המכונה על-ידי הבריטים free pardon, כאשר משמעות הדברים הנה שהאסיר הנה חף מפשע ואין בו רבב, וכי יש להסיר מעליו כל כתם שנדבק לו בעקבות הרשעתו<sup>32</sup>. יתכן שמצב כזה אפילו עדיף על-פני משפט חוזר פורמלי במקרים שבית-המשפט חייב לקבל את "תכתיב" הפרקליטות, שיש לתת זיכוי, או, לחלופין, ניסיון לנהל משפט חוזר בו חסר העד העיקרי (דוגמת מקרהו של אבו סעדה), או אפילו כאשר המשפט מתנהל באופן מלא, כאשר פרק זמן שעבר מאז ביצוע העבירה, הינו כה רב, שספק אם ניתן לסמוך על זכרונם של העדים<sup>33</sup>.

על רקע הסתבכויות כאלה (ואחרות) יתכן כי הדרך העדיפה הנה זו של חנינה. הריני סבור כי רצוי לשקול מחדש את חשיבותה, בהקשרים שונים, של סמכות החנינה, הן כמתן ביטוי לחסד והן כגורם אשר מסוגל לתקן עיוותים, באופן יעיל ואמין<sup>34</sup>, וזאת כאשר גורמי החנינה ידעו כיצד לנצל עד תום את מלוא האפשרויות אשר עומדות לרשותם להליך כזה – למשל, להיעזר בוועדה המורכבת ממומחים, אשר בשיתוף פעולה, יוכלו להתמודד עם סבך הבעיות הקשורות לטענות של חף מפשע מאדם שהורשע<sup>35</sup>.

31 להצעה מפורטת ברעיון זה של ועדה רשמית-מקצועית ראו ל' שלף "סוף מאסר בחנינה תחילה" הפרקליט מד (תשנ"ח) 72.

32 לכיטוי לרקע של ההסתבכות של מערכת הפלילית באנגליה שניתן במאמר על ההליכים העומדים לרשותו של נאשם לאחר הרשעתו ראו: M. Mansfield and N. Taylor "Post-Conviction Procedures" in C. Walker and K. Starmer (eds.) *Justice in Error* (London, 1993) 163; at p. 163, they write: "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 the procedural observances; whether the result has been achieved seems to be given a lower priority".

33 יצויין כי משפט חוזר ניתן לערוך גם לאחר מותו של הנאשם, וזאת כדי לאפשר לבני-משפחתו והמקורבים לו לגסות לטהר את שמו. לאחרונה הסכים בית-המשפט המחוזי בחיפה לאפשר לבני-משפחה של אדם שהורשע (ומיד לאתר-מכן התאבד), להגיש ערעור על הרשעתו.

34 לגישתי בנושא זה, ראו המאמרים לעיל בהערות 20 ו-31; וראו גם: L. Sheleff "Pardoning Policy: Key Constitutional Implications and Some Theoretical Considerations" *Isr. L. Rev.* (to be published).

35 בעקבות שורה של פרשיות, של עיוות-דין, חלקן קשורות לארגון המחתרת האירית, וחלקן משפטים פליליים רגילים, הוקמה ועדה מיוחדת לבדוק מקרים שבהם הועלתה טענה של טעות משפטית; יצויין כי קיים גם אירגון התנדבותי שמטפל בנושאים כאלה וחלק מן התיקים בטיפול רישמי, מקורם באותו ארגון – Liberty.



ובכן, יש לפעמים מצבים שנראה שנפלה טעות שיפוטית, אך בשל סיבות שונות, לא ניתן, או לא רצוי, לקיים משפט חוזר. במקרה כזה רצוי שתוענק חנינה, בליווי של הצהרה רשמית שהאיש שוחרר לא כמתת חסד אלא כביטוי של עשיית צדק. ובכן, תיקים כאלה קיימים, ובעיותיהם, מבחינת היכולת לממש את הצדק, אינן נופלות מפרשת עזריה, כפי שתוארה על-ידי סנגירו וקרמניצר. לאור התיאור המפורט שבמאמרם, במידה שלא תתחדש בקשה נוספת למשפט חוזר (או שבקשה נוספת כזו שוב תידחה על-ידי בית-המשפט העליון), יש לקוות שהישועה תבוא במסגרת של חנינה, וכי העוסקים במלאכה זו יטו אוזן קשבת לתיאורם את הפרשה ולטיעונם את המסקנות, כפי שמציגים בפרוטרוט משכנע (ומעורר מחשבות נוגות) סנגירו וקרמניצר. למרות שבדרך-כלל, אין הנשיא רגיל (ואין הוא חייב) לתת הנמקה להחלטתו, אין הוא מנוע מלעשות כך, ויתכן כי במקרה זה, אם יחליט להתערב, ינצל את ההזדמנות להסביר את השיקולים שהניעו אותו לתת חנינה. הרי לרשות הנשיא עומד יעוץ משפטי מקצועי, הן בלשכתו והן במחלקת החנינה של משרד המשפטים – ואף אין סיבה שלא ייעזר בגורמים נוספים, על-ידי הטלת תפקיד בירור המצב, כל עוד לא קמה ועדה רשמית לכך. גם אין לשכוח כי במסגרת חוץ-שיפוטית, ניתן גם לערוך בדיקות ובירורים שאינם קבילים בבית-משפט, אך יש בהם כדי לחשוף את האמת באופן מדויק יותר מאשר הדיון הפלילי; ובהקשר הזה מן הראוי לעיין בהרהורי הקולעים של השופט מנחם אלון בפרשת אלון, היא פרשת רצח ארלוזורוב, בו נתן ביטוי למלוא הבעייתיות של חיפוש האמת והמוגבלות שמטבע הדברים מקשה על בית-המשפט לחשוף את האמת כולה<sup>36</sup>. בפרשת עזריה, מעבר לבעייתיות של ההודאות שנמסרו (ועל-פני הדברים הן נראות מפוקפקות ביותר, על-פי התיאור המסודר שניתן במאמרם של סנגירו וקרמניצר), גם חסר בתיק זה נתון חשוב ביותר – בגדים – שהיום, לאור ההתפתחות המדעית של השנים האחרונות, ניתן באמצעות בדיקת DNA לדעת בוודאות כמעט מוחלטת (ובסיכוי גדול יותר אולי מאשר ניתן להשיג על-ידי בירור שיפוטי על מלוא כללי הפרוצדורה שבו) אם הנאשם היה בזירת הרצח<sup>37</sup>. אלא מה – התברר כי הבגדים הללו הובערו באש ואינם קיימים עוד – למרות שפעולה זו הינה בניגוד מוחלט להוראות החוק, אשר מחייבות לשמור מוצגים ללא שום הגבלה של זמן<sup>38</sup>. המחברים רומזים (וברמז לא כל-כך דק) כי יש להם חששות

36 בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449.

37 לתיאור של עבודה מעשית כחחום הזה, אשר תרם לשיחרורם של כארבעים אסירים, חלקם שהמחינו להוצאתם להורג לאחר שנדונו למוות, ראו: J. Dwyer, P. Neufeld and B. Scheck, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Executed* (New York: Doubleday, 2000).

38 לתיאור מפורט בענין זה, ראו מאמרם של סנגירו וקרמניצר, לעיל הערה 1, בע' 136–138, תחת הכותרת: "ההתייחסות לסיכול הוכחת חפותו של עזריה באמצעות בדיקת D.N.A."

