

בבית המשפט העליון

מ"ח 7929/96

כבוד הנשיא א' ברק בפני:

המבקשים:
1. אחמד כוזלי
2. סמיר גנאמה
3. פתחי גנאמה
4. עלי גנאים
5. עאטף סביחי

נגד

מדינת ישראל המשיבה:

בקשה למשפט חוזר

תאריכי הישיבות:
כ"ז בשבט התשנ"ז (04.02.97)
כ"ז באייר התשנ"ז (03.06.97)
כ"ו בסיון התשנ"ז (01.07.97)
י"ט בתמוז התשנ"ז (24.07.97)
ב' באב התשנ"ז (05.08.97)
ט' באלול התשנ"ז (11.09.97)

בשם המבקשים: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד סמדר בן נתן;
עו"ד רונית רובינסון

בשם המשיבה: מר מיכאל בן-יאיר, היועץ המשפטי לממשלה;
מר אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה;
גב' עדנה ארבל, פרקליטת המדינה;
עו"ד נאוה בן-אור; עו"ד יסכה ליבוביץ;
עו"ד לילי בורישינסקי; עו"ד רונית וינרוב

בשם הסניגוריה הציבורית: פרופ' קנת מן, הסניגור הציבורי הארצי;
עו"ד דנה מרשק-מרום; עו"ד יואב ספיר

החלטה

1. המבקשים הורשעו בבית המשפט המחוזי בקשירת קשר לחטיפה לשם רצח, בחטיפתו וברציחתו של הנער דני כץ ז"ל (להלן: המנוח). ערעורם לבית המשפט העליון נדחה. בקשתם לעריכתו של דיון נוסף נדחתה אף היא. בפני בקשתם למשפט חוזר.

העובדות

2. המנוח היה יליד 1969 והתגורר בבית הוריו שבשכונת דניה, בחיפה. ביום 8.12.83, בשעה 17:25-17:20 (לערך) עזב המנוח את ביתו בדרכו להיפגש עם חברו, למסור לו מחברות שהיו בידיו של המנוח וללכת יחדיו לצפות במשחק טניס. המנוח לא הגיע לפגישה היעודה. לאחר שעזב את ביתו, נעלמו עקבותיו.

3. המנוח נמצא ביום 11.12.83 במערה ליד מושב יעד, כשהוא ללא רוח חיים. גופתו היתה עירומה. במערה לא נמצאו בגדיו של המנוח או חפצים אחרים הקשורים אליו. בדו"ח הפתולוג, ד"ר בלוך, נקבע כי המנוח נפטר ביום בו נעלם. סיבת המוות נקבעה כחנק באמצעות לולאה. שעת המוות הוערכה, על יסוד שיירי מזון שנמצאו בקיבתו של המנוח, כבין 17:30-18:00. בגופה נמצא קרע גדול טרי כמעט היקפי בפי הטבעת וכעין מריחה של דם, שאובחנה כשטף דם קל. ד"ר בלוך קבע, כי מקורו של שטף דם זה עשוי להיות בחדירה של איבר מין זכרי במצב זיקפה לפי הטבעת, כאשר המנוח אינו עוד בין החיים. בשל הרקבון המתקדם בו נמצאה גופת המנוח, לא ניתן היה לבדוק קיומם של סימני זרע בתוך החלחולת, באיזור הרקטום הפנימי. בחומר שנלקח מפי הטבעת, לא נמצאו סימני זרע. על צווארו של המנוח נמצאו פסי לחץ שהתאימו לחנק בלולאה תוך כדי תלייה. כן נמצאו סימני לחץ היקפיים באמות ידיו של המנוח, שהעידו על כפיתת המנוח בידיו בחבל דק. בראשו של המנוח נתגלו סימני חבלה שנגרמו ממכות בעצם קהה בשטח רחב יחסית, ובכח ניכר, זאת בעוד המנוח בין החיים. בדו"ח צוינו ממצאים נוספים. בין היתר, נמצאו שריטות באיזור הסנטר, כשאלו מלוות בשטפי דם עמוקים בתוך הפה, ברירית השפה ובחניכיים התחתונים. בדו"ח הפתולוג נקבע, כי ממצאים אלו אופייניים לתוצאת הטחת מכת אגרוף באינטנסיביות ניכרת. באיזור האחורי של הירכיים נמצא חומר דמוי משחה חומה שזוהה קרוב לוודאי כצואה שאינה של המנוח.

החקירה והאישום

4. למערה בה נמצאה גופת המנוח, היו שני פתחים, האחד גדול והשני קטן. גופתו של המנוח נמצאה בסמוך לפתח הקטן. בסמוך לפתח הגדול, נמצאה ערימת זבל. בחיפוש בה נתגלתה, בין היתר, מעטפה עליה נרשם שמו של סמיר גאמה מן הכפר סכנין, הוא מבקש מס' 2, וכן תעודת משלוח של חנות הסופר-סל בה עבד. בעקבות ממצאים אלה, נעצר מבקש מס' 2 על ידי המשטרה. בחקירתו הראשונות הכחיש כל קשר למוטו של המנוח. טענתו היתה, כי ביום היעלמו של המנוח היה עם מבקשים 3 ו-4 המתגוררים אף הם בכפר סכנין, כאשר שלושתם עסקו בחלוקת משלוחים מטעם הסופר-סל בו הועסקו. בהמשך חקירתו, קשר המבקש מס' 2 את פעילותו ביום 8.12.83 גם עם מבקש מס' 1, שעבד אף הוא בסופר-סל ועם מבקש מס' 5 שעבד כשומר בבנין שכן. כל המבקשים נעצרו לחקירה. בגירסאות הראשונות שנמסרו על ידם, הכחישו כל קשר למעשה. מעצרים אלו בוצעו בשתי תקופות - במהלך חודש דצמבר 1983, ובמהלך חודש מרץ 1984. במהלך מעצרים השני הודו כל המבקשים במעורבות ברצח ובחטיפה. בעקבות מעצרים אלה והודעות רבות שנמסרו על ידי המבקשים בחקירתם - לרבות ההודאות של כולם בביצוע הרצח - הוגש נגדם כתב אישום לבית המשפט המחוזי בחיפה. בכתב האישום הואשמו המבקשים בקשירת קשר לחטיפתו ולרציחתו של המנוח, ובחטיפתו ורציחתו על פי הקשר שקשרו.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 14.10.85 (שניתן על ידי הנשיא א' פרידמן והשופטים מ' סלוצקי ונ' קליינברגר), הורשעו המבקשים בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום. הרשעתם של המבקשים בעבירות אלה התבססה על שלושה נדבכים עיקריים: הראשון, דחית טענות האליבי שהובאו על ידי המבקשים באשר לקורות מעשיהם ביום 8.12.83. טענות אלה והראיות שהובאו להוכחתן לא נמצאו מהימנות על בית המשפט המחוזי. הנדבך השני היה באימוצן של הודאות המבקשים כפי שניתנו בפני חוקרי המשטרה בהזדמנויות שונות במהלך החקירה. בית המשפט סקר בהרחבה את התפתחות חקירתו של כל אחד מן המבקשים, החל במעצרו ובהכחשתו הראשונית את שייכותו לרצח המנוח וחטיפתו, עבור בשינויי הגירסאות וחשיפת מעורבותו של כל אחד מן המבקשים ברצח ובחטיפה וכלה באימוץ הודאת המבקשים - יחד ולחוד - המשקפת את אשר אירע באותו יום, הוא 8.12.83. בית המשפט היה ער לסתירות ולאיי ההתאמות שנמצאו בהודאות המבקשים, הן בהגיון הפנימי ביחס לכל אחד מן המבקשים, הן ביחס שבין הודאת כל מבקש לזו של חבריו. למרות סתירות ואי התאמות אלה, אימץ בית המשפט המחוזי מננה משותף אחד לכל ההודאות, הקושר, מסבך ומכריע את שייכותם ואחריותם של המבקשים לחטיפתו ולרציחתו של המנוח. יצוין, כי טרם אימוץ ההודאות, קיים בית המשפט, משפט זוטא נרחב ומקיף בו נדונו טענות פסול של כל המבקשים באשר לנסיבות בהן ניגבו מהם הודאותיהם. בית המשפט קבע בעניין זה, כי לא הוכח על ידי מי מן המבקשים ובאשר לאיזו מן

ההודאות, כי אלה ניגבו באמצעים פסולים ועל כן קיבל אותן כראיות. הנדבך השלישי בפסק הדין עניינו אותם החיזוקים שנמצאו על ידי בית המשפט המחוזי, בדמות "דבר מה נוסף", להודאותיהם של המבקשים.

6. על יסוד שלושה נדבכים אלה, הגיע בית המשפט המחוזי לממצאים הבאים: במהלך השבוע שקדם ליום 8.12.83, החליטו המבקשים לחטוף ילד ולרצחו. ביום 8.12.83 עצמו, נפגשו המבקשים סמוך לשעה 16:00 בקרבת הסופר-סל, בו עבדו חלק מהם. הם החליטו לבצע את תוכניתם. מבקשים 2, 3 ו-4 נפרדו מן האחרים לזמן מה, לשם השלמת חלוקת משלוחים של הסופר-סל. בסביבות השעה 17:10 לערך, חזרו ונפגשו החמישה ועלו לרכבו של מבקש מס' 2, שגם נהג ברכב. מבקש מס' 1 ישב לידו. יתר המבקשים ישבו בארגז הרכב, מסוג טנדר. במהלך נסיעתם, הבחינו המבקשים במנוח. הם עצרו לצידו. מבקש מס' 1 ירד מן הרכב ודחף את המנוח אל פנים הרכב תוך כדי מאבק עימו. המנוח צעק לעזרה ושרט את צווארו של מבקש מס' 1. מבקש מס' 1 התגבר על המנוח בכוח, כבל את ידיו והשכיבו על רצפת הטנדר. פיו של המנוח נסתם בסמרטוט. המבקשים פנו לעבר אתר בניה. המנוח הוכנס לחדרו של שומר אתר הבניה. מבקש מס' 1 חבט בקרש על עורפו של המנוח. מבקש מס' 5 היכה בסנטרו של המנוח באגרופו, הפשיטו מבגדיו, כרך חבל דק על צווארו וחקק אותו למוות. לאחר מכן, באו חלק מן המבקשים במגע מיני עם המנוח, כשהוא אינו עוד בין החיים. משך זמן זה, בו הומת המנוח, איבטח ככל הנראה, מבקש מס' 2, את המקום מבחוץ. המבקשים עטפו את הגופה בסדין או שמיכה והניחוה בארגז הטנדר. מבקשים מס' 1 ו-5 הסתלקו מן המקום, כאשר מבקש מס' 1 נוטל עימו את בגדיו של המנוח והמחברות שנשא עימו. מבקשים מס' 2, 3 ו-4 הסתירו את גופת המנוח מתחת לשיחים, באיזור שומם שלמרגלות אוניברסיטת חיפה (רמת אדי). למחרת, ה-9.12.83, חזרו המבקשים 2 ו-3 למקום הסתרת הגופה, ונטלו אותה עימם עד להסתרתה על ידם במערה שליד מושב יעד, מקום בו נמצאה לבסוף ביום 11.12.83.

7. שופטי בית המשפט המחוזי ציינו, כי נוכח היות מסקנותיהם העובדתיות נסמכות בעיקר על הודאות המבקשים, הרי שיש צורך ב"דבר מה" ממשי. תוספת ראייתית זו נמצאה על ידי בית המשפט בשורה של ממצאים ומסקנות, ובהם: רמת הפירוט שבהודאות עצמן והדימיון שבין פירוט זה ובין ממצאי החקירה החיצוניים; השחזור המפורט של הרצח עצמו והובלת הגופה, על ידי מרבית המבקשים; ההתאמה שבין מסלול הליכתו הצפוי של המנוח לשם הפגישה עם חברו, ובין המקום המדויק שצויין על ידי המבקשים כמקום חטיפתו של המנוח. בית המשפט נסמך גם על התאמות שמצא בין הודאות המבקשים לבין ממצאי הפתולוג: כך, לגבי הכאת המנוח בחפץ קשה ושטוח ומכת האגרופ; כך, לגבי חניקת המנוח בלולאה שהושמה סביב צווארו; כך, לגבי כפיתת המנוח בידי והממצאים באשר להתעללות המינית. עוד ציין בית המשפט את השריטה שנמצאה על צווארו של מבקש מס' 1 והמעידה על המאבק עם המנוח בעת חטיפתו וכן את העובדה, שעל הגופה נמצאו

גרגרים וגבישים שהכילו זרחן ומגנזיום וכן עלים יבשים של אלון מצוי. ממצאים אלו חיזקו את הודאת המבקשים בהסתרת הגופה "בתחנת ביניים" (שבין מקום הרצח עצמו - באתר הבניה - ובין מקום מציאת הגופה - במערה) במורדות שליד האוניברסיטה, שכן בית המשפט קבע כי גרגרי הזרחן והמגנזיום וכן עלי האלון המצוי, אופייניים הם למקום זה, שעה שאין הם משוייכים לא לאתר הבניה ולא למערה בה נמצאה הגופה.

8. שופטי בית המשפט המחוזי נתנו משקל גם להצעתם של מבקשים 1, 2 ו-3- במהלך חקירתם, לשמש כעדי מדינה. חיזוקים ראייתיים נוספים נמצאו בדמות היכרותם של מבקשים 2-4 את האיזור בו נמצאה הגופה לבסוף, בשל מגוריהם בקרבת מקום; בדמות הראיה בדבר שפיכת הזבל שנמצא בפתח המערה בה נמצאה הגופה, על ידי מבקש מס' 2 - בכדי להסתיר את הגופה; בדמות האמור בהודאתו של מבקש מס' 4 לעניין הימצאותו של ספר צהוב בין כליו של המנוח - ספר, שעל פי עדותו של חברו של המנוח אמור היה להימצא בידיו של המנוח עת נחטף. בית המשפט הזכיר גם את הגירסה שהציג מבקש מס' 5 בפני שותפו לתא המעצר, שהיה בה משום דמיון רב לנסיבות חטיפתו ורציחתו של המנוח. עוד ציין בית המשפט, את אי העקביות בגירסתו של מבקש מס' 1 באשר לקורותיו ביום היעלמו של המנוח, כמו גם את ההתאמה שנמצאה בין האמור בהודאות המבקשים 1 ו-5- לגבי סוג הבגדים שלבש המנוח וצבעם, לבין ממצאים אלה כפי שהיו ידועים למשטרה מעדויות חיצוניות למבקשים. אשר למבקשים 3 ו-4-, נמצא גם חיזוק ראייתי בעדותו של מדובב ששהה עימם במעצר ואסף מהם פרטים הקושרים אותם למעשה.

9. יצויין, כי המבקשים - למעט מבקש מס' 3 - לא העידו במהלך המשפט עצמו. הם לא מסרו גירסה או הסבר בבית המשפט - לא להודאותיהם ולא למעשיהם ביום 8.12.83. מבקש מס' 3 העיד אמנם בפני בית המשפט, אולם עדותו לא נמצאה מהימנה. בשל עדותו של מבקש מס' 3 במשפט, הוגשו גם האימרות שמסר בחקירתו כנגד יתר המבקשים, כעדויות במשפט, וזאת, מכח הוראות סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש]. התשל"א 1971-. בית המשפט ציין בפסק דינו, כי אי מתן הסבר לממצאים המרשיעים שהוצגו כנגדם נזקף אף הוא לחובתם, במתן חיזוק לעדויות התביעה המסבכות אותם בעבירה שיוחסה להם בכתב האישום. חיזוק מעין זה נמצא גם בשקריהם של המבקשים. בית המשפט ציין, כי משהוכחו הסתירות והשקרים שבחלק מן הגרסאות שהעלו המבקשים הרי שיש לזקוף אף שקרים אלה לחובתם על דרך של הכרה בהם כמחזקים את מסכת הראיות והתשתית שהציגה התביעה במשפט.

