

המשפט החוזר – מציאות או חלום?

על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון
(מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)

מאת

בועז סנג'רו, מרדכי קרמניצר*

א. מבוא. ב. כלל סופיות הדיון במשפט הפלילי. ג. הסכנה של הרשעת חפים מפשע: 1. מידת הסכנה; 2. הרשעה על סמך הודאה בלבד ("מלכת הראיות" או קיסרית הרשעות השווא?); 3. מקורות עיקריים נוספים של הסכנה; 4. הקושי העצום בגילוייה ובחשיפתה של הטעות לאחר ההרשעה. ד. פרשת עזריה כמקרה מבחן: 1. כללי; 2. תמצית השתלשלות הפרשה; 3. מאפיינים כלליים של החלטת בית המשפט העליון; 4. דוגמאות אחדות לטעויות ספציפיות שנפלו בהחלטה שלא לקיים משפט חוזר; 5. היחס הכללי לבקשה למשפט חוזר: ספק סביר מול ראיה ניצחת לחפות. ה. אחרית דבר: המשפט החוזר – הגשמת החלום (או: הרחבת העילות שבחוק, מול העתקת ההכרעה אל מחוץ למערכות הפרקליטות, היועץ המשפטי לממשלה ובתי המשפט). ו. ולאחר אחרית הדבר... ההחלטה לקיים משפט חוזר למורשעים ברצח הילד דני כץ ז"ל – שינוי ממשי ביחסו של בית המשפט העליון למשפט החוזר. נספח – ההתייחסות ל"שחזור" הלילי המבוים.

"אודה כי למקרא ולמשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת, שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להידחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים. שאלתי את עצמי אם על-ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות – ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות – שהושגו על-ידי חוקרים פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר המעשה לפשעיהם: סוף סוף אין החקירה המשטרית כולה אלא הליך הכנה למשפט, ויש בפשעי החקירה כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה. אילו ראיתי שהועלנו בתקנתנו, ולו רק במקצת מן המקצת, והחוקרים הפושעים באו על עונשם הראוי

* ד"ר סנג'רו הוא מרצה מן המניין במכללה למשפטים רמת-גן והוא שייצג את משה עזריה בבקשה למשפט חוזר שהגיש לנשיא בית המשפט העליון. פרופ' קרמניצר הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית ומרצה במכללה למשפטים רמת-גן.

להם, ומקרי ההתעללות בעצורים הולכים ומתמעטים – כי אז החרשתי; אבל הרושם העגום הוא שהמקרים הולכים ורבים, וחומרתם הולכת ומחריפה¹.

א. מבוא

בעקבות ה"דין וחשבון של הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר" שפורסם בשלהי 1994, הרחיב המחוקק באופן משמעותי את העילות למשפט חוזר הקבועות בחוק. מטרת המאמר היא לעמוד על יחסו הכללי של בית-המשפט העליון (וכן על יחסו הכללי של היועץ המשפטי לממשלה) לבקשות למשפט חוזר המוגשות לאחר פרסום מימצאי הוועדה ולאחר שינוי החוק. הדרך שנבחרה להשגת מטרה זו היא התעמקות במקרה מבחן – פרשת משה עזריה. מדובר בהחלטה המנומקת הראשונה שלאחר תיקון החוק, ונקבעה בה הלכה שכבר צוטטה פעמים מספר מאז קביעתה (למעשה מצוטטת היא בכל החלטה מנומקת באשר לבקשה למשפט חוזר במקומותינו).

יצוין כי אחד ממחברי המאמר – ד"ר בוועז סנג'ירו – הוא שייצג את משה עזריה בבקשה למשפט חוזר שהגיש לנשיא בית-המשפט העליון. יהיו ודאי קוראים שיפקקו באובייקטיביות של מחבר זה. כך או אחרת, סבורים המחברים כי החומר המובא במאמר מדבר בעד עצמו ומחייב חשיפה – וישפטו הקוראים.

ב. כלל סופיות הדיון במשפט הפלילי

סופיות פסק-הדין צומחת מהפיקציה שלפיה מה שנפסק סופית בבית-משפט מוסמך, הוא האמת. רואים מעשה בית-דין **כאילו** היה האמת. אין מתיימרים לקבוע שכל פסק-דין סופי אמנם קובע את האמת לאמיתה; לא מכוח עצם סופיותו ולא מכוח סמכות השופטים. אומרים שהסופיות יוצרת דימוי של אמת, או תחליף לאמת, שאין מהרהרים אחריהם.

הסופיות אינה ערך בפני עצמו, אלא אמצעי להשגת מטרת אחרות. לפיכך יש לבחון היטב מטרת אלה כדי להצדיק את הסופיות. מטרה מרכזית של כלל סופיות הדיון היא שימור ההרתעה שיוצר פסק-הדין, באמצעות מניעת ערעור נוסף עליו. לאחר שנגזר הדין ומוצתה זכות הערעור, הנטייה היא שלא להותיר תקוות להמשך ההליכים המשפטיים. החרג לעניין זה הוא גילוי עובדות המהוות עילה למשפט חוזר. למעט חריג זה, הכוונה היא להעניק לפסק-הדין יציבות מרבית, כדי שלא לגרוע מהשפעתו המרתיעה.

1 דברי השופט חיים כהן בע"פ 369/78 אבו מדיג'ם ואח' נ' מ"י, פ"ד לג(3) 376, 381.

שיקול נוסף התומך בכלל סופיות הדיון הוא היעילות. לו היו נותנים לערער על פסק-הדין שוב ושוב, בכל פעם שרוצים, לא היה לדבר סוף, לפסק-הדין לא היה ערך רב, והרשות השופטת לא הייתה מסוגלת למלא את תפקידה. גם כך בתי-המשפט כורעים תחת הנטל. מדובר באינטרס כללי ומינהלי לשים קץ להליכי המשפט. מחד גיסא ניתן לשאול: האם ייתכן לוותר על הסיכוי לחשיפת האמת ולעשיית צדק רק בשל מחיר הבירור הנוסף? מאידך גיסא ניתן להקשות: האם יהא זה מעשי להתעלם לחלוטין משיקול היעילות?

שיקול אחר שהועלה בדיונים שנערכו באשר לכלל סופיות הדיון הוא זכותו של הנתבע שלא יוטד עוד ועוד בהליכים משפטיים. השיקול הזה יכול להסביר פסיקה של בית-המשפט העליון, שלפיה הכלל של סופיות הדיון נמנה עם הכללים שתכליתם לעשות צדק. האמת והצדק לעתים מתנגשים. כאן מדובר בצדק לנתבע – שלא יוטד שוב ושוב בהליכים משפטיים – מול הצדק שבגילוי האמת. מקובל לקבוע נקודה של סופיות הדיון ונעילת שערי המשפט, בין היתר תוך העדפת הצדק לנתבע – שלא יוטד שוב. במאמר מוסגר יצוין כי אף שמדברים על "צדק" לנתבע, ייתכן שמדויק יותר היה להשתמש במונחים של הגינות וחסד, שהרי הצדק נגזר מהאמת שבצדו האחר של המאזן.

האם שיקול זה – זכותו של הנתבע שלא להיות מוטד – הוא בעל משקל גם במשפט הפלילי? בסיטואציה השכיחה – מורשע שמבקש להוכיח חפותו – לא. במצב זה אין מדובר בהטרדת הנתבע, אלא בהטרדת המערכת המשפטית².

הסכנה שיש לשוקלה מול ההצדקות דלעיל לכלל סופיות הדיון, היא הסכנה האיומה של הרשעת חפים מפשע, ותוצאותיה האפשריות: הרס חייו של המורשע; הרס חייהם של בני משפחתו; הפושע האמיתי ממשיך להסתובב חופשי ואמון הציבור במערכת עשיית הצדק פוחת.

ג. הסכנה של הרשעת חפים מפשע

1. מידת הסכנה

האם היא גדולה? האומנם קיימות במציאות הרשעות של חפים מפשע, או שמא רק בסיפורים ובסרטי הקולנוע? ואולי מדובר במקרים כל-כך נדירים, שמן הראוי לשלם את המחיר הזה?

2 אך כשמדובר בנאשם שזוכה, הרי שהכללים, כגון "סיכון כפול", אכן ניוונים גם מהשיקול של חוסר רצון להטריד את הנאשם שוב ושוב ולגרם לו עינוי דין.

במקומותינו, כבר בשנות החמישים עמד בית-המשפט העליון, מפי השופט אגרנט, על כך ש:

"... מטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה... אף השופטים, בהיותם אך בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם"³.

השופט חיים כהן כתב כך:

"כל עוד מופקדת השפיטה בידי בשר ודם, אי-אפשר למנוע טעויות – ועשיית צדק ומניעת עוול אינן עולות בקנה אחד עם כללי הסופיות. אפילו נאמר שניתן לגלות בעקרון הסופיות צדק פורמלי, צדק מהותי אין בו"⁴.

בדין וחשבון של הוועדה (בראשות השופט אליעזר גולדברג) לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994; להלן – דוח ועדת גולדברג) נאמר כך⁵:

"לא נוכל לעולם לדעת כמה הרשעות שווא אירעו, שהתגלותן נמנעה. בעניין זה איש באמונתו יחיה, יש שירבה בהערכת המקרים ויש שימעיט בה".

באנגליה פורסם בשנת 1993 הדוח של ועדת Runciman⁶, שהוקמה בעקבות חשיפת הרשעות השווא הידועות של "הארבעה מגילפורד" ו"השישה מבירמינגהם". היום, לאחר עשרות שנים של הכחשה, מכירים גם האנגלים (אפילו האנגלים) בקיומם של טעויות ועיוותי דין.

בארצות-הברית פורסם מחקר מקיף מאוד של Radelet ושל Bedau⁷ – גדול המתנגדים לעונש המוות בימינו. Bedau ו-Radelet התמקדו אך ורק במקרים שבהם היה

3 בג"ץ 175/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737, 751.

4 ח' כהן "ואשיבה שופטיך כבראשונה", ספר חמ"י גבריהו – מחקרים במקרא ובמחשבת ישראל (ירושלים, תשמ"ט, בעריכת לוריא) 1, 16.

5 עמ' 54 לדוח.

6 *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to parliament by Command of Her Majesty, (July 1993, London).

7 H. A. Bedau & M.L. Radelet "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases", 40 *Stan. L. Rev.* (1987) 21.

העונש מוות, או לפחות היה סיכון ממשי לעונש מוות. הם החמירו מאוד במבחנים שלהם, כך שרק כשסביר מאוד להניח שמדובר בהרשעת שווא הם מצרפים את המקרה למניין. בכל זאת הם מוצאים לא פחות משלוש מאות וחמישים מקרים כאלה בארצות-הברית במאה העשרים עד לשנת 1987. מדובר בממוצע של ארבעה מקרים בשנה. בעשרים ושלושה מהם הוצאו המורשעים להורג. עשרים ושניים שוחררו סמוך מאוד לכיסא החשמלי. מכיוון שבלתי אפשרי להגיע במחקר כזה לכל המקרים, ברור שישנם מקרים נוספים. יתרה מזו: לענייננו – סופיות הדיון במשפט הפלילי – מעניינים, כמובן, לא רק המקרים שהעונש בהם הוא מוות, אלא כל המקרים של הרשעות שווא, והמספר הזה, מטבע הדברים, הוא גדול בהרבה.

מחקר אחר – של אריה רטנר⁸ – חשף שבע מאות הרשעות של חפים מפשע בארצות-הברית. כפי שמציין המחבר⁹, מטבע הדברים אנו יודעים רק על חלק מהמקרים – אלה שבהם נחשפה האמת.

מקור אחרון ואמין במיוחד שיוזכר כאן הוא ה-"Innocence Project" שייסדו המלומדים Scheck ו-Neufeld בשנת 1992 ב-Cardozo Law School. בעיקר במסגרת פרויקט זה, וכן מחוצה לו, זוכו על בסיס בדיקות D.N.A. מאז 1989 ועד היום לא פחות מ-66 אסירים שהורשעו ברצח או באונס בארצות-הברית ובקנדה ושנידונו למאסר עולם או לעונש מוות¹⁰.

בל נשלה את עצמנו כי הנתונים מארצות-הברית אינם רלוונטיים לשיטת המשפט הישראלית. למרות כל ההבדלים, יש לזכור כי הסיכוי להשיג הרשעה על-ידי חבר מושבעים הוא, ככל הנראה, קטן יותר מאשר כשמדובר בשופט יחיד או בהרכב של שלושה שופטים.

כפי שכתב שלף, "השאלה איננה אם קיימות טעויות, אלא מה כמותן, כיצד להפחית את מספרן, ומה לעשות כאשר הן מתגלות"¹¹.

2. הרשעה על סמך הודאה בלבד (“מלכת הראיות” או קיסרית הרשעות השווא?)

8 A. Rattner, Convicting the Innocent: When Justice Goes Wrong, Ph. D. Dissertation. Ohio State University, 1983; A. Rattner “Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System” *Law and Human Behaviour*, vol. 12 (1988).

9 א' רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג (תשנ"ג) 262.

10 המימצאים נסקרו בהרצאה שנשא Barry C. Sheck ב-17.6.1999 באוניברסיטת תל-אביב במסגרת סמינריון בנושא הרשעות שווא שארגנה הסניגוריה הציבורית.

11 ל' שלף "תיקונו של עיוות-דין" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 346.

זהו, כפי הנראה, המקור המרכזי להרשעת חפים מפשע. לפחות בעבר נטו בתי- המשפט לראות בהודאתו של נאשם ראיה חזקה מאוד, שניתן וצריך לבסס עליה הרשעה, עד כי הוכתרה כ"מלכת הראיות"¹².

במאמר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?"¹³ הוצע לחלק את השאלה לשתי שאלות משנה:

1. האם קיים סיכוי של ממש שתתקבל הודאה, שבה הודה נחקר במה שלא עשה?
2. אם כן, מהי מידת הסיכוי שהנאשם יזוכה אחרי שנתקבלה הודאה כזו? למרבה הצער, התשובה לשאלה השנייה היא עדיין פשוטה. מידת הסיכוי היא נמוכה מאוד, שואפת לאפס. לכאורה עומדים לרשות בית-המשפט כלים לבחינת משקל ההודאה:

1. מבחן סימני האמת הפנימיים.
 2. מבחן ההתאמה של ההודאה למציאות שמעבר לה (ה"דבר-מה הנוסף").
- אך ערכם קטן מאוד. אם הוצאה ההודאה בכפייה מנחקר חף מפשע, חזקה על החוקרים ששימו בפיו (או ירשמו ויחתימו אותו) הודאה שיש בה גם סימני אמת פנימיים וגם תמיכה חיצונית כלשהי – ודי בכך.

ההפרדה המקובלת במשפטנו בין שני שלבים: האחד – קבילות ההודאה (משפט הזוטא) והשני – משקל ההודאה (בפסק-הדין העיקרי), פועלת לרעת הנחקר: היא מטה את כף המאזניים לכיוון החלטה שההודאה קבילה, תוך הסתמכות על השלב העתידי – המשקל. נטיית השופטים היא לחשוב שההכרעה הראשונה – באשר לקבילות – אינה כה גורלית; אינה סוף פסוק. בפועל היא דווקא כן סוף פסוק – כמעט תמיד.

שינוי יסודי בהערכתן של הודאות ייתכן כיום בעקבות דוח ועדת גולדברג¹⁴. סיבה שכיחה להודאות שווא היא לחץ חיצוני שמפעילים החוקרים על הנחקר. לא מדובר רק בלחץ כפייתי או גס, שמטרתו לשבור את רוחו של הנחקר ולטמטם את חושי. לכל נחקר סף שבירה אישי. גם מניעת שינה עלולה לגרום לנחקרים מסוימים להודות במעשים שלא עשו. במיוחד גדול החשש באשר ללא-עבריינים, שאינם מורגלים במעצר ובחקירה. סיבות אחרות להודאת שווא קשורות בנחקר עצמו בלבד. לעתים זוהי תולדה

12 מעניין לציין שתמיכה משמעותית מאוד בתאוריה המפוקפקת, שלפיה ההודאה היא "מלכת הראיות", מיוחסת ל-Vyshinsky, ראש התביעה הכללית בתקופה אפלה בתולדות המשטר הסובייטי. גם סטאלין ייחס ערך גדול להודאות, לפחות במשפטים פוליטיים – ראו H.J. Berman, *Soviet Criminal Law and Procedure* (Cambridge, Massachusetts, 1966) p. 92 (אודות וישינסקי) *Ideas and Forces in Soviet Legal History*, edited by Z.L. Zile (N.Y. Oxford 1992) p. 288.

13 מ' קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א (תשנ"ג) 205.

14 "דין וחשבון של הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר" (דצמבר 1994); (לעיל ולהלן – דוח ועדת גולדברג).

של לחץ נפשי. לעתים ההודאה קשורה באישיותו הבעייתית או הבלתי בשלה של הנחקר.

ועדת גולדברג עמדה על קיומן של שלוש קבוצות סיכון עיקריות¹⁵:

האחת – מבנה אישיותו של הנחקר. מדובר בנחקר שאינו מבחין בין דמיון למציאות; בנחקר שמעוניין לכפר על התנהגות אסורה בעבר (אמיתית או דמיונית) או בנחקר בעל נטייה להרס עצמי. בקבוצה הזו נכללים בעלי ליקוי שכלי או נפשי, קטינים, מסוממים ושיכורים.

הקבוצה השנייה – השפעת החקירה או המעצר על הנחקר. מדובר בנחקרים שמתוך תשישות נפש שבלחץ החקירה מבקשים לשים לה קץ, לעתים תוך מחשבה (מוטעית) שלאחר מכן במשפטם יוכיחו את חפותם.

קבוצת הסיכון השלישית – הודאה בהשפעת שיקולים ולחצים חברתיים, כגון הרצון לחפות על העברייין האמיתי.

ממחקרים שנעשו בשנים האחרונות עולה כי הסיבות להודאות שווא הן מגוונות ביותר: היו שהודו הודאות שווא כדי להיפטר מעול המשפט – בעבירות קלות; כדי לחפות על חבריהם או כדי להשיג פרנסה למשפחתם במימון של ארגון פשע. היה מי שהודה בתקווה שכך שמו לא יפורסם בעיתון. היו שהודו כדי להגיע מהר לבחינה באוניברסיטה או למשחק שח-מט חשוב. היו שהודו בשל מחלת נפש. היו שהודו מחשש לעונש מוות. היו שהודו אף שהיו שיכורים מכדי לזכור מה בכלל קרה. היה אדם שהודה כבדיחה (!) והיה מי שהודה כדי להרשים את חברתו ובהיותו בכלא הודה ברצח נוסף שלא ביצע, רק כדי להוכיח שתיתכן הרשעת שווא – והצליח! אכן, המציאות עולה על כל דמיון¹⁶.

התייחסות נכונה להודאת נאשם, כאל ראייה חשודה, ניתן למצוא בדעת המיעוט של השופטת דורנר בפרשת אל עביר¹⁷:

15 שם, עמ' 8 ואילך.

16 ראו: מחקרם של Bedau & Radelet הנ"ל בה"ש 7 (ובמיוחד עמ' 58, 62-63); דוח ועדת גולדברג הנ"ל בה"ש 14; דוח ועדת Runciman הנ"ל בה"ש 6; מחקריו של א' רטנר הנ"ל בה"ש 8 ו-9 וכן מאמרו של שלף הנ"ל בה"ש 11.

וראו גם הדוגמה המאלפת של פרשת בן-עזרא ובן-ארי, המובאת בעמ' 840-841 לפסק-הדין של השופטת דורנר בדנ"פ 4342/97; 4530 מ"י נ' אל עביר; אל עביר נ' מ"י, פד נא(1) 736. לאחר תיאור השתלשלות הדברים כותבת השופטת כך: "פרשה זו ממחישה כמה קל לבסס את הרשעתו של אדם על הודאה שניתנה מפיו, ואף למצוא לה ראיות תומכות חיצוניות. רק כאשר התגלו ראיות חדשות שלא התיישבו עם המסגרת העובדתית שעלתה מן ההודאה, התערעה אותה הודאה, שקודם לכן ניתן בה אמון מלא על-ידי בית-המשפט".

17 שם, עמ' 834.

"הודאת נאשם היא ראייה חשודה, וזאת אף אם ניתנה שלא בעקבות לחץ חיצוני אשר הופעל על הנאשם. שכן, בהיעדר ראיות מוצקות אחרות, שיש בהן כדי להוכיח את אשמת הנאשם אף בהיעדר הודאה, מתן הודאה הוא במקרים רבים פעולה בלתי רציונלית, ונקיטת צעד לא רציונלי של עצם מסירת הודאה, מעוררת חשד באמינות ההודאה. חשד זה אינו תאורטי גרידא, אלא הוא הוכח לא אחת בניסיון האנושי".

מה קובע הדין הישראלי לעניין הודאה? סעיף 12(א) לפקודת הראיות – "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית-המשפט ראה שההודיה הייתה חפשית ומרצון".

שופטי ישראל התחבטו בשאלה כיצד לפרש את הדרישה "חפשית ומרצון", וקיימות בעניין זה אסכולות שונות בפסיקת בית-המשפט העליון¹⁸.

ג'ישה א' – "ג'ישה חוקתית-חינוכית" – משנקבע כי האמצעי שנקט החוקר כנגד הנחקר הוא פסול, תיפסל ההודאה, ואין צורך לבדוק אם אין חשש לאמינותה על-אף נקיטת האמצעי הפסול.

ג'ישה ב' – "ג'ישה המהימנות" – השאלה היא עובדתית בלבד: האם האמצעי הפסול הביא את הנחקר להודות הודאת שווא.

מדובר במחלוקת רעיונית בדבר הדרך שבה ראוי ללכת כדי להגן על זכויותיו של הנחקר – האם גם במחיר של הימלטות עבריינים מן הדין?

ג'ישה ג' – "ג'ישה הביניים" – האיזון שנקבע – פסילת הודאות שנתקבלו באמצעים פסולים **קיצוניים**, כגון התעללות פיזית חמורה¹⁹, ללא קשר לאמינותן, כשבמקרים האחרים חלה ג'ישה ב' דלעיל.

עמדתה של ועדת גולדברג הייתה כי לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאור האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, הכרחי לתקן את סעיף 12 לפקודת הראיות. יש לקבוע שהודאה שהושגה בעינויים או באמצעים פסולים חמורים כדוגמתם אינה קבילה, ללא כל קשר למהימנותה. המלצתה זו של הוועדה טרם אומצה על-ידי המחוקק²⁰.

בפסיקת בית-המשפט העליון נקבעה ההלכה כי לצורך הרשעה המבוססת על הודאה בלבד נדרש גם "דבר מה נוסף". לפיכך, לאחר מבחן הקבילות, בוחנים את משקל

18 להפניות לפסיקת בית-המשפט ראו עמ' 29 ואילך לספרו של י' קדמי **על הראיות – הדין בראי הפסיקה** (דיונון, תשנ"ט) חלק ראשון.

19 כך, למשל, בע"פ 115/82 **מועדי ואח' נ' מ"י**, פ"ד לח(1) 197.

20 לביקורת על המלצת הוועדה ראו דעת המיעוט של חבר הוועדה קרמניצר בדוח הוועדה הנ"ל בה"ש 14; וראו מאמרו המאלף של אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים, ומה שביניהם", **פלילים** ה (תשנ"ו) 245 וכן א' קמר "דבר-מה נוסף מפי הנאשם" **פלילים** ה (תשנ"ו) 277.

ההודאה בשני מבחנים: פנימי (משקל עצמי) – על-פי סימני האמת העולים מתוכה; וחיצוני – "דבר מה נוסף". אם מטרת הדבר-מה הנוסף היא להסיר חשש שהנאשם הודה מתוך לחץ פנימי שבתוכו, אין שום טעם להסתפק בראיות הנובעות מן הנאשם, כגון סימני אשמה בדבריו ובהתנהגותו. בפסיקה בכל זאת הסתפקו בהסתבכות הנאשם בשקרים; בהצעתו לשמש עד מדינה; בשתיקתו במשפט; באישור של עובדות מהותיות מהודאתו במשטרה שאישר הנאשם במשפטו; בשחזור על-ידי הנאשם וכדומה, והסתפקו בתוספת ראייתית קלה כנוצה²¹.

רק אם תוגבל התוספת הראייתית לראיות חיזוניות, תודרכנה רשויות החקירה לחפש ראיות חיזוניות שמוכיחות את האשמה, ולא רק לחלץ הודאות מפי החשודים. כך גם יקטן הלחץ שמפעילים החוקרים על החשודים, ותהיה ערובה טובה יותר לגילוי האמת. ההשפעה של דיני הקבילות והמשקל על עבודת המשטרה ופירותיה היא עצומה. שיטה משפטית המאפשרת הרשעה על סמך הודאה; מגלה מתירנות כלפי שיטות חקירה המבוססות על הפעלת לחץ על הנחקר ומקבלת – ככלל – הודאות של נאשמים – שיטה כזו מעודדת את החוקרים להיצמד לאמצעי חקירה המתרכזים בנחקר במקום לחפש ראיות חיזוניות²². יש תימוכין לדעה שחלק ניכר מהמאמץ החקירתי של משטרת ישראל – אם לא עיקרו – מכוון כיום להשגת הודאות מחשודים. החשודים נחקרים במטרה ברורה שיודו בעבירות שבהן הם חשודים²³. כפי שכתב השופט (בדימוס) חיים כהן, "למעשה, רובה ככולה של החקירה המשטרתית שלאחר תפיסת חשוד מכוונת להביאו לידי הודאה"²⁴.

הסברים שניתנו לדרך פעולה זו של המשטרה מבוססים על כך שההודאה נחשבת לראיה אמינה במיוחד ("מלכת הראיות") ולפיכך הסיכוי לזיכוי אדם שהודה במשטרה והודאתו התקבלה כראיה הוא אפסי²⁵, ועל כך שחקירת חשודים הינה אמצעי קל, זול ופשוט בהשוואה לדרכי חקירה אחרות²⁶. נשאלת השאלה²⁷, מדוע חשודים מודים בחקירותיהם במשטרה ונאשמים אינם מודים בבית-המשפט? האם כוחם הרטורי, שנינותם וכישרונותיהם הפסיכולוגיים של התובעים – החוקרים את הנאשמים בבית-המשפט – נופלים בהרבה משל חוקרי המשטרה? ספק רב מאוד. עיקר ההסבר הוא שתנאי החקירה ושיטות התחקור פוגעים ביכולתם של החשודים לפעול רציונלית,

21 להפניות לפסיקת בית-המשפט ראו עמ' 102 ואילך לספרו של י' קדמי הנ"ל בה"ש 18.

22 ראו עמ' 215 למאמרו של קרמניצר הנ"ל בה"ש 13.

23 ראו עמ' 251 למאמרו המאלף של בנדור הנ"ל בה"ש 20.

24 ח' ה' כהן, המשפט (תשנ"ב) 475.

25 עמ' 205 למאמרו של קרמניצר הנ"ל בה"ש 13.

26 ראו עמ' 251 למאמרו של בנדור הנ"ל בה"ש 20.

27 השאלה הועלתה על הכתב על-ידי בנדור בעמ' 253 למאמרו הנ"ל בה"ש 20.

