

## על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל

אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס\*

מאז קום מדינת ישראל ביטל בית המשפט העליון לאחר תום המשפט הרשעות והורה על קיום משפט חוזר ב-21 מקרים בלבד, מתוכם רק 14 נידונים זוכו בסופו של דבר. במאמר נטען כי המספר הקטן של בקשות למשפט חוזר שהתקבלו בישראל נובע מכמה בעיות מוסדיות המונעות הגשה של בקשות כבדות משקל למשפט חוזר ומגבילות את האפשרות לשכנע את בית המשפט כי יש עילה לביטול ההרשעה. בעיות אלה הן, בין היתר, היעדר סמכויות נאותות לגוף מוסדי לשם בדיקת טענות בדבר הרשעות שווא, אי-שמירה נאותה והשמדה של חומר ומוציגים לאחר תום המשפט, הגבלה של זכות העיון בחומר ושל האפשרות לבדוק מוצגים לאחר תום המשפט והגבלת האפשרות לקבל מידע מעדים לאחר המשפט. נטען, כי כדי שאפשר יהיה להביא לאיתור ולביטול של הרשעות שווא, יש צורך בשורה של שינויים – חלקם לקוחים ממודלים הפועלים בבריטניה ובארצות-הברית – לרבות מתן סמכויות לגוף מוסדי לשם בדיקת טענות בדבר הרשעות שווא, הסדרה והטמעה של חקיקה עדכנית לשמירה על חומר מוצגים, מתן זכות עיון בחומר וזכות לבדוק מוצגים לאחר תום המשפט והסדרת האפשרות לשוחח עם עדים לאחר המשפט. כל אלה לא יהיו אפשריים ללא גיוס שותפים נוספים לדרך וללא הגברת המודעות הציבורית לנושא. ניתוח הבעיות המוסדיות בישראל נעשה תוך שימוש בניסיון של הסנגוריה הציבורית לבטל את הרשעתם של כמאל ומחמד סביחי, שהורשעו ברצח דפנה כרמון ז"ל בשנת 1984.

### מבוא: מדוע אין בישראל פרויקט חפות?

מאז שנת 1989 ועד היום בוטלו בארצות-הברית, לאחר תום המשפט, כמעט 900 הרשעות, תוך שהנידונים זוכו מהעבירות זיכוי מלא.<sup>1</sup> כ-300 מההרשעות בוטלו במסגרת פרויקט החפות (The Innocence Project),<sup>2</sup> לאחר שבדיקות DNA הוכיחו את חפות הנידונים. באנגליה בוטלו מאז שנת 1997 יותר מ-320 הרשעות לאחר תום המשפט,<sup>3</sup> בעקבות חוות-דעת שהגישה לבית המשפט

\* הכותבות מודות מקרב לב לחברי מערכת כתב העת "מעשי משפט" על הערותיהם החשובות והמועילות ולרונה שוורץ, מתמחה בסניגוריה הציבורית הארצית, על עזרתה בהכנת הערות השוליים והערותיה המעולות. האחראיות לכתוב היא, כמובן, שלנו בלבד.

לערעורים מועצת ה-CCRC (Criminal Court Review Commission) – גוף ממשלתי שתפקידו לבדוק טענות בדבר הרשעות שווא.<sup>4</sup>

בישראל, מאז קום המדינה, ביטל בית המשפט העליון הרשעות לאחר תום המשפט והורה על קיום משפט חוזר רק ב-21 מקרים, בהתאם לסעיף 31 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). רק 14 מבין נידונים אלה זוכו בסופו של דבר, בין בעקבות הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה לזיכוי בשלב הבקשה למשפט חוזר<sup>5</sup> ובין לאחר ניהול המשפט החוזר. מדובר במספר קטן מאוד של נידונים שזוכו לאחר תום המשפט, על רקע מספרם של המורשעים בפלילים במדינת ישראל<sup>6</sup> וגודלה של האוכלוסייה בישראל וכן בהשוואה למדינות אחרות.<sup>7</sup>

אפשר לטעון שבית המשפט העליון – הגוף המוסמך להורות על משפטים חוזרים בישראל – הוא האחראי לקבלת מספר קטן כל-כך של בקשות למשפט חוזר,<sup>8</sup> אולם טענה זו אינה חושפת את מורכבות הבעיה במלואה. במאמר זה נטען, כי מספרן הנמוך של בקשות שמתקבלות בישראל נובע מכמה בעיות מוסדיות, המשקפות את הקושי העצום של בית המשפט ושאר הגורמים האמונים על בחינת בקשות למשפט חוזר, להכיר בהרשעות שווא, הכרה שמשמעותה הודאה בטעויות קשות של המערכת בכללותה. המדובר בקושי מורכב, שאין לו פתרון טכני-מקצועי פשוט ואי-אפשר להתגבר עליו באמצעות עבודה משפטית בלבד.<sup>9</sup> המאמר יתח את הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא, ובכלל זה היעדר סמכויות נאותות לגוף מוסדי ייעודי לבדיקת טענות בדבר הרשעות שווא; אי-שמירה נאותה והשמדה של חומר ומוצגים לאחר תום המשפט; הגבלה של זכות העיון בחומר ושל האפשרות לבדוק מוצגים לאחר תום המשפט; והגבלת האפשרות לקבל מידע מעדים לאחר המשפט.

נטען, כי ללא פתרון הבעיות המוסדיות המרכזיות, הסיכוי להוביל לביטול הרשעות שווא ימשך להיות קטן ובית המשפט העליון ייטה לא להורות על משפטים חוזרים, במיוחד בעבירות חמורות. כך יימנע תיקונן של הרשעות שווא בישראל. ניתוח הבעיות המוסדיות ייעשה אגב המחשה מניסיונה של הסניגוריה הציבורית להביא לתיקון של הרשעות שווא, במסגרת הבקשה למשפט חוזר שהגישה לבית המשפט העליון בעניינם של כמאל ומחמד סביחי, שהורשעו ברצח דפנה כרמון ז"ל.<sup>10</sup>

## א. על הבקשה למשפט חוזר בפרשת רצח דפנה כרמון ז"ל: מראה לבעיות המוסדיות

ביום 31.8.2011 דחה בית המשפט העליון (כבוד השופט א' א' לוי) את הבקשה למשפט חוזר שהגישה הסניגוריה הציבורית בשם האחים כמאל ומחמד סביחי.<sup>11</sup> בשנת 1984 הורשעו האחים סביחי, יחד עם שניים נוספים (אחמד קזולי ועאטף סביחי, להלן יחד: הארבעה) ברציחתה ואינוסה של דפנה כרמון ז"ל.<sup>12</sup> הרשעתם של הארבעה, התבססה בעיקרה על הודאותיהם כביצוע המעשים במטרה ושחזור המעשים. טענות פסול, שהעלו הארבעה במסגרת משפט זוטא, נדחו. ערעורם לבית המשפט העליון נדחה<sup>13</sup> וכמוהו בקשה קודמת למשפט חוזר שהגישו בשנת 1999.<sup>14</sup>

הפרשה הסעירה את הציבור בישראל בשנות השמונים לאחר שכרמון, חילת משוחררת מחיפה, נעלמה בדרכה הביתה מביקור אצל משפחתו של חבר ששירת בלבנון. בחודש לאחר היעלמותה נערכו אחריה חיפושים נרחבים ומשפחתה פנתה לציבור באמצעות כלי התקשורת,<sup>15</sup> אולם לא נמצא כל קצה חוט שיסביר את היעלמותה. ביום 5.7.1982 נמצאו שרידי גופתה ביערות הכרמל.<sup>16</sup> ימים ספורים לאחר מכן, הוקם צח"מ (צוות חקירה מיוחד) לחקירת הרצח, אולם זה פוזר באוגוסט 1983 לאחר שלא הושגה כל התקדמות בחקירה.<sup>17</sup>

חקירת הפרשה התחדשה בעקבות פרשת רצח נוספת שזיעזעה את מדינת ישראל – רצח הנער דני כץ ז"ל – בתחילת שנת 1984. במסגרת חקירת רצח זה, מסר אחדמד קוזלי בחקירתו, כי הוא יחד עם שלושה נוספים, עאטף סביחי והאחים כמאל ומחמד סביחי, הם שחטפו, אנסו ורצחו את כרמון.<sup>18</sup> החקירה בפרשת כץ הובילה להקמת הצח"מ השני לחקירת רצח כרמון, שבמסגרתה הודו כל הארבעה ברצח והורשעו במשפט.

בסוף שנת 2003 פנו האחים סביחי לסניגוריה הציבורית וביקשו, כי תייצגם בבקשה נוספת למשפט חוזר. הסניגוריה הציבורית פעלה במשך כמה שנים כדי לברר אם קיימת בעניינם עילה למשפט חוזר. לבסוף, הוגשה הבקשה בקיץ 2009. לאור מורכבות התיק והזמן שחלף ממועד האירועים והמשפט, הייתה מלאכת האיסוף של החומר הרלוונטי סבוכה וארוכה. חלק מהחומר הדרוש לא היה בידי הסניגוריה הציבורית גם בעת הגשת הבקשה. עם זאת, במהלך עבודתה, הצליחה הסניגוריה הציבורית לאתר ראיות רבות שלא הוצגו בבית המשפט. הסניגוריה הציבורית איתרה ראיות המצביעות על כך, שבחקירת הארבעה ובשחזורים שערכו, נפלו פגמים דינויים חמורים. בנוסף, איתרה תיק מודיעין ובו יותר ממאה מסמכים שלא הועמדו לעיון ההגנה במשפט, לרבות מסמכים המכילים מידע על אודות הפעלת מדובב בחקירה; מסמכים המצביעים על מעצר אביהם של האחים במטרה להפעיל עליהם לחץ בחקירה; ומסמכים שלפיהם היה שירות הביטחון הכללי מעורב בחקירה אף על פי שהכחיש כל מעורבות בתיק. בעקבות שיחות שערך חוקר מטעם הסניגוריה הציבורית עם שוטרים,<sup>19</sup> התגלתה עדות חדשה של שוטר, שלפיה הוסתרו מההגנה קלטות של שיחות בין הארבעה בהן נשמעו טוענים לחפותם. בנוסף, בדיקת קלטות השחזור באמצעות מכשור מתקדם, הצביעה על כך, שבכמה הזדמנויות סימנו השוטרים לארבעה את המקומות שאליהם עליהם "להוביל" פיזית את החוקרים – כפי שטענו הארבעה במשפט. כן נמצאו ראיות לכך, שחקירות רבות לא תועדו כראוי. עוד נמצא, כי רק בשלב מתקדם בחקירתם הוזהרו החשודים כדין. הסניגוריה הציבורית טענה, כי שיטה זו מעוררת חשש לכך שבמהלך החקירות שלא תועדו כראוי "הכינו" השוטרים את הארבעה להודאות בכך שלימדו אותם את פרטי המקרה ואת מסלול השחזור שאליהם היו עתידים לצאת. נוסף על כך, טענה הסניגוריה, כי מתעורר חשש ממשי שבאותן חקירות היכו השוטרים את החשודים והשתמשו באמצעים פסולים נוספים נגדם. עוד טענה הסניגוריה הציבורית, כי השוטרים הציגו תמונה שקרית בדבר האופן שבו נוהלה החקירה ונקטו את 'שיטת ההכחשה הטוטאלית', שמשמעותה כי כל אימת שייחס להם אחד הנאשמים מעשה פסול, הם הכחישו לא רק את אותו מעשה, אלא אף את הנסיבות האובייקטיביות הקשורות בו, כדי לקעקע את אמינותו. לבסוף, טענה הסניגוריה הציבורית לכשל חמור בייצוג של המבקשים במשפט, המתבטא הן בהיעדרויות תכופות של סניגוריהם מהדינויים והן בהמלצתם שהארבעה לא יעידו במשפט הזוטא.

