

בג"ץ 2757/13
קבוע לדיון ביום 3.6.15

בבית המשפט העליון
בפני כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים מלצר וברון

יצחק זוזיאשווילי
ע"י ב"כ עו"ד שי חמו
טלפקס : 04-8668818

העותר

נגד

המשיבים

1. מדינת ישראל
2. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466701 ; פקס : 02-6467011

הסניגוריה הציבורית
ע"י ב"כ עו"ד קרן אבלין-הרץ ועו"ד רענן גלעדי
מהסניגוריה הציבורית הארצית
רח' הנרייטה סולד 4, ת.ד. 33246, תל אביב 61332
טל': 03-6932609, 03-6216331 ; פקס : 03-6932617

עמדת הסניגוריה הציבורית כידיד בית המשפט

בהמשך לבקשת הסניגוריה הציבורית מיום 16.4.15 להצטרף כידיד בית המשפט, ובהתאם להחלטות בית המשפט מיום 30.4.15 ומיום 14.5.15, מתכבדת הסניגוריה הציבורית להגיש את עמדתה באשר לסוגיה העקרונית המתעוררת בעתירה: **זכותו של נידון, אשר הורשע בפסק דין חלוט, לבצע בדיקות מדעיות במוצגים שבידי המדינה במטרה לבחון האם מתקיימת בעניינו עילה למשפט חוזר ולשקול האם להגיש בקשה למשפט חוזר.**

תמצית העובדות וההליכים המשפטיים פורטו בעתירה ובכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 23.11.14. בשל קוצר היריעה לא נחזור עליהם. בשל הגבלת מספר העמודים שהוקצו להצגת עמדת הסניגוריה, יוצגו להלן עיקרי הדברים בלבד. הרחבה בחלק מהנושאים מובאת בעתירה בבג"ץ 5968/11 **הסניגוריה הציבורית הארצית והסניגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל ועובדיה שלום** (להלן: **בג"ץ עובדיה שלום**). נזכיר כי העתירה בבג"ץ **עובדיה שלום** צורפה על ידי הסניגוריה הציבורית לתיק העתירה הנוכחית, במסגרת בקשת הסניגוריה מיום 8.7.14 להגשת מסמך - בקשה אשר התקבלה בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 23.7.14.

תמצית עמדת הסניגוריה הציבורית ומבנה הטיעון

1. עמדת הסניגוריה היא שלנידון עומדת זכות לבצע במוצגים בדיקות גם לאחר תום ההליך המשפטי. זכות זו נגזרת מהזכות החוקתית להגיש בקשה למשפט חוזר, שכשלעצמה מעוגנת בחוק יסוד: השפיטה וכן נגזרת מהזכויות החוקתיות לחירות, לכבוד, לשם טוב ולהליך הוגן. כפי שיובהר בהמשך, עריכת בדיקות במוצגים היא דרך מרכזית וחיונית להגשמת ומימוש הזכות החוקתית לבקש משפט חוזר, ופגיעה בה חייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. הזכות לערוך בדיקות לאחר המשפט היא לכל הפחות זכות מינהלית, ואולי אף חוקתית. ככלל היא גוברת במשקלה על אינטרסים נגדיים. משכך יש לעצב את גבולותיה כך שכברירת מחדל, בהיעדר שיקולים חריגים כבדי משקל, יתאפשר לנידון לממשה. עמדת הסניגוריה היא, כי האיזון שנקבע בבש"פ 3303/14 **בר יוסף נ' מדינת ישראל** (9.7.14) (להלן: "**ענין בר יוסף**") הוא ככלל נכון וראוי מבחינה מעשית (בכפוף להערות שיפורטו בהמשך), ואין להיעתר לטענות המשיבים המבקשות לכרסם באיזון זה.

2. הטיעון שיוצג על ידי הסניגוריה יתחלק לשלושה חלקים עיקריים. **החלק הראשון** יעסוק בהיבט הנורמטיבי-העקרוני של הסוגיה העומדת להכרעה בעתירה זו. הסניגוריה תטען כי הכרה בזכות (המינהלית או החוקתית) לעריכת בדיקות מדעיות בתום ההליך המשפטי היא קריטית בשיטת משפט המכירה באפשרות להיווצרותן של טעויות והמעוניינת לאפשר את תיקונן. **החלק השני** יסקור את הדין המצוי הפרטני שנהג במשפטנו עד כה ביחס לסוגיה זו ואת הפסיקה העדכנית שעסקה במעמדה ובהיקפה של הזכות לעריכת בדיקות בתום ההליך המשפטי. **החלק השלישי** יתייחס לטענות שהעלו המשיבים בכתב התשובה שהוגש מטעמם.

א. עריכת בדיקות במוצגים לאחר תום ההליך המשפטי – הטיעון הנורמטיבי-העקרוני

1. מוסד המשפט החוזר והזכות החוקתית לבקש משפט חוזר

3. מוסד המשפט החוזר נועד לתקן עוול נורא שייתכן שהמדינה גרמה לאדם. על תכליתו - תיקון טעויות חמורות שנפלו בפסק הדין, ובראשן הרשעת החף - ניתן ללמוד מסדרה ארוכה של החלטות שניתנו על ידי בית משפט נכבד זה. הליך המשפט החוזר נועד לאפשר בחינה מחודשת של ענין שנפסק בו סופית, כשנוצר חשש כי הכרעת בית המשפט – בטעות יסודה. משמעותה של החלטה בדבר עריכת משפט חוזר אינה כי הנידון זכאי ואין ללמוד ממנה כי בפסק הדין נפלה בהכרח טעות חמורה. כל שניתן ללמוד מהחלטה זו הוא כי בית המשפט העליון השתכנע שקיימת הצדקה לבחון את האשמה פעם נוספת.

4. האפשרות לבחון מחדש הליך משפטי חלוט מגלמת את ההכרה במגבלות מלאכת השפיטה ואת הנכונות של מערכת המשפט להביא לתיקון של טעויות. "מעשה השפיטה הוא מעשה אנוש, וככל אנוש גם השופט עשוי לטעות" (מ"ח 6148/95 **עזריה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 334, 356 (1997)). הליך המשפט החוזר נועד ליצור "מנגנון דיוני שיאפשר לתקן, במקרים החריגים בהם הדבר יידרש, טעות שנפלה בהרשעה, מתוך הכרה בחשיבות השאיפה לחקר האמת" (מ"ח 6042/12 **בדארנה נ' מדינת ישראל** (12.2.14)). וראו גם: מ"ח 4811/12 **אלקדר סאלם נ' מדינת ישראל** (2.5.13), פס' 20; בג"ץ 177/50 **ראובן נ' יושב ראש וחברי המועצה המשפטית**, פ"ד ה 737, 751 (1951); מ"ח 5568/09 **סביחי נ' מדינת ישראל** (31.8.11), בפס' 19).

5. הרשעתו של חף מפשע היא בבחינת טרגדיה אנושית ותקלה חוקתית וציבורית קשה. הנזק הנוצר בעקבות הרשעת שווא הוא רחב ומתרחש בכמה מעגלים. הפגיעה הקשה ביותר נגרמת לנידון, שזכויותיו החוקתיות הבסיסיות נשללו ללא הצדקה. הוא הוכתם בכתם פלילי בגין מעשים שהוא לא חטא בביצועם. כאשר להרשעה מתלוות סנקציות חמורות – כי אז לפגיעה בזכותו החוקתית של הנידון לשם טוב מתווספת פגיעה חמורה בזכותו החוקתית לחירות ולכבוד, ובחירויות יסוד נוספות. מעגל נוסף של נפגעים הם בני משפחתו וקרוביו של הנידון. ההיבט הנוסף של הרשעת שווא עניינו בנזק הנגרם לציבור בכללותו (ובכלל זה גם נפגעי העבירה). האינטרס הציבורי הוא שמערכת המשפט תרשיע אשמים ותזכה חפים. הרשעת שווא משמעה – לעיתים – שהעברין האמיתי ממשיך להסתובב חופשי ולכן הרשעת שווא פוגעת בבטחון הציבור. הרשעת שווא פוגעת גם בדמותה המוסרית של החברה ובאמון הציבור במערכת המשפט. הציבור מבקש להאמין שמערכת המשפט יודעת להבחין בין אשם לחף. אך אמון הציבור במערכת המשפט נפגע גם כאשר נוצרת תחושה שהמערכת אינה

מכירה בטעויותיה. "המשפט החוזר טומן בחובו לא רק את ההכרה במגבלותיה של השפיטה, אלא גם את אמון הציבור בהכרה עצמית זו של מערכת השפיטה את גבולותיה" (דברי הנשיא א' ברק במ"ח 5048/04 **אייזן נ' מדינת ישראל** (20.11.05) בפס' 28; וראו גם **ענין עזריה**, בעמ' 354).

6. מנגד, אל מול הרצון להגיע לחקר האמת ולתקן עוול חוקתי חמור שנגרם לפרט ולחברה בשל הרשעה שגויה, ניצב האינטרס הציבורי בסופיות הדיון. מערכת המשפט אינה יכולה להרשות לעצמה לדון ללא סוף באותו ענין. לכן אין חולק, כי כאשר מדובר בהליך משפטי חלוט, נקודת המוצא היא כי ההרשעה – בדין יסודה. הליך המשפט החוזר הוא אפוא הליך חריג. אך זהו חריג רב חשיבות, שאופיו חוקתי. הוא מגלם את האיזון בין החובה הציבורית לאפשר חשיפת טעויות ותיקון עוולות, לבין האינטרס להציב סוף להתדיינות.

7. במשפטנו קיימת לנידון, אשר הורשע בפסק דין חלוט, הזכות לעתור למשפט חוזר. האפשרות העקרונית לבקש משפט חוזר עוגנה בנורמה חוקתית – סעיף 19 לחוק יסוד: השפיטה, הקובע כי "בענין פלילי שנפסק בו סופית ניתן לקיים משפט חוזר בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק". **מוסד המשפט החוזר הוא אפוא מוסד חוקתי, וזכותו של נידון לבקש משפט חוזר היא זכות חוקתית. היא נגזרת הן מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והן מחוק יסוד: השפיטה.**

2. הזכות לבצע בדיקות כאמצעי להגשמת זכותו החוקתית של נידון לבקש משפט חוזר

8. בית המשפט הנכבד כבר עמד בעבר על הקשר שבין הזכות להגיש בקשה למשפט חוזר לבין הזכויות החוקתיות לחירות, לכבוד ולהליך הוגן (ראו למשל: מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, 559, 564 (1999); מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 375, 354 (2002); בש"פ 9711/08 **סיבוני נ' מדינת ישראל** (11.1.09) בפס' 8; בש"פ 8858/14 **שקלים נ' מדינת ישראל** (11.1.15)). כאמור, קשר זה למישור החוקתי עולה גם מעצם עיגונו של מוסד המשפט החוזר בנורמה חוקתית – חוק יסוד: השפיטה. מנקודת מוצא זו נגזר גם הדיון במעמדה ובהיקפה של הזכות לערוך בדיקות מדעיות בתום ההליך המשפטי. זכות זו מאפשרת לנידון לבחון אם התגבשה בעניינו עילה למשפט חוזר, לשם מימוש זכותו החוקתית לבקש משפט חוזר.