10. נוכח ממצאים ומסקנות אלה, הורשעו המבקשים בעבירות שיוחסו להם. בגזר דין מיום 19.10.85, הושת על כל אחד מן המבקשים עונש של מאסר עולם ועוד עשרים ושבע שנים.

הערעור לבית המשפט העליון

11. על הרשעתם בדין הגישו המבקשים ערעור לבית משפט זה. טענתם העיקרית נסבה סביב קבילות הודאותיהם וסביב המשקל שניתן להן בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. המבקשים הדגישו בערעורם את הסתירות ואי ההתאמות שבהודאות השונות שניתנו - הן על ידי כל אחד מן המבקשים בנפרד והן באשר ליחס שבין ההודאות שניתנו והממצאים הסופיים שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי. עוד טענו המבקשים, כי לסתירות ולאי ההתאמות שבהודאות השונות ישנו מאפיין "תבניתי", והוא השינוי בהודאות ובפרטיהן בד בבד עם גילוי ממצאים אובייקטיביים חיצוניים בחקירה, כל זאת, שעה שהמבקשים מוחזקים בנפרד זה מזה. המבקשים טענו עוד, כי החיזוקים הראייתיים שנמצאו בפסק הדין של הערכאה הראשונה לא היו מבוססים ברובם ובוודאי שלא היה בהם בכדי לתמוך בהודאותיהם במידה הנדרשת.

12. בפסק הדין מיום 9.5.91 (שניתן על ידי השופט ש' אלוני בהסכמת השופטים ש' לויין ות' אור), נדחה הערעור. בית המשפט דחה את כל טענות המבקשים, הן לענין קבילות הודאותיהם והן לענין משקלן. בית המשפט ציין, כי לא מצא עילה להתערבותו בתוצאת משפט הזוטא שנערך למבקשים ובו נדחו טענותיהם לענין קבילות הודאותיהם. אשר לסתירות ולאי ההתאמות שבין ההודאות והגירסאות, ציין בית המשפט, כי בסופו של יום נמצא מכנה משותף רחב וברור בין גירסאות החמישה וכי מכנה משותף זה, בייחוד נוכח הימנעותם של כל המבקשים (למעט מבקש מס' 3) מלהעיד, מקים מסגרת ראייתית יציבה דיה למסקנת בית המשפט המחוזי בדבר אשמתם של המבקשים. בית המשפט דחה את טענתם של המבקשים בדבר קיומה של תבנית בהודאותיהם, שעיקרה שינוי יזום של ההודאות בשל שינויים ואילוצים הנובעים מחומר החקירה החדש שניגלה לעיני החוקרים. בית המשפט ציין בעניין זה, ראשית, כי אין טענה זו עולה בקנה אחד עם תוצאת משפט הזוטא לענין הדרך בה נתקבלו הודאות המבקשים, קרי, באופן חופשי ומרצון. שנית, כי גם אם נכונה הטענה כי החוקרים העבירו מידע מנחקר אחד למשנהו במהלך החקירה - הרי שאין בכך פסול או עילה לאי קבילות ההודאות או להפחתה במשקלן; ושלישית, כי טענת המבקשים בעניין זה בוססה כולה על טעמים של הגיון ושכל ישר מבלי שהונחה לה תשתית עובדתית. חוקרי המשטרה לא נחקרו עליה ואין לה תימוכין מפי המבקשים, בייחוד נוכח העובדה שמרביתם לא העידו במשפט עצמו. בית המשפט, בערעור, חזר ומנה את אותם החיזוקים הראייתיים ("דבר מה נוסף") שמצאה הערכאה הראשונה ואימצה אותם כמבססים בדין את התשתית הראייתית בדבר הרשעתם של המבקשים במעשים שייחסו להם.

13. בערעור ביקשו המבקשים, כי יותר להם להגיש ראיות חדשות. עניין של אלה היה גירסא מוקדמת של דו"ח הפתולוג, ד"ר בלוך, באשר למצבה של גופת המנוח. המבקשים טענו, כי גירסא מוקדמת זו כללה

ממצאים שונים מאלו שהופיעו לבסוף בדו"ח הפתולוג, זאת בהתייחס הן לדרך ההמתה של המנוח (החניקה) והן באשר לקיומו של מגע מיני עם גופת המנוח. בית המשפט סירב לקבל ראיות חדשות אלה. צוין בפסק הדין, כי ההבדלים שבין חוות הדעת השונות של ד"ר בלוך אינם כה קיצוניים ואין בהם כדי לקעקע את מסקנותיו של בית המשפט המחוזי בדבר אשמתם של המבקשים. על יסוד טעמים אלה נדחו הבקשות לצירוף ראיה ונדחה ערעורם של המבקשים.

הבקשה לדיון נוסף

14. נוכח דחית ערעורם על הרשעתם בדיון, הגישו המבקשים לבית משפט זה עתירה לדיון נוסף. בעתירתם חזרו המבקשים וטענו, כי לא היה מקום להסתמך על הוודאות שנמסרו על ידם, וזאת בשל אי האמת שבהן. כן טענו, כי בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון צריכים היו לבחון את משקלן הפנימי והיצוני של הוודאות עצמן ומכח משקל זה לקבוע כי לא הוכחה אשמתם של המבקשים. תחת זאת, טענו המבקשים, אומצו הוודאות כלשונן תוך הטלת החובה לסתור את תוכן דווקא על המבקשים. בעתירתם ביקשו גם, בשנית, כי יותר להם להביא ראיות החדשות בעניין דו"ח הפתולוג ד"ר בלוך.

15. בהחלטה מיום 25.8.91 נדחתה הבקשה לקיים דיון נוסף (הנשיא מ' שמגר). בית המשפט חזר ובחן את סוגיית קבילות הוודאות נוכח משפט הזוטא שנערך בעניין זה בפני הערכאה הראשונה, תוך שהוא דוחה הטענות לעניין אלימות ולחץ שהופעלו על המבקשים בחקירתם, והובילו - לשיטתם - לפסילת הוודאותיהם. בית המשפט, בגדרי הבקשה לדיון נוסף, בחן גם את משקלן של הוודאות, הן במובן ה"פנימי" שלהן (תוכן הוודאה וסימני האמת בתוכנה היא) והן במובן ה"יצוני" שלהן (סימנים שמחוץ לדברי המודה עצמו, אשר יש בהם כדי ללמד על אמינות הוודאה). מסקנתו היתה, כי אדניה של ההרשעה בהסתמך על בחינת הוודאות, יציבים המה.

16. בית המשפט שב ובחן את טענת המבקשים, לעניין אי ההתאמה והסתירות בין הוודאותיהם, תוך זיהויה של "תבנית" לשינויים אלה, "תבנית", המוסברת על ידי המבקשים בהתאמת הוודאותיהם להתפתחויות חיצוניות בחקירה. בעניין זה נקבע בהחלטה בעניין הדיון הנוסף, כי חלק ניכר מן הסתירות ואי ההתאמות אינו אלא תרגילי התכחשות והכחשה של המבקשים עצמם, ככל נחקר אחר המבקש לתעתע בחוקריו או להקטין חלקו בפרשה בה הוא מעורב. עוד ציין בית המשפט, כפי שעשו כן לפניו בית המשפט המחוזי וערכאות הערעור, כי משעה שבחרו המבקשים שלא למסור את גירסתם במשפט - כמו גם להסביר מדוע זה ניתנו על ידם הוודאות שקר - הרי שאין לטענותיהם בעניין ה"תבנית" שבהוודאותיהם בסיס עובדתי ואין טענות אלה אלא בגדר

"השערות ותמיהות". בית המשפט הוסיף, כי בעצם העובדה כי ישנו מתאם בין תוכן ההודאות לבין התפתחות החקירה אין כדי להביא לפסילת ההודאות, שכן טבעי ומקובל הוא שחקירה מתפתחת בשלבים כאשר חוקר המשטרה מציג בפני נחקר - אף לאחר שהודה - ראייה חדשה או ממצא שעלה מחקירתו של מעורב אחר בפרשה. על כן, ככל שמדובר בהתאמה שמקורה בחשיפה טבעית של ממצאים בחקירה, אין בכך פסול. בית המשפט הדגיש, כי משעה שלא הוכח כי הופעלו כפיה ולחץ בקבלת ההודאות (בעיקבות משפט הזוטא), ומשעה שעדיין ישנן סתירות ואי התאמות בהודאות הנחקרים (המבקשים), הרי שלא הונח בסיס לפסילת הודאותיהם של המבקשים. כך גם בייחוד נוכח הממצאים הראייתיים והחיזוקים שנמצאו להודאות עצמן - בין היתר, בטענות האליבי שנדחו, בהצעה לשמש עדי מדינה, בשריטה בצווארו של מבקש מס' 1, ובחיזוקים הנוספים עליהם הסתמכו הערכאות הקודמות.

17. בית המשפט דחה גם את הבקשה לצירוף ראייה, היא טיוטת הדו"ח הראשונה של הפתולוג ד"ר בלוך. בית המשפט סמך ידיו על קביעת ערכאת הערעור לפיה אין לקבל את הראייה, בשל הדמיון בינה לבין חוות הדעת שהוגשה לבסוף. בית המשפט הוסיף, כי אין הוא מוצא יסוד עובדתי לטענת המבקשים, לפיה מקורו של ההבדל בין חוות הדעת של הפתולוג הינו באי ההתאמה שבין הדו"ח הראשון לבין הודאות המבקשים. על יסוד טעמים אלו, נדחתה הבקשה לקיומו של דיון נוסף.

דו"ח קרפ

18. ב11.9.92 - פנה בא-כוח המבקשים (שנטל על עצמו את ייצוגם החל מן הערעור לבית המשפט העליון) במכתב לשר המשפטים. טענתו היתה, כי מרשיו (הם המבקשים) חפים מפשע וכי הודאותיהם אינן אמת. כך, נוכח ה"תבנית" שבהודאותיהם והתמיהה העולה מן ההתאמה בין פרטיהן של ההודאות לבין הממצאים שנתגלו במהלך התפתחות החקירה; כך, נוכח ההבדלים בדו"ח הפתולוג ד"ר בלוך לעניין דרך המתתו של המנוח והשאלה, אם התעללו מינית בגופה אם לאו. שר המשפטים החליט למנות את עו"ד יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לבחון את טענותיהם של המבקשים, תוך בדיקת מכלול חומר החקירה והפרוטוקולים, לרבות חומר חדש שלא היה בפני בית המשפט בדונו ברצח המנוח. תוצאתה של בדיקה זו, שנערכה יחד עם סנ"צ עו"ד אלינער מזוז ממשטרת ישראל, היתה בדו"ח ביניים שהוגש לשר המשפטים בחודש אוגוסט 1995 (להלן: דו"ח קרפ).

19. נקודת המוצא של מחברות הדו"ח היתה כי אין לבחון מחדש את אותן נקודות שנבחנו כבר על ידי הערכאות השונות שדנו בתיק, אלא שיש לאתר ולבחון את אותן שאלות ותמיהות, שלא נמצא להן מענה בדיונים

שהיו ובפסקי הדין שניתנו. מסקנתן של מחברות הדו"ח היתה, לאחר בחינת החומר הרלבנטי, כי התמיהות והקושיות שבתיק יכולות לבסס עילה לקיומו של משפט חוזר בעניינם של המבקשים. מסקנה זו נסמכה על שישה אדנים:

א. חומר החקירה החדש

20. במהלך כתיבת דו"ח קרפ נתגלה חומר חקירה חדש, שלא היה בפני בית המשפט המחוזי וגם לא בידי פרקליטיהם של המבקשים. חומר זה כלל ממצאים ותמלילי הקלטות של חקירת חלק מהמבקשים בידי השב"כ. נתגלה, כי לאחר סיום חקירתם של המבקשים בידי המשטרה, הועברו ארבעה מהם לידי השב"כ על ידי התביעה, לשם חקירת קיומו של מניע לאומני לרצח המנוח. ממצאי החקירה שללו קיומו של מניע לאומני. מחברות הדו"ח הוסיפו, כי מתמלילי החקירה והאזנות שבוצעו לנחקרים בינם לבין עצמם, עולים סימני שאלה של ממש לגבי אשמתם של המבקשים. כן עולים סימני שאלה סביב הפעלתם של אמצעים אלימים בחקירתם של המבקשים. חומר זה לא היה בפני אף אחת מן הערכאות. היה בו, לטענת מחברות הדו"ח, כדי להאיר סוגיות רבות סביב אשמתם של המבקשים - החל בהיעדר מניע; עבור באלימות שהופעלה בחקירתם וכלה באימרותיהם לעניין חפותם וחווות דעת חוקריהם (לפחות חלקם), כי המבקשים חפים מפשע. מחברות הדו"ח הדגישו גם את הנזק שנגרם לייצוגם של המבקשים בעניין זה, שכן באי כוחם ידעו מפי המבקשים כי אלו נחקרו בידי השב"כ, אולם כשפנו לבית המשפט ולצד שכנגד בעניין זה, נהדפו בשלילה גורפת לפיה לא נתקיימה כל חקירה, תוך הכחשות נמרצות של חוקרי המשטרה. בדו"ח קרפ נטען, כי במצב הדברים זה, הביא אי גילוי חומר החקירה - ולמצער עצם קיום החקירה - להצגת סניגוריהם של המבקשים, כמו גם המבקשים עצמם, כמי שמנסים להתעקש על דברים שלא היו ולא נבראו, ולפגיעה במהימנותם.

ב. אינדיקציות לתמיכה בטענת החפות של המבקשים

21. מחברות הדו"ח הביאו שורה של אינדיקציות, שהיה בהן בכדי להטיל ספק באשמתם של המבקשים. בין היתר, צויינו בעניין זה ראשית, בדיקות פוליגרף שנערכו לארבעה מן המבקשים. תוצאות הבדיקה הראו תגובות שליליות של כל המבקשים לעניין שיטת הרצח (בחניקה). שלושה מהם נמצאו בבירור דוברי אמת בהכחשתם את מעורבותם ברצח. ממצאים אלה, כך נטען בדו"ח, מתחדדים נוכח הודאותיהם ה"חד-משמעיות" של המבקשים, כפי שאומצו על ידי הערכאות השונות. מחברות הדו"ח הדגישו, כי אמנם אין בדיקת הפוליגרף

מהווה ראייה קבילה, אך יש בה - בייחוד נוכח ריבוי התוצאות השליליות לגבי כל המבקשים שנבדקו - כדי להטיל ספק באשמתם. שנית, היעדרם של ממצאים פסיים הקושרים בין ביצוע הרצח לבין המבקשים. מחברות הדו"ח ציינו בהקשר זה, כי לא נמצאה אף ראייה הקושרת בין המנוח (בגדיו, המחברות שהחזיק, החבל בו נכפת או נחנק, הקרש בו הוכה, הסדין בתוכו הובל, הסמרטוט בו נחסם פיו) לבין המבקשים. לא נמצאו גם סימני זרע או שיער של מי מן המבקשים - הן בזירת הרצח (אתר הבניה) והן במקום גילוי הגופה (המערה). מחברות הדו"ח הוסיפו עוד, כי לא נתגלה קשר בין ממצאים שנמצאו לבין המבקשים. כך, לדוגמא, לא ניתן הסבר בהודאות המבקשים למריחת רגליו של המנוח באיזור האחורי של הירכיים בצואה שאינה צואתו של המנוח. גם גרגירי הזרחן והמגנזיום שנמצאו על גופת המנוח, לא נקשרו פוזיטיבית למקום בו הושארה הגופה - על פי הודאת המבקשים - ב"תחנת הביניים" שבין אתר הבניה לבין המערה. עוד צויין בדו"ח, כי בזירת הרצח עצמה - היא אתר הבניה - לא נמצא כל ממצא (סימני דם או האבקות) הקושר את המבקשים או את הגירסה שהציגו בהודאותיהם, עם ביצוע הרצח.