בית המשפט קיבל חלק מטענות הסניגוריה הציבורית בדבר הפגמים שנפלו בחקירה. עם זאת, בית המשפט קבע, כי אין בכוחן של הראיות החדשות שהושגו לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקשים, שכן הן אינן קשורות קשר ישיר להודאות שמסרו ואינן מצביעות בהכרח על חפותם.<sup>20</sup> עוד קבע בית המשפט, כי במסגרת הבקשה למשפט חוזר, לא ניתנה תשובה מספקת לשאלה מדוע הודו הארבעה במעשה שלא ביצעו. לפיכך, קבע בית המשפט, כי המבקשים לא עמדו בנטל להראות, כי בעניינם מוצדקת חריגה מכלל סופיות הדיון.<sup>21</sup> על כן, קבע בית המשפט, כי לא מתקיימת עילה למשפט חוזר.

במאמר זה נטען, כי דחיית הבקשה למשפט חוזר בעניינם של האחים סביחי נבעה, בין היתר, מהבעיות המוסדיות שמלכתחילה מנעו או הגבילו את האפשרות להגיש בקשה שתשכנע את בית המשפט להורות על ביטול ההרשעה. המאמר יתאר בעיות אלה, תוך המחשתן בתיאור של שלבי

ההכנה של הבקשה למשפט חוזר בעניינם של האחים סביחי. נטען, כי לבעיות המוסדיות שבהן נתקלה הסניגוריה הציבורית בהכנת הבקשה למשפט חוזר, הייתה השפעה מכרעת על דחיית הבקשה ועל עיוות הדין שממשיך להיגרם למורשעים בפרשה זו.

### ב. בקשות למשפט חוזר בישראל: רקע

בשנת 1996 תוקן סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. תיקון זה נחקק בעקבות מסקנות הוועדה בראשות השופט אליעזר גולדברג "לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר" (להלן: ועדת גולדברג).<sup>22</sup> דו"ח ועדת גולדברג כולל המלצות למניעה של הודאות שווא<sup>23</sup> וכן המלצות להרחבת העילות למשפט חוזר,<sup>24</sup> בשני אופנים: ביטול הדרישה שלפיה הראיות שיוצגו בבקשה למשפט חוזר יהיו ראיות חדשות שלא ניתן היה להשיגן בעת המשפט;<sup>25</sup> והוספת עילה למשפט חוזר בהתקיים "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".<sup>26</sup> יוער, כי בהמשך קבע בית המשפט העליון, שעילת "עיוות הדין" עשויה לקום, בין היתר, בשל פגמים דיוניים חמורים שנפלו בהליך. מאז קום המדינה ועד התיקון לחוק בשנת 1996, הורה בית המשפט העליון על עריכת משפט חוזר בשלושה מקרים בלבד.<sup>27</sup> לעומת זאת, מאז התיקון התקבלו 18 בקשות למשפט חוזר. מובן, כי מדובר בעלייה ניכרת במספר הבקשות שהתקבלו ביחס לשנים שקדמו לתיקון. עם זאת, ניתוח מדויק מגלה, כי כל הבקשות שעניינן עבירות חמורות התקבלו בשנים הסמוכות לאחר התיקון. משנת 2005 ועד כתיבת המאמר, לא הורה בית המשפט על קיום משפט חוזר בעבירה חמורה כלשהי.<sup>28</sup> מסקנות ועדת גולדברג פתחו אפוא פתח חשוב עבור נידונים כמו האחים סביחי ואיפשרו להם לבסס את בקשתם גם על ראיות שהיו קיימות כבר במהלך המשפט המקורי ועל טענות לפגמים חמורים בהליך. עם זאת, הוועדה לא נתנה מענה לבעיות המוסדיות העומדות במוקד מאמר זה, המקשות על הוכחת טענותיהם של נידונים העומדים על חפותם. ועדת גולדברג לא עסקה כלל בסוגיות הנוגעות לעצם האפשרות להגיש בקשה שתעמוד בעילות שנקבעו. בפרקים הבאים נראה, כי סוגיות אלה נהפכו לחסמים המרכזיים המונעים הגשה של בקשות למשפט חוזר וקבלת מספר גבוה יותר של בקשות.

ייתכן שהאינדקציה החזקה ביותר לקיום החסמים הללו היא שכמות הבקשות המוגשות לבית המשפט העליון נותרה קטנה, גם לאחר הרחבת העילות למשפט חוזר. מאז התיקון לחוק, מוגשות במוצע מדי שנה כ-25 בקשות.<sup>29</sup> על כך אפשר להוסיף, כי אל הסניגוריה הציבורית פונים מדי שנה כ-25 נידונים במטרה שתייצגם בבקשה למשפט חוזר.<sup>30</sup> מאחר שחלק מהנידונים הפונים לסניגוריה הציבורית מגישים בה בעת בקשות לבית המשפט העליון, ומאחר שחלק מהבקשות המוגשות לבית המשפט הן בקשות חוזרות,<sup>31</sup> אפשר לומר כי מדי שנה פונים במוצע כ-40 נידונים בבקשה לבריקת הרשעתם. נראה להלן, כי מדובר בכמות קטנה ביחס לזו שבמדינות אחרות הפועלות על-פי שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, וזאת גם בהתאמה לגודל האוכלוסייה בישראל.

### ג. תיקון הרשעות שווא: הדין הזר

בחינת המצב המשפטי בארצות-הברית ובאנגליה מלמדת על שוני מהותי בין הכלים העומדים לרשות נידונים הטורענים לביטול הרשעתם במדינות אלה, לבין הכלים העומדים לרשותם בישראל. בארצות-הברית יש מגוון של הליכים לביטול הרשעות חלוטות. ההליך הנפוץ ביותר לביטול הרשעה הוא באמצעות פנייה של התביעה הפלילית לבית המשפט בבקשה לראות את כתב האישום שהוגש בעבר נגד הנידון כבטל. הליך נפוץ נוסף הוא הענקת חנינה לנידון על-ידי מושל המדינה או על-ידי

גוף ממשלתי אחר. הליך נפוץ פחות הוא זיכוי הנידון לאחר משפט חוזר. במקרים נדירים העניק בית המשפט לנידון – על-יסוד הראיות החדשות ובלי לקיים משפט חוזר – מעין "תעודת חפות" ("certificate of innocence"), מסמך שמשמעו הצהרה רשמית של בית המשפט, כי לא ביצע את העבירה, או כי ריצה מאסר שווא.<sup>32</sup>

ברבים מהתיקים, התגלו ראיות חדשות שהובילו לביטול הרשעות בעקבות פעילות של קליניקות במכללות ובאוניברסיטאות במסגרת "פרויקט החפות" וכן באמצעות עבודה של עורכי-דין פרטיים. פרויקט החפות החל כיוזמה של בארי שיק ופיטר נויפלד בקליניקה שפעלה בפקולטה למשפטים על שם קרדוּוּ ב-Yeshiva University. משם, התרחב הפרויקט לקליניקות באוניברסיטאות ובמכללות רבות ברחבי ארצות-הברית.<sup>33</sup> פרויקט החפות, המתמקד בעריכה של בדיקות DNA במוצגים מתיקים שבהם נטען להרשעת שווא, מקבל בכל שנה יותר מ-3,000 פניות חדשות מנידונים והביא עד היום לכ-300 זיכויים, מתוכם 18 זיכויים בתיקים שבהם נגזר על הנידון עונש מוות, כאשר ביותר משליש מהמקרים בהם בוטלו הרשעות לאחר המשפט מאז 1989, הוכחה חפות הנידון בזכות פעילות הפרויקט. מעניין לציין, כי ב-146 ממקרים אלו הובילו הבדיקות למציאת האשם האמיתי בפשע או לאיתור של חשוד מרכזי.<sup>34</sup>

השימוש ההולך וגובר בבדיקות DNA להוכחת חפות מתאפשר, בין היתר, בזכות עיגון זכותם של נידונים לערוך בדיקות אלה בחקיקה פדרלית<sup>35</sup> ובחקיקה מדינתית ב-48 מדינות בארצות-הברית.<sup>36</sup> החקיקה כוללת, בין היתר, הקצאת כספים למימון בדיקות DNA לאחר הרשעה ומסדירה את ביצוען, קובעת תנאים לעריכת בדיקות,<sup>37</sup> את סד הזמנים לעריכתן<sup>38</sup> ואת הכללים לבחירת המעבדה שתבצע אותן.<sup>39</sup> עיגון זכותם של נידונים לערוך בדיקות במוצגים לאחר תום המשפט בחוק מקל, אפוא, בשנים האחרונות על ביטולן של הרשעות שווא בארצות-הברית. ראוי לציין, כי בד בבד עם הצלחת "פרויקט החפות" להביא לביטול הרשעות על יסוד בדיקות DNA, נשמעת בארצות הברית ביקורת על העדפת ראיות לחפות ממשית על פני ראיות לפגיעה בערך ההליך ההוגן.<sup>40</sup>

באנגליה נתונה סמכות הבדיקה של טענות בדבר הרשעות שווא בידי מועצת ה-CCRC (להלן: המועצה), שהיא גוף עצמאי במשרד המשפטים. תפקיד המועצה הוא לבחון טענות בדבר "הרשעות לא בטוחות". למועצה מוקנות בחוק סמכויות בדיקה וחקירה (כגון: קבלת חומר מגופים ציבוריים, קבלת חוות-דעת ממומחים ומינוי חוקרים פרטיים).<sup>41</sup> רק המועצה מוסמכת להגיש בקשות לביטול הרשעה לבית המשפט לערעורים, ובהתאם לכך הוקנה לה שיקול-דעת רחב בהגשת בקשות אלה.<sup>42</sup> בית המשפט לערעורים קובע אם יש מקום לביטול ההרשעה לפי חוות-דעת שמגישה המועצה ואם יש מקום לזיכוי הנידון לאלתר או לקיום משפט חוזר.<sup>43</sup>