ולמעשה פוגעים מהותית בזכות השתיקה; בחיסיון מפני הפללה עצמית ובזכות הנחקרים לכבוד. זאת, לא רק כשמדובר בעינויים, אלא גם כאשר לחקירות "רגילות" שמטרתן חילוץ הודאה. אין להפוך אדם לאמצעי לאספקת ראיות נגד עצמו²⁸. על רקע זה, חשובות מאוד הן המלצותיה של ועדת גולדברג להקליט את החקירות; לצלמן בוידאו ולאפשר נוכחות של עורכי-הדין של הנחקרים בחקירות²⁹. אם תיושמה המלצות אלה – שלהן מתנגדת המשטרה באופן מסורתי – המשטרה תוכרח לשנות את אופן חקירותיה. רק כך יחששו החוקרים לנקוט אמצעים פסולים. רק כך יגבר ביטחונם של נחקרים חסרי ישע ותפחת נכונותם למסור הודאות. רק כך יוברר מהו המידע שבא מן הנחקר ומהו המידע שהוזרם – במודע או שלא במודע – על-ידי החוקרים.

28 ראו ברוח זו דבריו של בנדור בעמ' 265 למאמרו הנ"ל בה"ש 20.

29 ראו עמ' 27 ואילך; 30 ואילך לדוח ועדת גולדברג הנ"ל בה"ש 14.

3. מקורות עיקריים נוספים של הסכנה

(א) כללי

אין עוול נורא מהרשעתו של חף מפשע. יש לעשות הכול כדי למונעה, לרבות איתור מוקדם של מקורות הסכנה של הרשעת חפים מפשע. להלן נעמוד בקצרה על העיקריים שבהם.

(ב) השיטה האדברסרית; פאסיביות השופט ותפקידו של התובע בהליך הפלילי

השיטה האדברסרית הטהורה – "ישחקו הנערים (הקטיגור והסניגור) לפנינו" ופאסיביות השופט, עלולה להביא להרשעתו של חף מפשע. כך, כאשר הסניגור מעניק ייצוג גרוע – בין מפני שאינו מסוגל ליותר ובין משום שהוא רשלן או פושע, או כאשר התובע נלהב מאוד ומדי. אין מנוס מהכרה במציאות המורכבת שבתוכה פועל התובע. מחד גיסא, תפיסת תפקיד התביעה כסיוע לבית-המשפט להגיע לאמת והחובה לנהוג בהגינות מוחלטת. מאידך גיסא, השיטה האדברסרית יוצרת דינמיקה של תחרות – ספורטיבית ולעתים פחות ספורטיבית – ודינמיקה זו יוצרת הניעה חזקה לניצחון, ללוחמנות, לאי-ויתור. לעתים גוברת הדינמיקה של תחרות על האתוס של שירות האמת³⁰.

(ג) העלמת ראיות "מזכות" על-ידי המשטרה או התביעה או אפילו בידוי ראיות

תפיסה מוטעית של התפקיד – הן במשטרה והן בפרקליטות – עלולה להביא להעלמת ראיות מזכות או – גרוע מזה – לבידוי ראיות מרשיעות. צריך להבחין כאן בין שתי דרגות של פשיעה: האחת – כשהחוקר או התובע יודעים שהנאשם חף מפשע. זוהי הפשיעה התקשורתית, המככבת בספרות ובקולנוע. במציאות יש לקוות שהיא נדירה. הדרגה השנייה – כשהחוקר או התובע חושבים (או אפילו משוכנעים) שהנאשם אשם, אך חוששים שבית-המשפט יטעה ויזכה אותו, ולכן נחלצים לעזרת ה"אמת", בטעותם לחשוב כי כל האמצעים כשרים – כולל העלמה של ראיה מזכה, שיפור של ראיה מרשיעה, ואפילו בידויה. זוהי הפשיעה השכיחה. ככל שהחוקרים הם מקצועיים פחות וככל שהם עמוסים יותר, כן תרבה ההיזקקות לאמצעים כאלה. מכיוון שקשה יותר

30 וראו: מ' קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", משפטים יז (תשמ"ח) 475; מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי", פלילים ה (תשנ"ז) 173. לביקורת על תפיסת תפקיד מעוותת של תובעת, אשר הכשילה גם את בית-המשפט והביאה להרשעת שווא, ראו דברי השופט דורנר בע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מ"י (טרם פורסם; ניתן ביום 23.2.1999).

לחיות בהכרה בכך שזוהי המציאות, הנטייה הטבעית היא להתייחס לתופעה זו כאל נדירה הרבה יותר משהיא באמת.

קיים קושי עצום לחשוף את הדברים לאחר מעשה. היה מי שדימה את הסיכוי שעדות שקר ברורה של שוטר תיחשף על-ידי תובע, לסיכוי שהשוטר המעיד שקר ייפגע על-ידי ברק משמים זועמים³¹.

במחקר של רטנר³² שנערך בארצות-הברית ושבו נחשפו למעלה משבע מאות הרשעות שווא, נמצא כי בכ-11% מהמקרים, הגורם המרכזי לטעות היה בידוי ראיות על-ידי גורמים במערכת אכיפת החוק: חוקרי משטרה, תובעים ועוד. בקטגוריה זו נכללים מקרים שבהם הפעילו שוטרים לחץ על נאשמים להודות בעבירות שלא עברו; מקרים שבהם ראיות "מזכות" הועלמו ומקרים של סילוף ראיות או בידוין.

במחקרם של Bedau & Radelet, המצביע על 350 מקרים של הרשעות שווא בארצות-הברית, נמצא כי בכרבע מהמקרים פשעו השוטרים³³. כן נמצאו חמישים מקרים של רשלנות או אפילו שחיתות של תובעים שגרמו לעיוות הדין. בדרך-כלל מדובר בהעלמת ראיות מזכות מעיניהם של בית-המשפט ושל ההגנה³⁴.

ניתוח מקרים מסוג זה מלמד שהם מתרחשים בעקבות שרשרת פשעים באזור מסוים, המביאה ללחץ ציבורי על המשטרה לפענח את המקרים ולתפוס חשודים. דוגמאות ידועות שהביאו באנגליה לשינוי הנכונות להודות בקיומן של הרשעות שווא, הן פרשת "הששה מברימינגהם" ופרשת "הארבעה מגילפורד". בראשונה מדובר בששת האירים שנידונו למאסר עולם בגין מותם של עשרים ואחד בני-אדם בפיצוץ בפאב בברמינגהם. רק לאחר ריצוי שש-עשרה שנות מאסר נחשפה האמת: התברר שהחוקרים גבו את ההודאות בכוח. בפרשה השנייה מדובר בארבעת האירים שריצו ארבע-עשרה שנות מאסר, שבסיומן התברר שכל העדויות נגדם זויפו על-ידי חוקרי משטרה בריטיים³⁵.

במקומותינו נחשפה הונאה שיטתית של בית-המשפט על-ידי חוקרי השב"כ, בדין וחשבון של ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (1987, מוכר כדוח ועדת לנדוי)³⁶. נמצא כי באופן שיטתי נסחטו מנחקרים הודאות בכפייה, תוך הפעלת לחץ פיזי, וכי באופן שיטתי שיקרו החוקרים בעדויותיהם בבתי-המשפט על מהלך החקירה והכחישו הפעלת לחץ פיזי. אף-על-פי-כן, ואף שחוקרי השב"כ נחשבים למקצועיים יותר מחוקרי המשטרה, ראתה הפסיקה

31 M.H. Freedman, *Understanding Lawyers' Ethics* (N.Y., 1990) 224

32 ראו מחקריו הנ"ל בה"ש 8. סיכום הממצאים מובא במאמרו הנ"ל בה"ש 9.

33 ראו עמ' 58 למחקרם של Bedau & Radelet הנ"ל בה"ש 7.

34 שם, עמ' 59-60.

35 ראו עמ' 265 למאמרו של רטנר הנ"ל בה"ש 9.

36 ראו במיוחד עמ' 19 לדוח.

במה שהיה בבירור שיטה, תופעה של "מספר קטן של פירות רקובים בסל מלא פירות בריאים"³⁷.

(ד) הימנעות המשטרה מלחקור בכיוונים אחרים, כגון טענת אליבי וטענות "מזכות" אחרות

תפיסה נכונה של תפקיד המשטרה אמורה להוביל למיצוי כל כיווני החקירה – גם כאלה שיביאו לזיכוי. זו הרי המשטרה של כולם – גם של החשוד – שאין לו משטרה פרטית וזכותו שיחקרו גם לשם ביסוס זיכוי. כך, למשל, יש לברר עד תום טענה של אליבי וכל טענה מטהרת אחרת. למרות האמור, המשטרה פועלת לא אחת על יסוד תפיסה של אשמת החשוד, ותפיסה זו משפיעה על מגמת פעולתה ועל מעשיה ומחדליה. סימנים שיש בהם כדי לערער את הקונספציה המוטעית אינם נקלטים כלל, ואם הם נקלטים, הם נדחים כבלתי אמינים או בלתי משמעותיים. לכן, למשל, נמנעים חוקרי משטרת ישראל במקרים רבים מלהעלות על הכתב דברי חשוד שהם לטובתו³⁸. לעתים אין תיאור קולע יותר של גישת המשטרה מזה של ציד המבקש ללכוד את טרפו.

(ה) טעויות של עדים; דעות קדומות וזדון

יש אינספור גורמים לטעויות של עדים. לעתים מדובר בפגם בזיכרון ולעתים בתפיסה לא נכונה של המציאות. גם אדם בגיר, שפוי ואינטליגנטי עלול לטעות לחשוב שראה או שמע דבר-מה, אף כי בפועל התנהלו הדברים אחרת. מעבר לפוטנציאל העצום לטעויות, יש כמובן גם אפשרות שהעד מושפע מדעות קדומות, או אפילו מעיד שקר בזדון. במחקר של רטנר נמצא כי ב-52% מהמקרים שנבדקו, הגורם המרכזי לטעות היה זיהוי מוטעה על-ידי עד ראייה³⁹.

כיום ידוע שבתהליך הזיהוי, המבוסס על הזיכרון החזותי, יש מידה רבה של חוסר מהימנות. מתברר שבמצבים שבהם המזהה נתון במתח ובחרדה בזמן רכישת האינפורמציה החזותית, נפגעת יכולת הזיכרון וגדלה ההסתברות של טעות. ואכן, במקרים של פשעים חמורים, כגון אונס, שוד ורצח, עד הראייה בדרך-כלל נתון במצב של חרדה. מחקרים מראים שכשאדם מתבקש לזהות בני קבוצה אתנית או גזעית אחרת, עולה ההסתברות לטעות. אנו נוטים לזהות טוב יותר את בני צבענו וגזענו. כשאנו מתמקדים בבן צבענו וגזענו, אנו מאתרים סימני זיהוי משניים, שייצעו אחר-כך בזיהוי.

37 כדברי השופט (כתוארו אז) ברק בד"נ 23/85 מ"י נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 357. וראו: דוח הוועדה בנושא הטיפול המערכתי באלימות שוטרים (מדינת ישראל, משרד המשטרה, יוני 1994), עמ' 38, 60, 66-68; מ' קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 159.

38 ראו, למשל, עמ' 208 למאמרו של קרמניצר הנ"ל בה"ש 13.

39 ראו הדיווח על מימצא זה שבמחקר אשר בעמ' 263 למאמרו של רטנר הנ"ל בה"ש 9.

אך כשאנו מתמקדים בכך קבוצה אחרת, אנו מתרכזים בפרטים הראשוניים הבולטים במיוחד: צבעי שער ועיניים, וכדומה. לכן כולם נראים לנו דומים אם הם מאותו צבע וגזע (אחרים משלנו). וכשמוסיפים לכך סטראוטיפים ודעות קדומות, סכנת הטעות גדלה עוד יותר.

כפי שמדווח רטנר, גם בישראל נחקרה התופעה ונמצא כי היא קיימת גם במקומותינו: שיעור הטעויות הוא גבוה בהרבה כשהזיהוי הוא של בני קבוצה אחרת⁴⁰. במחקר של רטנר שנערך בארצות-הברית נמצא כי ב-10% מהמקרים הגורם להרשעת השווא היה עדות שקר⁴¹. לעתים קרובות עדות השקר היא של עד מדינה. לבסוף, במחקרם של Bedau & Radelet נמצא כי ב-193 מתוך 350 הרשעות השווא היו טעויות של עדים⁴².

(ו) טעויות של שופטים

הטעויות, כמובן, אינן נחלתם של העדים בלבד. גם שופטים עלולים לטעות, ובפועל גם טועים. הטעות נובעת לרוב מהנטייה הטבעית לייחס לראיות שונות משקל רב יותר מהמגיע להן, או להסתמך באופן בלתי זהיר מספיק על ראיות המחייבות יחס ביקורתי וספקני, לרבות עדויות של אנשי מרות. בחינה של ההתפתחויות לאורך השנים מלמדת שהיחס לראיות נמצא בסימן מתמיד של גילוי מאוחר של הערכת-יתר שניתנה בעבר לראיות מסוימות. כך, למשל, באשר לעדויות זיהוי. כך, למשל, באשר להודאות. ההכרה בקיומן של טעויות שופטים היא המפתח לתיקון עיוותי הדין. לעניין זה חשוב לציין – גם אם, במסגרת זו, רק על קצה המזלג – כי הליך הערעור במתכונתו המקובלת במקומותינו, ובמיוחד ההלכה שלפיה ערכאת הערעור, ככלל, אינה עוסקת בשאלות עובדתיות, אינם מאפשרים תיקון יעיל של טעויות שופטים⁴³. ניתן לשער כי רוב הטעויות המובילות להרשעות שווא הן דווקא עובדתיות ולא משפטיות. לפיכך, הלכה זו בעצם מעקרת במקרים רבים את הערעור והופכת את זכות הערעור למס שפתיים.

(ז) ראיות נסיבתיות מטעות

40 שם, עמ' 263-264.

41 שם, עמ' 265.

42 ראו עמ' 60-61 למחקרם של Bedau & Radelet הנ"ל בה"ש 7.

43 להרחבה בסוגיה זו, ראו: ע' גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה", **עיוני משפט** כ (תשנ"ז) 551; מ' קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים", **הפרקליט** לה (תשמ"ג-תשמ"ד) 407; ל' שלף, במאמרו הנ"ל בה"ש 11.

במחקר האמריקני של Bedau & Radelet, מתוך 350 עיוותי דין בעבירות שדין מוות, 30 מקרים היה עיוות הדין תוצאה של ראיות נסיבתיות מטעות, ומתוכם 16 מקרים דובר באבחנה מוטעית של סיבת המוות⁴⁴. התאבדויות ותאונות פורשו לעתים בטעות כרצח. כך, למשל, הורשע אדם ברצח אשתו בירייה. רק לאחר ההרשעה התברר שניסתה להתאבד והוא ניסה להסיט את הנשק כדי למנוע זאת ולהצילה⁴⁵: 46.

4. הקושי העצום בגילוייה ובחשיפתה של הטעות לאחר ההרשעה

לעתים, אותו גורם שהביא לעיוות הדין, הוא המנציח אותו ומונע את תיקונו. כך, למשל, אם מדובר בהסתרת ראיות "מזכות" על-ידי אנשי המשטרה או הפרקליטות, סביר מאוד להניח שימשיכו להסתיר את הראיות ויחסמו את הדרך לגילויין. ולו רק כדי לא להפיל את עצמם.

גורם נוסף – הפעם תמים – הוא שלאחר הגשת כתב-האישום בדרך-כלל מפסיקה המשטרה לחקור. אין חוקרים בכיוונים נוספים ואין מחפשים אחר הפושע האמיתי. מניחים שהפושע הוא החשוד שכנגדו הוגש כתב-האישום. כבר עמדנו על משמעותה של התפיסה החקירתית, ולכך יש להוסיף את חוסר ההתלהבות הטבעי של כל אדם או מוסד להודות בטעות שלו. כך שמהמשטרה לא תצמח לחשוד החף מפשע ישועה. קל וחומר שלא לאסיר החף מפשע. שהרי אם הורשע, חזקה שהוא אשם, ובניהול חקירה בענייננו ניתן לראות פגיעה במערכת השיפוטית.

אם לא המשטרה – מי יחקור, ימצא את הפושע האמיתי ויוכיח את חפותו של האסיר החף מפשע? בדרך-כלל התשובה היא: אף לא אחד. האסיר נמצא בדרך-כלל בחוסר-אונים גמור. לעתים קרובות הוא מרושש כלכלית, לאחר שהוציא סכומי כסף גדולים בשלבים הראשונים של משפטו ובערעור.

במחקר של Bedau & Radelet נמצא, שבמקרים שבהם נחשפו עיוותי דין בארצות-הברית, נעשה הדבר לעתים קרובות על-ידי עורך-דין בעל מצפון, שהמשיך לטפל בתיק במשך שנים ללא שכר⁴⁷.

באנגליה, שבה נחשפו בשנים האחרונות עיוותי דין רבים, הוקם ארגון בשם "Liberty", המתמקד בטיפול בטענות של אסירים שלפיהן הם חפים מפשע, ומטפל במאות תיקים בשנה⁴⁸.

44 עמ' 61-62 למאמרם של Bedau & Radelet הנ"ל בה"ש 7.

45 ש.ם.

46 המקורות להרשעת חפים מפשע, אשר נדונו לעיל על קצה המזלג, מובן שאינם מהווים רשימה סגורה. במקורות נוספים ראו, למשל: המחקרים הנ"ל בה"ש 7-81 וכן דוחות הוועדות הנ"ל בה"ש 6-141.

47 ראו עמ' 64 ואילך למאמרם הנ"ל בה"ש 7.

48 ראו עמ' 364 למאמרו של שלף הנ"ל בה"ש 11.

גם חלוף הזמן פועל לרעתו של האסיר שנעשה לו עוול. ככל שחולף הזמן, קשה יותר לחשוף את האמת. הזמן הוא מאויביו הגדולים של שחזור האמת. ראיות הולכות לאיבוד; עדים פוטנציאליים שוכחים, עוקרים למקום אחר, מתים. מקור משמעותי שבו השתמשו Bedau & Radelet במחקרם לשם זיהוי עיוותי הדין הוא החנינות. יש לחקור לעומק מה עמד מאחורי החנינה. גם כשהמערכת משתכנעת שנפלה טעות, הנטייה היא להעניק חנינה ולא לברר את הדברים עד תום במשפט חוזר ולעשות צדק⁴⁹. לצערנו, התרשמותנו היא שזוהי עדיין הנטייה השלטת גם במקומותינו. גם כללי המשפט אינם מקלים על האסיר שנעשה לו עיוות דין. מרגע שהורשע בטעות, קשה מאוד להפוך את הקערה על-פיה. הערעור הוא מוגבל מאוד. ראשית, טעויות בערכאה הראשונה חוזרות לעתים קרובות גם בערעור. שנית, ייצוג גרוע נמשך לעתים קרובות גם בערעור. שלישית – הגורם המשמעותי ביותר – ערכאת הערעור נמנעת, לרוב, מבחינה מעמיקה של קביעות עובדתיות. במיוחד כשמדובר במהימנות עדים⁵⁰. רביעית, ראיות "מזכות" שלא היו בפני הערכאה הראשונה, רוב הסיכויים שלא תהיינה בפני ערכאת הערעור. כשמתגלות ראיות כאלה, מתרחש הדבר בדרך-כלל שנים לאחר הערעור.

כלל ספירות הדין חל אפוא למעשה כבר עם מתן פסק-הדין של הערכאה הראשונה. להלכה קיים מכשיר דיוני לתיקונו של עיוות הדין – הלא הוא המשפט החוזר. האם מדובר במכשיר יעיל? את זאת נבקש לבחון להלן, בעיקר תוך הדגמה והמחשה שמאפשרת ההתעמקות במקרה מבחן.

ד. פרשת עזריה כמקרה מבחן

1. כללי

הרטוריקה שבה נכתבה ההחלטה⁵¹ הדוחה את הבקשה למשפט חוזר בפרשת עזריה היא כזו שהקורא עשוי בהחלט לקבל את הרושם של יחס חיובי מאוד, של פתיחות ואוזן

49 עמ' 27 ואילך למאמרם הנ"ל בה"ש 7.

50 אומרים: "לערכאה הראשונה, ששמעה וראתה את העדים ואת 'אותות האמת', יש יתרון בעניין הזה". בסוף המאה העשרים ניתן וצריך להתגבר על קושי זה באמצעים טכניים פשוטים, כגון צילום בוודא, או לפחות הקלטה ברשמקול של העדות בבית-המשפט. גם הנמקה מפורטת של פסק-הדין תאפשר לערכאת הערעור ביקורת משמעותית. כאמור, אין הצדקה לכלל אי-ההתערבות, אך בינתיים זוהי ההלכה וכמעט שאין מתערבים. ראו מאמרו המשכנע בעניין זה של ע' גרוס הנ"ל בה"ש 43 וכן מאמריהם של קרמניצר ושלף הנ"ל באותה ה"ש וראו הדין שבטקסט המפנה לאותה ה"ש.

51 מ"ח 6148/95, בש"פ 1780/96 משה עזריה נ' מ"י, פ"ד נא(2) 334 (להלן – ההחלטה).

קשבת לאפשרות שנפלה טעות במשפטו של המבקש ושל נכונות לתקן טעויות – אם אכן נפלו. לפיכך קשה ביותר, אם לא גם בלתי אפשרית, היא משימתם של מחברי מאמר זה, אלא אם כן יטרח הקורא ויעיין לא רק בפסק־הדין, אלא גם בבקשה למשפט חוזר וביתר החומר הרב. בכל זאת נשתדל להלן להצביע על היחס האמיתי לבקשות למשפטים חוזרים במקומותינו, כפי שהוא משתקף רק לאחר בדיקה מעמיקה של ההחלטה בפרשת **עזריה**.

2. תמצית השתלשלות הפרשה

הרשעת הנאשם מבוססת על הודאתו ת46/ (על־פי סימון המוצגים בתיק בית־המשפט המחוזי); על הודעתו ת50/; על דבריו בעת השחזור כמפורט בתמליל ת38/ ועל כמה דברים נוספים שבהצטברותם מצא בית־המשפט את ה"דבר מה נוסף" שנדרש על־פי החוק. יודגש כי בכל אלה אין מימצא חיצוני אובייקטיבי התומך תמיכה של ממש בהרשעה. ההרשעה קמה ונופלת על דברי עזריה (הלוקה בשכלו) או – ליתר דיוק וכפי שניווכח בהמשך – על הדברים שייחסו חוקרי המשטרה לעזריה. למשה עזריה פגם שכלי מלידה. מומחים שבדקוהו קבעו כי הוא סובל מפיגור שכלי. כך, למשל, נקבע בחוות־הדעת (מטעם התביעה!) של הפסיכולוג פרופ' שגן⁵²:

"... במבחן וכסלר משה עזריה פעל על רמה של מפגר בדרגה של פיגור קל. כלומר: מתחת לרמה של IQ-65... בסיכום, לפנינו אדם המופיע כמפגר בשכלו בדרגה קלה ובעל אישיות לא מפותחת...".

לפי עדויות האנשים שהכירוהו, מעולם לא יצא מעכו ללא ליווי⁵³. הרצח שבו הואשם עזריה התרחש בחיפה. עזריה – אז בן 21 – נעצר בתאריך 26 בספטמבר 1981 כחשוד בביצוע מעשה מגונה בנערה, שאותה חיבק וניסה לנשק. למחרת גבו החוקרים "הודאה" שלו ברצח הילד ישראל גולמן; כמו גם "הודאות" במעשים נוספים שבדה מלבו ושהוכח ונקבע שלא עשה⁵⁴. כבר למחרת ההודאה, כשהובא לבית־המשפט להארכת המעצר, סיפר עזריה כי הודה תחת לחץ ומכות של החוקרים. בית־המשפט

52 מוצג ת16/ בתיק בית־המשפט המחוזי.

53 כעולה, למשל, מנספח ה' לבקשה למשפט חוזר.

54 השוו, למשל, בין דברי בית־המשפט המחוזי בעמ' 13 לפסק־הדין ("שוכנענו כי אין כל חשש שהנאשם יטול על עצמו בצוע מעשה שלא עשה כלל ועיקר ויבדה ספור הודאה מלבו.") לבין האמור בעמ' 5 לפסק־הדין בדבר המעשיות הנוגעות לילד ב"צ'ק פוסט" ול(כביכול) אונס בחורה; ולבין עמ' 6 לפסק־הדין – דברי הפסיכולוג המסרתי עצמו ולפיהם הנאשם היה "מדלג ממצב למצב" ושלפיהם אין לו לפסיכולוג הסבר להתנהגותו זו; ולבין עמ' 11 לפסק־הדין – חוות־הדעת של הפסיכיאטר ד"ר קראוס, שלפיה "הדמיון שלו רב, אין שום אפשרות לקבוע באיזו מדה מסוגל להפוך חלק מדמיונותיו למציאות".

ציווה על חקירת תלונתו זו. מימצאיו של הקצין הבודק – פקד פטר קורבולי – היו כי עזריה אכן הוכה סמוך לפני מסירת ההודאה, אלא שמימצאים אלה הועלמו מבית-המשפט ומהסניגור והתגלו רק שנים לאחר מכן⁵⁵.

ההודאה כתובה בלשון כזו, שלדעת מומחים – הן בלשנית והן פסיכולוגית – לא מפי עזריה באה⁵⁶. בנוסף לכך, הקשר בין התיאור שבהודאה לבין העובדות שנתגלו בשטח, ובמיוחד המימצאים הפתולוגיים, חלש כל כך עד כי רבו הסתירות על ההתאמות.

חוקרי המשטרה לא האמינו ל"הודאה" זו ולכן בדקו את עזריה בירושלים בדיקת פוליקרף בשיטה האמינה הידועה בשם פח"מ (פרטי חקירה מוכמנים), ומימצאיה היו: **"מצב זה איננו מצביע על כך שהנבדק ביצע את המעשה (כפי שתואר ע"י המכון לרפואה משפטית)."**⁵⁷ מימצאים אלה לא הובאו לידיעת בית-המשפט וההגנה כאחד.

דוח מקיף שכתב, כחודשיים לאחר הרצח ולפני משפטו של עזריה, קצין משטרה מאגף החקירות של מחוז הצפון – רב פקד מונדי מגן – שולל לחלוטין את האפשרות שעזריה הוא הרוצח, תוך הנמקה מפורטת ומשכנעת מאוד. גם דוח זה הועלם מעיני בית-המשפט ומההגנה ונחשף רק שנים לאחר מכן⁵⁸.

ובכל זאת, ואולי בעקבות הלחץ הציבורי הכבד לפענח את מקרה הרצח ונוכח הצהרתו של מפכ"ל המשטרה דאז, אשר פורסמה בעיתונות, כי אם לא יימצא הרוצח בימים הקרובים יוחלף צוות החקירה המיוחד⁵⁹, נלקח עזריה, כחודשיים לאחר מעצרו, ימים ספורים לאחר הדוח הנ"ל (השולל האפשרות שהוא הרוצח) ל"בדיקת פוליקרף" נוספת, הפעם בתל-אביב. ל"בדיקה" זו הובא עזריה אף (וכפי שהנראה – דווקא בשל כך) שלא היתוספה ראייה ממשית כלשהי נגדו מאז "הודאתו" ואף שכבר היו, כאמור, מימצאים של בדיקת פוליקרף קודמת.