22. אינדיקציה שלישית לחפותם של המבקשים, מצאו מחברות הדו"ח בחולשתם של החיזוקים, עליהם התבססו הערכאות השונות בקביעת מהימנות ההודאות שניתנו על ידי המבקשים. אליבא דמחברות הדו"ח, מרבית הממצאים האובייקטיביים שהופיעו בהודאות המבקשים - ועליהם נסמכו הערכאות השונות כחיזוק - היו ידועים למשטרה עוד טרם פתחה בחקירה ואין מקורם במבקשים עצמם. זאת ועוד: הממצאים עצמם לא הוסיפו כל ממצא אובייקטיבי חיצוני חדש שיקשור את המבקשים לעבירה, על יסוד ידיעת פרטים בלעדית על ידי מבצע העבירה. מחברות הדו"ח הדגישו, על כן, כי כשם שההתאמה בין הממצאים לבין ההודאות ביססה את אשמתם הלכאורית של המבקשים, הרי שיש בה גם להעיד על "השראה" של מידע בין הנחקרים ועל "השריה" של הנחקרים במידע שכבר היה ידוע ממילא למשטרה. "השראה" זו אינה הכתבה מאונס של ההודיה אלא דינמיקת חקירה שתוצאתה הינה הודית שווא. עניינה של "השראה" זו הינה דינמיקת חקירה בה מגלים החוקרים לנחקר פרט או פרטים מסויימים הידועים לחוקרים שלא מן הנחקרים עצמם. פרטים אלו חוזרים להודאות עצמן ונחזים כאילו באו מן הנחקרים עצמם ועל כן מסבכים אותם לכאורה בביצוע העבירה. מחברות הדו"ח הוסיפו וציינו, כי לכאורה נמצאו רק שני ממצאים פסיים חיצוניים שקשרו את המבקשים לביצוע הרצח, והם השריטה על צווארו של מבקש מס' 1 וגרגירי הזרחן והמגנזיום שנמצאו על גופת המנוח. לטענת מחברות הדו"ח, אין די בממצאים אלה. אשר לשריטה, הרי שבבדיקת מעבדה לא נמצא כל חומר תחת ציפורניו של המנוח ותיאור המאבק עצמו עם המנוח מקורו רק בהודאה עצמה. אשר לגרגירי הזרחן והמגנזיום, הרי שבאלה לא היה כדי לאשש את הודאת המבקשים בהסתרת גופת המנוח ב"תחנת הביניים" (שלמרגלות האוניברסיטה) שכן לא הובאה בפני מי מן הערכאות שדנו בעניין והתבססו על ממצא זה, כל חוות דעת מדעית הקושרת בין גרגירים אלו למקום אליו כיוונו המבקשים בהודאותיהם כ"תחנת הביניים".

23. גם בחיזוקים האחרים עליהם נסמכו הערכאות השונות, נמצאו חסרים ותהיות על ידי מחברות הדו"ח. שפיכת הזבל על ידי מבקש מס' 2 בסמוך לפתח הגדול של המערה לא נועדה - ולא יכלה - להסתיר את גופת המנוח, שהייתה מונחת לרוחב הפתח הקטן דווקא, ועל כן לא היה מקום להיאחז בה כחיזוק. הוא הדין לעניין נכונותם של המבקשים לשמש כעדי מדינה. בדו"ח נקבע, כי יתכן והיוזמה באה דווקא ממדובב (מן המשטרה) ולא דווקא מן המבקשים. ספק גם, כך צויין, אם המבקשים הבינו לאשורו את משמעות המונח "עד מדינה". מחברות הדו"ח טענו, כי מתמלילי השיחות שבין חלק מן המבקשים עולה, כי הם ייחסו למונח זה משמעות השונה מן המקובל, והיא עד המפליל אחרים אך אינו קשור כלל לפשע. עוד צויין בדו"ח, כי על אף שהשחזורים שנעשו נחזו להיות מהימנים לא היה מקום להסתמך עליהם כחיזוק, שכן חלק מן הפרטים שבשיחזורים הוכחו בבירור כלא נכונים. על כן, צויין בדו"ח, לא היה מקום להסתמך רק על חלק מן השיחזורים תוך דחית האפשרות, כי הפרטים השגויים מעידים על הכלל ולא מהווים חריג לו.

ג. דינמיקת החקירה

24. מחברות הדו"ח ניתחו בהרחבה את טיעוניהם של המבקשים בדבר ה"תבנית" שביסוד אי ההתאמות שבהודאותיהם. "תבנית" זו מצאה ביטוי בהימצאות פרטים בהודעות שמסרו המבקשים ובשינוי אחיד של ההודאות תוך שינוי פרטים אלה, כל אימת שממצאי החקירה בשטח לא עלו בקנה אחד עם הפרטים שנמסרו בהודאות. כך, לדוגמא, פירוט מחברות הדו"ח את ה"תבנית" שבהודאות המבקשים לעניין המקום בו הונחה גופת המנוח לאחר הרצח. האמירות הראשונות בעניין זה נגבו בתאריכים 8.3.84 - 14.3.84, מן המבקשים 3 ו-4. על פיהן, המנוח נחטף ונרצח בשכונת דניה וגופתו הובלה מיד למערה בה נמצאה ביום 11.12.83. בתאריכים 15.3.84 - 19.3.84 מסרו המבקשים 2-4 גירסאות מפורטות ושחזורים מלאי בטחון ולפיהם הושארה גופת המנוח באתר הרצח בשכונת דניה למשך הלילה ולא הובלה כאמור בגירסתם הראשונה של מבקשים 3 ו-4 ישירות למערה. מחברות הדו"ח נימקו שינוי גירסה זה בהתפתחות החקירה עצמה ובגילוי, לפיו מבקשים 2 ו-4 נראו בסמוך לזמן האירוע במכוניתו של אדם אחר. מכאן ברי, כי הגרסה הראשונה שמסרו לא יכלה עוד לעמוד. מכאן גם ההסבר, אליבא דמחברות הדו"ח, לשינוי הגירסה שבעניין זה. "תבנית" זו נמשכה גם בשלב הבא של חקירת המבקשים. מחברות הדו"ח מביאות את הגירסה שמסרו בעניין זה המבקשים 2-4, בתאריכים 27.3.84 - 28.3.84. על פי גירסה זו, הושארה גופת המנוח בלילה שלאחר הרצח באיזור החורשה שמתחת לאוניברסיטה. גם שינוי זה הוסבר על ידי מחברות הדו"ח בגילוי ממצאים המשמיטים הקרקע תחת הגירסאות הקודמות שנמסרו בעניין זה. כך, בסמוך לפני מסירת גירסה שלישית ואחרונה זו נתגלה לחוקרים כי לא נמצאו באתר הרצח כל ממצאים הקושרים את המבצעים לביצוע הרצח וכי פועלים שעבדו במקום בעת ההיא

לא דיווחו על כל דבר חשוב. כמו-כן, נתגלו על גופת המנוח ממצאים (גרירי זרחן ומגנזיום ועלי אלון מצוי) שלא התאימו לגירסה לפיה המנוח הושאר באתר הרצח בליל הרצח ולמחרת הובל ישירות למערה. מסקנתן של מחברות הדו"ח היתה, כי העובדה שנחקרים הודו בפרטים מסויימים שנתבררו אחר כך כלא נכונים והודו לאחר מכן בפרטים החדשים "הנכונים יותר" - כל זאת כאשר הם מוחזקים בנפרד זה מזה - מעלה ספק באשר לאמינותן של הודאותיהם כולן. טענה זו לא נבחנה לאשורה, לטענת מחברות הדו"ח, באף אחת מן הערכאות. עוצמתה של הטענה מתבררת, כך צויין, רק לאחר השוואה בין הפרטים שבהודאות והסתירות שבהן - לבין התפתחות החקירה והממצאים שבידי המשטרה בכל שלב ושלב. אליבא דמחברות הדו"ח, אי ההתאמות מחד, ותבניתן של אי התאמות אלו מאידך, חורגות מגדריה של חקירת משטרה טבעית ומעלות חשש של ממש, כי ההודאות אינן אלא אמירות שווא, שמקורן אינו בידיעת אומרן אלא דווקא בחוסר ידיעה וברצון לרצות את החוקרים.

25. אליבא דמחברות הדו"ח, "תבנית" זו בעייתית היא. יש בה כדי ליצור זיקה בין עניין שהיה לחוקרים בתוכן הגירסאות שנמסרו (עקב הממצאים שנתגלו בכל פעם) לבין הגירסה שנמסרה לבסוף. בה בעת, אין בנמצא הסבר אלטרנטיבי להתאמה זו בפרטים עצמם ובשינויים בגירסאות אלא בדינמיקת החקירה עצמה. כך, שכן המבקשים הוחזקו בנפרד זה מזה ולא יכלו לתאם גירסאות בעניין זה. כך, שכן הפרטים שבהם הודו - ואחר כך שינו פעם ופעמיים - היו שוליים לביצוע הרצח עצמו ומערבותם בו ולא היה לכאורה כל אינטרס למי מן המבקשים דווקא להסתיר ולשקר באשר לפרט זה בשלב אחד של החקירה, ולהודות בו בשלב האחר. מכאן הסיקו מחברות הדו"ח, כי עולה חשש כי פרטים אלה - כמו גם ההודאות כולן - שיקריים המה. מקורם בחוקרי המשטרה שהעבירו מידע לנחקרים עצמם, מנחקר אחד לחברו, תוך יצירת מסכת אחידה של הודאות וגרסאות.

ד. ההגיון הפנימי של מעשה העבירה

26. בדו"ח צויינה שורה של תמיהות וקשיים, שעניינם חסרים באשר להגיון שבסיפור המעשה כפי שנקבע כממצא עובדתי על ידי בית המשפט המחוזי, בהתבסס על הודאות המבקשים. בין היתר צויין בהקשר זה, אי ההגיון שבהסתרת הגופה ב"תחנת הביניים" וחזרת המבצעים למקום יום לאחר הרצח - בעת שהחיפושים אחר המנוח היו בעיצומם, על מנת ליטול את הגופה ולהעבירה למערה בה נמצאה לבסוף; אי ההגיון שבקביעה לפיה התעללו מינית חלק מן המבקשים בגופה כאשר ההסתברות להתעללות מסוג זה לאחר מות הקורבן, על ידי מספר פרטים יחדיו, נמוכה היא; מקום הרצח היה חשוף יחסית וגלוי ולמבקשים לא היתה סיבה להניח כי לא יתגלו בו. אתר הבניה היה בלב מקום מגורים מיושב והבחירה בו - לרבות הוצאת הגופה לאחר מכן חזרה אל

הרכב - אינה הגיונית בהכרח. כן צויין בדו"ח, כי בחירת אתר הבניה כמקום הרצח היתה חסרת הגיון בפני עצמה, זאת שכן למבקשים לא הייתה סיבה לסבור כי לא יהיה שומר במקום.

ה. אינדיקציות לחפות המבקשים העולות משיחות שערך

27. בדו"ח צוינו שורה של שיחות ותמלילים - לרבות אלו שבחומר החקירה החדש שהיה בידי השב"כ ולא הובא במשפט - מהם עולות אינדיקציות לחפותם של המבקשים. חלק מהן, באמירות שעניין אי ידיעה אודות זהות הרוצח ושותפיו; אי ידיעת פרטים אודות שיטת הרצח, לבוש המנוח והחפצים שהיו בחזקתו, מקום הרצח, השארת הגופה במקום הרצח, וכן קיומה של הפגישה שקדמה לכאורה לרצח, בה הסכימו וקשרו המבקשים לחטוף ילד ולרוצחו. אינדיקציות נוספות נמצאו באמירות המצביעות, לטענת מחברות הדו"ח, על פרטי חקירה קריטיים שנחשפו בחקירה עצמה על ידי החוקרים ואשר נמסרו על ידי המבקשים במסגרת הודאותיהם רק לאחר ש"הובאו" לידיעתם על ידי חוקריהם. עוד הובאו בדו"ח קרפ שורה של אמירות מטעם המבקשים כמצביעות על אלימות ולחץ בחקירה ואמירות מהן עולה, כי המבקשים פעלו לעיתים קרובות מתוך כוונה לרצות את חוקריהם ותוך פיתוח תלות בהם. אמירות אלו, כשהן מצטרפות זו לזו - כך נטען - מצביעות אף הן על סימני חפות בגירסת המבקשים ומעלות ספק בהרשעתם.

ו. כשל הייצוג - הגנתם המשפטית של המבקשים

28. טענה מרכזית בדו"ח קרפ היתה, כי ייצוגם של המבקשים בערכאה הראשונה (עת ייצוג כל אחד בנפרד על ידי עורך דין ממונה מטעם בית המשפט), היה לקוי במידה כזו, שיש בו כדי להשפיע בשאלת חפותם שלהם. מסקנה זו נסמכה, בין היתר, על שורת ממצאים, ובהם: אי פגישה עם המבקשים בעת חקירתם; היעדר נסיון של מרבית הפרקליטים שייצגו את המבקשים במשפטים פליליים בכלל ובמשפטי רצח מורחבים מעין אלה בפרט; זמן הכנה קצר ולא מספיק לקראת המשפט והישיבות שנתקיימו בו; זמן פגישה קצר, אם בכלל, עם המבקשים לכל אורך המשפט. כן צוינו בדו"ח מספר כשלים הנוגעים לאופן ניהול המשפט על ידי סניגוריהם של המבקשים. כך, צויין בין היתר, כי טענות הפסול שהיו צריכות להיטען במסגרת משפט הזוטא לא נטענו או שלא נטענו במועדן ובכך פתחו השער בפני קבלת ההודאות כראיות; כן צוינה אי העדתם של המבקשים במשפט עצמו (למעט מבקש מס' 3). אי העלאתם של המבקשים לעדות כקו הגנה הוגדרה בדו"ח קרפ - כמו גם בפסקי הדין של הערכאות השונות שדנו בעניין - כ"מכשלה הגדולה ביותר של ההגנה" וכטעות קריטית של באי כוחם. עוד צויין, כי לא כל הסניגורים נכחו בדיונים עצמם וכי לאחדים מן המבקשים לא היה סניגור לשם הגשת כתב

הערעור לבית המשפט העליון, והם נאלצו להכין את ערעורם בעצמם. על רקע זה סיכמו מחברות הדו"ח, כי היעדרו של ייצוג ראוי במקרה שלפנינו מטיל אף הוא ספק ניכר באשמתם של המבקשים.