עד היום פנו למועצה כמעט 16 אלף נידונים בבקשה לברוק מחדש את הרשעתם. המועצה הגישה לבית המשפט למעלה מ-500 בקשות לביטול הרשעות, מהן נשמעו עד כה כ-460. כאמור, כ-320 מהתיקים שנשמעו הסתיימו בביטול ההרשעה, כולה או חלקה. זה המקום לציין, כי המועצה הוקמה לאחר שבעבר הוסמך באנגליה שר הפנים להמליץ על משפט חוזר,<sup>44</sup> אולם בעקבות הביקורת על השימוש המועט שנעשה במוסד המשפט החוזר<sup>45</sup> הוקמה ועדת Runciman, שהמליצה על רפורמה בחקיקה הנוגעת לערעורים ולמשפטים חוזרים.<sup>46</sup> הרפורמה כללה הרחבה של העילות לביטול הרשעה, כך שאפשר יהיה להורות על ביטולה בכל מקרה שבו היא "איננה בטוחה",<sup>47</sup> בנוסף להקמת המועצה ולהעברת הסמכויות שהיו נתונות לשר הפנים אליה, במטרה שטענות בדבר הרשעות שווא ייבדקו ללא משוא פנים.<sup>48</sup>

מניתוח התיקים שהגישה המועצה לבית המשפט עולה, כי הם כוללים הרשעות בעבירות חמורות, כגון רצח ואונס,<sup>49</sup> וכי ההרשעות בוטלו בשל סיבות מגוונות, לרבות איתורן של ראיות

חדשות לחפות הנידון, לפגמים בהליך, או לכך שהנידון לא היה כשיר לעמוד לדין או לא היה אחראי למעשיו.<sup>50</sup> יוער, כי נמתחה על המועצה ביקורת על כך שעיקר עיסוקה במציאת ראיות לפגמים חמורים בהליך ולא במציאת ראיות לחפות ממשית. בד בבד עם פעילות המועצה, הוקם באנגליה בשנים האחרונות "פרויקט חפות", שמטרתו לתת מענה יעיל יותר למקרים של טעות עובדתית בהרשעה שאין בצידה פגם דיוני.<sup>51</sup>

## ד. בעיות מוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל

### 1. האחריית של מוסדות המדינה לאיתור הרשעות שווא

על מנת להביא לביטולה של הרשעת שווא, לא די בטענה של אדם שהוא חף מפשע: יש להראות, כי ההרשעה בטעות יסודה. איתור של הרשעות שווא מציב קושי מובנה, לאור נקודת המבט המובנת של מערכת המשפט, לפיה אדם שהורשע הוא אשם.<sup>52</sup> ברוב המקרים אין באפשרותו של הנידון לעמוד בעצמו בנטל השכנוע בדבר חפותו ואין הוא יכול להגיש בכוחות עצמו בקשה משכנעת למשפט חוזר. איתור של הרשעות שווא ושכנוע מערכת המשפט, כי ההרשעה בטעות יסודה, דורשים במקרים רבים השקעה ואמצעים, כמו למשל: לימוד התיק (שעשוי להיות גדול ומורכב), איתור ראיות חדשות, עריכת בדיקות, שיחות עם עדים והכנת הבקשה למשפט חוזר. גורם שבאפשרותו להשקיע את הדרוש לאיתור הרשעות שווא, עשוי להיות גוף ממסדי בעל סמכויות (דוגמת מועצת ה-CCRC האנגלית) קליניקה, עמותה ואפילו משרד עורכי-דין. עם זאת, רוב עורכי-הדין הפרטיים בישראל העוסקים במשפט פלילי אינם עוסקים בתחום המשפטים החוזרים.

כיום, אין בישראל גוף מוסדי בעל סמכויות של ממש המטפל באיתור ובביטול של הרשעות שווא. אמנם, הסניגוריה הציבורית מוסמכת לייצג נידונים, לפי שיקול דעתה, בבקשות למשפט חוזר; אך כפי שיובהר בהמשך, לא הוסדרו בחוק סמכויות מפורשות לעיון, לחקירה ולבדיקה הנדרשות פעמים רבות לשם איתור של הרשעות שווא. כמו כן, בישראל לא התפתחה רשת – כגון זו שבארצות-הברית – של קליניקות במכללות ובאוניברסיטאות העוסקות בביטול של הרשעות שווא.<sup>53</sup>

יצוין, כי עד שנת 2004 היו נידונים בישראל רשאים להגיש בקשות למשפט חוזר רק באמצעות היועץ המשפטי לממשלה: היועץ המשפטי היה מקבל את בקשת הנידון ומגיש את הבקשה, עם תגובתו, לבית המשפט העליון. המשיב בבקשות למשפט חוזר היה היועץ המשפטי לממשלה עצמו.<sup>54</sup> שני היבטים בהסדר זה מלמדים, כי היה ליועץ המשפטי לממשלה תפקיד מיוחד בהקשר הנידון: ראשית, היועץ שימש משיב לבקשות למשפט חוזר, והיה מופיע בעצמו בדיונים בבקשות<sup>55</sup> – להבדיל מתפקידי התביעה הכלליים, המואצלים דרך קבע לפרקליט ואף לתובעים משטרתיים. שנית, נידונים נדרשו להגיש את בקשותיהם למשפט חוזר באמצעות היועץ, שהיה מחויב להגיש את תגובתו עם הבקשה. מדרישה זו אפשר להסיק, כי היא נועדה לאפשר בדיקה של הטענות טרם הגשת הבקשה.<sup>56</sup> על כך יש להוסיף, כי סעיף 31(ב) לחוק בתי המשפט מאפשר ליועץ המשפטי לממשלה עצמו לבקש משפט חוזר.<sup>57</sup> כך, עד שנת 2004, היה ההסדר הפורמאלי בישראל דומה, בהיבטים מסוימים, להליך שהיה קיים באנגליה טרם הקמת המועצה, שבה גורם מוסדי בעל סמכויות בודק הרשעות שווא ומגיש את הבקשות למשפט חוזר. בפועל, באה סמכות זו לידי ביטוי רק בכמה פרשות מפורסמות, בהן נערכו בדיקות מטעמו לבירור טענות חפות, ובעמדה שהביע היועץ באותן פרשות בשאלת קיומה של עילה למשפט חוזר.<sup>58</sup>

בשנת 2004, בשלהי כהונתו של אליקים רובינשטיין כיועץ המשפטי לממשלה, נעשו מספר תיקוני חקיקה שנועדו להקל על העומס שהיה מוטל על היועץ המשפטי. במסגרת זו תוקנו גם

תקנות המשפט החוזר.<sup>59</sup> על-פי התיקון, אפשר להגיש בקשה למשפט חוזר ישירות לבית המשפט העליון ולא באמצעות היועץ המשפטי לממשלה. עוד נקבע בתיקון, כי המשיב לבקשה יהיה "היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, שהוא פרקליט המדינה או פרקליט מפרקליטות המדינה בדרגת מנהל מחלקה לפחות". בעקבות התיקון חדל, למעשה, היועץ המשפטי לממשלה לעסוק בבקשות למשפט חוזר. פרקליטות המדינה הפכה לגוף המשיב בבקשות למשפט חוזר והנותן מענה לפניית הקשורות בכך. האצלת הסמכויות נועדה לתת פתרון לבעיית העומס הקשה המוטל על היועץ המשפטי לממשלה,<sup>60</sup> אולם אי-אפשר להתעלם מכך שאילו היה היועץ המשפטי לממשלה מבקש להיות מעורב בבקשות למשפט חוזר ולהביע עמדה ייחודית ושונה מזו של הפרקליטות, הוא לא היה מאציל את סמכויותיו.

האצלת הסמכויות של היועץ המשפטי לממשלה לפרקליטות הובילה לכך שהמוסד המטפל במענה לבקשות למשפט חוזר ובפניות הקשורות לכך נתון בניגוד עניינים מוסדי. ניגוד העניינים נובע מהצורך לבחון מחדש טענות שכבר נטענו בהליכים הקודמים ולעתים לכרוך ביסודיות ביקורת המופנית נגד הפרקליטות עצמה או נגד גופי החקירה, כחלק מטענה בדבר "עיוות הדין".<sup>61</sup> ברמה המעשית, אפשר להצביע על שתי בעיות המתעוררות כתוצאה מכך: ראשית, מאז העברת המענה לבקשות למשפט חוזר לפרקליטות המדינה, לא הוקמו במשרד המשפטים צוותי בדיקה פנימיים שבכוחם להוביל לכירור ממצה של טענות הנידון.<sup>62</sup> שנית, כפי שיפורט בהמשך, פרקליטות המדינה גיבשה עמדה המגבילה את האפשרות לעיין בחומר ולערוך בדיקות לאחר תוך המשפט. כתוצאה מכך, יש קושי לערוך בדיקה עצמאית ממשית לטענות בדבר קיום של עילות למשפט חוזר.

בד בבד עם התיקון הנזכר, שאיפשר ליועץ המשפטי לממשלה להאציל את סמכויותיו, חל שינוי נוסף ביחס לטיפול המוסדי בבקשות למשפט חוזר בישראל. בשנת 2001 חוקק סעיף 18(א) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 (להלן: חוק הסניגוריה הציבורית), אשר הוסיף עילת זכאות לייצוג בבקשות למשפט חוזר.<sup>63</sup> הסעיף מונה שני תנאים מצטברים, שבקיומם יזכה נידון לייצוג הסניגוריה הציבורית בבקשה למשפט חוזר: תנאי טכני, שלפיו יתקיים אחד מתנאי הסף לייצוג המפורטים בסעיף 15(א) עד (3) או (ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ),<sup>64</sup> ותנאי מהותי, שלפיו הסנגור הציבורי הארצי יקבע שיש מקום להגיש את הבקשה למשפט חוזר.

התיקון לחוק נערך לאחר הפעם היחידה בה השתמש בית המשפט העליון בסמכותו למנות את הסניגוריה הציבורית לייצג נידון בבקשה למשפט חוזר<sup>65</sup> – בבקשתו הרביעית של עמוס ברנס לקיים משפט חוזר בעניינו, היא הבקשה שהובילה, בסופו של הליך, לזיכויו של ברנס.<sup>66</sup> מינוי הסניגוריה הציבורית לייצג את ברנס ודאי תרם תרומה משמעותית לקבלת הבקשה והמחיש את הצורך לתקן את החוק, כך שהסניגוריה הציבורית תהיה רשאית להחליט על ייצוג של נידון בבקשה למשפט חוזר. בדברי ההסבר להצעת החוק, נומק הצורך בתיקון החוק כך:

[...] במקרים רבים כל שיש בפני בית המשפט הוא פניה נרגשת של נידון הטוען לחפותו, וזאת בלא הנמקה וטיעונים משפטיים ועובדתיים מסודרים [...] 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 נתקימה עילה מהעילות למשפט חוזר, אזי תוגש בקשה בעבור הנידון.<sup>67</sup>

כאמור, לפי סעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית, כתנאי לייצוג בבקשה למשפט חוזר, על הסניגור הציבורי הארצי להשתכנע שיש מקום להגיש את הבקשה. מאחר שבפניות לקבלת ייצוג אין, בדרך כלל, פירוט של עילה למשפט חוזר, על הסניגוריה הציבורית לערוך בדיקה עצמאית כדי לקבוע אם מתקיימת עילה כזו. הבדיקה מתנהלת בטרם החליטה הסניגוריה הציבורית – כרשות מנהלית – על ייצוגו של הנידון. לעתים, די בבדיקה ראשונית כדי לקבוע שלא מתקיימת עילה למשפט חוזר. במקרים אחרים תהליך הבדיקה הוא ארוך ומורכב ועשוי לכלול איתור של כל החומר הרלוונטי, עריכת בדיקות וחקירות וכן שיחות ופגישות עם מעורבים. בהסתיים הבדיקה, יקבע הסניגור הציבורי הארצי אם יש לדעתו עילה למשפט חוזר ויש מקום להגיש את הבקשה עבור הנידון. בממוצע, מאז תיקון החוק, מגישה הסניגוריה הציבורית מדי שנה בקשה אחת מתוך כ-25 פניות לייצוג בבקשות למשפט חוזר המגיעות אליה.<sup>68</sup> נכון למועד כתיבתו של מאמר זה, הגישה הסניגוריה הציבורית 12 בקשות למשפט חוזר: שלוש מהן התקבלו, חמש נדחו וארבע עודן תלויות ועומדות בפני בית המשפט.