"בדיקה" זו, שנמשכה מהבוקר עד הלילה, הולידה "הודעה" ת50/ של עזריה, ובה הוא כביכול מספר כי היה עד ראייה לרצח. בעקבות הודעה זו הוצא עזריה לשחזור בחצי הלילה. ודוק: בעוד שמה"שחזור" ת38/ עצמו נקל להתרשם כי לא עזריה הוא המוביל את חוקריו, אלא חוקריו מובילים אותו, הרי שאירועי יום בדיקת הפוליקרף, שהייתה, כפי הנראה, מן הארוכות בהיסטוריה, הועלמו אף הם מעיני בית-המשפט וההגנה כאחד. רק בשנת 1995, 14 שנים לאחר כליאתו של עזריה סמוך לאחר הרצח, קיבלו סוף סוף דורשי טובתו של עזריה, לאחר אינספור בקשות, את תמלילי אותה בדיקה-חקירה וחלק

55 נספח ו' לבקשה למשפט חוזר.

56 שם, נספחים יד', טו', טז'.

57 שם, נספח ז'.

58 שם, נספח ח'.

59 מוצג ת49/ בתיק בית-המשפט המחוזי.

מהקלטותיה⁶⁰. מדובר בחומר אשר מוכיח כי חוקריו של עזריה הם שהכניסו את הודעתו ת50/ לפיו, לאחר מאמץ של יום שלם; תוך הפעלת תחבולות ולחץ; תוך מתן הדרכה צמודה ואפילו תוך רישום דברים שלא אמר והשמטת דברים שאמר. ימים ספורים בלבד לאחר ההודעה וה"שחזור" המפוקפק, הוגש כתב-אישום שממנו נעדרות עובדות מרכזיות ביותר, כגון מעשי התעללות של הרוצח בקורבן ובגופתו, המלמדים על מאפיינים פסיכו-פתולוגיים שאינם בנמצא אצל עזריה. במשך השנים שחלפו מאז נחבש עזריה בבית האסורים נרצחו, למרבה הצער, ילדים נוספים בשיטת ביצוע זהה לזו שבה נרצח הילד ישראל נולמן ז"ל, עד כי מומחים ידועי שם – פתולוג ופסיכיאטר – קבעו כי מדובר באותו הרוצח⁶¹. עם התקדמות המדע, קיימת כיום, כידוע, היכולת לקבוע בוודאות, על-פי בדיקת D.N.A., אם הזרע שעל בגדי המנוח הוא של עזריה, אם לאו. בשיאה של התכתבות **ממושכת** (שנים מספר) בין דורשי טובתו של עזריה לבין הרשויות; התכתבות שבה נדרשו הבגדים לצורך בדיקה מעבדתית, התקבלה לפתע ההודעה כי הבגדים בוערו(!). זאת אף שהחוק מורה במפורש על שמירת מוצגים בתיק רצח לצמימות. כך נשללה אפשרות להוכחה מדעית חד-משמעית כי עזריה אינו הרוצח⁶².

3. מאפיינים כלליים של החלטת בית-המשפט העליון

יש לציין כמה מאפיינים כלליים של ההחלטה, שבדרך-כלל לא ניתן לעמוד עליהם תוך קריאת ההחלטה לבדה. האחד הוא שטענות המבקש מובאות בפסק-הדין בצורה חלקית וחלשה (כפי שיודגם להלן), ונראה כי נלקחו לא מהבקשה המנומקת למשפט חוזר, אלא מתגובתו של היועץ המשפטי לממשלה, שם הובאו מוחלשות כחיידקים באנטיביוטיקה. לעומת זאת, תשובותיו של היועץ המשפטי, מובאות בהרחבה, וללא כל הרהור או ערעור עליהן. לתגובותיו הספציפיות והמפורטות של המבקש על תשובותיו של היועץ המשפטי, אשר הובאו במסמך נפרד⁶³, אין כל זכר בפסק-הדין. בדרך זו התאפשר דיון שטחי למדי בשאלות כבודות משקל; דיון שהוליד אי-דיוקים עובדתיים רבים, לצד אי-דיוקים משפטיים, כפי שיודגם בהמשך. מאפיין מרכזי נוסף של ההחלטה הוא שבית-המשפט אינו מסתפק בספקות, אלא הרושם המתקבל הוא שהוא תר אחר הקלף "ג'וקר" – ראייה ניצחת של חפות. ודוק: מכיוון שבשלב מוקדם מאוד זה, של בקשה למשפט חוזר, אין עדיין בירור יסודי של טענות המבקש – הן העובדתיות (מטבע הדברים) והן המשפטיות – הרי שהפעלתו (בפועל) של מבחן מחמיר זה חוצצת, למעשה, לשבט את גורלה של הבקשה.

60 נספחים יא(1-3) לבקשה למשפט חוזר.

61 שם, נספחים ט', י'.

62 שם, נספחים יז', יח'.

63 המסמך "בקשות, הודעה ותגובה מטעם המבקש", אשר הוגש לבית-המשפט העליון ביום 16.1.1996.

מכיוון שמאפיינים אלה של ההחלטה ושל היחס המשתקף בה למוסד (התאורטי במציאות הישראלית) של המשפט החוזר אינם בולטים על פני הפסק, נעבור מיד לניסיון להדגים אותם גם בפני הקוראים שאינם בקיאים בפרטי פרטיה של הפרשה. יובהר כי מכיוון שהעמדה שמאמצת ההחלטה באשר לכל אחת מהסוגיות שתידונה להלן היא עמדתו של נציג היועץ המשפטי לממשלה, אין העמדה האחרונה מובאת כאן בהרחבה, שהרי ניתן לעמוד עליה תוך כדי קריאת ההחלטה עצמה.

4. דוגמאות אחדות לטעויות ספציפיות שנפלו בהחלטה שלא לקיים משפט חוזר

(א) הדיון ב"מלכת הראיות החדשות" – תמלילים והקלטות של החקירה שנחקר עזריה במסווה של בדיקת פוליגרף;

והדיון בחוות-דעתו של מומחה ההקלטות, שלפיה נמחקו קטעי הקלטה

כחודשיים לאחר מעצרו, בהיעדר התקדמות בחקירה, נלקח עזריה לחקירה במכון הפוליגרף בתל-אביב, אשר הולידה את הודעתו ת50/ ואת ה"שחזור" הלילי בעקבותיה, ובעצם – את ההרשעה.

בזמן המשפט הייתה הנחה מוטעית כי דובר בבדיקת פוליגרף שהולידה הודעה (במאמר מוסגר יצוין כי כבר אז צריך היה לתמוה כיצד ארכה בדיקת פוליגרף כשתים-עשרה שעות במקום כשעה אחת כמקובל). בדיעבד מסתבר כי דובר בעצם בחקירה של יום שלם, אשר במהלכה הכניסו החוקרים לפיו של עזריה סיפור שכפי הנראה חיברו בעצמם.

אף כי מהלך כתריסר שעות החקירה הוקלט ותומלל, הוסתרו התמלילים וההקלטות מבית-המשפט ומהסניגור. כל שהוצג בפני בית-המשפט היה ההודעה הקצרה שסומנה כ-50/. רק למעלה מעשור לאחר מכן נמסרו חלק מהתמלילים וחלק קטן עוד יותר מההקלטות לידי בא-כוחו דאז של עזריה⁶⁴.

קריאת התמלילים והאזנה לקלטות מלמדות שעזריה כלל לא סיפר את הסיפור המובא ב"הודעתו" ת50/, אלא מדובר בהודעה שנתפרה על-ידי חוקריו בעמל רב במשך שעות רבות, שבמהלכן הוכנסו דברים לפיו של עזריה והוא הודרך לומר קטעי משפטים שמהם, תוך סינון קפדני שלהם, ובתוספת דברים שלא אמר ושנכתבו בהודעה, נטוותה ה"הודעה" ת50/. ניכר כי עזריה המסכן חפץ לרצות את חוקריו ושיתף עמם פעולה

64 בתגובתו לבקשה למשפט חוזר (עמ' 8) מספר נציג היועץ המשפטי לממשלה כי רק במהלך הכנתו בפרקליטות של דוח משנת 1988 העוסק בפרשה זו (ושיידון להלן בפרק ד(4)(1)) גילו הפרקליטים חומר זה והודיעו למשפחת עזריה על קיומו. יצוין כי חלפו שש שנים נוספות עד שהחומר נמסר לבא-כוחו דאז של עזריה, בשלהי 1994 (כעולה מנספח יג' לבקשה למשפט חוזר).

כמיטב יכולתו, וזאת בעקבות לחצים עצומים שהופעלו עליו, פיתויים, הטעיות ואיומים השזורים לכל אורך החקירה. סביר להניח כי אילו הובאו לידיעת בית-המשפט בזמנו לא רק המוצר הסופי (ההודעה ת50/) אלא גם תהליכי ייצורו (ההקלטות והתמלילים), לא הייתה הרשעה מוטעית ומצערת זו באה לעולם. ישנם קטעי הקלטה אשר יד נעלמה מחקה מן הסרטים, וניתנה חוות-דעת של מומחה הקלטות, ובה נקבע (לאחר ניתוח החומר) כך:

"על פי נסיוני המקצועי אני קובע כי הסבירות שאין המדובר בפעולה מכוונת של העלמת קטעים בלתי רצויים היא אפסית"⁶⁵.

הבה ונראה מה קובע בית-המשפט הדין בבקשה למשפט חוזר בעניין זה. ראשית, לעניין המחיקות של קטעים מההקלטה, קובע בית-המשפט "ניתן הסבר מניח את הדעת למחיקת התמליל, אשר שימש לצורכי הדרכה"⁶⁶. ומהו הסבר מניח את הדעת זה? – "המחיקות בהקלטות נבעו מתוך כך שהקלטות שימשו את מעבדת הפוליוגרף לשימושים חוזרים. על-פי הסברי המשטרה, ההקלטה נועדה מלכתחילה לצרכי לימוד פנימי והפקת לקחים. בשל מחסור בתקציבים למימון רכישת קלטות נעשה שימוש חוזר בקלטות הקיימות."⁶⁷

ודוק: אילו דובר במחיקה של קלטת שלמה, או אפילו של צד אחד של קלטת, ניחא. אך בענייננו, כפי שקבע מומחה ההקלטות בחוות-דעתו וכפי שניתן להיווכח ישירות מההקלטות והתמלילים, ישנם גם קטעי מחיקה של דקות ספורות באמצע הקלטת. האומנם דובר במצוקה תקציבית כה גדולה עד כי נאלצו לעשות שימוש חוזר למשך דקות ספורות באמצע הקלטת? האם בכלל מתיישב הדבר עם הרצון לחסוך? ... האומנם דובר במקריות צרופה? והרי מיד לאחר קטע מחיקה של דקות מספר, לפתע פתאום "יודע" הנחקר עזריה פרטים שלא ידע קודם לכן⁶⁸. ומדוע לא הובאו ההקלטות והתמלילים לידיעתו של בית-המשפט בזמנו? הלא היה זה רצוי שידע ממקור ראשון כיצד נטוותה ההודעה ת50/ שעליה התבסס בהרשעתו? שנית, לעניין תוכן ראיות חדשות אלה, קובע בית-המשפט בהחלטתו לדחות את הבקשה למשפט חוזר כך:

"... משקל ותוכן אלה אינם מצויים בהקלטות ובתמלילים. הטעם לכך הוא משולש: ראשית, דבריו של המבקש בת50/ לא שימשו להרשעתו, שהרי בהם הוא מייחס הרצח לאחר. הרשעת המבקש מתבססת על ההודאה ת46/; שנית, לאחר שניתן ת50/ ביצע המבקש שחזור התואם

65 נספח יא(3) לבקשה למשפט חוזר.

66 עמ' 358 להחלטה.

67 שם, עמ' 347.

68 כפי שפורט והודגם בבקשה למשפט חוזר.

את האמור בת 50/. אין טענה כי שחזור זה נעשה בהדרכת המשטרה, תוך הרעבת המבקש ומתוך לחץ עליו. אמינותו של השחזור משליכה גם על אמינותו של ת 50/. **שלישית**, גם אם יש בקלטות ובתמלילים כדי להחליש את מעמדה הראייתי של ההודעה שבת 50/ – מסקנה שאינה מקובלת עליו כלל ועיקר – אין בכך כדי לפגוע ב'דבר-מה' הנדרש להודאה (ת 46/), שכן 'דבר-מה' שכזה מצוי די והותר בראיות האחרות שהיו בפני בית-המשפט.⁶⁹

דוגמה זו היא מאלפת, שכן לא פחות מארבע טעויות משמעותיות השתרבו כאן אל תוך פיסקה קצרה אחת שבהחלטה: הטעות הראשונה – אין זה נכון שההרשעה מבוססת רק על ההודאה ת 46/ ולא על דבריו של הנאשם בהודעה ת 50/ (ואין זה נכון שההודעה ת 50/ שימשה כ'דבר-מה נוסף' בלבד), שהרי בית-המשפט המחוזי, בהרשיעו את הנאשם, קבע בפסק-דינו כך:

"כשאנו דנים בהודאתו של הנאשם כוונתנו לתוכן הודאתו ת 46/, לתוכן הגרסה שפרט בהודעתו ת 50/ ודבריו בעת השחזור כמפורט בתמליל ת 38/. גרסאות אלה תואמות ומשלימות זו את זו. עיון באמרות אלה מעלה כי לגבי עצם המעשה הגרסה היא אחת בעקרה אלא שבהודאה ת 46/ יחס הנאשם לעצמו את ביצוע המעשה ואילו בהודעה ת 50/ והשחזור ת 38/ דבר על חייל אלמוני כמבצע ועל נהג אלמוני כמי שנוכח עמו במקום וחזה במתרחש... אנו דוחים את חלק גרסתו לעניין החיל והנהג האלמונים כבלתי אמינים... מדברי הנאשם באמרותיו הנ"ל ובשחזור במקום המעשה עולה גרסת ההודאה הבאה"⁷⁰.

ומכאן ואילך פורש בית-המשפט המחוזי "גרסת הודאה" מלאכת מרכבה המבוססת על קטעים מההודאה ת 46/; על קטעים מההודעה ת 50/ ועל קטעים מהשחזור ת 38/. ודוק: ה"הודאה" ת 46/ היא כה דלה, מעורפלת, ואינה תואמת את המימצאים שהתגלו בשטח, ובמיוחד אינה תואמת את הדוח הפתולוגי⁷¹, עד כי ברור שגם בית-המשפט המחוזי סבר שעליה לבדה לא ניתן היה לבסס הרשעה, ולפיכך נזקק למלאכת המרכבה.

69 עמ' 358 להחלטה.

70 עמ' 12-13 לעותק המקורי של פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי (ת"פ 550/81 בבית-המשפט המחוזי בחיפה; ניתן ביום 4.4.1982).

71 די בהשוואה בין ה"הודאה" ת 46/ לבין הדוח הפתולוגי ת 54/ (בצירוף עדותו של הפתולוג ד"ר בלוח בבית-המשפט המחוזי – עמ' 144 לפרוטוקול). (וראו גם התיאור שבעמ' 2-4 לפסק-הדין המחוזי). התמונה הכוללת העולה מן הדוח הפתולוגי היא של רצח סדיסטי וברוטלי, בשיטה שיש בה סממנים ברורים של טירוף מיני עם אלמנטים פולחניים. והנה ב"הודאה" אין לכך ביטוי. ובכיוון ההפוך: ישנם

הטעות השנייה – לא ברור על שום מה נקבע בהחלטה הדוחה את הבקשה למשפט חוזר כי (כביכול) "אין טענה כי שחזור זה נעשה בהדרכת המשטרה, תוך הרעבת המבקש ומתוך לחץ עליו". ההפך נכון – כמפורט בפרק ד(10) לבקשה למשפט חוזר, שכותרתו: "הנאשם בעקבות חוקריו – ה'שחזור' הלילי המבוים (רע) (או: על עצים ואבנים)". כדי להבין את הפער העצום שבין הטענות בדבר השחזור המובאות בבקשה למשפט חוזר, לבין הקביעה הנ"ל שבהחלטתו של בית-המשפט העליון, אין מנוס מלקרוא את האמור לעניין זה בבקשה, והדברים מובאים להלן בנספח שבסוף המאמר. בבקשה למשפט חוזר נטען שחוקרי המשטרה הם שהדריכו את עזריה בשחזור, תוך ניצול עובדת היותו מותש (השחזור החל בשעה 02:00 בלילה והסתיים ב-05:00, כשלפניו נחקר עזריה יום שלם במכון הפוליגרף). זאת בנוסף לטענות לעניין אי-תקינות הפעולה המשטרתית ותוכן השחזור כעדות – הן לפסלותו והן לאפסות משקלו בשל היעדר אמינות. כך, למשל, השחזור הוא מקוטע מאוד. ההסברים שהביאו אנשי המשטרה לכך בעדות בבית-המשפט הם תמוהים: האחד – החשכה – מעורר את השאלות: אם לא ניתן לצלם בחשכה – מדוע לצאת לשחזור לילי? וכיצד בכל זאת צולמו חלקים מסוימים של השחזור למרות החשכה? וההסבר השני – הרצון לקצר את הסרט וחסכון במצברים – מעלה את הקושיה כיצד מתיישבת שאיפה זו עם העובדה שלמחרת, באור היום, צילם הצלם המשטרה לבדו את מלוא מסלול השחזור (גם סרט "שחזור" זה הוגש והתקבל כראיה). בנוסף, קטעי השחזור שכן צולמו רוויים באינדיקציות לכך שעזריה הוא המודרך ולא המדריך (כמפורט להלן בנספח).

מכאן לטעות השלישית: על רקע האמור לעיל, מעניינת מאוד הקביעה שבהחלטה, שלפיה "אמינותו של השחזור משליכה גם על-אמינותו של 50/". לדידנו, מתבקש היה ללמוד מאי-אמינותו של השחזור על אי-אמינותה של ההודעה ת50/ (שהרי, כמפורט לעיל, ולהלן בנספח, השחזור היה מאוד לא אמין) וללמוד מאי-אמינותה של ההודעה ת50/ על אי-אמינותו של השחזור, שהרי אם הופעלו לחץ ושיטות פסולות אחרות בגביית ההודעה ת50/, סביר להניח ששיטות אלה הופעלו גם במהלך השחזור שבא מיד לאחר מכן. כן סביר להניח כי מצבו של הנחקר היה דומה. כך או אחרת, מתבקש היה לייחס חשיבות רבה לשאלת האמינות של ההודעה ת50/ – ולפיכך גם לתמלילים ולהקלטות של החקירה שהולידה אותה – ולא ליתר את הדיון בדרך שאותה נקט נשיא בית-המשפט. ניתן וצריך היה לבחון לעומק את דרכי גבייתה של ההודעה ת50/, כדי ללמוד הן על (אי) אמינותה שלה, הן על השחזור שבא מיד בעקבותיה והן על אופן הפעולה הכללי של חוקרי המשטרה באותו עניין. לפיכך, מדרך גביית ההודעה ת50/ על-ידי חוקרי המשטרה, ניתן וצריך היה ללמוד גם על האפשרות שבאופן דומה נגבתה

דברים ב"הודאה" שאינם מתיישבים עם הממצאים בשטח, כגון שלא נמצאו סימני גרירה – לא במדרון ולא בגופה; כגון אופן הנחת האבנים (עמ' 8, 15 לפסק-הדין המחוזי) וכגון מצב תנוחת הגופה וצבעי בגדיו של המנוח (עמ' 15 לפסק-הדין).

גם ההודאה ת46/. שהרי מדובר באותו הצח"מ (צוות חקירה מיוחד) ובאותו הנחקר (הלוקה בשכלו). תחת זאת הסתפק הנשיא בהבאת טעמים בלתי מבוססים כדי להמעיט מחשיבותה של ההודעה ת50/, ובאמירה כללית ובלתי מנומקת לעניין משקלה. הטעות הרביעית – בית המשפט קובע שאין בקלטות ובתמלילים כדי להחליש את מעמדה הראייתי של ההודעה ת72/50. נשגב מבינתנו כיצד ניתן לקבוע קביעה שכזו לאחר קריאת התמלילים וההאזנה לקלטות. בהנחה שלא כל הקוראים ייחשפו לחומר זה במלואו, נביא להלן דוגמאות אחדות מני רבות לאותם חומרים (ההקלטות והתמלילים), אשר כביכול אינם מחלישים את מעמדה הראייתי של ההודעה ת50/.

דוגמה ראשונה – איום בהרשעה בגין עדות שקר תוך השוואה להודאה הקודמת ת46/.

בעמ' 8 לתמליל 2(A) מופיעה השיחה המאלפת הבאה (מ – משה עזריה; פ – "בודק הפוליגרף" (שבעצם משמש כחוקר) אביטל גנתון; פ – "בודק הפוליגרף" (כנ"ל) אלי שפרון) (ההבהרות שבסוגריים המרובעים הוספו):

- "2פ [חוקר מס' 2]: תגיד לי עזריה, מה יקרה אם תגיד שעשית את זה.
 מ [עזריה]: מה?
 2פ [חוקר 2]: מה יקרה אם תגיד שעשית את זה.
 מ [עזריה]: אני לא... עשיתי...
 2פ [חוקר 2]: אני שואל אותך מה יקרה.
 מ [עזריה]: אני חף מפשע...
 2פ [חוקר 2]: [צועק – הוספה על התמליל בעקבות שמיעת ההקלטה] אני שואל אותך אל תגיד לי שאתה חף מפשע, אני שמעתי את זה כבר[.]. מה יקרה אם תגיד שעשית את זה.
 מ [עזריה]: מה זה, מה יקרה
 2פ [חוקר 2]: מה יקרה
 מ [עזריה]: אני אכנס למאסר עולם סתם
 2פ [חוקר 2]: ואם תגיד שלא עשית את זה, מה יקרה.
 מ [עזריה]: עוד הפעם מאסר עולם
 2פ [חוקר 2]: כן.
 1פ [חוקר מס' 1]: בכל מקרה אתה הולך למאסר עולם.
 2פ [חוקר 2]: למה תלך למאסר עולם.
 מ [עזריה]: בכל מקרה או עדות שקר או זה [?]"

72 "גם אם יש בקלטות ובתמלילים כדי להחליש את מעמדה הראייתי של ההודעה שבת46/ – מסקנה שאינה מקובלת עלי כלל ועיקר – אין בכך כדי לפגוע ב'דבר מה'..." – עמ' 358 להחלטה, ההדגשה הוספה.

כלומר: עזריה המפגר והתמים תומרן על-ידי חוקריו להעריך שהכחשת הודאתו ת46/ גם היא תביא עליו מאסר עולם, או לפחות עבירה של עדות שקר. ברור שהערכה זו מהווה תמריץ שלא לחזור בו מהודאתו ת46/. ללמדנו הן על חוסר הגינותם של החוקרים והן על חוסר הרציונליות שהנחה את עזריה.

דוגמה שנייה – הפיתויים, ההבטחות השקריות והתחבולות

ראשית, עצם עריכת החקירה במסווה של בדיקת פוליגרף. שנית, פיתוי בדרך של הבטחת מזון לעזריה הרעב – אם אך ירצה את חוקריו. שלישית, הבטחות שקריות שעזריה יהיה חייל בצה"ל וש"יצא מזה" – אם אך ירצה את חוקריו (למשל, עמ' 4 לתמליל 3(A)). רביעית, התחבולה וההבטחה השקרית שלפיה אם יסכים עזריה לרקום עם חוקריו הודעה שלפיה היה עד ראיה למעשה, לא יואשם בעבירה כלשהי (הדבר עולה ממקומות רבים מאוד בתמליל). יש לזכור כי כל האמצעים האלה הופעלו על נחקר שסבל מפיגור שכלי.

דוגמה שלישית – ההדרכה והכנסת המילים לפיו של הנחקר

הדוגמאות לשיטה זו הן רבות מאוד, לכל אורך גביית ה"הודעה" מעזריה, ולהלן, מפאת קוצר היריעה, נצביע רק על אחדות מהן, תוך הפניה לתמלילים עצמם ותוך הצבעה על האפשרות שההדרכה והכנסת המילים לפיו של עזריה נעשו בצורה מפורשת ובוטה עוד יותר בקטעי ההקלטות שנמחקו על-ידי יד נעלמה. כך, למשל, משיב החוקר זלצר (ח2) בעמ' 2 לתמליל 3(A) במקומו של עזריה ולמעשה שם מילים בפיו:

"כעת אני [לא] [השמטה בתמליל של מילה הנשמעת בהקלטה] יכול להגיד לך בערך את המקום, אבל אם זה, אני אוכל להצביע לכם על המקום. לא יכול לתאר את המקום".

ועוד לעניין היוזמה לעריכת השחזור – בעמ' 19-20 לתמליל 4(A) רושמים החוקרים מפי עזריה אמירה נוספת שאותה לא אמר – "חוקר]: למרות השעה המאוחרת אני מוכן לצאת שנגיע לחיפה". אמירה זו נועדה להכשיר את הקרקע ל"שחזור" הלילי, שנדון לעיל.

בעמ' 3 לתמליל 3(A) שואל-מדריך החוקר זלצר: "מה זאת אומרת התעלה, זה כביש מה זה?"

בעמ' 10 לתמליל 3(A) מכניס זלצר ל"הודעתו" של עזריה דברים שכלל לא אמר: "...והוריד אותו לכיוון הוואדי".

בעמ' 8 לתמליל 3(A) מוביל החוקר חיים מלכה את עזריה לשינוי דבריו מ"תעלה" ל"הרים":

"ח1 [חוקר]: זה היה מקום הררי. מקום

מ [עזריה]: הרים
 ח1 [חוקר]: מה התכוונת תעלות שאתה אומר
 מ [עזריה]: לא תעלה הרים"
 בעמ' 13 לתמליל 3(A) מוסיף זלצר את המילה החשובה "בואדי" לדברי עזריה.
 בעמ' 14 לתמליל 3(A) מכוון חיים מלכה את עזריה כך:

"ח1: הם רצו בגשר עצמו? תזכר טוב. אני רוצה להבין. איזה גשר מה,
 איך נראה הגשר. אתה יכול להראות לי איך נראה גשר. למה אתה
 מתכוון. בכביש יש גשר" [?]

בעמ' 22 לתמליל 3(A), לאחר שעזריה אומר שוב ושוב שאינו יודע (את המשך
 הסיפור!), **מזינים אותו החוקרים בנתון נוסף:**

"ח1 [חוקר 1]: זה היה ירידה שם, מה זה היה?
 מ [עזריה]: ירידה
 ח1 [חוקר 1]: ירידה לאיפה?
 מ [עזריה]: ירידה בזה
 ח1 [חוקר 1]: במה
 מ [עזריה]: אני יודע? !
 ח1 [חוקר 1]: תזכר טוב מה זה היה.
 מ [עזריה]: יש תעלה כזאת, אני יודע, ירד למטה.
 ח2 [חוקר 2]: לכיוון הוואדי, איפה?
 מ [עזריה]: וואדי".

אם החליטו החוקרים שעזריה צריך לאמר "וואדי", הוא יאמר "וואדי"...