29. על יסוד ששה אדנים אלה שבדו"ח קרפ, עלתה ממנו ההמלצה - ולמצער התשתית - לעריכתו של משפט חוזר בעניינם של המבקשים. כך בייחוד נוכח חומר החקירה החדש וסוגיית כשל הייצוג.

הבקשה למשפט חוזר

30. בעקבות דו"ח קרפ פנה בא כוח המבקשים ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לקיים משפט חוזר. טענת המבקשים היתה, כי קיימות עובדות וראיות חדשות שלא היו בידי ההגנה ולא הובאו בפני בית המשפט ושיש בהן כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקשים (כאמור בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984 - (להלן: החוק) או לחלופין - כי קיים חשש של ממש כי בהרשעתם של המבקשים נגרם להם עיוות דין (כאמור בסעיף 31(א)(4) לחוק). נימוקיה של הבקשה נסמכו רובם ככולם על ממצאיו של דו"ח קרפ ואדניו. המבקשים חזרו בבקשתם על עיקרי התמיהות והקושיות שהתעוררו בדו"ח קרפ ועל השאלות שנתרו ללא מענה בפסקי הדין של הערכאות השונות שדנו בתיק. בטיעון בפני בעל פה, חזר בא כוח המבקשים בהרחבה על סוגיית דינמיקת החקירה וה"תבנית" שבהודאות והגרסאות. לטענתו, אין ספק כי הפעלת אלימות בחקירה היא שהובילה ל"תבניתיות" זו. כן הדגיש בא כוח המבקשים את אי העברת חומר החקירה לידי סניגורי המבקשים. אליבא דידו, העלמת חומר זה נעשתה בזדון תוך שקר מכוון של אנשי המשטרה בעניין זה. העלמה זו מעידה, לשיטתו, על כשל מערכתי רחב העולה כדי עיוות דין. בבקשה צויין עוד, כי ביני לביני שונו הוראות הדין לגבי התנאים לעריכתו של משפט חוזר, וכי לאור שינוי הדין - המקל על המבקש להורות על משפט חוזר - הרי שיש די והותר על מנת לבסס את העילות שבחוק ולקיים משפט חוזר בעניינם של המבקשים.

עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה

31. על פי תקנה 2(ג) לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957, הציג היועץ המשפטי לממשלה דאז (מר מיכאל בן יאיר), את עמדתו באשר לבקשה לקיים משפט חוזר. בעמדתו התייחס היועץ המשפטי לממשלה הן לסוגיית הראיות החדשות, הן לענין כשל הייצוג והן לענין התמיהות העולות מחומר החקירה. אשר לחומר החקירה החדש, הגיע היועץ המשפטי לממשלה למסקנה, כי אין בו כשלעצמו פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט (כפי הנדרש בסעיף 31(א)(2) לחוק) - זאת הן בהתחשב במידת המשקל שניתן למניע הלאומי לכאורה של המבקשים במשפט עצמו, הן בהתחשב בקבילותו של חומר החקירה עצמו והן באשר

למשקלו. בהתייחס לסוגיית כשל הייצוג הסכים היועץ המשפטי לממשלה כי ההגנה המשפטית אשר עמדה למבקשים בערכאה הראשונה לא היתה ברמה ההולמת את צרכי הייצוג בתיק מהסוג הנדון. בה בעת הדגיש היועץ המשפטי לממשלה, כי לא יהא מקום לעריכת משפט חוזר, בשל קו הגנה וייצוג לקוי, אלא אם ישנו חשש ממשי כי בהרשעה נגרם עיוות דין (כאמור בסעיף 31(א)(4) לחוק). בעמדתו התייחס היועץ המשפטי לממשלה גם לטענות בעניין התמיהות בחומר החקירה וה"תבנית" שביסוד ההודאות. עמדתו היתה, כי מרביתן של טענות אלה נבחנו בהרחבה על ידי הערכאות שדנו בעניין ואין בהן כל חידוש. עוד צויין, כי אין בהן לכאורה כדי להתגבר על אותם ממצאים וחיזוקים חיצוניים המסבכים את המבקשים בפשע. בה בעת, הסכים היועץ המשפטי לממשלה, מר בן יאיר, כי כנגד הרשעתם החד משמעית של המבקשים נותרו בעינן תמיהות מספר, בייחוד בהתייחס להיעדרם של חיזוקים וממצאים פיזיים אובייקטיביים הקושרים בין המבקשים לבין ביצוע הרצח; בהתייחס לחולשתם של החיזוקים הראייתיים עליהם נסמכו הערכאות השונות ובהתייחס לתמיהות הקשורות בדינמיקת החקירה של המבקשים.

32. היועץ המשפטי לממשלה סיכם עמדתו, כי

"גם אם אין באף אחת מן הטענות אשר פורטו בבקשה, כשהיא לעצמה, עילה למשפט חוזר, יש מקום לבדוק אם בהצטברותן של תקלות (כמו אי העברת חומר חקירה), ייצוג משפטי לקוי ותמיהות בלתי פתורות יש כדי ליצור עילה למשפט חוזר... דעתי היא שיש לבחון את הפרשה שבפנינו בראיה רחבה מבחינת ייצוגו של אינטרס הציבור ועל כן - בשל חומר החקירה שלא נמסר בזמנו להגנה, בשל הייצוג המשפטי הבלתי הולם ובשל סימני השאלה המלווים פרשה קשה זו, כמפורט בדו"ח קרפ, איני מוצא לנכון להתנגד לבקשה לקיום משפט חוזר".

בשולי עמדתו ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי פרקליטות המדינה סבורה, כי יש להתנגד לעריכתו

של משפט חוזר.

בקשת פרקליטות המדינה להצטרף להליך

33. לאחר הגשת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לבית משפט זה, פנתה פרקליטות המדינה

בבקשה להביא בפני בית המשפט את הטעמים העומדים ביסוד עמדתה - כפי שזו אוזכרה גם בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה - ולפיה אין לקיים משפט חוזר בעניינם של המבקשים. בא כוח המבקשים התנגד לבקשה. בהחלטה מיום 4.2.97 דחיתי את בקשתה של פרקליטות המדינה. ביסוד עמדתי זו עמדה הקביעה כי לפרקליטות המדינה - בפני עצמה - אין מעמד במסגרת ההליכים הקשורים בשאלת עריכתו של משפט חוזר.

המעמד נתון באופן עקרוני אך לנידון שהורשע או ליועץ המשפטי לממשלה. בה בעת ציינתי בהחלטתי, כי אין כל מניעה לצרף את עמדתה של פרקליטות המדינה לבקשה, אם ימצא היועץ המשפטי לממשלה לעשות כן.

34. בגדריה של החלטתי מיום 4.2.97, נתבקשה גם הבהרת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, כאמור בסמכותי על פי תקנה 6 לתקנות בתי המשפט (סדרי הדין במשפט חוזר), התשי"ז1957-. בהחלטתי ציינתי, כי סיכום עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, מר בן יאיר, מותיר חוסר בהירות באשר לעמדתו האם קיימת - אם לאו - עילה לקיומו של משפט חוזר. כן לא בהירה היתה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלה אם אכן נתעורר חשש של ממש כי בהרשעת המבקשים נגרם להם עיוות דין, כאמור בסעיף 31(א)(4) לחוק.

עמדתו המחודשת של היועץ המשפטי לממשלה

35. בעקבות החלטתי מיום 4.2.97 הוגשה בפני עמדתו המחודשת של היועץ המשפטי לממשלה. עקב חילופי הגברא בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, הוצגה העמדה המחודשת על ידי מר אליקים רובינשטיין. לשאלת קיומה של עילה לקיומו של משפט חוזר היתה עמדתו, כעמדתה של פרקליטות המדינה (שחוות דעתה ונימוקיה צורפו לעמדת היועץ המשפטי גופא) כי אין במקרה שלפנינו עילה לקיומו של משפט חוזר וכי יש לדחות בקשה זו לעריכתו של משפט חוזר.

36. אף בעמדתו המחודשת של היועץ המשפטי לממשלה עמדה במוקד שאלת התקיימותן של העילות מכח סעיפים 31(א)(2) ו-31(א)(4) לחוק. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי אותו "עיוות דין" שבסעיף 31(א)(4) לחוק מחייב הוכחתו וביסוסו של פוטנציאל ממשי לשינוי בתוצאה. לשיטתו, יש לבחון את מכלול הנסיבות הקשורות למשפט ואם ישנן די ראיות להרשעה, תיותר היא על כנה, כל עוד אין פוטנציאל ממשי לשינוי בתוצאה. אליבא דיועץ המשפטי לממשלה, על המבקש לבסס עילתו של המשפט החוזר, להראות כי קיים חשש ממשי - ולא רק חשד סביר - לקיומו של עיוות דין. נדרש יסוד הסתברותי, לפיו עיוות הדין הביא להרשעה ועמד ביסודה. יש להראות, כי אילולא עיוות הדין היה סיכוי טוב כי המורשע יזכה. בה בעת - יתכנו מקרים חריגים בהם יהא עיוות דין למרות קיומן של די ראיות והיעדר פוטנציאל לשינוי התוצאה, זאת כאשר נגרמה פגיעה דיונית חמורה ביותר. במובן זה, כך נטען, קיים קשר בין עוצמת הפגיעה בזכויות הנידון לבין הצורך בהוכחת הפוטנציאל לשינוי התוצאה. ככל שהפגיעה בזכויות הנידון הינה בעוצמה חזקה יותר, יקטן נטל ההוכחה המוטל על הנידון ולפיו ישנו חשש ממשי לשינוי תוצאת המשפט לטובתו.

37. בהפעילו אמת מידה זו על החומר שבפניו והטענות שהועלו בדו"ח קרפ ובבקשה למשפט חוזר שהגישו המבקשים, בא היועץ המשפטי לממשלה לכלל מסקנה, כי אין במקרה שבפניו אותו עיוות דין או פוטנציאל של ממש לשינוי תוצאת ההליך ועל כן לא נתקיימו התנאים לעריכתו של משפט חוזר. בהתייחס לראיות החדשות (חקירת השב"כ וממצאיה), חזר היועץ המשפטי לממשלה על עמדתו של קודמו בתפקיד ולפיה אין בחומר זה אותו הפוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט וכן אין באי העברת הממצאים לידי ההגנה את אותו פגם דיוני חמור המקים את עילת סעיף 31(א)(4) לחוק בדבר קיומו של עיוות דין. כן ציין היועץ המשפטי, כי קיים ספק לגבי קבילותן של חלק מן הראיות, ובייחוד בדיקת הפוליגרף. אשר לכשל הייצוג, קבע היועץ בעמדתו, כי אין הכשלים שהוצגו כה חמורים כפי שהציגם בא כוח המבקשים וכפי שהובאו בדו"ח קרפ. כך, מצוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי ייצוג המבקשים נעשה ברובו על ידי עורכי דין בקיאים בתחום; כי אין בעצם היות הפרקליטים סניגורים ממונים בכדי לקבוע מסמרות באשר לרמת הייצוג לה זכו המבקשים וכי טענה זו בדבר כשל הייצוג לא נטענה בערעור לבית המשפט העליון וגם לא בגדריה של הבקשה לדיון נוסף. היועץ המשפטי לממשלה חיווה אמנם דעתו לפיה "אינני יכול לומר כי ברי לי שהייצוג היה אידיאלי" אולם סיכם עמדתו בנקודה זו בציינו כי "לא שוכנעתי למקרא החומר שבפני, כי קשיי הייצוג גרמו לעיוות דין".

38. בחוות דעתו המחודשת נתן היועץ המשפטי לממשלה את דעתו גם לתהיות ולשאלות שעלו מחומר החקירה ומדינמיקת החקירה. בחוות הדעת צוין ונטען, כי אין בתמיהות אלו - ככל שהן אכן קיימות במציאות - בכדי לקעקע את הרשעתם של המבקשים או לבסס עיוות דין בעניינם. כך, גם אם היתה מובאת חוות דעת השב"כ בדבר היעדר מניע לאומני - לא היתה תוצאת המשפט משתנה; כך, שכן אין בהבדלים שבגרסאות ובדו"ח הפתולוג לעניין שיטת הרצח בכדי לנתק את מעורבותם של המבקשים מביצוע הרצח; כך, שכן אותן סתירות וחצאי אמיתות שנתגלו בהודאות המבקשים אינן משמיטות את הקרקע תחת אמינותן העקרונית של הודאות אלה וסיפור המסגרת העולה מהן; כך, נוכח השיחוזרים המפורטים והאמינים - שלמעט אחד מהם - קושרים ומהדקים המה את טבעת האשמה סביב המבקשים.

39. היועץ המשפטי לממשלה סיכם את עמדתו, באומרו:

"אכן, למקרא רשימת התמיהות יכול אדם לשאול עצמו, האין בכל אלה כדי להצדיק בדיקה שיפוטית מחודשת? ואולם, ככל שהפכתי ברשימה נראה לי, שאם גם נותרו שאלות מסויימות שאין להן פתרון, הנה אף באלה, בכור הנסיון האנושי ובמגבלותיו, אין כדי להביא למסקנה, כי נגרם חשש ממשי לעיוות דין... המדובר בתיק מורכב, שההרשעה בו יסדה יתדותיה בראש ובראשונה על הודאות; אך המסה הקריטית הראייתית, שהיתה מסד ההחלטות השיפוטיות, דומה שלא נתערעה חרף התמיהות. כאמור, אינני מתעלם מסימני השאלה שהועלו. ואולם, במבחנים שהוצבו לעיל - ובראש ובראשונה בהקשר התוצאתי - איני סבור כי הגיעו לדרגת חשש ממשי כי בהרשעה נגרם עיוות דין".

הצטרפות הסניגוריה הציבורית להליך "כידיד בית המשפט"

40. ביום 5.7.97 פנתה לבית משפט זה הסניגוריה הציבורית, הפועלת מכח חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, וביקשה להצטרף לבקשה שבפני לקיומו של משפט חוזר בעניינם של המבקשים. הסניגוריה הציבורית סברה, כי מכח מומחיותה והתפקידים שהוקנו לה בחוק הסניגוריה הציבורית וכן נוכח השאלות המתעוררות בתיק זה בשאלת טיב הייצוג המשפטי ואיכותו, הרי שיש לאפשר לה להצטרף להליך ולהביע עמדתה בסוגיות אלה, וזאת כ"ידיד בית המשפט" (Curiae) (Amicus). עוד טענה הסניגוריה, כי בשל שינוי חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 והעילות למשפט חוזר, לרבות הוספת "עילת הסל" שבסעיף 31(א)(4) (חשש מעיוות הדין), הרי שיש ליתן לה לומר דברה ולהציג עמדתה בסוגיה. המבקשים הסכימו לבקשת ההצטרפות. המשיבה, מאידך, התנגדה להצטרפותה של הסניגוריה הציבורית להליך שבפני. התנגדות זו הוסברה, בין היתר, בהיעדר סמכותה של הסניגוריה הציבורית להופיע בהליך כאשר אין היא מייצגת בו נאשם ספציפי. עוד נטען בפני, כי מתן מעמד לסניגוריה הציבורית יפתח הפתח בפני הצטרפותם של גורמים אחרים שיצביעו על עניין לכאורה בהליך, כל זאת תוך הפרת האיזונים היסודיים שביסוד שיטת המשפט בכלל, והמשפט הפלילי בפרט. בייחוד הדגישה המשיבה את הכפילות וייתור הצורך בהופעת הסניגוריה הציבורית בהליך של משפט חוזר. כך, נוכח מעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה בהליך זה, כשהוא מייצגו המובהק של אינטרס הציבור. על כן, חוות דעת מעין אלו של הסניגוריה - צריך שתהיינה מוגשות אך באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ועל דעתו. אף לגוף העניין סבר היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום להגשת הטיעון במקרה שבפני, זאת נוכח ייצוגם של המבקשים; נוכח ההתייחסות המקיפה לסוגיית כשל הייצוג בדו"ח קרפ, ונוכח ההתייעצויות המוקדמות שנתקיימו ממילא בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הסניגוריה הציבורית בתיק זה.