חקיקת סעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית לא לוותה בהקצאת משאבים מתאימה. הסעיף גם אינו קובע במפורש סמכויות נלוות הדרושות למימוש הסמכות. כך, התעוררו הבעיות המוסדיות שמגבילות, ולעיתים אף מונעות, את האפשרות להגיש בקשות נוספות למשפט חוזר, כפי שיתואר להלן. סמכותה של הסניגוריה הציבורית לפי דברי ההסבר שהובאו לעיל – "לעייין במסמכים, לשוחח עם עדים ולאחר ראיות רלוונטיות" – נותרה תיאורטית ברובה.

בדיקת הפנייה של האחים סביחי לסניגוריה הציבורית, כדי שתייצגם בבקשה למשפט חוזר, ממחישה את הבעייתיות הטמונה בהיעדר אחריות של גוף ממסדי, בעל סמכויות, העוסק באיתור ובביטול של הרשעות שווא. בדיקת הפנייה נמשכה כשש שנים טרם הגשת הבקשה. במשך תקופה ארוכה זו, נתקלה הסניגוריה הציבורית בקשיים רבים. מדובר בתיק סבוך שדרש השקעה מרובה וגזל רבות מזמנה של המחלקה למשפטים חוזרים; מאחר שהחומר פוזר בין כמה גורמים, מלאכת איסוף החומר לבדה נמשכה כמה שנים; הפרקליטות התנגדה להעברת חלק מחומר החקירה לעיון הסניגוריה הציבורית; רוב המוצגים בתיק הושמדו בניגוד לחוק הארכיונים, תשט"ו-1955 (להלן: חוק הארכיונים) ואי-אפשר היה לערוך בדיקות מדעיות בתיק; היה קושי רב לאתר עדים, לקבל את הסכמתם לשיחה ולמסירת מידע משמעותי; אף על פי שהסניגוריה הציבורית גילתה תקלות רבות הנוגעות לעבודת המשטרה, לא מצא היועץ המשפטי לממשלה לנכון לערוך בדיקה של הדברים מטעמו.<sup>69</sup>

## 2. איתור ובדיקה של חומר ומוצגים לאחר המשפט

כאמור, בישראל לא התפתח פרויקט חפות המבוסס על בדיקות DNA.<sup>70</sup> ניתן למנות מספר טעמים לכך. ראשית, ברובם של המקרים, המוצגים הנחוצים לעריכת הבדיקה מושמדים לאחר המשפט. שנית, שלא כמו בארצות-הברית, בישראל לא התפתחה חקיקה המסדירה את הזכות לעיין בחומר ולערוך בדיקות לאחר הרשעה. שלישית, פרקליטות המדינה, שלה הואצלו סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, מטילה מגבלות על עיון בחומר חקירה ועל עריכת בדיקות במוצגים לאחר המשפט, גם כאשר אלו נשמרו.

במקרים רבים, השמדה של חומר ומוצגים נעשית בניגוד לחוק הארכיונים, הקובע כי אין לבער חומר ארכיוני אלא בהתאם לתקנות. בתוספת לתקנות, נקצבו תקופות שונות לביעור חומר ונקבע, בין היתר, כי יש לשמור לצמיתות תיקים פליליים, מוצגים וחומרים שהוגשו במסגרת הליך משפטי,



שעסק בעבירות רצח, בעבירות חמורות נוספות וכן בתיקים שעוררו עניין ציבורי.<sup>71</sup> כך, חומר חקירה ומוצגים מתיקים כגון תיק הרצח שבו הורשעו האחים סביחי יש לשמור לצמיתות.

עם זאת, חוק הארכיונים הוא חוק ארכאי, שאינו מותאם לצרכים העכשוויים של ההליך הפלילי. אין בו התייחסות מפורשת למוצגים, אף שביט המשפט העליון קבע, כי שמירה של חומר ארכיוני כוללת גם שמירה של מוצגים.<sup>72</sup> גם המודעות לקיומו של החוק נמוכה והנחיות פנימיות של גופים מגופים שונים עומדות בסתירה לתקנות שתוקנו מכוחו. בין הגופים שהנחיותיהם סותרות את התקנות אפשר למנות את המכון לרפואה משפטית והמשרד לביטחון פנים.<sup>73</sup> נוסף על כך, הוראות פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)<sup>74</sup> מאפשרות חילוט והשמדה של מוצגים בהתאם לשיקול דעת בית המשפט, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חובת השמירה שבחוק הארכיונים. בשל כל אלו, בקשות הסניגוריה מהרשויות לאתר חומר חקירה, לרבות מוצגים, נענות לא אחת כי החומר בוער או הושמד, גם בתיקים שבהם יש חובה לשומרם. במקרים מסוימים, החומר לא מבוער אולם אבד, נשמר בצורה לא נאותה או פוזר בין כל מיני גורמים ללא רישום או תיעוד מסודר.

במהלך הכנת הבקשה למשפט חוזר של האחים סביחי התברר, כי רוב המוצגים הושמדו וכי חלק מחומר החקירה בתיק חסר. קלטת השחזור של כמאל סביחי אותרה על-ידי הפרקליטות רק כתשעה חודשים לאחר הגשת הבקשה למשפט חוזר. תיק המודיעין הגיע לידי הסניגוריה הציבורית רק במקרה. החומר שנשמר בתיק פוזר בין שלושה גורמים שונים (גנוז המדינה, פרקליטות מחוז חיפה ומשטרת חיפה) ללא כל היגיון וסדר. כל המוצגים בתיק הושמדו, למעט שערות מגופתה של כרמון, שנשמרו במעטפה בתוך אחד הארגזים. כך, סוכלה האפשרות המעשית לערוך בדיקות מדעיות שעשויות היו להוכיח את חפותם של האחים סביחי.

כדי לאתר הרשעות שווא, לא די בכך שחומר ומוצגים נשמרו כנדרש על-פי חוק; תנאי בסיסי נוסף הוא עיון בכל החומר הרלוונטי ועריכת בדיקות בהתאם לצורך. כאשר לא ניתן לקבל חומר מעורכי-הדין שייצגו את הנידון בהליך המקורי, והחומר והמוצגים שמורים רק בידי רשויות המדינה – אי-אפשר לעיין בחומר ולערוך בדיקות ללא הסכמת הרשויות. יתרה מזו: בידי המדינה עשויים להימצא חומר ומוצגים שלא היו חלק מחומר החקירה המקורי או שלא הוגשו ולא נבדקו בעת המשפט, שהם חיוניים לגילוי של הרשעת השווא.

סעיף 74 לחסד"פ מקנה לנאשם, עם הגשת האישום, זכות לעיין בחומר חקירה רלוונטי. זכות העיון כוללת גם את הזכות לערוך בדיקות במוצגים, לרבות בדיקות DNA.<sup>75</sup> אולם, אין בסעיף 74 התייחסות מפורשת באשר לזכותו של נידון לעיין בחומר הרלוונטי ולערוך בדיקות במוצגים לאחר תום המשפט. כאמור, אין בישראל חקיקה ייעודית דוגמת זו שבארצות-הברית המאפשרת לקיים בדיקות DNA לאחר תום המשפט.<sup>76</sup>

זכות העיון בחומר והזכות לערוך בדיקות לאחר המשפט נדונה בהחלטה מנומקת – אחת ויחידה – בש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל<sup>77</sup> (להלן: בש"פ שוורץ). בבש"פ שוורץ נקבעו מספר עקרונות רלוונטיים לבקשה של נידון לעיין בחומר ולערוך בדיקות לאחר תום המשפט. נפסק, כי זכות העיון והזכות לערוך בדיקות במוצגים לאחר תום המשפט נאצלת ונגזרת מתוך הזכות למשפט חוזר שבסעיף 19 לחוק יסוד: השפיטה ובסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. אם הגשת בקשה למשפט חוזר מותנית בעיון בחומר ובעריכת בדיקות, אזי מניעתם של אלה תסכל את מטרת החקיקה. נקבע, כי סעיף 74 לחסד"פ איננו חל עקרונית לאחר תום המשפט, אך יש לנידון זכות לעיין בחומר חקירה לאחר המשפט על דרך של היקש מסעיף 74 ומכוח הזכות למשפט הוגן. בית המשפט פסק, כי זכות העיון נדרשת כזכות טפלה, הנלווית לזכות למשפט חוזר. נקבע, כי "מרחב פרישתה" של זכות העיון של נידון לקראת משפט חוזר הוא כמרחב פרישתו של המשפט החוזר

ויש להטיל עליה כמה סייגים: ראשית, סופיות הדיון מצמצמת את גדרותיה של זכות העיון לקראת הגשת בקשה למשפט חוזר. אם מדובר ב"חומר כתוב", לא מתעורר קושי ממשי להעמיד לעיונו של הנידון את החומר. אשר לבדיקות מעבדה, אי-אפשר למנוע מנידון לערוך בדיקה שלא ידע עליה לעת המשפט והיא עשויה להביא לזיכוי. עם זאת, אם ידע הנידון על הבדיקה ובחר לא לעורכה, יגבר לרוב עקרון סופיות הדיון ולא תתאפשר עריכת הבדיקה. שנית, תנאי לעריכת הבדיקות על-ידי הנידון הוא דרישת ה"מטריאליות" שמשמעה, כי הבדיקה המבוקשת על-ידי הנידון עשויה לשנות את תוצאת המשפט לטובתו.