בעמ' 2 לתמליל 3(B) נשאל עזריה על המרחק בין מקום עמידתו (על הכביש) לבין
 מקום הרצח (בעומק הוואדי) והשיב "בערך איזה עשר מטר". מכאן ואילך מופיעה
**סדרת שאלות של החוקרים, המובילים את עזריה להגדיל הערכתו ל"איזה עשרים
 מטר"; ואחר-כך ל"שלושים מטר"; בהמשך (עמ' 3) "שלושים ארבעים מטר" ולבסוף
 "ארבעים מטר בערך ארבעים מטר".**

וכך נכתב ב"הודעה" ת50/40 מטרים. להשלמת התמונה יצוין כי בפועל המרחק
 אף גדול בהרבה – 200 מטרים. פעם נוספת הוכחה תורת היחסות... זוהי הוכחה לכך
**שהחוקרים משכו ומתחו את גירסתו של עזריה על-מנת להתאימה לנתונים שהיו
 ידועים להם.**

בעמ' 6 לתמליל 3(B) **יוצרים החוקרים את העדות בעצמם**, ברושם בשם עזריה את
 הדברים המשמעותיים הבאים שכלל לא אמר:

"ח2: אבל אם תקחו אותי למוניות של אורה
 ח1: אבל אם תקחו אותי למוניות של אורה, (בקצב כתיבה)

- 2ח : אוכל להוביל אותכם
 1ח : אני יכול להוביל, נכון?
 מ [עזריה]: כן"

הנה כי כן מה שוודאי נראה לבית המשפט כהתמצאות של עזריה בחיפה, אינו אלא "בישול" של החוקרים.

גם בעמ' 5 לתמליל 4(A) נכתב מפיו של עזריה "מוניות של אורה", אף שלא הזכיר פרט חשוב זה, המהווה נקודת ציון מרכזית בסיפור "שלו" וב"שחזור" שלו. בעמ' 7 לתמליל 3(B) כותבים החוקרים בשמו של עזריה שהמקום היה מואר. והנה, בעמ' 8 שואל עזריה: "מ: מה זה מואר? ונענה: "ח2: זאת אומרת אור". כלומר: **עזריה אפילו לא מבין מה כותבים בהודעתו שלו!** בסוף עמ' 8 לתמליל 3(B) מוסיף זלצר להודעה משפט שעזריה כלל לא אמר – "ח2: כך שיכולתי לראות בברור את כל העניין הזה". בעמ' 9 לתמליל 3(B) מלמדים החוקרים את עזריה מה היה גודל האבנים שהונחו על הגופה. בית המשפט המחוזי ראה ב"דיעתו" של עזריה על האבנים "דבר מה נוסף" משמעותי.

דוגמה רביעית – הפסקות הגדולות שהולידו את ה"הודעה" ת50/

בעמ' 2 לתמליל 2(B) כתוב כך (המספרים הם כפי הנראה על-פי המונה של מכשיר הרשמקול):

- "019: – הפסקה בהקלטה.
 הערה: כנראה שבקטע הזה שלא הוקלט הודה משה עזריה בפני גנתון
 111 – :
 112 פ: ...
 מ: אה.
 פ: זה מיליון אחוז. אתה מוכן עכשיו לתת עדות על זה
 מ: כן".

[ה"הערה" המצוטטת לעיל מופיעה בתמליל עצמו (!)].

הקשבה לקלטת (מס' II צד ראשון) שתמלילה צוטט זה עתה, מלמדת על דקות ארוכות (כ8-) של "שקט" שממנו מבצבצים שרידי קולות וצעקות. יד נעלמה מחקה קטע הקלטה ארוך זה – כעולה מחוות דעת המומחה⁷³. כאן, כפי הנראה, לימדו חוקריו של עזריה אותו את "סיפורו" ת50/. לאחר חלקו הראשון של הסיפור נקטע התמליל 2(B). האזנה לקלטת מלמדת על המשך ההדרכה, שבה שזור משפט מדהים של עזריה: "קולנוע אורה אני לא מכיר" (!) (כאמור, מדובר בנקודת ציון מרכזית בסיפור "שלו" וב"שחזור" שלו).

...ואז מגיעים אנו לכ25 דקות של מחיקה נוספת שגם היא הותירה שרידי קולות – כעולה מחוות-הדעת של המומחה⁷⁴.

ומיד אחריה – בתמליל 3(A) – הסיפור כבר זורם בקצב מהיר יותר (אם כי עדיין איטי מאוד), כשהחוקרים שבים ורומזים לעזריה כדי שיספר מה שכנראה למד מהם בהפסקות הנ"ל.

את הסיבות למחיקות ניתן לשער. על הדרך הטכנית שבה בוצעו המחיקות ניתן ללמוד מחוות-הדעת של המומחה, שבה נכתבו הדברים המאלפים הבאים⁷⁵:

"על פי נסיוני המקצועי אני קובע כי הסבירות שאין המדובר בפעולה מכוונת של העלמת קטעים בלתי רצויים היא אפסית".

דוגמה חמישית – רישום תשובות השונות מאלה של עזריה, תוך התעלמות בוטה מדבריו

גם בשיטה זו לא בחלו החוקרים. להלן דוגמאות אחדות (מני רבות):
בעמ' 7 לתמליל 3(A) מספר עזריה שהרוצח הניח את האבנים על הגופה באופן מוזר – **"אבנים ככה לגובה"** – אך אין לכך זכר בהודעה שנכתבה מפיו. כפי הנראה, כוונת עזריה בסיפורו היא לבניית מעין מגדל מהאבנים שהונחו על הגופה. דהיינו: דבריו של עזריה שאינם מתאימים לנתונים העובדתיים שבידי החוקרים (האבנים שנמצאו על הגופה לא היו זו על גבי זו) כלל אינם נרשמים.

גם בעמ' 18 לתמליל 3(A) מתאר עזריה דרך מוזרה של הנחת האבנים על הגופה: **"שָׂרָק מכה אחת, טָרָק. (כנראה מדגים)".** אין לכך זכר בהודעה שנכתבה מפיו.

גם בעמ' 19 מספר עזריה דברים דומים: **"אחר-כך ראינו שזרק שלש אבנים בכח"**; ללא זכר בהודעה. ואין זה פלא, שהרי המימצאים הפתולוגיים אינם תומכים בסיפור דמיוני זה, של זריקה בכוח של האבנים על הגופה.

באותו דף מופיעים דבריו של עזריה ולפיהם **הנער שנרצח היה ערבי (!)** וגם לכך אין זכר בהודעה שנכתבה מפיו. הנה-כי-כן, נתון מרכזי שיכול להעיד על כך שהנחקר לא ביצע את העבירה, הועלם על-ידי החוקרים.

הלאה: בעמ' 16 לתמליל 3(A) אומר עזריה **"בחניקת ידיים"**. אך לא כך כתבו החוקרים בהודעתו. שהרי ידעו שהקורבן נחנק באופן אחר. עוד נתון מרכזי שהועלם.

נעבור לתמליל 3(B). בעמ' 11 שתי דוגמאות מעניינות:

האחת – **"1ח [חוקר]: אמרת שראית את החייל חונק את הילד. כיצד הוא עשה את זה. עשה את זה."**

74 ש.ם.

75 ש.ם.

תשובה: הוא רדף אחריו".

[בלי שעזריה יאמר זאת, אלא רק אחר־כך מאשר "כן"].

השנייה – "ח [חוקר]: אמרת שהילד לבש חולצה לבנה, (בקצב כתיבה) איזה חולצה לבנה זאת היתה?"

מ [עזריה]: זה נקרא ספורט, חולצת ספורט.

ח: חולצה לבנה... האם אתה יכול לתאר אותם, תשובה.

המכנסיים (בקצב כתיבה) נראו כמכנסי ספורט נכון הם היו קצרות".

כלומר: עזריה נשאל על חולצה, משיב באשר לחולצה (ספורט), אך כותבים בשמו מכנסי ספורט.

הלאה לתמליל 4(A). בעמ' 4 מוסיפים החוקרים לדברי עזריה את המיקום נווה־שאנן. זוהי נקודת ציון מרכזית במסלול העולה מ"סיפורו" של עזריה.

ובעמ' 9 לתמליל 4(A) השיחה המעניינת הבאה:

"ח [חוקר מס' 2]: אתה לא ראית אותו אם הוא הפשיט אותו או משהו מ [עזריה]: נצ' (לא). [מדובר בצקצוק לשון לאות שלילה – הבהרת המחברים]. לא הפשיט.

ח [חוקר מס' 1]: שאלה האם החייל הפשיט את הילד (בקצב כתיבה) תשובה: לא ראיתי. נכון?"

כלומר: עזריה אומר: "לא הפשיט". זאת אף־על־פי שקודם לכן ניסו חוקריו להדריכו לומר שלא ראה. מכיוון שזה לא מתאים לסיפור שטוים חוקריו, הם משפצים את התשובה, מרככים אותה, והופכים אותה ל"לא ראיתי". שהרי המימצאים בשטח היו שהקורבן הולבש בבגדיו באופן המלמד שהופשט והולבש (התחתונים היו הפוכים הן בכיוון לפנים/אחור והן בכיוון של הבד).

בעמ' 12 לתמליל 4(A) נשאל והשיב עזריה באשר לאופן חניקת הילד כדלקמן:

"פ [חוקר]: וראיתי שהרוצח חונק אותו עם הידיים, לא עם שום דבר אחר.

מ [עזריה]: נצ' (לא).

פ [חוקר]: ... מקל חבל משהו, לא?

מ [עזריה]: זה אני לא ראיתי.

פ [חוקר]: אה?

מ [עזריה]: לא ראיתי"

עזריה אינו יודע שהילד נחנק בחבל, אך מהודעתו ת50/ השמיטו החוקרים את האינדיקציה לכך.

דוגמה שישית – רצונו העז של עזריה לרצות את חוקריו גורם לחשיפת ההדרכה שקיבל מהם

להלן ציטוט מעניין מתמליל 3(A), עמ' 6 (ח2 – החוקר זלצר; מ – משה עזריה):

2ח [חוקר]:	אז איך ראית אותו
מ [עזריה]:	מהחלון.
2ח [חוקר]:	מהחלון ראית אותו
מ [עזריה]:	איך אני יודע מהשלש אבנים
2ח [חוקר]:	מה?
מ [עזריה]:	איך אני יודע על השלש האבנים
2ח [חוקר]:	ואתה ראית את הילד.
מ [עזריה]:	אני לא את הילד לא"

דהיינו: עזריה, שבקטע ההקלטה הארוך הקודם לשיחה זו, שנמחק על-ידי יד נעלמה, תוודרך, כפי הנראה, על-ידי חוקריו לספר על שלוש האבנים שנמצאו עם הגופה, **כה מעוניין לרצות את החוקרים ולספר על כך, עד כי מדהים הוא את החוקר בשאלה קודם זמנה**. החוקר, מצדו, לאחר "מה?" של תדהמה, מתעלם משאלתו של עזריה וממשיך "לחקור" בכיוון אחר.

להשלמת התמונה, חשוב לציין שהן בית-המשפט המחוזי והן בית-המשפט העליון (בערעור) ייחסו חשיבות רבה מאוד ל"ידיעתו" של עזריה על שלוש האבנים, וראו בה "דבר מה נוסף" לחיזוק "הודאתו"⁷⁶. אמנם פרט זה נזכר גם ב"הודאה" ת46/, אך על רקע ההדרכה הצמודה שקיבל עזריה מחוקריו בעת עריכת ה"הודעה" ת50/, נקל לשער שגם בעת עריכת ה"הודאה" ת46/ זכה עזריה לסיוע חוקריו.

בהמשך חוזר עזריה, הלהוט לרצות את חוקריו, שוב ושוב על עניין שלוש האבנים, שכפי הנראה הודגש מאוד על-ידי החוקרים בתדרוך (הלא מוקלט או מוקלט ומחוק) שערכו לעזריה.

כך, בעמ' 17 לתמליל 3(A) – מ: אה, שם לו שלש אבנים, ראיתי שלש אבנים... ח1: (נכנס לדברים) " (ומשנה הנושא); וכך מספר פעמים נוספות בעמ' 18 לאותו תמליל; ושוב בעמ' 19 לאותו תמליל. אלמלא תוודרך עזריה לספר על שלוש אבנים, על מה ולמה חזר על כך שוב ושוב ושוב בכל הזדמנות? עד כי הביך את החוקר זלצר? ("מה?").

ועוד על רצונו העז של עזריה לרצות את חוקריו. בעמ' 6 לתמליל 3(B) הוא אומר לחוקריו פעמיים את המשפט הבא:

מ [עזריה]:	אתם יכולים להוביל אותי למקום.
ח1 [חוקר]:	מה?

76 עמ' 15 לפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי (ת.פ. 550/81 בבית-המשפט המחוזי בחיפה; ניתן ביום 4.4.1982) ובעקבותיו עמ' 10 לפסק-הדין של בית-המשפט העליון בערעור (ע"פ 566/82; ניתן ביום 6.12.1984) (שניהם לא פורסמו).

מ [עזריה]: **אתם יכולים להוביל אותי למקום".**

שוב מביך עזריה המסכן את חוקריו, הפעם את חיים מלכה ("מה?").
זהו סימן מובהק שיש בו כדי לשפוך אור על טיב השחזור: מי באמת היה המוביל ומי למעשה היה המובל.

אמירות שכאלה של עזריה, הפזורות לכל אורך התמלילים וההקלטות, עשויות להסביר מדוע לא הוגשו התמלילים וההקלטות לבית-המשפט, ועשויות להסביר את היעלמותם של התמלילים וההקלטות למשך קרוב לשני עשורים עד לחשיפתם. זאת ועוד: מאליה עולה השאלה: אם זה מה שהותירו, מה מחקו?

בעמ' 18 לתמליל 4(A) מוסיף עזריה את המשפט הבא: "מ: ואם יש דברים שאני לא יודע, אני יכול להגיד". אור נגוהות ממש מבליח מאמירה שעזריה משיח לפי תומו בדבר כושר יוצא דופן שיש לו, להגיד דברים שהוא לא יודע... ומניין היכולת המדהימה הזו אם לא מהזנת החוקרים?

הלאה: בעמ' 2 לתמליל 4(A) מגדיל עזריה לעשות, ומזכיר לחוקר לשאול אותו (!) אחת מהשאלות שכפי הנראה לימדו החוקרים את עזריה את התשובות להן (בחלק השיחה שהוקלט ונמחק?) –

"מ: לא שאלת כמה עולה מתל-אביב לחיפה, כמה כסף".

החוקר מתעשת, מתעלם וממשיך בשלו ("ח: הגעתי לביתי בשעה עשר נכון, בשעה עשר").

כאן המקום לציין, כי, כמשתקף היטב בתמלילים⁷⁷, החוקרים השקיעו מאמצים וזמן רב בתדרוך עזריה באשר למחירי הנסיעה באוטובוסים ובמוניות. ההסבר לכך מצוי בסעיף 6(ב) לדוח ה"סודי" של רב-פקד מנן⁷⁸, הקובע באשר ל"הודאה" ת46/ כי "עזריה משה אינו מדייק במחירי הנסיעה באוטובוס ובמוניות מעכו לחיפה וחזרה".

דוגמה שביעית – הבהרות חוזרות ונשנות של עזריה לחוקרים שאין לו כל קשר למקרה

לכל אורך החקירה חזר עזריה והבהיר לחוקריו שלא רק שלא רצח בעצמו, אלא גם עד ראייה למקרה כלל לא היה. אך החוקרים האטומים בשלהם ועזריה מחליט לרצות אותם. דוגמה (בלבד) – בעמ' 10 לתמליל 2(A) אומר עזריה:

"מ: כי אני לא עשיתי לא יודע, זה לא פשע שלי. פשע שלי הוא להתחיל רק עם בחורות".

בהודעה ת50/ אין לכך זכר.

77 נספח יא(1) לבקשה.

78 נספח ח(1) לבקשה.

פרוטוקול החקירה ("בדיקת הפוליגרף") גדוש בהכחשותיו של עזריה ובזעקותיו כי הוא חף מפשע. יצוין כי גם לפני "הודאתו" ת46/, במהלכה ולאחריה זעק כי הוא חף מפשע⁷⁹.

דוגמה שמינית – (חוסר) רציפות ההודעה

ההודעה ת50/, שהוגשה לבית-המשפט המחוזי ללא התמלילים וההקלטות, משתרעת על פני עמודים ספורים ויוצרת רושם (מוטעה!) של רציפות מסוימת. יש להניח כי אילו ידע בית-המשפט כי גביית ההודעה ארכה מספר רב של שעות, עם אינספור שאלות מדריכות ותשובות, לא היה נותן לה משקל מרשיע וכפי הנראה אפילו עוגן לזיכוי היה מוצא בה.

דוגמה תשיעית – ליווי צמוד של "בודק הפוליגרף" לשחזור

על רקע כל מעלליהם הנ"ל של "בודקי הפוליגרף", אולי אין זה פלא ש"בודק הפוליגרף", מפקח אלי שפרון, מצא לנכון להילוות אל אנשי הצח"מ והחשוד בדרכם הלילית מתל-אביב לשחזור בחיפה⁸⁰. כפי הנראה מדובר בניסיון לשמר את "הישגיהם" הנ"ל של "בודקי הפוליגרף", על-ידי כך שעזריה ימשיך לפעול תחת השפעתם.

לסיום העיון המאלף בתמליל החקירה, יודגש כי מפאת קוצר היריעה הובאו כאן דוגמאות בלבד, וכי אין בענייננו טוב ממראה עיניים (התמלילים) וממשמע אוזניים (ההקלטות), כדי להיווכח בכך שעזריה לא ידע את "סיפורו" ת50/ שעל בסיסו הורשע, לפני שיחותיו הארוכות עם חוקריו. ואם כך לגבי "הודעתו" ת50/, מה באשר ל"הודאתו" ת46/, שנגבתה על-ידי אותו צוות חקירה? לא תהא זו הפלגה על גבי הדמיון אם נשער כי באופן דומה "בושלה" גם ההודאה ת46/. בדומה, ניתן רק לשער מה נאמר באותם קטעי הקלטה אשר נמחקו⁸¹.

לבסוף – לעניין תמלילי החקירה והקלטותיה – הרושם הוא שמדובר בחומר רב וחשוב מאוד, שביורו מצדיק ואף מחייב קיומו של משפט חוזר, ושקשה מאוד להעריכו ולמצותו "על רגל אחת" – במסגרת החלטה בבקשה למשפט חוזר. בוודאי ובוודאי שאין מקום לקביעה שבהחלטה, שלפיה אין בקלטות ובתמלילים כדי להחליש את מעמדה הראייתי של ההודעה ת50/.

(ב) הדין במיצאיה של בדיקת הפוליגרף בשיטת הפח"מ

79 כפי שעולה, למשל, מעמ' 48 לפרוטוקול הדיון בבית-המשפט המחוזי.
80 כעולה מהתרשומת ת11/ (בסוף המסמך) שבתיק בית-המשפט המחוזי.
81 כעולה מחוות-דעתו של מומחה ההקלטות, נספח יא(3) לבקשה למשפט חוזר.

אף כי הנאשם מסר הודאה, פקפקו בה חוקרי המשטרה ולכן לקחו אותו לבדיקת פוליגרף בשיטה האמינה מאוד של בחינת התגובות לפרטי חקירה מוכמנים (פח"מ). מסקנתה של בדיקה זו הייתה כדלקמן:

"מצב זה איננו מצביע על כך שהנבדק ביצע את המעשה (כפי שתואר ע"י המכון לרפואה משפטית)."

לפי דוח הבדיקה⁸², נשאל הנבדק רק שתי שאלות: האחת ביחס לנתון שלא אפיין את שיטת הרצח ("סמרטוט בד כפה" – ודווקא באשר אליו "אובחנו תגובות משמעותיות") והשנייה ביחס לנתון אמת ("חבל על הצואר" – "אובחנה תגובה משנית בלבד"). לא ברור מדוע לא כללה הבדיקה התייחסות לנתוני אמת נוספים⁸³. לא ברור מן הדוח מה פשר ה"תגובה המשנית" לנתון האמת⁸⁴. לא ברור גם סיכומו של הבודק: האם יש להבינו כלשונו – שהבדיקה רק לא תמכה באפשרות שהנבדק ביצע את המעשה, או שמא לא דק הבודק פורתא בניסוח, והמשמעות המלאה היא שהבדיקה תמכה באפשרות ההפוכה – של חפות. בשים לב למהותה של בדיקה בשיטת פרטי חקירה מוכמנים, נראה כי האפשרות האחרונה היא הסבירה יותר, אך אפילו בהנחה שמימצאי הבדיקה לא היו חד-משמעיים, יש לברר מהי מידת הקירבה והריחוק שלהם משתי האפשרויות העובדתיות – של אשמה ושל חפות. על-מנת להשיב על שאלות אלה, התחייבה חשיפת תיק הבדיקה וחקירת הבודק. על פני הדברים, מדובר בראיה ישיש לה פוטנציאל מזכה, שכן הציפייה החד-משמעית היא שבדיקת פח"מ תצביע על כך שהנבדק ביצע את המעשה (אם מדובר באדם הנכון, כמובן) וציפייה זו לא התממשה בענייננו. מימצאי הבדיקה לא הובאו בפני בית-המשפט ולא הועברו לידיעת ההגנה. המימצאים – שהתגלו שנים לאחר מכן – הוגשו לבית-המשפט העליון במסגרת הבקשה למשפט חוזר.

כידוע, מקובל כי ככלל עדיין אין מימצאיה של בדיקת פוליגרף קבילים במקומותינו כראיה במשפט פלילי. אך בבקשה נטענו לענייננו שתי טענות משפטיות מצטברות: האחת – נוכח אמינותה הרבה מאוד של בדיקת פוליגרף המבוצעת תוך בדיקת תגובות הנאשם לפרטי חקירה מוכמנים⁸⁵, ראוי לסייג את ההלכה בדבר אי-הקבילות,

82 נספח ז' לבקשה למשפט חוזר.

83 שמא משום שהבודק חשש להפריך את התזה המשטרית?

84 מכיוון שמהותה של בדיקת הפח"מ היא כזו שהנבדק מגיב או שאינו מגיב לפרטי החקירה המוכמנים בהתאם למעורבותו או לאי-מעורבותו באירוע, הרי שההתייחסות – הבלתי מקובלת בבדיקות שכאלה – ל"תגובה משנית", משקפת אולי מאמץ של הבודק המשטרתי להותיר פתח צר לאפשרות של הרשעה.

85 ראו, למשל: ג' בן-שחר, מ' בר-הלל, וי' ליבליך "הפוליגרף (מכונת-האמת) בשירות המשפט – סוגיות מדעיות ומשפטיות", משפטים טז (תשמ"ז) עמ' 269 וכן עמ' 340-341 לכרך ב' של ספרו של הרנן דיני ראיות (ירושלים, תשל"ז). וראו גם דוח הועדה לעניין פוליגרף (תשמ"א).

כך שלא תחול גמ על בדיקות בשיטת הפח"מ. למעשה, טרם נקבע בפסיקתנו כי גמ בדיקות כאלה אינן קבילות. במקרה שנדון בפסק-הדין בעניין אבוטבול⁸⁶, שבו נקבעה לראשונה במפורש ולגופו של עניין אי-הקבילות, לא דובר בשיטת הפח"מ. אכן, מים רבים זרמו בנהרות הפוליגרף מאז ניתן פסק-הדין הידוע בעניין Frye [1923]. די אם נזכור כי בשנת 1923 כל שבדקו בבדיקת הפוליגרף היו השינויים בלחץ הדם. וגם ההלכה המשפטית (Frye) אינה המילה האחרונה בפסיקה האמריקנית⁸⁷. מכל מקום, ראוי היה לאפשר משפט חוזר גם על-מנת להעמיד למבחן משפטי את קבילותה של הבדיקה המיוחדת בשיטת הפח"מ. זאת במיוחד לאור המעבר הברור בפסיקתנו מהדגשת הקבילות להדגשת המשקל⁸⁸, וההלכה החד-משמעית של בית-המשפט העליון במדינת ישראל, שלפיה (בשונה מהלכת Frye שנהגה בעבר) תמימות הדעים בקהילה המדעית הרלוונטית היא עניין למשקל העדות ולא לקבילותה. כפי שקבע השופט (כתוארו אז) ברק בעניין אפללו⁸⁹, "שערי בתי-המשפט אסור להם שיהיו נעולים בפני חידושי המדע, ובלבד שהוכחה אמינותם".

הטענה המשפטית השנייה שנטענה בבקשה למשפט חוזר נוגעת לקבילות מימצאיה של בדיקת פוליגרף התומכת בזיכוי של נאשם. ההלכה הנ"ל בדבר אי-הקבילות נקבעה כשלנגד עיני בתי-המשפט עמדה האפשרות של הרשעת אדם חף מפשע על בסיס מימצאיה של בדיקה שאמינותה אינה מוחלטת. כדי להרשיע אדם נדרשת, כידוע, הוכחה של אשמתו מעל ומעבר לכל ספק סביר. לפיכך, במקרה הרגיל, מגוון מחסום הקבילות על הנאשם. אך בענייננו שונה התמונה! מדובר במימצאים של בדיקת פוליגרף מן הסוג האמין ביותר (פח"מ), שנראה שהם תומכים דווקא בזיכוי של הנאשם. היעלה על הדעת לעצום עינינו מפניהם?! והרי בשיטות משפט נאורות, ובתוכן שיטת המשפט הישראלית, אין על הנאשם להוכיח חפותו, אלא די אם יעורר ספק סביר אשר התביעה אינה מצליחה להתגבר עליו.

נניח שסבירות נכונותה של תוצאת הבדיקה היא 90% בלבד (למעשה, רמת הדיוק היא אפילו מעל 90%)⁹⁰, ונניח שמשמעות תוצאותיה היא שאפשר (בדרגת הסתברות

86 ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מ"י, פ"ד מח(1) עמ' 485, 495.

87 שהרי נהפכה בפסק-הדין Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 113 S. Ct. 2786 (1993).

וראו גם Moenssens & Starrs & Henderson & Inbau, *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*, Fourth Ed. (1995) (Westbury, N.Y.) pp. 13-18.

88 ראו, למשל: א' ברק שיקול דעת שיפוטי (אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ז 1987-) 502; בר"ע 423/83 מ"י נ' עוזבון המנוחה סילוורמן, פ"ד לז(4) 281, 286-287; ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היהמ"ש, פ"ד מג(4) 529; ד"נ 23/85 מ"י נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 333-334, 351-352, 357.

89 ע"פ 639/79 אפללו נ' מ"י, פ"ד לד(3) 571, 561. הלכה דומה נקבעה גם בע"פ 517/86 ברוקס נ' מ"י, פ"ד מג(3) 441.

90 ראו עמ' 277 למאמרם של בן-שחר, ברה"ל וליבליך, הנ"ל בה"ש 85.

של 90%, של 60% או אפילו "רק" של 40%) שהנאשם חף מפשע – האין די בכך כספק סביר המחייב זיכוי? והרי גם סבירות של 10% שהנאשם חף מפשע מחייבת זיכוי⁹¹. ההחלטה של בית-המשפט העליון, הדוחה את הבקשה למשפט חוזר, מתעלמת לחלוטין מכל הטענות המשפטיות הללו. הן מאמינותה הרבה של בדיקת הפח"מ; הן מייחודה של בדיקת פולגרף העשויה לתמוך בזיכוי של נאשם והן משילוב שני הנתונים. ההנמקה המובאת בהחלטה היא: "הפולגרף הוא אמצעי חקירה. אין הוא ראייה קבילה בבית-המשפט..."⁹². עד כאן לעניין ההלכה המשפטית; ומכאן לטעות עובדתית שנתפס לה בית-המשפט בעקבות דבריו המוטעים של נציג היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו. וכך נאמר בהחלטה⁹³:

"אציין, אגב אורחא, כי בדיקת הפולגרף אינה משחררת את המבקש מכל אשמה. בדיקת הפולגרף מעלה תגובת שקר בטענת המבקש כי חנק את המנוח באמצעות 'סמרטוט בד בפה'. לעניין 'החניקה באמצעות חבל' אובחנה תגובה משנית. אין בכל אלה אינדיקציה חד-משמעית ואף לא ברורה דייה כי המבקש אינו רוצחו של המנוח".