9. ויודגש: לעיתים, עריכת בדיקות במוצגים היא הדרך היחידה העומדת לנידון להוכיח שעומדת לו עילה למשפט חוזר. במקרים אלה, מניעת האפשרות לערוך בדיקות **מרוקנת מכל תוכן** את יכולתו של הנידון להגיש בקשה אפקטיבית למשפט חוזר (ראו: אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" **מעשי משפט** ה' 193, 200-202 (2013); להלן: **פינק ורוזנברג-רובינס**). על כן, **שלילת הזכות לבצע בדיקות במוצגים משמעותה פגיעה קשה בעצם זכותו החוקתית של הנידון לבקש משפט חוזר.**

10. המחלקה למשפטים חוזרים בסניגוריה הציבורית הארצית עוקבת בקפדנות אחרי פסיקתו של בית המשפט הנכבד בתחום המשפטים החוזרים. למיטב ידיעתנו – מאז חקיקת חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 הורה בית המשפט על עריכת משפט חוזר ב-24 מקרים (נספח המפרט את המקרים **מצורף ומסומן "א"**). עיון בעילות שעל בסיסן הורה בית המשפט על עריכת משפט חוזר מעלה כי **ב-17 מבין 24 המקרים** ההצדקה לערוך משפט חוזר התבססה על עילת הראיות הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. דהיינו, במרבית המקרים ההצדקה למשפט חוזר נמצאה בראיות חדשות שלא הוצגו לערכאה הדיונית או לערכאת הערעור. הנתונים הללו ממחישים גם הם, כי לשלילת הזכות לערוך בדיקות במוצגים, או לצמצום היקפה, השפעה ישירה על האפשרות של נידונים לממש את זכותם החוקתית לבקש משפט חוזר.

11. מכאן עמדתה של הסניגוריה הציבורית כי **צמצום הזכות לעריכת בדיקות במוצגים בתום ההליך המשפטי תהיה בעלת השפעה דרמטית על יכולתה של מערכת המשפט בישראל לתקן הרשעות שווא.** בדיקות מדעיות הנערכות במוצגים עשויות להוליד ראיות חדשות בעלות משקל אשר למערכת המשפט ולחברה בכללותה יש חובה מוסרית לבחון אותן. ראיות חדשות מעין אלה עשויות לאמת או לשלול את טענת החפות של הנידון. לעיתים, וכזהו המקרה של ראיית הדנ"א, בכוחה של בדיקה מדעית לא רק לאמת את טענת החפות של הנידון, אלא גם להצביע על זהותו של מבצע העבירה האמיתי, או למצער על עצם קיומו של מבצע כזה.

12. נוסף כי לדעת הסניגוריה הציבורית, הזכות לערוך בדיקות במוצגים לאחר המשפט מעוגנת גם בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובע כי "הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגוריו... לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה". כידוע, מכח הוראה זו הנאשם זכאי במהלך המשפט לא רק לעיין בחומר כתוב אלא גם לבצע בדיקות במוצגים. אין כל סיבה להניח – לא על פי לשון החוק ולא על פי תכליתו – שזכות זו מסתיימת כאשר ההליך הופך חלוט. "בכל זמן סביר" יכול וראוי להתפרש כמתייחס גם לשלב שלאחר המשפט. כפי שיבואר בהמשך, לאמיתו של דבר הפסיקה לא קבעה מסמרות ביחס לסוגיה זו.

3. הזכות לבצע בדיקות במוצגים לאחר המשפט ניתנת לפגיעה רק לפי תנאי פסקת ההגבלה

13. לדעת הסניגוריה, די במה שנאמר עד כה כדי להוביל למסקנה שגישתה העקרונית של המדינה, הרואה בהיעדרות לעריכת בדיקות במוצגים לאחר תום ההליך המשפטי חריג נדיר, במקום להיפך – ברירת מחלל הכפופה לחריגים, היא גישה שגויה הנוגדת את המבנה החוקתי של שיטת המשפט בישראל. בפרק זה נוסף ונטען, כי הזכות לבצע בדיקות במוצגים לאחר המשפט ניתנת לפגיעה רק לפי תנאי פסקת ההגבלה.

14. הזכות לעריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט היא לכל הפחות זכות מינהלית, וייתכן שאף זכות חוקתית. היא אמצעי להגשמת הזכות החוקתית לבקש משפט חוזר. כזכות מינהלית, הזכות לעריכת בדיקות נובעת בין היתר מחובת ההגינות המוטלת על כל רשות מינהלית, וכן מזכות העיון הפרטית (שהיא הזכות המינהלית לעיין בחומר שבידי הרשות הנוגעת לפונה, אף ללא קשר להליך פלילי). המדינה חייבת ככלל להניח שישנה אפשרות כי לנידון שפנה אליה לקבלת המוצגים אכן נגרם עיוות דין חמור, וכן שישנה אפשרות כי הוא לא יוכל להוכיח זאת ולא יוכל להגיש בקשה אפקטיבית למשפט חוזר ללא הבדיקות שהוא מבקש לערוך. ההגינות המינהלית מחייבת אותה, ככלל, לאפשר לו זאת; וכך מחייבת אותה, ככלל, גם זכות העיון המינהלית. כזכות חוקתית, הזכות לעריכת בדיקות עשויה להיגזר מהזכות החוקתית לבקש משפט חוזר, שכשלעצמה נגזרת, כאמור, מחוק יסוד: השפיטה ומהזכויות החוקתיות לחירות, לכבוד, לשם טוב ולהליך פלילי הוגן ("כל זכויות-הבת הנגזרות מזכות-האדם לכבוד האדם הן במהותן זכויות-מסגרת. על כן אפשר לגזור מהן זכויות-נכדה וזכויות-נינה"; אהרן ברק **כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה**, כרך א 305 (2014)). כמו כן היא עשויה להיגזר מהזכות החוקתית להליך מינהלי הוגן, הנגזרת אף היא מהזכות החוקתית לכבוד ("נמצא כי כל אותם היבטים של ההליך המנהלי ההוגן הבאים להגן על כבוד האדם או למנוע פגיעה בו הם חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, וזאת בגדרי זכות-הבת להליך הוגן"; שם, **כרך ב**, בעמ' 876). וראו עוד: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי - כרך א** 495-497, 567 (2010) ("עולה מן הפסיקה שההגנה החוקתית על הזכות להליך מינהלי הוגן עשויה להיות נגזרת של ההגנה החוקתית על הזכות הפרטיקולרית שההחלטה המינהלית עלולה לפגוע בה (לדוגמה, ... ההגנה על הזכות לחירות אישית בהליכים המשפיעים על זכות זו...)"); יורם רבין ורועי פלד "הזכות החוקתית לקבל מידע" **ספר דליה דורנר** 463 (2009).

15. כמובן, העובדה שקיימת זכות לעריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט, אין משמעה כי לא ניתן לפגוע בזכות זו. כידוע, הן בזכויות מינהליות והן בזכויות חוקתיות ניתן לפגוע בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין כפיפות החלטות מינהליות לעילת המידתיות המינהלית ולמבחנים השאובים מפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, ראו למשל: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי - כרך ב** 775-777 (2010). פגיעה בזכות החוקתית לבקש משפט חוזר יכולה להיעשות לפי תנאי פסקת ההגבלה. גם פגיעה בזכות (המינהלית או החוקתית) לערוך בדיקות במוצגים לאחר המשפט, שנועדה להגשים את הזכות החוקתית לבקש משפט חוזר, יכולה להיעשות לפי תנאי פסקת ההגבלה. **מכאן, שניתן לפגוע בזכותו של נידון לערוך בדיקות במוצגים לאחר המשפט, ובלבד שפגיעה זו נעשית לפי חוק (כך מתחייב גם מעקרון החוקיות), לתכלית ראויה ובמידה שאינה עלולה על הנדרש**. למותר לציין כי הפגיעה בזכות עלולה להתרחש גם בדרך של הימנעות מפעולה, כלומר על דרך המחלל, ואף מחלל כזה צריך לקיים את תנאי פסקת ההגבלה (ראו לעניין זה גם את פסקת הכיבוד - סעיף 11 לחוק היסוד). נמצא, כי הכלל הוא שאין לפגוע בזכות לעריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט. **ברירת המחלל היא היעדר פגיעה**. החריג הוא פגיעה המקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

16. למותר לציין כי הצדדים - הנידון והמדינה - יכולים גם להסכים ביניהם בנסיבותיו של מקרה נתון כי בשלב המקדמי שלפני הגשת הבקשה למשפט חוזר לא ייערכו בדיקות במוצגים (למשל כדי למנוע התכלות של הראיה או כדי להימנע מפגיעה מיותרת בנפגעי העבירה); וכי תחת זאת המדינה תקבל על עצמה **הנחה דיונית, לצורך הבקשה למשפט חוזר בלבד, כי תוצאות הבדיקות, אילו נערכו, היו תואמות לאלו שהנידון מקווה להן**. פגיעה כזו בזכות לעריכת הבדיקות, אשר תיעשה בהסכמת הנידון, תהיה פגיעה מידתית. כמובן שבמקרה של הנחה דיונית מוסכמת כזו, המדינה עדיין תוכל לטעון במסגרת תשובתה לבקשה למשפט חוזר, כי גם אם תוצאות הבדיקות אכן יהיו כפי שהנידון מקווה, עדיין אין בכך כדי להצדיק משפט חוזר (כפי שהיא טוענת גם בענייננו).

4. הערה על סמכותה המינהלית העצמאית של הסניגוריה הציבורית לבצע בדיקות מכח סעיף 18(א)(9) לחוק

17. עיון בכתב התשובה של המשיבים מעלה כי הם אינם מבחינים בין אופן פעולתה של הסניגוריה הציבורית בתחום המשפטים החוזרים לבין פעילותם של סניגורים פרטיים בתחום זה (ראו למשל כיצד כורכים המשיבים את פעילותם של אלה עם אלה בפס' 35 לכתב התשובה), וסבורים שבשני המקרים יש להחיל מבחנים זהים לענין האפשרות לבצע במוצגים בדיקות. **הסניגוריה הציבורית תבקש להדגיש, כי לאור הסמכות הקבועה בסעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 אין מקום לדון בשתי הקבוצות כבמקשה אחת. כמו כן, לדעת הסניגוריה, שאלת סמכויותיה אינה מתעוררת בעתירה הנוכחית ועל כן אין מקום להכריע בה**.

18. שאלת סמכויותיה המינהליות המיוחדות של הסניגוריה הציבורית עמדה במרכז העתירה שהוגשה על ידה בבג"ץ עובדיה שלום הנ"ל. באותו מקרה החליטה בסופו של דבר המדינה להיעתר לדרישת הסניגוריה ולאפשר לה לערוך בדיקות דנ"א במוצגים, על מנת שהסניגוריה תוכל להחליט אם יש מקום שתייצג בבקשה למשפט חוזר את מי שפנה אליה (עובדיה שלום). **בית המשפט הנכבד מופנה אפוא לטעון המפורט המובא בענין זה בבג"ץ עובדיה שלום, אשר לא הגיע שם להכרעה שיפוטית**.

