



מ"ח 1632/16 - עובדיה שלום נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

מ"ח 1632/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן

המבקש: עובדיה שלום

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

תאריכי הישיבות: י"א באב התשע"ו (15.8.2016)
כ' בסיון התשע"ז (14.6.2017)

בשם המבקש: עו"ד ד"ר יואב ספיר; עו"ד קרן אבלין-הרץ; עו"ד נועה מישור

בשם המשיבה: עו"ד תמר בורנשטיין; עו"ד עידית פרג'ון

החלטה

לפניי בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט או החוק), בעניינו של עובדיה שלום (להלן: המבקש), אשר הורשע ברוב דעות בעבירת רצח לפי סעיפים 300(א)(3) ו-300(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ומרצה את מאסרו מאז נעצר בשנת 1995.

עמוד 1



רקע 2

פסק דינו של בית המשפט המחוזי 3

פסק הדין בערעור 6

הבקשה למשפט חוזר - התפתחויות דיוניות 9

החומר המודיעיני 9

תמצית הבקשה למשפט חוזר 11

דיון והכרעה 11

משפט חוזר - המסגרת הנורמטיבית 11

העילות למשפט חוזר 13

טענות בדבר עובדות או ראיות חדשות לפי סעיף 31(א)(2) לחוק 14

גרסתו המפלילה של המבקש - טענות בנוגע לשימוש בסמים 14

גרסתו המפלילה של המבקש - הסתמכות על פרטים מוכמנים 19

טענות המבקש בנוגע לבדיקות DNA 25

מעורבותם האפשרית של דיא אלאדין עאסלאם, כמאל סיאם וסמיר סלאמה 41

הראיות החדשות שהציג המבקש - בחינה מצטברת 46

טענות בדבר עיוות דין לפי סעיף 31(א)(4) לחוק 50

הודעותיו המפלילות של המבקש 50

הסתמכות על הודעות שמסר המבקש עובר לבדיקת הפוליגרף 51

הטיות קוגניטיביות 52

אובדן המוצגים 53

שינוי באקלים המשפטי 60

סיכומם של דברים 66

אחרית דבר: המשפט החוזר, מעמד הסניגוריה הציבורית והתנהלות הפרקליטות 66

סוף דבר 72

עמוד 2



רקע

1. בתאריך 2.8.1994 נרצח עורך הדין שמואל לוינסון ז"ל (להלן: המנוח) בביתו שבעיר ירושלים. בעת שהגיע חזרה לביתו באותו ערב, המנוח נכנס לקומת המגורים התחתונה וממנה עלה לקומת חדרי השינה שמעליה, שם נתקל בפורץ. או אז, ככל הנראה, התפתח מאבק בין השניים, שבמהלכו נורה המנוח בחזהו והפורץ נמלט. כתוצאה מהירי, נגרם מותו של המנוח (להלן: האירוע או אירוע הרצח).
2. במשך מספר חודשים, המשטרה לא הצליחה לעלות על עקבותיו של הפורץ שירה במנוח. ביום 31.1.1995, כשישה חודשים לאחר אירוע הרצח, נעצר המבקש - אשר היה מוכר למשטרה כמי ש"עוסק" בהתפרצויות באזור שכונת רחביה בעיר. תחילה, הוא נעצר כחשוד בעבירות התפרצות ונחקר בקשר לעבירות אלו בלבד, ורק שבוע לאחר מעצרו החליטה המשטרה לחוקרו כחשוד ברצח המנוח. המבקש נחקר תחת אזהרה ביום 6.2.1995 והכחיש כל קשר לרצח. בהמשך נחקר המבקש פעם אחת באזהרה, ומספר פעמים שלא באזהרה, וכן נגבו ממנו הודעות תחת אזהרה. עוד יצוין, כי נערכה למבקש בדיקת פוליוגרף מיוזמתו.
3. ממועד חקירתו של המבקש כחשוד ברצח ועד למועד הגשת כתב האישום ביום 2.5.1995, הוא מסר במשטרה שלוש גרסאות שונות. בגרסתו הראשונה, שנמסרה ביום 6.2.1995 תחת אזהרה, הכחיש המבקש כל קשר לרצח וטען כי כלל לא היה בירושלים באותו יום. בשיחות שניהלו החוקרים עימו באותו חודש שינה את גרסתו והביע נכונות למסור מידע שיעזור לפענח את הרצח. בגרסתו השנייה, הוא סיפר כי במועד כלשהו סיפק אקדח ליוסף כמאל בובלי (להלן: בובלי), וכי בלילה שלאחר הרצח, עת ששהה בדירתו של בובלי ביפו, הלה הופיע כשחולצתו קרועה וידי מוכתמות בדם. לגרסת המבקש, בובלי התוודה בפניו כי כאשר פרץ לבית בשכונת רחביה, הוא הופתע על ידי המנוח, וכך קרתה תאונה שבגדרה האקדח נפל. בכך המבקש ביקש להחשיד את בובלי ברצח ועם זאת קשר עצמו לאקדח שבו, לפי אותו מידע מחשיד, בוצע הרצח. בשיחה מקדימה לבדיקת הפוליוגרף, שנערכה כחודש לאחר מכן, המבקש הציג את גרסתו השלישית והודה בנוכחותו בזירת הרצח יחד עם שותף להתפרצות לדירת המנוח, אך לא בביצוע הירי. המבקש הודה כי שמע את הירי אך ייחס אותו לאדם הנוסף שהיה עימו בדירת המנוח ושאת שמו סירב למסור. על גרסה שלישית זו, בשינויים כאלה ואחרים, חזר המבקש בכל החקירות במשטרה שנערכו לו לאחר מכן (להלן: הגרסה המפלילה). במהלך משפט הזוטה ובהמשך, במשפט עצמו, חלה תפנית חדה בעמדתו של המבקש והוא התכחש לכל גרסאותיו באמרותיו שנמסרו למשטרה וטען כי כל הדברים שמסר הם דברי שקר.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. ביום 21.9.1997 בית המשפט המחוזי הרשיע את המבקש ברוב דעות (השופטים צ' כהן וע' חבש נגד דעתו החולקת של השופט מ' גל) בעבירת הרצח (ת"פ (מחוזי-י) 98/95 מדינת ישראל נ' עובדיה, פ"מ התשנ"ח(1) 433 (1997) (להלן: פסק דינו של בית המשפט המחוזי)). דעת הרוב דחתה את טענות ההגנה לעניין קבילות הודאותיו של המבקש, ופילגה הודאות אלו. דעת הרוב אימצה כדברי אמת את אותו חלק בהודאות המתייחס למעורבותו של המבקש ברצח, שכן מצאה לו חיזוקים בחומר הראיות, ודחתה כשקרי את החלק שבו המבקש טען לקיומו של שותף שירה במנוח.



5. באשר לקבילות ההודאות, דעת הרוב דחתה את טענות ההגנה לאי-קבילותן של אמרות המבקש מחמת לחץ, פיתוי, השאה, הטעיה, הבטחות וחסיון. לעניין היעדרן של אזהרות בחלק מהחקירות, בית המשפט המחוזי קבע כי המבקש היה מודע לזכותו לאי-הפללה עצמית ואף מימש אותה. נמצא כי הוא נזהר בדברים שאמר ושתק כשביקש להימנע מלמסור מידע. אשר לטענת המבקש בנוגע לשימוש באמצעי חקירה פסולים והפעלת לחצים פסיכולוגיים תוך ניצול מצבו הירוד בהיותו מכור לסמים, בית המשפט המחוזי מצא כי החוקרים לא נקטו אמצעים כאלה. עוד נקבע כי אמרותיו של המבקש - ובהן הודאותיו - נמסרו מתוך כוונה להסיט את החשד ברצח ממנו. לעניין הטענה בדבר "חיסיון" על דברים שנאמרו במהלך משא ומתן לקראת כריתת "הסכם עד מדינה", בית המשפט המחוזי קבע כי המבקש לא הסכים להעיד לחובתו של אחר בשום שלב משלבי החקירה, ולפיכך לא היה בחזקת עד מדינה פוטנציאלי שנוהל עימו משא ומתן. על יסוד האמור, בית המשפט המחוזי קיבל את ההודאות כראיות קבילות. משנתקבלו ככאלו, הן היוו את התשתית להרשעתו של המבקש.

6. בנוגע למשקלן של ההודאות, המבקש טען בבית המשפט המחוזי כי הוא עבריון שעבריונות היא דרך חיים בעבורו; שהוא משקר לפי צרכיו ומטרותיו; ואשר את כל המידע שמסר על הרצח הוא שאב מהתקשורת, מחברים למעצר ומהמשטרה עצמה. בית המשפט המחוזי דחה טענות הגנה אלו, ומצא כי גרסה זו הועלתה לראשונה במהלך המשפט על אף שהיו לו הזדמנויות רבות להעלותה לפני כן. לפיכך נקבע כי מדובר בעדות כבושה, אשר מהווה קו הגנה חדש שאימץ לעצמו המבקש לצורך המשפט ובמהלכו.

7. כאמור, לגופו של עניין בית המשפט המחוזי בחר לפלג את האמון בהודאות, ולקבל מתוכן את העובדות העומדות במבחני האמת שהפעיל, כמפורט להלן.

בית המשפט המחוזי קיבל כאמת את הודאתו של המבקש בדבר התפרצותו לבית המנוח ונוכחותו בבית בשעת הירי - הודאה שנמסרה במועד סמוך לבדיקת הפולגרף. בית המשפט מצא חלק זה בהודעתו כמהימין בין היתר מכוח ההיגיון הפנימי שבו, לפיו המבקש חשש שמא הכחשת נוכחותו במקום תימצא שקרית ותכשיל אותו בבדיקה.

בנוגע לדברים המתייחסים לקיומו של שותף, בית המשפט המחוזי קבע כי דברים אלה הם שקריים. זאת, משום שהתברר שבובלי - השותף שאת שמו מסר המבקש בתחילת הדרך - כלל לא היה מעורב ברצח, ומשהתברר הדבר, המבקש סירב בעקשנות למסור את זהותו של השותף, שלקיומו טען. בית המשפט המחוזי סבר כי המבקש נמנע מלנקוב בשמו של שותף בעת בדיקת הפולגרף, כדי לא להימצא דובר שקר בבדיקה. לאחר הבדיקה, כאשר לא חשש עוד שייתפס בשקר, המבקש התייחס אל בובלי כאל שותפו.

לנוכח האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי המבקש פרץ בגפו לבית המנוח, וכי הוא זה שביצע את הרצח. בית המשפט מצא ראיות מסייעות לכך באליבי השקרי שהמבקש סיפק, לפיו שהה בזמן האירוע בתל אביב; ובעלילה השקרית שמסר למשטרה, לפיה שעות ספורות לאחר הרצח התוודה בובלי באוזניו באופן שממנו השתמע כי בובלי ביצע את הרצח.

במסגרת הדיון בבית המשפט המחוזי, נדונו פרטים מוכמנים שנמסרו על ידי המבקש במהלך חקירותיו, שחלקם פורסם באמצעי התקשורת השונים. ואולם בשל הראיות המסייעות האמורות, בית המשפט המחוזי לא נדרש לנושא זה בהרחבה בהכרעתו, אלא רק ציין כי גם אם היו אלה פרטים שפורסמו - אין להניח שאדם מן היישוב שלא היה מעורב



ברצח יזכור, כשישה חודשים לאחר הרצח, פרטים שפורסמו סמוך להתרחשות האירוע.

8. בית המשפט המחוזי המשיך ובחן את הראיות המדעיות שנמצאו בזירת הרצח - גרב ניילון מוכתם בדם ובו שתי שערות, סיבי פאה נוכרית ורוק. נמצא כי הדם היה דמו של המנוח. לעניין השערות, נמצא כי אלו אינן שייכות למבקש או למנוח, ולפיכך בית המשפט המחוזי קבע כי אין לדעת מה השימוש שנעשה בגרב הניילון קודם לכן ומתי וכיצד דבקו שתי השערות בגרב. בכל הנוגע לרוק שנמצא על הגרב - שלגביו הוסכם כי הוא מתאים במידה מסוימת למנוח ואינו מתאים למבקש - בית המשפט המחוזי ציין שהוא "עשוי להלום אפשרות, כי במאבקו נשך המנוח את יד היריב העטופה בגרב הזאת" (עמ' 448 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

9. בית המשפט המחוזי גם בחן את האפשרות שהועלתה על ידי ההגנה, לפיה שני חשודים אחרים מבין החשודים שנחקרו על ידי המשטרה הם אשר ביצעו את הרצח שיוחס למבקש, וקבע כי לא היו כל ראיות נגדם בחומר שלפניו, וכי אותם עדים אשר מסרו עדות שהיה בה כדי להפליל את שני החשודים האחרים חזרו בהם מדבריהם במשטרה והודו ששיקרו.

10. דעת המיעוט (השופט מ' גל) סברה כי לא ניתן להרשיע את המבקש על סמך ההודאות שבאמרותיו בלבד, בהיותו "שקרן מופלג". דעת המיעוט התרשמה כי חשיבתו ודרך פעולתו של המבקש שונים מאלו של "האדם הרגיל", ולפיכך לא ניתן למדוד את אמירותיו - לעניין האמת והשקר שבהן - באמות המידה בהן נבחנים דבריו של האדם מן היישוב. בהתאם לכך, דעת המיעוט מצאה כי אין להאמין למילה מפיו. עוד עמדה דעת המיעוט על כך שהמבקש הוא שיזם את בדיקת הפוליגרף; כי לא היה בידעתו פרט מוכמן בולט ומרשים; וכי נמצאו חשודים אחרים בפרשה. דעת המיעוט ציינה כי המבקש נמנה על "קבוצת מוסרי מידע" מקרב "העולם התחתון", אשר ביקשו במהלך החקירה בתיק זה "לבוא חשבון עם עמיתיהם ולהעליל עלילות שונות ומשונות, כיד הדמיון הטובה עליהם" (פסקה 5 לדעת המיעוט). נמצא, כי בקבוצת מוסרי המידע היו גורמים נוספים שקשרו עצמם למעשה הרצח וידעו למסור פרטים מדויקים על זירת העבירה, הבולט שבהם הוא אדם בשם דיא - אשר ידע להוביל את החוקרים לזירת הרצח, וגרסתו נתמכה בעדויות מפי גורמים נוספים. מאחר שבתיק זה "רב הנסתר על הגלוי ואין בידינו לקבוע ממצאים בסיסיים לאשר התרחש במדויק בזירת האירוע" (פסקה 46 לדעת המיעוט) - דעת המיעוט סברה כי יש לזכות את המבקש מחמת הספק.