ראשית, מאימתי נדרשת אינדיקציה חד-משמעית לחפותו של אדם לצורך זיכוי (וקל וחומר – לצורך פתיחת שערי המשפט החוזר)? שנית, בדיקת פולגרף בשיטת הפח"מ כלל לא עוסקת בשאלה אם דברי הנבדק הם אמת או שקר (כבבדיקה המסורתית והרגילה), אלא אך ורק בתגובות הנחקר לפרטי חקירה מוכמנים, האמורים להיות ידועים לו אם ורק אם היה מעורב באירוע. לפיכך לא ברור מדוע מצא נציג היועץ המשפטי לנכון לעסוק בתגובתו לבקשה למשפט חוזר במימצאים של אמת או שקר, והטעה בכך את בית-המשפט העליון. למעשה, משקפת תגובתו של נציג היועץ המשפטי אי-הבנה של מהות בדיקת הפח"מ, תוך פרשנות מוטעית ומטעה למימצאיה. בבדיקה הייתה התייחסות לשני עניינים:

האחד – סמרטוט בד בפה

91 טענה זו ניתן לבסס גם על ההלכה שקבע השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת כהן, ולפיה באשר לעדות שיטה "אין לומר כי בכל מצב ומצב צריכה עדות השיטה להגיע לכדי 'כרטיס ביקור' או מעין 'טביעת אצבעות'. הכל תלוי ב'סל' הראיות שלפני בית-המשפט, ובשימוש המיוחד אשר מבקשים לעשות בעדות השיטה." – ע"פ 679/78 כהן נ' מ"י, פ"ד (1) 480. שהרי שימוש במימצאיה של בדיקת פולגרף לביסוס זיכוי של אדם הוא בהחלט "שימוש מיוחד" בהשוואה לשימוש הרגיל הנעשה בה.

92 עמ' 357 להחלטה, תוך הפניה לפסיקה קודמת.

93 שם.

בודק הפולִיגרף כתב כִּי⁹⁴: "אובחנו תגובות משמעותיות בפריט 'סמרטוט בד בפה'".

נציג היועץ המשפטי ביקש לפרש זאת כ"תגובות שקר משמעותיות – קרי – שיש דברים בגו"⁹⁵.

הכי צד? והרי בדיקה בשיטת הפח"מ אינה מנסה כלל לקבוע אם מדובר באמת או בשקר! (ומדוע בכלל שישקר ויטען שחנק תוך שימוש בסמרטוט בד בפה?! – שהרי בענייננו אין חולק שהרצח לא בוצע בדרך שכזו).

צא ולמד שאפילו ממימצא שבאופן חד-משמעי צריך לפעול לטובתו של הנאשם ולהוכחת חפותו, מבקש נציג היועץ המשפטי ללמוד דווקא לחובתו.

העניין השני – חבל על הצוואר

בודק הפולִיגרף כתב כך:

"ואילו בפריט 'חבל על הצוואר' אובחנה תגובה משנית בלבד".

נציג היועץ המשפטי ביקש לפרש זאת בפרשנות המוטעית והמטעה הבאה:

"העובדה שבפולִיגרף התגלו אינדיקציות משניות משאירה את הנושא הזה על גבול הנייטרליות עם נטיה קלה לכיוון האשם אך בוודאי שאין בכך משהו מן המזכה".

הנתונים המופיעים בדוח הבדיקה אינם מספיקים לשם קביעה נחרצת כלשהי, ודאי לא לקביעה של "נטייה קלה לכיוון האשם". מדובר בראיה שיש לה, כאמור, פוטנציאל מזכה דווקא. מסקנה אפשרית וסבירה מכך שהתגובה היא משנית בלבד היא שלגבי עזריה אין משמעות מיוחדת למימצא של חבל על הצוואר (מן הסתם, משום שאף שנולמן ז"ל נרצח תוך חניקה בחבל, עזריה כלל אינו הרוצח). הא ראה שעורך הבדיקה סיכם אותה במילים "מצב זה איננו מצביע על כך שהנבדק ביצע את המעשה"⁹⁶.

לבסוף, לעניין סוגיית הפולִיגרף, הרושם המתקבל הוא שהן הבחינה המשפטית של הילכת הפולִיגרף ו(אי) התאמתה למימצאים של בדיקה בשיטת הפח"מ הפועלים לזיכוי, והן הבירור העובדתי של המימצאים והשלכתם על ההרשעה, הצריכו בפרשה זו בירור מעמיק של בית־משפט, במסגרת של משפט חוזר.

94 נספח ז' לבקשה.

95 עמ' 127 לתגובתו לבקשה.

96 כשותר האמון על הקונספציה החקירתית שגם כנגדה יוצא מאמר זה, הוסיף בודק הפולִיגרף למסקנתו זו, בתוך סוגריים, את המשפט: "(כפי שתואר ע"י המכון לרפואה משפטית)". התרשמותנו היא שבדוק הפולִיגרף לא שמח במימצא המזכה של הבדיקה, וביקש להותיר פתח צר כלשהו לאפשרות של הרשעה, אפילו במחיר הטלת ספק במימצאיו של המכון לרפואה משפטית; אותו מכון שיום יום משמשים מימצאיו לביסוס הרשעות ללא כל עוררין.

(ג) ההכרעה באשר לחוות-הדעת של הפתולוג והפסיכיאטר באשר לשיטת הביצוע

להלן ההתייחסות המלאה לעניין זה, אשר בהחלטה בה נדחתה הבקשה למשפט חוזר⁹⁷:

"העובדה הנוספת הראשונה שעליה מתבססת הבקשה למשפט חוזר (פיסקה 17 לעיל) עניינה מעשי הרצח בנערים אשר בוצעו לאחר הרשעת המבקש ומאסרו. הטענה הינה, כי מעשי רצח אלה מצביעים על 'שיטה', שממנה ניתן להסיק כי הרוצח אינו המבקש. אכן, מקובל עליי כי הוכחת 'שיטה' מהווה ראייה שניתן להסתמך עליה, הן בגדרו של משפט פלילי 'רגיל' והן בגדרו של משפט חוזר. דא עקא, מעשי הרצח שעליהם עמד בא-כוח המבקש – תוך הסתמכות על חוות-דעתם של ד"ר סקלי וד"ר רוגב – אינם מצביעים כלל ועיקר על שיטה. בצדק ציין היועץ המשפטי לממשלה כי ההנחות העובדתיות שעליהן התבססו מומחי המבקש הן שגויות, וממילא שגויה המסקנה בדבר שיטה. די אם אציין כי לטענת בא-כוח המבקש נגרמו למנוח ולקורבנות האחרים נזקים דומים בעור, בדמות חסרי עור עגולים, שנגרמו על ידי חפץ חד וארוך. המציאות הינה, כי לפי דוח הנתיחה לאחר המוות במנוח, חסרי העור העגולים נגרמו כתוצאה מכרסום נמלים, ואילו בנערים האחרים שנרצחו לא נמצאו כלל חסרי עור עגולים. גם בסוג המעשים שנעשו בקורבנות אין כל דמיון. כך, למשל, בפי הטבעת של המנוח כץ ז"ל אובחנו קרעים של ממש ושפכי דם. כל אלה אינם מצויים במנוח. גם הנזקים שנגרמו בפני הקורבן הם שונים במקרים השונים. נחה דעתי אפוא כי אין דמיון מספיק בין מעשי הרצח השונים, ולא עלה בידי בא-כוח המבקש לבסס בפני 'שיטה' המהווה ראייה נוספת אשר יש מקום לשקול אותה בגדרי הבקשה למשפט חוזר".

קצרה היריעה מלהיכנס כאן לפולמוס באשר למימצאים עובדתיים אלה או אחרים, ולכן נסתפק בעמידה על מסגרתו של הדיון. לבקשה למשפט חוזר צורפו ארבע חוות-דעת מקצועיות של שני מומחים בעלי שם במקומותינו. האחד – הפתולוג ד"ר מוריס רוגב, אשר היה מנהל המכון לרפואה משפטית באבו כביר וראש מדור רפואה משפטית במפקדת קצין רפואה ראשי בצה"ל. בחוות-דעתו הראשונה השווה ד"ר רוגב בין ההיבטים הפתולוגיים של רצח הילד ישראל נולמן ז"ל (הרצח שבו הורשע משה עזריה) לבין ההיבטים הפתולוגיים של רצח ילד אחר, אשר נרצח כשעזריה כבר היה בבית האסורים, תוך בדיקת המשתנים השונים הבאים המוכרים בספרות המשפטית: המיקום הגאוגרפי של מקרי הרצח; הדמיון בגיל; החטיפה; מין הקורבנות; סיבת המוות – חניקה על-ידי אמצעי קשירה מסביב לצוואר, באותו אופן מיוחד ממש; הפגיעות

הנוספות בראש; פי-הטבעת הפעור (בשל החדרת חפץ קשה?); היעדר זרע בפי הטבעת; השינויים במלבושי הקורבנות ומשתנים נוספים, על-פי אלה הגיע המומחה למסקנה הבאה:

"לימוד האספקטים הפתולוגיים של שני קורבנות אלה, ישראל נולמן ז"ל ודני כץ ז"ל, הביא אותי להסיק כי לפי דעתי אותו אופן פעולה הופעל בשני המקרים וכי – לפי דעתי – שני הקורבנות נרצחו על ידי אותו אדם"⁹⁸.

יתרה מזו: המומחה עמד בחוות-דעתו על כך שלאור הספרות המקצועית הרלוונטית:

"יש לקבוע בברור שקביעת אופן פעולה כאפשרי מנקודת ראותו של הפתולוג אינה מצריכה המצאות תמונת-ראי של סוגי הפגיעות בכל מקרה. מנקודת ראות זו מספיק להראות שיש קו מתאר בסיסי. במיוחד אם פגיעות אלו קשורות באופן ישיר לסיבת המוות".

בחוות-דעת מאוחרת יותר, שאף היא הוגשה במסגרת הבקשה למשפט חוזר, השווה ד"ר רוגב בין ההיבטים הפתולוגיים של רצח נולמן ז"ל לבין ההיבטים הפתולוגיים של רציחותיהם של שלושה ילדים אחרים, שנרצחו (כל אחד בנפרד) בשנים שסמוך לאחר מאסרו של עזריה, ולאחר ניתוח מפורט, שבו הצביע על קווי דמיון בולטים בין המקרים באשר לחנק בלולאה; הנזקים לראש; הנזקים לפי-הטבעת; הנזקים לעור הגוף; מועד המוות ועוד, קבע כך⁹⁹:

"עיון בממצאים של כל אחד מארבעת מקרים אלה מורה בכירור על כך שארבעת הקורבנות מצאו את מותם בנסיבות דומות כאשר ישנו דפוס חוזר של שיטת ביצוע הרצח. לדעתי מורה הדבר על כך שארבעת מקרי הרצח בוצעו על ידי אדם אחד וזאת בתנאי שהתיאורים עליהם הסתמכתי בדוחותיהם של הפתולוגים הבודקים, אמנם מתארים את המציאות".

המומחה השני הוא הפסיכיאטר ד"ר סקלי, מי שהיה יושב-ראש הוועדה המייעצת לפסיכיאטריה במשרד הבריאות; ראש השירות הפסיכיאטרי במשרד הבריאות; ראש החוג לפסיכיאטריה בפקולטה לרפואה שבאוניברסיטת תל-אביב; מנהל בית החולים הממשלתי נס-ציונה; הפסיכיאטר המחוזי של מחוז המרכז ויושב-ראש החברה הפסיכיאטרית לילד ולמתבגר. בחוות-דעתו הראשונה, שבה בחן את ההיבטים

98 נספח ט(1) של הבקשה למשפט חוזר.

99 שם, נספח ט(2).

הפסיכופתולוגיים של שני המקרים אליהם התייחס ד"ר רוגב בחוות-דעתו הראשונה דלעיל, הגיע ד"ר סקלי, לאחר ניתוח והנמקה מפורטת, למסקנה הבאה:

"לסיכום: לאחר עיון בחומר שהיה ברשותי בעת כתיבת חוות דעת זו, הגעתי למסקנה שגם לפי שיקולים פסיכיאטריים הידועים לי מנסיוני האישי ומהספרות של הפסיכיאטריה המשפטית, קיימת סבירות גבוהה שמעשי הרצח של שני הצעירים בוצעו על ידי אותו אדם שהוא בעל נטיות פתולוגיות ספציפיות מבחינה פסיכוסואלית"¹⁰⁰.

את חוות-דעתו השנייה, שבה מתייחס ד"ר סקלי לכל ארבעת המקרים אליהם התייחס ד"ר רוגב בחוות-דעתו השנייה הנ"ל, הוא מסכם כך:

"לפי התרשמותי אין כל ספק שגם חבה רחמים ונסייר סלים ז"ל נרצחו על ידי סוטה מין, קרוב לוודאי בעל קשיים בזקפה שהחדיר עצם קשה בכפי הטבעת של שני הנערים אחרי מותם. עובדה זו ביחד עם מימצאים אחרים שתוארו על ידי ד"ר רוגב מעוררים חשד שגם בשני המקרים האלה כמו במקרים של נולמן וכץ, הרצח בוצע בדרך פולחנית שמאפייניה דומים בכל 4 המקרים ברוב פרטיהם. משום כך יש להניח בסבירות סטטיסטית גבוהה שארבעת הרציחות בוצעו על ידי אותו אדם"¹⁰¹.

מול ארבע חוות-דעת אלה, של מומחים הנחשבים ל"אורים ותומים" במקומותינו בתחומי הפתולוגיה והפסיכיאטריה, לא טרח נציג היועץ המשפטי לממשלה להציב חוות-דעת שונות של מומחים, אלא הסתפק בניתוח עצמאי משלו. המוזר הוא שבית-המשפט העליון מנע אפשרות לברור מעמיק של המימצאים במסגרת משפט חוזר (בין באמצעות חוות-דעת אלטרנטיביות ובין באמצעות חקירת המומחים רוגב וסקלי) והעדיף את חוות-דעתו, חסרת המומחיות הרלוונטית, של עורך-הדין נציג היועץ המשפטי.

נשוב ונעיין בציטוט דלעיל של דברי בית-המשפט העליון בעניין זה. אפילו נכונים היו המימצאים העובדתיים המובאים בהחלטה בעקבות תגובתו של היועץ המשפטי – מה בכך? הרי המומחה קבע כי לא נדרש מתאם מלא ומוחלט. לפיכך כלל לא ברור מהו הבסיס המקצועי לקביעה הנ"ל שבהחלטה, שתחילתה במילים "די אם אציין...". מעבר לכך, גם הקביעות העובדתיות שבהחלטה מוטלות בספק. כך, למשל, לא ברור מדוע נקבע בה – בעקבות דבריו הלא מדויקים של נציג היועץ המשפטי בתגובתו – כך:

100 שם, נספח י(1).

101 שם, נספח י(2).

"גם בסוג המעשים שנעשו בקורבנות אין כל דמיון. כך, למשל, בפי הטבעת של המנוח כן ז"ל אובחנו קרעים של ממש ושפכי דם. כל אלה אינם מצויים במנוח".

המומחה ד"ר רוגב קבע בחוות־דעתו כך:

"אצל נולמן כן ונסייר נמצאה עדות מובהקת לחדירת עצם קשיח לפי הטבעת בשעת המוות או סמוך לאחריו. אצל חבה העדות ברורה פחות אולם עשויה גם כן להורות על חדירת גוף קשיח לאחר המוות".

והרי בתיאור המימצאים הפתולוגיים שבפתח ההחלטה עצמה נאמר: "פי הטבעת של המנוח היה רחב ופעור. בתוכו נמצא נוזל דביק"¹⁰². אמנם נציג היועץ המשפטי בתגובתו הפנה לפרוטוקול חקירתו בבית־המשפט של הפתולוג בלוך, אשר ניתח בזמנו את הגופה, וממנו עולה כי קיימת אפשרות שהתרחבות פי הטבעת נבעה משינויים שלאחר המוות, אך האומנם יש בסיס לקביעה כי "אין כל דמיון"? מכיוון שאין דין אפשרות כדין ודאות, אין בסיס לקביעה כי "אין כל דמיון". ספק רב אם קביעה זו הייתה באה לעולם אילו נמנע נשיא בית־המשפט העליון מלהיזקק לחוות־הדעת שחיבר משפטן (נציג היועץ המשפטי) בתחום המצריך מומחיות של פתולוג. מכל מקום, במסגרת של משפט חוזר ניתן וצריך היה לברר עניינים אלה עד תום. בדומה נקבע בהחלטה: "גם הנזקים שנגרמו בפני הקורבן הם שונים במקרים השונים". המומחה – הפתולוג ד"ר רוגב – קבע בחוות־דעתו (על בסיס ציטוטים של ההתייחסויות הרלוונטיות אשר בחוות־הדעת של הפתולוגים אשר בדקו את הגופות) כך:

"הנזקים באזור הראש והפנים בארבעת המקרים זהים בשלושה מן המקרים בעוצמתם – נולמן, כן ונסייר [דהיינו: לרבות המקרה שלנו – הבהרת המחברים]. בשלושה מקרים אלה יכלו הנזקים להגרם ממכות אגרופ. מכות אגרופ לאזורי הראש והפנים היו עלולות לגרום לשפכי דם, שברים בעצמות וקרעים ברקמות, לפי עוצמת המכה המונחת. במקרהו של חבה הנזק לראש ולפנים חמור עד כדי שנגרם מחבטה באבן (וזאת בנוסף למהלומות אגרופ באם היו כאלה). במקרהו של נולמן [המקרה שלנו; המחברים] תואמים גם כן הנזקים לנגרמים מחבטה באבן בנוסף על מהלומות אגרופ".

אך שוב הועדפה על פני חוות־דעתו המקצועית של הפתולוג חוות־דעתו חסרת המקצועיות הרלוונטית של נציג היועץ המשפטי – אשר השתדל כמיטב יכולתו להצביע על הבדלים בין החבטות שחטפו הקורבנות השונים בפניהם, כביכול נדרשת לשם

102 עמ' 337 להחלטה.

התהוות שיטה זהות גמורה בין נזקי הפגיעות וכביכול ניתן לצפות שהחובט בפנים ידייק אל חוט השערה – וחבל¹⁰³.

לבסוף, ההחלטה מתעלמת לחלוטין מטענה משפטית כבדת משקל שהובאה בבקשה למשפט חוזר, ולפיה על-מנת לעורר את הספק הדרוש לשם זיכוי של אדם, נדרשת דרגה נמוכה יותר של הוכחת שיטת ביצוע בהשוואה לזו הנדרשת לשם הרשעתו של אדם. טענה זו ניתן לבסס על הילכת **כהן**, שלפיה "אין לומר כי בכל מצב ומצב צריכה עדות השיטה להגיע לכדי 'כרטיס ביקור' או מעין 'טביעת אצבעות'. הכל תלוי ב'סל' הראיות שלפני בית-המשפט, ובשימוש המיוחד אשר מבקשים לעשות בעדות השיטה"¹⁰⁴. שימוש בעדות שיטה לביסוס זיכוי של אדם חף מפשע הוא בהחלט "שימוש מיוחד" בהשוואה לשימוש הרגיל הנעשה בה. מחסום הקבילות שנקבע לעניין זה נועד להגנתו של הנאשם¹⁰⁵, ואין זה סביר שישמש נגדו וימנע ממנו את האפשרות להוכיח את חפותו או לעורר ספק המחייב את זיכוי¹⁰⁶.

גם אם אין מקבלים טענה זו, דומה כי מן הראוי היה להתייחס אליה, אם לא בהחלטה באשר לקיומו של משפט חוזר, אזי בפסק-הדין במשפט החוזר עצמו.

(ד) ההתייחסות לסיכול הוכחת חפותו של עזריה באמצעות בדיקת D.N.A.

עם התקדמות המדע נוצרה אפשרות להוכחה ודאית של חפותו של עזריה, באמצעות השוואת D.N.A. שבכתמי הזרע שעל בגדי הקורבן עם D.N.A. מגופו של עזריה. לפי חוות-הדעת שצורפה לבקשה, של פרופ' יגיל, מומחה לגנטיקה מולקולרית, אשר חקר את מבנה ה-D.N.A. ותכונותיו, ניתן באמצעות השוואה כזו לשלול בוודאות את האפשרות שהזרע שייך לעזריה; ניתן לבצע הבדיקה אפילו מאות שנים לאחר המקרה ומדובר בידע מדעי חדש.

103 אשר לקביעה העובדתית השלישית והאחרונה – המתייחסת לנזקים בעור – הרי שראשית, אין מימצא ודאי ונחרץ של הפתולוג אשר בדק את הגופה – ד"ר בלוך – שלפיו מדובר בכרסום נמלים, אלא מדובר בהשערה בלבד; שנית, ייתכן שהפתולוג ד"ר רוגב חולק על השערתו של הפתולוג ד"ר בלוך ושלישית, באשר לחלק הגוף שאל חסרי העור בו מתייחס ד"ר רוגב – הזרוע השמאלית – אין בחוות-הדעת של ד"ר בלוך אפילו השערה בדבר כרסום נמלים (סעיף 11 שבעמ' 5 לחוות-הדעת של בלוך, המסומנת ת54/ בתיק בית-המשפט המחוזי).

104 ע"פ 679/78 כהן נ' מ"י, פ"ד לר(1) 480.

105 ראו, למשל: עמ' 370 ואילך לספרו של הרנון הנ"ל בה"ש 85; עמ' 528 ואילך למאמרה של נ' זלצמן "עדות 'שיטה' כראיה מסייעת – מבחן שונה לקבילות?" **משפטים** יא (תשמ"א) 528 ופסקי-הדין שאליהם מפנים מחברים אלה.

106 לעמדה דומה, ולפיה יש מקום לזכות גם על-פי חוות-דעת מומחה שאינה ודאית, אך יוצרת ספק סביר, ראו: A. Stein "The Refoundation of Evidence Law" 9 *Canadian J. of Law and Jurisprudence* (1996) p. 279.

לבקשה למשפט חוזר צורפו מכתבים ומהם עולה התמונה הבאה: במשך שנים אחדות (1989-1993) ביקשו דורשי טובתו של עזריה שוב ושוב מרשויות המדינה לקבל את הבגדים לצורך בדיקת D.N.A. במהלך 1989 התנהלה ההתכתבות עם פרקליטת מחוז חיפה – מי שהייתה בזמנה התובעת במשפטו של עזריה – והיא סירבה למסור את הבגדים. בשנת 1993, לאחר שנים אחדות של התכתבות, נכתבה תזכורת אולטימטיבית מטעם האגודה לזכויות האזרח. עוד באותו יום כתב ניצב יוסי לוי, עוזר ראש אגף החקירות של המשטרה (שגם הוא היה מעורב בזמנו בפרשת עזריה – ראו להלן הדיון בפגישה בין פקד קורבולי למפקדיו אצל הגב' בורישנסקי), כך:

"נמסר לי כי המוצגים פולו לאחר 5 שנים וכרטיסי המוצגים בווערו. בעקבות האמור לעיל לא ניתן לערוך בדיקת D.N.A. כמבוקש".

הנה-כ"ן, יד נעלמה גדעה את האפשרות להוכיח חפותו של עזריה הוכחה ודאית. בבקשה למשפט חוזר נטען כי השמדת המוצגים הייתה בניגוד לחוק, שכן על-פי תקנה 2 לתקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), תשמ"ו-1986, יש לשמור תיקים מסוימים, לרבות תיקי רצח, לצמיתות. יתרה מזו: אפילו תיק שתקופת שמירתו מסתיימת, אין לבער ללא פרסום קודם ברשומות, כדי לאפשר התנגדות לביעור, בין היתר בשל כוונה להגיש בקשה למשפט חוזר (תקנה 5). לא צריך להיות חשדן במיוחד כדי להצדיק סברה שלפיה השמדת המוצגים לא הייתה מקרית. מכל מקום, השמדתם בניגוד לחוק ואף שהיה ידוע (או לפחות צריך היה להיות ידוע) כי דורשי טובתו של עזריה מעוניינים בבדיקת המוצגים בקשר עם משפטו, יוצרת חזקה של היעדר תום-לב.

תקצר היריעה מלעמוד במסגרת מאמר זה על סיבות אפשריות הקיימות בענייננו להשמדת המוצגים על-ידי חוקרים שסרחו ועל-ידי אחרים, כמפורט בבקשה. נסתפק רק בציון העובדה שבבקשה הועלתה אפשרות זו ונומקה בהרחבה. אם כן מה קובע בית-המשפט העליון בהחלטתו?

"אכן, ביעור בגדיו של המבקש [צ"ל "המנוח" – הבהרת המחברים] הינה טעות מצערת. היא פעולה בניגוד לחוק... אף שהביעור של בגדי המבקש נעשה בניגוד לחוק, שוכנעתי כי הוא נעשה בתום-לב. לגוף העניין, אינני סבור כי ביעור הבגדים יכול לשמש עילה למשפט חוזר. הבגדים אינם מהווים ראיה מזכה. הם מהווים 'חומר גלם' שבו טמון 'פוטנציאל' ראייתי, אשר ייתכן שהיה מצביע על חפותו של המבקש, וייתכן שהיה מצביע על אשמתו. כאמור, יש להצטער על כך שחומר זה אינו מצוי

בידינו. אין בצער זה כדי לבסס עילה למשפט חוזר. יש לקוות כי ניתנו הנחיות מתאימות לשמירת תיקי בית-המשפט והמוצגים שבהם"¹⁰⁷.

דהיינו: ההחלטה פוטרת את כל הדיון בביעור הלא חוקי של המוצגים במילים "שוכנעתי כי הוא נעשה בתום-לב".

על סמך מה? לא זו בלבד שאין לכך נימוק כלשהו בהחלטה, אלא ההתכתבות שצורפה לבקשה למשפט חוזר מלמדת שלטענת הרשויות אפילו לא ידוע מי הוא שהשמיד את הבגדים. מניין אפוא ההנחה של תום-לב? והרי הבקשה מצביעה על סיבות טובות שיש בענייננו לכמה וכמה בעלי תפקידים להשמיד מוצג היכול להוכיח חפות. קשה להשתחרר מהתחושה שבית-המשפט מתייחס לגורמי אכיפת החוק האחרים כאל שותפים אמיתיים במלאכת עשיית הצדק, ומחיל על כולם את האתוס השיפוטי של מחויבות לאמת ולחוק. נקל לשער מה הייתה תגובת המערכת אילו דובר בסניגור שהיה מבער ראייה בניגוד לחוק. יותר מכול, מלמדת ההחלטה על יחס של היעדר מוחלט של חשדנות בריאה כלפי הרשות החוקרת והרשות התובעת. ללא מידה ראויה של חשדנות כזו, הסיכוי לזכות במשפט חוזר מצטמק מאוד.

ודוק: אם אכן מדובר בטעות, מדוע התכתבה פרקליטת המחוז בורישנסקי (מי שהייתה התובעת במשפטו של עזריה ואשר חלק נכבד מהטענות שבבקשה למשפט חוזר מופנות כלפיה) עם באי-כוחו של עזריה והתנגדה למסירת הבגדים במקום להשיבם כי הבגדים כבר בוערו?