41. בהחלטתי מיום 11.9.97 נעתרתי לבקשת הסניגוריה הציבורית להצטרף להליך ולהביע עמדתה בשני נושאים: הראשון, מהו מקומו של ייצוג לא נאות שניתן בערכאה הראשונה, במסגרת בקשה למשפט חוזר; השני, מה היא המשמעות של המושג "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין" שבסעיף 31(א)(4) לחוק. בהחלטה ציינתי, כי הנימוקים לה ינתנו בהחלטה לעניין המשפט החוזר. הגיעה העת לכך.

"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)

42. מוסד "ידיד בית המשפט" מוכר בשיטות משפט שונות מזה מאות בשנים (ראו: S. Krislov,

"The Amicus Curia Brief: From Freindship to Advocacy" 72

694 (Yale L.J. 1962). עיקרו הוא סיוע לבית המשפט בסוגיה כלשהי, על ידי מי שאינו צד ישיר לסכסוך הנדון. במקור היה מוסד זה כלי להצגת עמדה נייטרלית בלבד בהליכים, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט. אך בהמשך התפתח מוסד "ידיד בית המשפט" כצד להליך, שאינו דווקא נייטרלי ואובייקטיבי, אלא שהוא מייצג - מתוקף תפקידו או עיסוקו - אינטרס או מומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית המשפט בסכסוך ספציפי. כך, באותם המקרים בהם קיים גורם שלישי - שאינו מעורב בסכסוך עצמו - ניתן יהיה לצרפו כ"ידיד בית המשפט", אם יאה בנוכחותו בהליך בכדי לתרום לגיבושה של ההלכה בעניין מסויים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלבאנטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים (ראה: Krislov ה"ל, בעמ' 695-709).

43. מוסד ה-Amicus Curiae, ככזה, אינו מוכר בחוק החרות הישראלי (השוו: 28 U.S.C., Rule

37). בה בעת, ניתן למצוא בחקיקה שורה של מוסדות וגופים להם ניתן מעמד מיוחד כצד להליך, גם בהליכים בהם אין הם מעורבים ישירות. הבולט שבהם הוא היועץ המשפטי לממשלה, אשר מופקד מתוקף תפקידו על האינטרס הציבורי והוסמך, על כן, להצטרף לכל הליך כנציג המדינה ובלבד שמעורבים בו זכות ציבורית או עניין ציבורי (ראו: סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]). הסמכה זו של היועץ המשפטי לממשלה, כמייצג האינטרס הציבורי, מצויה גם בשורה של הוראות חוק ספציפיות (ראו: סעיף 153 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 69 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962). לצד היועץ המשפטי לממשלה, ניתן למצוא גופים ו"ידידים" נוספים של בית המשפט. כך, למשל, מעמדה של הרשות לניירות ערך מכח סעיף 35 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; מעמדה של הרשות להגנת הצרכן והמועצה הישראלית לצרכנות מכח סעיף 16(א) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 - ותקנה 3 לתקנות חוזים אחידים, התשמ"ג-1983. מעמד דומה ניתן לארגון העוסק בזכויותיו של מי שאסור להפלותו, זאת מכח סעיף 13 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

44. האם הוראות חוק אלו - והגופים המנויים בהם - מהווים רשימה סגורה של "ידידי בית המשפט"

וההליכים בהם יכולים הם להופיע? תשובתי לשאלה זו הינה בשלילה. אכן, בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי (ראו: Krislov ה"ל, בעמ' 696), מצווה בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו - במקרים המתאימים לכך - גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעיתים בית המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיוזמתו שלו, בכדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם (ראו: תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). כן הורחבה על ידי בית משפט זה זכות העמידה

תוך יצירת המעמד של "העותר הציבורי" (ראו: בג"ץ בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1). כך, מקום בו ישנו גוף ציבורי - שאמנם אינו צד ישיר להליך - אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר, לו יש נגיעה אישית או ישירה לעניין. (ראו: בג"ץ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192 והשווה: בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1) 267, 273-274) בכך ינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו (ראו: בג"ץ 744/97 גוזלן נ' בית המשפט המחוזי בנצרת (טרם פורסם)).

45. הנה כי כן, מסקנתי היא כי הסמכות לצירופו של גוף או אדם כ"ידיד בית המשפט", קיימת באופן עקרוני. אולם סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. יש לעמוד על המשמר בעניין זה ולוודא, שאכן יש בצירוף צד נוסף להליך כדי לתרום הן לדיון עצמו והן לאינטרס הציבורי. יש לבחון בכל מקרה ומקרה, אם אין בצירוף האמור משום פגיעה ביעילות הדיון, בצדדים לסכסוך עצמו ובזכויות היסוד שלהם. על חלק משיקולים אלה עמדתי בעבר, בצייני:

"יש מקום לשקול הצטרפותו של עותר 'ציבורי' נוסף או משיב 'ציבורי' נוסף אם מתוך בקשתו נראה כי הוא מוסיף לעמדת הצד אליו הוא מבקש להצטרף. אין מקום להצטרפותו של עותר 'ציבורי' נוסף או משיב 'ציבורי' נוסף אם מתוך בקשתו נראה כי הוא חוזר על עמדות שכבר נטענו על ידי הצד אליו מבקש הוא להצטרף" (בג"ץ 5368/86 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364, 373).

ובפרשה אחרת ציינתי:

"יש מקום לצירופם של עותרים (או משיבים) נוספים רק אם יש יסוד להניח, כי בהצטרפותם יהיה כדי לתרום תרומה מחדשת, שהיא בעלת משמעות בהקשר לסוגיה המתבררת לפני בית המשפט ואם יש, מאידך גיסא, מקום לחשש, שהבירור הנאות ילקה בשל אי צירוף צד נוסף". (ראו: בג"ץ 5883/93 יהלום נ' המפקח הכללי (לא פורסם)).

אכן, בטרם תינתן לגוף או לאדם הזכות להביע עמדתו בהליך בו אין הוא צד מקורי, יש לבחון את תרומתה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת. יש לבחון את מהות הגוף המבקש להצטרף. יש לבדוק את מומחיותו, נסיונו והייעוץ שהוא מעניק לאינטרס בשמו מבקש הוא להצטרף להליך. יש לברר את סוג ההליך ואת הפרוצדורה

הנוהגת בו. יש לעמוד על הצדדים להליך עצמו ועל השלב בו הוגשה בקשת ההצטרפות. יש להיות ערים למהותה של הסוגיה העומדת להכרעה. כל אלה אינם קריטריונים ממצים. אין בהם כדי להכריע מראש אימתי יהא מן הדין לצרף צד להליך כ"דיד בית המשפט", ומתי לאו. בה בעת, יש לשקול קריטריונים אלה, בין היתר, טרם יוחלט על צירוף כאמור.

הסניגוריה הציבורית כ"דיד בית המשפט" בהליך דנן

46. בחינת ההליך שבפני הובילה אותי למסקנה, כי מן הדין היה ליתן לסניגוריה הציבורית להגיש את עמדתה בשאלות שנקבעו בהחלטתי מיום 11.9.97. כך, שכן תפקידה העיקרי - מכח החוק (חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו1995-) - הינו ייצוג נאשמים בהליכים פליליים (ראה סעיף 1(ב) לחוק). חוק זה מחייב את הסניגוריה הציבורית לדאוג לרמה נאותה של ייצוג (סעיף 7 (א) לחוק) ולהבטיח ייצוג הולם ונאות לזכאים לשירותיה (סעיף 12 (ג) לחוק וכן: תקנה 8 לתקנות הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו - 1996). הנה כי כן, הסוגיה שהתעוררה בפנינו עניינה טיבו של ייצוג ראוי והשפעתו של ייצוג לקוי על משפט בערכאה הדיונית ככלל, ועילה למשפט חוזר בפרט. סוגיה זו מתבררת לראשונה בהליך זה ועל כן יש לעמדת הסניגוריה הציבורית חשיבות מיוחדת לעתיד לבוא. הצורך בקבלת עמדת הסניגוריה הציבורית מתחזק גם נוכח חילוקי הדעות הקיימים בעמדת היועץ המשפטי לממשלה עצמו (כפי שבאו לידי ביטוי בחוות הדעת השונות שהוגשו), באשר לטיב הייצוג במקרה שבפנינו. צורך זה מתחזק גם נוכח ההליך בו עוסקים אנו והוא בקשה למשפט חוזר. אין זה הליך פלילי רגיל. דווקא בהליך מעין זה, ישנה חשיבות לקבלת עמדתם של גופים ומוסדות, שיש בידם כדי לסייע לבית המשפט בבירור הפרשה העומדת בפניו על השלכותיה ותוצאותיה. מטעם זה, כך נראה, מצא אף היועץ המשפטי לממשלה לזמן את הסניגור הציבורי הארצי לפניו בכדי שימסור לו עמדתו בנדון. מטעם זה עושים כן אנו. ודוק: אין בהחלטתי זו בכדי לקבוע מסמרות בשאלת ההצטרפות להליכים אחרים כ"דיד בית המשפט" - לא של הסניגוריה הציבורית ולא של גופים ומוסדות אחרים. יש לדון ולבחון כל מקרה לגופו על פי נסיבותיו. בחינה זו, במקרה שבפנינו, הובילה לאמור בהחלטתי מיום 11.9.97 ולפיה יש להתיר לסניגוריה הציבורית להגיש עמדתה בנושאים שנתבקשה לעשות כן.

עמדת הסניגוריה הציבורית

47. עמדתה העקרונית של הסניגוריה הציבורית הינה, כי מקום בו הוכח ייצוג בלתי הולם, הרי שיש בכך בפני עצמו משום עילה לקיים משפט חוזר. הסניגוריה הציבורית סבורה, כי לשם הוכחת ייצוג בלתי הולם אין הכרח בהוכחת חוסר מיומנות בוטה מצידו של הפרקליט אלא די בהוכחת חוסר מיומנות הפוגע בבטחון

ההרשעה. הסניגוריה אף מציעה להבחין בין כשל "חיצוני" בייצוג, שעניינו יצירת סביבה משפטית שאינה הולמת לייצוג והגורמת לכשלים בייצוג שאינם נובעים מהתנהגות הסניגור עצמו, ובין כשל "פנימי" בייצוג, שעניינו פגם בטיב הייצוג עצמו, כפי שניתן על ידי הסניגור. לטענת הסניגוריה הציבורית, אין הכרח בהוכחת יסוד הסתברותי בסוגיית כשל הייצוג. עילה למשפט חוזר קמה גם כאשר ישנו פגם דיוני חמור המקים חזקה לאי תקינות ההליך כולו. או אז, אין הכרח בהוכחת פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט. עוד נטען, כי באותם מקרים בהם לא נגרם פגם דיוני חמור ונדרש יסוד הסתברותי, קרי, קשר סיבתי בין טיב הייצוג וההרשעה, ניתן להסתפק ברמת הוכחה של אפשרות סבירה או ספק סביר. די בקיומה של תיזה סבירה המטילה ספק בהרשעה. לא זו אף זו: יתכנו מקרים בהם לא ניתן יהיה להוכיח, בשל נסיבות העניין, כי הכשלים שבייצוג אכן עמדו ביסוד ההרשעה. גם אז, כך נטען, אין לשלול על הסף קיומו של חשש ממשי לעיוות דין ועילה לקיומו של משפט חוזר. ניתן וראוי, במצב מעין זה, להסתפק בבחינה "נסיבתית" של אופי הקשר בין טיב הייצוג לבין בטחון ההרשעה ללא צורך בהוכחת יסוד הסתברותי או פוטנציאל לשינוי התוצאה. לטענת הסניגוריה הציבורית, "עילת הסל" שבסעיף 31(א)(4) לחוק כוללת הן כשלים "פנימיים" בייצוג והן כשלים "חיצוניים"; היא כוללת הן פגמים הסתברותיים באופיים והן פגמים דיוניים במהותם; היא כוללת הן מבחן "הסתברותי" והן מבחן "נסיבתי".

48. על יסוד אמות מידה ועקרונות אלה, טענה הסניגוריה הציבורית בפני, כי בתיק הנדון קיימים כשלי ייצוג בולטים וחמורים. כשלים אלו מצאו ביטויים הן במאפיינים "חיצוניים" והן במאפיינים "פנימיים". המאפיינים ה"חיצוניים" כוללים, בין השאר את היות הסניגורים הממונים חסרי נסיון בתיקים פליליים בכלל ובתיקי רצח בפרט; את ייצוגו הלקוי של מבקש מס' 1 - שהיה הראשון מבין הנאשמים - ובכך השפיע גם על ייצוגם של האחרים; את זמן ההכנה הקצר לקראת המשפט; את אי גילוי חומר חקירה לסניגורים - ובייחוד חומר החקירה שהיה בידי השב"כ; את סירוב התביעה להודיע מראש על סדר העדים תוך פגיעה ביכולת ההכנה לקראת כל ישיבה וישיבה; את האיחור בצילום חומר החקירה; כן כוללים הם יחס מכביד כלפי הסניגוריה - הן מצד הפרקליטות והן מצד בית המשפט - וכן אוזירה ציבורית עוינת שפגעה בתיפקודם של סניגורי המבקשים. המאפיינים ה"פנימיים" כוללים, בין השאר, את נוכחותם החלקית של הסניגורים במהלך המשפט; כשלים בניהול משפט הזוטא - הן בטענות הפסול שנטענו ושלא נטענו, הן במועד פתיחתו של משפט הזוטא והן בפרשת ההגנה במשפט הזוטא; כשלים בניהול המשפט העיקרי - המנעות מחקירה נגדית נאותה והתמודדות לקויה עם עדויות מומחים; היעדר הכנה כלל או הכנה לקויה של עדי ההגנה. שורת פגמים אלה, כך נטען, מציינת תמונה כללית של ייצוג לא הולם. היא מקימה עילה לקיומו של משפט חוזר. חלק ניכר מן הפגמים הינו חמור דיו בכדי להוות פגם דיוני יסודי הפוסל את ההרשעה, גם ללא הוכחת יסוד הסתברותי וקשר סיבתי להרשעה עצמה. חלקם האחר של הפגמים אינו מאפשר, לדעת הסניגוריה הציבורית, להמשיך ולהחזיק בדעה כי הוכח מעבר לספק סביר, כי תוצאת משפטם של המבקשים היתה זהה גם אילו היו זוכים הם לייצוג ראוי והולם.