בשנים 2004-2005 ניהלה הסניגוריה הציבורית תכתובת ענפה עם בכירי פרקליטות המדינה ועם היעוץ המשפטי לממשלה, בבקשה לעיין בתיקי העבודה של מחלקת הזיהוי הפלילי ושל המכון לרפואה משפטית שנשמרו בתיק של האחים סביחי, במטרה לבחון אם יש מקום לעריכת בדיקות מדעיות. תחילה התנגדה המדינה להעמיד לעיון הסניגוריה את החומר המבוקש בטענה שמדובר בחומר רגיש שעשוי לפגוע בזכויות של משפחת הקורבן. בעקבות התכתובת הוציא פרקליט המדינה הנחיה חדשה שכותרתה "זכות העיון בחומר רגיש במסגרת הערכות הסניגוריה לבחינת אפשרות להגשת בקשה למשפט חוזר".<sup>78</sup> הנחיה זו מגבילה את זכות העיון בחומר רגיש לאחר תום המשפט בהשוואה לזכות העיון שלפי סעיף 74 לחסד"פ, בנימוק של זכות הקורבן ובני משפחתו ליהנות מסופיות הדיון.<sup>79</sup> כך, נקבע שהמבקש לעיין בחומר כתוב נדרש לנמק זאת. יתרה מזו: לפי ההנחיה, זכות ההעתקה מוגבלת ככלל אלא אם מתקיים "טעם ממשי" המצדיק זאת; ככל שמתבקשת העתקה על-ידי מומחה, קובעת ההנחיה כי על הסניגוריה לפרט מיהו המומחה ומה מידת הסמכותו לבצע את הבדיקה; אם יינתן טעם ממשי להעתקת החומר יתבקש המבקש לחתום על התחייבות בכתב.<sup>80</sup> בנוסף, מטילה ההנחיה מגבלות שונות על האפשרות לערוך בדיקות במוצגים.

אפשר להבין את השיקולים שבבסיס ההנחיה ואת החשיבות שהפרקליטות מייחסת לכלל סופיות הדיון. כלל זה נועד להבטיח, כי מערכת המשפט תוכל לברר את עניינם של נאשמים שטרם קיבלו את יומם בבית המשפט, כמו גם לחזק את כוחו החינוכי וההרתעתי של המשפט.<sup>81</sup> קביעת כללים לעיון בחומר רגיש והעתקתו אף חשובה לשם הגנה על הפרטיות של קורבנות עבירה. עם זאת, יישום ההנחיה מעורר קושי מוסדי משום שהוא מגביל את האפשרות לערוך בדיקה משמעותית, המבוססת על ראיות מדעיות, שמטרתה לבחון אם אירעה הרשעת שווא. בכך, מקשה ההנחיה על מימוש סמכותה של הסניגוריה הציבורית לפי סעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית, שכן היא מגבילה את האפשרות לערוך סינון ראוי של הפניות לייצוג. בנוסף, מצמצמת ההנחיה את האפשרות להגיש, במקרים המתאימים, בקשות מנומקות ומבוססות למשפט חוזר. נוסף על כך, ההנחיה מגבילה את האפשרות של נידון לממש את זכותו להגיש בקשה למשפט חוזר בהתבסס על מירב העילות האפשריות ובהתבסס על בדיקה יסודית מוקדמת, שתיערך על-ידי גוף ממלכתי ומקצועי שהוסמך לכך. לפיכך, נראה לנו, כי ראוי היה להגיע לנקודת איזון אחרת במסגרת ההנחיה, תוך הגנה על הזכויות של קורבנות עבירה באמצעים שאין בהם כדי למנוע, מלכתחילה, את אפשרותו של נידון לערוך בדיקות בחומר (כגון: חתימה על התחייבות להימנע מהפצת החומר, עריכת בדיקות מדעיות משותפות לסניגוריה ולתביעה במקרים המתאימים ועוד).

### 3. קבלת מידע מעדים לאחר המשפט

אחת הדרכים לגילוי הרשעות שווא היא שיחות עם עדים שיש בידיהם מידע שלא הוצג במשפט. עד הטוען, כי מסר בעת החקירה או במשפט עדות שקר, או כי יש לו מידע שלא מסר כלל, עשוי

לסייע בחשיפת הרשעת שווא. עם זאת, גם השימוש באמצעי זה מעורר בישראל כמה קשיים, חלקם מעשיים וחלקם משפטיים, שעשויים למנוע את האפשרות לגלות הרשעות שווא.

במהלך המשפט חלות מספר נורמות העשויות להיות רלוונטיות למצב שבו נאשם (או מי מטעמו), מבקש לשוחח עם עדי התביעה, חלקן מתחום האתיקה וחלקן מתחום המשפט הפלילי. כך, כלל 37(ב) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, מונע מעורכי-דין לבוא בדברים עם עד העומד להעיד במשפט מטעם הצד שכנגד ללא הסכמת הצד שכנגד או בא-כוחו. הגבלות בדבר יצירת קשר עם עדים חלות אף מכוח הדין הפלילי. כך בפרט, ראוי לציין את האיסור לשבש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין ואת האיסור על הטרדת עד לפי סעיף 249 לחוק העונשין.

האם נאשם, או בא-כוחו, יכול לשוחח לאחר תום המשפט עם עדים שהיו עדי תביעה? כלל 37(ב) הנזכר חל, לפי לשונו, על מגע בין עורך-דין לבין עד שעומד להעיד. מכאן, נראה, כי לאחר המשפט הכלל אינו חל. עם זאת, ייתכן שיש לכלל 37(ב) השפעה עקיפה גם לאחר המשפט, משום שעורכי-דין חוששים להתפשט כמי שפועלים בניגוד לכלל אתי. אשר לאיסורים הפליליים הרלוונטיים לשיחות עם עדים, נפסק שהנורמות הפליליות שחלו במהלך המשפט עומדות בתוקפן גם לאחריו. כך, למשל, נקבע כי ניסיון של עורכי-דין וחוקרים פרטיים לקבל גרסה מעד, לאחר תום המשפט, עשויה לבוא בגדר "הטרדת עד" ו"שיבוש מהלכי משפט".<sup>82</sup> מכל מקום, העמימות הנורמטיבית במישור האתי והפסיקה בתחום הפלילי חושפים נידונים, המבקשים לשוחח עם עדים שהיו עדי תביעה, ואת מי שפועל מטעמם, לטענה כי פעלו שלא כדין. להבדיל משלבי החקירה והמשפט, במהלכם פועלים מנגנונים מוסדרים לכירור האמת, לאחר תום המשפט אין הליכים מוסדרים לכירור טענות בדבר הרשעות שווא. כפי שכבר פורט, בצד האיסורים הפליליים והאתיים החלים על עורכי-דין ועל חוקרים פרטיים, אין בישראל גוף מוסדי – למעט הסניגוריה הציבורית – שלקח על עצמו אחריות לאתר הרשעות שווא, דוגמת ה-CCRC באנגליה. ממילא, אין כל גוף מוסדי שעוסק בחקירת עדים לאחר תום המשפט.<sup>83</sup> גם הסניגוריה הציבורית, כשהיא בודקת אם לייצג נידונים בבקשות למשפט חוזר, מתקשה לשוחח עם עדים בהיעדר סמכויות חקירה מוסדרות בחוק. הפנייה לעדים, ככל שהיא נעשית, מתבצעת באופן לא פורמלי ותלויה במוכנות של העד לשתף פעולה. מכאן החשש שבמצב הנורמטיבי הקיים נמנע גילוי מידע מעדים רלוונטיים ובכך נמנע גילוי של הרשעות שווא.

זה המקום לציין שקיומו של הכלל האוסר על סגור לשוחח עם עד תביעה במהלך המשפט, ולא כל שכן לאחריו, איננו מובן מאליו. בארצות-הברית, למשל, לא זו בלבד שההגנה רשאית לראיין עדי תביעה לפני עדותם – הדבר אף נחשב לפעולה אלמנטרית שסנגור שאינו נוקט בה מתרשל בתפקידו. עד התביעה עצמו רשאי, כמובן, לסרב להיפגש עם ההגנה, אולם ברוב המדינות בארצות-הברית החוק אוסר על התביעה להורות לעדיה להימנע מלשוחח עם הסניגוריה.<sup>84</sup>

החשיבות שבהסדרת הסמכות לשוחח עם עדים לאחר המשפט, איננה נובעת רק מהקושי לקבל מידע חדש ובעל ערך מעדים, או מהסיכון שלוקחים על עצמם עורכי-דין במצב המשפטי הקיים כשהם מחליטים לפנות לעד לאחר המשפט. חשיבות זו נובעת אף מהצורך לאזן בין האינטרס החיוני שבתיקון הרשעות שווא, לבין האינטרס שבשמירה על פרטיותם ושלמות נפשם של מי שסיימו להעיד ומבקשים כעת להניח את הפרשה מאחוריהם, בעיקר כשמדובר בקרבנות העבירה ובמשפחותיהם. על החקיקה להבחין בין שיחות עם עדים שהם קורבנות העבירה או משפחותיהם, לבין עדי תביעה אחרים, כגון: אנשי משטרה או עדים מומחים. אשר לקורבנות עבירה או בני משפחותיהם, נראה שיש לשקול הקמת מנגנון מוסדי אובייקטיבי שיהיה מוסמך לחקור את קורבנות העבירה או משפחותיהם כשמתעורר חשש שיש בידיהם מידע שלא מסרו במהלך החקירה והמשפט. לחלופין, אפשר ליצור מנגנון המאפשר פגישה עם קורבנות העבירה באמצעות עורכי-דינם. אשר לעדי תביעה אחרים,

נראה שההצדקה למנוע פנייה של נידונים או סניגורים אליהם היא חלשה. לעניין זה, יש להבחין גם בין עדים שמוכנים לשוחח עם הנידונים ועורכי-דינם – ומכאן שאין טעם המצדיק למנוע שיחות עמם – לבין עדים המסרבים לעשות כן. במקרה האחרון יש, כאמור, לאפשר למנגנון מוסדי לקיים את השיחות.

בפרשת כרמון, בהתחשב בטענה העקבית של האחים סביחי שלפיה הוכו לכל אורך חקירתם, ולאור דחיית בתי המשפט את גרסתם כבלתי-אמינה, הייתה חשיבות ממשית לשיחות עם שוטרים שיאשרו את גרסתם. אף שעלה בידי הסניגוריה הציבורית לשוחח עם רבים מהשוטרים, לא עלה בידיה לקבל עדות שלפיה ננקטה אלימות נגד הנידונים. אין ספק שבתיק שבו הגרסה הבסיסית של הנידונים היא שהודאתם נמסרה בעקבות אלימות חמורה, יש צורך בגוף מוסדי אובייקטיבי שיגבה עדויות בחקירה. מובן, כי גוף כזה לא יפעל כל אימת שנידון מעלה טענה שכבר נדונה ונדחתה בלא כל ביסוס או ראיה נוספת, אולם בהתקיים טענות ועובדות חדשות שלא נדונו, ייתכן שיצדיקו חקירה אובייקטיבית חדשה, כפי שנעשה במספר פרשות בעבר.<sup>85</sup>

### סיכום: הצורך בשיפור המנגנונים לאיתור ותיקון של הרשעות שווא בישראל

במאמר זה ביקשנו להראות שהקושי להביא לביטול הרשעות שווא בישראל לא מתמצה ברמה המשפטית. עבודה משפטית מקצועית היא אמנם תנאי חשוב לכך, אך לא די בה כדי לשכנע את בית המשפט העליון שיש עילה למשפט חוזר. בית המשפט העליון מציב בשנים האחרונות רף גבוה בפני נידונים המבקשים משפט חוזר. הקושי לעמוד ברף זה, נובע בין היתר מהחסמים המוסדיים הקיימים במערכת המשפט בישראל, כפי שניתן ללמוד מפרשת האחים סביחי.