במסגרת משפט חוזר, ניתן וצריך היה לברר לעומק את פרשת השמדת הבגדים. זאת, לא רק בשל ההיבט הציבורי החשוב שלה, אלא גם משום שאילו התברר שהושמדו במכוון, ולא סתם כך "בתום-לב", אזי כבר לא היה מדובר רק ב"פוטנציאל ראייתי", אלא בסבירות גבוהה לכך שבמשטרה ובפרקליטות יש היודעים כי עזריה הוא חף מפשע.

בסיטואציה שבה כמעט לעולם לא תימצא ראייה ישירה לחריגה מן השורה בחקירה, דווקא נקודת התייחסות עקיפה – העשויה להצביע על חריגה כזו, לנבוע ממנה ולהוות המשך שלה – צריכה לשמש נקודת אחיזה משמעותית, לפחות לצורך בירור וליבון יסודיים במישור העובדתי.

אשר לתקווה המובעת בהחלטה ("יש לקוות כי ניתנו הנחיות מתאימות לשמירת תיקי בית-המשפט והמוצגים שבהם"), חוששים אנו כי המסר שעלולים להבין מההחלטה הוא שמי שמשמיד מוצגים בניגוד לחוק אינו משלם על כך מחיר כלשהו.

לבסוף, מעבר לחשד כי לא תום-לב עמד מאחורי השמדת הבגדים, המרב שניתן לטעון כאן לזכות הרשויות הוא כי גילו רשלנות בלבד (שלא לומר כוונה). רשלנות (לפחות) זו, תוך הפרה בוטה של החוק, מונעת מעזריה את האפשרות להוכיח באופן

מדעי ובוודאות את חפותו. מי אפוא צריך ליהנות מן הספק הכבד הנוסף שהוטל על אשמתו של עזריה?
 במקום שבו מתגלות הפרות חוק (ואפילו פחות מזה – די בסטייה מהוראות, הנחיות ונוהג) על-ידי הגורמים המופקדים על אכיפת החוק, יש להנמיך את גובה הרף הראייתי שעל הנאשם לעבור על-מנת לזכות במשפט חוזר.

(ה) ההתייחסות לעדויותיהם של קציני המשטרה קורבולי ומגן

כמפורט לעיל, מדובר בעדותו של פקד (בדימוס) קורבולי, אשר מונה כקצין בודק ואשר מימצאי חקירתו היו כי עזריה אכן הוכה סמוך לפני מסירת ההודאה ת46/, ובעדותו של רב-פקד (בדימוס) מגן, קצין החקירות, אשר כתב כחודשיים לאחר הרצח דוח מקיף השולל לחלוטין את האפשרות שעזריה הוא הרוצח, תוך הנמקה מפורטת ומשכנעת מאוד. שני הדוחות שחיברו קורבולי ומגן לא הובאו לידיעת בית-המשפט וההגנה כאחד.

ראשית, לא ברור מדוע נכרכו שני עניינים שונים אלה יחדיו בהחלטה¹⁰⁸. אכן ניתן, במיוחד בראיה פורמאליסטית, לראות בדוח המקיף של רב-פקד מגן, שלפיו עזריה אינו הרוצח, עדות סברה. אכן ניתן, במיוחד בראיה פורמאליסטית, לראות בדוח של פקד קורבולי, שלפיו עזריה אכן הוכה על-ידי השוטר לוזון סמוך לפני מסירת הודאתו ת46/, עדות סברה. אך לא זה הוא מרכז הכובד שבהתייחסות אליהם בבקשה למשפט חוזר. שאלה מרכזית אחת שהוצגה שם היא מדוע טרחו התובעת בורישנסקי ומפקדי המשטרה יוסי לוי ומוספי לזמן את פקד קורבולי לפגישה ובה לחצו עליו ואיימו עליו עד כי נאלץ לכתוב להם בקשה להמשך החקירה? ומדוע לא אפשרו לו להמשיך את החקירה? ומדוע לא הביאו מימצאיו לידיעת הסניגוריה? האין זו המשטרה של כולנו?! האין זו הפרקליטות של כלל אזרחי המדינה?!

משאלות אלה ומשאלות מטרידות אחרות שמעלה הבקשה למשפט חוזר, תוך התבססות על תצהירים שנתנו באומץ שני הקצינים (בדימוס) קורבולי ומגן, מתעלמת ההחלטה התעלמות צורמת.

מעשית – אכן קשה או אפילו בלתי אפשרי לברר טענות כאלה ולהכריע בהן במסגרת של החלטה בבקשה למשפט חוזר. אך נוכח קיומם של תצהירים אלה, כשנציג היועץ המשפטי בתגובתו לא צרף תצהירים הסותרים אותם, מן הראוי היה לברר את הטענות עד תום, במסגרת משפט חוזר, תוך שמיעות עדויותיהם של הקצינים קורבולי ומגן, כמו גם של הפרקליטה בורישנסקי והקצינים לוי ומוספי.

108 עמ' 358 להחלטה, פסקה 42 – התייחסות ל"העובדה או הראיה הרביעית המשמשת בסיס לבקשה שבפני משפט חוזר הם מימצאי החקירה של הקצין הבודק, פקד קורבולי ודוח קצין אגף החקירות מחוז הצפון, רב-פקד מגן".

(ו) ההתייחסות לחוות-הדעת של הבלשנית ולחוות-הדעת של הפסיכולוגית

במסגרת הבקשה למשפט חוזר הוגשו חוות-דעת של פסיכולוגית ושל בלשנית, ולפיהן ההודאה ת46/ וההודעה ת50/ אינן בלשונו של המבקש. בית-המשפט בהחלטתו קובע כך¹⁰⁹:

"דבריו תשובתו ציין היועץ המשפט לממשלה (פיסקה 27 לעיל) כי חוות-דעת אלה אינן מעלות ואינן מורידות, שכן אין טענה שההודאה (ת46/) נכתבה על-ידי המבקש בעצמו, או כי היא מהווה סטנוגרמה של דבריו בעל-פה. הטענה היחידה הינה כי ההודאה משקפת נאמנה את תוכן השיחה. טענה זו אינה נסתרת על-ידי חוות-הדעת. תשובה זו נראית לי ראויה. לאורה אין עוד כל משקל של ממש לחוות-הדעת כבסיס למשפט חוזר."

ה א ר מ נ ס ? !

ראשית, יש להביא בחשבון את עדויות השקר של גובה ה"הודאה" ת46/, רס"ר ג'ין, ושל רב-פקד ידין. הראשון העיד: "רשמתי את דבריו, מבלי לגרוע או להוסיף" והשני החרה החזיק אחריו: "הנאשם סיפר את הסיפור וג'ין רשם את הסיפור, כלשונו"¹¹⁰. בכך נשמט הבסיס העובדתי לטענתו של היועץ המשפטי. שוב ניתן ללמוד עד כמה נוטה בית-המשפט להתייחס באופן לא ביקורתי לטיעוני התביעה, ועד כמה מסוכנת גישה זו. שנית, למיטב ידיעתנו ואמונתנו, כתיבת הודאות שלא בלשונו של הנחקר אינה הנורמה, ואם זוהי הנורמה, יש להוקיעה ולשרשה. האם מישהו מאתנו היה מסכים שכך תירשם הודאה גורלית שלו או של אדם הקרוב לו? חיים ומוות ביד הלשון. לדקויות שבדברי הנחקר חשיבות רבה, ומשמעות דבריו של נחקר עלולה להשתנות באופן מהותי כשאין כותבים אותם כלשונם. המושג "נאמנות לתוכן השיחה" הוא יחסי ונזיל, ובמקרה הטוב אין בו יותר ממאמץ כן לפרט כהלכה את דברי הנחקר. אין ולא יכולה להיות ערובה לכך שהפירוש היה אכן נאמן לרוחו של הנחקר. במיוחד לא ניתן לקבל גישה "ליברלית" כזו כשהרושם הוא בעל עניין, והנחקר הוא מפגר בשכלו. קשה להאמין שבית-המשפט, בהינף קולמוס, מוכן לתת ידו למציאות מצערת שבה אדם נידון למאסר עולם וריצה בפועל $16\frac{1}{2}$ שנות מאסר על בסיס "נאמנות (השוטר) לרוח הדברים" (כדברי היועץ המשפטי בתגובתו¹¹¹).

109 עמ' 359 להחלטה.

110 ההפניות לפרוטוקול בית-המשפט – בעמ' 34 לבקשה למשפט חוזר.

111 עמ' 123 לתגובתו של היועץ המשפטי לממשלה.

לבסוף, לא ניתן להתעלם מן המסר השלילי עד מאוד שנשיא בית-המשפט העליון מעביר בהחלטתו לחוקרי המשטרה, לעניין הדרך שבה יש לגבות ולרשום הודאות של חשודים.

(ז) ההתייחסות ל"עילת סל"

בעקבות המלצתה של ועדת המומחים בראשות השופט גולדברג, הוסיף המחוקק לסעיף החוק העוסק במשפט החוזר "עילת סל" כדלקמן:

"(4) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".

בשלהי ההחלטה יש התייחסות ספציפית לעילה זו¹¹². התייחסות זו מעוררת כמה קשיים עקרוניים. האחד – למסגרת התייחסות קצרה זו הכניס בית-המשפט גם את טענות המבקש באשר ל"ספקות הרבים (מאוד ומדי) שבפסק-הדין". תחת כותרת זו פירט המבקש שש-עשרה טענות, לרבות: הקשר הרופף והסתירות הרבות שבין ה"הודאה" לבין המימצאים שהתגלו בשטח בכלל ובדוח הפתולוגי בפרט¹¹³; ההבדלים בין תיאור המעשה בכתב-האישום לבין המעשה שהתרחש במציאות¹¹⁴; היעדר ראיה אובייקטיבית-חיצונית ממשית התומכת בהרשעה¹¹⁵; ההתעלמות (כפועל) הצורמת מכושרו השכלי הירוד של עזריה וחקירתו הבלתי הוגנת בבית-המשפט¹¹⁶; ההתעלמות

112 עמ' 359-361 להחלטה.

113 ראו הפירוט שבה"ש 71 דלעיל.

114 כתב-האישום נתפר לפי מידותיה של ה"הודאה" ת46/, ולא נזכרו בו מימצאים חד-משמעיים שהתגלו בשטח ושאינן להם ביטוי בהודאה, ובמיוחד: סיבת המוות – חניקה באמצעות חבל; פי הטבעת הפעור; הנוזל הדביק שבו; הפשטת המנוח והלבשתו וכל יתר המאפיינים הסדיסטיים של המקרה אשר נקבעו בדוח הפתולוגי.

115 "ממשית" – משום שנמצא שסוג דמו של עזריה מתאים לזרע שנמצא על בגדי הילד. אך מדובר בסוג דם נפוץ מאוד – O, המתאים לחלק ניכר מהאוכלוסייה, לרבות המנוח (כאמור, בדיקה רצינית הרבה יותר – של ה-D.N.A. – נמנעה על-ידי המשטרה). לעומת זאת, רשימת החוסרים היא ארוכה מאוד, ובין היתר: לא נמצא החוט שבאמצעותו נחנק הילד למוות; לא נמצא החפץ שבו הוכה מכה עזה בפניו; לא אותר נהג המונית שכביכול הסיע את עזריה לחיפה; לא נמצאו עדי ראיה לכך שעזריה היה בחיפה.

116 אף שהשיב "כן" על (כמעט) כל דבר שנשאל, בכל זאת התעלמה מכך התובעת, וניסחה שאלותיה כך שתקבל תמונה מפלילה. לדוגמה אחת (מני רבות) ראו עמ' 104 לפרוטוקול בית-המשפט המחוזי, שם משיב עזריה "כן" לכל שאלותיה של התובעת, לרבות אלה שהתשובה להן אינה יכולה להיות כן/לא (כגון: "ש: מה אמרת לה? / ת: כן / ש: אמרת לה שמתייחסים אליך יפה? / ת: כן."). כך, למשל, (בעמ' 118-119 לפרוטוקול) הצליחה התובעת לבלבל את עזריה המפגר (כאמור, מדובר ב-IQ-65-) כך שיסכים עמה שייתכן שהוכה על-ידי השוטר לוזון דווקא לאחר שמסר את הודאתו ת46/. כך, למשל (עמ' 203 לפרוטוקול) נדרש עזריה המפגר לעשות דבר שגם אדם רגיל אינו מסוגל:

(בפועל) הצורמת מנטייתו המוכחת של עזריה לבדות מעשיות¹¹⁷; הנאשם בעקבות חוקריו – ה"שחזור" הלילי המבויס¹¹⁸; היעדר היגיון פנימי ב"הודאה" ובעקבותיה גם ב"הודעה"; חולשתו הרבה של ה"דבר מה נוסף"¹¹⁹; הייצוג הגרוע שקיבל עזריה¹²⁰; האמינות שיוחסה לחוקרים, תוך התעלמות צורמת מאינדיקציות רבות לחוסר אמינותם¹²¹. כל אחת משש-עשרה הטענות נומקה ולוותה בציטוטים מפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי.

והנה, כמעט מכל הטענות הללו מתעלמת ההחלטה, לבד מההתייחסות אל כולן ממכלול אחד, שלגביו נקבע כמעט ללא הנמקה, בין היתר, כך¹²²:

"... הנני משוכנע, כמיטב הכרעתי המקצועית, כי... כי... כי אין בכל החומר הרב אשר הוצג בפני כדי להעלות חשש – בוודאי לא 'חשש של ממש' – כי בהרשעת המבקש נגרם לו עיוות דין. הרשעת המבקש מבוססת כראוי על הודאתו (ת46/) אשר נמצא לה 'דבר-מה נוסף' למכביר. הנני משוכנע, כי הודאה זו ניתנה על-ידי המבקש, כשהיא חופשית ומרצון. יצוין כי בערעורו של המבקש לבית-המשפט העליון הוא לא ערער על ההחלטה במשפט זוטא, שלפיה ההודאה (ת46) והשחזור ניתנו באופן חופשי ומרצון".

מיון מדויק של המקורות שמהם קלט כל נתון ונתון: מהטלוויזיה, מהעיתונים, מהחוקרים עצמם וכו'. בפסק-הדין ייחס בית-המשפט המחוזי חשיבות גדולה מאוד לתשובותיו האוטומטיות "כן" של הנאשם לשאלות התובעת (ראו עמ' 9 לפסק-הדין, פיסקה ראשונה).

117 ראו הפירוט שבה"ש 54 דלעיל.

118 ראו הפירוט שבנספח שלהלן.

119 בית-המשפט ייחס משקל רב מאוד לפרטים מסוימים שידע עזריה, וזאת אף שפורסמו בתקשורת לפני מתן ההודאה ואף שעזריה לא דייק בפרטים אלה. במקביל התעלם בית-המשפט לחלוטין מכל אותם פרטים שעשויים היו לשמש מעין "דבר מה שלילי", כגון הימנעות המשטרה מלחקור ומלבדוק ראיות שהיו עשויות לטהר את הנאשם וכגון הסתרת מימצאים מסוימים מעיני בית-המשפט וההגנה – כמפורט לעיל.

120 כך, למשל, נשללה מעזריה זכותו להיפגש עם עורך-דין או קרוב בשלב החקירה שקדם להודאה; נשללה ממנו זכותו לאזהרה הוגנת לפני מתן הודאתו; הועלם חומר חקירה מעיני ההגנה ובית-המשפט; חקירת התובעת הייתה לא הוגנת (כמפורט לעיל בה"ש 116) והערעור התנהל ללא דיון כלשהו בשאלה המרכזית של קבילות ההודאה.

121 לרבות: הסתרת מימצאים וראיות; שקריהם (שנחשפו) של רס"ר ג'ין ורב פקד ידן בדבר (כביכול) רישום ההודאה מפיו של עזריה ללא שינויים (כמפורט לעיל בפרק ד(4)(1)); סרט השחזור והקלטות החקירה הקטועים באופן מעורר חשד ועוד ועוד ועוד.

122 עמ' 360 להחלטה.

נתחיל דווקא מסופה של הנמקה קצרה זו. הנאשם העיד כי הוכה על-ידי חוקרי המשטרה לפני מסירת ההודאה. הקצין הבודק (מטעם המשטרה) קורבולי הגיע למסקנה שאכן הוכה. מה ניתן ללמוד מכך שסניגורו – משום מה – נמנע מלערער על ההחלטה שניתנה במשפט הזוטא? האם יש להתייחס להחלטה גורלית זו כאל החלטה שקולה של הנאשם הלוקה בשכלו, או שמא סביר יותר להניח שהייתה זו החלטה אומללה של הסניגור שהניח, כנראה, שאין לו סיכוי להישמע בטענה המערערת על מימצאי מהימנות של הערכאה הראשונה? ואף-על-פי-כן, בנסיבות הפרשה שלפנינו, כשההרשעה כולה קמה ונופלת על ההודאה, ונוכח טענה בדבר אלימות שוטרים שקדמה להודאה שניתנה על-ידי אדם הלוקה בשכלו, קשה להבין כיצד לא היה ערעור על ההחלטה במשפט הזוטא. מכל מקום, אין ספק שאלמלא הוסתרה מהסניגור חוות-הדעת של הקצין הבודק קורבולי, ודאי היה מערער בעניין זה. על רקע מחדל זה של הסניגור, קשה מאוד להבין את האמור בפיסקה 48 להחלטה, ובמיוחד את המילים "הוא טען כל טענה אפשרית. אינני סבור כי ייצוגו של המבקש נפגם, וכי יש בכך כדי להוסיף משקל לבקשתו למשפט חוזר"¹²³.

מעניינת מאוד היא גם הקביעה הנ"ל, כי לא זו בלבד שאין "חשש של ממש" לעיוות דין, אלא אפילו "אין בכל החומר הרב אשר הוצג בפני כדי להעלות חשש..." (כלשהו). נדמה שקביעה החלטית זו משקפת גישה מסוימת מאוד הן באשר למקומו של המשפט החוזר והן באשר למשמעותו של ספק בפלילים. אם הספקות הרבים מאוד המובאים בבקשה זו למשפט חוזר, בלויית ראיות, אינם מעלים חשש כלשהו לעיוות דין, דומה כי רק הוכחה ניצחת של חפות עשויה להביא להחלטה על קיומו של משפט חוזר. יצוין, כי במצב שכזה אין למעשה כל צורך בקיומו של המשפט החוזר, ואם הדרישה באשר לשלב של ההחלטה אם לקיים משפט חוזר היא כה מחמירה, אזי לכשעוברת בקשה כלשהי משוכה גבוהה זו, יש מקום להורות מניה וביה על זיכוי של המבקש. לבסוף, יש להידרש לקביעתה של ועדת גולדברג, ולפיה "השיקול להרחבתן או לצמצומן של העילות (למשפט חוזר) אינו יכול להיות מנותק ממידת אמינותן של הערובות הקיימות בהליך הפלילי (במובנו הרחב) מפני הרשעות שוא"¹²⁴. גישה זו יפה לא רק לניסוחן של העילות בחוק, אלא גם לפירושן וליישומן. הערובות במשפטנו, כשמדובר בהודאה בחקירה, הן חלשות מאוד – בהיעדר צילום והקלטה מלאים או נוכחות של עורך-דין. במקרהו של עזריה הייתה קריסה מוחלטת של הערובות – הן בשל מניעת הפגישה עם עורך-הדין בשלבים הקריטיים של החקירה; הן בשל העובדה שעזריה – למרות היותו לוקה בשכלו – הוזהר רק בשלב מאוחר של החקירה ובלשון

123 שם, עמ' 361.

124 עמ' 54 לדוח הנ"ל בה"ש 14.

שספק אם הייתה מובנת לו; הן בשל העובדה ש"הודאתו" של עזריה לא נכתבה בלשונו שלו; הן בשל העובדה שהוסתרו מההגנה ומבית-המשפט ראיות שפועלות לכיוונו של זיכוי; הן בשל הייצוג הבלתי הולם שקיבל במשפטו ועוד כהנה וכהנה. אין המדובר רק בקריסת הערובות, אלא בהתנהגות לא הוגנת של אנשי הרשות, אשר צריכה הייתה להביא לפסילת ההודאה, או – לכל הפחות – לפיחות משמעותי במשקלה. יש לזכור כי הודאה מפוקפקת זו התקבלה כראיה וההרשעה בוססה עליה בימים שבהם היחס להודאות היה שונה מהמקובל בימינו; ימים שבהם לא חשדו שאנשי מרות עלולים לחלץ הודאות שווא או שהודאות עלולות להיות כוזבות מטעמים אחרים, אלא ראו בהן את "מלכות הראיות".

מתחייבת המסקנה כי היה מקום לכך שהיועץ המשפטי לממשלה יסכים לבקשה למשפט חוזר, ושבית-המשפט העליון יורה על משפט חוזר, אם לא על בסיס הראיות החדשות, אזי לפחות בגדר עילת הסל, ולא כמקרה קשה וגבולי, אלא כמקרה קל ומובהק.

(ז) ההתייחסות לבקשה לחשיפת דוח שקד משנת 1988

בהחלטה ישנה התייחסות קצרה (פיסקה 49) לבקשתו של עזריה לעיין (או – לחלופין – שבית-המשפט יעיין) בדוח שקד. מדובר בדוח שהוכן בפרקליטות המדינה בשנת 1988, דוח העוסק בטענות שהועלו כבר אז בדבר חפותו של משה עזריה. נציג היועץ המשפטי (שוב – שקד) התנגד לבקשה, ובעקבות התנגדותו נקבע בהחלטה כך¹²⁵:

"אשר לדוח האחר, נחה דעתי כי אין חובה על היועץ המשפטי להציג בפני בא-כוח המבקש. לדעתי, תרשומות פנימיות, עבודות פנימיות או דינים וחשבונות פנימיים, אשר עובדי משרד המשפטים מכינים כחומר עזר לגיבוש עמדתם בעניינים התלויים ועומדים בפני בתי-המשפט, אינם פתוחים לעיון המבקש".

הנמקתו של נציג היועץ המשפטי מתאימה אולי לבקשה רגילה של אזרח לעיין בחומר של הרשות, ובהתאם לכך מושתתת היא על הצעת חוק חופש המידע. אלא שבענייננו אין מדובר ב"גורם זר" (כטענת נציג היועץ המשפטי), ולא בסקרנות גרידא, אלא באסיר הטוען לחפותו ונלחם על חירותו, המבקש לעיין בדוח העוסק כל כולו בו עצמו; כשמולו ניצבת המדינה המאשימה אותו, המסתירה מפניו את אותו דוח.

125 עמ' 361 להחלטה.

על פני הדברים, קשה להשלים עם הסתרה כזו. ואכן, שורה ארוכה של כללים ועקרונות משפטיים ומוסריים פועלים לחשיפת דוח שכזה. ראשית לכול, מעמדה המיוחד של המדינה. למרות הדינמיקה של השיטה האדברסרית, יש לזכור, כי מטרת המדינה (באמצעות הפרקליטות) היא האינטרס הציבורי שתיחשף האמת, ולא ההרשעה של הנאשם. לנאשם אין הכלים לניהול חקירה יעילה. המשטרה והפרקליטות הן של כלל האזרחים – לרבות הנאשמים, ועליהן לסייע לנאשמים החפים מפשע בהוכחת חפותם ולא להסתיר מימצאים מנאשם כלשהו. ודאי שכך כשאין טוענים כלל שמדובר בחומר שחל עליו חיסיון כלשהו. במשפט הפלילי של מדינות נאורות ניתן מעמד מיוחד לחומר העשוי להביא לזיכוי. באנגליה, למשל, נקבע הכלל כי אין חיסיון על חומר העשוי לתרום לזיכוי של אדם בהליך פלילי¹²⁶. גם היקף מההלכה שנקבעה אצלנו בעניין **הסתדרות מדיצינית הרסה נ' גלעד ואח'**¹²⁷ מוביל למסקנה שניתן וצריך היה לחשוף את הדוח, ואפילו בגדר קל וחומר. קל וחומר, משום ששם לא דובר בדיני נפשות, אלא בדיני ממונות. והנה שם קבע השופט ברק את הדברים המאלפים הבאים (ההדגשות הוספו)¹²⁸:

"המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת... מטרת ההליך השיפוטי כולו הינה – כלשונו של הנשיא זמורה – 'להוציא כאור משפט'... תפקידו של ההליך השיפוטי – האזרחי, הפלילי והמינהלי – הינו 'לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית'... תפקידו של השופט, הוא 'התפקיד לעשות כדי שהאמת תצא לאור העולם'... מרבית דיני הראיות מבוססים על הרצון לגלות את האמת. גילוי האמת משרת את האינטרס של הפרט המתדיין. הוא משרת את אינטרס הציבור... הגישה כלפי החיסיון הינה חשדנית. רק במקרים מיוחדים וחריגים יוכר החיסיון. 'מן המפורסמות הוא שהיום מצמצמים את מקרי החיסוי עד כמה שאפשר'..."

126 ההלכה נקבעה בפסק-הדין המנחה *R. v. Barton* [1972] 2 All ER 1192, [1973] 1 WLR 115 הנדון בספר *Cross On Evidence* (London, 8th ed. by Butterworths, 1995) pp. 492 onwards; על הלכה זו חזרו גם בפסיקה מאוחרת יותר, כגון *R. v. Ataou, Q.B.* [1988] p. 798; 526 onwards. 2. ההלכה האנגלית היא שאפילו לגבי החיסיון החזק מאוד, החל על דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך-דין ללקוח, אין חיסיון על חומר העשוי לתרום לזיכוי של אדם בהליך פלילי. יתרה מזו: הלכה זו חלה גם כשמדובר בחיסיון של המדינה – ראו *Cross*, שם, עמ' 526 ואילך, והאסמכתאות המובאות שם.

127 רע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הרסה נ' גלעד ואח'**, פד מט(2) 516.

128 שם, עמ' 522.

עוד קבע שם¹²⁹ בית-המשפט העליון באשר לדוחות על הביקורת הרפואית הפנימית כך: "דוחות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע, ועל-כן הם חסרי תחליף מבחינת העיתוי, הרלוואנטיות, הנגישות למידע הכלול בהם והייחודיות שלו". גם לקביעה זו רלוונטיות רבה לענייננו, אף כי דוח שקד לא נערך סמוך לאירוע. שהרי שיקולי הרלוונטיות, הנגישות למידע וייחודיות המידע מתקיימים בענייננו. וגם באשר לעיתוי – טוב דוח מ-1988 מגישוש באפלה בשנת 1997 (המקרה עצמו התרחש ב-1981).

יתרה מזו: קיימות בענייננו אינדיקציות ראייתיות לכך שהדוח אינו כולל רק ניתוחים משפטיים, אלא גם חומר עובדתי ואפילו ראיות חדשות. כך, למשל, מספר נציג היועץ המשפטי עצמו בתגובתו כי תוך כדי עריכת הדוח בשנת 1988 התגלו התמלילים וההקלטות של החקירה שנעשתה במכון הפוליגרף¹³⁰ ("מלכת הראיות החדשות"). אם כך – ניתן וצריך היה להיזקק אפילו לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ("עיון בחומר החקירה")¹³¹ לשם חשיפת הדוח.

גם העובדה שההרשעה מבוססת על הודאה בלבד, צריכה הייתה להביא לליברליות מרבית בחשיפת החומר. במיוחד נוכח הקושי העצום לגלות ולהוכיח חריגות בניהול חקירה. דווקא דוחות ותכתובות פנימיים ובין-מוסדיים עשויים לחשוף חקירה בלתי כשרה וחיפוי עליה¹³², כמו למשל, כשהגורמים השונים או מקצתם מטילים ספק במשקלה של הודאה, שאם נגבתה כדין – אין מקום לספק כזה.