שלא בשגנה נעשה הדבר<sup>39</sup>. לנוכח הידוע לנו על פעולה פסולה של הפרקליטות בפרשת אבו סעדה, אין לדחות מכל וכל את החששות הללו של המחברים, על-אף הסובייקטיביות של אחד מהם בפרשה, כפי שהם בעצמם מודים עוד בפתח מאמרם<sup>40</sup>; אם תובעת מסוגלת להעלים חומר הנחוץ לסניגור בטרם משפט על-ידי הצהרה (שאינן בה אמת) כי החומר חסוי ואיננו נחוץ לסניגוריה, אז ניתן להעלות על הדעת כי, בגמר משפט עזריה, דאג גורם כלשהו להבעיר את הבגדים, שלא מתוך אי-ידיעת החוק ושלא כפעולה תמימה.

בתקופה הזו, נחשפנו לעוד גילויים מדאיגים שהתרחשו במסגרת של חקירות פליליות ודיונים פליליים. פרשת נאפסו<sup>41</sup> גילתה טפח של מעשים בלתי-חוקיים, מעינויים ועד למתן עדות שקר בבית-המשפט של חוקרי שרותי הבטחון, דברים

הואיל והבקשה למשפט חוזר נדחתה, מעירים המחברים כי: "חוששים אנו כי המסר שעלולים להביא מההחלטה הוא שמי שמשימך מוצג בניגוד לחוק אינו משלם על כך מחיר כלשהו" (שם, בע' 138).

39 ראו שם; תגובתם של המחברים להחלטה של בית-המשפט לראות בהכערת החומר כטעות שנעשה כתוס' לב (בע' 137). הם כותבים: "... אם אכן מדובר בטעות, מדוע התכתבה פרקליטת המחוז בורישנסקי (מי שהייתה התובעת במשפטו של עזריה ואשר חלק נכבד מהטענות שבבקשה למשפט חוזר מופנות כלפיה) עם באי-כוחו של עזריה והתנגדה למסירת הבגדים במקום להשיבם כי הבגדים כבר בוערו?". ולכך הם מסבירים מדוע, על רקע בעיה זו, היתה סיבה לפרקליטות להתחפר בעמדתה נגד משפט חוזר (שם, בע' 138), כדלקמן: "במסגרת משפט חוזר, ניתן וצריך היה לברר לעומק את פרשת השמדת הבגדים. זאת, לא רק בשל ההיבט הציבורי החשוב שלה, אלא גם משום שאילו התברר שהושמדו במתכוון, ולא סתם כך 'בתוס' לב', אזי כבר לא היה מדובר רק ב'פוטנציאל ראייתי', אלא בסבירות גבוהה לכך שבמשטרה ובפרקליטות יש היודעים כי עזריה הוא חף מפשע".

40 שם, בע' 97. שם, בע' 98 כתוב: "יצוין כי אחד ממחברי המאמר — ד"ר בועז סנג'ור — הוא שייצג את משה עזריה בבקשה למשפט חוזר שהגיש לנשיא בית-המשפט העליון. יהיו ודאי קוראים שיפקקו באובייקטיביות של מחבר זה. כך או אחרת, סבורים המחברים כי החומר המובא במאמר מדבר בעד עצמו ומחייב חשיפה — וישפטו הקוראים". בהקשר הזה, אוסיף, לגבי מאמרי, שיש מן הדוגמאות שיינתנו במאמר זה, בהמשך, שהיה לי קשר איתם, בנסיזן להשיג עבור אסירים קיצור תקופת מאסרם, במסגרת של חנינה, כדרך הבלעדית, או לפחות היעילה, להשיג תיקון מה של טעות משפטית אפשרית. יצוין כי הן באנגליה והן בארצות הברית, ישנן דוגמאות של עורכי-דין, אשר, כמהלך מאבק משפטי, או לאחר-מכן, הן כשהצליחו והן כאשר נכשלו, אשר נתנו ביטוי לעבודתם המשפטית-המעשית בכמות אקדמיות. דוגמא מאלפת לך הינו מאמר שעוסק בהפרה בוטה של הכלל נגד סיכון כפול — ראו: R. Allen and J. Ratnasusamy "Heath v. Alabama: A Case Study of Doctrine and Rationality in the Supreme Court" *Journal of Criminal Law and Criminology* 76 (1985) 823; *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1986). See also L. Weinglass, *Race for Justice: Mamia Aba-Jamal's Fight Against the Death Penalty* (Monroe, Maine, 1995) מדובר כספר בו מתואר המאבק המשפטי — וההתארגנות הציבורית — נגד ההרשעה (ועונש המוות) של פעיל פוליטי בעל השקפה רדיקלית. הסיפור נכתב על-ידי סניגורו. המאבק הזה טרם הגיע לקיצו.

41 ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא (2) 631.

שהובהרו בדו"ח לנדוי; וענין העינויים גם נדון לאחרונה בעתירה לבג"צ, אשר בהרכב של תשעה שופטים קבע שיש לשים קץ לשיטות פסולות<sup>42</sup>, ובהקשר הזה, אין שום נתונים אשר יבהירו כמה הרשעות בבתי-משפט צבאיים, מקורם בהודעות כוזבות שהוצאו במהלך חקירות בלתי-תקינות שבהם עונו הנחקרים<sup>43</sup>. כאנגליה השתמשו בשיטות מאד דומות, כפי שהתברר בזמנו בבית-המשפט האירופאי לזכויות האדם<sup>44</sup>, וכשורה של פרשיות מביכות, נאלצו השלטונות להודות בטעותם ולשחרר אסירים חפים מפשע, והתמנתה ועדה לחקור ביסודיות את הענין<sup>45</sup>. התברר כי היו גם חריגים במשפטים פליליים רגילים, ללא קשר למאבק המחתרת האירית, וגם בתחום הזה שוחררו אסירים<sup>46</sup>, ובמקביל הוקם, כאמור, גוף מיוחד ורישמי לטפל בטענות של אסירים על עיוות-דין. לאור הנתונים אודות הרמה השיכלית הנמוכה של עזריה<sup>47</sup>, רצוי לציין כי אחת המשותרות, אחרי כמעט עשרים שנים בבית-סוהר, היתה אישה מפגרת, אשר נפלה קורבן לטעות של המערכת הפלילית. בארצות-הברית יש כמעט תעשייה שלמה של קבוצות המתמחות במאבקים

42 בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון 99 (3) 458. יצויין כי, מתוך שבעה תיקים שנדונו בצוותא, רק תיק אחד (1043/99) הוגש ממש באותה התקופה בה נדונו העתירות (הפרש של ארבעה חודשים – העותר נעצר בכרואר, 1999 ופסקי-הדין ניתן ביוני 1999, כל יתר התיקים הוגש שנים קודם לכן – 4054/95, 6536/95, 5188/96, 7583/97 ו-7628/97. רצוי לציין גם כי באותה התקופה שנתירות כגון זה הוגשו, טיפל בית-המשפט הגבוה לצדק בעוד מספר תיקים, כפי שפורט בפסקי-דין עצמו.

43 יתכן שעוד יהיה צורך לבחון מצב זה, כאשר ידונו, במהלך תהליך השלום, באפשרות לשחרר אסירים ביטחוניים, כולל אלה שעשו עבירות חמורות.