19. נציין בקיצור רק את הדברים הבאים, אשר עשויים לתרום גם להבנה כוללת יותר של נושא דיוננו בעתירה הנוכחית. סעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית קובע כי זכאי לייצוג הסניגוריה:

"נידון המבקש משפט חוזר, שנתקיים בו אחד התנאים האמורים בסעיף 15(א)(1) עד (3) או (ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ואשר הסניגור הציבורי הארצי קבע שיש מקום להגיש בעבורו בקשה למשפט חוזר"

20. עילת זכאות לייצוג זו נוספה לחוק בשנת 2001, במסגרת תיקון 28 לחוק בתי המשפט. בעקבות התיקון הוקמה בסניגוריה הציבורית הארצית המחלקה למשפטים חוזרים, שהיא מחלקה ייחודית העוסקת בטיפול בפניות אלה, מיון, וייצוגם בפני בית המשפט העליון של נידונים שהוחלט להגיש עבורם בקשה למשפט חוזר.

21. מצוותו של סעיף 18(א)(9), כי הסניגור הציבורי הארצי יקבע עבור מי יש להגיש בקשה למשפט חוזר, מחייבת אותו להפעיל שיקול דעת מהותי. בכך נבדלת הוראת סעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית מעילות ייצוג אחרות הקבועות בחוק הסניגוריה הציבורית, הקובעות אמות מידה 'טכניות' לייצוג של אדם. הסמכות להחליט על ייצוג במימון ציבורי בבקשות למשפט חוזר היא אפוא סמכות ייחודית המסורה לסניגור הציבורי הארצי. בגדרה של סמכות זו, ועל מנת להכריע האם במקרה פלוני יש מקום להגיש עבור הפונה בקשה למשפט חוזר, פועלים הסניגור הציבורי הארצי והמחלקה למשפטים חוזרים **כרשות מינהלית**. כדי להגיע למסקנה האם במקרה פלוני יש להורות על ייצוג ציבורי של נידון בבקשה למשפט חוזר, והאם מתקיימת בעניינו – לדעת הסניגור הציבורי הארצי – עילה למשפט חוזר, נדרשת המחלקה למשפטים חוזרים לבצע בדיקות שונות, כשבשלב זה אין הסניגוריה מייצגת את הנידון. או אז, מתבצעות פעולות שונות ובהן: איתור החומר הרלבנטי למקרה; לימוד התיק לעומקו; ובדיקת האפשרות שקיימות ראיות חדשות – באמצעות עיון במסמכים, **עריכת בדיקות שונות**, התייעצות עם מומחים, בקשת חוות דעת, שיחות עם עדים ומעורבים אחרים ועוד.

22. עריכת בדיקות מאפשרת לסניגוריה הציבורית לבצע ניפוי של פניות לא מוצדקות, וגם בכך היא מקדמת את האינטרס הציבורי. סמכות הסניגוריה לבצע בדיקות נלמדת גם מדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק מ-2001:

"סעיף 15(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, מסמך כיום את בית המשפט למנות סניגור ציבורי לשם הכנת בקשה למשפט חוזר. ברם, השימוש בסעיף זה נדיר מאוד מאחר שבעת הדיון בבקשת המינוי, אין בפני בית המשפט תשתית עובדתית המאפשרת לו לברר אם יש מקום להגשת בקשה כאמור. במקרים רבים כל שיש בפני בית המשפט הוא פניה נרגשת של נידון הטוען לחפותו, וזאת בלא הנמקה וטיעונים משפטיים ועובדיים מסודרים. בהעדר תשתית עובדתית ראויה, קיים קושי רב בהחלטת בית המשפט בדבר מינוי סניגור ציבורי לנידון.

לפי התיקון המוצע, אדם המבקש משפט חוזר יוכל לפנות לסניגוריה הציבורית הארצית ולבקש שסניגור מטעמה ייצג אותו בהגשת בקשה למשפט חוזר. **הסניגור הציבורי הארצי יוסמך להורות על בדיקה מוקדמת שבמסגרתה יוכל סניגור ציבורי לעיין במסמכים, לשוחח עם עדים ולאתר ראיות רלוונטיות.** אם בסיום הבדיקה המוקדמת יסתבר שיש מקום להגיש בקשה למשפט חוזר, ושלכאורה נתקיימה עילה מהעילות למשפט חוזר, אזי תוגש בקשה בעבור הנידון. מאידך גיסא, אם בתום הבדיקה יתברר שאין בסיס לבקשה, יוכל הסניגור הציבורי הארצי לדחות את בקשתו של הנידון, ואזי הסניגוריה הציבורית לא תגיש בקשה בעבורו. **דרך זו תיצור מעין מסננת, אשר תאפשר להבחין בין בקשות שיש בהן ממש לבין בקשות סרק** (ה"ח 2830 (התש"ס) 42) (ההדגשות אינן במקור – ק.א.ה).

23. עד כמה קפדני הליך הסינון שמבצעת הסניגוריה הציבורית ניתן ללמוד מהעובדה, כי בממוצע מוגשות לבית המשפט העליון רק 1-2 בקשות למשפט חוזר בשנה, וזאת מבין עשרות פניות המוגשות לסניגוריה מדי שנה. רק בחלק קטן מאוד מהמקרים, לאחר לימוד התיק לעומקו, מבקשת הסניגוריה גם לבצע בדיקות במוצגים.

24. למותר לציין כי בכובעה כרשות מינהלית נהנית הסניגוריה הציבורית, ככל רשות אחרת, **מחזקת התקינות.**

25. על רקע דברים אלה, בכל הנוגע לפעילות הסניגוריה בתחום המשפטים החוזרים ולסמכויותיה המינהליות הנגזרות מהחוק, אין מקום לכרוך בין הסניגוריה הציבורית לבין סניגורים פרטיים המייצגים את לקוחותיהם. הדגשנו זאת, אף שכאמור לעיל, הסניגוריה סבורה שהזכות לבדיקת מוצגים היא זכות העומדת גם לנידון עצמו – אף ללא קשר לסמכויות ולחובות המינהליות המיוחדות שהמחוקק הטיל על הסניגוריה הציבורית.

5. החובה לשמור מוצגים בתום ההליך המשפטי

26. זכותו של נידון אשר הורשע בפסק דין חלוט לבצע בדיקות במוצגים נלמדת גם מקיומה של חובה, המוטלת על הרשויות, לשמור מוצגים בתום ההליך המשפטי. חובה זו מוסדרת בחוק הארכיונים, תשט"ו-1955 ותקנותיו. יודגש, כי בתוספת לתקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), תשמ"ו-1986, נקבעו תקופות שמירה המתייחסות לתיקים שונים, ובין היתר נקבעו שתיקי בית המשפט העליון ותיקי פשע חמור ישמרו **לצמיתות**. סעיף 5 לתקנות אלה אף מכיר באפשרות להתנגד לביעור תיק פלילי מטעמים של **כוונה להגיש בקשה למשפט חוזר**. בית משפט נכבד זה קבע שהוראות חוק הארכיונים ותקנותיו חלות גם על תיק המוצגים השייך להליך (ענין עזריה בעמ' 25; מ"ח 8498/13 אל-עביד נ' מדינת ישראל (12.2.15) בפס' 51).

27. תכלית החובה לשמור מוצגים היא לאפשר לבצע במוצגים אלה בדיקות. וכי מה טעם בשמירת המוצגים לאחר תום ההליך אם בפועל אין אפשרות להשתמש בהם? בית משפט זה כבר עמד על הקשר שבין החובה לשמור מוצגים לבין השאיפה לחקר האמת ולזכותו של נידון לבצע במוצגים אלה בדיקות (ענין אל עביד, בפס' 52; ענין סביחי, בפס' 62; ענין בר יוסף, בפס' 40). המשותף לביעור מוצגים ולמניעת האפשרות לערוך בהם בדיקות הוא שבשני המקרים נוצר **אפקט מונע**, שאינו מאפשר לנידון הטוען שקיימת בעניינו הצדקה לקיים משפט חוזר לשטוח את טענותיו בפני בית המשפט, ואינו מאפשר למערכת המשפט לבחון שמא שגתה.

6. תיקון הרשעות שווא במשפט האמריקני – דוגמא הממחישה את חשיבות הזכות לעריכת בדיקות במוצגים

28. בעבר, לא הייתה בארצות הברית חקיקה שהסדירה את הזכות לבצע במוצגים בדיקות מדעיות בתום ההליך. בתקופה זו, החלו בתי המשפט להכיר בזכות ולעצב את גבולותיה. כך למשל, בענין *Dabbs v. Vergari* 570 (N.Y.S.2d 765 (N.Y.) 1990 הורה בית המשפט העליון בניו-יורק לאפשר לנידון שהורשע באינוס לבצע במוצגים בדיקות דני"א, **לאחר שבמהלך המשפט נערכו במוצגים בדיקות כאלה**, אך המומחה לא הגיע לתוצאות חד משמעיות: "...to deny petitioner the opportunity to prove his innocence with such evidence simply to

ensure the finality of convictions is untenable... Consistent with society's 'overriding concern with the justice of the finding of guilt'... the courts, as well as the prosecution, must be vigilant to correct a "mistake" (שם, 769). לפסיקה נוספת מאותה עת ראו את העתירה בבג"ץ עובדיה שלום הנ"ל, בפס' 108-109. לסקירה השוואתית נוספת ראו **פינק ורוזנברג-רובינס**, בעמ' 196-198.

29. ככל שחלפו השנים, התחזרה חשיבותן הרבה של בדיקות הנערכות לאחר תום ההליך המשפטי. ב-1992 נוסד בבית הספר למשפטים קרדוזו שבניו-יורק ה-"Innocence Project". מייסדי הפרויקט בחרו לבחון את טענותיהם של נידונים המרצים מאסרים ארוכים באמצעות בדיקות דנ"א. בדיקת המוצגים הובילה לחשיפת 329 מקרים של הרשעות שווא, מאז נוסד הפרויקט ועד היום. **מבין 329 הרשעות השווא – ב-140 מקרים הובילו הבדיקות במוצגים לאיתור העבריין האמיתי**, לאחר שנעשתה השוואה ונמצאה התאמה בין פרופיל הדנ"א שהופק מהמוצג לבין זה השמור במאגר הדנ"א המדינתי (ראו: <http://www.innocenceproject.org/>).

30. בעקבות פרויקט החפות אשר בבית הספר למשפטים בקרדוזו, נוסדו ברחבי ארצות הברית ארגונים רבים נוספים העוסקים בייצוגם של נידונים הטוענים לחפותם. פעילות ענפה זו הובילה לחשיפתן של הרשעות שווא רבות נוספות. פרופ' סמואל גרוס (Gross) מבית הספר למשפטים באוניברסיטת מישיגן ופרופ' רוב וורדן (Warden) מבית הספר למשפטים באוניברסיטת נורסווסטרן הם מייסדיו של "**המרשם הלאומי להרשעות שווא**" (National Registry of Exonerations). המרשם מתעד ומספק מידע באשר לכל מקרה שבו נחשפה בארצות הברית הרשעת שווא מאז 1989 ועד היום. **נכון לכתובת שורות אלה מונה המרשם 1,587 מקרים של הרשעות שווא. מתוכם, 390 מקרים שבהם חשיפתה של הרשעת השווא באה בעקבות בדיקות דנ"א במוצגים**. לפרטים נוספים ראו: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>.

31. נוכח הנתונים הללו והניסיון המצטבר – חשיבות הזכות לעריכת בדיקות מדעיות במוצגים הוכחה. בהדרגה, המדינות החלו לאמץ הסדרים חקיקתיים אשר עיגנו את זכותו של נידון לערוך במוצגים בדיקות מדעיות בתום ההליך המשפטי, עד שכיום, הסדרים כאלה קיימים בכל 50 המדינות בארצות הברית.