פסק הדין בערעור

11. ביום 12.2.2001 בית משפט זה (מפי השופט ט' שטרסברג-כהן, בהסכמת הנשיא א' ברק והשופט ע' ר' זועבי) דחה פה אחד את ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933 (2001) (להלן: פסק הדין בערעור)). זאת, לאחר שדחה את כל טענותיו של המבקש, הן לעניין קבילות האמרות וההודאות שבהן, הן לעניין משקלן והן לעניין דיות הראיות להרשעה.

12. במסגרת בחינת קבילות האמרות וההודאות, בית משפט זה קיבל את קביעת בית המשפט המחוזי לפיה אין בהיעדר אזהרה בחלק מהחקירות כדי להביא לפסילת האמרות וההודאות, וכן כי לא היה שימוש באמצעים פסולים במהלך החקירות. זאת, משום שגם בחקירות שבהן המבקש לא הוזהר, נמצא כי הוא היה ער ומודע לזכות השתיקה; כי מימש זכות זו כל אימת שרצה בכך; וכי היעדרה של אזהרה לא גרם לו לומר דברים שלא מרצונו החופשי. גם הטענה כי



הדברים נאמרו במהלך משא ומתן לקראת חתימת "הסכם עד מדינה" ולכן חל עליהם חסיון - נדחתה. בית משפט זה מצא כי המשא ומתן היה סרק, במובן זה שלדברי המבקש, הוא שיקר לרשויות מלכתחילה כדי לקבל טובות הנאה. נקבע, כי מקום שבו הנחקר יוזם קיומו של משא ומתן לחתימה על "הסכם עד מדינה", להבדיל מיוזמה שמגיעה מרשויות החקירה, אין מניעה להשתמש בדברים שאמר הנחקר בחקירתו, במהלך המשפט.

13. במסגרת בחינת משקלן של האמרות וההודאות, בית משפט זה דחה את טענת ההגנה לפיה לא היה ראוי לפלג את הודאותיו של המבקש, אימץ את הגרסה שבה הוא מיקם עצמו בזירת הרצח ודחה את הגרסה הנוגעת לקיומו של שותף.

בית משפט זה קבע כי טענת המבקש לפיה כל אמירותיו הן שקר, היא גורפת, כוללנית ואינה יכולה להתקבל. בית המשפט מצא כי התזה שהציג המבקש אינה אלא הפרכות כלליות והעלאת השערות, וכי המבקש עצמו אישר כאמת בפני החוקרים את מה שאמר קודם לכן. בתוך כך, בית המשפט דחה את הטענה כי המבקש סיבך עצמו בדברים שלא ביצע, רק בשל הרצון לקבל טובות הנאה בתיק עבירות הרכוש שנוהל נגדו. בית המשפט מצא כי אילו היה ממש בטענה כי ההודאות הן שקריות - ניתן היה לצפות שהמבקש יחזור בו מהן כבר במהלך החקירה, כאשר נודע לו שתוכניתו לשמש עד מדינה אינה יוצאת אל הפועל. ואולם, משלא עשה כן ולו פעם אחת במהלך כל חקירותיו - בית המשפט מצא כי האמירה הגורפת, לפיה כל גרסאותיו הן שקר, מהווה עדות כבושה שערכה ומשקלה מועטים ביותר.

עוד קבע בית משפט זה כי האמת הפנימית העולה מהודאותיו של המבקש מקורה בהתפתחות ההודאות לקראת הפללה עצמית - החל מהכחשה וכלה בהודאה בנוכחות בזירת הרצח עם שותף המחזיק באקדחו של המבקש. נמצא, כי בשינוי הגרסה היגיון פנימי רב, וכי אין בהודאות סתירות מהותיות אלא יש בהן "גרעין קשה" המלווה את הגרסאות על דקויות השינויים שבהן. בית המשפט מצא כי הודאותיו של המבקש מצביעות בעליל על כך שלעניין מעורבותו ברצח - גרסתו איננה גרסה שקרית, אלא חשיפה איטית, טפח אחר טפח, של האמת.

14. משבית משפט זה מצא כי יש אמת בהודאות המבקש על פי הגיון הפנימי, הוא עבר לבחון את קיומם של חיזוקים חיצוניים להודאות אלו. נמצא כי המבקש ידע פרטים רבים ושונים, בחלקם מוכמנים, הקושרים אותו לרצח, שאותם לא יכול היה לדעת אלמלא היה מעורב בו. כך, המבקש ידע עובדות רבות מזירת הרצח, על תכולת הדירה ועל חפצים שהיו בה, אשר רק מי שנמצא בדירה בשלב כלשהו היה יכול לדעת אותן, ובהן: קיומו של מאבק פיסי; גניבת תכשיטים מבית המנוח; קיומו של גרב ניילון מוכתם בדם; בריחת הרוצח דרך החלון; קיומם של כפתורים שנתלשו מבגד הרוצח; קיומו של ארון גדול בסלון בית המנוח; וקיומו של מכשיר וידאו בחדר העבודה של המנוח. בית המשפט דחה את טענתו של המבקש, כי למד פרטים אלה מפרסומים בתקשורת, מחוקריו, מעצורים ששהו עימו במעצר או באמצעות ניחוש. נקבע, כי ההגנה לא הציגה ראיה להעברת מידע מהחוקרים למבקש, וכי לא ייתכן שעצירים העבירו למבקש מידע. אשר לפרסומים בתקשורת, נקבע כי אין זה סביר שהמבקש - אשר נעצר כחצי שנה לאחר הרצח - יזכור פרטים שפורסמו סמוך לאירוע. כן נקבע כי המבקש לא הלך שבי אחר עובדות שגויות שפורסמו בעיתונות, ומכאן - שלא ניזון ממקור זה. על כן, בית משפט זה קבע כי ריבוי הפרטים והעובדות שידע המבקש ושסר למשטרה פועל נגדו, ומהווה ידיעה בולטת ומרשימה של פרטים המעניקה משקל פנימי וחיצוני להודאותיו.

עוד מצא בית המשפט חיזוקים נוספים המצביעים על אמינות ההודאות, והם: מעורבות רגשית גדולה שגילה בכל הקשור לאירוע; הפרכת האליבי שלו הוא טען; ושקרו במספר נושאים שונים.



15. בית משפט זה המשיך והתייחס לטענת ההגנה, לפיה לא ניתן לייחס למבקש את הראיות המדעיות שנמצאו בזירת הרצח, ומצא כי אשמתו של המבקש עולה בבירור מן ה"יש", וכי אין בחסר הנטען כדי לנתץ את הפסיפס שהצטרף לתמונה שלמה וברורה וכדי להטיל ספק ממש ורציונאלי באשמתו. כך גם נקבע, כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לעניין אי-מיצוי חקירתם של חשודים אחרים, שכן נמצא שבית המשפט המחוזי נתן דעתו לשאלה זו וקבע כי העדים שהפלילו אחרים בהודעותיהם חזרו בהם מכך. על יסוד כל האמור לעיל, נדחה ערעורו של המבקש והרשעתו נותרה על כנה.

16. להשלמת התמונה, יצוין כי לאחר דחיית הערעור, הגיש המבקש, בעצמו וללא ייצוג, שתי בקשות לדיון נוסף (דנ"פ 300/02 ודנ"פ 725/02), אשר בית משפט זה דחה על הסף.

17. עוד יצוין, במאמר מוסגר, כי לנוכח המחלוקת שבין הצדדים אם בדברים שמסר המבקש בגרסתו השלישית המפלילה אכן הודה במעשה הרצח של המנוח, ולמען נוחות הדיון - אתייחס להלן לדברים אלה כ"הודעה", היכן שישנה רלוונטיות להבחנה זו.

הבקשה למשפט חוזר - התפתחויות דיוניות

18. ביום 28.2.2016 הגישה הסניגוריה הציבורית, באת כוחו של המבקש, בקשה למשפט חוזר בשמו. משהועברו לידי באת כוחו של המבקש ראיות נוספות שנמצאו על ידי המשיבה לאחר הגשת הבקשה, הגיש המבקש השלמת טיעון בבקשה למשפט החוזר ביום 8.6.2016, והמשיבה העבירה את תשובתה לבקשה למשפט חוזר ביום 5.7.2016. בהמשך, בשל מחלוקת בין הצדדים בדבר העברת חומרי חקירה חסויים, קיימתי ביום 15.8.2016 דיון באותו העניין, כפי שיבואר להלן. בהמשך, ביום 15.9.2016 הגיש המבקש תגובה לתשובת המשיבה, ותשובת המשיבה על מסמך זה הוגשה ביום 30.10.2016. ביום 23.3.2017 הוריתי לצדדים על הגשת השלמות טיעון מטעמם, ואלו הוגשו בימים 10.4.2017, 1.5.2017 ו-8.5.2017. לאור בקשת המשיבה מיום 17.5.2017, ובהסכמת המבקש, קיימתי ביום 14.6.2017 דיון בבקשה למשפט חוזר. טרם שאעבור לדון בבקשה למשפט חוזר לגופה, אבקש להתייחס לחומר זה ולהכריע בבקשתו האמורה.

החומר המודיעיני

19. ביום 21.5.1995 הוצאה תעודת חסיון בתיק, לפי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) הקובעת, בין היתר, כי פרטי המידע הבאים הם חסויים:

"כל פרט או מידע שיש בהם כדי לגלות את זהותם של האנשים אשר מסרו למשטרה את המידע, המתועד בדיעות המתוייקות בקלסר המסומן "א", לרבות תכנו של המידע ולמעט המידע שנמסר על ידי עד תביעה מס' 12, אבי כהן, והמידע שנמסר על ידי הנאשם, אשר תועד על ידי עד תביעה מס' 16, יוסי כהן".



במסגרת הבקשה למשפט חוזר, עתר המבקש לבית משפט זה לעיין בחומר מודיעיני שקיים בתיק. בהחלטת מיום 18.5.2016, הוריתי למשיבה לפרט בהודעתה המעדכנת את מהותם של המסמכים אשר לשיטתה אין מקום להעביר לרשות הסניגוריה, בעוד את המסמכים אשר יימצא כי אין מניעה להעביר לסניגוריה - תעביר המשיבה בהקדם האפשרי.

20. בהודעתה מיום 31.5.2016, המשיבה התנגדה לבקשתו של המבקש וגרסה כי העובדה שהוגשה כיום בקשה למשפט חוזר, כמו גם עצם חלוף הזמן, אינם משנים את המצב המשפטי בנוגע לחומרים החוסים תחת תעודת חסיון או הגנת הפרטיות, וכי היא אינה רשאית גם כיום להעבירם לעיונו של המבקש. המשיבה הבהירה כי אין בחלוף הזמן כשלעצמו כדי להתיר חשיפת מקורות משטריים אשר מסרו ידיעות בשעתו וכי לא ניתן לצאת מתוך הנחה כי הטעמים לחסיון פגו, וכי הסיכונים הטמונים בחשיפה, חלפו. יתרה מזאת, המשיבה סברה כי טענותיו של המבקש אינן מתאימות לשלב של בקשה למשפט חוזר. המשיבה הטעימה כי ההליכים שעותר המבקש להורות לה לבצע בשלב זה, הנוגעים לתיאור ולפירוט החומר החסוי, כבר נעשו בעבר להנחת דעתו של בית המשפט המחוזי, וכי אין בהם חידוש כלשהו שלא היה ידוע בעבר לבאי כוח המבקש.

המבקש לא הסתפק בתשובה הכללית של המשיבה כי אינה יכולה למסור את החומר לעיונו, בפרט בשל העובדה שהיא לא הייתה יכולה לקבוע באופן חד משמעי שהחומר המצוי ברשותה הוא אכן, בהתאמה מלאה, החומר שחלה לגביו תעודת חסיון. משום כך, המבקש חזר על בקשתו לפיה תימסר לו רשימה מפורטת, המתייחסת למסמכים המצויים בידי המשיבה, אשר העיון בהם נמנע. עוד הוסיף המבקש, כי ככל שהמשיבה תעמוד על סירובה לאפשר לסניגוריה לעיין במסמך מסוים, עליה לציין את מהות המסמך, את עילת הסירוב ופראפרזה של האמור בו.

21. בתום הדיון לפניי ביום 15.8.2016 מסרתי כי החלטה תינתן במסגרת הבקשה למשפט חוזר, ועתה הגיעה השעה. החלטה זו איננה פשוטה - מחד גיסא עומד אינטרס חקר האמת במשפט הפלילי, ומאידך גיסא עומד האינטרס הציבורי בבסיסו של החיסיון (וראו: בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל מחוז ים, פ"ד סב(1) 106, פסקאות 35-62 (2006)). בעניינו של המבקש, סברתי כי איזון ראוי בין השניים הוא שאעיין בחומר המודיעיני וככל שאמצא בו ממש כדי לבסס עילה למשפט חוזר - אורה על התרת עיון הסניגוריה בו (ראו והשוו: בש"פ 6227/16 פלוני נ' מדינת ישראל (29.12.2016)). ואולם, לאחר עיון מוקפד ומדוקדק בשש תיקיות החומר המודיעיני שהוגשו, נחה דעתי כי אין מקום להתיר לסניגוריה לעיין בחומר זה. זאת, משום שמצאתי כי החומר אינו כולל מידע ראייתי חיוני עבור המבקש; וכן, כי התועלת עבור המבקש מגילוי הראיות אינה גוברת על האינטרס הציבורי הניצב בבסיס החיסיון. לפיכך, אעבור כעת לדון בבקשה למשפט חוזר לגופה.