החסמים המונעים ביטול של הרשעות שווא בישראל אינם בעלי אופי טכני בלבד. הפתרונות למרביתם דורשים שיתוף פעולה כלל-מערכתי. במסגרת זו, יש צורך להביא בחשבון את הערכים והנאמנויות של הצדדים הרבים וכן את הפגיעה העמוקה העלולה להיגרם להם עקב תיקון הבעיות. במקרים מסוימים משמעות הדבר היא הודאה מצד המעורבים, כי היו שותפים להליך בו נפלה טעות חמורה, אירעה התרשלות או נגרם עיוות דין.<sup>86</sup> הבעיות המוסדיות שתיארנו אף משפיעות זו על זו: כך, היעדר מעורבות ישירה של היועץ המשפטי לממשלה באיתור הרשעות שווא יוצרת צורך בגוף מוסדי אחר, בעל סמכויות, שיהיה בידו להביא לביטול של הרשעות שווא. ייתכן שיש מקום לשקול אימוץ מודל חדש, שיהיה דומה למודל האנגלי או יכלול מאפיינים מסוימים של המודל האמריקני; למצער יש להעניק סמכויות נאותות לסניגוריה הציבורית כדי שתוכל לבדוק טענות בדבר הרשעות שווא.

בד בבד, יש להסדיר בחקיקה ערכנית את החובה לשמור על המוצגים ויש לאכוף על הרשויות לממש את חובת השמירה: אי-שמירתם פוגעת באפשרות לערוך בדיקות נוספות או משלימות לאחר תום המשפט. מעבר לכך, גם כאשר מוצגים נשמרים, ובהיעדר סמכויות לסניגוריה הציבורית, פעמים רבות נמנעת האפשרות לערוך בדיקות בתיקים מתאימים. חוסר היכולת לעיין בחומר ולערוך בדיקות מחזק את הצורך לשוחח עם עדים דווקא. בנסיבות אלה, המגבלות על שיחות עם עדים מקשות אף יותר על פעילותה של הסניגוריה הציבורית. נדמה, כי הדברים קשורים זה לזה בשרשרת ארוכה וכבדה, כאשר רק קיומן של כל החוליות בשרשרת יאפשר איתור וביטול הרשעות שווא.

על כל הבעיות המוסדיות שתוארו יש להוסיף, כי בישראל כמעט לא התעורר דיון ציבורי בתופעה של הרשעות שווא ולא ניתן כמעט להצביע על התגייסות ציבורית בתמיכה לנידונים הטוענים לחפותם. אף במישור האקדמי אין כמעט מחקר בנושא.<sup>87</sup> כך, בקשתם של האחים סביחי

למשפט חוזר זכתה אמנם לסיקור תקשורתי נרחב יחסית, אך רק לאחר שהבקשה כבר הוגשה.<sup>88</sup> ליווי הפרשה לכל אורכה על-ידי התקשורת – וודאי קמפיין ציבורי ממושך – היו עשויים לשנות את האופן שבו בדקו הגורמים במערכת המשפט את הפרשה. אף ארגוני זכויות האדם ממעטים לעסוק בסוגיה ואין כמעט אף ארגון בישראל שמקדיש לה את עיקר פעילותו.<sup>89</sup> זאת, אף על פי שהרשעת שווא – ודאי כליאת שווא ממושכת – היא הפרה מובהקת וחמורה של זכויות האדם הבסיסיות ביותר. מדובר בחוליה נוספת בשרשרת הדרושה לצורך תיקון הרשעות שווא.

בולטת אף יותר העובדה שעל אף הדומיננטיות הרבה של פרויקט החפות בקליניקות המשפטיות האמריקניות, ואף שבפקולטות למשפטים ברחבי הארץ פועלות קליניקות רבות העוסקות במגוון של נושאים, לרבות ההליך הפלילי – עד לאחרונה לא הייתה בנמצא קליניקה העוסקת בביטול של הרשעות שווא לאחר המשפט (קליניקה אחת שפעלה בנושא בעבר, במכללה למנהל, נסגרה). עם זאת, בשנת תשע"ג החל לפעול פרויקט חדש לביטול של הרשעות שווא במסגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, בשיתוף עם הסניגוריה הציבורית. יש לקוות שפעילות זו מבשרת על תחילתו של שינוי ותוביל ליזמות דומות נוספות.

שינוי מעודד נוסף במידת העניין בביטול של הרשעות שווא הוא שיתוף הפעולה שנוצר בין הסניגוריה הציבורית לכמה משרדי עורכי-דין מהמובילים בארץ, שבמסגרתו המשרדים מקבלים תיקי פרו-בוננו של נידונים שפנו לסניגוריה הציבורית.<sup>90</sup> גם בכך יש לראות תחילתה של מגמה חיובית, של העמקת המחויבות בזירה הציבורית לפעול לביטול של הרשעות שווא.

כדי שאפשר יהיה להביא לביטול של הרשעות שווא בישראל נדרשים שינויים רבים, לרבות מתן סמכויות לגוף מוסדי לשם בדיקת טענות בדבר הרשעות שווא, הסדרת חקיקה עדכנית לשמירה על חומר מוצגים והטמעתה, מתן זכות עיון בחומר וזכות לבדוק מוצגים לאחר תום המשפט והסדרת האפשרות לשוחח עם עדים לאחר המשפט. כל אלה לא יהיו אפשריים ללא גיוס שותפים נוספים לדרך וללא הגברת המודעות הציבורית לנושא. הצעדים הללו ככל הנראה כבר לא יסייעו לאחים סביחי, אולם אנו מקוות שהם יסייעו לנידונים אחרים בישראל הטוענים לחפותם.

## הערות

- 1 Samuel R. Gross and Michael Shaffer, *Exonerations in the United States, 1989-2012*, 277 MICH. L. REV. (2012), available at [www.oranous.com/florida/JimmyAtes/SSRN-id1083735.pdf](http://www.oranous.com/florida/JimmyAtes/SSRN-id1083735.pdf). מחקר זה, הסוקר את כל המקרים שבהם בוטלו הרשעות משנת 1989 ועד לשנת 2012, מציינ כי בשנים אלו בוטלו 873 הרשעות במגוון הליכים שנקטו לאחר הפיכת ההרשעה לחלוטה (קרי: לאחר שמוצו אפשרויות הערעור), לרבות חנינות, הליכי הביאס קורפוס והליכים אחרים לשחרור ממאסר שנערכו בחסות בתי המשפט. הכותבים מבהירים כי המחקר עוסק רק במקרים שבהם זוכה הנידון באופן מלא מכל מעורבות בכיצוע העבירה, להבדיל מזיכוי חלקי, ורק במקרים שבהם התגלו לאחר המשפט ראיות המצביעות פוזיטיבית על חפות. ראו עמ' 6-9.
- 2 לפי הנתונים של פרויקט החפות; ראו [www.innocenceproject.org/300/infographic.php](http://www.innocenceproject.org/300/infographic.php).
- 3 לפי הנתונים של CCRC; ראו [www.ccr.org.uk/cases/case\\_44.htm](http://www.ccr.org.uk/cases/case_44.htm).
- 4 Criminal Appeal Act, 1995, c.35, Pt II (Eng.).
- 5 ס' 31(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 1123 מאפשר לבית המשפט העליון לזכות את הנידון בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה בלי לקיים משפט חוזר.
- 6 "שינוי בסטטיסטיקה הפלילית (סדר ציבורי)" הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (4.9.2012) (להלן: דוח הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה). [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaat=201218232](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaat=201218232).

- 7 כך, למשל, בהתחשב בכך שהאוכלוסייה באנגליה גדולה בערך פי עשרה מהאוכלוסייה במדינת ישראל, אפשר היה לצפות שהחל בשנת 1997 יהיו כ-32 ביטולי הרשעות במדינת ישראל. בפועל היו כ-18 בלבד.
- 8 מאז שנת 1999 מוגשות בממוצע מדי שנה 25 בקשות למשפט חוזר לבית המשפט העליון.
- 9 בעיות מסוג זה כונו על ידי פרופ' רונלד הפץ (Heifetz), החוקר את תחום המנהיגות, "בעיות אדפטיביות" (Adaptive Challenges). מדובר בבעיות מורכבות דוגמת עוני, אפליה וחוסר צדק, שאין להן פתרון טכני-מקצועי פשוט והן נובעות מערכים ומאמונות של הצדדים הנוגעים בדבר. כדי להתמודד עם בעיות מסוג זה יש צורך לרוב בשיתוף פעולה שבייבא בחשבון את הערכים והנאמנויות של כל הצדדים וכן את הפגיעה שעשויה להיגרם להם כתוצאה מתיקון הבעיות. ראו RONALD A. HEIFETZ, LEADERSHIP WITHOUT EASY ANSWERS (1994).
- 10 מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.8.2011). כותבות המאמר ייצגו את המבקשים בבקשה למשפט חוזר (להלן: מ"ח סביחי).
- 11 שם.
- 12 ת"פ (חי') 353/84 מדינת ישראל נ' סביחי (לא פורסם, 23.1.1987) (להלן: ת"פ סביחי).
- 13 ע"פ 157/87 סביחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.1989).
- 14 מ"ח 2478/99 סביחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 642 (2000).
- 15 "פנייה לציבור" ידיעות אחרונות 16.6.1982; "פנייה לציבור" כלבו 18.6.1982; "עזרו לנו למצוא את דפנה שלנו" מעריב 21.6.1982; "לאן נעלמה דפנה כרמון" השבוע 24.6.1982.
- 16 ת"פ סביחי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 3.
- 17 שם, בעמ' 13.
- 18 שם.
- 19 ד"ר אריאל ליבנה, קרימינולוג שפרש משירות הביטחון הכללי, ערך עבור הסניגוריה ניתוח עומק של חומר החקירה וקיים מפגשים עם שוטרים ומעורבים נוספים בתיק, שמהם עלה כי נפלו פגמים רבים בחקירה ובשחזורים.
- 20 מ"ח סביחי, לעיל ה"ש 10, בפסקאות 22-23.
- 21 שם, בפסקה 67.
- 22 משרד המשפטים הועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר: דין וחשבון (1994).
- 23 שם, בעמ' 8-53; לעמדת היחיד של פרופ' מרדכי קרמניצר ראו שם, בעמ' 58-67; לעמדת היחיד של עו"ד יהודית קרפ ראו שם, בעמ' 67.
- 24 שם, בעמ' 54-57.
- 25 ס' 31(א)(2) לחוק בתי המשפט.
- 26 ס' 31(א)(4) לחוק בתי המשפט.
- 27 ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.1983). ההחלטה לקבל את הבקשה למשפט חוזר לא פורסמה, אך חלק ממנה – כמו גם חלק מתגובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה – פורסמו במסגרת פסק הדין בערעורו של המבקש במשפט החוזר שנערך לו ושבו הורשע מחדש; תפ"ח 885/66 מדינת ישראל נ' פרילה (פורסם בנבו, 28.5.1969). גם במקרה זה לא פורסמה ההחלטה בבקשה למשפט חוזר עצמה, אך יש התייחסות נרחבת למדי לטענות המבקש במסגרת פסק הדין שניתן במשפט החוזר. במקרה זה זוכה המבקש במשפט החוזר; מ"ח 3/58 היועמ"ש נ' דוד (פורסם בנבו, 11.9.1958).
- 28 מאז 1996 ועד 2006 התקבלו 14 בקשות למשפט חוזר. שנת השיא מבחינת מספר הבקשות שהתקבלו הייתה שנת 2005, שבה התקבלו חמש בקשות (לעומת ממוצע של כבקשה אחת בשנה ביתר השנים מאז התיקון בחוק). לעומת זאת, מאז 2006 ועד היום התקבלו ארבע בקשות למשפט חוזר, מהן שלוש בעברות תעבורה ואחת בעבירה של אי-מניעת פשע.