44 *Ireland v. United Kingdom* (No. 25) 2 E.H.R.R. 25 (1978). Paragraph 96: "...the techniques consisted of: (a) wall-standing... (b) hooding... (c) subjection to noise... (d) deprivation of sleep... (e) deprivation of food and drink."

45 *Runciman Royal Commission on Criminal Justice*. Cm 2263 (July, 1993)

46 ראו, למשל: *M. Mansfield Presumed Guilty: The British Legal System Exposed* (London, : 1993).

47 ראו לעיל הערה 1, בע' 112–113: "למשה עזריה פגם שכלי מלידה. מומחים שבדקוהו קבעו כי הוא סובל מפיגור שכלי. כך, למשל, נקבע בחוות-הדעת (מטעם התביעה!) של הפסיכולוג פרופ' שגן: '... במבחן וכסלר משה עזריה פעל על רמה של מפגר בדרגה של פיגור קל. כלומר: מתחת לרמה של IQ-65 ... בסיועם, לפנינו אדם המופיע כמפגר בשכלו בדרגה קלה ובעל אישיות לא מפותחת...'. לפי עדויות האנשים שהכירוהו מעולם לא יצא מעכו ללא ליווי. הרצח שבו הואשם עזריה התרחש בחיפה. עזריה... נעצר... כחשוד בביצוע מעשה מגונה בנערה, שאותה חיבק וניסה לנשק. למחרת גבו החוקרים, 'הודאה' שלו ברצח הילד ישראל נולמן; כמו גם 'הודאות' במעשים נוספים שבדה מלכו ושהוכח ונקבע שלא עשה. כבר למחרת ההודאה, כשהובא לבית-המשפט להערכת המעצר, סיפר עזריה כי הודה תחת לחץ ומכות של החוקרים. בית-המשפט ציווה על חקירת תלונתו זו. ממצאיו של הקצין הבודק – פקד פטר קורבולי – היו כי עזריה אכן הוכה סמוך לפני מסירת ההודאה, אלא שממצאים אלה הועלמו מבית-המשפט ומהסניגור והתגלו רק שנים לאחר מכן. ההודאה כתובה כלשון כזו, שלדעת מומחים – הן בלשנית והן פסיכולוגית – לא מפי עזריה באה".

להציל אנשים חפים מפשע מן הטעויות שנעשו במשפטים, בעיקר במשפטי רצח כאשר הנאשם נדון למוות, וזאת מתוך מאמץ מרוכז למנוע את רוע הגזירה, אשר יחסל כל סיכוי לחיקונו של עיוות-דין<sup>48</sup>.

פן נוסף של טעות משפטית, שמקורה בחקירה משטרתית פגומה, התברר עם משפט חוזר שנערך לקבוצת מע"צ<sup>49</sup>, שנים רבות לאחר שהשלימו לרצות את עונשם בגין עבירות שונות שהורשעו בהם. גם במקרה זה, המשפט החוזר לא היה משפט של ממש, אלא הפרקליטות הודיעה על הטעות וכית-המשפט, ללא בירור עניני מקיף ויסודי של הנתונים, אישר את הזיכוי. במצב כזה, לא נראה בעצם הכולל גדול בין משפט (שאיננו משפט של ממש אלא רק הליך פורמלי, בשיתוף פעולה בין הצדדים, כפי שהיה גם בפרשת נאפסו) לכין חנינה עם הודעה מוסמכת שנפלה טעות – מתן free pardon לפי המינוח שבו משתמשים באנגליה, כדי להבדיל החלטה

48 בין החוקרים בכעיה של עיוות-דין בארה"ב (במיוחד בפשעים חמורים) נמנה קרימינולוג ישראלי, אריה רטנר. ראו: A. Rattner "Convicted But Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System" *Law and Human Behavior* 12 (1988). וראו גם מאמרו של א' רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג (השנ"ג) 262; וראו: A. Rattner, G. Weiman and G. Fishman "Cross Ethnic Identification and Misidentification: The Israeli Case" *Sociology and Social Research* 74 (1990) 73. ראו למשל, הארגונים הללו: Lifelines; Amicus Capital Legal Assistance; The Justice Center in New-Orleans. הארגון האחרון מעסיק גם מספר משפטנים בריטיים, שחלקם עובדים בהתנדבות. לחיבור של עבודתם ראו: "Penalty Cause" *Lawyer's Gazette* (10th February 2000) 26. בכותרת משנה, שם, כתוב: "UK lawyers are becoming increasingly involved in the cases of death row prisoners, many of whom are wrongly sentenced" (my emphasis — L.S.)

49 לאחר זיכויים וכו אנשי קבוצת מע"צ לפיזיויים, ראו תפ"ח 4063/98 הררי נ' מדינת ישראל (לא פורסם). בע' 9 לפסק-דין זה תואר מהלך הענינים שהוביל לזיכוי: "המדינה הודיעה על חזרתה בה מן האישומים בכתב האישום במשפט החוזר בשל חלוף הזמן ואובדן חלק מחומר החקירה שגרמו לכך שאין בידה כיום תשתית ראיתית כדי לבסס את אשמתם של הנאשמים (המבקשים)" — בהמשך מתייחס בית-המשפט (בפיו של השופט משאלי) לעמדה זו של התביעה: "רואה אני לנכון לציין כי אני דוחה את הספק המשתמע אולי מטיעוני המשיבה, שחזרה בה מן האישומים בכתב האישום שהגישה במשפט החוזר, בדבר חפותם של המבקשים וקובע כי הינם זכאים במלוא מובן המילה!" (בע' 11). רצוי לציין כי במקרה זה הסכים היועץ המשפטי לממשלה למשפט החוזר, אולם זאת לאחר שאחד החוקרים חשף את מלוא הליקויים והחריגות שהתלוו לחקירת המקרה כפי שתואר על-ידי בית-המשפט: "... אחד מקציני המשטרה שחקרו הפרשה... החליט (כעבור שנים לא מעטות) להתוודות על המעשים הנפשעים שנקטו נגד המבקשים על-ידי חוקרי המשטרה שהביאום למסור את הודאותיהם" (בע' 11). שוב ניתן לקבוע שללא גילוי זה של אדם בתוך המערכת, כלל לא ברור מה היה עולה בגורלם של הנאשמים. אותו איש משטרה ראוי למלוא ההערכה על נכונותו להודות במעשים החמורים שנעשו, אך אין בכך ערוכה שבמסגרת של משפט חוזר, תמיד ניתן יהיה להגיע לתקר האמת. הרי ללא אותה אורחות מופתית (וגם זה לקח שנים), ספק אם היה קיים משפט חוזר לקבוצה, או אם היו מזוכים לאחר דיון מלא. ובכן, נשאלת השאלה אם אין עוד מקרים דומים שלא נתגלו (ולא יתגלו), וכיצד להיערך, ללא עזרה "מבפנים" למען תיקונם של טעויות.

### על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי

כזו מחנינה שניתנה מתוך חסד. היתרון בהליך זה על-פני משפט חוזר שנעשה בהסכמה, הינו שהבדיקה נעשית על-ידי אנשים עצמאים, אשר אינם קשורים לאותה המסגרת, היא הפרקליטות, אשר נושאת באחריות לטעות המקורית. ולהבהיר מצב זה יצויין כי הפרקליטות היא גם הממליצה בפני היועץ המשפטי לממשלה בנושא משפט חוזר, כפי שקרה בפרשת עזריה. ניתן להניח שלאנשי הפרקליטות יש קושי להיות אובייקטיביים בבדיקתם.