תמצית הבקשה למשפט חוזר

22. בבקשה שלפניי, המבקש עותר לבית משפט זה לקיים משפט חוזר בעניינו, בהתבסס על שתי עילות. האחת, עניינה קיומן של עובדות או ראיות חדשות העשויות, לבדן או ביחד עם החומר הקיים, לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש - עילה הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. השנייה, עניינה חשש של ממש לעיוות דין אשר נגרם למבקש בהרשעתו - עילה הקבועה בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט. כפי שיפורט ויורחב להלן, המבקש גורס כי הודעתו בגרסה המפלילה נגבתה בהיותו תחת השפעת סמים, ואף בעיצומה של תסמונת גמילה, וכי קיימות ראיות חדשות - ובהן ראיות DNA וידיעות על אודות פרטים מוכמנים - המאירות אור חדש על פרטים שהביאו להרשעתו ועל



קיומם של מחדלי חקירה בעניינו. עוד טוען המבקש לשורת פגמים בהתנהלותן של רשויות החקירה, בהם אובדן מוצגי חקירה מזירת הרצח. מנגד, המשיבה מסכימה כי אומנם מדובר בתיק מורכב ובלתי שגרתי בנסיבותיו, אולם לדידה אין בטענות המבקש כדי להוכיח את יסודות העילות לקיומו של משפט חוזר. לשיטת המשיבה, מרבית טענותיו של המבקש הן טענות ערעוריות באופיין, ואין מקום להתייחס אליהן במסגרת הליך הבקשה למשפט חוזר. נוסף על כך, המשיבה גורסת כי בהיעדר ראיות משכנעות בדבר קיומה של הרשעת שווא, ולנוכח הקושי להביא לגילוי האמת זמן כה רב לאחר הרצח - דין הבקשה להידחות.

דין והכרעה

משפט חוזר - המסגרת הנורמטיבית

23. הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט, והפעלתה מותנית בקיומה של אחת העילות המנויות בו. בבסיס סמכות זו עומדת השאיפה ליצירת איזון בין שני ערכים מרכזיים: מצד אחד, ערך חשיפת האמת ומניעת הרשעות שווא, מתוך הכרה כי מערכת משפטית, ככל מערכת אנושית, אינה חפה מטעויות. מנגד, ניצבים ערכים אחרים ובראשם עקרון סופיות הדיון, אשר בבסיסו ההנחה כי פסק הדין מושא הבקשה ניתן כדין ובדין יסודו. עקרון זה מבטא את הצורך בוודאות הפסיקה וביציבותה, ויונק את כוחו מן הערך החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין (מ"ח 5048/04 אייזן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 29-34 (20.11.2005); מ"ח 4057/02 סובחי נ' מדינת ישראל (10.7.2002); מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 559 (1999) (להלן: עניין קוזלי); מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 433 (1999); מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 241, 249-248 (1997)). לפיכך, בית משפט זה חזר ושנה כי נקודת המוצא בדיון בבקשה למשפט חוזר היא שמשפט חוזר הינו הליך חריג וייחודי, אשר בקשות לקיימו מאושרות באופן מצומצם ובמשורה (ראו גם: מ"ח 3378/13 פלוני נ' מדינת ישראל (17.7.2014); מ"ח 3975/13 אלדן תחבורה בע"מ נ' מדינת ישראל (29.10.2013); מ"ח 3633/08 אליטוביץ נ' מדינת ישראל (25.11.2008); מ"ח 5846/03 יזדי נ' מדינת ישראל (7.9.2003)). בהתאם לכך, הלכה היא כי על המבקש לקיים משפט חוזר להניח תשתית ראייתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (מ"ח 779/13 יקותיאל נ' מדינת ישראל (6.6.2013) (להלן: עניין יקותיאל); מ"ח 3201/08 איין נ' מדינת ישראל (27.7.2008); מ"ח 26/03 דותן נ' מדינת ישראל (19.2.2003); מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334 (1997) (להלן: עניין עזריה)).

בתוך כך, צוין לא אחת כי הדיון בבקשה למשפט חוזר אינו "ערעור נוסף", ואין הוא המקום הראוי לדון בטענות אשר נדונו על ידי הערכאות שדנו בתיק. בעניין זה, ציין לאחרונה המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי "אין המדובר בהליך נוסף של ערעור על פסק הדין, בו תינתן למבקש 'הזדמנות נוספת' לטוות גרסה שונה או משופרת, אלא 'בהליך חריג שבחריגים, השמור למקרים בודדים'" (מ"ח 3523/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יב (1.1.2017) (להלן: מ"ח 3523/16); וכן ראו: מ"ח 4016/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות לג-לד (30.11.2016) (עניין פלוני); מ"ח 8498/13 אל עביד נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (12.2.2015) (להלן: עניין אל עביד); מ"ח 8390/08 לוי (מסילתי) נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (19.3.2009) (להלן: עניין מסילתי)). עוד הובהר, כי הדברים נכונים ככלל גם בנוגע לממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית ונבחנו מחדש על ידי ערכאת הערעור (ראו: מ"ח 5336/14 סיסו נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (21.1.2015) (להלן: עניין סיסו); מ"ח 6783/13 באשה נ' מדינת ישראל, פסקאות 26, 30, 31 (18.9.2014) (להלן: עניין באשה); מ"ח 4362/07 בשן נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (1.6.2008)).



בבסיס כלל ההימנעות מבחינה מחודשת של ממצאי העובדה והמהימנות ניצבת ההבנה, כי לערכאה הדנה בבקשה למשפט חוזר אין כל יתרון בקביעות מסוג זה על פני ערכאת הערעור, לא כל שכן על פני הערכאה הדיונית. לפיכך, דיון מחודש בקביעות המהימנות במסגרת המשפט החוזר נתפס כאינו מקדם את עיקרון חשיפת האמת, וכפוגע בעיקרון סופיות הדיון. ואולם, לכלל זה חריגים בצידו. כך, למשל, כאשר עולה בידו של מבקש להציג ראיות אשר בכוחן להביא לשינוי ממשי בהתרשמות בית המשפט ממהימנותו של עד או ממצא מסוים - שומה על בית המשפט בדונו בבקשה למשפט חוזר להידרש לסוגיית המהימנות, ולבחון אם יש בראיות שהובאו כדי להשפיע על המהימנות שייחסו הערכאות הקודמות לממצא מסוים, במידה העולה כדי פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט (ראו והשוו: מ"ח 3713/11 בקרינג נ' מדינת ישראל, פסקאות 24-26 (15.9.2013) (להלן: עניין בקרינג); מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 22-28 (28.12.2005)).

העילות למשפט חוזר

24. כאמור, בבקשה שלפניי, המבקש עותר להורות על קיומו של משפט חוזר מכוח שתיים מן העילות הקבועות בחוק בתי המשפט. האחת, קיומה של עובדה או ראיה, העשויה לשנות את תוצאות המשפט לטובתו (סעיף 31(א)(2) לחוק), והשנייה, כי קיים חשש של ממש שנגרם לו עיוות דין (סעיף 31(א)(4) לחוק). אסקור בקצרה את שתי עילות אלו.

25. סעיף 31(א)(2) לחוק מאפשר לקיים משפט חוזר מקום בו "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון". כלומר, כדי לחסות תחת עילה זו על המבקש להצביע על עובדות או ראיות חדשות שעשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובתו (עניין בקרינג, פסקה 20; עניין קוזלי, בעמ' 560-561). עילה זו נועדה לאפשר, גם בדיעבד, בחינה מעמיקה של ההרשעה על בסיס תשתית מלאה יותר, חדשה כולה או חלקה, אשר לא עמדה לנגד עיניהן של הערכאות בעבר ושיש בה "כוח שינוי" (מ"ח 4811/12 אלקאדר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (2.5.2013) (להלן: עניין אלקאדר); מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (31.8.2011) (להלן: עניין סביחי)).

ואולם, לא די בכל ראיה חדשה כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר. הלכה מושרשת בבית משפט זה היא כי על המבקש להצביע על ראיות או עובדות שיש בהן "אמינות לכאורית", ושהיה בהן, או בהשתלבותן עם החומר שהיה בפני בית המשפט, פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. דרישה נוספת שהשתרשה בפסיקה מתייחסת לכך שהראיות הנוספות צריכות להיות בעלות "משקל סגולי", אם באופן עצמאי, ואם בהצטרפותן לראיות על פיהן הורשע המבקש (ראו למשל: מ"ח 73/14 נביל נ' מדינת ישראל (27.1.2014); מ"ח 2847/05 אלחרר נ' מדינת ישראל (29.7.2007) (להלן: עניין אלחרר); מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (5.9.2005) (להלן: מ"ח שוורץ); עניין עזריה). נוסף על כך, נקבע כי הראיות צריכות להיות "חדשות במובן המהותי", קרי "לא כאלו שניתן היה להגישן בבתי המשפט הקודמים ומובאות עתה כדי לנסות להטות את הכף" (ראו: מ"ח 226/16 זלום נ' מדינת ישראל, פסקאות טו-יח (29.6.2016) (להלן: עניין זלום); מ"ח 1282/16 שקלים נ' מדינת ישראל, פסקה כה (26.6.2016) (להלן: עניין שקלים); מ"ח 1340/16 מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקה כ (31.7.2016)). יתר על כן, ככל שהראיות החדשות שאותן מגיש המבקש הן ראיות נסיבתיות, והן נועדו לבסס הסבר חלופי לגרסה המרשיעה - ברי כי אותו הסבר חלופי שהמבקש מציג על יסודן, נדרש שיהיה הגיוני ומעוגן בחומר הראיות (ראו והשוו: ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 75 לפסק דיני (6.9.2016) (להלן: עניין חדאד); ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקה 100 (21.1.2015); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן בע"פ 5496/14 (29.12.2015)).



26. עניינה של העילה הקבועה בסעיף 31(א)(4) לחוק הוא בשאלה אם נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם למבקש עיוות דין. הגישה המקובלת בבית משפט זה היא כי עסקינן ב"עילת סל", שבגדרה על בית המשפט להשקיף ב"מבט-על" על מלוא חומר הראיות, המקורי והנוסף, ולבחון אם קיים חשש של ממש כי נפלו בהליך פגמים דיוניים חמורים, אשר הובילו להרשעת שווא של המבקש (ראו למשל: עניין באשה; מ"ח 3689/13 חמאדה נ' מדינת ישראל (29.10.2013); עניין אחר, בפסקה 26; וכן את הדיון העקרוני בעילה בעניין קוזלי). "עילת הסל" אינה כוללת יסודות משפטיים מוגדרים, והיא נועדה לתת מענה לפגם דיוני שורשי אשר נתגלה בהליך הפלילי, ואשר יש בו כדי לערער את יסודות ההרשעה (מ"ח 4990/14 דאוד נ' מדינת ישראל, פסקה מד (28.4.2015); עניין אלקאדר, פסקה 27; מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (17.10.2005) (להלן: עניין אקסלרוד)). ואולם, כפי שנפסק לא אחת, בית משפט זה יורה על עריכתו של משפט חוזר לפי עילה זו רק בהתקיים נסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת (עניין אל עביד, פסקה 55; מ"ח 10028/06 רינגורט נ' מדינת ישראל (17.9.2007); מ"ח 6223/04 גולדין נ' מדינת ישראל (13.10.2004)). על יסוד האמור לעיל, אפנה לבחינת טענותיו של המבקש.

טענות בדבר עובדות או ראיות חדשות לפי סעיף 31(א)(2) לחוק

גרסתו המפלילה של המבקש - טענות בנוגע לשימוש בסמים

27. בבקשתו, המבקש עומד בהרחבה על כך שבתקופת החקירה נהג לצרוך סמים וכי בתקופה שבה מסר לראשונה את גרסתו המפלילה- עובר לבדיקות הפוליגרף - היה במצב של תסמונת גמילה ("קריז"), אשר השפיעה על עדותו. המבקש סבור כי היות שהשתמש בסמים בתקופה שבה מסר את גרסתו השלישית, יש לייחס משקל נמוך להודעתו. לשיטתו, למשקלה של הודעתו חשיבות רבה בהינתן מרכזיותה לביסוס הרשעתו. המבקש מגבה את טענתו לעניין השימוש בסמים בצירופם של מספר מזכרים; של קטעים מתוך יומן בית המעצר; ושל דוחות סיכומי טיפול של נידות טיפול נמרץ שנשלחו כדי לטפל בו. המבקש מוסיף ומצרף את חוות דעתו של ד"ר לבשטין, שבחן את המסמכים האמורים וקבע כי קיימים ממצאים המצביעים בסבירות גבוהה על צריכת סמים ועל קיומה של תסמונת גמילה מסמים. נוסף על כך, המבקש מפנה לפראפרזות של האזנות סתר לשיחות בינו לבין בובלי, בהן תיאם המבקש רכישת סמים מבובלי באמצעות אנשים שונים; וכן מצביע על כך שבתחילת הודעתו, עובר לבדיקת הפוליגרף הראשונה, שאל את הבודק אם יוכל להיבדק בהיותו בתסמונת גמילה (קלטת שמע מס' 19 לנספחי תגובת המשיבה, דקות 1:12-1:40).