- 29 כך, למשל, לפי מאגר נבו הוגשו בשנת 2011 20 בקשות; בשנת 2010 הוגשו 25 בקשות; בשנת 2009 הוגשו 30 בקשות; בשנת 2008 הוגשו 19 בקשות; בשנת 2007 הוגשו 25 בקשות; בשנת 2006 הוגשו 20 בקשות.
- 30 ראו הדוחות השנתיים שמפרסמת הסניגוריה הציבורית, למשל: הסניגוריה הציבורית דוח שנתי לשנת 2003, 18 (2004); הסניגוריה הציבורית דוח שנתי לשנת 2006, 33 (2007); הסניגוריה הציבורית דוח שנתי לשנת 2008, 33 (2008); הסניגוריה הציבורית דוח דו-שנתי לשנים 2008-2009, 58 (2010); הסניגוריה הציבורית דוח דו-שנתי לשנים 2010-2011, 51-52 (2012).
- 31 החוק אינו מגביל את כמות הבקשות למשפט חוזר שנידון רשאי להגיש, אולם מגביל את האפשרות לקבל בקשה על בסיס אותה עילה שנדונה ונדחתה בבקשה קודמת. ראו ס' 8 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957 (להלן: **תקנות המשפט החוזר**).
- 32 Gross and Shaffer, *Exonerations in the United States*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9-8.
- 33 [www.innocenceproject.org/about/Mission-Statement.php](http://www.innocenceproject.org/about/Mission-Statement.php). יוער, כי רוב רובם של הזיכויים (233 מתוך 300) הושגו אחרי שנת 2000.
- 34 *Search the Profiles*, <http://www.innocenceproject.org/know/Search-Profiles.php?check=check&title=&yearConviction=&yearExoneration=&jurisdiction=&cause=&perpetrator=Yes&compensation=&conviction=&x=15&y=1> (2012).
- 35 Innocence Protection Act, 18 U.S.C § 3600 (2004). החקיקה נולדה בעקבות המלצות דוח של ועדה שהוקמה במשרד המשפטים לבחינת הטיפול בבדיקות DNA לאחר המשפט ב-1999. ראו POSTCONVICTION DNA TESTING: RECOMMENDATIONS FOR HANDLING REQUESTS: A REPORT FROM NATIONAL COMMISSION ON THE FUTURE OF DNA EVIDENCE (September 1999), available at <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/177626.pdf>.
- 36 לדוגמאות לחקיקה מדינתית המטמיעה את החקיקה הפדרלית ראו, למשל, Cal. Penal Code § 1405(a); N.Y.CPL. Law § 440.30 (1-a); Florida Rules of Criminal Procedure §3.853.
- 37 Innocence Protection Act, לעיל ה"ש 35. בסעיף חוק A נקבעו עשרה תנאים מצטברים כאלו: (1) הנידון הצהיר תחת שבועה כי הוא חף מפשע, תוך שהוא נתון לעונשים הקבועים בחוק בגין עדות שקר; (2) הראיות שלגביהן מתבקשת הבדיקה קשורות לעבירה שבה הורשע הנידון; (3) לא נערכה בעבר בדיקת DNA בראיות, ולחלופין הראיות נבדקו בעבר באמצעות שיטה או טכנולוגיה מתקדמת פחות מזו שבה הנידון מבקש להשתמש כעת. כמו כן, הנידון לא מחל על זכותו לבקש בדיקות DNA ואף לא בחר בעבר להגיש בקשה אחרת לנקיטת הליך שלאחר הרשעה בעניינו, בלי לכלול בה את בקשתו לעריכת בדיקות אלה; (4) הראיות נמצאות ברשות המדינה ולא זוהמו; (5) בדיקת DNA המבוקשת עושה שימוש בשיטות מקובלות ותקפות מבחינה מדעית; (6) קו ההגנה שהנידון מציג כדי להצדיק את עריכת הבדיקה עולה בקנה אחד עם קו ההגנה שהציג במשפטו ועשוי על פני הדברים לבסס את פחותו; (7) הנידון הורשע בעקבות ניהול משפט ושאלת הזהות של העבריין עמדה במוקד המשפט; (8) הבדיקה המבוקשת עשויה לייצר ראיות חדשות שיתמכו בקו ההגנה של הנידון ויעידו על הסתברות סבירה שהוא אכן לא ביצע את העבירה; (9) הנידון מבטיח לספק דגימת DNA לצורך השוואה; (10) הבקשה מוגשת בהתאם לסדר הזמנים שנקבע לשם כך.
- 38 שם, בסעיף חוק A(10), נקבע שכלל יש להגיש בקשה בתוך 36 חודשים מיום ההרשעה או בתוך שישים חודש מיום כניסת החוק לתוקף, לפי המאוחר. כן קבועים תנאים שבהתקיימם אפשר להורות על עריכת בדיקות חרף חריגה מסד הזמנים או לדחות את בקשת הנידון חרף העובדה שלא חרג מסד הזמנים.
- 39 שם, בס"ח C. החקיקה קובעת שכלל יבוצעו הבדיקות על ידי לשכת החקירות הפדרלית (FBI), אולם לבית המשפט סמכות להורות שהבדיקה תיערך במעבדה אחרת, לאחר שוודא כי ננקטו אמצעים להבטחת מהימנותה. יוער, כי בעשרים מדינות בארצות-הברית חוקי המדינה אף מסמיכים את בית המשפט לבחור את המעבדה שבה תיערך הבדיקה במקרה של מחלוקת.

- 40 לביקורת על ההעדפה לראיות לחפות ממשית על פני ראיות לפגיעה בערך ההליך ההוגן ראו, למשל, Stephen B. Bright, *Is Fairness Irrelevant?: The Evisceration of Federal Habeas Corpus Review and Limits on the Ability of State Courts to Protect Fundamental Rights*, 54 WASH. & LEE L. REV. 1 (1997); Eve Brensike, *Primus A Structural Vision of Habeas Corpus*, 98(1) CALIF. L. REV. 1 (2010).
- 41 Criminal Appeal Act, 1995, c.35, §§ 17-22 (Eng.).
- 42 שם, בסעיף חוק 13.
- 43 למקרים שבהם הורה בית המשפט לערעורים על משפט חוזר ראו, למשל, Beckles, R. v [2004] EWCA Crim 2766 (U.K.); Ashton & Ors, R. v [2006] EWCA Crim 794 (U.K.); El-Kurd & Ors, R v [2007] EWCA Crim 1888 (U.K.).
- 44 Criminal Appeal Act, 1968, c. 17 (Eng.).
- 45 שם, בס' 7 ו-23 לחוק, קבועים שני תנאים מצטברים: (1) על המבקש להצביע על עילה מבוססת לערעור, קרי: פגם מהותי בדיון המקורי המצביע על אפשרות לעיוות דין; (2) על המבקש לעגן את עילת הערעור באופן בלעדי בראיות חדשות ומהימנות שלא הוגשו בהליך המקורי בשל סיבה סבירה. במסגרת הרפורמה שנערכה בחוק הערעורים בוטל, בין היתר, התנאי השני, שלמעשה קובע שאין להגיש ראיות שאפשר היה להגישן במשפט המקורי.
- 46 לדוח הוועדה ראו THE ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE: REPORT (July 1993), available at <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm22/2263/2263.pdf>.
- 47 Criminal Appeal Act, 1995, בס' 2.
- 48 מעניין לציין כי בקנדה נתונה הסמכות לבחון טענות להרשעות שווא בידי שר המשפטים. בכך דומה ההסדר הקנדי לזה שהיה בעבר באנגליה. ראו 1 R.S.C § 696 (1985). עם זאת, בשנת 1993 הוקמה במשרד מחלקה מיוחדת שיעודה בחינה של טענות חפות – "Criminal Conviction Review Group" (CCRG), המופרדת מגופי התביעה במשרד המשפטים מהבחינות הפיזיות, המנהלתית והמהותית, כדי להבטיח בחינה עצמאית ובלתי-תלויה של טענות חפות. יצוין, כי עיון ברוחות השנתיים שמוציאה המחלקה מעלה כי כמות הפניות המתקבלת מדי שנה מנידונים הטוענים לחפותם היא נמוכה ביותר. ראו, למשל, Minister of Justice, *Applications for Ministerial Review – Miscarriages of Justice*, Annual report (2005), [publications.gc.ca/collections/Collection/J1-3-2005E.pdf](http://publications.gc.ca/collections/Collection/J1-3-2005E.pdf); Minister of Justice, *Applications for Ministerial Review – Miscarriages of Justice*, Annual report (2012), <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/ccr-rc/rep12-rap12/index.html>.
- 49 <http://www.justice.gov.uk/about/criminal-cases-review-commission/case-library/1> (2012).
- 50 שם; כן אפשר למצוא מקרים שבהם הרשעת הנידון לא בוטלה לחלוטין אך האישומים שבו הורשע הופחתו, ולחלופין מקרים שבהם גזר דינו הוקל. ראו, למשל, Farnell, R v [2005] EWCA Crim 1021 (U.K.); Boreman & Ors, R v [2006] EWCA Crim 2265 (U.K.); Brown, R v [2004] EWCA Crim 496 (U.K.).
- 51 Stephanie Roberts & Lynn Weathered, *Assisting the Factually Innocent: The Contradictions and Compatibility of Innocence Projects and the Criminal Cases Review Commission* 29(1) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 43, 51, 57 (2009).
- 52 בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין" *עלי משפט* א 97, 111 (1999).
- 53 אם כי לאחרונה הוקם פרויקט חפות במסגרת הקליניקה הפלילית באוניברסיטה העברית, בשיתוף עם הסניגוריה הציבורית. ראו בסיכום למאמר זה.
- 54 כך לפי הנוסח המקורי של ס' 2 לתקנות המשפט החוזר. מעיון בהחלטות בבקשות למשפט חוזר עד שנת 2004 אפשר להתרשם מהופעת היועץ המשפטי לממשלה בעצמו בדיונים.