ובכן, יש חשיבות למקרים שהתבררו בבית-המשפט ושאפשרו זיכוי בהסכמת התביעה: פרשת נאפסו, שהיתה ערעור פלילי שהתנהל שנים רבות אחרי ההרשעה המקורית, בשל המצב המשפטי המיוחד של ערעורים במסגרת של ערעור לבית-המשפט העליון על פסק-דין בבית-דין צבאי<sup>50</sup>; פרשת אבו סעדה שהיתה ערעור רגיל שהפתרון לו בא מתוך ערנות והגינות של הפרקליטות; פרשת מע"צ, שהיה משפט חוזר שהתנהל שנים לא מעטות אחרי שחרור האסירים מבית-הסוהר. חשיבות המקרים הינה בהכרה של טעות שיפוטית והיכולת לתקנה. אולם, לפעמים יש מצבים שאין מנוס מאשר להפעיל את המסגרת של חנינה, בשל סיבות שונות – למשל, כאשר התנאים למשפט חוזר אינם קיימים (כגון: כאשר הנתונים המוכיחים את הטעות אינם קבילים, או כאשר הסניגוריה כשלה בנייהול התיק, ואין אפשרות לתקנה, או כאשר האמת נשארת לוטה בערפל) אך הספקות בקשר לחפותו של האדם הולכים וגוברים, גם בלי להגיע לדרגה של ודאות – והמקרה של פרשת ברנס<sup>51</sup> הינו הדוגמא המובהקת, כי ללא ספקות הללו, לא היה מקום להתערב במתן חנינה לגבי מקרה כה חמור של אונס ורצח. מן הראוי להזכיר כי ברנס עצמו לא רצה לקבל חנינה, אך שוכנע להסכים לכך, כאשר נאמר לו כי בחוץ יכול היה להמשיך לנהל ביתר שאת ויעילות את מאבקו על חפותו – ואכן המאבק מתנהל זה שנים רבות, אך משפט חוזר עדיין אין<sup>52</sup>.

אולם, בניגוד לברנס, יש אסירים המעדיפים, בשל סיבות שונות (כולל אישיות או בריאותיות למשל), להגיש בקשה לחנינה שבה הם טוענים לחפותם – וכמובן יש אסירים (כמו עזריה) אשר בקשתם למשפט חוזר נדחית על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ובהמשך על-ידי בית-המשפט, ולכן אין להם מנוס אלא להמשיך את מאבקם במסלול החנינה. מסגרת זאת של חנינה איננה נחשבת כחלק מן ההליך הפלילי<sup>53</sup>,

50 לגישה ביקורתית להליך המשפטי שהיה בפרשת נאפסו, ראו ש"ז פלר "פיקוח בית-המשפט העליון על הלכות מערכת השיפוט הצבאי; פסק-הדין כענין נאפסו – הראשון מסוגו, האם גם תקדים במהותו?" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 53. כאשר הותר ערעור מבית-דין צבאי לבית-המשפט העליון, לא נקבעה הגבלה של זמן להגשת ערעור – ולכן, לאחר מאבק ממושך, התאפשר הערעור שנים רבות לאחר-מכן.

51 על הפרשה כולה, ראו ע' גולרברג האמת על פרשת ברנס (תשמ"ג).

52 בעת כתיבת מאמר זה מתבררת בקשה של ברנס למשפט חוזר.

53 כללית, ראו: K. Moore Pardons: Justice, Mercy and the Public Interest (Oxford, 1989).

## ליאון שלף

אלא כמעין מסגרת של חסד (ולפעמים גם של תכסיסים פוליטיים או אידיאולוגיים, למשל במקרה של שחרור מוקדם באופן מופרז של אנשי המחותרת היהודית)<sup>54</sup>, או לאחרונה, ההחלטה לשחרר, בניכוי שליש ממאסר את הרוצח, שקולניק, שהרג בדם קר מחבל שנתפש והוחזק כאשר ידיו ורגליו כפותות)<sup>55</sup>.

אך מעבר לכך, יש אנשים, הזועקים את זעקתם על חפותם, ובירור יסודי יוכיח כי יש מידה לא מבוטלת של אמת בפיהם, וכי הצדק (החלקי) יכול להיעשות רק במקרה שתינתן להם חנינה. מן הראוי שבעולם המשפטי-האקדמי תהיה מודעות לכך, על-מנת שמלוא ההליך הפלילי יובן אל נכון. ברצוני להציג, בתמציתיות, מסוג הבעיות המובאות לפיתוחם של גורמי החנינה, שבחלקם הייתה היענות לקיצור העונש מעבר לתקופה המקובלת, ואין אלא להסיק מכך, שהייתה לפחות הבנה, אפילו אם לא הסכמה, לטענות שנטענו; ובחלקם הבירור עדיין בעיצומו, ואין אלא לקוות שתהיה הבנה והיענות לבקשות. בניגוד למאמר המאלף של סג'רו וקרמניצר, אין בכוונתי לפרוס את התמונה במלואה, אלא רק להצביע על סוג הבעיות המתעוררות, סוג הטעויות המתגלות וסוג הטענות המושמעות. מן הראוי שהעוסקים במשפט פלילי לא יתעלמו מן המציאות הזאת, מתוך מחשבה (מוטעית) כי מדובר בנושאים שאינם קשורים להליך פלילי ממש. ההליך הרישמי אולי תם, אך הפרשה לא תמיד נשלמה — וגורלם של בני-אדם לעולם חייב להיות לנגד עינינו — הן במסגרות מעשיות שבהן נעשה הטיפול במקרים כאלה, והן בעולם האקדמי, לבל לא נתנתק מן המציאות שלמענה מלמדים וחוקרים. אבקש להציג חמישה מיקרים:

א) כפרשת שלמה משה<sup>56</sup>, זכה האסיר לקיצור משמעותי בעונשו, ואף זאת רק לאחר מאבק של שנים רבות; מדובר, בין השאר, במקרה של שוד שבמהלכו נרצח הקורבן — והמעשה ברצע על-ידי שלושה אנשים. אחד מהקבוצה הפך להיות עד מדינה, ויצא "נקי" לחלוטין — אם תרצו, קיבל "חנינה" מן הפרקליטות. אדם שני עשה עיסקת טיעון שלפיה הודה בשוד והריגה. ועל בית-המשפט היה להכריע אם האדם שבמורדיו הרג את הקורבן היה הנאשם, אשר הכחיש מכל וכל מעורבות במעשה, אם כי ידע על עצם הביצוע, כי לאחר שנהרג הקורבן (שלא היה בתכנון המעשה) באו להתייעץ איתו כיצד להימלט מזרועות החוק. ובכך, לאחר ימים ספורים, נעצרו שלוש הדמויות הללו — הנאשם, עד המדינה ועושה עיסקת הטיעון — ביחד עם עוד אדם שנחשד בביצוע המעשה, הוא אחיו של עד המדינה. מתוך הקבוצה

54 ראו דיון בנושא זה במאמרי "סוף מאסר בחנינה תחילה", לעיל הערה 31.  
55 על שקולניק הושט עונש מאסר עולם חובה, אך הוא זכה פעמיים בקיצור עונשו, ולאחר הפחתת שליש מעונשו שוחרר לאחר רצוי כשבע שנות מאסר. נגד שיחרורו המוקדם הוגשו מספר עתירות לבג"צ, כולל של היועץ המשפטי לממשלה. בעת כתיבת מאמר זה, הדיון בעתירה טרם הושלם.