49. היועץ המשפטי לממשלה, בתגובה לטיעוניה של הסניגוריה הציבורית, חלק על ממצאיה, הן ברמה הנורמטיבית והן ברמה העובדתית. לטענתו, על המבקש לבסס עילה לקיומו של משפט חוזר לשכנע, ברמת קיומו של חשש ממשי, כי בהרשעה נגרם עיוות דין כתוצאה מכשל ייצוג. זהו מבחן תוצאתי בעיקרו. יש להוכיח כי הייצוג היה בלתי הולם וחורג מכל רמה סבירה של התנהגות ויש להוכיח, כי ייצוג בלתי הולם זה מקים חשש ממשי לעיוות דין, בכך שגרם סיבתית להרשעת שווא. אין, על כן, די בהוכחת עצם היות הייצוג בלתי ראוי או בהוכחה כי ייצוג בלתי ראוי או בלתי הולם הביא, באפשרות סבירה, להרשעת שווא. לגוף העניין סבור היה היועץ המשפטי לממשלה, כי הסניגוריה הציבורית לא השכילה לבסס ראייתית כל קשר בין הייצוג הלקוי - במידה שהיה לקוי - ובין ההרשעה. לא הובאו בפני בית המשפט עמדות רוב הסניגורים עצמם. לא הובאו בפני ראיות המראות כיצד היה בכוחו של ייצוג הולם למוטט את אותן הראיות הקושרות את המבקשים בביצוע הרצח - ובהן השיחזורים, גירסאותיהם הסותרות והשיקריות של המבקשים והודאותיהם. בטיעונו חזר היועץ המשפטי בהרחבה על עמדתו לגבי כל אחד מן הכשלים עליהם הצביעה הסניגוריה הציבורית, ולפיה, לא ניתן כלל לקבוע כי הייצוג במקרה דנן היה לקוי, באותה המידה הנטענת על ידי הסניגוריה הציבורית ודו"ח קרפ.

סיכום ביניים

50. סקרתי את מסכת העובדות, האישומים, פסקי הדין והטענות ביסוד הבקשה שבפני. משכך עשיתי, ומשהובהר גדר המחלוקת שבין הצדדים, אעבור עתה לבחינת השאלה העיקרית שבפני, והיא שאלת התקיימותן של העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984, לעריכתו של משפט חוזר.

המסגרת הנורמטיבית

51. העילות בדיון לקיומו של משפט חוזר, קבועות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, הקובע:

"נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון שקבע לכך הנשיא רשאי להורות כי בית המשפט העליון

או בית משפט מחוזי שיקבע לכך, יקיים משפט חוזר בעניין פלילי שנפסק בו סופית, אם ראה כי נתקיים אחד מאלה:

(1) בית המשפט פסק כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זו היה בכך כדי לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון;

(2) הוצגו עובדות או ראיות העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט לראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;

(3) אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותו מעשה העבירה ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה;

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

אכן, ביסוד הסמכות לעריכתו של משפט חוזר - כמו גם הוראות סעיף 31(א) לחוק - מונח איזון בין שני ערכים מרכזיים (ראו: מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), להלן: פרשת בן-ארי, בפיסקה 13 לפסק דיני): הראשון, עניינו הצורך בהבטחת מנגנון דיוני אשר יאפשר תיקון טעות שנפלה בהרשעתו של אדם. כך, שכן "מעשה השפיטה הוא מעשה אנוש וגם השופט עשוי לטעות" (ראו: מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 354 - להלן פרשת עזריה). ערך זה מבוסס על ההכרה בכך, כי "מטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט" (ראו: בג"ץ 177/50 ראובן נ' יושב ראש וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737). הוא טומן בחובו לא רק את ההכרה במיגבלותיה של השפיטה אלא גם את אמון הציבור בהכרה עצמית זו של מערכת השפיטה את גבולותיה. עמדתי על כך בפרשת עזריה, בציני:

"חברה נאורה מוכנה לשקול מחדש החלטותיה שמא שגתה, ושפיטה נאורה מוכנה לבדוק עצמה שמא נפלה טעות בהרשעת אדם. אין לך דבר הפוגע יותר באמון הציבור בשפיטה מאשר התחושה כי השפיטה סגרה עצמה ונעלה הדלת מפני אפשרות לתקן הרשעה שלא כדין. אכן, כוחה של שפיטה ואיתנותה באים לידי ביטוי בפתיחות ליבה ונכונותה לבדוק עצמה ולהודות בטעותה" (שם, בעמ' 354).

52. הערך השני העומד ביסוד נקודת האיזון שבעריכתו של משפט חוזר, הוא עיקרון סופיות הדיון. אין זה ערך של מה בכך. זוהי נקודת המוצא (ראו: מ"ח 6731/96 עמוס ברנס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם - להלן: פרשת ברנס)). אכן, "מי שהיה לו יומו בבית המשפט ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסוק. אין זה ראוי לפתוח משפטים מחדש לאחר שנסתיימו. הפסיקה צריכה להיות יציבה ופתוחה לשרת את עניינם של נאשמים אחרים, הממתינים לבירור משפטם" (ראו: פרשת עזריה הנ"ל, בעמ' 354). ערך זה, של סופיות הדיון, אינו שואב את כוחו רק מצריכה של המערכת השיפוטית ומערכת האכיפה הפלילית: כוחו עומד לו גם מן האינטרס

החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין (ראו: ש.ז. פלר, "הרהביליטציה: מוסד משפטי מחוייב המציאות", משפטים א (התשכ"ח) 497, 503).

53. איזון זה בין העקרונות השונים עליהם עמדתו, הוא המונח ביסוד הוראותיו וסעיפיו של סעיף 31(א) לחוק, הדין במשפט חוזר בעניין פלילי. הסמכות לערוך משפט חוזר נתונה אך משעה שפסק הדין הינו סופי. היא תלויה בהתקיימותן של אחת מארבע העילות שבסעיפים 31(א)(1) - 31(א)(4) לחוק. משפט חוזר הינו חריג ולא הכלל. משפט חוזר אינו ערעור נוסף (ראו: פרשת ברנס, בפיסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא, וכן: מ"ח 22/98 חיים מאור נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)). אכן, "משפט חוזר אינו ערעור נוסף. זהו מוסד מיוחד, המאפשר לבחון נוספות פסק דין פלילי מקום שהאיזון הראוי בין השאיפה לאמת לבין השאיפה לסופיות הדין מצדיק זאת" (פרשת עזריה הנ"ל, בעמ' 356).

54. עד לתיקון סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט בשנת תשנ"ו, עמדה נקודת האיזון בעיקר סביב הוראות סעיף 31(א)(2) בנוסחו הקודם. עיקרה של דרישה זו היתה בצורך בהבאת ראיות חדשות, שלא היו בפני הערכאה הראשונה ולא יכלו להיות בפניה (ראו: מ"ח 4342/91 רחל עזרא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 434). במובן זה, היה שיקול הדעת המוקנה בשאלת התקימות העילות למשפט חוזר, צר למדי. עמדה אחרת הובעה על ידי הועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (1994), שבראשה עמד השופט א' גולדברג (להלן: דו"ח ועדת גולדברג). בדו"ח הועדה צוין, כי החוק במתכונתו טרם התיקון משנת תשנ"ו לא נתן מענה לאותם מקרים בהם התוצאה המרשיעה נגרמה עקב התרשלותו הברורה של עורך הדין בניהול המשפט (עמ' 55 לדו"ח הועדה). כן הובע הצורך בגיבושה של "עילת סל" נוספת למשפט חוזר, "זאת כדי שלא יהיו ידיו של בית המשפט כבולות להעתר לבקשה במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם יתעורר בליבו חשש של ממש כי נגרם עיוות דין, והם אינם נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר" (עמ' 56 לדו"ח הועדה). ואכן, בתיקון משנת תשנ"ו (ס"ח 1567 (תשנ"ו) עמ' 108) שונה העילות לקיומו של משפט חוזר. מסעיף 31(א)(2) הוסרו התנאים לפיהם העובדות או הראיות צריכות להיות "חדשות" ושלא יכלו להיות בידי המבקש בעת בירור משפטו. כן הוספה "עילת הסל" (בסעיף 31(א)(4) לחוק) המאפשרת עריכתו של משפט חוזר בהתקיים "חשש של ממש כי בהרשעת הנידון יש משום עיוות דין". ואכן, הבקשה שבפני נסמכת כל כולה על שתי עילות אלו - עובדות או ראיות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון (סעיף 31(א)(2) לחוק) והחשש מפני עיוות דין (סעיף 31(א)(4) לחוק). לבחינת גידרן של עילות אלה, אעבור עתה.

סעיף 31(א)(2): עובדות או ראיות נוספות

55. סעיף 31(א)(2) לחוק, קובע כעילה לקיום משפט חוזר מצב בו "הוצגו עובדות או ראיות העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון". פרשנותה של עילה זו נדונה בפרשת עזריה. ציינתי שם, בהתייחס לתנאיה, כי:

"אין צורך שהעובדות או הראיות הנוספות, כשלעצמן עשויות היו לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש. יש לשלב את העובדות או הראיות הנוספות במכלול הראיות ובמסגרת זו לבחון אם יש בהן כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש" (שם, בעמ' 354-355).

במסגרת הליך בחינה זה יש להביא בפני בית המשפט ראיות או עובדות נוספות שיש בהן את אותו הפוטנציאל לשינוי התוצאה. אלו הן ראיות או עובדות בעלות אותו "משקל סגולי" שכשלעצמן או בהשתלבותן עם החומר שהיה בפני בית המשפט יש בהן כדי להביא לשינוי תוצאת המשפט (ראו: פרשת עזריה הנ"ל, בעמ' 355). ראיות ועובדות אלו צריכות להקים תשתית ממשית המצדיקה חריגה מעקרון סופיות הדיון (ראו: פרשת ברנס הנ"ל, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא). נדרש, שתהא להן אמינות לכאורית (השוו: מ"ח 6/84 מאמא ב' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 498, 500-501) מחוייב הוא, שתהינה אלה ראיות קבילות היכולות לשמש במשפט עצמו (ראה: פרשת עזריה הנ"ל, בעמ' 357, 358). אכן, הכרח הוא, כי בית המשפט ישתכנע כי חומר הראיות או העובדות הנטען יכול היה לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון. זהו מבחן המהווה חלק מה"נסיבות" של יסודות הסעיף, הוא מניח את קיומו - או הוכחתו - של קשר סיבתי אפשרי בין העובדה או הראיה הנטענים - לבין אפשרות של שינוי בתוצאת ההליך לטובת הנידון. ודוק: העובדות או הראיות הנוספות אינן חייבות לבסס ודאות של שינוי תוצאת המשפט. די בכך שהן עשויות לשנות את תוצאתו (ראו: פרשת עזריה הנ"ל, בעמ' 355).

56. במקרה שבפני נטענה עילת סעיף 31(א)(2) בעיקר לעניין חומר החקירה שנתגלה במהלך הכנת דו"ח קרפ, הוא החומר שעניינו חקירת המבקשים בידי השב"כ - ובכלל זה חוות דעת החוקרים באשר להיעדרו של מניע לאומני; בהערכה של חלק מחוקרי השב"כ לפיה המבקשים חפים מפשע; ובתמלילי האזנה למבקשים בחקירת השב"כ המלמדים על הלך רוחם של הנחקרים והאפשרות כי הופעלו עליהם אמצעי חקירה אלימים. הצדדים אינם חלוקים סביב אמת המידה הנורמטיבית לבחינתו של חומר ראייתי זה באספקלרית סעיף 31(א)(2). חלוקים הם, בשאלה אם חומר ראייתי זה - היה בו - ויש בו - כדי לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון. אולם, המחלוקת בין הצדדים לא תחמה עצמה לגבולותיו של סעיף 31(א)(2), שכן המבקשים טענו כי מעצם העלמת חומר החקירה מן המבקשים ובית המשפט עולה גם כדי חשש מעשי לעיוות דין במסגרת סעיף

31(א)(4). על כן, טרם נכריע בהתקיימות העילה לפי סעיף 31(א)(2), נפנה להוראותיו של סעיף 31(א)(4) העומד ביסוד המחלוקת שבין הצדדים להליך שבפני.

סעיף 31(א)(4): חשש של ממש מעיוות דין

57. סעיף 31(א)(4) לחוק קובע עילה נוספת לקיומו של משפט חוזר, והיא במצב בו "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין". זהו "סעיף העוללות" או "סעיף הסל", שהוסף לחוק בעקבות המלצותיה של וועדת גולדברג. בפרשת עזריה, ציינתי, בהתייחסי לעילה זו, כי "לבחינתה של עילה זו, על הנשיא להשקיף 'במבט על' על מלוא חומר הראיות - המקורי והנוסף - ולשאל עצמו, אם על פי השקפתו שלו, קיים חשש של ממש כי בהרשעת המבקש נגרם עיוות דין" (שם, בעמ' 359-360). אכן, סעיף זה בא להרחיב את גדרי סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט בבואו להחליט בבקשה לקיומו של משפט חוזר. תכלית זו נלמדת הן מדו"ח ועדת גולדברג שעמד ביסוד התיקון, והן מדברי הכנסת בהצעת החוק לתיקון המוצע (ראו: ד"כ (1995) 240; ד"כ (1996) 33). בה בעת, אין בסעיף זה כדי לפרוץ כליל את גדריה העקרוניים של הוראת סעיף 31 לחוק, והעילות שהיו קיימות קודם לתיקון. עמד על כך המשנה לנשיא, ש' לוי, בציינו:

"לדידי חולש הדיבור "עיוות דין" בסעיף 31(א)(4) שאליו נלוות המילים "חשש של ממש", על סעיף 31 כולו. דיבור זה לא נתכוון להפוך את הליכי המשפט החוזר לערעור נוסף, שבגדרו רשאי הנאשם לשכנע את בית המשפט להגיע לתוצאות הפוכות מהתוצאות אליהן הגיע במשפט הראשון על יסוד החומר שהיה לפניו; אלא הוא התיר לבית המשפט להתחשב בקיומן של נסיבות מיוחדות שהמחוקק לא יכול היה לחזותן מראש עת קבע את הנוסח המקורי של סעיף 31 והוא - כאשר קיים חשש של ממש שאיש חף מפשע הורשע. יש לחזור ולהדגיש: התיקון לא ביקש לגרוע באופן עקרוני מעקרון סופיות הדיון של פסק הדין, אלא לתת לנשיא, או לשופט המטפל בבקשה, כלי נוסף, מעין 'סעיף עוללות', המאפשר לו לעשות שימוש בשיקול דעתו ולהורות על משפט חוזר, כאשר הוכח לשביעות רצונו שנתקיימו הנסיבות הנדירות ויוצאות הדופן המצדיקות את הדבר...". (ראו: פרשת ברנס הנ"ל, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא).

58. הצדדים, שטענו בפני בהרחבה, פרשו יריעת מחלוקת עניפה סביב פרשנותו של סעיף 31(א)(4). הן בהתייחס למהותו של הדיבר "עיוות דין"; הן בהתייחס למהותו של היסוד שעניינו "חשש של ממש". לבחינה זו, נעבור עתה.

"עיוות דין" מהו?