לבסוף, עצם התעקשותם העקבית, מאז 1988 ועד היום, של נציגי הפרקליטות והיועץ המשפטי שלא לחשוף את דוח שקד, ולו רק בפני האדם שבו עוסק הדוח – משה עזריה; ואפילו לא בפני בית-המשפט העליון אשר דן בבקשה למשפט חוזר, התעקשות זו מעלה תמיהה ופוגעת בתדמית המערכת. כך גם מינויו של מחבר הדוח מ-1988 – לאחר שכבר חיווה דעתו שאין פגם בהרשעתו של עזריה – למחבר תגובת היועץ המשפטי לבקשה למשפט חוזר שהוגשה בשנת 1995.

מאלפת גם ההשוואה לשתי פרשות אחרות – פרשת ברנס ופרשת רצח הילד דני כץ ז"ל – שבאשר אליהן חוברו דוחות בפרקליטות המדינה, על-ידי הגב' יהודית קרפ, הדומים באופיים לדוח שקד. שני הדוחות נמסרו לסניגורים של המורשעים בשתי פרשות אלה. מהי אפוא ההצדקה להסתרת דוח שקד העוסק במשה עזריה?

לענייננו – פתיחת שעריו של המשפט החוזר הייתה אולי מאפשרת הטלת אור על הפרשה מזרקור משמעותי נוסף – דוח שקד, העוסק כל כולו בפרשה זו. ניתן וצריך היה

129 שם, עמ' 525.

130 עמ' 8 לתגובת היועץ המשפטי לבקשה למשפט חוזר.

131 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח תשמ"ג, 6.

132 ראו עמ' 212 למאמרו של קרמניצר הנ"ל בה"ש 13.

להשתמש ברוח שקד כאמצעי עזר לגילוי האמת. ההחלטה אינה מאפשרת הפעלתו של זרקור זה, שהמתג שלו נשלט על ידי הפרקליטות.

5. היחס הכללי לבקשה למשפט חוזר: ספק סביר מול ראייה ניצחת לחפות

תיתכנה הערכות שונות באשר לחפותו או לאשמתו של משה עזריה ברצח שבו הורשע. אך גם בלי להכריע בשאלה זו, נראה כי מדובר בהבדלי גישות בולטים באשר למקומו הראוי של המשפט החוזר: האם די בספקות מסוג אלה שהועלו בבקשה זו למשפט חוזר, או שמא נדרשת כבר בשלב הבקשה הוכחה ניצחת של חפות. ההערכה הפסימית כי גישתו של בית-המשפט העליון היא השנייה מבין השתיים, או לפחות קרובה לה, מתחזקת מאוד נוכח ההכרעה שלא לקיים משפט חוזר, תוך היחפזות לסתום את הגולל ללא בירור ממשי של כמה עניינים עובדתיים שלגביהם הוגשו ראיות הזועקות לבירור.

כך הכריע בית-המשפט בלי ששמע את קציני המשטרה קורבולי ומגן, אשר מסרו תצהירים שלפחות לכאורה שופכים אור חדש על הפרשה; בלי שנחקרו בפניו קציני המשטרה והתובעת באשר לפגישה עם פקד קורבולי, שבה לחצו עליו לבקש להמשיך ולחקור למרות שכבר הגיש דוח שמסקנתו היא שעזריה הוכה סמוך לפני הודאתו; בלי שבוררו עד תום ההקלטות והתמלילים מהחקירה במכון הפוליגרף ומשמעותם; בלי

שנחקר השוטר המכה לוזון; בלי שנחקר מי השמיד את הבגדים וסיכל את בדיקת ה-D.N.A. ואם אמנם נעשה הדבר בתום-לב; בלי שאופשר למבקש לטעון לקבילותה של בדיקת פוליגרף בשיטת פח"מ התומכת בזיכוי; בלי שניתן למבקש להוכיח בצורה מסודרת, בעדות "שיטה" או ב"פחות משיטה" את האפשרות שאדם אחר ביצע את הפשע; בלי שניתנה למומחים ד"ר רוגב (הפתולוג) וד"ר סקלי (הפסיכיאטר) ההזדמנות להגן על מימצאי הדוחות שלהם. **ההחלטה מתעלמת כמעט לחלוטין ממשמעות הסרתן של ראיות שונות מעיני הסניגוריה ובית-המשפט.** הוא הדין באשר לדוח שקד משנת 1988 וההתעקשות המחשידה שלא לחשפו. ודוק: נוכח הליך לא הוגן חייבת להיות נכונות גדולה מאוד לפתיחת שערי הנעולים של המשפט החוזר. אפילו אם ההזדמנות להתגונן כראוי נשללה מהנאשם לא בזדון אלא ברשלנות מטעם הרשויות, נותרת על כנה האפשרות שההליך הוטא בפועל לרעת הנאשם שלא באשמתו, ותיקונה של אותה הטיה הוא בקיומו של הליך חדש ותקין.

ודוק: דחיית הבקשה למשפט חוזר היא סוף פסוק מוחלט ביחס לנטען בה, והיא חורצת לשבט את גורלו של המבקש, ללא בירור של טענותיו.

זאת ועוד: נוכח הפגמים הגדולים שנפלו בפרשת עזריה בהליכי החקירה והפגיעה בזכויותיו הבסיסיות ביותר של הנאשם, ניתן וצריך היה להסתפק בפחות מאשר "ספק סביר" העולה מניתוח חומר הראיות, כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר. הצטברותם של פגמים אלה הופכת את ההליך להליך הנגוע באי-הגינות מטעם המדינה כלפי

הנאשם. אי-הגינות כזו מגבירה את הצורך להיזקק למשפט חוזר – לא רק לשם בירור האמת, אלא גם לצורך החזרת האמון של הציבור במערכת המשפט, במיוחד כשמדובר בפשע החמור של רצח ובעונש החמור של מאסר עולם חובה.

הגישה המקובלת שלפיה בדיון בבקשה למשפט חוזר מתייחסים לפסק-הדין כאילו אין בו מתום, אינה מתאימה במיוחד במקרה זה. זאת לאור השינוי המהותי שהתחולל במשפטנו בתחום ההתייחסות להודאת נאשם. הרשעתו של עזריה באה לעולם כשעדיין ראו בהודאה כזו את "מלכת הראיות". מדוח ועדת גולדברג למדנו כי הודאת נאשם כמוה ככל ראייה אחרת, וכי יש סכנה משמעותית של הודאות שווא. במיוחד כשאין ראייה אובייקטיבית חיצונית משמעותית, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בנאשם רפה שכל¹³³. לפיכך מוצדק היה לאפשר משפט חוזר גם בגדר המבחן הרגיל של אפשרות לשינוי תוצאות המשפט.

הפגמים דלעיל אף הטילו נטל על היועץ המשפטי לממשלה, שבו, למרבה הצער, לא עמד. לא זו בלבד שראוי היה כי יסכים לבקשה למשפט חוזר (אם לא יזוים אותה בעצמו), אלא אף מתבקש היה (ועדיין מתבקש) שינקוט פעולות אקטיביות של חקירה נמרצת על-מנת לאפשר גילוי האמת על שהתרחש בחקירתו של עזריה, לרבות בדיקות פוליגרף של החוקרים ויצירת הזדמנות לעד מדינה מבין החוקרים.

אפשר שגישה זו של היועץ המשפטי לממשלה בענייננו חושפת בעיה מבנית קשה בתחום המשפט החוזר, שהיא השיתוף, כמעט התלות ההדדית, של בית-המשפט והתביעה הכללית: מחד גיסא, בית-המשפט משליך יהבו על היועץ המשפטי והופך את עמדתו כמעט למפתח היחיד למשפט חוזר. מאידך גיסא, היועץ המשפטי בעמדתו חש שעליו להגן על המערכת השיפוטית: הוא אמור לשמש לה כפֶה, שכן אין לה פה אחר ולכן הוא פועל כפרקליט שלה; הוא גם אחראי להגנה על כבוד מפני המשטינים. והוא גם אינו אחר מאשר ראש המערכת שהובילה את המהלכים שהביאו להרשעה, ומכאן שיש לו זיקה ואחריות לתוצאה של הרשעה, שהוא מתבקש עתה להסכים לקעקע. ליועץ המשפטי גם אינטרס מובהק מוצדק בקיום מערכת יחסים הבנויה על אמון ועל הערכה מצד בתי-המשפט כלפי התביעה הכללית. מכאן הקושי הגדול, הגובל באי-אפשרות, הניצב בפני עמדה של אמצע, עמדה של ניטרליות, עמדה של פתיחות מלאה, הדרושה לשם מילוי כהלכה של תפקיד היועץ המשפטי בעניין זה ושל ציפיית בית-המשפט ממנו.

133 ראו, למשל, ההמלצה לגבי נאשם הסובל מליקוי נפשי אשר בעמ' 45 לדוח ועדת גולדברג הנ"ל בה"ש

נוצר כאן "מעגל קסמים", שבו בית-המשפט נושא עיניו אל התביעה הכללית, ואילו היועץ נושא עיניו אל המערכת השיפוטית, ולמבקש אין גואל¹³⁴; 135.

134 על רקע זה הייתה זו טעות שלא להסתפק בפרשת רצח הילד כ"ץ בהסכמתו, הנדירה ביותר, של היועץ המשפטי היוצא בן יאיר למשפט חוזר, ובהזמנת חוות-דעת נוספת מהיועץ המשפטי הנכנס רובינשטיין – ראו ההתייחסות לפרשה זו בפרק ו' שלהלן.

135 דוגמה מאלפת לגישה כזו ולתפיסת תפקיד כזו, ניתן למצוא בתגובתו של נציג היועץ המשפטי לממשלה לבקשה למשפט חוזר של משה עזריה. כך, למשל, כתב (בעמ' 138 לתגובתו):

" המשיבה עומתה כבר בעבר עם טעוניהם, לפיהם הן המשטרה הן הפרקליטות ואף בתי המשפט חשודים לעתים כמי שנחלצים להגן על החלטותיהם מן העבר בכל מחיר, ולו גם במחיר עיוות האמת והדין. כך נטען נגדם לא פעם בעבר, וכך נטען נגדם גם במקרה הנוכחי. באמרם כך מיחסים הטוענים למשטרה, לפרקליטות ולבתי המשפט מידה לא מבוטלת של זדון, קשיות לב, קהות חושים וחוסר יושר בלשון המעטה".

דהיינו: נציג היועץ המשפטי, שנחלץ בעניין זה להגנה לא רק על חוקרי המשטרה שסרחו, אלא גם על התובעת דאז ופרקליטת מחוז חיפה דהיום, כמו גם על עצמו (כמי שחיבר את הדוח מ-1988), נקט שיטה של צירוף בתי-המשפט למשטרה ולפרקליטות, כביכול גם הם "קורבן" להתקפות, וזאת כדי לחסות תחת המטרייה הרחבה של כבוד בתי-המשפט. זאת שעה שטענות המבקש הופנו בעיקר כלפי המשטרה והפרקליטות ולא כלפי בית-המשפט.

לעתים גם החזית הרחבה משטרה-פרקליטות-בתי-המשפט לא הספיקה ונציג היועץ המשפטי גייס גם את המדינה כולה... כך, למשל, כתב (בעמ' 137 לתגובתו):

"צער רב הצטערה המשיבה (דהיינו: מדינת ישראל – הבהרת המחברים) להיווכח, כי שני רופאים אשר שימשו בעבר בשרותה, בתפקידים בכירים וחשובים בתחומיהם, חברו יחד ונתנו ידם ה"מקצועית" לחוות דעת כל כך מופרכות על פניהן, עד שאין בינן לבין המציאות ולא כלום".

כך הפך צערו של נציג היועץ המשפטי לצער של כולנו...

דוגמה מאלפת נוספת אנו מוצאים בדברים הבאים (שם, עמ' 166 לתגובה):

"איך מלאו ליבו של הסנגור לכתוב "דומה כי בנסיבות שנוצרו נתפש הזיכוי על ידי המערכת כמאורע שיפגע בתדמיתה", והכוונה למשטרה, לפרקליטות ולבתי-המשפט כאחד. איך הוא מהין לכתוב "השגותינו המרכזיות אינן מבוססות על החומר (המועט) שהוצג בפני השופטים ועל המסקנות שהסיקו ממנו אלא על החומר (הרב) שהועלם מעיניהם ומאוזניהם" משל נוהל נגד משה עזריה משפט שדה במרתפיהם של משטרים חשוכים, תוך העלמת עיקר הראיות המרכזיות והמזכות מבית המשפט".

ראשית, יש לשים לב לסתירה שבין הניסיון לייחס את טענתו של המבקש, אשר הופנתה כנגד המשטרה והפרקליטות, כביכול הופנתה גם כנגד בתי-המשפט, לבין דברי בא-כוחו של המבקש המצוטטים כאן, המוכיחים שעיקר טענותיו לא היו כנגד בתי-המשפט, שהרי "אינן מבוססות על החומר (המועט) שהוצג בפני השופטים ועל המסקנות שהסיקו ממנו".

"כל עוד מופקדת השפיטה בידי בשר ודם, אי־אפשר למנוע טעויות – ועשיית צדק ומניעת עוול אינן עולות בקנה אחד עם כללי הסופיות. אפילו נומר שניתן לגלות בעקרון הסופיות צדק פורמלי, צדק מהותי אין בו. הושבת שופטים בשנייה ובשלישית כבראשונה באה לעשות את הצדק המהותי – הוא צדק האמת שלב הנביא נכמר עליו. בהושבת שופטים טובים וישרים בראשונה לא סגי: אם הצדק כך מחייב, עליך להושיב שופטים כאלה גם בשנייה ובשלישית כבראשונה"¹³⁶.

ה. אחרית דבר: המשפט החוזר – הגשמת החלום

(או: הרחבת העילות שבחוק, מול העתקת ההכרעה אל מחוץ למערכות הפרקליטות, היועץ המשפטי לממשלה ובתי־המשפט)

יש לקוות שפרשת **עזריה** היא יוצאת־דופן בכך שמתעוררים ספקות כה רבים וכבדים באשר לנכונות ההרשעה. אך בהחלט אין זה מקרה יוצא־דופן בכך שהבקשה למשפט חוזר נדחתה. באופן מסורתי מתנגדים הפרקליטות והיועץ המשפטי לקיומם של משפטים חוזרים, ובית־המשפט העליון דוחה את הבקשות, עד כי הובעה הדעה שקיימות שתי אפשרויות: האחת – שופטי ישראל לעולם אינם טועים בהכרעותיהם והשנייה – המערכת חוששת שחשיפתה של טעות תפגע בתדמיתה¹³⁷. זאת אף כי דומה

שנית, בולטת בצייטוט זה התחושה, שלפי תפיסת נציג היועץ המשפטי, אין זה לגיטימי להעלות טענות כפי שהעלה בא־כוחו של המבקש, ויש להוקיעו על כך ("איך הוא מהין"; "איך מלאו ליבור"). מכאן כבר קצרה הדרך להאשמה (עמ' 174 לתגובה) כי "גורמים אינטרסנטיים" פעלו בענייננו, וכי "חתרו תחת אושיות הגורמים המופקדים על שמירת בטחון הציבור – קרי – המשטרה והגורמים המופקדים על עשיית משפט וצדק – קרי – הפרקליטות ובתי המשפט". ודוגמה אחרונה (מעמ' 175 לתגובה):

"שהרי אם הטענה המרכזית הינה נגד מערכת המשפט בישראל אשר נכשלה **פעמיים** בהערכת הראיות שהובאו בפניה כי אז מה טעם יש בהבאת אותן ראיות ואותם טעוניהם – בפני שלושה שופטים אחרים השייכים לאותה מערכת?"

אכן, על־פי תפיסת העולם העומדת מאחורי תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה לבקשה של משה עזריה למשפט חוזר, אין טעם רב לנסות ולבקש משפט חוזר במקומותינו. 136 דברי הסיום של השופט חיים כהן במאמרו "ואשיבה שופטיך כבראשונה", הנ"ל בה"ש 4 (שם, בעמ' 16).

137 בפרשת **עזריה** הועלתה סוגיה זו בבקשה למשפט חוזר ובית־המשפט העליון התייחס אליה בשלהי החלטתו, בעמ' 362.

שדווקא המציאות של הכחשת קיומה של טעות כלשהי היא הפוגעת בתדמיתה, וכי תיקונו של עיוות דין יהיה דווקא שעתה היפה ביותר של המערכת¹³⁸.

כאן אולי המקום להעיר כי "פתרון הקסם" שנוהגת הפרקליטות להציע במקרים בהם ישנן טענות כבדות משקל שלפיהן מדובר בעיוות דין – החנינה – אינו יכול לבוא כתחליף למשפט החוזר אלא – לכל היותר – כסעד ביניים למבקש עד להכרעה המחודשת בעניינו. שהרי אם אכן מדובר בעיוות דין, אין עסקינן בחסד (שאו אולי הייתה החנינה פתרון הולם) אלא בצדק. זכותו של המבקש היא כי ייעשה עמו צדק ולא חסד. זכותו של הציבור היא כי האמת תצא לאור וכל הלקחים הדרושים יופקו.

מקרהו של עזריה הובא לעיל תוך פירוט, מתוך הנחה שקשה מאוד, אם לא בלתי אפשרי, לשכנע בצורך בשינוי ללא הבאת דוגמה משכנעת. על היחס הכללי של בית-המשפט העליון לבקשות למשפטים חוזרים ניתן ללמוד גם מהחלטות רבות אחרות שלו. כך, למשל, בהחלטה שניתנה לאחרונה על-ידי המשנה לנשיא בית-המשפט העליון, השופט ש' לוי, באשר לבקשה למשפט חוזר של עמוס ברנס¹³⁹.

תקצר היריעה מלעמוד על פרטי הפרשה וההכרעה, אך נציין דווקא שתי התבטאויות בהחלטה שהן כלליות ואולי משקפות את היחס הכללי לבקשות למשפטים חוזרים במקומותינו:

האחת – "ההזדמנות כמעט הראשונה לפירוש התיקון לסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח חדש] ניתנה בהחלטתו של הנשיא במ"ח 6148/95, בש"פ 1780/96 [6] (ההחלטה בעניין עזריה – הבהרת המחברים). כפי שהוסבר שם, קבע התיקון נקודת איזון חדשה בין שני ערכים: הערך של סופיות הדיון מחד גיסא והצורך להבטיח מנגנון דינוי, אשר יאפשר במקרים מתאימים תיקון טעות שנפלה בהרשעתו של אדם, מאידך גיסא"¹⁴⁰.

האם לא התחלפו לו למשנה לנשיא בית-המשפט העליון במקצת היוצרות, כך שבדבר שהוא במהותו אמצעי להשגת ערכים אחרים הוא רואה ערך (סופיות הדיון), בעוד שהערך האמיתי (הצדק; תיקון הטעות) נתפס בעיניו כ"צורך להבטיח מנגנון דינוי"? או שמא מדובר בסמנטיקה מקרית?

138 מעניין לציין כי בשיטות משפט שבהן נמסר חלק מההכרעות השיפוטיות לחבר מושבעים, קל יותר למערכת להודות שנפלה טעות ולקיים משפט חוזר, שהרי ניתן לייחס את הטעות לא לשופט אלא למושבעים.

139 מ"ח 6731/96 ברנס נ' מ"י, פ"ד נא(4) 241.

140 שם, עמ' 248.

ההתבטאות השנייה – ההתייחסות למחסום 90 הימים הקבוע בתקנות בתי-המשפט כאל מחסום רציני, שניתן לבסס עליו דחיות של בקשות למשפט חוזר¹⁴¹. אמנם על-פי תקנה 4 לתקנות בתי משפט (סדרי דין במשפט חוזר), תשי"ז 1957-, "א) בקשה תוגש תוך תשעים יום מן היום בו נודע למבקש על קיום אחת העילות האמורות בסעיף 9(א) לחוק. (ב) היה נשיא בית-המשפט העליון סבור, כי איחור בהגשת הבקשה נגרם שלא באשמתו או ברשלנותו של המבקש, רשאי הוא להיזקק לבקשה אף אם הוגשה לאחר המועד האמור בתקנת משנה (א)".

רציונל התקנה הוא, כפי הנראה, הרצון להמריץ את מי שנודע לו על קיום עילה למשפט חוזר להגיש בקשתו מיד ולא להשתהות, שכן שיהוי ממושך עלול להקשות על בירור הדברים. אך התמריץ הוא מיותר, שכן די בתמריץ החזק שיש למבקש להשיג מהר ככל האפשר את שחרורו מהמאסר או את טיהור שמו.

תקנה זו משקפת ראייה פורמאליסטית קיצונית, המעניקה לכלל סופיות הדיון את הכוח לרמוס את האפשרות לתיקונו של עיוות דין ולעשיית צדק. לפיכך יש לשאוף לריקון ההוראה מתוכן, ובענייננו קל מאוד לעשות כן. ראשית, משום שתקנות אלה נחקקו מכוח חוק בתי המשפט, תשי"ז 1957-, שאינו עוד בתוקף. בחוק שהחליף אותו – חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד 1984-, אין התייחסות לתקנות אלה ולפיכך חלפו מן העולם יחד עם החוק הקודם – בהתאם לסעיף 23 לחוק הפרשנות, תשמ"א 1981-. שנית, משום שתקנה שכזו, גם כשהיא לה תוקף פורמאלי (לפני החלפת החוק), היא בטלה בשל חריגת המתקין מסמכותו. זכותו של אדם חף מפשע הנתון בין כותלי בית הסוהר להזדמנות להוכחת חפותו היא זכות מהותית מדרגה ראשונה. זכות יסוד כזו לא ניתן לשלול על-ידי תקנה. ההגבלה ל-90 ימים שוללת, בפועל, זכות זו ולפיכך היא בטלה. יתרה מזו: לא רק בחקיקת משנה (כבענייננו) אלא אפילו בחקיקה ראשית, ספק אם ניתן כיום לשלול מאדם את זכותו דלעיל, וזאת נוכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היש שלילת חירות בוטה, חמורה ומקוממת יותר מזו של אדם חף מפשע שיש בידי ראייה ניצחת לחפותו, אלא שבקשתו התעכבה בשל רשלנותו? והנה בהחלטות מנומקות רבות בבקשות למשפטים חוזרים, מביא בית-המשפט העליון

141 "האיחור בהגשת הבקשה. התיקון לסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח חדש] נכנס לתוקפו ביום 29.2.96, אולם הבקשה הנוכחית הוגשה אך ביולי 1996. אין כל הסבר לאיחור בהגשת הבקשה ומה גם שהיא סומכת על חומר שרובו ככולו היה ברשותו של המבקש כבר לפני שנים רבות, וכבר נבחן בשתי הבקשות הקודמות למשפט חוזר. בדין נכתב בחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהתרת הגשתו של משפט חוזר ללא הגבלת זמן תגרום לאנדרלמוסיה ולפגיעה בביטחון המשפטי, אך במקרה דנן, ונוכח טיעוניהם היסודיים של הפרקליטים, לא אסתפק בדחיית הבקשה אך מן הטעם הפורמאלי, כפי שהייתי רשאי לעשות, אלא אדון בבקשה גם לגופו של העניין" (שם, עמ' 247).

כנימוק אפשרי את מחסום 90 הימים, ורק לאחר מכן, כביכול מדובר בעשיית חסד גדול עם המבקש, עוברת ההחלטה לעיסוק בגופן של הטענות, כביכול רק כדי להפיס דעתו של המבקש¹⁴².

מעניין לעמוד גם על הפרשנות שהציע לאחרונה היועץ המשפטי לממשלה במסגרת תגובתו השלילית לבקשה למשפט חוזר של המורשעים ברצח הילד דני כ"ץ ז"ל¹⁴³, ל"עילת הסל" החדשה אשר הוספה לסעיף 31 לחוק בתי המשפט על-פי המלצתה של ועדת גולדברג – "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין". חוות-דעתו של היועץ המשפטי מעלה את השאלה אם הועילו חכמים בתקנתם, ואם האפשרות האנושית של טעות שיפוטית תישאר במשפטנו אפשרות תאורטית, כפי שהייתה לפני. האם עומדת המערכת במבחן האמת (שהוא אמנם קשה) של מקצועיות והגינות – המוכנות לאפשר בירוורו של ספק-טעות, באמצעות משפט חוזר?

וכך קבע היועץ המשפטי לעניין פרשנות המושג "חשש ממשי לעיוות דין" בהקשר של המשפט החוזר: "שכנוע של נשיא בית-המשפט העליון, כי אכן קופח המבקש באורח משמעותי, בהסתברות ממשית של תוצאה שונה של המשפט; רק במקרים חריגים ביותר ניתן לקבוע עיוות דין, המצדיק משפט חוזר גם בשל פגם בתחום הדיוני, שאינו מגיע לכלל האמור". אין די בחשד סביר לעיוות דין. נדרשת אפשרות ממשית לכך, שהוא מבחן צר יותר, אם כי אין משמעותו ודאות קרובה, וזאת – בשל קיומן של הכרעות עובדתיות בידי בית-המשפט שדן בתיק.

זהו פירוש מוקשה. ראשית, החוק אינו נוקט לשון של שכנוע נשיא בית-המשפט העליון כתנאי להוראה בדבר משפט חוזר. לשון החוק היא: "אם ראה...". הביטוי "ראה" אינו מחייב השתכנועות דווקא, והוא סובל גם הערכה מבוססת או קירבה לשכנוע. לפירוש כזה עדיפות, בשל הטעמים הבאים: הוא משקף טוב יותר את התחושה של השפה; הוא מפחית את העומס ואת הנטל הרובצים על בעל הסמכות ומאפשר קיצור של הליך ההכרעה, בשים לב לכך שהערכת תוצאתו של משפט עתידי היא עניין קשה ביותר; הוא מקטין את מידת ההשפעה שיש להחלטה על משפט חוזר על בית-המשפט העתיד

142 ראו, למשל: מ"ח 4342/91 עזרא נ' מ"י, פ"ד מה(5) 434; מ"ח 8/84 ברנס נ' מ"י, פ"ד לט(1) 589; מ"ח 12/88 גדרה נ' מ"י, פ"ד מג(3) 587; מ"ח 1/89 תשובה נ' מ"י, פ"ד מג(3) 307.

143 "חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה למשפט חוזר" שהוגשה לבית-המשפט העליון. בינתיים כבר ניתנה ההחלטה בעניין זה – מ"ח 7929/96 כזולי ו-41 אח' נ' מ"י (טרם פורסמה). התייחסות להחלטה זו תובא בפרק האחרון שלהלן. כאן יצוין כי את השאלה נושא דיונונו הנוכחי – פרשנות המונח "חשש ממשי" – בחר נשיא בית-המשפט העליון להותיר "בצריך עיון" – עמ' 29 לעותק המקורי של ההחלטה. יש להצטער על כך, שהרי מדובר במושג חדש ומרכזי, ונוכח המחלוקת המהותית בין היועץ המשפטי לסניגוריה הציבורית באשר לפירושו הנכון, מתבקש היה שנשיא בית-המשפט העליון יקבע כאן הלכה ברורה.

לדון בעניין מחדש, בעוד ששכנוע של הנשיא כמעט "מכתיב" זיכוי והוא מפחית את מידת אי־ההתיישבות בין החלטת הנשיא לבין הרשעה מחודשת.