56 לבירור השיפוטי של המקרה ראו ע"פ 881/78 משה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 97.

הזו, רק אחד, הוא הנאשם, ביקש להיבדק במכונת אמת; כידוע אמצעי זה איננו קביל בבית-המשפט, אולם המשטרה מרבה להשתמש בו, במהלך הקירותיה. ובכן, הנאשם נבדק במכונת אמת, על-פי בקשתו, והתגלה כדובר שקר. השאלה המהותית שבה שיקר, היתה שאלה חכמה – הוא לא נשאל אם ביצע את השוד והרצח, אלא אם הוא ידע מי עשה זאת. לשאלה זאת שיקר הנאשם, דווקא על-מנת להגן על חבריו, שאף הם היו נתונים במעצר באותו הזמן. כאמור, הם לא הסכימו להיבדק במכונת אמת – והמשטרה, מצויידת בנתון מרכזי שאחד מחברי הקבוצה שיקר, התחילה לבנות את התיק סביבו. עד המדינה טען כי הנאשם הוא אשר ירה, וכי היו רק שלושה אנשים בזירת הרצח – ובכך כמובן דאג לשיחורו המוחלט של אחיו! אולם בפרשיה זו, המענינת והחשובה ביותר הינה העובדה כי "האדם השלישי" – זה שעשה עיסקת טיעון, הפך את אשמתו להריגה וכך ניצל מעונש מאסר עולם – נתן שתי גירסאות שונות לחלוטין. במשטרה הוא מסר שהיורה היה הנאשם, אך במשפט עצמו, נוכח השופטים, מסר עדות בה טען כי הנאשם כלל לא היה בזירת המקום, וכי השלישי בחבורה היה אחיו של עד המדינה. בית-המשפט העדיף שלא להאמין לו, ולתת אימון דווקא בהודעה שמסר למשטרה, וכך, על-פי עדותו המפוקפקת של עד מדינה ושל הודעה במשטרה של שותף לעבירה, הורשע הנאשם ברצח ושוד, והוטל עליו עונש מאסר עולם. לבסוף שוחרר לאחר כעשר שנות ריצוי העונש<sup>57</sup>. ניתן להניח כי בקשה למשפט חוזר, אפילו בתנאים הקלים יותר מאז שונה החוק, היתה נתקלת בהתנגדות של הפרקליטות שכן זיכוי של הנאשם במשפט חוזר, היה מחייב פתיחת תיק חדש לחפש את השלישי בקבוצה, עם כמובן סיכוי קלוש ביותר להשיג הרשעה; וספק רב אם ניתן היה להעמיד את עד המדינה לדין אחרי משפט חוזר בו זוכה הנאשם,

(ב) מעשה אחר היה גם הוא קשור לשני אחים. בפרשת אורי טו<sup>58</sup>, שני אחים, שגרו בשכונת עם הנאשם, הודו בכך שהיו מעורבים בשוד ורצח שבוצע בשכונתם, ובעיסקת טיעון, הודו בשוד והריגה, שבגינם הוטלו עליהם עונשים של שמונה-עשרה שנים וחמש-עשרה שנים (ההבדל כנראה על רקע עברם הפלילי השונה); שניהם העידו כי היה איתם אדם שלישי, הוא הנאשם, והוא זה אשר ירה בקורבן. הנאשם הכחיש מכל וכל מעורבות במעשה; יצויין כי באותו הלילה, הם היו ביחד, כי כולם גרו באותו הבניין, שהיה גם מול הבית של הקורבן. באשר למספר האנשים שהשתתפו בשוד וברצח (אם שניים, קרי האחים, או אם שלושה), לא היו שום עדויות עצמאיות.

57 יצויין כי במהלך המשפט, לאחר שנמסרה אותה עדות כי לא הנאשם אלא אחיו של עד המדינה השתתף בשוד, והוא אשר ירה, נחקרו החשדות הללו, אולם התקבל ה-alibi שלו על מעשיו באותו היום, כאשר אישור לסיפורו בא מפיה של אימו: כמובן דברים האלה כלל לא הובאו לידיעת בית-המשפט. כללית, בענין הבעיות של עד מדינה, ראו ע' גרוס עד מדינה (תשמ"ח).

58 ע"פ 365/87 טו נ' ממשלת ישראל, פ"ד מג (2) 199.

הנאשם הורשע והגיש ערעור לבית-המשפט העליון. בפתיח של פסק-הדין בערעור, נכתב כי בפעולה של השוד שהסתיים ברצח, היו מעורבים שלושה אנשים, כאשר זהותם של שניים ידועה, ותפקידו של בית-המשפט לקבוע מי הוא האדם השלישי. כמובן שהנחת היסוד הזו בטעות יסודה, כי המשפט התנהל בעיקר סביב השאלה אם בכלל היה אדם שלישי. הרי שני האחים היו היחידים שידעו לספר על האדם השלישי, בעוד הנאשם עצמו הכחיש שהשתתף איתם באותו מעשה שוד שהסתיים ברצח. בניגוד למה שנאמר בפסק-הדין, תפקידו של בית-המשפט כלל לא היה לקבוע מי הוא האדם השלישי, אלא לברר אם בכלל היה אדם שלישי! קביעת תפקידו של בית-המשפט, יש בה כדי להעלות סימן שאלה רציני באשר לביורר שהתקיים, ודיוק ממצאיו, ואין זה משנה שבפסק-דין זה היו עוד שני שופטים של בית-המשפט העליון שהוסיפו את ה"אני מסכים" לפסק-דין המוטעה בעליל, לפחות בנקודת המוצא שלו. עונשו של הנאשם נקצב בהמשך באמצעות חנינה, לשמונה-עשרה שנים, כגודל העונש שהוטל על אחד האחים<sup>59</sup>. גם במקרה זה, ניתן להניח כי הפרקליטות היתה מתנגדת למשפט חוזר, כי משמעותו של זיכוי מפורש הינה ששום אדם לא היה נושא במלוא האחריות לרצח עצמו.

ג) בפרשת שמעון גוטמן<sup>60</sup>, הורשע הנאשם ברצח על רקע שליתת חבילה ממולכדת בדואר שהתפוצצה עם היפתחה, ושלושה אנשים נהרגו. במהלך החקירה מסר הנאשם מספר הודעות, חלקן סותרות. היו בהן גם הודאות, אומנם מעורפלות, שהיוו כסיס להרשעתו. הוא הכחיש את האשמה וטען בבית-המשפט שהודאה בשל מכות שספג במהלך החקירה. בית-המשפט העדיף את גירסת המשטרה, שההודאה לא הוצאה בכוח, למרות שהיו תעודות רפואיות, על-פי בדיקה של רופא ממשלתי, שהנאשם נתבל כשבועיים לפני הבדיקה הרפואית, מועד שתאם את תקופת מסירת ההודאות. היום, ניתן להוסיף כי חקירתו התנהלה פחות או יותר באותה התקופה ובאותו המחוז שהתנהלה החקירה נגד אנשי מע"צ. מן הראוי להוסיף אף זאת כי נתגלו בדירתו מספר רימונים; טענתו היתה שהם הוטמנו שם על-ידי מאן דהוא —