32. לסיום פרק זה נזכיר, כפי שצוין בבקשת הסניגוריה להצטרף כידיד בית המשפט, כי במהלך השנה החולפת הצטרפה הסניגוריה הציבורית, בתום הליכים ממושכים, כחברה ב'רשת החפות' (ה-Innocence Network) שהיא ארגון גג המאגד תחתיו 60 ארגונים מרחבי העולם הפועלים לתיקון הרשעות שווא (ראו: www.innocencenetwork.org). החברות בארגון זה אפשרה לסניגוריה ללמוד רבות על הנעשה בעולם בתחום המשפטים החוזרים, והאמור לעיל הוא חלק מכך (לצערנו לא יכולנו להרחיב בשל מגבלת העמודים).

ב. הדין המצוי הפרטני – הזכות לעריכת בדיקות במוצגים בפסיקה מאז ענין בר יוסף

33. השאלה אם קיימת לנידון עצמו זכות לערוך בדיקות דנ"א לאחר המשפט נדונה בשתי החלטות מרכזיות של בית משפט נכבד זה. בשתייהן דיון זה נערך כחלק מדיון רחב יותר בשאלת **זכות העיון** של נידון בחומר חקירה לאחר המשפט. לראשונה, במסגרת בש"פ 1781/00 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(4) 293 (2001). 13 שנים לאחר מכן, נדונה השאלה פעם נוספת בענין **בר יוסף**. ביני לביני, יושמו החלטות אלה בכמה מקרים נוספים.

34. סקירת הפסיקה הנוגעת לזכות לעריכת בדיקות במוצגים עד להחלטה בענין **בר יוסף** הובאה בעתירה בבג"ץ **עובדיה שלום הנ"ל** (ראו שם בעמ' 16-17), ובשל מגבלת העמודים לא נחזר עליה. בתמצית יצוין, כי פסיקה זו הכירה בקיום זכות עקרונית, העומדת לנידון שהורשע בפסק דין חלוט, לעיין בחומר ולבצע במוצגים בדיקות.

35. נוסף כי הפסיקה לא קבעה מסמרות בשאלה אם זכות זו מעוגנת בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי או שמא נוצרת רק מכח היקש לסעיף זה. בענין **שוורץ** בפס' 13 בית המשפט הביע ספק אם סעיף 74 חל על הליכי משפט חוזר, ובפס' 14 הוא רק הניח, לצורך המשך הדיון, כי הסעיף לא חל (נראה אפוא, בכל הכבוד, כי בענין **בר יוסף** נתפס בית המשפט הנכבד לטעות כשסבר כי בענין **שוורץ** נקבעו בענין זה מסמרות).

36. נשלים כעת את סקירת הפסיקה ונתייחס להחלטות החדשות אשר ניתנו לאחרונה.
37. בענין בר יוסף נקבע כי "כיום אין עוד מחלוקת בכל הנוגע לזכות העיון הנובעת מן ההכרה בהליך של משפט חוזר, ובתוך כך גם על הזכות לבקש כי בית המשפט יורה על עריכת בדיקה, לקראת משפט חוזר, בהתקיים התנאים המצדיקים זאת" (שם, בפס' 24). הודגש שם, שהניסיון שהצטבר בעולם מראה כי בזכות לעריכת בדיקות לאחר הרשעה גלומה תועלת, נוכח כך שהיא מהווה אמצעי לחשיפת טעויות ותיקון הרשעות שווא.
38. באשר להיקף הזכות לערוך במוצגים בדיקות, נקבע בענין בר יוסף, כי נוכח הזמן שחלף מאז ענין שוורץ והניסיון שהצטבר מאז, הרי שלצד המבחנים שנקבעו בענין שוורץ יש להיעזר באמות מידה נוספות, שאלה הן:
- (א) בצד השאלה אם הנידון יכול היה לערוך את הבדיקה המבוקשת במהלך המשפט ונמנע מכך, יש לבדוק גם מדוע הוא נמנע מכך, והאם עשה זאת במכוון; האם נטענה בהקשר זה טענה של כשל בייצוג והאם הוכחה; והאם ניתן היה לצפות שהתביעה תערוך ביוזמתה את הבדיקה המבוקשת כחלק מחובתה לחקר האמת.
- (ב) באשר למבחן ה"מטריאליות" – המתמקד בתרומתה האפשרית של הבדיקה לשינוי תוצאות המשפט – רף ההוכחה המוטל על הנידון נמוך מהרף המוטל עליו בבקשה למשפט חוזר עצמה. זאת, שכן "ההליך המקדמי של בקשה לעיון אינו אמור להיות 'חזרה גנרלית' של הבקשה למשפט חוזר עצמה" (ענין בר יוסף, בפס' 29). על כן, המבקש לערוך בדיקה "יידרש להוכיח, לכל הפחות, כי לתוצאות הבדיקה סיכוי מסוים לתרום לקבלת בקשה למשפט חוזר" (שם, שם).
- (ג) בהקשר לבחינת המטריאליות יש להבחין בין נידון הטוען לחפות מוחלטת לבין נידון הטוען למעורבות או אשמה פחותה. כאשר מדובר בטענה לחפות מוחלטת יש אינטרס ציבורי חזק יותר לאפשר את עריכת הבדיקה, שכן, במצב דברים זה אם טענת הנידון תתברר כנכונה, הרי שלא רק נגרם לנידון עיוות דין, אלא שהעברין האמיתי עודנו מסתובב חופשי (שם, בפס' 31). לכן, הנטל שיוטל על כתפי הנידון יהיה קל יותר.
- (ד) יש לתת משקל גם לעלויות הכרוכות בעריכת הבדיקה - הן עלויות כספיות והן "עלויות" נוספות, בהן השלכות הנוגעות לנפגעי עבירה. אך נקבע, כי עלויות אלה "אינן יכולות לעמוד לרועץ למבקש באותם מקרים שבהם מתקיימים במובהק המבחנים שמנה השופט חשין בענין שוורץ" (שם, בפס' 32).
- (ה) יש להתחשב בדחיפות הבקשה לעריכת הבדיקות, מההיבט של חשש לשינוי נסיבות, כגון השמדת ראיות, שיוביל לכך שהבדיקה לא תהיה אפשרית בעתיד (שם, בפס' 33).
39. בסופו של איזון, הורה בית המשפט בענין בר יוסף על עריכת הבדיקה המבוקשת (בדגימות ההיסטולוגיות שנלקחו מגופת המנוחה). זאת, אף שהנידון במקרה זה לא אחז בטענת חפות מלאה; אף שהבדיקה הייתה זמינה לעת המשפט; אף שהנידון לא שכנע באופן מלא שתוצאות הבדיקה בעלות פוטנציאל ממשי עבורו; וחרף התנגדות נחרצת של נפגעי העבירה. אולם נקבע, כי הנידון כן הצליח להראות כי בבדיקה טמון פוטנציאל בדרגת "סיכוי מסוים" מבחינתו; כי לא הוברר מדוע הבדיקה לא נערכה ביוזמת גורמי החקירה; כי קיימת דחיפות בעריכת הבדיקה נוכח חשש שהמוצג יושמד בעתיד; וכי מדובר בבדיקה הפשוטה לביצוע.
40. מאז ניתנה ההחלטה בענין בר יוסף, פורסמו מספר החלטות נוספות העוסקות בזכות העיון בחומרי חקירה לצורך בחינת האפשרות להגשת בקשה למשפט חוזר. בענין שקלים הני"ל נקבע כי לנידון שהורשע בפסק דין חלוט עומדת הזכות לעיין בחומרי חקירה במטרה לבחון אפשרות להגיש בקשה למשפט חוזר, וכי זכות זו נגזרת מן הזכות להגיש בקשה למשפט חוזר ומן הזכות להליך הוגן. לצד זאת נקבע, כי היקף פרישתה של זכות עיון זו מוגבל נוכח עקרון סופיות הדיון. באותו ענין בית המשפט דחה את הבקשה לעיין בחומרי החקירה והדגיש שהנידון הגיש במהלך המשפט בקשה לגילוי החומר המבוקש, ובקשתו נדחתה כבר אז.
41. על קביעות דומות חזר בית המשפט הנכבד בבש"פ 713/15 גור אריה נ' מדינת ישראל (5.2.2015). במקרה זה נקבע עוד, כי כאשר מדובר בנידון השוקל להגיש בקשה שנייה למשפט חוזר – כי אז זכות העיון העומדת לו מצומצמת מזו שעמדה לו ערב הגשתה של הבקשה הראשונה למשפט חוזר. כן נקבע, כי צמצום זכות העיון בשלב זה מתבקש גם נוכח העובדה שהנידון שם הורשע בעבירות שאינן חמורות וגזר הדין שהושת כלל מאסר מותנה בלבד. לדעת הסיניגוריה הציבורית מכלל זה עולה גם המסקנה המתחייבת במקרים הפוכים, דהיינו: כשמדובר במי שהורשע בעבירה חמורה הגוררת מאסר ממושך – יהיה זה שיקול נכבד לקבלת הבקשה לעיון.

42. בבש"פ 851/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (12.3.2015) (להלן: "**ענין פלוני**"), ביקש הנידון – אשר הורשע בביצוע עבירות מין – לעיין במסמכים רפואיים הנוגעים למתלוננת. בית המשפט קבע כי אין להתיר את העיון במסמכים המבוקשים, מאחר שהנידון לא הצליח להוכיח פוטנציאל ראייתי ברף שנקבע **בענין בר יוסף**, כלומר – **סיכוי מסוים** לכך שהעיון במסמכים יתמוך בטענותיו. לענין רף ה**סיכוי המסוים** הודגש (שם, בפס' 27):

"בשלב שבו מוגשת בקשה לעיון בחומרים לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר שומה על בית המשפט לאזן בין השיקול של סופיות הדיון לבין בחינת השאלה האם בבקשה טמון פוטנציאל מזכה – וזאת בהתאם לסטנדרט שאינו מחמיר כמו בשלב של הבקשה למשפט חוזר עצמה, אך בכל זאת מציב רף שיש לחלוף על פניו... רף זה מתייחס לסיכוי מסוים. אם כן, אין בכל רעיון שיעלה בדעתו של סניגור על מנת להצדיק פתיחה מחודשת של ההליך המשפטי – ולו של היבטים מקדמיים שלו".

עוד נקבע שם, כי במקרה של עיון במסמכים רפואיים של עד – יש להתחשב אף בפגיעה בפרטיותו של העד.

43. לבסוף יצוין, כי **בענין פלוני** נדחה חשש התביעה ל'**הצפה**' של בקשות עיון הנוגעות להליכים חלוטים (שם, בפס' 32). נקבע כי המענה לחששות מעין אלה הוא בהקפדה על היענות רק לבקשות המוצדקות.