שנית, פירוש הביטוי "חשש של ממש" כ"אפשרות ממשית" אינו משכנע. היועץ המשפטי מחיל כאן את המבחן שנקבע בפרשת ידיד¹⁴⁴ לעניין פסלות שופט. בפרשת ידיד עצמה טרח הנשיא אגרנט להדגיש את עיגונו של מבחן האפשרות הממשית בסוגיה המיוחדת של פסלות שופט (כאשר עיקרו של מבחן "החשש הסביר" שם נועד לבטא הערכה של המתבונן מן הצד ולהגן על תדמית הצדק, להבדיל מהערכה שיפוטית והגנה על עשיית הצדק המאפיינים את מבחן "האפשרות הממשית"). ואמנם, הגיונו של מבחן האפשרות הממשית מייחד אותו לסוגיה של פסלות שופט, ואילו המאטריה של משפט חוזר מחייבת מבחן אחר. כאשר קיים חשש בלבד לנטייה מוקדמת של שופט, ניתן להניח כי שופט מקצועי ישכיל להתגבר על כך, וידון בעניין ויכריע את הדין מתוך עמדה של פתיחות, אך ורק על יסוד הראיות הכשרות הבאות בפניו; מה גם שהחלטותיו טעונות הנמקה ונתונות לביקורת. כאשר מוגשת בקשה למשפט חוזר, אין אנו מצויים עוד בתחילת ההליך ובמצב של הערכה מוקדמת באשר לכושרו של השופט לעשות משפט צדק. אם לאחר שהסתיימו ההליכים קיים ספק סביר בדבר הרשעתו של המורשע, ומדובר בספק ממשי, שיש לו ביסוס ועיגון בנתונים עובדתיים, מתבקש קיומו של משפט חוזר. אחרת משלימה המערכת עם הרשעה למרות קיומו של ספק מבוסס, ובכך היא נוטלת על עצמה אחריות מוסרית כבדה מנשוא. יודגש כי אין מדובר בחשש כללי וערטילאי מפני הרשעות מוטעות, אלא בספק מבוסס ומעוגן הדבק בהרשעה קונקרטי. האם ניתן להשלים עם הרשעה מפוקפקת (משום שמתקיים ספק מבוסס בדבר צדקתה)? האם ראוי להשאיר חשש מבוסס שנגרם עוול משפטי בלי לבררו? והרי מדובר במתן אפשרות לקיומו של משפט חוזר ולא בזיכוי. האין לחשוש מאובדן האמון במערכת שכך נוהגת? הקביעות העובדתיות של בית־המשפט שדן בעניין (ושעליהן מסתמך היועץ המשפטי כשהוא בא להבדיל את סוגיית המשפט החוזר מכלל השלבים של ההליך הפלילי, שחל עליהם עקרון הסביר הפועל לטובת הנאשם) עשויות להסיר את הספק, אך אם אין הן עושות כן, אין בהן כדי לקיים הרשעה סדוקה, מפוקפקת. כך – לפי מושכלות יסוד של המשפט הפלילי, וכך – ביתר תוקף – לאחר שזכויות הנאשם חושקו בחישוקי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אסור שההתייחסות לכבוד האדם וחירותו תהא מן השפה ולחוץ, כאשר הגישה הפרשנית הננקטת הלכה למעשה אינה מתיישבת עם ערכי היסוד של שיטתנו. כך עומדים הדברים גם אם לא קופח הנאשם בזכויותו הדיוניות, וכאשר היה קיפוח כזה, צריך גם ספק פחות מבוסס להספיק לשם הצדקתו של משפט חוזר. כך ראוי לנהוג גם אם מתעלמים כליל מנטייתה הטבעית של כל מערכת

144 ב"ש 48/75 ידיד נ' מ"י, פ"ד כט (2) 377.

לסמוך על עצמה ומן הקושי, הטבעי גם הוא, הכרוך בכך, להבחין בכישלון או בטעות, גם כאשר אלה התרחשו (ודוק: הקושי אינו רק להכיר בטעות אם אובחנה, אלא – ראשית לכול – לראות אותה). לפיכך, יש להצטער על כך שנשיא בית-המשפט העליון בחר להותיר "בצריך עיון" סוגיה מרכזית זו של הפרשנות הראויה למושג החדש "חשש של ממש לעיוות דין" בהקשר של משפט חוזר, ולא קבע הלכה ברורה הדוחה את הפרשנות שהציע היועץ המשפטי.

דוח ועדת גולדברג פורסם בדצמבר 1994. המחשבה והתקווה של רבים היו כי יביא לשינוי ממשי במקומותינו ולפתיחת שערי הנעולים של המשפט החוזר. גם המחוקק אמר את דברו, ותיקן את החוק תוך הרחבה ניכרת של העילות למשפט חוזר. למרבה הצער, נראה שבמוקדי ההכרעה בעניין עצם קיומו של משפט חוזר – היועץ המשפטי לממשלה ובית-המשפט העליון – עולם כמנהגו נוהג. הן לאחר דברה המשמעוטי מאוד לענייננו של ועדת גולדברג והן לאחר ציוויו החדש של המחוקק; משפט חוזר כמעט¹⁴⁵ אין. גם בקשות המעלות ספקות כבדי משקל נדחות בזו אחר זו¹⁴⁶.

מכיוון שהעילות למשפט חוזר הקבועות כיום בחוק החדש הן כבר די רחבות, נראה כי לא מהן תבוא הישועה. יש לשוב ולהידרש לעמדת המיעוט בוועדת גולדברג, שלפיה מן הראוי לשלב גורם חוץ-מערכתי בתהליך קבלת ההחלטות באשר לבקשות למשפט חוזר¹⁴⁷. אם ישכיל המחוקק לקבל גם המלצה זו, אזי אולי יוגשם סוף סוף החלום, והמשפט החוזר ייהפך גם¹⁴⁸ במדינת ישראל למציאות.

145 "כמעט" – משום שבמקרים בודדים מאוד התקבלה הבקשה למשפט חוזר. אך עיון במקרים אלה מלמד שהסדק הצר בין דלתות המשפט החוזר נפתח לא נוכח ספקות כבדי משקל, אלא נוכח ראיות מזכות ניצחות – "ג'וקר" של ממש – כגון הודאתו של חוקר המשטרה בפרשת **מע"צ** אל מול מצלמות הטלוויזיה כי התעלל בנחקריו עובר למתן הודאותיהם המפוקפקות. מול "ג'וקר" שכזה אפילו היועץ המשפטי לא יכול היה לעמוד ולהגן על כלל סופיות הדיון. ראו מ"ח 1966/98 **הררי ואח' נ' מ"י** (לא פורסם). בדומה ראו מ"ח 7324/96 **חייאט נ' מ"י** (לא פורסם), שם התקבלה הבקשה למשפט חוזר נוכח העובדה שגם היועץ המשפטי לא חלק על כך שנפלה טעות בייחוס עבירת ההצתה למבקש, שהרי אדם אחר לחלוטין ביצע אותה. ואם יש ללמוד מפרשת **חייאט** לענייננו, הרי שיש ללמוד ממנה על חוסר אמינותה של הודאת נאשם, שהרי חייאט הודה בהצתה ואין כיום חולק כי לא הוא שביצע את ההצתה.

146 ראו, למשל, ההחלטה שניתנה לאחרונה במ"ח 7558/97 **בן-ארי נ' מ"י** (טרם פורסמה).

147 ראו עמ' 67 לדוח ועדת גולדברג הנ"ל בה"ש 14.

148 בדרך-כלל מקובל לחשוב במקומותינו ששיטת המשפט האנגלית היא שמרנית. מעניין מאוד לציין שבענייננו ניתן דווקא ללמוד ממנה לא מעט ליברליות, הן באשר לעצם הנכונות להודות בטעויות והן באשר לצד המעשי. בשנים האחרונות פותח באנגליה מנגנון שלם לשם טיפול בבקשות למשפט חוזר. מדובר בגוף חיצוני, שלו סמכויות נרחבות, לרבות הסמכות לבצע חקירות עובדתיות במטרה לאתר

ו. ולאחר אחרית הדבר...

ההחלטה לקיים משפט חוזר למורשעים ברצח הילד דני כץ ז"ל – שינוי ממשי ביחסו של בית-המשפט העליון למשפט החוזר?

לאחר כתיבת מאמר זה, ניתנה ההחלטה במ"ח 7929/96 כוזלי 41 - אח' נ' מ"י (טרם פורסמה) ובה נקבע כי יתקיים משפט חוזר בפרשה זו. על כך אנו מברכים. עם זאת, ימים יגידו אם מדובר בשינוי ממשי בגישתו של בית-המשפט העליון. אנו מקווים מאוד שהתשובה היא חיובית, אך עלינו לציין כמה ספקות העולים מהחלטה זו.

ראשית, אין זו ההחלטה הראשונה שלאחר תיקון החוק והרחבת העילות למשפט חוזר. בהחלטות שניתנו לאחר התיקון ושקדמו להחלטה זו – לרבות בפרשות עזריה וברנס – דבק בית-המשפט בגישתו המסורתית דווקא.

שנית – וזו הסיבה המרכזית לספקנותנו – יש לעמוד על הנימוק הראשון (ודומה כי גם המרכזי) המובא בהחלטה לאפשר משפט חוזר. וכך נאמר בחלקה האופרטיבי של ההחלטה¹⁴⁹:

"אלה הטעמים, המונחים ביסוד החלטתי:

א. חילוקי הדעות והעמדות השונות שביסוד הבקשה

67. קשה לא לייחס במקרה שבפני משקל, לריבוי הדעות וחילוקי הדעות שבין הגורמים הציבוריים-מקצועיים המעורבים בעניין. בולטת מכל המחלוקת שנפלה, למעשה, בין חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מר מיכאל בן יאיר, שסבר כי אין מקום להתנגד לבקשה, ובין חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מר אליקים רובינשטיין, שסבר כי יש להתנגד לה. בצידן מצויות בפני גם עמדת פרקליטות המדינה הסוברת כי יש להתנגד לבקשה ומנגד – דוח קרפ, וחוות דעתה של הסניגוריה הציבורית, מהן עולה כי יש לקבל את הבקשה".

אמנם בהמשך אותה פסקה נאמר גם כך:

ראיות שיביאו לתיקונם של עיוותי דין (ראו ה"ש 48 דלעיל והטקסט המפנה אליה). במקומותינו, בהיעדר מנגנון שכזה, מתחייב, לכל הפחות, לאפשר למבקש לקבל כל חומר שברשות המדינה הנוגע לעניינו, לרבות חוות-דעת, ולהקל בדרישות ובמכשולים שבפני פתיחת שערי המשפט החוזר בפניו.

149 עמ' 31 לעותק שבידינו (ההחלטה טרם פורסמה).

"וודאי הוא, כי אין בעצם קיומם של חילוקי דעות בין הגורמים המקצועיים כדי שיקול בלעדי או מכריע בשאלת עריכתו של משפט חוזר. בה בעת קשה שלא לייחס משקל – ולו משקל כלשהו – לעובדה זו. אף היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין, פירט בהרחבה בחוות דעתו את ההתלבטויות שביסוד החלטתו. מטעם זה צירף הוא את עמדתה של פרקליטות המדינה מזה ואת עמדתה של הגב' קרפ ומימצאיה מזה. תמונת מצב זו לא נעלמה מעיני. סימני השאלה הרבים שהעלו כל הצדדים שטענו בפני נשאר מרחפים ועומדים בחלל האוויר. בסופו של יום, היה גם להם חלק בשכנוע, כי יש לבחון מחדש את סוגיית הרשעתם של המבקשים, וזאת על דרך עריכתו של משפט חוזר."

ובכל זאת, קשה להשתחרר מן הרושם שלא בכדי מוקם טעם זה להחלטה במקום הראשון. התרשמותנו הפסימית גם לאחר החלטה זו היא שלא בהכרח מדובר בגישה חדשה של נכונות להתעמק בחומר העובדתי והמשפטי הרב על-מנת לחשוף ספק היוצר חשש ממשי של עיוות דין, אלא ייתכן שמדובר למעשה במבחן טכני-פורמאלי-מוסדי של עמדות "הגורמים הציבוריים-מקצועיים" הנוגעים בדבר בכלל, והיועץ המשפטי לממשלה בפרט.

מחשבה זו מתחזקת מאוד בשים לב לנכונות הגדולה, שעליה עמדנו לעיל בהתייחסותנו להחלטה בעניינו של עזריה, לאמץ את עמדתו של היועץ המשפטי ואת נימוקיו ככתבם וכלשונם, עד כדי (אפילו) לימוד טיעוניו של המבקש לא מבקשתו אלא מסיכומם הלא מדויק (מוחלשים כחיידקים באנטיביוטיקה) בתגובתו של נציג היועץ המשפטי. אכן, קשה שלא לשאול: מה היה עולה בגורל בקשתו של משה עזריה, אילו זכה לבדיקה של הגב' יהודית קרפ גם בעניינו ולדוח מטעמה? ואילו זכה לעמדתה של הסניגוריה הציבורית? ודוק: נוכח הנכונות הרבה הבאה לידי ביטוי בדוח קרפ לאתר ספקות סבירים וליתן להם את המשקל הראוי להם, ונוכח עמדתה של הסניגוריה הציבורית בעניין כץ ז"ל, ניתן להניח שאילו נשמעו גופים אלה לפני מתן ההחלטה בעניין עזריה, היה נוצר בסיס איתן לקבלת בקשתו למשפט חוזר – אפילו לפי המבחן הטכני-פורמאלי-מוסדי הנ"ל.

חוסר הנכונות להתעמק בחומר, לייחס משקל של ממש לאי-תקינות החקירה ולאחר ספקות, בא לידי ביטוי גם בהחלטה בפרשת כץ, וגם הוא מחזק את הרושם, שלפיו הדבר שהכריע את הכף הוא עמדתו של היועץ המשפטי (הראשון מהשניים) בפרט ושל "הגורמים הציבוריים-מקצועיים" בכלל (דוח קרפ; עמדת הסניגוריה הציבורית). כך, למשל, מתייחסת ההחלטה להסתרה המטרידה מאוד של חקירת השב"כ מעיני הסניגוריה ומעיני בית-המשפט בהתבטאות המתונה: "אכן, אין חולק כי בעניין זה

אירעה תקלה¹⁵⁰. ממש כשם שבהחלטה בעניין עזריה הייתה ההתייחסות לביעור בניגוד לחוק של בגדי מנוח, אשר סיכל את האפשרות להוכחת חפותו באמצעות בדיקת D.N.A., בהתבטאות המתונה: "אכן, ביעור בגדיו של המבקש [צ"ל "המנוח" – הבהרת המחברים] הינה טעות מצערת. היא פעולה בניגוד לחוק... אף שהביעור של בגדי המבקש נעשה בניגוד לחוק, שוכנעתי כי הוא נעשה בתום-לב"¹⁵¹ (כאמור, לא ברור מהו הבסיס העובדתי למסקנה אופטימית זו).

ממש כשם שבהחלטה בעניין עזריה, ההתייחסות לרישום הודאות על-ידי חוקרי המשטרה שלא כפי שנאמרו על-ידי הנחקר היא סלחנית מאוד ומתעלמת מהצהרתם השקרית של החוקרים בפני בית-משפט קמא כי רשמו את דברי הנאשם כלשונם¹⁵².

ממש כשם שבהחלטה בעניין עזריה התקבל ללא כל ערעור או הרהור ההסבר התמוה למחיקת קטעי הקלטה של החקירה שנערכה במכון הפוליגרף – הסבר המבוסס על קשיים תקציביים שהובילו לשימוש חוזר בקלטות הקיימות (הגם שמדובר במחיקות של דקות מספר באמצע הקלטת...)¹⁵³.

דוגמה נוספת לחוסר הנכונות לאתר ספקות וליתן להם את המשמעות המתאימה היא ההתייחסות שבהחלטה בעניין כץ ז"ל לבדיקות הפוליגרף התומכות בזיכוי כאל ראייה בלתי קבילה גרידא¹⁵⁴. זאת אף שכפי הנראה גם שם דובר בבדיקה האמינה מאוד הנערכת בשיטת פרטי החקירה המוכמנים – דבר הנלמד מהמימצא של "תגובות שליליות של כל המבקשים לעניין שיטת הרצח (בחניקה). שלושה מהם נמצאו בבירור דוברי אמת בהכחשתם את מעורבותם ברצח"¹⁵⁵ (עמ' 9 להחלטה). במאמר מוסגר יצוין כי כפי הנראה גם כאן חוזרת ההתייחסות המוטעית אל בדיקת הפח"מ כאל בדיקה המתמירת לקבוע אם הנבדק אומר אמת או שקר.

ובכל זאת, בוחרים אנו לסיים פרק זה בהבעת התקווה שהפסימיות שלנו מופרזת, שספקנותנו מוגזמת, ושבעצם נבצר מאתנו לראות ולהבין שבהחלטה לקיים משפט חוזר בפרשת רצח הילד דני כץ ז"ל נפתח עידן חדש; עידן שבו המשפט החוזר אינו עוד חלום אלא מציאות.

150 שם, עמ' 32.

151 עמ' 358 להחלטה הנ"ל בה"ש 51.

152 שם, עמ' 359.

153 שם, עמ' 358 ו-3471.

154 עמ' 34 לעותק שבידינו (ההחלטה טרם פורסמה).

155 שם, עמ' 9.

נספח – ההתייחסות ל"שיחזור" הלילי המבויס אשר בבקשה למשפט חוזר

10. הנאשם בעקבות חוקריו – ה"שיחזור" הלילי המבויס (רע)

(או: על עצים ואבנים)

ב02:00 אחר חצות הגיעו החוקרים ועזריה לחיפה כשבידיהם שלל רב, פרי עמל של יום שלם – ה'הודעה' ת50/. כחצי שעה לאחר מכן כבר יצאו ל'שיחזור'.
די בקריאת תמליל השיחזור (ת38/) כדי להוכיח שעזריה לא הוביל את חוקריו אלא נהפוך הוא.
כך, למשל, נשאל עזריה על שם הקולנוע ומשיב 'רון, רון, רון, או רוז אחד משניהם', כשמדובר בקולנוע 'אורה'!
דוגמאות כאלה פזורות לכל אורך התמליל, ובית-המשפט הנכבד מתבקש לעיין בו (ת38/) ולהוכיח בריבויין.
ומהן האינדיקציות של עזריה בזיהוי המקום אליו הובילו אותו החוקרים? – מוזכר לי באבנים מוזכר לי בעצים' אומר עזריה...

עזריה כלל לא ידע, כמובן, היכן בוצע הרצח. בפסק-הדין נקבע כך (עמ' 8): 'משיחזור זה הסתבר כי המרחק בין שני המקומות עליהם הצביע הנאשם הוא של כמה מאות מטרים כשאינן כלל קשר עין ביניהם, וכי המרחק בין המקום השני עליו הצביע כמקום הנחת הגופה ושימת האבנים עליה, לבין המקום בו נמצאה גופת המנוח הוא כ170 מטרים. צורת תנוחת האבנים אליבא תאורו והצגתו של הנאשם שהניחם בקו ישר אינה תואמת את מצבן בעת גילוי הגופה...' (וראה גם דברי ביהמ"ש בעניין זה בעמ' 16 לפסק-הדין). יתירה מזו: לפי גרסאות עזריה בוצע הרצח סמוך לכביש, בעוד שבפועל בוצע כ200 מטרים ממנו בעומק הוואדי!

מאלף ביותר הוא אופן עריכת השיחזור על-ידי החוקרים. השיחזור הוא קטוע ומקוטע (!). הצלם המשטרתי, פקד טילר, הביא בעדותו את ההסבר התמוה הבא (עמ' 133 לפרוטוקול המחוזי):

'את מסלול הנסיעה מקולנוע 'אורה' ועד למבואות 'נוה-שאנן' לא צילמתי, והסיבה לכך היא שבדרך כלל אנחנו לא מצלמים,

במהלך שיחזור, את הנסיעה עד לתחילת מקום האירוע, המשוחזר. כך עשינו גם במקרה זה, ואפילו כאשר הלכנו כבר ברגל, והנאשם הצביע לנו על דברים שצולמו, הרי בין מקום אחד שבו הוא הצביע עליו, ועד למקום שני אליו הגענו לפי הדרכתו, **לא כל פעם צילמנו את קטעי ההליכה.**

הקטעים שנמנעתי מלצלם אותם, הימנעתי מלצלם אותם היתה בגלל שתי סיבות: סיבה אחת, ששררה בהם **חשיכה**, והסיבה השנייה היא, שאילו הייתי מצלם את מלוא מסלול השיחזור, היה **הסרט ארוך ביותר**, ונמשך למעלה משעתיים במקרה זה'.

מעניין מאוד להשוות עדותו זו של פקד טילר, שהיה, אגב, ראש המעבדה הניידת הצפונית, עם מה שכתב ב'דוח הסרטה ושיחזור' (ת9/). שם, משום מה, התרוץ הוא שונה: 'קטעים מסוימים צולמו ללא תאורה לצורך הקלטת השיחה וההובלה בגלל **חסכון במצברים**' (ההדגשה הוספה). אכן דברים מוזרים ביותר. ומהו ערכו של שיחזור בלתי רציף שכזה? מסתבר שפקד טילר הגדיל לעשות, ויצא לשיחזור נוסף, הפעם ביום, **ללא הנאשם**, ושחזר את המסלול. כדבריו בבית-המשפט (עמ' 132):

'זהו סרט (ת40/) ובו צילמתי את המסלול של השיחזור. צילמתי זאת באור יום, היות והסרט ת10/ צולם בעת השיחזור על ידי הנאשם בשעת חשכה, והמקום עליו הצביע הנאשם במהלך השיחזור, לא היה מואר... את הסרט ת40/ צילמתי, לפי מה שהאזנתי לו בסרט הקול של ת10/, כדי שאדע בדיוק באיזה מסלול ללכת בעת הצילום של ת40/...'

אוי לאוזניים שכך שומעות! **קשה להאמין שכך עורכים שיחזור.** אם לא ניתן לצלם בחשכה – מדוע ערכו השיחזור בלילה? אם רוצים לחסוך בצילום, איך מתיישב הדבר עם 'בזבוז' סרט שלם נוסף, שצולם באור יום? ואיך בדיוק נעזר הצלם בסרט הקול ת10/ לצילום ביום של המסלול שלא מופיע בת10/??? **לא רק קטעים של השיחזור אבדו, גם הלוגיקה אבדה לנו.** נשגב מבינתנו, בכל הכבוד, כיצד התקבלו שני (!) ה'שיחזורים' הנ"ל כראיות וכיצד בוססה עליהן הרשעה.

עוד יש לציין כי סרטי השיחזור עצמם (בהבדל מהתמליל) הם בין הראיות שלמרות שנדרשו על-ידי דורשי טובתו של עזריה, לא נמסרו להם על-ידי הרשויות (ראה, למשל, נספח יג'). סביר להניח שצפייה בהם רק תחזק את הספקות הרבים שהוזכרו לעיל. דוגמה כזו הובאה בסיכומי הסנגור (ע' 300 לפרוטוקול):

פ' (קודם לכן הפנה לנקודה מסויימת בשטח ובסרט) שואלים, עכשיו איך? ישר. והנהג פונה שמאלה. כבודכם, תיראו זאת בצילום השחזור. בודאי ובודאי שהם הביאו אותו לשמה'.

יש לזכור כי עזריה הובל על-ידי חוקריו ב'שחזור' כשהוא מותש לחלוטין. בעמ' 19-20 לפרוטוקול המחוזי העיד ראש הצח"מ, המפקח מוספי, כי התייעץ טלפונית עם הפרקליטה בורישנסקי בלילה (!) אם ניתן לצאת לשחזור לילי. לדבריו, 'גב' בורישנסקי הינחתה אותי, שאני אשאל את הנאשם, **אם הוא לא עיף**, אם הוא רוצה לאכול, אם הוא אכל, נשאל כל הדברים האלה, אחרי שהוא הגיע בערך ב12.00, סליחה ב02.00 הוא הגיע ב2.00 - בלילה' (ההדגשות הוספו).

כך נלקח עזריה, לאחר יום שלם ומתיש של חקירה, ל'שחזור' לילי שהסתיים ב05.00 לפנות בוקר (!), לאחר 22 שעות ללא שינה (!!). היש, במצב כזה, טעם כלשהו בשאלה הנ"ל 'אם הוא לא עיף'???

על רקע זה ניתן להבין את עדותו של עזריה במשפט הזוטא (עמ' 98 לפרוטוקול המחוזי), בתשובה לשאלה 'ולמה הסכמת שתלך איתם להראות להם?'. תשובתו של עזריה: **'שיעזבו אותי בשקט, רצייתי להתפטר מהם, נימסר לי מהחוקרים... סתם ככה, העיקר לשחזר, סתם ככה, ראיתי חייל, הייתי במונית, שמה' (גם 3 הנקודות מופיעות בפרוטוקול).**

ולסיום העיסוק בתמליל השחזור, שתי פנינים נוספות (מני רבות): בעמ' 3 לתמליל מופיעים דבריו המעניינים הבאים של ראש הצח"מ: 'השעה 0330 בשלב זה החשוד נזכר ויכול להצביע למקום בצורה מדוקדקת יותר לכן אנחנו נמשיך בצילום רצוף'. כלומר: כשעזריה אינו

עלי משפט א תש"ס

המשפט החוזר – מציאות או חלום

יודע לאן ללכת – לא מצלמים. כשיודע (לאחר תדרוך?) – ממשיכים
בצילום רצוף...

ובעמ' 6 לתמליל השיחה המאלפת הבאה:

1' השעה 03:50 עזריה עכשיו אחרי שעלינו לרכב אמרת לי איזה משהוא מה הדבר.

2 הדבר זה שהגשר לא נזכר לי.

1 מה נזכרת.

2 נזכרתי באבנים נזכרתי בעצים'

(מדוע לא רואים ושומעים בסרט מה אמר אם אמר?)

הוא שאמרנו: על עצים ואבנים סיפר עזריה.

הובעה הדעה כי שיחזור אינו אלא המשכה של הוראה, כשהנאשם שהודה שואף להמשיך ולרצות את חוקריו. אך גם אם יש משקל של ממש לשחזור, הרי שחשיבותו מותנית בכך שיש בו כדי להוכיח שהחשוד הכיר מידיעתו את דרך ביצוע העבירה ופרטיה. שחזור הוא משכנע רק אם עולה ממנו שהצגת הדברים אכן באה מהנאשם ומידיעתו האישית. מכאן החשיבות הרבה של רצף העניינים והכיסוי המלא של תנועותיהם ודיבורם של המשחזר ושל הנוכחים עמו.

בענייננו, רבו החורים על הגבינה, רב נסתר הלא מצולם ולא מוקלט על הגלוי המצולם והמוקלט; גלוי שאם ניתן ללמוד ממנו משהו, הרי זה שעזריה המסכן כלל לא הכיר את מקום ביצוע הרצח שיוחס לו (וראה גם דברי בית-המשפט המצוטטים בעמ' 23 לדו"ח הנ"ל של ועדת גולדברג, נספח א')."

עד כאן הציטוט מהאמור בבקשה למשפט חוזר באשר לשחזור. ועל כך אומר נשיא בית-המשפט העליון בהחלטתו את הדברים המביכים הבאים: "אין טענה כי שחזור זה נעשה בהדרכת המשטרה, תוך הרעבת המבקש ומתוך לחץ עליו"¹⁵⁶.