59 יצוין כי במקרה זה נמסרה גם עדות של בת-זוגו של אחד האחים. הואיל והשניים היו במעצר ושניהם גם שינו את גירסתם המקורית — מן ההכחשה של כל קשר לענין לגילוי על מעורבותם (השולית במקרה של בת-הזוג) של שניהם, מתוך העברת עיקר האשמה על הנאשם — התייחס בית-המשפט לשאלה אם היתה באפשרותם לתאם עמדות. בית-המשפט קבע שלא היתה אפשרות כזאת לאחר מעצרו — אולם בתיק בית-המשפט, יש גם מסמכים שהוגשו מטעם התביעה אשר מהם עולה כי שניהם מסרו עדות כאותו היום ובאותו המקום, וכי העדות הופסקה באמצע לזמן די ממושך שהיה מאפשר מפגש ביניהם. בנוסף לכך, כמו במקרה של עזריה ישנם שיבושים רבים בתמליל של הקלטות שנעשו — למשל שיחות בין האחים כשפה ערביה, שלא תורגמו: וכן סיכום על-פני מספר דקות בתמליל (כמקום פירוט מילה במילה) דווקא כאשר האחים, כשיחה שהוקלטה, התחילו לרמוז על פיכרוק התיק על-מנת להציל את עצמם מן העבירה העיקרית ולגלגל את האשמה על הנאשם.

60 ע"פ 782/81 גוטמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם).



טענה שנדחתה. כמובן שיש בטענה זו להטיל דופי בגורמים משטורתיים, אך לנוכח הממצאים בפרשת אברו סעדה, ניתן להעלות אפשרות כי חריג כזה אכן קרה<sup>61</sup>.  
(ד) פרשה אחרת מעוררת חשד כבר עוד יותר של תקירה משטרתית לקויה ביותר, כאשר הפגמים נעשו בכוונה על-מנת שלא לחשוף את האמת כולה — אמת אשר היתה מובילה את החקירה לכיוונים לא רצויים מבחינת המשטרה. מדובר בפרשת פנחס רחמיאן<sup>62</sup>, אשר הורשע ברצח אישתו, ונדון למאסר עולם, עונש שהוא עדיין מרצה. במקרה הזה, ייתכן כי יש מקום להגשת בקשה למשפט חוזר, אולם בשלב זה מונחת בקשה לקבלת חנינה. אשת הנאשם נהרגה במהלך תקרית שאירעה בביתם, בנוכחות כל ששת ילדיהם. התקרית התרחשה כאשר אישתו, לאחר העדרות של כמה שבועות שבהם הנאשם טיפל במסירות בילדיהם (וזאת בזמן מלחמת הטילים ב-1991 שבה גם מילא תפקיד כשרות מילואים של הפעלת הצפירות) הציגה בפניו צו להוצאתו מן הבית. היא לוותה על-ידי אחיה, שהוא שוטר, אם כי בא איתה שלא בתפקיד; הנאשם עשה הכנות לקראת יציאתו מן הבית, ובהיות הבית בגדה המערבית, הציטייד גם בנשק שהחזיק ברשות. התפתח דין ודברים בין הצדדים ובמהלך התקרית נפלטו מספר כדורים, שאחד מהם פגע באישתו של הנאשם, חדר לגופה וגם יצא ממנו. אחיה היה זה שהזעיק את אנשי המשטרה לזירה, אך הוא פנה לא לתחנת משטרה הקרובה ביותר (בקלקיליה) אלא לתחנה שבה שירת (בטול-כארם). שוטרים מן התחנה הזו הם אשר עשו את הבדיקה הראשונית, וזאת בנוכחות האח. נאספו מספר כדורים ונרשם תרשים של המקום, כולל ציון המקומות שבהם נמצאו כדורים. כדור אחד חדר למגירה ועל התרשים סומן באופן ברור החור שנפער כתוצאה מכך. הנאשם נעצר באותו היום והוגש כתב אישום נגדו. מספר חודשים לאחר התקרית, ביקר הסניגור במקום כדי להתוודע לזירה, והוא גילה שהכדור שחדר למגירה עדיין שם! ומיד הודיע על כך למשטרה. ייתכן כי זה הכדור הקטלני (אשר, כפי שנאמר, גם יצא מגוף הקורבן). היה כמובן צורך לערוך בדיקה בליסטית בכדור זה מיד לאחר המקרה ולבדוק את התאמתו לנשק של הנאשם — ושל אחרים שהיו נוכחים במקום, כולל אחיה של הקורבן, אשר נשקו כלל לא נבדק ולא ידוע לאף אחד אם הופעל בזמן האירוע — נתון חשוב מאד במכלול ההיבטים של המקרה. השאלה המתבקשת הינה אם היה כאן מחדל תמים, אם כי חמור, בעת שנערכה הבדיקה במקום, או האם היתה כאן כוונה מראש שלא למצות את הליך בירור האמת עד תום? שוב, פרשת אברו סעדה מעלה אפשרות סבירה כי טעות כה חמורה בעת הבדיקה לא היתה מתוך שיכחה או סתם רשלנות. האמת היא כי לא ברור אם ניתן היום לדעת מאיזה נשק

61 נתון מענין נוסף בפרשת גוטמן, הינו העובדה כי לפי עדות מומחית מטעם תביעה, החתימה (כשם ברזי) על הפתק בדואר, אינה של הנאשם; בית-המשפט יצא מתוך הנחה כי הנאשם פעל בשיתוף עם עוד אדם, אשר הוא זה שחתם בחתימת זיוף על הפתק — אך לכך לא היו שום הוכחות.

62 ע"פ 1788/92 רחמיאן נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 94 (2) 1390.

## ליאון שלף

נורה הכדור, וספק אם משפט חוזר יכול לתקן את טעות המשטרה מלפני כמעט עשר שנים<sup>63</sup>.