ג. התייחסות לטענות שהמשיבים העלו בכתב התשובה מטעמם

1. החשש לפגיעה בעקרון סופיות הדיון כתוצאה ממתן אפשרות לערוך בדיקות במוצגים לאחר המשפט

44. טיעון מרכזי אשר שימש את המשיבים בסרבם לאפשר לעותר לערוך בדיקות במוצגים הוא החשש מפני פגיעה בעקרון סופיות הדיון (פס' 23 ואילך לכתב התשובה). הסינגוריה מסכימה כמובן כי עקרון סופיות הדיון חשוב ומשרת אינטרסים ציבוריים כבדי משקל. עקרון זה חולש על מוסד המשפט החוזר וכך ראוי שיהיה. לצד זאת יש להזכיר, כי משקלו של עקרון הסופיות מוגבל. אף המחוקק – אשר עיגן את הליך המשפט החוזר בחוק יסוד ובחוק רגיל – סבר שקיימות נסיבות המצדיקות סטייה מהסופיות ופתיחה מחדש של הליך חלוט.

45. מעבר לכך, לחשש שהובע על ידי המשיבים מפני פגיעה בסופיות הדיון בשלב ה**מקדמי** שבו מבקש נידון לערוך בדיקות במוצגים, אין עיגון ממשי. עיקר האיזון בין הרצון להגיע לחקר האמת לבין סופיות הדיון מתבצע עת ניגש בית המשפט להכריע בבקשה למשפט חוזר, ולא קודם לכן. בדיקות מדעיות הנערכות במוצגים כחלק מבחינת ה**אפשרות** להגיש בקשה למשפט חוזר, כשלעצמן, אינן פוגעות באורח ממשי בסופיות הדיון. פגיעתן בסופיות – ככל שהיא קיימת – מזערית בלבד. **ברוח זו נאמרו גם הערות ההרכב הנכבד בדיון המקדמי שנערך ביום 22.5.14 בעתירה דנן** (ראו את פרוטוקול הדיון).

46. למונח "סופיות הדיון" עשויות להיות משמעויות שונות, צרות או רחבות, בהקשרים שונים. **לא הרי הפגיעה הרחבה בסופיות הדיון כאשר בית המשפט מורה על עריכת משפט חוזר (החלטה שמשמעה ניהול המשפט מחדש), כהרי הפגיעה המינימאלית בסופיות הדיון הנגרמת בשלב שבו נידון מגיש בקשה למשפט חוזר. ולא הרי הפגיעה המינימאלית בסופיות הדיון כאשר מוגשת בקשה למשפט חוזר, כהרי הפגיעה המזערית (אם בכלל) כאשר הנידון רק מבקש לערוך בדיקות, וכלל לא ידוע אם בסופן תוגש בקשה למשפט חוזר.**

47. כאן המקום להזכיר, כי הזכות להגיש בקשה למשפט חוזר היא **זכות מוקנית** לכל מורשע. אם עצם הגשת בקשה למשפט חוזר היא פגיעה בסופיות הדיון, הרי שמדובר בפגיעה לגיטימית, מכוח חוק יסוד: השפיטה וחוק בתי המשפט. פגיעה מסוימת בסופיות הדיון היא חלק משיטת משפט דמוקרטית. פגיעה כזו יכולה להתרחש גם במרחב הציבורי הלבר-משפטי. דוגמא ל"פגיעה" כזו היא כתיבת מאמר הטוען להרשעת שווא.

48. יוער עוד כי באופן פרדוקסאלי, דווקא **מניעת** עריכתן של בדיקות במוצגים עלולה לפגוע בסופיות הדיון, שכן היא מאלצת את הנידון לפתוח הליך חדש בבית המשפט (כמו עתירה זו) כדי לכפות את הבדיקות.

49. "סופיות הדיון" איננה ערך כשלעצמה, אלא אמצעי להגשמתם של ערכים ואינטרסים אחרים. על מנת לנתח כראוי את מקומו ומשקלו של עקרון סופיות הדיון בהקשר עניינינו, יש לפרקו למרכיביו, כלומר לאינטרסים הקונקרטיים שעליהם הוא עשוי להגן, ולבדוק כל אחד מהם בנפרד.

50. מהפסיקה והספרות הענפה שעוסקות בעקרון סופיות הדיון ובמעשה בית דין בהקשרים שונים, פליליים ואזרחיים, ניתן לחלץ את שבעת האינטרסים העיקריים הבאים שעליהם סופיות הדיון נועדה להגן: (1) **יציבות הפסיקה והוודאות המשפטית**. (2) **אמון הציבור** במערכת המשפט. (3) **חיסכון במשאבים** של מערכת המשפט ושל בעלי הדין. (4) **החשת הטיפול בעניינם של בעלי דין אחרים הממתינים לתורם**. (5) **אינטרס חינוכי והרתעתי** כלפי הציבור הרחב וכלפי עבריינים בכוח. (6) **הגנה על נפגעי עבירה**. (7) **מניעת הטרדת בעל הדין שכנגד** בהליכים נוספים. ראו למשל: ענין קוזלי; ענין סביחי; ענין ברנס; ענין עזריה; ענין שוורץ; ענין בר יוסף; ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (2006); מ"ח 4990/14 דאוד נ' מדינת ישראל (2015); מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל (2012); מ"ח 6783/13 באשה נ' מדינת ישראל (2014); מ"ח 7724/05 מאייר נ' מדינת ישראל (2006); מ"ח 10262/09 פרי נ' מדינת ישראל (2010); ע"א 6019/07 טורג'מן נ' אחים עופר (ניהול) בע"מ (2010); מ"ח 8741/09 דלק נ' מדינת ישראל (2010); מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל (2003); ע"א 4682/92 עזבון שעיה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ (2003); אדוה אלאב ונטע זיו "טענת כשל בייצוג" בערעורים פליליים - דימוי מול מציאות" הפרקליט - ספר דויד וינר, על משפט פלילי ואתיקה 45 (2009); בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר - מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א 97 (תש"ס-תשס"א).

51. קל להיווכח, ולא מפתיע, כי אף אחד משבעת האינטרסים הללו שביסוד סופיות הדיון איננו חזק דיו כדי להתגבר על הרשעת שווא של אדם חף מפשע. איש לא יחלוק על כך שתיקון התקלה החוקתית והציבורית החמורה של הרשעת שווא מצדיק לפגוע ביציבות ובוודאות המשפטית, באמון הציבור, במשאבים של מערכת המשפט ובעלי הדין, בבעלי דין אחרים שימשיכו להמתין לתורם, באינטרס החינוכי וההרתעתי, בנפגעי עבירה, ובבעל הדין שכנגד - רשויות המדינה הרלוונטיות אשר ישובו ויטרדו באותה פרשה. מנגד, אך ברור הוא שלא ייתכן כי כל נידון יוכל לעשות כל בדיקה בכל מוצג שיחפץ. מן ההכרח אפוא לאפשר פגיעה כלשהי בזכות (המינהלית או החוקתית) לערוך בדיקות במוצגים. פגיעה זו חייבת לקיים את תנאי פסקת ההגבלה.

52. התנאי הראשון שעל פגיעה כזו לקיים אפוא, הוא כי הפגיעה תיעשה בחוק או לפי חוק (כך נובע גם מעקרון החוקיות). המדינה כלל לא הצביעה בתשובתה לעתירה על מקור ההסמכה החוקי שמאפשר לה למנוע מנידונים לערוך בדיקות במוצגים לאחר המשפט. לדעת הסניגוריה, על המדינה מוטל הנטל להצביע על מקור חוקי כזה. על כך נוסף, כי גם בהנחה שקיים מקור חוקי לסמכות כזו, ספק אם דווקא הפרקליטות היא הגוף שצריך להפעיל סמכות זו. כפי שצינו בבג"ץ עובדיה שלום הנ"ל (בפס' 80): "ייתכן מאוד שההסדר הכביכול מובן מאליו, לפיו הפרקליטות היא זו שבידיה מסור הכוח להחליט האם לאפשר עריכת בדיקות מדעיות במוצגים, הוא בפני עצמו הסדר בלתי סביר; שהרי, הפרקליטות נמצאת בעניין זה בניגוד עניינים מובנה, כמי שהיתה צד להרשעה וצפויה להיות צד לבקשה העתידית למשפט חוזר, ואין זה ראוי לאפשר לה למנוע מלכתחילה את האפשרות להגיש את הבקשה, או את האפשרות להגיש בקשה מבוססת" (ראו עוד לעניין ניגוד העניינים המוסדי המובנה של הפרקליטות בהקשר זה: פינק ורוזנברג-רובינס, בעמ' 199).

53. בהנחה שהמדינה תצלח את התנאי הראשון, יהיה עליה לעמוד גם בתנאי השני שבפסקת ההגבלה - דרישת התכלית הראויה. לעניין זה נניח כי שבעת האינטרסים שעליהם הצבענו לעיל, ככאלה שעשויים לעמוד ביסוד עקרון סופיות הדיון, הם התכליות שעליהן תבקש המדינה להתבסס. כאמור, תכליות אלו הן אכן ראויות. ואולם, כפי שנראה להלן, בשלב המקדמי של עריכת בדיקות לפני בקשה למשפט חוזר, הפגיעה בתכליות אלו תהיה מזערית (אם בכלל), בעוד שדווקא סירוב לעריכת הבדיקות הוא שעלול לפגוע באותן תכליות ממש.

54. התנאי השלישי הוא תנאי המידתיות. במסגרת זו על המדינה להראות כי המדיניות שלפיה היא מחליטה מתי לאפשר בדיקות במוצגים לאחר המשפט ומתי לא, פוגעת בנידונים במידה שאינה עולה על הנדרש לשם הגשמת שבע התכליות הראויות. ניתן לנתח שאלה זו לפי שלושת מבחני המשנה המקובלים של המידתיות, אך בשל קוצר היריעה נסתפק בניתוח הכללי הקצר הבא: (1) **יציבות הפסיקה והוודאות המשפטית** - תכלית זו כשלעצמה כלל לא תיפגע אם יתאפשר לכל נידון לערוך כל בדיקה בכל מוצג לאחר המשפט. לכן, שום פגיעה בזכותם של נידונים לערוך בדיקות לא תוכל להיחשב למידתית לאור תכלית זו. (2) **אמון הציבור** במערכת