מנגד, המשיבה גורסת כי במהלך ניהול המשפט הן הצדדים והן בית המשפט היו מודעים לצריכת הסמים של המבקש בתקופה הרלוונטית, וכי אין בעובדה זו כל חידוש המצביע על עיוות דין שנגרם לו. המבקשת מדגישה כי הערכאה הדיונית התרשמה באופן ישיר מעדותו של המבקש, התרשמות אשר הייתה לה השפעה רבה על הכרעתה במשפט. לשיטת המשיבה, לערכאה הדיונית יתרון בהערכת מהימנות עדותו של המבקש, וזאת בפרט ביחס לניסיון הערכת מהימנות הנעשה בימינו על סמך בחינת מצבו של המבקש בראייה לאחר. לטענת המשיבה, ניסיון הערכת מהימנותו של המבקש בשלב זה מהווה "השערה מרוחקת בדבר הלך רוחו" של המבקש בעבר ותו לא, וממילא אין בה כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר.

28. אקדים ואומר, כי מצאתי שאין בראיות החדשות בדבר השימוש של המבקש בסמים בתקופה שבה מסר את הגרסה המפלילה, בצירוף לאלו שהיו ידועות בזמן המשפט, כדי לשנות ממשקלה של עדותו של המבקש במידה אשר



חוצה את רף ה"מסה קריטית" של ראיות ועובדות הדרוש לשם הוראה על משפט חוזר לפי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט (ראו והשוו: מ"ח 7808/16 בירנבאום נ' מדינת ישראל, פסקה כ (12.2.2017); עניין זלום, פסקה טו; עניין פלוני, פסקה לג; עניין באשה, פסקאות 31-32; עניין מסילתי, פסקה 20). ואפרט.

טענותיו של המבקש נוגעות לממצאי המהימנות של הערכאה הדיונית וערכאת הערעור, אשר מצאו שתיהן כי הגרסה המפלילה שמסר מהימנה היא. כאמור לעיל, על דרך הכלל אין מקום להידרש לטענות מסוג זה במסגרת בקשה למשפט חוזר, זאת למעט במקרים שבהם מציג המבקש ראיות בעלות רלוונטיות ממשית לקביעת המהימנות - אזי על בית המשפט להידרש אליהן ולבחון אם יש בהן פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. האם הראיות החדשות שהציג המבקש על אודות השימוש שלו בסמים הן בעלות רלוונטיות ממשית המצדיקה הידרשות לממצאי המהימנות של הערכאות הקודמות ולכוחן לשינוי תוצאות המשפט? סבורני כי התשובה לכך היא חיובית. ברי בעיניי, כי ידיעות חדשות על אודות שימוש של נחקר בסמים במהלך החקירה עשויות להיות בעלות רלוונטיות ממשית ומשמעותית לשם קביעת מהימנותו. כידוע, לשימוש בסמים, ובפרט לתסמונת גמילה ולהשפעתה, קיימת נפקות בבחינת משקלה הפנימי של ההודאה (ע"פ 4209/14 קרן נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (15.11.2015); ע"פ 175/10 חנוכיב נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (28.7.2011); ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל, פסקה כ (3.7.2008) (להלן: עניין דדון); ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 678-679 (1995)). משום כך, אבחן אם הראיות החדשות שמציג המבקש מעוררות ספקות בדבר קביעות המהימנות של הערכאות הקודמות, במידה שיש בה פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.

29. נקודת המוצא בענייננו היא שאין מחלוקת בין הצדדים על כך שהמבקש נהג להשתמש בסמים באופן קבוע בתקופת החקירה. מקריאה מדוקדקת של פרוטוקולי החקירות ומהאזנה לתיעוד שיחות המבקש עם בודק הפולגרף, עולה הרושם כי המבקש אכן סבל מתסמונת גמילה בעת בדיקת הפולגרף האמורה. ברם, דומה כי עובדה זו הייתה ידועה לסניגורו של המבקש כבר בתקופת המשפט. כך למשל, במהלך משפט הזוטה בבית המשפט המחוזי, במסגרתו נקבע כי הודעתו המפלילה של המבקש אכן מהימנה, טען סניגורו של המבקש כי:

"הדברים נמסרו לאחר הפעלת לחץ פסיכולוגי פסול על הנאשם. הלחץ הפסול עולה מהצטברות הגורמים המתוארים לעיל, ומתוספות עליהן הנסיבות הבאות:

[...]

(3) העובדה שהנאשם מכור לסמים קשים ותוך ניצול רצונו להשתחרר מהמעצר - דבר שהובטח לו אם ייחתם עימו הסכם" (ת"פ (מחוזי-י) 98/95 מדינת ישראל נ' שלום (8.9.1996) (להלן: ההחלטה במשפט הזוטה)).

נוסף על כך, הן הערכאה הדיונית והן ערכאת הערעור ידעו על אודות שימושו של המבקש בסמים, כפי שעולה מקריאת פסקי הדין בעניינו של המבקש (ראו: פסק דינו של בית המשפט המחוזי, פסקאות 5-6 לדעת הרוב, פסקאות 23, 36 ו-43 לדעת המיעוט, וההחלטה במשפט הזוטה; ופסק הדין בערעור, פסקאות 5, 13-18). אומנם, יש לציין, כי השימוש בסמים נבחן במסגרת הטענות לקבילות ההודעה במשפט הזוטה, ולאחר מכן כחלק מנסיבות החקירה ומסירת ההודעה, הא ותו לא. כך, חרף ידיעתם על אודות השימוש בסמים, הן סניגורו של המבקש, הן הערכאה הדיונית והן ערכאת הערעור לא נדרשו לטענה בדבר השפעת השימוש בסמים על משקל ההודעה לעומקה. את הסיבות להיעדר התייחסות זו ניתן רק לשער, וייתכן, כפי שאסביר בהמשך, כי לו היה מתנהל המשפט כעת - היה נמצא לנכון להידרש לסוגייה זו ביתר הרחבה (ראו פסקאות 72-81 להלן). ואולם, למעט במקרים של כשל בייצוג - אשר לא נטען בענייננו,



וממילא אינני סבור כי התקיים במקרה דנן - הלכה היא כי אין די בעצם האפשרות להעלות טיעונים נוספים או שונים, שאפשר שהיו מסייעים בידו של המבקש, כדי להוות עילה לקיומו של משפט חוזר (מ"ח 3523/16, פסקה יח; עניין אל עביד, פסקה 18; עניין שקלים, פסקאות כב-כג; מ"ח 4191/11 אגבאריה נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (6.6.2012); מ"ח 7803/11 חסון נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (28.3.2012); מ"ח 4512/99 אייזין נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (23.12.1999)). בעניין זה, דבריו של הנשיא מ' שמגר במ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל (9.10.1984), לא נס ליחם:

"מדובר על הליך שיפוטי שנסתיים כבר ואשר ההכרעה בו מעוגנת במערכת ראיות, שהייתה אמינה בעיני בתי המשפט שלפניהם היא נפרשה. כאשר מבקשים לחדש את הדיון מראשיתו, לא די בהשגה על התוצאה או בהעלאת טענה, המצביעה על אפשרות קיומה של מערכת עובדות חלופית. אין גם להסתפק בכך, שמי שמעורב בעניין מעלה תיזה עובדתית חדשה; צריך להיות בהקשר או בנסיבות דבר כלשהו, המעניק לעובדות או לראיות החדשות בהן מדבר סעיף 31(א)(2) אמינות לכאורית. המצדיקה שקילתן מחדש ליד מערכת הראיות הקודמת" (שם, פסקה 2).

כאמור, חרף ידיעתן על אודות השימוש בסמים וחרף טענות הסניגור בנושא, קבעו שתי הערכאות כי יש לתת אמון בגרסתו המפלילה של המבקש ולדחות את הכחשתו המאוחרת את אותה הגרסה. האמון בגרסתו המפלילה ניתן על סמך ידיעת המבקש את הפרטים המוכמנים, על סמך הפרכת האליבי שלו, על סמך שקריו במהלך החקירה ועל סמך דבקותו בגרסה המפלילה זמן ממושך לאחר שמסר אותה. אשר ליסוד אחרון זה, כזכור, המבקש דבק בגרסתו השלישית, המפלילה, שמסר עובר לבדיקת הפוליגרף - גם זמן רב אחרי הבדיקה, והמשיך וטען לאמיתות גרסתו זו עד לשלב המשפט. כלשון בית המשפט המחוזי: "לאורך ימים, שבועות וחודשים רבים לא זו בלבד שאין שומעים מפי הנאשם או מפי סניגוריו (איש ואישה בשעתם) גרסה אחרת מזו שהעלה לראשונה ב-29.3.1995, אלא חוזרים ושומעים, במישרין או בעקיפין, אותה גרסה" (שם, פסקה 5 לפסק דינה של עמדת הרוב; ההדגשות במקור - ס.ג.). בנסיבות אלו, בהן ידעו כלל הגורמים המעורבים על אודות השימוש של המבקש בסמים, ואף על פי כן הגיעו לכלל מסקנה מבוססת ומנומקת כי יש לתת אמון בגרסה המפלילה שמסר המבקש בהודעותיו - אינני סבור שהורם הנטל הדרוש על מנת להורות על משפט חוזר על יסוד הראיות בדבר השימוש בסמים.

30. אומנם, הראיות החדשות שמציג המבקש כיום יכולות להוסיף ולבסס במידת מה את ידיעתן של הערכאות ואת ידיעתו של הסניגור על אודות השימוש בסמים על ידי המבקש. נראה כי ידיעות אלו הן אף נרחבות ומקיפות יותר מאלו שהיו בפני הערכאות והסניגור באותה העת. ואולם, היות שמדובר בראיות שהיו זמינות במועד המשפט (כגון יומן המרפאה מתקופת מעצרו של המבקש), או כאלו שניתן היה להפיק במועד המשפט (כגון חוות דעתו של ד"ר לבשטיין), אינני סבור כי הראיות שמציג המבקש בנוגע לשימוש בסמים הן ראיות חדשות "במובן המהותי" כפי שהותווה בפסיקה (ראו: מ"ח 5499/16 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה טו (17.11.2016); עניין פלוני, פסקה לג; עניין זלום, פסקה טו). משום כך, סבורני כי הראיות שהחדשות שמציג המבקש לעניין שימוש בסמים מהוות מעין "מקצה שיפורים" לטענותיו בערכאות הקודמות, ואין בהן כדי לבסס עילה למשפט חוזר.

למעלה מן הצורך, אציין כי אף אם היה טעם להגשת ראיות אלו רק עתה, סבורני שאין בכוח לבסס פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. אומנם, אכן יש בראיות החדשות כדי לשפוך אור מסוים על היקף ועוצמת השימוש בסמים על ידי המבקש, ובכך לחזק קמעה את הידיעה שהייתה בידי הערכאות הקודמות בעניין השימוש בסמים. ואולם כזכור, הערכאות הקודמות ידעו על אודות השימוש של המבקש בסמים, ומשום כך דומני כי השינוי שעשויות להביא עימן הראיות החדשות לעניין זה מתמצה בהשפעה מסויגת על משקלו של אחד השיקולים שכבר נדון עת נבחן משקלה הפנימי של



הודעתו של המבקש. זאת ועוד, השימוש של המבקש בסמים, מהווה רק אחד מני מספר שיקולים אשר נבחנים על ידי הערכאה הדיונית בקובעה את משקלה של הודעה או של גרסה מסוימת אשר מוצגת בפניה. אינני סבור כי בהשפעה מוגבלת זו טמון פוטנציאל ממשי לשינוי תוצאות המשפט בעניינו (ראו: ע"פ 4087/14 סקורדוק נ' מדינת ישראל, פסקה 53 (5.1.2017); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (25.1.2007); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט י' זמיר (5.10.2000)). לכך יש להוסיף, כי פרט למתן דעתם על אודות השימוש של המבקש בסמים, בחנו בתי המשפט שיקולים שונים נוספים (שפורטו לעיל), אשר הובילו אותם לכלל מסקנה לפיה הודעותיו מהימנות וגרסתו המפלילה אמיתית היא. לא זו אף זו, עובדת שימוש המבקש בסמים הייתה כאמור ידועה לסניגור ולבתי המשפט, אך זה ואף אלה לא העלו על נס את השימוש בסמים, לעניין בחינת משקלה הפנימי של ההודעה. בסופו של יום, כאשר אין בראיות שאותן מציג המבקש ביסוס לאפשרות לשינוי ממשי של הערכת המהימנות של הערכאות הקודמות, ואותם הטיעונים והשיקולים נשקלו בצורה ראויה ונמצאו כמשכנעים על ידי הערכאות הקודמות - נחה דעתי כי אין בהצגה של ראיות המחזקות את הידיעה על השימוש בסמים (להבדיל מאלו החושפות לראשונה ידיעה כזו), כדי לבסס פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. אשר על כן, לא מצאתי כי יש בראיות אלו כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר.