ה) גם בפרשת אברהם חי'אב<sup>64</sup>, מדובר בהרשעה של אדם בגין רצח אישתו. במקרה הזה, היא נפטרה מתשניק, ובית-המשפט קבע כי נחנקה על-ידי בעלה. היא היתה אישה חולה, משותקת חלקית, וסבלה בעבר ממחלת הנפילה (אפילפסיה). יש כמובן, באופן תיאורטי, סיכוי שהיא נחנקה בעת התקפה אפילפטית. אולם אפשרות זו נדחתה על-ידי הפתולוגית הממשלתית, אשר ערכה את הבדיקה, וקבעה שידי של אדם גרמו למותה; מסקנה זו איננה מופיעה בחוות-דעתה המקורית, בה נקבע אך ורק שהיא מתה מחניקה, אשר כמובן הסיבות לכך יכולות להיות שונות, כולל התקף אפילפטי. הקביעה שהתשניק נגרם על-ידי לחץ שהופעל נגדה על-ידי אדם, נקבעה רק בשלב מאוחר יותר בחוות-דעת חדשה, שבה קיימת אך ורק הקביעה הזאת, כמעין תוספת לחוות-דעת המקורית. כמובן ניתן להעלות על הדעת כי הרופאה הפתולוגית נזכרה ששכחה לכתוב קביעה זאת ואז דאגה, מתוך מומחיות ואחריות ראיות, לתקן את טעותה, או אולי שעברה על החומר למען עריכת בדיקה חוזרת בחומר על-מנת להיות בטוחה שהיא לא טעתה, ואז שמה לב למחדל שלה עצמה. ייתכן שזה מה שקרה, אך ישנה אפשרות אחרת, הרבה יותר סבירה, והיא שהתוספת לחוות-הדעת נעשתה לאחר בקשה כזו מטעם הפרקליטות; סברה זו קשורה לנתונים בתיק, כי חוות-דעת עם התוספת נושאת תאריך של יום לפני הגשת כתב-האישום. ניתן להניח — ושוב פרשת אבו סעדה נותנת חיזוק לכך — כי בעת שעשו את ההכנות האחרונות לקראת כתיבת כתב-אישום והגשתו לבית-המשפט, הבין מישוהו בפרקליטות כי ישנו חסר רציני ביותר בתיק באשר לחומר הרפואי, קרי מה גרם לחניקה? ואז בשיחה התבקשה הפתולוגית למלא את החסר ולהוסיף את אותו המשפט, שבהעדרו, ספק אם ניתן היה להרשיע את הנאשם, מה עוד שמנגד היו הוכחות על מחלת האפילפסיה שממנה סבלה בעבר. בתיק הזה ישנו גם חומר מדאיג נוסף; ההרשעה ברצח נקבעה ברוב דעות, כאשר השופט ברעת המיעוט הציע להרשיע את הנאשם בהריגה, כי לא שוכנע שהיתה לנאשם כוונה תחילה, אולם אמר וסתם ולא נתן שום הנמקה לעמדה זו. יתכן, בתנאים כאלה, כי מן הראוי היה שבית-המשפט העליון, בערעור, יחזיר את התיק ויבקש הבהרות והנמקות לעמדתו, על-מנת שאת מלאכתו בערעור יוכל לעשות ביתר יסודיות ומיומנות. לצערנו, דבר כזה לא נעשה. לא ניתן לדעת היום מה היו שיקוליו של שופט בית-המשפט המחוזי לנקוט בעמדה זו. ניתן גם להעלות השערה, שאולי חשב גם על אפשרות של חפתו של הנאשם, דבר שבוודאי היה

63 דומני כי היכט זה של התיק מקבל משנה משמעות נוכח אי-הסדרים שהתגלו בפרשיות עזריה ואבו סעדה וכן שורה של חריגות ופעולות פסולות של אנשי המשטרה כפי שהתגלו בשנת 1999, חלקם הגדול קשורים לפרשת נמרודי המסונפת.  
64 ע"פ 3177/91 חי'אב ג' מדינת ישראל (לא פורסם).

### על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי

מחייב הנמקה מפורטת, אך בהיותו ממילא כדעת מיעוט החליט להסתפק בקביעה סתמית של הרשעה בהריגה, ביודעו שהרוב הוא אשר קובע ושהעונש בכל מקרה (אם ההחלטה פה-אחד, ואם הוא ברוב דעות) הוא אותו עונש החובה של מאסר עולם. מכל מקום, בערעור פעלו השופטים ללא עזרה של הנמקה מפורטת לעמדתו של שופט המיעוט, ומשזו חסרה, התיק כולו פגום והאפשרות של החלטה שגויה קיימת במלא חריפותה<sup>65</sup>.

בכל חמשת המקרים המתוארים בחרתי להציג רק נקודה אחת בה הטעות בולטת לעין ומעלה סימני שאלה ככדים באשר לצידקת הכרעתו של בית-המשפט. בכל אחד מהם יש נתונים נוספים המצביעים על חשש סביר וכבוד שנפלה טעות שיפוטית. ניתן להניח כי גם חמשת המקרים אינם אלא מתי מעט מתוך טעויות רבות אחרות, ולא רק במקרי רצח, שם אגב ניתן להניח כי המערכת, לאורך כל ההליך, פועלת בזהירות מירבית וביתר יסודיות. קל להניח שבמקרים פחותים בחומרתם, טעויות גם קורות. הרי לא ייתכן כי אין טעויות, אולם, למעט כמה חריגים כגון בפרשיות נאפסו, קבוצת מע"צ, ואבו סעדה לא השכילה המערכת לחשוף את אותן הטעויות לאחר תום ההליך הרגיל.

כדברי סיכום אבקש להעיר הערות ספורות:

(א) חשיפת הפעולות הפסולות של אנשי מערכת אכיפת החוק בפרשת עזריה (למשל, הבערת בגדים בניגוד לחוק, דבר שמונע אפשרות של בדיקות DNA), ובפרשת אבו סעדה (למשל, הסתרת ראיות נחוצות לסניגוריה בטענת סרק של ענין בטחוני) חייבת להוות סימן אזהרה באשר לאפשרות של חריגות נוספות ודומות לגבי פרשיות אחרות, ולהעלות בשיקוליהם של המטפלים בתיקים שבהם טענות כאלה הועלו (אם במסגרת של בקשה למשפט חוזר או במסגרת של בקשה לחנינה) את האפשרות שגם בתיקים נוספים היו אי-סדרים. הרי מאז שנחשפו לראשונה החריגות שאפיינו את שיטת החקירה של שירותי הביטחון ועד לקביעה הנחרצת של בג"צ שיש לשים קץ לעינויים שהתרחשו, כנראה, כענין שבשיגרה, עברו כחמש-עשרה שנים, זמן ארוך מידי עד לתיקון המעוות, כאשר מדובר בעשיית צדק ובגורלם של אנשים.

65 במקרה זה, חלק גדול מן הבעיות בתיק קשורה לחומר שהוגש מטעם התביעה – כאשר כנראה נעשה חישוב לא נכון לגבי פרק הזמן שעבר עד שהנאשם הזעיק עזרה נוכח מצבה הקשה של אישתו. בית-המשפט כנראה לא שם לב לעובדה ששני אמכולנסים הגיעו, ולכן טעה בחישוב של פרק הזמן – וגם התעלם מן העובדה כי התבזבו גם זמן של מספר דקות בגלל הפרעה בקו הטלפון באותו היום, שעל כך יש הוכחות בחומר שהוגש עליידי הפרקליטות. בנושא זה מדובר ברישום של המסמכים של מגן דוד אדום וכן, תמליל של הקלטת שיחות טלפון למד"א; וראו: A. d'Amato "The Ultimate Injustice: When a Court Mistakes the Facts" *Cardozo L. Rev.* 11 (1990) 1313. לאחרונה, שוחרר חיאיב ממאסר לאחר כעשר שנים בכלא.