המשפט - עצם עריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט אינה גורעת מאמון הציבור במערכת המשפט. דווקא ההיפך הוא הנכון: מניעת עריכתן של בדיקות כאלה על ידי מי שטוען לחפותו היא שעלולה לפגוע קשות באמון הציבור. לכן גם תכלית זו אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכותם של נידונים לערוך בדיקות, ולכן פגיעה כזו לא תוכל להיחשב למידתית. (3) **חיסכון במשאבים** של מערכת המשפט ושל בעלי הדין - לעיתים עריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט אכן עלולה לדרוש משאבים מהמדינה. במקרים כאלה יש משמעות לתכלית זו ונדרש למצוא נוסחה למידתיות הפגיעה על בסיסה. בהקשר העתירה הנוכחית ניתן להותיר שאלה זו בצריך עיון, שכן בדיקת המוצגים המבוקשת על ידי העותר אינה דורשת כל משאבים ממשיים מהמדינה. גם כאן, דווקא מניעת עריכת הבדיקות היא שמצריכה השקעת משאבים של המדינה - משאבים של בית המשפט ושל הפרקליטות הנובעים מעצם ההתדיינות הנוכחית. לפיכך, גם כאן הפגיעה בזכות לעריכת בדיקות אינה יכולה להיחשב בענייננו למידתית על בסיס תכלית זו. (4) **החשת הטיפול בעניינם של בעלי דין אחרים הממתינים לתורם** - גם תכלית זו אינה נפגעת כלל מעריכת בדיקות במוצגים על ידי נידון הטוען לחפותו. להיפך: מניעת עריכתן של הבדיקות מחייבת את הנידון לפנות לעזרת בית המשפט, כמו בעתירה הנוכחית, ובכך היא עצמה פוגעת בתכלית של החשת הטיפול השיפוטי בבעלי דין אחרים. נמצא כי גם הפגיעה בעריכת הבדיקות מכוח תכלית זו אינה יכולה להיות מידתית בענייננו. (5) **אינטרס חינוכי והרתעתי** כלפי הציבור הרחב וכלפי עבריינים בכוח - כמו היציבות והוודאות, וכמו אמון הציבור, גם תכלית זו לא תיפגע מעצם עריכת הבדיקות במוצגים לאחר המשפט. לפיכך גם תכלית זו לא תוכל לבסס פגיעה מידתית בזכות. (6) **הגנה על נפגעי עבירה** - תכלית ראויה זו אכן עלולה לעיתים להיפגע כאשר נודע לנפגעי העבירה או לבני משפחותיהם שהנידון שהורשע בפגיעה בהם עורך בדיקות במוצגים לאחר תום משפטו (במאמר מוסגר נעיר כי לדעת הסניגוריה, בניגוד לעולה מעניין בר יוסף, אין זה מובן מאליו שנפגעי העבירה חייבים לדעת מיד על כל בדיקה כזו; אך אין צורך להכריע בשאלה זו בענייננו). פגיעה זו תהיה קשה יותר כשהמוצגים יהיו מוצגים **ביולוגיים** שנלקחו מגופו של הנפגע (כמו בעניין בר יוסף), ותהיה קשה פחות כשהמוצגים יהיו מוצגים **חפציים** שאינם קשורים כלל לנפגע (כמו בענייננו - בדלי סיגריות שאין חולק כי אינם של המנוח). **לענין הפגיעה בנפגעי עבירה נרחבי בהמשך**. (7) **מניעת הטרדת בעל הדין שכנגד** בהליכים נוספים - אכן, עצם פנייתו של נידון לפרקליטות לאחר תום ההליך המשפטי, בבקשה לקבלת מוצגים לשם עריכת בדיקות בהם, עלולה לגרום טרדה מסוימת. אם פניות אלה יתרבו מאוד, הטרדה תגבר. ואולם, למיטב ידיעתנו, כיום מספר הפניות מסוג זה המגיעות לפרקליטות מנידונים לאחר משפטם, נמוך. ממילא אין בהן טרדה של ממש, החורגת מה"טרדה" הרגילה של כל רשות מינהלית אשר נדרשת לטפל בפניות מהציבור. במצב זה גם תכלית זו אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכות לעריכת בדיקות, ועל כן שום פגיעה לא תוכל להיחשב למידתית על בסיסה. גם כאן, דווקא מניעת עריכת הבדיקות תגרום הליכים נוספים, מינהליים ושיפויים, שיגרמו לטרדה מינהלית גדולה בהרבה.

55. מהניתוח שערכנו עלה בבירור, כי מבין כלל האינטרסים שעשויים לבסס את עקרון סופיות הדיון, **רק אינטרס ההגנה על נפגעי העבירה** עלול לעיתים להיפגע באופן משמעותי מעריכת בדיקות במוצגים על ידי נידונים לאחר תום משפטם. **חלק מהאינטרסים האחרים שביסוד סופיות הדיון ייפגעו משמעותית דווקא מההתנגדות לעריכת הבדיקות במוצגים**. **אמור מעתה: לאמיתו של דבר, לא על מלוא ההיקף של סופיות הדיון מבקשת המדינה להגן בעת שהיא מתנגדת לעריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט, אלא רק על חלק קטן מסופיות הדיון - החלק של נפגעי העבירה. כאמור, לסוגיית נפגעי העבירה נתייחס בהמשך.**

56. לא למותר עוד להזכיר, כי עריכת הבדיקות במוצגים עשויה להוביל לכך שכלל לא תוגש בקשה למשפט חוזר. במצב כזה – סופיות הדיון דווקא תצא נשכרת. ודוק: מתן אפשרות לנידון לערוך במוצגים בדיקות לא יכול להוביל להורדת הרף לקבלת בקשות למשפט חוזר על ידי בית המשפט בסופו של דבר. אף אין בכך כדי להרחיב את רשימת העילות המנויות בחוק בתי המשפט לקיום משפט חוזר. לעומת זאת, שלילת הזכות לבצע במוצגים בדיקות מונעת מהנידון מראש את האפשרות להציג ראיות חדשות בעלות משקל סגולי כזה שיצליח לגבור, בנסיבות מסוימות, על משקל הסופיות. מכאן הפגיעה האנושה באפשרות לתיקון הרשעות שווא. עמדת הסניגוריה הציבורית היא כי מידת הנכונות של מערכת המשפט לאפשר לנידון לבצע במוצגים בדיקות היא בבואה למידת נכונותה להביא לתיקון של טעויות, למעשה ולא רק להלכה. **מניעת האפשרות לבחון שמא**

נפלה טעות בשל הרצון להגן על סופיות הדיון, היא בעלת אפקט המונע מראש מנידון לטעון לחפותו במסגרת בקשה למשפט חוזר והמונע מראש מבית המשפט לבחון את ההצדקה לקיים משפט חוזר.

57. בהתייחסם לעקרון סופיות הדיון, מציינים המשיבים בכתב התשובה (פס' 33) כי "בהיעדר נסיבות כבדות משקל המצדיקות זאת, פסק דין חלוט אכן מסיים את ההליך". על כך אין כמובן חולק. אך הסניגוריה הציבורית סבורה, שכדי לדעת האם בענין מסוים אכן מתקיימות "נסיבות כבדות משקל המצדיקות זאת" – יש חשיבות רבה בעריכת בדיקות מדעיות במוצגים ובבחינת תוצאותיהן של בדיקות אלה. משום כך, על ברירת המחדל בהקשר זה להיות הפוכה: **בהיעדר נסיבות כבדות משקל המצדיקות זאת, יש לאפשר את הבדיקות.**

2. טענת המשיבים כי יש לבצע שינויים באיזון העקרוני שנערך על ידי כב' השופטת ברק-ארז בענין בר יוסף

58. המשיבים העלו בכתב התשובה **שתי טענות** הנוגעות לשינויים שיש לבצע, לדידם, בהחלטת כב' השופטת ברק-ארז בענין בר יוסף. בכך הם מבקשים לצמצם את הזכות לעריכת בדיקות במוצגים בתום ההליך המשפטי.

59. **טענתם האחת** של המשיבים מתייחסת אל המבחן שנקבע בענין בר יוסף, הקובע כי על מנת להיות זכאי לערוך בדיקות במוצגים על הנידון להראות שקיים "סיכוי מסוים לתרום לבקשה למשפט חוזר". המשיבים סבורים כי מבחן זה הוא "מרחיב יתר על המידה וכי נכון יותר לדרוש שהבדיקה המבוקשת תהא לכל הפחות בעלת פוטנציאל בלתי מבוטל לתרום לקבלת בקשה למשפט חוזר". לטענתם, "הרף הנדרש לשם הצדקת עריכת בדיקות לקראת שקילת הגשת בקשה למשפט חוזר, אינו יכול להיות אפסי" (עמ' 16 לכתב התשובה).

60. המבחן שנקבע בענין בר יוסף אינו יוצר רף אפסי, שכן נקבע בענין בר יוסף במפורש, כי "לעולם יצטרך המבקש לערוך בדיקה לשאת בנטל להצביע כי יש טעם להגשת הבקשה" (שם, בפס' 29). כך עולה למעשה גם מדברי כב' השופט חשין בענין שוורץ: "אם נדע מראש כי תהיינה אשר תהיינה תוצאות הבדיקה, עילה למשפט חוזר לא תקום ולא תהיה, מה טעם יורה בית-המשפט על 'ייצורה' של ראיה חדשה בהליך של עיון בחומר החקירה?" (שם, בפס' 19). העקרון החשוב הוא, כי יש להטיל על הנידון, בשלב המקדמי של בקשה לעריכת בדיקות, נטל קל יחסית, שאינו קרוב אפילו לנטל הגבוה הנדרש ממנו בעת הגשת הבקשה למשפט חוזר. ומשעמד הנידון בנטל זה שנקבע בענין בר יוסף ובענין שוורץ, הרי שכפי שכבר ציינו, לדעת הסניגוריה הציבורית ברירת המחדל המתבקשת היא לאפשר את ביצוע הבדיקות, אלא אם מתקיימות נסיבות חריגות וכבדות משקל המצדיקות להימנע מכך, ובאופן שיתקיימו תנאי פסקת ההגבלה. **הטלת נטל גבוה מזה שנקבע בענין בר יוסף עשויה לאיין את היכולת לערוך בדיקות באופן מעשי.**

61. **טענתם השניה** של המשיבים באשר להחלטה בענין בר יוסף היא, כי אל המבחנים שנקבעו באותו ענין יש להוסיף מבחן נוסף, הבוחן "האם הבדיקה המבוקשת נערכה זה מכבר" (פס' 53 לתשובת המשיבים).

62. הסניגוריה סבורה כי גם בהנחה שמבחן זה עשוי לעיתים להיות שיקול רלבנטי (והנחה זו אינה מובנת מאליה כשמדובר בחשש להרשעת שווא), **ברור שיתכנו נסיבות רבות שבהן תהיה הצדקה לעריכה נוספת של בדיקה שכבר נערכה במהלך החקירה או המשפט**. למשל, כאשר הבדיקה שנערכה במהלך המשפט לא הניבה תוצאות, אך כיום – לאור התפתחות המדע ושימוש בטכנולוגיות חדשות או אימוץ שיטות עבודה חדשות – הבדיקה עשויה להוביל לקבלת תוצאות (וראו את ענין Dabbs בס' 28 לעיל). דוגמא לכך היא ההתפתחות המדעית מהשנים האחרונות בתחום הדנ"א, שמאפשרת לאתר במוצגים "Touch DNA" – כלומר להפיק פרופיל דנ"א מחפצים שאדם רק נגע בהם והותיר עליהם תאי עור בודדים, גם אם על אותם מוצגים לא קיימות הפרשות כגון דם, רוק או זרע. דוגמא נוספת עשויה להיות בקשת העותר בעניינו לבדוק גם את בדל הסיגריה החמישי, שממנו לא הצליח המכון לרפואה משפטית להפיק חומר גנטי בבדיקתו הקודמת. יוער כי המשיבים לא התייחסו לבדל זה בתשובתם.

63. נסיבות נוספות העשויות להצדיק ביצוע נוסף של בדיקה שכבר נערכה בעבר הן כאשר מתעוררות טענות בדבר איכות הבדיקה. טענות אלה יכולות להתייחס לשיטות עבודה שהיו מקובלות בעבר ובינתיים התגלו כלא מדויקות; לרשלנות מבצע הבדיקה; לטעות של המומחה ביחס לניתוח הממצאים; או לדיוק המכשירים

והערכות אשר שימשו בעת עריכתה (להרחבה ראו את ספרו של בועז סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות** 134-142 (2014)). בכל המקרים הללו עשוי להתעורר צורך בעריכתה של בדיקה נוספת. והרי כבר היו מקרים שבהם נמצאה הצדקה לעריכת משפט חוזר על יסוד טענות הנוגעות לבדיקות שנערכו במהלך החקירה (ראו: מ"ח 5048/04 **אייזן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (20.11.05)).