59. עיקר המחלוקת בין הצדדים ביחס למושג עיוות דין מתרכז בשאלה, אם מושג זה - כביטוי בסעיף 31(א)(4) לחוק - כולל גם מקרה בו אירע פגם דיוני בדיון המקורי. פגם, שאין בעקבותיו השפעה פוטנציאלית על התוצאה. במקרה שבפני, באה מחלוקת זו לידי ביטוי בטענות שעניינן כשל הייצוג ואי העברת חומר החקירה לסניגוריה. בעמדתו המחודשת סבור היה היועץ המשפטי לממשלה, כי אין סוגיות אלה כלולות בלשונו ותכליתו של סעיף 31(א)(4). מקומן הוא באופן עקרוני במסגרתו של סעיף 31(א)(2). על כן, חייב המבקש באופן עקרוני להוכיח לא רק את כשל הייצוג עצמו אלא גם את אותו הפוטנציאל הנדרש לשינוי תוצאת המשפט לטובת הנידון. הוא הדין לעניין פגמים "דיוניים" אחרים בהליך כגון אי העברת חומר החקירה. הסניגוריה הציבורית מאידך, כמו גם המבקשים, סבורים כי עילת סעיף 31(א)(4) רחבה דייה והיא כוללת בחובה גם עיוות דין שעניינו פגם דיוני חמור או ליקוי פרוצדוראלי שיש עימו פגיעה בזכויות היסוד של הנאשם, גם אם לא הוכח פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט לטובת הנידון עקב פגם זה. לטענתם, באותם מקרים בהם הוכח פגם דיוני חמור, קמה לה מעין "חזקה" לפיה היה בפגם הנטען אותו הפוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט לטובת הנידון.

60. המונח "עיוות דין" מצוי במספר דברי חקיקה (ראו למשל: סעיף 7 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971; סעיף 440 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; סעיף 43(ה) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963). בולט ביניהם סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי, [נוסח משולב], התשל"ב-1982, הקובע כי בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם "עיוות דין". סעיף זה פורש בפסיקה, כטומן בחובו מבחן אובייקטיבי הבוחן אם קיים חשש סביר כי הפגיעה בזכויות הנאשם, השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי במובן זה, שעקב הפגם גדלה הסבירות להרשעת שווא (ראו: ע"פ 866/95 אהרון סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793). אכן, בעיקרו פורש מבחן זה כמבחן הסתברותי-תוצאתי הבוחן את היחס בין הפגם לבין אפשרות של שינוי בתוצאת המשפט (ראו: ע"פ 470/83 מורי נ' מדינת ישראל פ"ד לט(1) 1, 9 והשוו: ע"פ 64/87 גרסטל נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 533, 542-545). בה בעת, אין הכרח כי פירוש זה המתרכז במבחן הסתברותי-תוצאתי, הוא שיאומץ בלעדית בגדריה של עילת סעיף 31(א)(4) לחוק (ראו: פרשת בן-ארי הנ"ל, בפסקה 14 לפסק דיני). כך הדבר, ראשית, שכן יש לפרש ביטוי בהקשרו החקיקתי ובהתייחס לתכלית העומדת ביסוד דבר החקיקה (ראו: דנ"פ 4603/97 אהרן משולם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). תכלית זו הינה מתן שיקול דעת רחב בידי מי שצריך להחליט בבקשה למשפט חוזר. זו היתה גם התכלית בשינוי תנאיו של סעיף 31 לחוק והוספת סעיף 31(א)(4) לחוק. עניינה של ההוראה הוא מתן היכולת להשקיף באותו "מבט על" על ההליך כולו. תכלית זו מחייבת ליתן למונח "עיוות דין" בהתייחס לבקשה למשפט חוזר, תוכן ומהות רחבים שאינם זהים בהכרח לתוכנו ומהותו בהקשרים אחרים. שנית, סעיף 31(א)(4) עצמו אינו כולל בלשונו יסוד בדבר שינוי פוטנציאלי בתוצאות המשפט, שלא כסעיפים 31(א)(1) ו-31(2) לחוק. בשוני לשוני זה, יש כדי להצביע על היעדרה העקרוני של הדרישה בדבר שינוי תוצאות המשפט מגדריה של העילה שבסעיף

31(א)(4). שלישית, הכרה בעילה רחבה של עיוות דין, ככוללת גם פגמים דיוניים חמורים, עולה בקנה אחד עם המשקל שיש ליתן לזכויות היסוד של הנאשם בהליך הפלילי, לכבודו ולחירותו, בייחוד נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהעלה עקרונות אלו לרמה חוקתית על-חוקית (ראו: א. ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (הדיוני והמהותי)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5; מ. אלון, "חוקי היסוד - עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 27; י. קרפ, "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275; י. שחר, "סדר הדין הפלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 375; י. קרפ, "המשפט הפלילי: יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב (תשנ"ב) 64). רביעית, פעמים רבות הקו המבחין בין פגם דיוני חמור לבין פגם שיש בו כדי להשפיע על תוצאת המשפט, אינו כה ברור. אכן, קשה לכחד כי במצבים רבים קיומו של פגם דיוני חמור מקים חזקה להשפעה על תוצאת ההליך. זאת ועוד: תוצאת ההליך אינה הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עימה גם הכרעה באשר לדרך הראויה לניהול ההליך ולשמירה על זכויותיהם של המתדיינים בפניו של בית המשפט. הנה כי כן, פגם דיוני חמור הינו במידה רבה פגם מהותי חמור.

61. על יסוד טעמים אלה, מקובלת עלי השקפה, כי במסגרת סעיף 31(א)(4) אין הכרח להראות בכל מקרה כי תוצאת הפגם בהליך היתנה בשינוי פוטנציאלי של תוצאת המשפט - ואילמלא אותו הפגם בהליך היתנה תוצאת המשפט יכולה להיות אחרת. למעשה, אף היועץ המשפטי לממשלה בטיעונו, אינו אוחד בעמדה זו כלשונה. נכון היה הוא - כפי שנכון אני - להכיל במסגרתו של סעיף 31(א)(4) גם פגמים דיוניים חמורים בהליך, הגם שאין בהם לעיתים אותו פוטנציאל לשינוי התוצאה. הנה כי כן, אין לקבוע מסמרות מראש בשאלה מהו אותו "עיוות הדין" שבמסגרתו של סעיף 31(א)(4). אכן, לשאלה אם היתנה לפגם בהליך השפעה פוטנציאלית על תוצאת המשפט יכול שיהא משקל בשאלה אם יש בנדון עילה לקיומו של משפט חוזר. לעיתים יהא זה אף משקל מכריע. אולם אין בכך כדי לנעול השער בפני עילות אחרות - דיוניות או מהותיות - שיש בהן את אותו עיוות הדין, המצדיק עריכתו של משפט חוזר מאותו "מבט על". מסקנתי היא, אם כך, כי המבקשים זכאים היו לטעון באופן עקרוני לעניין כשל הייצוג ואי העברת חומר החקירה, במסגרתו של סעיף 31(א)(4), כמו גם לעניין הטענות האחרות שכללו במסגרתו של סעיף 31(א)(4) לחוק. יצוין, כי כך נעשה גם בפרשת עזריה הנ"ל, עת נטענה סוגיית כשל הייצוג.

62. גם אם נוכח בית המשפט לדעת בגדריה של בקשה לעריכתו של משפט חוזר, כי נגרם לכאורה במקרה שבפניו עיוות דין בהרשעה, עדיין שומה עליו לבחון אם ישנו חשש ממשי לעיוות הדין בהרשעה. אכן, אין די בחשש "סתם" לעיוות הדין בהרשעה. גם בסוגיה זו טענו בהרחבה הצדדים שבפני. כך, המבקשים - ועימם - הסניגוריה הציבורית - דגלו במבחן הסתברותי מקל, ולפיו די באמת מידה של אפשרות סבירה לשינוי תוצאת המשפט או הוכחת קיומו של ספק סביר בהרשעה. היועץ המשפטי לממשלה, מנגד, סבר כי יש לאמץ אמת מידה מחמירה יותר, הגבוהה ממבחן ה"חשד הסביר" (אם כי הנמוכה מזו של מבחן "הוודאות הקרובה"), הוא מבחן ה"אפשרות הממשית". איני נצרך להכריע בשאלות אלה וניתן להשאיר בצריך עיון לעת מצוא. כך הדבר, נוכח מסקנתי בבקשה למשפט חוזר שבפני, כפי שתובא להלן.

63. הנה כי כן, עמדתי על גדריה של המסגרת הנורמטיבית בהליכים לקיום משפט חוזר. כן עמדתי על פרשנותם של סעיפי המשנה שבסעיף 31(א) לחוק, הרלבנטיים לעניינינו. כעת, משפרושים לפני טיעוני הצדדים והמסגרת הנורמטיבית, נותרה בפני ההכרעה בשאלה העיקרית שבפני, היא התקיימות העילות למשפט חוזר לגופו של עניין.

מן הכלל אל הפרט

64. לאחר שעיינתי בחומר שהובא בפני ובטענות הצדדים, השתכנעתי - לאחר לבטים רבים - כי יש להיענות לבקשת המבקשים במקרה דנן ולהורות על עריכתו של משפט חוזר בעניינם. אודה ואתוודה: ההחלטה בעניין זה היתה קשה ביותר. עמדו בפני זה כנגד זה - פסקי הדין המפורטים של הערכאות השונות וטיעוניהם הסדורים של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה - מזה - ומנגד - דו"ח קרפ ואחריתו שצורפה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, טיעוני המבקשים וטיעוניה של הסניגוריה הציבורית. עיון בתיק עצמו מצביע על שאלות מחד ועל תשובות מאידך. על סימני שאלה ועל סימני קריאה. על סימני חפות ועל סימני אשם. בחנתי, כמיטב הכרתי ונסיוני השיפוט, את החומר שבפני והטענות השונות. מסקנתי היא, כי הטענות שהובאו בפני, בהצטברותן, מקימות עילה לקיומו של משפט חוזר. אכן, לו הייתי צריך להכריע בבקשה דנן על יסוד כל אחת מן הטענות בנפרד בלבד, ייתכן ולא הייתי רואה עילה לחריגה מעקרון סופיות הדיון במקרה דנן. אולם, "במבט העל" בו יש לבחון בקשות מעין אלו, נגלית תמונה אחרת. סך העילות, בהצטברותן, הוא שמקים את העילה לקיום משפט חוזר במקרה דנן בפני בית משפט מחוזי, וכך אני מורה.

65. טרם אעבור לפרוט הנימוקים הספציפיים העומדים ביסוד החלטתי זו, אבקש להעיר שתי הערות. הראשונה, עניינה היחס שבין ההחלטה על עריכתו של משפט חוזר לבין משפט חוזר עצמו. על פי תקנה 9(ב) לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957, אם הוחלט על עריכתו של משפט חוזר בפני בית משפט מחוזי, ידון בית המשפט בדבר "כאילו הנידון נאשם בפניו בכתב האישום שהוגש נגדו בראשונה וכאילו לא הורשע עוד על כתב האישום כאמור". כלל זה, טעמיו בצידו. אכן, משעה שהורה הנשיא על משפט חוזר בפני בית המשפט המחוזי, יש לפתוח את ההליך מחדש. זהו הליך "De Novo". אין עוד להסתמך על הרשעת המבקשים או על הממצאים והמסקנות שהוסקו נגדם. הנה כי כן, בהחלטה על קיומו של משפט חוזר אין משום קביעה כי המבקשים זכאים. אין בה גם קביעה כי המבקשים אשמים. יש בה קביעה, כי נפל בהרשעתם של המבקשים פגם המצדיק משפט חוזר. משכך הם פני הדברים, יש להיזהר מקביעת ממצאים במסגרת הדיון בבקשה למשפט חוזר, שיהא בהם משום העמדת עובדות וקביעות עוד טרם נפתח ההליך. יש לוודא, כי ספקות הקיימים באשר להליכים שהיו בעבר, לא יקראו במשפט החוזר כספק באשמה או כקביעה אחרת לעניין חפותם של המבקשים. בה בעת, יש למנוע מצב בו דחיית טענה בהליך שלפני באשר לתוקפם של ההליכים שהיו בעבר, תעמוד לרועץ במשפט החוזר כקביעה לענין אשמתם הלכאורית של המבקשים. ההחלטה על משפט חוזר כשמה כן היא: החלטה על משפט חוזר. לא החלטה במשפט חוזר. כשלעצמי סברתי, לכתחילה, כי די יהא בהחלטה על קיומו של משפט חוזר מבלי לנמקה, הכל בכדי להבטיח כי משפטם החוזר של המבקשים יחל מבראשית. לאחרית, שוכנעתי כי נסיבותיו המיוחדות של המקרה שבפני, מחייבים כי אפרט את שיקולי בהחלטה זו - ולו את העקרוניים שבהם. בה בעת, נימוקים אלו יכללו במידת האפשר אך את שנדרש לכך, תוך הימנעות מהבעת עמדה באותם הנושאים, שיתכן וידונו במשפט החוזר עצמו.

66. ההערה השנייה, עניינה חלוף הזמן. המבקשים נעצרו בשלהי שנת 1983, מועד בו בוצע הרצח. חלפו מאז מעל חמש עשרה שנים. מצב זה מעורר קשיים לא מעטים. עמד על כך המשנה לנשיא, ש' לוי, בציינו:

"כל שחולף הזמן מאז מתן פסק הדין ועד להגשת הבקשה למשפט חוזר, יהיה קושי לקבל את הבקשה, שהרי יכול להיווצר קושי לאתר את העדים שכבר העידו על מנת לבחון את מהימנותן של הראיות או העובדות נשוא הבקשה; גם כשהעדים יאותרו אפשר שקהה זיכרוןם, קבלתן של עובדה או ראייה חדשה כעניין שבשיגרה כבסיס למשפט חוזר, שאי אפשר לבחון אותה ולעמת אותה עם הראיות האחרות, משמעותה תהיה כמעט תמיד זיכוי של הנאשם מחמת הספק כאשר אין לכך צידוק מספיק...". (ראו: פרשת ברנס הנ"ל, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא).

לשיטתי, קשיים אלה - ככל שהם קיימים - אין בהם בכדי למנוע עריכתו של משפט חוזר במקרה שבפני. השאלה אם יזוכו המבקשים בסופו של יום - אם לאו - אינה רלבנטית בהליך שבפני. עניינו של זה אינו אלא

בשאלה אם הרשעתם עומדת על רגליה היא, אם לאו; אם קיימת עילה לעריכתו של משפט חוזר, אם לאו. מסקנתי היא, כי עילה כפי הנדרש בסעיף 31(א) לחוק מתקיימת בשל הצטברותן של כל הטענות שנטענו בנסיבותיו של מקרה זה. משכך סברתי, החלטתי להורות על קיומו של משפט חוזר בעניינם של המבקשים.

אלה הטעמים, המונחים ביסוד החלטתי:

א. חילוקי הדעות והעמדות השונות שביסוד הבקשה

67. קשה שלא 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 - דו"ח קרפ, וחוות דעתה של הסניגוריה הציבורית, מהן עולה כי יש לקבל את הבקשה. 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 וממצאיה מזה. תמונת מצב זו לא נעלמה מעיני. סימני השאלה הרבים שהעלו כל הצדדים שטענו בפני נשארו מרחפים ועומדים בחלל האוויר. בסופו של יום, היה גם להם חלק בשכנועי, כי יש לבחון מחדש את סוגיית הרשעתם של המבקשים, וזאת על דרך עריכתו של משפט חוזר.