גרסתו המפלילה של המבקש - הסתמכות על פרטים מוכמנים

31. בבקשתו, המבקש מוסיף ומעלה טענות לעניין הפרטים המוכמנים שמסר, אשר עליהם לשיטתו התבסס בית המשפט המחוזי בבחינת האישוש החיצוני להודעתו. המבקש מציין מחקרים משמעותיים שנערכו במשפט המשווה בנוגע להרשעות שווא, מהם עולה כי ברוב מוחלט של מקרי הרשעות השווא, כללה הודעתו של המורשע פרטים מוכמנים מזירת האירוע. כמו כן, מתייחס המבקש לפרטים מוכמנים שונים אשר יוחסו לו בחקירתו, ומציע הסברים לידיעתם. בתוך כך, מציין המבקש כי גרב ניילון שנמצא בסמוך לזירת הרצח ובו שתי שערות אדם, מעט רוק וסיב הטיפוסי לפאות נוכריות, אשר בית המשפט המחוזי התייחס אליו ככפפה - שימש למעשה, לגישת המבקש, כמסכת ראש. כראיה, מצביע המבקש על השתלשלות האירועים שהובילה לקביעה זו, וכן מפנה הוא לשורת מסמכים מתיק החקירה, המעידים על כך שבזמן אמת התייחסו גורמי החקירה לגרב כמסכה, כמו גם לתצלום המוצג בו נראים שני חורים, שלסברתו מהווים חורי עיניים. על יסוד הדברים, סבור המבקש כי בית המשפט המחוזי ובית משפט זה שגו בהסיקם כי הודעת המבקש בדבר שימוש בגרב זה ככפפה מהווה פרט מוכמן התומך בהודעתו. עוד מתייחס המבקש לפרטים מוכמנים נוספים שיוחסו לו, כגון קיומו של וידאו בדירה וקיומו של ארון גדול באחד החדרים, וגורס כי אין בידיעת פרטים אלה כדי לבסס ידיעה של פרטים מוכמנים. יתרה מזאת, המבקש טוען כי חלק מהפרטים המוכמנים שידע התבססו על פרסומים שונים באמצעי התקשורת. אומנם טענה זו נדחתה בפסק הדין בערעור, שהתייחס לפרסומם של פרטים שונים על אודות הרצח בעיתונות. ואולם, המבקש גורס כי לאור קיומן של ראיות חדשות - 25 כתבות עיתונות נוספות שלא הוגשו לערכאות הקודמות ובהן התייחסות לשלושה פרטים מוכמנים אשר יוחסו לו - אין לראות פריטים אלה כפרטים מוכמנים המחזקים את הודעתו. המבקש מוסיף ומפרט מסמכים שונים אשר לגישתו מצביעים על כך שהיה חשוף לאמצעי התקשורת השונים במהלך חקירתו ואף שהיה בקשר עם בני משפחתו מחוץ לכלא - אשר לעמדתו, מעלים את הסבירות לכך שהיה מודע בפועל לפרסומים בעיתונות.

לעומת זאת, המשיבה סבורה כי יש לדחות את טענות המבקש בעניין הפרטים המוכמנים, וזאת על סמך מספר אדנים. ראשון, המשיבה מפנה לכך שבית המשפט המחוזי בהכרעת דינו וכן בית משפט זה בפסק דינו בערעור לא ייחסו חשיבות מכרעת לפרטים המוכמנים שידע המבקש. המשיבה מציינת כי פרטים אלה היוו חיזוק בלבד ולא סיוע, וכי הרשעתו של המבקש התבססה על יסודות אחרים כגון ראיות תומכות אחרות בעניינו, ובפרט: שקריו בנוגע לבובלי,



הפרכת האליבי שלו, ומעורבותו הרגשית. שני, המשיבה טוענת כי כבר בפנייתו הראשונה למשטרה למתן עדות בעניין הרצח, סיפר המבקש מיוזמתו מספר פרטים מוכמנים, ובהם קריעת חולצת הכפתורים של הרוצח, גרבי הניילון שלבש על ידיו וכדומה. שלישי, המשיבה אומנם מסכימה כי פרטים רבים בנוגע למקרה פורסמו בתקשורת, אך לשיטתה אין בכך כדי לפגוע בחשיבות ידיעת הפרטים המוכמנים. המשיבה מציינת בעניין זה כי בתקשורת פורסמו גם פרטים שקריים, אשר לא מצאו דרכם לעדותו של המבקש, דבר המקל לדידה על ההסתמכות על הפרטים המוכמנים. עוד מציינת המשיבה בנוגע לזה, כי בית המשפט כבר דחה את הטענה בדבר השפעת התקשורת על ידיעת המבקש את הפרטים המוכמנים. רביעי, המשיבה טוענת כי בידיעת הפרטים המוכמנים האחרים - ובהם גרב הניילון, מכשיר הווידאו והארון הגדול - יש כדי לבסס חיזוק לגרסה המפלילה, זאת בדומה לקביעתו של בית המשפט המחוזי ובית משפט זה. חמישי, לגישת המשיבה, עיקר טענות המבקש בנוגע לפרטים המוכמנים הן טענות ערעוריות אשר אין מקום להידרש אליהן במסגרת הליך הבקשה למשפט חוזר. כך, לגבי טענות המבקש בעניין קביעות בית המשפט המחוזי לסיווג אופן השימוש בגרב הניילון - המשיבה מציינת כי קביעות אלו נתקפו ללא הועיל על ידי בא כוחו של המבקש בערעורו לבית משפט זה, ולכן אין להידרש לטענות אלו שוב במסגרת הבקשה למשפט חוזר. המשיבה אף מוסיפה ומגיבה לטענותיו של המבקש בדבר גרב הניילון לגופן, בהציגה את הממצאים שעל יסודם התקבעה לבסוף התפיסה שלפיה הגרב שימש את הרוצח ככפפה ולא כמסכה. לפיכך, המשיבה גורסת כי אין בראיות הנוספות בדבר הפרטים המוכמנים פוטנציאל מזכה אשר יש בו כדי להצדיק היעדרות לבקשה למשפט חוזר.

32. יאמר כבר בפתח הדברים, כי סבורני שאין בכוחן של הראיות החדשות שהציג המבקש במסגרת ניסיונותיו להטיל דופי בגרסתו השלישית והמפלילה, כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובתו. ראשית, אף אם היה בידי לקבל את עמדתו של המבקש ולקבוע, על סמך הראיות החדשות, כי מהימנות ידיעת הפרטים המוכמנים מוטלת בספק, דומני כי בראיות אלו אין "משקל סגולי" בעל פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט. כזכור, בית המשפט המחוזי מצא חיזוקים להודעותיו של המבקש בראיות נוספות שלהן ייחס חשיבות רבה יותר - ובהן סתירת האליבי שלו, וגרסתו המתפתחת ובפרט השקרים שסיפר במהלך חקירותיו עובר למסירת הגרסה המפלילה; וגם בית משפט זה התייחס בבחינת משקל ההודעה למספר ראיות זולת ידיעת הפרטים המוכמנים, ובהן - גרסתו בדבר השימוש באקדח, הגרסאות השונות שהציג בחקירתו, הפרכת האליבי שלו, שקריו לאורך החקירות ומעורבותו הרגשית בכל הנוגע לאירוע (ראו: פסק דינו של בית המשפט המחוזי, בעמ' 445-447; פסק הדין בערעור, פסקאות 18-23). לפיכך, גם אם הראיות החדשות שהציג המבקש בנוגע לפרטים המוכמנים היו מצמצמות באופן משמעותי את המשקל שראוי לייחס לפרטים המוכמנים - מתקשה אני לראות כיצד אין זה לבדו היה בו כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר בענייננו (וראו להלן פסקה 54 לעניין הצטברות הראיות החדשות בענייננו).

33. שנית, בהינתן הכלל בדבר היעדר התערבות בממצאי עובדה ומהימנות בהליך המשפט החוזר שעליו עמדתו לעיל, לא מצאתי כי יש ממש בטענות המבקש בנוגע לשימוש שנעשה בגרב הניילון. הן בית המשפט המחוזי והן בית משפט זה נדרשו לסוגיה זו וקבעו (בדעת רוב בערכאה הדיונית ופה אחד בערכאת הערעור) כי גרב הניילון שימש את הרוצח ככפפה. חומרי החקירה שעליהם מסתמך המבקש בבקשתו לסטות מקביעות אלו היו זמינים לו גם במועד המשפט, ואינם מהווים ראיה חדשה - אלא טיעון מחודש באותו העניין. לא למותר לציין כי בערעורו לבית משפט זה שטח המבקש את טענותיו בדבר סיווגו של גרב הניילון, אלא שאלו נדחו (פסקאות 22, 24 לפסק הדין בערעור), ואינני סבור כי המבקש העלה טעם המצדיק בחינה מחודשת של טענות אלו במסגרת הליך של בקשה למשפט חוזר. לעניין זה, לא מצאתי ממש בטענות המבקש בנוגע להשפעת ההטיות הקוגניטיביות על החקירה כדי לעורר ספק בממצאים אלו (וראו בהרחבה לעניין זה להלן בפסקה 63). לפיכך, נחה דעתי כי אין מקום להתערב בממצאי הערכאות הקודמות בנוגע לגרב הניילון במסגרת ההחלטה בבקשה זו, ואיני מוצא פגם בהסתמכות הערכאות הקודמות על ידיעת פרט זה כפרט מוכמן שידע המבקש.



34. שלישית, אף שמחקר העיתונות שביצעה הסניגוריה הוא מקיף מאד וראוי להערכה, סבורני כי אין בו פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. נוכח המתאר (פרופיל) התקשורתי הגבוה של הפרשה, אין להתפלל כי פורסמו ידיעות רבות בעיתונים רבים שדיווחו על פרטים שונים בעניין הרצח, ובתוך כך גם פרטים מוכמנים או כאלה בעלי פוטנציאל להיות פרטים מוכמנים. אין לחדד, כי המציאות שבה מתפרסמים פרטי חקירה פלילית בתקשורת עובר לגמר החקירה המשטרית מציבה אתגר משמעותי לחברה דמוקרטית: מן העבר האחד ניצב חופש העיתונות הנובע מחופש הביטוי, ומשמיע כי לתקשורת יש זכות ולעיתים אף מחויבות (אתית-מקצועית לכל הפחות), לפרסם פרטים בעניינים שהם על סדר היום הציבורי (דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פסקאות 52-54, 59 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס, פסקאות 3-4 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל, פסקה לא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (18.9.2014); רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ, פסקאות עג-עד (29.11.2009); רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, פסקאות 15-17 (2004); בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, פסקה 5 (2004); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 546-553, 603-604 (2016)). ומן העבר השני, ניצבת זכותו של הנחקר והנאשם להליך משפטי הוגן (בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 169 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014); דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פסקאות 4-5, 8, 12-13 לפסק דינו של השופט י' דנציגר, פסקה טז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (9.1.2012); ע"פ 2144/08 מונדרוביץ נ' מדינת ישראל, פסקאות 111-112 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (14.1.2010); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, פסקאות 24-26 לפסק דינו של השופט א' א' לוי, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2006)). המדובר באתגר משמעותי, אשר הולך ומתגבר ככל שכלי התקשורת ממקדים את הזרקור יותר ויותר על הנעשה בתוך כותלי בית המשפט ובמהלכן של חקירות המשטרה (וראו בעניין זה בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פסקאות 65, 67-68 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (26.2.2008)). אתגר זה בא לידי ביטוי גם באפשרות הרשעת אדם על סמך, בין היתר, פרטים מוכמנים. בע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011) נדמן לי להידרש לאפשרות ההסתמכות על פרטים מוכמנים אשר פורסמו בתקשורת במסגרת חיזוק או סיוע להרשעה פלילית - וכך ציינתי:

"אין מקום לומר כי רק בשל העובדה, שהעדות היו חשופות לפרסומים בתקשורת, עדותן נסמכת על פרסומים אלה. אנו סבורים, כי גם אם ניתן להצביע על דוגמאות, בהן עדים שינו את עדותם לחומרה, אין בכך כדי להוכיח ששינוי זה הושפע מהפרסומים בתקשורת" (שם, פסקה 395; ולביסוס מדעי להסתמכות על פרטים מוכמנים, ראו: ליזה צבי, ישראל נחשון ואיתן אלעד "השפעתם של נבדקים אשמים ושל נבדקים חפים מפשע עם מבחן פרטי החקירה המוכמנים, והשפעת שיתוף הפעולה שלהם במבחן על יעילות האבחון" קרימינולוגיה ישראלית ה' 21, 41-42, 48 (התשע"ו)).

35. בענייננו, עולה במלוא עוזה השאלה אם ניתן להסתמך על פרטים מוכמנים שפורסמו בתקשורת לשם ביסוס הרשעתו של נאשם. המבקש סבור, כי בשל פרסומם של פרטים מסוימים בתקשורת אין להסתמך על אותם הפרטים שידע כ"פרטים מוכמנים" כדי לבסס את הרשעתו. על מנת לגבות את עמדתו זו, המבקש הציג בבקשתו מחקרים המצביעים על כך שהרשעות שהוכחו בדיעבד כהרשעות שווא, כללו פעמים רבות פרטים מוכמנים - דבר אשר מעלה לשיטתו תהיות בנוגע לאפשרות הסתמכות על פרטים אלה בהרשעה. ואולם, אין בידי לקבל טענה עקרונית זו של המבקש. כלל לפיו כל פרסום בתקשורת של פרט כלשהו מהחקירה "מטמא" את אותו הפרט ומונע את השימוש בו כפרט מוכמן שידע הנאשם הוא כלל מרחיק לכת, אשר סבורני כי אין מקום לאמצו. חלף כלל זה, ראוי בעיניי בחינה מדוקדקת יותר של הפרטים המוכמנים והערכת מקור ידיעתם בכל מקרה לגופו, כפי שיבואר להלן.



36. לשיטתי, בבחינת טענת "פרסום הפרטים המוכמנים" - קרי, טענה של נאשם לפיה נוכח פרסום של פרט כלשהו בתקשורת אין מקום להסתמך על ידיעתו את אותו הפרט במסגרת בחינת המשקל החיצוני של ההודעה - על בית המשפט לתת דעתו, בין היתר, למספר שאלות מנחות. שאלות אלו, שאותן בחן בית משפט זה בנסיבות דומות במקרים אחרים, יכולות לסייע לעמוד על הקשר שבין פרסום הפרטים המוכמנים בתקשורת לבין ידיעת הנאשם את אותם הפרטים, ובהתאם להעריך את המשקל החיצוני של ההודעה.