64. בהקשר זה יצוין, כי על פי נתוני "המרשם הלאומי להרשעות שווא" (ראו לעיל) ב-22% מהרשעות השווא הוודאיות שנחשפו בארצות הברית עד היום (357 מתוך 1587) התברר כי במהלך המשפט הוצגה **ראיה פורנזית שגויה** שתרמה להרשעה. לפיכך, עורכי המרשם מונים מצב זה כאחד הגורמים הנפוצים להרשעות שווא. ראו:

<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx#>

65. לבסוף, כאשר מדובר בבדיקות דנ"א, ייתכן שמומחי המדינה דגמו בעת בדיקתם את המוצג בנקודה מסוימת והפיקו ממקום זה פרופיל דנ"א, בעוד שמומחה מטעם הנאשם סבור כי יש מקום לדגום את המוצג בנקודות אחרות. לא מן הנמנע שדגימת המוצג בנקודה שונה תוביל למציאת ראיה מזכה.

66. לסיכום סוגיה זו, הסניגוריה סבורה שגם בהנחה כי עשויה להיות רלוונטיות לשאלה אם הבדיקה המבוקשת כבר נערכה בעבר, הרי שמסקלה בודאית מוגבלת. זאת ועוד: לא בכדי מוכרת גם במהלך המשפט המקורי זכותו של נאשם שמומחה מטעמו יערוך בדיקה במוצגים, אף אם בדיקה כזו כבר נערכה על ידי מומחי המדינה.

67. זה המקום לציין כי הגם שלדעת הסניגוריה הציבורית, התוצאה המעשית שמתקבלת מאיזון האינטרסים שנקבע **בענין בר יוסף** היא תוצאה ראויה שאין מקום לכרסם בה, הרי שברמה התיאורטית-אנליטית סבורה הסניגוריה כי ניתן היה לנסח אחרת חלק ממבחני המשנה שנקבעו **בענין בר יוסף** (ואף **בענין שוורץ**). לדעת הסניגוריה, **מבחן "הסיכוי המסוים" צריך ככלל להיות המבחן היחיד שעומד בפני הנידון בשלב הראשון. ככל שהוא מוכיח את התקיימותו, מתעורר מאליו החשש כי מדובר בהרשעת שווא (או למצער בעיוות דין), וממילא ברירת המחדל צריכה להיות כי הנידון זכאי לערוך את הבדיקות המבוקשות. כדי לשנות ברירת מחדל זו - ובכך לפגוע בזכותו החוקתית של הנידון לבקש משפט חוזר, וכן בזכותו (המינהלית או החוקתית) לערוך בדיקות במוצגים לאחר תום המשפט - על המדינה להצביע על נסיבות חריגות וכבדות משקל המקיימות את תנאי פסקת ההגבלה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות מוטלים בשלב זה עליה, כמי שמבקשת להגביל את הזכות. ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 540-550 (2010)).**

רק במסגרת זו ביכולתה להיעזר בין היתר במבחני המשנה האחרים שנקבעו בענין בר יוסף (ובענין שוורץ).

3. טענת המשיבים כי במקרה הנדון אין דחיפות בעריכת הבדיקה מן ההיבט של חשש להשמדת הראיה

68. **בענין בר יוסף** דובר על נידון שביקש לבצע בדיקות היסטולוגיות ברקמות שנלקחו מגופת המנוחה ונשמרו במכון לרפואה משפטית. התברר, כי קיימת כוונה להביא רקמות אלה לקבורה (שם, בפס' 44). על רקע זה נקבע כי אחד השיקולים לאפשר לנידון לערוך בדיקות במוצגים הוא "האם עריכת הבדיקה במועד הגשת הבקשה היא בעלת דחיפות מן ההיבט של חשש לשינוי נסיבות (ובכלל זה השמדת ראיות) שיוביל לכך שעריכת הבדיקה לא תהא עוד אפשרית" (שם, בפס' 33). באותו ענין נקבע כי תנאי זה מתקיים.

69. עם זאת, לדעת הסניגוריה, **מקום בו לא ידוע על כוונה לבער את המוצג ולהשמידו - לא יכול הדבר לשמש שיקול למניעת הבדיקה**. במקרה כזה, השאלה החשובה היא - **האם יש טעם טוב להמתין?** אם הבדיקה בעלת פוטנציאל מסוים לתמוך בטענות הנידון, כי אז קיימת ככלל הצדקה, הן מהיבט האינטרס הציבורי והן מהיבט זכויות הנידון, לאפשר לו לערוך אותה בהקדם האפשרי, גם אם אין כוונה לבער את המוצג. **הדחיפות מובנית, מעצם טענת הנידון להרשעת שווא**. ונזכיר כי תכלית החובה לשמור מוצגים היא לאפשר לערוך בהם בדיקות.

70. מעבר לכך, בשורת מקרים שהגיעו לבית המשפט העליון ולסניגוריה הציבורית, **נחשפה תופעה קשה של ביעור מוצגים שלא כדין**, בניגוד להוראות חוק הארכיונים ותקנותיו (ראו **פינק ורוזנברג-רובינס**, בעמ' 200-201). בית המשפט עמד על כך, כי ביעור זה הוא "פעולה בניגוד לחוק" (**ענין עזריה**, בעמ' 360). ובמקום אחר הודגש כי "אין סמכות בדין - לשום גורם - להורות על ביעור חומרים בתיק רצח" (**ענין אל עבד**, בפס' 51). ניסיונה

של המחלקה למשפטים חוזרים בסניגוריה מראה כי תופעת ביעור המוצגים שלא כדין או אבדנם כתוצאה משמירה לקויה היא **תופעה רחבה**. לא אחת הסניגוריה נאלצה לסגור פניות של נידונים שביקשו ייצוג בבקשה למשפט חוזר מבלי שיכלה לבדוק את טענת החפות לגופה – וזאת לאחר שהתברר כי המוצגים בתיק בוערו שלא כדין או אבדו. מצורפות בזה מספר דוגמאות למכתבי תשובה מהשנה האחרונה בהם נאמר כי המוצגים בתיק זה או אחר אינם קיימים עוד (מסמכי ביעור המוצגים **מצורפים ומסומנים "ב"; "ג"; "ד"; "ה" "ו"**). **מנספחים אלה עולה, בין היתר, שאירעה שריפה בארכיב מז"פ שכילתה 200,000 תיקים, הצפה ביוב בתחנת משטרת לוד שכילתה 20,000 תיקים, וכן שמוצגים מבווערים לעתים ביוזעין בתיקי רצח**. מפאת פרטיות הנידונים וחובת הסודיות של הסניגוריה הציבורית כלפיהם – פרטיהם הושחרו).

71. **במצב דברים חמור זה, ועד שהמצב יבוא על תיקונו, הסניגוריה סבורה כי יש לאמץ גם הנחה כללית בדבר דחיפות בעריכת הבדיקות מחשש כי המוצגים יושמדו, אף מעבר לדחיפות שבעצם הטענה להרשעת שווא.**

4. טענת המשיבים כי אין לאפשר לעותר לערוך את הבדיקות נוכח התנגדות בני משפחת הקרבן

72. המשיבים ציינו כי אלמנתו של המנוח מתנגדת לעריכת הבדיקה וכי "ההשלכות של היענות לבקשת העותר על נפגעי עבירה הן משמעותיות ביותר" (עמ' 17 לכתב התשובה). המשיבים אף צירפו לכתב התשובה את מכתבה של היועצת המשפטית של "ארגון משפחות נרצחים ונרצחות", עו"ד רותי אלדר, ובו נאמר כי עריכת הבדיקות משמעותה העלאת הפרשה מחדש, וכי הדבר יסב לבני משפחותיהם של קרבנות כאב וסבל נוספים.

73. הסניגוריה רגישה אף היא לכאבם של קרבנות עבירה ומשפחותיהם. היערכות להגשת בקשה למשפט חוזר, ככל שהיא מובאת לידיעת נפגעי העבירה - **ונוכח כי לדעת הסניגוריה, דווקא משום הרגישות לכאב הנפגעים, אין זה מובן מאליו שיש הכרח ליידעם כבר בשלב מקדמי זה בכל מקרה** - אכן עלולה להציף מחדש פרשה כואבת וטראומטית. כבר ציינו שההגנה על נפגעי עבירה היא אחד מהאינטרסים שבבסיס עקרון סופיות הדיון, ושבענייננו היא למעשה הרכיב היחיד הרלוונטי של סופיות הדיון. עם זאת, **ברור כי אינטרס זה חלש בהרבה מנזקו של מי שהורשע לשווא, ומכל מקום כפוף לפסקת ההגבלה**.

74. **בענין בר יוסף** נקבע, כאמור, כי עמדת נפגעי העבירה נלקחת בחשבון, אך כי התנגדותם אינה יכולה להוות שיקול יחידי או מכריע, שכן על כף המאזניים עומד גם גורלו של הנידון (שם, בפס' 45). הסניגוריה סבורה כי איזון זה שנערך **בענין בר יוסף** הוא הגיוני ומידתי; וכי כאמור יש אף לשכללו באמצעות תנאי פסקת ההגבלה.

75. טלו מקרה שבו אדם מרצה מאסר שווא בגין מעשים שלא ביצע. בדיקת המוצגים עשויה, בהסתברות מסוימת, להוכיח את חפותו. שאלתו של כב' השופט חשין מהדהדת: היעלה על הדעת כי "נמנע מן המורשע בדיקה זו שאפשר תחלף אותו ממצוקתו?" (**ענין שוורץ**, בעמ' 303-304). ונוכח גם את דברי הנשיא ברק **בענין קוזלי**:

"לא נעלמה מעיני משמעותה של החלטה זו להורות על קיומו של משפט חוזר. לנגד עיני עמדו, בין היתר, משפחתו של המנוח ז"ל וכל הגורמים שהיו קשורים בתיק זה. **אכן, פצעים שהגלידו עלולים להיפתח מחדש. ספקות שהיו, עלולים להתעצם. סימני שאלה שנעלמו זה מכבר, עלולים לחזור ולעלות. בכל אלה, אין כדי למנוע עריכתו של משפט חוזר, מקום שבו נתקיימו העילות לעריכתו**" (שם, בעמ' 572).

דברים אלה יפים מקל וחומר שעה שמדובר בבקשה מקדמית לעריכת בדיקות, שכלל לא ברור שבסופן תוגש בקשה למשפט חוזר וממילא גם לא ברור שבית המשפט ימצא לנכון להורות על משפט חוזר.