ב. חומר החקירה החדש: חקירת השב"כ

68. על העובדות הבאות אין מחלוקת: המבקשים נחקרו בידי שירות הבטחון הכללי לאחר חקירתם בידי המשטרה. מידע זה לא הובא לידיעת הסניגורים במשפט, וגם לא בערעור או בבקשה לדיון נוסף. באת כוח היועץ המשפטי לממשלה טענה בפני, בעת הדיון, כי חומר זה לא נמסר אף לגופי התביעה בעת המשפט ולחלופין, כי בית המשפט ידע על קיום החקירה, אם כי לא ידע - כמו גם גופי התביעה - על תוצאותיה. יצוין, כי לא קיבלתי הסבר משכנע להכחשות חוקרי המשטרה בעדותם את קיום החקירה או נימוק מספק לאי הגילוי - למצער - על קיום החקירה. אכן, אין חולק כי בעניין זה אירעה תקלה. כך או כך, מוסכם על הצדדים כי חומר זה - במתכונתו כפי שידועה היא כיום - לא עמד בפני הערכאה הראשונה והצדדים (ובעיקר הסניגוריה), כפי שהיה

מן הדין שיהא. גדר הספיקות הוא, אם יש בחומר זה כדי לקיים את עילתו של סעיף 31(א)(2) לחוק. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. חלק מן החומר (ובעיקר חוות דעת החוקרים לענין חפות המבקשים) אינו עומד באמת המידה בדבר ה"משקל הסגולי" והאמינות הנדרשת מן התשתית הראייתית שבסעיף 31(א)(2) לחוק. מנגד, אף המשיבה אינה חולקת כי המצאות חומר חקירה זה - המצביע על היעדרו של מניע לאומני והמעלה - במידת מה - ספקות באשר לאשמתם של המבקשים (ומבלי להכריע בענין זה) - בידי הסניגוריה, יכול שהיה מועיל להגנתם האפקטיבית של המבקשים. השאלה היא, אם כן, שאלת המידה. כלום יש - או היה - בחומר זה, כדי לשנות מתוצאות המשפט? הפוטנציאל ישנו. הוודאות איננה. אף לא שוכנעתי, כי פוטנציאל ממשי התקיים בעילה זו. כך, הן נוכח המשקל שהיה למניע הלאומני - ככל שהיה - בהרשעתם של המבקשים; כך, נוכח הממצאים במשפט הזוטא לענין אי הוכחת פסול בדרך קבלת ההודאות. במצב דברים זה, ובהיעדר נתונים וטיעונים נוספים, הייתי נוטה לדעה כי אין בעילה זו כשלעצמה בכדי להקים תשתית לעריכתו של משפט חוזר. אולם, טענה זו לא עומדת בפני כשלעצמה. מצטרפת היא לטענות אחרות. מכלול טענות אלה יחדיו - הוא המבסס במקרה שבפני את העילה למשפט חוזר.

ג. כשל הייצוג

69. אף בסוגיה זו דומה, כי הפערים שבין עמדות הצדדים אינם כה קיצוניים. מוסכם, כך נראה, על כולם, כי הייצוג בעניינם של המבקשים לא היה הולם. אף אני - כפי שציין ברוב הגינותו היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו - נזהר הייתי מלהטיל דופי בסניגוריהם של המבקשים. כך הדבר, בייחוד נוכח חלק מן התנאים בהם נאלצו לנהל את הגנתם של המבקשים ושלא היו בשליטתם. אכן, הסניגורים מונו על ידי בית המשפט. אחד מהם - בבירור - לא רצה כלל להתמנות לתפקיד. גם אם אני - כפי שטוען בפני היועץ המשפטי לממשלה - כי הסניגורים היו מנוסים דיים - קשה שלא להיווכח במספר כשלים שיתכן, כי היתה להם השפעה - ולו אף השפעת מה - על הרשעתם של המבקשים. בולטת מכל, לדעתי, עובדת אי העדתם של המבקשים בערכאה הראשונה (למעט מבקש מס' 3). כשל זה נתפס - ובצדק - על ידי כל הערכאות שדנו בתיק זה, כ"עקב אכילס" של ההליך כולו. תמוה הדבר, תמוה מאוד, הכיצד בחרו המבקשים - או באי כוחם - שלא להעידם, שעה שבפני בית המשפט עומדות הודאותיהם וממצאים נוספים ושעה שאי העדתם יכולה לשמש חיזוק בפני עצמו (ראו: סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב 1982-). כשלים נוספים - שאינם שניים במחלוקת - הם היעדרו של חומר החקירה בענין חקירת השב"כ (שלא הובא לידיעת הסניגורים); זמן הכנה קצר למשפט ואי נוכחות הסניגורים כולם בישיבות בית המשפט. האם בכל אלה ישנו "חשש של ממש" כי נגרם "עיוות דין"?

70. אף כאן נטתה דעתי, כי לו היתה עילה זו עומדת בפני עצמה, לא ניתן היה להורות על קיומו של משפט חוזר. הטעם לכך הוא, כי לא הוכח - לגבי מרבית העניינים והכשלים שפורטו - כיצד היה בהם כדי לשנות את תוצאת המשפט. לא הובאו בפני גירסאות הסניגורים עצמם (למעט אחד מהם). לא זו אף זו: אין בפני הסבר לשאלה מדוע לא העידו מרבית המבקשים במשפטם. מטעם זה סיכמה הסניגוריה הציבורית עמדתה, לפיה אין מנוס במקרה שבפני אלא להעריך את משקלם של הכשלים בייצוג בהקשר ובאמת מידה "נסיבתית". גם אם אבחן את מרבית הכשלים שהובאו בפני באספקלרית המבחן ה"דיוני" שהוצע על ידי הסניגוריה הציבורית (והכלול אף הוא, בתנאים מסויימים, בסעיף 31(א)(4) לחוק) ללא כל יסוד הסתברותי, עדיין קשה לקבוע כי הכשלים במקרה דנן עולים כדי אותו "פגם דיוני חמור", המקיים חזקה של עיוות דין ופסלות ההליך. כך הדבר גם, בייחוד אם מתקבלת גירסת המשיבה לשאלה מדוע לא הועבר חומר החקירה (בדבר חקירת השב"כ) לידי המבקשים ובאי כוחם, ולפיה אף התביעה לא קיבלה ממצאים אלה (אם כי ידעה על עצם קיום החקירה). לא זו אף זו: סוגיית כשל הייצוג לא נטענה ולא נדונה בפני אף אחת מן הערכאות שדנו בתיק שבפני, עובדה המקשה על בירור הטענות בעניין זה, והמחלישה, במידת מה, את עוצמתו של הטעון. בסופו של יום, ונוכח הלבטים והקשיים שבטיעון זה, נוטה הייתי לדעה, כי אין בעילה זו כשלעצמה בכדי לקיים משפט חוזר בעניינם של המבקשים. בה בעת, אף כאן שוכנעתי, כי עילה זו - ככל שבוססה - כאשר היא מצטרפת לעילות האחרות שנטענו בפני, מקימה במכלול הנתונים והטענות בסיס לעריכתו של משפט חוזר.

ד. דינמיקת החקירה

71. אציין מיד, כי מבין העילות שנטענו בפני, טענה זו היא הבעייתית מכולן. גדר ספקות הינו מהותה האמיתית של הטענה בדבר ה"תבניתיות" בהודאותיהם של המבקשים. מחברות דו"ח קרפ הקפידו שלא לטעון כנגד מסקנותיה של הערכאה הראשונה בעניין משפט הזוטא. לשון אחר: לכאורה, נזנחה הטענה כי הופעלו עליהם אמצעים פסולים בחקירתם. הדגש הוסט, על כן, לאפקט ה"השראה" של הנחקרים (המבקשים) בפרטי המידע של החקירה המשטרית, על שלביה השונים. "השראה" זו - מה טיבה? אכן, קבלת עמדתן של מחברות דו"ח קרפ כפשוטה, מעלה סימני שאלה סביב הגבול בין חקירה טבעית ותקינה וחקירה אסורה ופסולה. באשר לעילה זו, נחה דעתי, כי דווקא בירורה לעומקה - במידה ויהא צורך בכך - יתאפשר במסגרתו של משפט חוזר. כך הדבר, שכן המבקשים עצמם - שלכאורה צריכים היו ליתן הסבר או לטעון לעניין ה"השראה" שבחקירתם, לא העידו. סוגיה זו לא עלתה גם במשפט הזוטא. הכרעה לכאן או לכאן על יסוד החומר שבפני היא ספקולטיבית במידת מה. ה"תבנית" שבהודאות - ככל שהיא קיימת - יכולה להתברר, במידה וימצא הצורך בכך בפני הערכאה הדיונית. כך הדבר גם בייחוד נוכח טענותיו של בא כוח המבקשים, לפיה "יד אלימה" היא שעמדה ביסוד ההודאות כולן והיא המסבירה את ה"תבניתיות" שבהודאות. עילה זו שנטענה בפני, ככל שהדברים

אמורים בבקשה למשפט חוזר, אין בה די. שאלות ותמיהות - וודאי שישנן. ספקות גם כן. אולם, עילה זו כשלעצמה, למרות עוצמתה, לא שיכנעה אותי, כי התקיים חשש של ממש לעיוות דין. אולם, גם כאן, לא עומדות עילה זו והטענות שביסודה, בדד. מצטרפות הן ליתר הטענות והנתונים, התמיהות והשאלות שהועלו בפני. אכן, עילה זו - יחד עם העילות האחרות בהצטרותן, היא המקימה במכלול הדברים - "במבט על" - חשש של ממש לעיוות דין.

ה. בדיקת הפוליגרף

72. בסוגיה זו יאמר מיד, כי אין בה כדי להקים עילה למשפט חוזר. כך הדבר, שכן ראייה זו אינה קבילה ולא יכולה היתה להיות מוגשת - באופן עקרוני - במשפט עצמו. עמדתי על כך בפרשת עזריה, בצייני:

"האם יכול בדיקת הפוליגרף לשמש עילה למשפט חוזר? תשובתי היא בשלילה. הפוליגרף הוא אמצעי חקירה. אין הוא ראייה קבילה בבית המשפט... 'עובדות או ראיות... העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון' הן עובדות או ראיות קבילות במשפט הפלילי. אין אלה ראיות או עובדות שלא ניתן להציג בפני בית המשפט". (ראו: שם, בעמ' 357 וכן: מ"ח 5453/91 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 85, 88 וכן: פרשת ברנס פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא).

גם במקרה שבפני ומטעמים אלה, לא מצאתי בבדיקת הפוליגרף שנערכה למרבית המבקשים - ובתוצאותיה - משום ראייה היכולה לשמש בסיס לעריכתו של משפט חוזר, במסגרתו של סעיף 31(א)(2) לחוק.

ו. החיזוקים והאינדיקציות לחפות המבקשים

73. טענות אלו זכו לפירוט הנרחב ביותר בטיעונים שהושמעו בפני. אכן, שוכנעתי, לאחר עיון בטענות ובחומר שבפני, כי לגבי חלק מן התשתית העובדתית הקיימת בתיק זה ישנם סימני שאלה ותמיהות. גם היועץ המשפטי לממשלה עומד על כך בציינו כי "נותרו שאלות מסויימות שאין להן פתרון". בה בעת, חלק אחר מעוגן לכאורה בממצאים ובתשתית ראייתית שאינה שונה מזו המקובלת בהליכים פליליים אחרים. עוד יצויין, כי מרבית הטענות בעניין זה נדונו - אם במישרין ואם בעקיפין - בפני ערכאת הערעור ובבקשה לדיון נוסף. שיקולים אלו יחדיו, שכנעוני כי אין בטענות אלה כשלעצמן כדי להקים עילה למשפט חוזר. אכן, חלקן הגדול של הטענות הוא "ערעורי" במהותו וככזה, אין מקומו בגדריה של בקשה למשפט חוזר. אולם, גם כאן, סברתי כי אין להתעלם ממשקלן של טענות אלו כשהן מצטרפות לטענות האחרות והעילות שבוססו בפני. אלו - גם אלו - בהצטרותן,

מקימות במקרה שבפני חשש של ממש לעיוות דין. על כן סברתי, גם בהתייחס לסוגיה זו, כי יש להיעתר לבקשה שבפני ולהורות על קיומו של משפט חוזר.

סוף דבר

74. הנה כי כן, אלו הטעמים שביסוד החלטתי זו להיעתר לבקשה לעריכתו של משפט חוזר. אכן, גם אם נאמץ את אמת המידה המחמירה שהציע היועץ המשפטי לממשלה, לפיה שומה עלי להשתכנע במידה של "אפשרות ממשית" בדבר קיומו של עיוות דין - ומבלי להכריע בסוגיה זו - הרי ששוכנעתי באמת מידה זו. צירוף העילות, הנסיבות והתשתית הראייתית כולה, מוליכים יחדיו לאפשרות ממשית כי למבקשים נגרם עיוות דין; מוליכים הם יחדיו למסקנה כי קיים במקרה שבפני אותו הפוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט - אותו "משקל גולי" הנדרש, בין היתר, לשם החלטה על קיומו של משפט חוזר, וכך אני מורה.

75. לא נעלמה מעיני משמעותה של החלטה זו להורות על קיומו של משפט חוזר. לנגד עיני עמדה, בין היתר, משפחתו של המנוח ז"ל וכל הגורמים שהיו קשורים בתיק זה. אכן, פצעים שהגלידו עלולים להיפתח מחדש. ספקות שהיו, עלולים להתעצם. סימני שאלה שנעלמו זה מכבר, עלולים לחזור ולעלות. בכל אלה, אין כדי למנוע עריכתו של משפט חוזר, מקום בו נתקיימו העילות לעריכתו. ברגיל, עקרון הסופיות שם מחסום וקץ להליך. סותם הוא את הגולל על מרכיביו. בה בעת, נסוג עקרון זה מקום בו עומד כנגדו אינטרס המצדיק את פתיחת ההליך מחדש. כזה הוא האינטרס המקופל בין סעיפיו השונים של סעיף 31(א) לחוק. בהתקיימות העילות שבסעיף זה, קיימת הצדקה לסטייה מעקרון סופיות הדיון. אכן, "סופיות החלטותינו מבוססות על כוחנו להודות בטעותנו, ועל נכונותנו לעשות כן במקרים מתאימים" (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 136, וכן: דנ"פ 1294/96 עוזי משולם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). במקרה שלפנינו, אין בהחלטה על קיומו של משפט חוזר משום הכרה בטעות בהכרח. בה בעת, יש בה אתה הנכונות לסטות מעיקרון סופיות הדיון, בהתקיים העילות שבחוק. נכונות זו, היא העומדת בבסיס אמון הציבור במערכת השפיטה. היא המאפשרת, ולעיתים המחייבת, עריכתו של משפט חוזר במקרים המתאימים לכך. אכן, "אמת ויציב - אמת עדיף" (הנשיא זמורה בע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב' 235, 254).

76. בטרם אסיים החלטתי, מצאתי לנכון לציין את העבודה הרבה שהושקעה בתיק זה על ידי כל הצדדים שהופיעו בפני. הטיעונים שהוצגו בפני עשויים היו נאמנה ומלאכתם של הפרקליטים - הן מטעמם של המבקשים והסניגוריה הציבורית - הן מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה - הן בדו"ח קרפ עצמו - והן מטעמה של

פרקליטות המדינה - היתה סדורה ובהירה. משנה סדורה זו של כל הנוגעים בדבר, תרמה תרומה ממשית לליבון המחלוקות והבהרת התשתית בתיק סבוך זה. על כך תבוא הברכה.

התוצאה

77. התוצאה הינה, איפוא, זו שהנני מורה על קיומו של משפט חוזר. הוא יתנהל בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. עד כמה שמי מהמבקשים אינו נתון במאסר בגין ענין אחר, הם יהיו נתונים במעצר עד תום ההליכים, אלא אם כן בית המשפט המחוזי יחליט אחרת.

ניתנה היום, ל' בשבט התשנ"ט (16.2.99).

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דד/A19.96079290