37. אם כן, לשם בחינת טענת פרסום הפרטים המוכמנים, יש לבחון בין היתר את השאלות הבאות: (א) האם בין הפרטים המוכמנים שציין הנאשם קיימים גם פרטים שפורסמו בתקשורת; (ב) האם בין הפרטים המוכמנים שציין הנאשם קיימים גם פרטים שלא פורסמו באמצעי התקשורת; (ג) האם בין הפרסומים עליהם לכאורה הסתמך הנאשם, קיימים פרטים שפורסמו אך לא פורסמו על ידי; (ד) והאם מבחינת מכלול העדות, טבעם של הפרטים המוכמנים והגיונם של הדברים סביר יותר כי מקור ידיעותיו של הנאשם בידיעה מפלילה או בפרסום תקשורתי. במסגרת שאלה אחרונה זו יש מקום להידרש גם לנסיבות הפרסום ומסירת הפרט - כך למשל ראוי להידרש למועד פרסום הפרט לעומת מועד מסירת הפרט, ולאנדיקציות שונות לגבי אפשרות ידיעת הפרסום בפועל (ראו והשוו: ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקאות 178, 238 ו-241 לפסק דינו של השופט י' דנציגר, ופסקה 75 לפסק דינו של השופט י' עמית (23.12.2015) (להלן: עניין זדורוב); ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (30.12.2014); ע"פ 690/10 אבו תיאה נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (6.8.2013); ע"פ 2406/09 אלבו נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (15.9.2010); ע"פ 8319/05 שלאעטה נ' מדינת ישראל, פסקה 31 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, פסקה 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (20.7.2009)).

על דרך הכלל, תשובה חיובית לשאלה (א) תחזק את המסקנה לפיה פרסום הפרטים המוכמנים השפיע על מסירתם על ידי הנאשם; תשובה חיובית לשאלות (ב) או (ג) תחזק את המסקנה ההפוכה; ונפקותה של התשובה לשאלה (ד) תלויה נסיבות היא. בכל מקרה, יש להכריע בסוגיה על סמך בחינה כוללת של המענה לשאלות אלו, ולאור מכלול נסיבות המקרה.

ובהר, כי שאלות מנחות אלו מטרתן לסייע להכרעה בטענת פרסום הפרטים המוכמנים - וטענה זו בלבד. ברי כי הן אינן ממצות את בחינת נפקותו של פרט מוכמן בהרשעתו של פלוני. על מנת להעריך את הרלוונטיות של ידיעת הפרטים המוכמנים במסגרת בחינת המשקל החיצוני של ההודעה, יש כמובן להידרש גם לנסיבות נוספות על אודותיהם, כגון: אמיתות הפרט, מידת הקרבה בינו לבין ביצוע העבירה, או מספר הפרטים המוכמנים שנמסרו - הכול לפי נסיבות המקרה.

38. ומהתם להכא. במקרה שלפנינו, פורסמו בתקשורת פרטים על אודות חקירת רצח המנוח, בהם פרטים נכונים ופרטים שגויים. פרטים אלה פורסמו בעיתונים רבים בעלי תפוצה שונה ובזמנים שונים - חלקם עובר לחקירותיו של המבקש, חלקם במהלכן וחלקם לאחריהן. המבקש, כאמור, סבור כי לנוכח פרסומים אלה אין לייחס לו את ידיעת הפרטים המוכמנים, ומשום כך יש להורות על קיומו של משפט חוזר בעניינו. ואולם, לא מצאתי מקום לקבל טענותיו בהקשר זה, וזאת על סמך בחינת השאלות המנחות שפורטו לעיל, ואפרט: (א) ממחקר התקשורת שהגיש המבקש עולה כי בין הפרטים המוכמנים שמסר היו פרטים אשר צוינו בתקשורת, בהם גניבת התכשיטים, קיומו של מאבק בין המנוח לרוצח, והבריחה דרך החלון; (ב) מבין הפרטים המוכמנים שמסר המבקש בחקירותיו היו גם פרטים שלא פורסמו בתקשורת, ובהם קיומו של מכשיר וידאו, קיומם של כפתורים שנתלשו מחולצה בזירת הרצח, קיומו של ארון גדול בבית, וקיומו של גרב הניילון; (ג) היו פרטים שפורסמו בתקשורת על אודות הרצח ולא עשו דרכם לגרסאותיו של המבקש - כך



למשל הפרסומים לפיהם נורו מספר יריות ולפיהן המנוח הופתע על ידי הפורצים עת שישן; (ד)עדויות המתפתחת של המבקש, שקריו, סתירת האליבי שהוא מסר וכן טבעם של הפרטים המוכמנים - מחזקים כולם את הסברה לפיה מקורם של הפרטים הוא בידיעה ממקור ראשון ולא מפרסום עיתונאי. כך למשל, תלישת הכפתורים מחולצתו של המנוח מהווה פרט ספציפי וייחודי אשר לא פורסם והגיונם של הדברים מעיד כי ידיעתו יכולה להסביר קרבה ממשית למנוח - כידיעה של פרט מוכמן.

מבחינת השאלות המנחות שהוצגו עולה כי חלק מהפרטים שמסר המבקש אכן פורסמו באמצעי התקשורת, אך היו גם פרטים מרכזיים שידע ולא פורסמו (כגון תלישת הכפתורים והשימוש בגרב הניילון). לכך יש להוסיף כי המבקש ציין רק פרטים מוכמנים שפורסמו ונמצאו כנכונים, ולא ציין פרטים שפורסמו ושנמצאו כשגויים (אף שלפי מחקר התקשורת שביצעו באי כוחו של המבקש, לאחרונים הייתה חשיפה תקשורתית קטנה יותר) (וראו פסק הדין בערעור, עמ' 957) - וזאת במסגרת הבחינה של הנסיבות הנוספות לעניין הרלוונטיות של ידיעת הפרטים המוכמנים. הנה כי כן, לאחר שבחנתי את השאלות המנחות בדבר פרסום הפרטים, את המשקל שייחסו הערכאות הקודמות לידיעת הפרטים המוכמנים, ואת הנסיבות האחרות על אודות אותם פרטים לרבות אמיתותם; ולאחר שנתתי דעתי לכך שמדובר בהליך ייחודי של בקשה למשפט חוזר - שוכנעתי כי הראיות החדשות בדבר פרסומם בתקשורת של חלק מהפרטים המוכמנים שיוחסו למבקש אינן מצביעות על שגגה שנפלה בפסיקות הערכאות הקודמות, אשר בעלת פוטנציאל היא לשינוי תוצאות המשפט.

39. לסיכום תת-פרק זה, לא מצאתי כי יש בראיות החדשות שהציג המבקש בנוגע לשימוש שנעשה בגרב הניילון או לפרסומם של חלק מהפרטים המוכמנים אשר מסר כדי להצביע על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט, ובשל כך סבורני כי אין די בטענות אלו כדי להורות על משפט חוזר.

טענות המבקש בנוגע לבדיקות DNA

40. נוסף על האמור לעיל, סומך המבקש את בקשתו למשפט חוזר על בדיקות DNA שבוצעו בשנים האחרונות לראיות מזירת האירוע. בדיקות המוצגים התבצעו בשיתוף פעולה של הסניגוריה הציבורית ופרקליטות המדינה, במעבדה בארצות הברית שעליה הסכימו הצדדים (להלן: הבדיקות החדשות). המבקש מצביע על כך שבבדיקות הממצאים השונים שמקורם בזירת הרצח, ובהם ממצאים קריטיים לחקירה, לא נמצא הפרופיל הגנטי שלו. לעמדת המבקש, בדיקות DNA אלו מהוות ראיות חדשות בעלות פוטנציאל משמעותי לשינוי תוצאות המשפט, ועל יסודן יש מקום להורות על משפט חוזר. אתייחס להלן לכל אחד מהממצאים בהרחבה, אך לפני כן אייחד מספר מילים לנפקותן של בדיקות ה-DNA בהליך הפלילי.

41. הגילויים בנוגע ל-DNA והפיתוחים הטכנולוגיים-מדעיים בנוגע לבדיקות DNA לממצאים שמקורם בזירות אירועי פשע, הביאו לתמורות גדולות בהוכחות חפות או אשמתו של אדם במשפט הפלילי. מידת הוודאות שמאפשרת ראיית DNA היא משמעותית ביותר, והפסיקה בעולם, כמו גם בישראל, הכירה בקבילותה ובחשיבותה של ראיה זו במשפט הפלילי - הן בהרשעת אדם והן בזיכוי (ראו: ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל, פסקה 46 וההפניות שם (25.8.2016); עניין אל עביד, פסקה 52; ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקאות 22-29 וההפניות שם (24.9.2012) (להלן: עניין אלמליח)). ואולם, ראוי גם מידה של זהירות בהסתמכות על בדיקות ה-DNA ואין מקום לראות בממצא גנטי בפני עצמו כהוכחה לחפות או לאשמה. ראיית ה-DNA היא ראיה נסיבתית, וככלל לא מדובר בראיה מספיקה או הכרחית על מנת להרשיע אדם (ע"פ 6435/12 דמסה נ' מדינת ישראל, פסקה 43 (9.1.2017) (להלן:



עניין דמסה); ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל, פסקה 45 לפסק דינו של השופט י' עמית (20.7.2015) (להלן: ע"פ שוורץ); ע"פ 3834/10 והבה נ' מדינת ישראל, פסקאות 82-83, 96-93 (6.3.2013); ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקאות 25-29, 35-38 (7.3.2012); והשוו: ע"א 3580/06 עזבון המנוח חגי יוסף ז"ל נ' מדינת ישראל, פסקאות 43-55 (21.3.2011); מ"ח שוורץ, פסקה 17). בדומה לראיות פורנזיות נסיבתיות אחרות, יש לבחנה במקצועיות, תוך הבנה של היכולות והמגבלות המדעיות העומדת בבסיסה, ותוך הסתמכות על המחקר המדעי העדכני (ראו למשל על התפתחות שיטות ניתוח ממצאים המאפשרות שיפור ניתוח הממצאים בנוגע לזיהוי אללים מתוך תערובת גנטית: Mark W. Perlin et al., *Validating TrueAllele DNA Mixture Interpretation*, 56 J. Forensic Sci. 1430 (2011); Mark W. Perlin, *New York State TrueAllele Casework Validation Study*, 58 J. Forensic Sci. 1458 (2013); ועל שיטות חדשות לאיסוף ממצאים גנטיים: Davis Phillips, *State v. Carver: A Cautionary Tale about the Use of Touch DNA as Inculpatory Evidence in North Carolina*, 49 Wake Forest L. Rev. 1545, 1556-60 (2014); Shlomit Avraham et al., *Forensic DNA Analysis from Rocks and Stones in Criminal Cases*, 65 J. Forensic Identification 793 (2015); Madison E. Hytinen et al., *Methods for Obtaining High-Quality Touch DNA from a Nonporous Surface after Latent Fingerprint Collection*, 71 J. Forensic Identification 67 (2017); וכן ראו: עניין אל עביד, פסקה 52; בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "ראיות מדעיות מול 'Junk Science'" עלי משפט יא 425, 444-447 (2014)). יתר על כן, בהיות ראיית DNA ראייה נסיבתית, על פי רוב אין עצם קיומה בלבד (קרי קיומם של ממצאים חיוביים בבדיקות הגנטיות) מעיד על אשמתו של אדם, ואין עצם היעדרה בלבד (קרי קיומם של ממצאים שליליים בבדיקות הגנטיות) מעיד על חפותו - יש לבחון את הדברים בראי הנסיבות של אותו המקרה (ראו והשוו: ע"פ 216/16 רדיאדה נ' מדינת ישראל, פסקאות 51-52 וההפניות שם (29.1.2017) (להלן: עניין רדיאדה); עניין זדורוב, פסקה 292 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; ע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל, פסקאות יט-כ לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקה 73 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (30.5.2012) (להלן: עניין אלאטרש)). יפים בעניין זה דברי השופטת ע' ארבל בעניין אלמליח:

"ממצאי דנ"א עשויים אפוא להיות מופקים ממקורות רבים ומגוונים יותר (רוק, שיער, זרע, דם, תאי עור וכיוצא באלה). זאת ועוד, המקורות המסגירים את הקוד הגנטי שלנו עשויים 'לנשור' מאתנו ולהתגלגל בקלות רבה יותר לזירת העבירה. הדוגמה הפשוטה ביותר לכך היא שיער שנתלשה מראשו של אדם ונחתה על דרך מקרה בזירה... אלא שדומה כי ריבוי המקורות שמהם ניתן להפיק דנ"א בשילוב אופיים הנייד, עשוי להוביל לחשש גדול יותר להימצאות מקרית של ממצאי דנ"א בזירה בהשוואה להימצאותה של טביעת אצבע... הסתמכות בלעדית על ראיות דנ"א מותירה פתח רחב יותר לנוכחות מקרית בזירה, כמו-גם להפללתו של אדם בקלות רבה יותר" (שם, בפסקה 29).

42. אם כן, יש לבחון בקפידה את הנפקות של ראיית DNA. בדומה לראיות פורנזיות מדעיות אחרות, בבחינת משקלה של ראיית DNA, על בית המשפט לבחון הן את מהימנותה המדעית של אותה הראייה והן את נפקותה המשפטית למקרה הנדון (והשוו: עניין רדיאדה, פסקאות 51-53; ע"פ 8962/12 נחמיאס נ' מדינת ישראל, פסקאות 19-20, 25 (31.8.2016) (להלן: עניין נחמיאס); ע"פ 3731/12 סוילם נ' מדינת ישראל, פסקאות 80-83 (11.11.2014)). בחינה משולבת זו היא שמאפשרת הסקת מסקנה משפטית מתוך הממצא המדעי המונח בפני בית המשפט - יהיה זה ממצא מדעי שלילי או חיובי. להלן ארחיב קמעה על שני האדנים של הבחינה המשולבת, ובפרט על האפשרות לייחס נפקות משפטית להיעדרם של ממצאי DNA.