76. מעבר לכך, הרושם העולה ממכתבה של עו"ד אלדר, אשר צורף כנספח לתשובת המשיבים, הוא כי נפגעי העבירה עשויים כולם מקשה אחת, וככלל מתנגדים לעריכת בדיקות ("משפחות נפגעי העבירה זכאים לדעת כי פס"ד חלוט פירשו שההליך הסתיים" - פס' 8 למכתבה של עו"ד אלדר). טענה דומה חזרה גם בפס' 23 לכתב התשובה של המשיבים. תיאור זה של נפגעי העבירה אינו נכון. הסניגוריה הציבורית כמובן אינה מייצגת נפגעי עבירה ואינה מתיימרת להשמיע את קולם, אך ניסיונה מראה כי עמדותיהם של נפגעי עבירה עשויות להיות מורכבות יותר. כך למשל, במסגרת העתירה **בבג"ץ עובדיה שלום** הנ"ל הבהירו נפגעי העבירה – שיוצגו על ידי עו"ד ד"ר דנה פוגץ, יו"ר ומנכ"לית מרכז "נגה" – המרכז הישראלי לזכויות נפגעי פשיעה – כי הם **אינם**

מתנגדים לעריכת הבדיקות (פניותיה מיום 1.1.12 ומיום 16.4.12 של עו"ד פוגץ' אל היועץ המשפטי לממשלה – מצ"ב ומסומנות "ז"; "ח"). במכתבה של עו"ד פוגץ' מיום 16.4.12 נאמרו הדברים הבאים:

"כל נפגע עבירה הוא ישות סובייקטיבית אשר אין לנחש מראש את עמדתו. אף על פי שנראה כי הדבר נתפס לעיתים כהנחה אקסיומטית, לא קיימת תגובה אוטומטית של התנגדות נפגע עבירה לבקשות שונות מצדו של אסיר, נאשם או חשוד. אינטרס נפגע העבירה לשלוות נפש הינו אינטרס הראוי להגנה. שלווה הנפש האמיתית נסמכת על האמונה ותלויה בכך שאכן נעשה הכל כדי לגלות את האמת במלואה. על כן, תומכת נירה לוינסון [נפגעת העבירה באותו ענין – ק.א.ה] בכל מה שיקדם את חקר האמת והיא סבורה כי צערה אינו צריך למנוע או להסיט מקיום מהלך שכזה".

77. על רקע הדברים הללו יודגש: הנכונות לאתר הרשעות שווא ולתקן אינה עומדת בסתירה לזכויות נפגעי עבירה. תיקון הרשעות שווא מקדם גם את האינטרס של נפגעי העבירה, המבקשים כי העברין האמיתי יורשע. לא ניתן להניח כי נפגעי עבירה מתנגדים תמיד לעריכת בדיקות. הנחה כזו מגלמת את ההשקפה שבקשות לעריכת בדיקות במוצגים הן תמיד בקשות סרק ושאין במערכת המשפט שלנו הרשעות שווא. זוהי כמובן השקפה שגויה ואין אלא להפנות לציטוטים שהובאו בראשית מסמך זה לפיהם אף שיטת משפט – וגם זו שלנו – איננה חסינה בפני טעויות. מעבר לכך, גם כשנפגעי העבירה אכן מתנגדים לעריכת הבדיקות, יש לתת משקל רב לאינטרסים האחרים שעל הכף, ובראשם זכויות הנידונים והאינטרס של מערכת המשפט לבדוק עצמה שמא טעתה. ככלל, מניעת הבדיקות כדי להגן על נפגעי עבירה תהא פגיעה שאינה מידתית בנידונים.

78. לסיום נושא זה, נזכיר שבענין בר יוסף המוצג היה **רקמות ביולוגיות מגופת המנוחה**, ואילו במקרה הנוכחי אלה בדלי סיגריות שאינם של המנוח. ברור כי המשקל שראוי לייחס לעמדת נפגעי העבירה לא יכול להיות זהה בשני המקרים, שכן במקרה הראשון מדובר בבדיקת מוצג שהופק מגופו של יקר שהלך לעולמו ובמקרה השני מדובר על בדיקה של מוצג פיסית מזירת העבירה, שאף אינו של המנוח כלל.

5. מדיניותה של פרקליטות המדינה בנוגע לבקשות לעריכת בדיקות במוצגים ופניות של הסניגור הציבורי הארצי אל פרקליט המדינה בנושא זה

79. המשיבים ציינו כי בחודשים האחרונים הוגמשה מדיניות התביעה בנוגע לבקשות לעיון וצילום מסמכים מתוך תיקי חקירה, על מנת לאפשר שקילת הגשה של בקשות למשפט חוזר (פס' 34 לכתב התשובה). המשיבים הוסיפו וצירפו לתשובתם את מכתבו מיום 29.6.14 של פרקליט המדינה אל הסניגור הציבורי הארצי. משכך, תציג הסניגוריה להלן תמונה מלאה יותר באשר לרקע למכתבו של פרקליט המדינה ולמשמעותו האמיתית.

80. מזה שנים מתריעה הסניגוריה הציבורית על קושי למלא אחר הסמכות שהופקדה בידיה בסעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית. זאת במקרים בהם נמנעת ממנה האפשרות לעיין בחומרי חקירה; במקרים בהם נמנעת ממנה האפשרות לערוך במוצגים בדיקות; ובמקרים בהם מתברר כי מוצגים מהתיק בוערו או אבדו.

81. בתאריך 17.3.14 פנו הסניגור הציבורי הארצי והממונה על משפטים חוזרים בסניגוריה במכתב אל פרקליט המדינה ופרסו בפניו את הקשיים שהפרקליטות מערימה בפני הסניגוריה בטיפול בפניות נידונים המבקשים ייצוג בבקשה למשפט חוזר. פרקליט המדינה התבקש לשנות את מדיניות התביעה בהקשר זה. בנוסף, הסניגוריה פירטה 7 תיקים קונקרטיים וביקשה את התערבות פרקליט המדינה במציאת פתרון לאיתור חומרי חקירה ועיון בהם (פנייתה מיום 17.3.14 של הסניגוריה אל פרקליט המדינה **מצורפת ומסומנת "ט"**). מאחר שהסניגוריה חבה חובת סודיות כלפי הפונים אליה, פרטי הנידונים וההליכים הושחרו. פנייה זו היא הרקע למכתבו מיום 29.6.14 של פרקליט המדינה לסניגור הציבורי הארצי אשר צורף לכתב התשובה של המשיבים.

82. עיון בתשובת פרקליט המדינה מעלה הבחנה בין שני סוגי בקשות: האחד, בקשות הסניגוריה לקבל לידה חומרים לשם עריכת בדיקות. פרקליט המדינה קבע כי מדיניות התביעה ביחס לבקשות אלה תהא בהתאם למבחנים שנקבעו בענין שוורץ. השני, בקשות הסניגוריה לעיון וצילום מסמכים מתיק החקירה. ביחס לאלה קבע פרקליט המדינה שככלל הדבר יתאפשר, הגם שלשיתו רק "לפנים משורת הדין".

83. הנה כי כן, "הגמשת מדיניות התביעה" עליה מצהירים המשיבים בפס' 34 לכתב התשובה מתייחסת למעשה רק לבקשות הסניגוריה **לעיין ולצלם** חומרי חקירה, ואף היא לשיטתם רק "לפנים משורת הדין". **לא חלה כל הגמשה במדיניות התביעה ביחס לבקשות הסניגוריה לערוך בדיקות במוצגים**, וזו הייתה ועודנה נדונה על-פי המתווה שנקבע בענין שוורץ, כפי שהפרקליטות מפרשת אותו.

84. יתרה מכך, במסגרת פניית הסניגוריה לפרקליט המדינה פורטו, כאמור, 7 תיקים קונקרטיים שלגביהם ביקשה הסניגוריה את התערבותו במציאת פתרון לבקשותיה לאיתור חומרי חקירה ועיון בהם. מבין 7 הפניות הקונקרטיות – 4 פניות התייחסו לבקשת הסניגוריה לאתר את המוצגים בתיק כדי לערוך בהם בדיקות מדעיות. ב-2 מהפניות הללו התבשרה הסניגוריה כי המוצגים בתיק אינם קיימים עוד (בשני המקרים מדובר בתיקי רצח בהם חובת שמירת המוצגים היא לצמיתות). ב-2 הפניות האחרות שבהן ביקשה הסניגוריה לבצע בדיקות מדעיות – השיבה הפרקליטות בשלילה. 3 מהפניות הקונקרטיות הנותרות התייחסו לבקשת הסניגוריה לקבל מידע, לעיין ולצלם חומרי חקירה. ב-2 מבין 3 הפניות הללו, עד למועד כתיבת שורות אלה – חומרי החקירה לא הועברו לידי הסניגוריה, חרף פניות חוזרות ונשנות אל הפרקליטות וחרף העובדה שחלפה כמעט שנה מאז מכתבו של פרקליט המדינה שבו הוחלט להתיר לסניגוריה לעיין בחומרים אלה. גם בכך יש כדי ללמד כי גם אם ברמה ההצהרתית היה שינוי מסוים, הרי שברמה המעשית נתקלת הסניגוריה במשוכות גבוהות ורבות בבואה למלא את התפקיד שהוטל עליה בחוק ולבחון פניות של נידונים המבקשים להגיש בקשה למשפט חוזר. נדמה אפוא, כי כדי ליצור שינוי בעולם המציאות נדרשת אמירה ברורה של בית המשפט הנכבד.

85. לסיום פרק זה נציין, כי המשיבים סבורים (בפס' 44 ו-152) לכתב התשובה) שלעותר בהליך דגן עמדה האפשרות לפנות לסניגוריה הציבורית בבקשה לסיוע במימון הבדיקה. הסניגוריה תבקש להבהיר, כי לפי עמדתה, **ככלל אין אפשרות מעין זו עומדת בפני נאשם המיוצג באופן פרטי, ומכל מקום הענין בוודאי אינו פשוט ויש לו השלכות רוחב ניכרות**. תקציב הסניגוריה הוא מטבע הדברים מוגבל והיא מממנת רק בדיקות של לקוחותיה, שייצוגם מלווה ומפוקח על ידה באופן שוטף, ולאחר שהשתכנעה כי עריכתן אכן חשובה. אם ייפתח פתח למימון ציבורי של בדיקות - ולא כל שכן בדיקות יקרות - גם עבור נאשמים המיוצגים באופן פרטי, נאשמים רבים יבקשו ליהנות מאפשרות זו, והעלויות לאוצר המדינה יהיו כבדות ללא פיקוח ממשי על נחיצותן. אנו מעלים ענין זה אגב אורחא ובשולי הדברים בלבד, שכן, להבנתנו **אין הדבר נדרש לשם הכרעה בעתירה זו. ככל שבית המשפט הנכבד יסבור כי יש בכל זאת מקום להעמיק בנושא זה, נבקש להגיש לגביו טיעון עקרוני נפרד. כמובן שבהקשר זה מעמדה הדיוני של הסניגוריה הציבורית לא יהיה של ידיד בית המשפט בלבד, אלא של בעל דין העלול להיפגע במישרין (בתקציבו השוטף) מההכרעה העקרונית שתיתן**.

לסיכום

86. הכרה בזכותו של נידון לבצע במוצגים בדיקות גם לאחר תום ההליך המשפטי, ועיצוב גבולותיה של זכות זו באופן שאכן יאפשר לנידונים לממש בפועל, הם בעלי השפעה ישירה ודרמטית על האפשרות לתקן הרשעות שווא בישראל. על יסוד כל האמור סבורה הסניגוריה הציבורית כי ראוי לאמץ את עמדותיה כפי שהוצגו לעיל.

קרן אבלין-הרץ, עו"ד
ממונה על משפטים חוזרים (בפועל)
הסניגוריה הציבורית הארצית

רענן גלעדי, עו"ד
מנהל תחום בכיר - המשפט המינהלי
הסניגוריה הציבורית הארצית

א' בסיון תשע"ה
19 במאי 2015