- 55 ס' 11 ו-12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982.
- 56 להברידל מהליכים משפטיים אחרים, שבהם היועץ המשפטי לממשלה מגיש את תגובתו רק אחרי הפנייה לבית המשפט העליון. השוו לעיל ה"ש 48, ההסדר בקנדה הדומה להסדר זה.
- 57 מאז קום המדינה ביקש היועץ המשפטי לממשלה משפט חוזר בשני מקרים בלבד; ראו מ"ח 3/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' דוד (פורסם בנבו, 11.9.1958); מ"ח 10562/02 היועץ המשפטי לממשלה נ' א' ע' (פורסם בתקדין, 13.4.2005).
- 58 ראו, למשל, מ"ח 8/84 ברנס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.3.1985); לתיאור עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בבקשה למשפט חוזר בפרשת רצח דני כץ ראו מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529, 549-552 (1999) (להלן: מ"ח קוזלי).
- 59 סעיף 2 לתקנות המשפט החוזר. התקנות תוקנו עם שורה של תיקונים שאפשרו ליועץ המשפטי לממשלה להאציל סמכויות שהוקנו לו באופן ייחודי לפרקליטות המדינה.
- 60 ראו דבריו של רובינשטיין בפרוטוקול ישיבה מס' 41 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 23-24 (7.7.2003): "בעניין משפטים חוזרים – דרך אגב, שתדעו איזה עומס יש בנושא הזה, אני אספר שבסוף השבוע הקודם ובראשית השבוע הזה אני אישית מטפל במשפטים חוזרים. יש כבר תפריט של נושאים שאני וחברי מציעים, שנגיש לכם תיקוני חקיקה, כדי שיורשי או יורשתי, היועץ המשפטי או היועצת המשפטית הבאה, יהיו להם חיים יותר קלים. לא עשיתי את זה על עצמי, כדי שלא יגידו שאני בא להקל על עצמי. בכל תיק משפט חוזר אני צריך להגיש אישית חוות-דעת, כמובן מכינים טיוטות בפרקליטות, זה לא שאני מטפל מהחל ועד כלה, אבל זה דבר רציני, ולכן אני יושב לילות, ובשבוע החולף והנוכחי קיבלתי שישה תיקי משפט חוזר שכל אחד מורכב מערימות שאני צריך לטפל".
- 61 כידוע, ניגוד עניינים מוסדי איננו מוגבל לניגוד בין התפקיד הציבורי לאינטרס הפרטי של איש הציבור, אלא עשוי להתעורר בכל מצב שבו עובד הציבור מופקד על שני אינטרסים ציבוריים סותרים או נאלץ, במסגרת תפקידו האחד, להפעיל ביקורת על החלטות ופעולות מהסוג שבו הוא מטפל במסגרת תפקידו האחר. במקרים כאלה ההנחה היא שעצם קיומו של ניגוד העניינים מעורר חשש למעורבות של שיקולים זרים ועל כן הוא פסול. ראו, למשל, יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 225, 244-251 (דפנה ברק-ארוז, דורות נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, תשס"ט).
- 62 אמנם בתיקים מעטים החליטה פרקליטות המדינה להורות על השלמת חקירה, אך על כזו הנערכת על ידי משטרת ישראל ולא על ידי צוות בדיקה מיוחד במשרד המשפטים. טרם מצאנו מקרה שבו הובילה השלמת החקירה לאישוש של טענות הנידון. ראו, למשל, מ"ח 2847/05 אלאחר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2007); מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012).
- 63 ס' 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.
- 64 אישום בעבירה חמורה, קטין, אילם, עיוור, חירש, חשש למחלת נפש או לליקוי בכושר נפשי או שכלי, מצב כלכלי.
- 65 לפי ס' 15(ה) לחוק סדר הדין הפלילי.
- 66 ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2002); בש"פ 5516/98 ברנס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.5.1999).
- 67 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מספר 28) (משפט חוזר, זיכוי על אתר והענקת סמכויות לסניגוריה), התשס"א-2000, ה"ח 2926.
- 68 ראו הסניגוריה הציבורית: דוח שנתי לשנים 2010-2011, לעיל ה"ש 30.
- 69 בחוות הדעת שהוגשה בתגובה לבקשה למשפט חוזר הובעה העמדה שאין מקום לבדיקה נוספת של טענות הנידונים בתיק זה, שבו הסתיימו ההליכים המשפטיים ואף נדחתה בקשה קודמת למשפט חוזר, שבה הועלו טענות שרבות מהן דומות לאלה שהוצגו בבקשה הנוכחית. ראו, למשל, בפסקאות 35-36, 112, 183 בתגובת המשיבה לבקשה למשפט חוזר במ"ח סביחי, לעיל ה"ש 10.

- 70 עד היום התקבלה בקשה אחת בלבד למשפט חוזר על בסיס בדיקות DNA. ראו מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2005); בטופו של דבר הורשע שוורץ שנית במשפט החוזר בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 1154/05 מדינת ישראל נ' שוורץ (פורסם בנבו, 15.6.2009); ערעורו עורנו תלוי ועומד לפני בית המשפט העליון: ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל.
- 71 תקנות הארכיונים (ביעור חומר ארכיוני במוסדות המדינה וברשויות המקומיות), התשמ"ו-1986 קובעות כי יש לשמור לצמיתות תיקים בעברות רצח, בגידה, ריגול ומסירת מידע לאויב, וכן תיקים שעוררו עניין ציבורי; תקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), התשמ"ו-1986 קובעות כי על בית המשפט העליון לשמור לצמיתות כל תיק ראשי, אזרחי או פלילי (להבדיל מהליכים "נלווים" כמו בקשות, ערעורים על החלטות של גופים מנהליים ועוד), ואילו על בתי המשפט המחוזיים לשמור לצמיתות כל תיק פשע חמור.
- 72 מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 350 (1997).
- 73 ראו, למשל, "נוהל אב – בדיקות חיצוניות בגופות ונתיחות" המרכז הלאומי לרפואה משפטית 7 (2002); "הודעת כוח אדם 14/99 – תקופות ביעור חומר ארכיוני" הוראות המשטרה (1999).
- 74 הוראות פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.
- 75 ראו, למשל, ב"ש"פ 9342/10 נחמיאס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.2.2011).
- 76 לעיל ה"ש 35-39.
- 77 ב"ש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל פ"ד נ"ה(4), 293 (2001).
- 78 מטעם לא ידוע ההנחיה לא פורסמה מעולם.
- 79 כפי שנכתב, למשל, בסעיף 5 להנחיה בדבר "זכות העיון בחומר חקירה רגיש במסגרת הערכות הסניגוריה לבחינת אפשרות להגשת בקשה למשפט חוזר – הנחיה" הנחיות פרקליט המדינה (לא פורסם).
- 80 "זכות העיון בחומר חקירה רגיש", שם, בסעיף 10(ג). במסגרת ההתחייבות בכתב יתחייב המבקש לעשות שימוש בחומר המועתק לצרכי ההליך המשפטי בלבד, להימנע מעריכת העתק או מהעברת החומר לצד ג' שלא בהיתר מראש, להחזיק בחומר בנאמנות ולהשיבו בתום הליכי המשפט החוזר.
- 81 ראו, למשל, מ"ח קוזלי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 559; ש' ז' פלר "הרהביליטציה: מוסד משפטי מחוייב המציאות" משפטים א 497, 503 (התשכ"ח).
- 82 רע"פ 9689/05 סלע נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.2009); ע"פ 526/90 בלזר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133 (1991).
- 83 אמנם אפשר למצוא בכמה פרשות הסכמה של פרקליטות המדינה לערוך השלמת חקירה, שבמסגרתה חקרה המשטרה עדים רלוונטיים; אולם מעיון מדוקדק בתוצרי החקירות נדמה כי בדרך כלל נועדה השלמת החקירה לאשר את ההרשעה ולא לחשוף את המידע החדש. העברת השלמות החקירה לידי המשטרה, ובהנחיית הפרקליטות, מציבה קושי אינהרנטי לחשוף כי העדויות שנמסרו בעת המשפט היו שקריות, מאחר שלגופים העוסקים באכיפת החוק יש אינטרס חזק לשמר הרשעה שהתקבלה. ראו לעיל ה"ש 62.
- 84 PAUL BERGMAN & SARA J. BERMAN, THE CRIMINAL LAW HANDBOOK: KNOW YOUR RIGHTS, SURVIVE THE SYSTEM 332-335 (12<sup>th</sup> edition, 2011).
- 85 ראו לעיל ה"ש 58.
- 86 כאמור, "בעיות אדפטיביות" מסוג זה מאופיינות בהיותן תוצר של הנאמנויות והערכים של כלל הצדדים הנוגעים בדבר ועל כן אין להן פתרון טכני-מקצועי פשוט. Heifetz, לעיל ה"ש 9.
- 87 גם זאת בניגוד למתרחש בארצות-הברית ובאנגליה. לדוגמאות המעטות לטיפול בנושא בישראל ראו פלר "הרהביליטציה: מוסד משפטי מחוייב המציאות", לעיל ה"ש 81; ליאון שלף "תיקונו של עיוות דין" הפרקליט מ"א 346 (תשנ"ג-תשנ"ד); ליאון שלף "סוף מאסר בחנינה תחילה" הפרקליט מ"ד 72 (תשנ"ח); סנג'רו וקרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום?", לעיל ה"ש 52; ליאון שלף "על סופיות הדין

- ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה" קריית המשפט א 133 (תשס"א); דיוויד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד 169 (2004). כן ראו ספר שהתפרסם לאחרונה בנושא של הרשעות שווא, המטפל בסוגיה מנקודת מבט אינטר-דיסציפלינרית ומתמקד בדרכים אפשריות למניעה של הרשעות שווא (להבדיל מביטולן כדיעבד): הרשעות שווא: היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים (רונית פלד-לסקוב, אפרת שהם ומאיר כרמון עורכים, תשע"ב-2012).
- 88 וכן לאחר שנדחתה. לדוגמאות לסיקור התקשורת, לאחר הגשת הבקשה ולאחר דחייתה, ראו טובה צימוקי "דפנה כרמון, תיק פתוח" ידיעות אחרונות 5.7.2009; דורית גבאי "דפנה כרמון, התיק נפתח" מעריב 5.7.2009; תומר זרחין, פאדי עיאדאת וג'קי חורי "המורשע ברצח דפנה כרמון: אני חף מפשע; התובעת: לא מבינה על מה נסמכות הטענות" הארץ 6.7.2009; אביעד גליקמן "העליון מתעקש: רצח דפנה כרמון – תיק סגור" YNET (31.8.2011).
- 89 חריג מסוים לכך היא תנועת "חזקת החפות", שמטרתה העיקרית הוא הפחתה במעמד ההודאה במשפט הפלילי, אך תחומי עיסוקה כוללים גם הרשעות שווא באופן כללי. לאתר התנועה ראו [www.hezkathaput.org/index.htm](http://www.hezkathaput.org/index.htm).
- 90 בעקבות פרסום הפרויקט בתקשורת, כמה משרדים מובילים נוספים פנו לסניגוריה מיזמתם והציעו אף הם להשתלב בטיפול במשפטים חוזרים. בפרויקט משתתפים, נכון לעכשיו, עורכי-דין משישה משרדים מובילים: "גולדפרב, זליגמן ושות'", "ויינרוט ושות'", "כספי ושות'", "ליבאי, מן ושות'", "צלרמאייר, פילוסוף, רוזובסקי ושות'", "שינמן, נגב, ניב ושות'".