(ב) במאמר זה, נדונו כמה מקרים שבהם החריגות של אנשי המערכת לאכיפת החוק, הפרו הן את מצוות החוק והן את כללי ההגנות. ישנם גם מקרים שבהם פעולותיהן של המשטרה והפרקליטות הינן הרבה יותר מעודנות, והרבה יותר קשה לחשפן; למשל, בחקירתם של מקרי מוות, יש אפשרות כי הפרקליטות תחליט להעמיד לדין חשוד ברצח, ביודעה כי אין בידיה ראיות מוצקות בעבירה זו, והכל מתוך תקווה (ואולי הנחה המעוגנת בניסיון העבר) שלצעד כזה יש סיכוי שיוביל לגישושים מטעם הסניגוריה להגיע להסדר טיעון בעבירה של הריגה, ובלכד שיוסר מעל החשוד האיום של הרשעתו ברצח, אשר לצידו ישנו עונש מאסר עולם. כך דומני היה במקרה של כרמלה בוחבוט<sup>66</sup>, כאשר הודתה בהריגה, כנראה מחשש (סביר ומוכן) של היחשפה לעונש של מאסר עולם, אם טענתה שהיא פעלה מתוך הגנה עצמית לא תתקבל<sup>67</sup>. דומני כי ישנה שורה שלמה של נאשמים אשר מוכנים להודות בהריגה (כאשר אין מחלוקת לגבי העובדה שמותו של הקורבן נגרם על-ידי הנאשם), אך נסיבות המקרה טעונים בדיקה עניינית על-ידי בית-המשפט, ובדיקה כזאת לא מתבצעת בשל הסדר הטיעון וההודאה אשר באה בעקבותיו. כמו-כן, בתנאים כאלה נבצר לעתים מן הנאשם לפרוס בפני בית-המשפט את מלוא נסיבות המקרה, כי הרי אם בית-המשפט נוטה להאמין לו ולקבל את גירסתו, הרי דבר כזה עומד בניגוד להודאתו בגין הריגה, הודאה שלה הסכים כדי למנוע סכנה של עונש מאסר עולם. ממלכוד משפטי זה, אין דרך של הימלטות. במילכוד זה נמצא כעת כמיל מאוס אשר הודה באשמת הריגה, אם כי די ברור מעיון בתיק שסביר להניח כי הוא פעל בהגנה עצמית, כאשר האדם שנהרג חדר לביתו, כאשר המון זועם עומד בחוץ, וזאת על רקע סכסוך שכנים שהגיע לממדים קשים. בדיקה מדוקדקת של השתלשלות העניינים מעלה אפשרות סבירה ביותר כי מותו של המנוח נגרם בפעולה של הגנה עצמית. בתנאים כאלה, אין סיכוי רב למשפט חוזר ושוב פריסת התמונה כולה מתאפשרת רק במסגרת של חנינה.

(ג) בחוות-דעתו של השופט קדמי בפרשת אבו סעדה הוצג רעיון שראוי שיזכה לטיפול נאות – והוא, כדבריו של השופט:

”כישלונם של הגורמים הנוגעים בדבר, בהערכת חשיבותו של המידע האמור להגנה, מצדיק, לדעתי, בחינת הנהגתו של הסדר פנימי, שלפיו בעתירה להסרת חיסיון מכוחו של סעיף 45 לפקודת הראיות, תוצג עמדת המדינה על-ידי פרקליט שהוא 'זר' לדיון העיקרי, כפי שהדבר נעשה בדרך-כלל, בדיון בעתירה להסרת חיסיון מכוחו של סעיף 44 לפקודה. נראה, שמעורבות בעניין העיקרי, מקהה את החושים בקשר להערכת חשיבותו של מידע חסוי

66 ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 647.  
67 ראו: לי שלף "בין הריגה פלילית לבין הגנה משפטית" פלילים ו (תשנ"ח) 89; ג' פ' פלציר "ההגנה עצמית של נשים מוכות" פלילים ו (תשנ"ח) 65.

להגנה, וראיה לכך בעוכרה, שכחינת המידע החסוי בעיניים 'זרות' לדיון העיקרי – מצידו של פרקליט מהלשכה הראשית של פרקליטות המדינה – הביאה במקרה דנא לחשיפת התקלה"<sup>68</sup>.

לדברי השופט קדמי, הרעיון הזה ראוי שיבוא ליישום בנוהלי הפרקליטות. הואיל וגם השופטים כערכאה הראשונה לא השכילו למנוע את הטעות, אולי מן הראוי שרעיון כזה יופעל גם לגבי הדרג השיפוטי. ממילא ראוי שהשופטים לא ידעו בכלל מה נמצא בחומר החסוי. רעיון מאותו סוג אשר הוגש בזמנו לוועדת גולדברג, אך לא התקבל, הוא שבמשפט פלילי שבו מתנהל "משפט זוטא" על קבילות של הודאה, רצוי ששופט שאיננו קשור למשפט עצמו ינהל חלק זה של ההליך, וזאת כדי למנוע מן השופטים את החובה לקבוע, בשלב כל-כך מוקדם של הדיון, את אימונם בדברי הנאשם. הרי במשפט זוטא, כמעט בכל המקרים, הדיון נסוב על טענות הנאשם (בדרך-כלל כעד יחיד) שהודאתו נמסרה במהלך חקירה לא תקינה; ומולו, יש בדרך-כלל, עדויות של מספר בעלי תפקידים המכחישים את גירסתו וטוענים לתקינות החקירה. ברגע שכית-המשפט קובע שאיננו מאמין לנאשם, אזי עמדתו בהמשך באשר לאמינות העדות העיקרית תושפע בוודאי מהתרשמותו האישית השלילית מן הנאשם בעת שנערך משפט הזוטא. אפילו אם השופט מסוגל להבחין בין שני השלבים (ודומני שאין הרבה דוגמאות לכך), עדיין נשארת תחושה של קיפוח מצידו של הנאשם כלפי ההליך, מצב שרצוי למנוע, אפילו מתוך שיקול של מראית עין. ובכן, רצוי ששופט "זר" להליך ינהל את משפט הזוטא (ואולי אף עוד בטרם נפתח המשפט עצמו).

ד) לסיכום, ניתן להביע את התקווה שבעת שיתקיימו הדיונים וההחלטות על אודות הרפורמה במערכת השיפוטית, בעקבות הדו"ח של השופט אור<sup>69</sup>, שהם לא יתרכזו אך ורק בהיבט המוסדי והמבני או בבעיות הקשורות למעמדם של השופטים בדרגים השונים, אלא שתהיה גם התייחסות להיבטים בעייתיים של ההליך הפלילי אשר רק מקצתם פורטו במאמר זה; רצוי גם שהאקדמיה, בנוסף לצד הפורמלי של החוק, לא תזניח את הירידה לפרטים, לא תתעלם מן הצורך בחשיפה של ליקויים, לא תאטום אוזן לזעקה של גדונים, לא תתכחש לצורך לתקן טעויות, מחדלים ועיוותי-דין ספציפיים מסוגים שונים, ולא תוותר על הצורך לשפר, נוכח סוגיות בעייתיות שמדי פעם צצות. אסור לראות כל חריגה שמתרחשת ככשל שולי או חד-פעמי, אלא כזריעת אור על בעיות אחרות, דומות, אפילו אם פחות חמורות, אשר הינן חלק מן המערכת הפלילית לכל שלביה.

68 לעיל הערה 21, בע' 842.

69 ועדת אור: דו"ח הוועדה לבדיקת מכנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (תאודור אור, יו"ר, (תשנ"ז). בוועדה כיהנו כחברים: השופטת טובה שטרסברג-כהן, פרופ' ברוך כרחה, עו"ד ד"ר אמנון גולדנברג, עו"ד חיים קלוגמן ועו"ד פנחס רובין.

## ליאון שלף

כפי שיש להצטער על ההיבט השלילי שבפרשת אבו סעדה ופרשת עזריה, יש לברך על פעולות החיוביות של הפרקליטות ובית-המשפט העליון לחקן את הטעון תיקון בערעורו של אבו סעדה, ויש לברך גם על מאמרו החשוב של סנג'רו וקרמניצר בחשיפתם המפורטת והמסודרת את פרשת עזריה.