43. מהימנותה המדעית של ראיית DNA נלמדת הן מתקינותה של הבדיקה (ראו: Executive Office of the President - President's Council of Advisors on Science and Technology, *Forensic Science in*



(2016) 71-75 (Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods) (להלן: דוח הראיות הפורנזיות האמריקני)), והן ממובקות הממצאים שהיא מעלה. מובקות הממצאים עולה מדוח מומחה ה-DNA שמוגש, המפרט בין היתר את מספר האללים (מספר רצפי הבסיס) שנמצאו באותו אתר ואת עוצמתם; את ההשוואה בין האללים באתרים המקבילים; ואת ההסתברות הסטטיסטית של זהות הפרופילים הגנטיים (מכלול האללים בכל האתרים) על בסיס נתונים סטטיסטיים באוכלוסייה הנבחנת ועל בסיס האפשרות לתוצאה חיובית שגויה ולתוצאה שלילית שגויה (עניין דמסה, פסקה 47; ע"פשוורץ, פסקאות 17-20; עניין אלמליח, פסקאות 27-29, 31-32; וכן ראו: דוח הראיות הפורנזיות האמריקני, עמ' 70-71, 75-83, 153-154; מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האומנם ניתן להרשיע על בסיס ראיה מדעית יחידה?": המקרה של ראיית טביעת האצבע וראיית ה-DNA" עיוני משפט ל 399, 402-412, 425-431 (2007)).

44. נפקותה המשפטית של ראיית DNA משתנה ממקרה למקרה, אך תלויה במהימנותה של הראיה - ראיה שאינה מהימנה לא יכולה להיות בעלת נפקות משפטית. לשון אחר, מהימנות הראיה היא תנאי לקיומה של נפקות משפטית (עניין דמסה, פסקה 48). משבוססה מהימנותה של הראיה יש לבחון את נפקותה. לדידי, עת בחינת נפקותה של ראיית DNA שהוכחה כמהימנה, יש לתת את הדעת למספר תבחינים: (א) הקשר שבין מקור ממצא ה-DNA לבין המעשה הפלילי הנדון; (ב) בלעדיות המעורבות של מבצע העבירה באותו הממצא; (ג) ומידת המסוימות של תוצאת הבדיקה (השוו: עניין חדאד, פסקאות 159-161, 172 לפסק דיני, ופסקה 22 לפסק דינו של השופט י' עמית; ע"פ שוורץ, פסקה 45; עניין אלמליח, פסקאות 33-37; ע"פ 10365/08 אלעיסווי נ' מדינת ישראל, פסקאות יד-יח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקאות 8-10 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (7.3.2011)). אעמוד על תבחינים אלה בקצרה.

(א) ראשית, הקשר שבין מקור ממצא ה-DNA לבין המעשה הפלילי הנדון. בבחינה זו יש לקבוע את עוצמת הקשר שבין מקור הממצא לבין המעשה הפלילי - זאת על מנעד הנמתח מקשר הדוק לקשר קלוש. בתוך כך יש להידרש לנסיבותיו הייחודיות של אותו מעשה פלילי, וכן למאפיינים הפרטניים של אותו הממצא - כגון המיקום ממנו נדלה הממצא ביחס למעשה הפלילי הנדון, או המידה שבה צפוי המבצע להותיר אחריו ממצאים גנטיים על אותו הממצא. כך, למשל, לעניין מיקום הממצא: דגימת DNA שמקורה בזרע אשר נדלה מאיבר מינה של נפגעת עבירת מין מייד לאחר אירוע אונס יהווה ממצא בעל קשר הדוק; דגימת DNA שנלקחה מנדן של סכין מגואלת בדם שנמצאה מרחק מה מגופתו של נפגע העבירה תהווה ממצא בעל קשר חלש יותר; ודגימת DNA שנלקחה מבגדיו של נפגע עבירה כאשר לא קדם לעבירה מאבק קרוב תהווה ממצא בעל קשר קלוש. כך גם למשל, לעניין המידה בה צפוי המבצע להותיר אחריו ממצאים גנטיים על אותו הממצא: טביעת אצבע של אדם על כספת שנפרצה בעזרת ידיים חשופות תהווה ממצא בעל קשר הדוק, ומנגד אם העבירה בוצעה בסיוע כפפות - יהיה זה ממצא בעל קשר קלוש בלבד.

(ב) שנית, בבחינת בלעדיות המעורבות של מבצע העבירה באותו הממצא, יש לעמוד על הקשר שבין הממצא לבין מבצע העבירה או לגורמים אחרים בהתאם לנסיבות המקרה - ובפרט, האם מדובר במעורבות בלעדית. במסגרת זו, יש לבדוק בין היתר מי הם הגורמים השונים אשר היו יכולים לתרום חומר גנטי לאותו הממצא - אם רק מבצע העבירה, או שמא יכולים היו להיות תורמים נוספים לאותו הממצא הגנטי (בין במהלך האירוע או לאחר שהסתיים). למשל, ממצא DNA שהופק מתאי עור שנמצאו מתחת לציפורניו של נפגע עבירה, אשר שרט את התוקף במהלך מאבק ביניהם - מצביע על מעורבות גבוהה של התוקף; לעומת זאת, ממצא DNA שהופק מתא של שירותים ציבוריים אשר אנשים רבים עושים בהם שימוש תדיר - מצביע על מעורבות



אפשרית של גורמים רבים, כך שמידת מעורבותו של מבצע העבירה בממצא אינה בלעדית. ככל שמדובר במעורבות בלעדית יותר, כך הממצא יהיה בעל יותר נפקות משפטית; ככל שמדובר במעורבות אפשרית של גורמים רבים יותר, כך הממצא יהיה בעל פחות נפקות משפטית.

(ג) שלישית, בבחינת מידת המסוימות של תוצאות הבדיקה, יש לבחון בקפידה אילו מסקנות ניתן להסיק מהן. לממצא DNA עשויות להיות מספר תוצאות מדעיות אפשריות, ובהן: (1) היעדר אפשרות להפקת פרופיל גנטי הרלוונטי למבצע העבירה (בשל היעדר נתונים, בהתקיים נתונים חלשים או נתונים שאינם מובהקים); (2) התאמה בין הממצא לבין הפרופיל הגנטי של נפגע העבירה או של הנאשם; (3) התאמה בין הממצא הגנטי לבין הפרופיל הגנטי של נפגע העבירה וכן של מספר גורמים נוספים; (4) אי-שלילת הפרופיל הגנטי של הנאשם כתורם לממצא הגנטי; (5) שלילתו של הפרופיל הגנטי של הנאשם כתורם אפשרי לממצא הגנטי; (6) התאמה בין הממצא לבין פרופיל גנטי של פלוני מסוים, שאינו הנאשם. לכל אחת מתוצאות מדעיות אלו משמעות משפטית שונה, בהתאם לנסיבות המקרה ולשני התבחינים הראשונים. כך, למשל, יהיו מקרים שבהם תהיה התאמה בין הממצא לבין הפרופיל הגנטי של הנאשם, אך בשל העובדה שהקשר בין הממצא למעשה הפלילי הוא קלוש או בשל העובדה שמידת מעורבותו של המבצע באותו הממצא אינה בלעדית - לא תהיה ראית DNA בעלת נפקות משמעותית. בדומה, יהיו מקרים שבהם לא תהיה התאמה בין הממצא לפרופיל הגנטי של הנאשם, או התאמה לפרופיל גנטי של אחר מסוים שאינו הנאשם, אך בשל הקשר הקרוב בין מקור ממצא ה-DNA ובלעדיות מעורבות מבצע העבירה באותו הממצא - תהיה לממצא נפקות משפטית משמעותית.

ניתן לראות, אפוא, כי לכל אחד מהתבחינים מאפיינים שונים, וכי התבחינים מקיימים יחסי גומלין האחד עם השני. נפקותה המשפטית של ראית DNA בכל מקרה תיקבע בהתייחס לשלושת התבחינים ביחד.

45. על יסוד דברים אלה, אסקור להלן את הראיות שמציג המבקש בבקשתו ואבחן אם הן מהוות ראיות חדשות המצביעות על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. אקדים ואומר כי הבדיקות החדשות שנערכו על ידי המעבדה בארצות הברית עומדות בדרישות המהימנות המדעית שנקבעו בפסיקה להסתמכות על ראית DNA. לכן, זולת התייחסות לדוח נוסף שהגיש המבקש בעניין אותן הבדיקות, לא ארחיב את הדיבור על אודות דרישת המהימנות בנוגע לבדיקות החדשות שנעשו בארצות הברית, ואתמקד בנפקות המשפטית שניתן לדלות מכל ראיה.

(א) ראית הציפה הפרחונית: ראיה זו נלקחה מחדר השינה בקומה השנייה בביתו של המנוח, באותה הקומה שבה התבצע הרצח. בבדיקת המכון לרפואה משפטית במהלך החקירה נמצא על הציפה כתם דם של כלב, שמקורו ככל הנראה בכלבת המשפחה שהייתה באותו החדר. בבדיקות החדשות נמצאו סימני דם בחמישה אתרים על הציפה: בשני אתרים נמצאו אללים בלבד, שלא ניתן היה להסיק מהם מסקנות; בשני אתרים אחרים נמצאו תוצאות חלשות, אשר המנוח יכול להיות תורם אפשרי להן (ההסתברות שאדם אחר שאינו המנוח ולא קשור למנוח יכול להיות תורם לתערובת הן 1 ל-227,000, ובנו של המנוח הוא תורם אפשרי); ובאחד האתרים נמצאה תערובת של לפחות שני בני אדם - הפרופיל העיקרי בתערובת הוא פרופיל נקבי (אשר בתו של המנוח יכולה להיות המקור לה), המנוח והמבקש נשללו כתורמים לאותה תערובת, וכן צוין כי ייתכן כי לא מדובר בתערובת אלא בפרופיל אחד וב-Stutter.



לעמדת המבקש, תרחיש סביר מאוד הוא שלאחר הרצח, הרוצח נכנס לחדר שבו הייתה הציפה, נעל את הכלבה באותו החדר; והדם שנותר על הציפה - שאינו של המבקש - הוא של הרוצח. מנגד, המשיבה גורסת כי אין כל בסיס להניח שלאחר הרצח נכנס הרוצח לחדר אחר, שבו לא בוצע הרצח, נעל את הכלבה בתוכו ויצא מהדירה. לשיטתה, סביר יותר כי הפורץ סגר את הכלבה בחדר בתחילת מעשיו ומשם עבר לאזורים אחרים בבית. לפיכך, לעמדת המשיבה ראיות ה-DNA המיוחסות לאחר לא ידוע שנמצאו באותו החדר, אין לשייכן לרוצח. לגישה, ייתכן כי הפרופיל הנוסף שנמצא בתערובת שעל הציפה (שאינו של בתו של המנוח), מקורו למעשה ב-Stutter שנוצר מהליך השכפול במהלך הבדיקה ולא ב-DNA נפרד. יתרה מזאת, המשיבה מדגישה כי לא נמצא על הציפה DNA אנושי שמקורו בדם, וכי יש אפשרות שמקור הדם הוא בכלב.

לדידי, על סמך בחינת שלושת התבחינים שהוצגו לעיל, אין בכוחה של ראייה זו להוות פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט, ואפרט. ראשית, הקשר בין מקור הממצא לבין המעשה הפלילי הוא חלש, זאת משום שמדובר בממצא DNA שמקורו בחדר השינה, אשר הערכאות הקודמות לא קבעו כי התקיים בו מאבק בין הרוצח למנוח. בעניין זה, מוקשית בעיניי טענתו של המבקש לפיה עלינו להניח כיום, במסגרת הליך הבקשה למשפט חוזר ובחלוף מעל 20 שנים ממועד ביצוע הרצח, הנחות עובדתיות שונות מאלו שהניחו הערכאות הקודמות שדנו בתיק - וזאת מבלי שהונחה בפנינו תשתית עובדתית משמעותית שתתמוך בגרסתו דהיום, לפיה הרוצח אכן שהה בחדר השינה לאחר הרצח. שנית, גם תבחין הבלעדיות אינו מצביע על נפקות משפטית משמעותית לממצאי הבדיקה. היות שמדובר בחדר שינה של בתו של המנוח, אשר לא נקבע כי הרוצח אכן דימם בו - קשה לומר כי הרוצח הוא בעל הגישה הבלעדי לממצאים, כאשר קיומה האפשרי של תערובת גנטית שמקורה לפחות בשני בני-אדם שאינם המנוח יכול לתמוך בטענה זו. שלישית, אשר למסוימות תוצאות הבדיקה - מבין חמשת האתרים שמהם נדלו ממצאים, באחד נמצאה תערובת אשר בה פרופיל נקבי עיקרי והמבקש נשלל כתורם אפשרי לה, אך בואר כי ייתכן ומדובר בפרופיל אחד וב-Stutter שהופק במהלך הבדיקה. מבט-על על שלושת התבחינים מצביע כי הממצא הגנטי השלילי שנמצא בחדר השינה אינו ראייה בעלת נפקות משפטית משמעותית. ראייה זו אינה קשורה באופן הדוק לביצוע הרצח, אינה בהכרח קשורה לרוצח עצמו ואינה מצביעה על כל אדם ספציפי - ולפיכך עצם העובדה שהמבקש נשלל כתורם לתערובת אינה בעלת נפקות משמעותית היכולה להצביע על פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט.

(ב) ראיית הכפתורים הלבנים: בזירת הרצח נמצאו שני כפתורים לבנים ובחוריהם חוטים קרועים. אשר למקורם של הכפתורים הלבנים, בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקורם בחולצתו של המנוח; בית משפט זה חזר על קביעה זו, וציין כי הכפתורים מהווים ראייה ניטרלית וכי "אין בהיעדר יכולת לייחס איזה מן הממצאים הנ"ל [ובהם הכפתורים - ס.ג.]. למערער כדי להטיל ספק באשמתו לאור הראיות האחרות" (פסק הדין בערעור, בעמ' 959). בדוח הבדיקות החדשות צוין כי נמצאו שרידי אללים בכפתורים הלבנים, אך הממצאים היו חלשים ולא ניתן היה להסיק מהם מסקנות. בהמשך, במענה לשאלות ממוקדות של הצדדים לאור התוצאות, המעבדה בארצות הברית קבעה כי בשל חולשת הממצאים שנמצאו - לא ניתן לשלול את המבקש כתורם לאתרים שנבדקו על כפתורים הלבנים.

המבקש גורס כי לנוכח מסקנות בתי המשפט לפיהן מקור הכפתורים אינו בחולצתו של המנוח, יש להסיק כי מקורם בחולצתו של הרוצח. לפיכך, לשיטת המבקש, אם יוכח כי פרופיל ה-DNA שלו לא נמצא על הכפתורים, ניתן יהיה לקבוע כי הוא אינו הרוצח. בנוסף, המבקש סבור כי יש מקום להתייחס גם לאללים בעלי עוצמה נמוכה מזו שנבדקה בבדיקות החדשות, כפי שפירט ד"ר פלוצקי בדוח שצירף המבקש. הדוח העלה, כי



המבקש יכול להיות תורם לתערובת באחד האתרים שנמצאו על הראיה; כי באתר אחר לא ניתן לשלול את המבקש כתורם לתערובת; כי בשני אתרים נוספים סביר שהמבקש אינו תורם; וכן כי איכות הפרופיל ירודה וכי המסקנות שניתן להסיק ממנו מסויגות. מסקנות דומות לפיהן לא ניתן לאשר או לשלול את הפרופיל של המבקש עולות גם מתשובות המעבדה בארצות הברית לבדיקות בסטנדרט אליו התייחס ד"ר פלוצקי. על יסוד האמור, המבקש גורס שיש לאמץ את סטנדרט הבדיקה שאליו התייחס ד"ר פלוצקי, ולקבוע כי נמצאו על הכפתורים מספר פרופילים גנטיים וכי המבקש עצמו נשלל כתורם לפרופילים אלה. המבקש סבור, כי מדובר בראיה בעלת פוטנציאל משמעותי לשנות את תוצאת המשפט, ולפיכך יש להורות על משפט חוזר. נוסף על כך, המבקש גורס כי לנוכח המסקנות השונות בשני הדוחות - דוח הבדיקות החדשות והדוח של ד"ר פלוצקי - קיימת מחלוקת מדעית בין הצדדים, מחלוקת אשר יש ללבנה בהליך מחודש, ולפיכך יש מקום להורות על משפט חוזר. מנגד, המשיבה טוענת כי אין בראיות אלו ממש. היא מדגישה את העובדה כי תוצאות הבדיקות החדשות היו חלשות מכדי להגיע למסקנה, וחוזרת על טענתה לפיה הרוצח לא הותיר ראיות פורנזיות ולא ניתן להצביע על אחר מסוים על סמך ראיות ה-DNA. המשיבה גם סבורה כי לא קיימת מחלוקת מדעית אשר ראוי לבררה במסגרת המשפט החוזר, זאת בשל הסכמת הצדדים לדוח תוצאות הבדיקות החדשות.

לגישתי, גם הראיה בדבר הכפתורים הלבנים אינה מעלה פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט, ולכן אינה מצדיקה קיומו של משפט חוזר. אפתח ואציין כי אומנם חלק מהממצאים בדוח של ד"ר פלוצקי יכולים לתמוך בטענתו של המבקש (אף שכאמור, בממצאים אחרים הדוח אינו שולל את מעורבותו), אך בהיעדרה של חוות דעת סטטיסטית או הערכה סטטיסטית בנוגע לממצאים אלה לא ניתן לבסס מסקנה חד משמעית לכאן או לכאן בהסתמך על דוח זה (וראו: עניין דמסה, פסקאות 44 ו-48). כלומר, הממצאים שעולים מהדוח של ד"ר פלוצקי אינם עומדים במבחני המהימנות המדעית שנקבעו בפסיקה. בהיעדר מהימנות מדעית לא יכולה להיות משמעות משפטית לממצא זה, ואין מקום להידרש לנפקות המשפטית של מסקנותיו. כך גם אין בידי לקבל את טענת המבקש לפיה יש לברר את ההבדלים בין מסקנות חוות דעתו של ד"ר פלוצקי לבין מסקנות דוח הבדיקות החדשות במסגרת משפט חוזר. המבקש והמשיבה הגישו את הממצאים למעבדה בארצות הברית במשותף, והצדדים אף אינם מטילים ספק במהימנותן ובמקצועיותן של הבדיקות החדשות. בנסיבות אלו, הגשת חוות דעת מומחה נוספת, שאינה עומדת בסטנדרטים הפסיקטיים למהימנות מדעית - אין בכוחה לעורר מחלוקת מדעית המצדיקה הוראה על משפט חוזר (ראו והשוו: מ"ח שוורץ, פסקאות 15-16; עניין אלחרר, פסקה 25).

אשר לממצאים העולים מהבדיקות החדשות, כאמור, אלה עומדים במבחני המהימנות, אך סבורני שאין בהם נפקות משפטית שתצדיק קיומו של משפט חוזר. זאת, משום שעמדתו של המבקש בנוגע לנפקות המשפטית של ממצאי הכפתורים הלבנים מוקשית בעיניי - הן לעניין תבחין הקשר בין מקור הממצא למעשה הפלילי, והן לעניין הבלעדיות. בתי המשפט שדנו בעניינו נמנעו מלקבוע כי מקורם של הכפתורים בחולצתו של הרוצח דווקא. אף אם היה בידי לקבל את הנחת המבקש בעניין זה, ספק בעיניי אם ניתן היה להוסיף ולהניח - כפי שמניח המבקש - כי יש להסיק מכך שה-DNA של הרוצח בהכרח יימצא על הכפתורים. אכן, ייתכן שבמהלך מאבק בין שניים יוותרו שרידי DNA של אחד על בגדיו של האחר, אך יתכנו גם מקרים בהם לא יוותרו שרידים כאלה. לפיכך, סבורני כי ההנחה שבבסיס טענתו של המבקש לפיה על הכפתורים חייב להימצא DNA של הרוצח, כמו גם מסקנתו לפיה אם ה-DNA שלו לא יימצא על הכפתורים הרי שהוא אינו הרוצח (קרי כי קיים קשר הדוק בין הכפתורים לבין הרצח וכי הממצאים מצביעים על הרוצח באופן בלעדי) - אינן מבוססות דיין. נוסף על כך, בבחינת התבחין השלישי - הוא מסוימות תוצאות הבדיקה - כפי שצוין לעיל, הבדיקות החדשות אינן מאפשרות להסיק כל מסקנה ביחס לכפתורים. על כן, שוכנעתי כי הראיות החדשות הנוגעות לכפתורים הלבנים אינן בעלות פוטנציאל משמעותי לשינוי תוצאות המשפט בענייננו. הדבר נכון ביתר שאת, משציין בית משפט זה כי



אשמתו של המבקש הוכחה אף מבלי לייחס ראייה זו לחובתו.

(ג) ראיית הנעליים שנעל המנוח בעת הרצח: ממזכר שכתב השוטר שתפס את הנעליים בבית החולים, עולה כי המנוח הגיע עם נעליו לבית החולים. במהלך החקירה נשלחו הנעליים לבדיקה, או אז נמצאו עליהם כתמי דם, אשר מיצוי מהם נשמר. הנעליים ומיצוי הדם נבדקו בבדיקות החדשות. בכל אחת מהנעליים נבדקו שלושה אתרים, ובהם נמצאו שאריות דם - סך הכל שישה ממצאים; וכן נאספו ממצאים ממיצוי הדם. באחד הממצאים בנעל השמאלית, בשני ממצאים בנעל הימנית וכן במיצוי הדם נמצא פרופיל גנטי של המנוח (הסיכוי שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם של פרופיל זה הוא 1 ל-18 סקסטיליון (10^{21})). באתר אחר על הנעל השמאלית נמצאה תערובת DNA של שני בני אדם לפחות, שהמנוח הוא ככל הנראה תורם מרכזי לה (הסבירות שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם המרכזי לתערובת היא 1 ל-163 מיליון) והמבקש נשלל כתורם אפשרי לה. בשני האתרים הנוספים (אחד על נעל ימין ואחד על נעל שמאל) אותרו שרידי אללים אשר התוצאות בהם היו חלשות מדי כדי להסיק מסקנות.

המבקש גורס כי קיימת אפשרות שהפרופיל הנוסף שזוהה בתערובת מנעל שמאל שייך לרוצח, זאת על סמך אפשרות שבמסגרת המאבק שהתפתח בין המנוח לרוצח, אחז הרוצח בנעל המנוח, דימם עליה או "הכתים" אותה ב-DNA שלו באופן אחר. עוד מודגש, כי המבקש עצמו נשלל כתורם אפשרי לתערובת, וכי ראייה זו מצטרפת לממצאים גנטיים נוספים שנמצאו בזירה ושללו את המבקש כתורם אפשרי. מנגד, המשיבה גורסת כי האפשרות שהרוצח אחז ברגלו של המנוח או דימם עליו היא אפשרות מרוחקת, שאינה מגובה בחומר הראיות. כן טוענת המשיבה שאין יסוד להניח שהנעליים הוחזקו בתנאים סטריליים עובר לבדיקה, וכי יש להידרש לכך שהמנוח נעל את נעליו בעת נס מהדירה מייד לאחר שנורה, שנעליו נחלצו על ידי הצוות הרפואי שטיפל בו ושהן נמצאו על ידי שוטר רק בשלב מאוחר יותר בבית החולים. לפיכך, לשיטת המשיבה, ייתכן שגורמים אחרים שאינם המנוח הם התורמים לתערובת.

לאור שלושת התבחינים שהוצעו לעיל, איני סבור כי הממצאים על הנעליים, ובפרט הממצא על נעל שמאל בו נמצאה תערובת גנטית, הם בעלי משמעות משפטית חשובה בעניינו. ראשית, הקשר בין מקור הממצא לבין המעשה הפלילי אינו הדוק - אומנם מדובר בנעליים שנעל המנוח בעת שנרצח ואין לשלול אפשרות שפרופיל גנטי של הרוצח אכן נכלל בתערובת, אך חומר הראיות אינו מעלה כי הרוצח דימם (ודאי לא בקרבת המנוח) או כי הוא אכן תפס ברגלו כפי שטוען המבקש. כך, גם הערכאות הקודמות קבעו כי היה מאבק בין המנוח לבין הרוצח, אך לא כי היה זה מאבק עקוב מדם או שבמהלכו הייתה נגיעה כלשהי ברגל. שנית, בהינתן שהתערובת נמצאה בחלקה החיצוני של הנעל באזור הסוליה, שהמנוח נמצא ברחוב שמחוץ לביתו עם נעליו, שהצוות הרפואי שטיפל בו הסיר את הנעליים ושהן נמצאו רק בשלב מאוחר יותר בבית החולים - דומה כי זולת הרוצח היו גורמים נוספים שיכולים היו לתרום את הפרופיל הנוסף לתערובת. אשר למסוימות תוצאות הבדיקה, כאמור, באחד האתרים נמצאה תערובת שהמנוח הוא תורם מרכזי לה והמבקש נשלל כתורם לה, ואילו שאר הממצאים אינם מצביעים על מידע או שמקורם במנוח בלבד. מן המקובץ עולה כי מבין הממצאים שנבדקו מנעליו של המנוח, רק על ממצא אחד נמצאה תערובת גנטית; ממצא זה הוא בעל קשר בינוני לאירוע; וכי גורמים שונים יכולים היו לתרום לתערובת זולת הרוצח. בנסיבות אלו, אין בידי לקבוע כי שלילת המבקש כתורם לתערובת הגנטית שנמצאה על הממצא מהווה ראייה פורנזית שלילית בעלת נפקות משפטית ממשית. משום כך, ראיית DNA שלילית זו אינה מצביעה על אפשרות לשינוי תוצאות המשפט.

(ד) ראיית הגרב שגרב המנוח בעת הרצח: גרבו של המנוח לא נבדק בעת החקירה ונשלח לבדיקה במסגרת



הבדיקות החדשות. על חלקו העליון של הגרב נמצא כתם דם, ובו נמצאה תערובת DNA של לפחות שני בני אדם שהתורם הדומיננטי בה הוא ככל הנראה המנוח (הסבירות שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם המרכזי לתערובת היא 1 ל-10 מיליון), והמבקש נשלל כתורם אפשרי לתערובת. המבקש סבור שהגרב הוא פריט לבוש "אינטימי", המוסתר על ידי הנעל והמכנס - ולכן הסבירות שימצא פרופיל DNA זר על הגרב באופן תמים היא נמוכה, וסביר כי מקורו של הפרופיל ברצח דווקא. זאת בפרט, לנוכח האפשרות שמעלה המבקש בדבר התנהלותו הספציפית של המאבק בין הרצח לבין המנוח, במסגרתו, גורס המבקש, ייתכן שהרצח תפס ברגלו של המנוח. מנגד ובדומה לאמור בנוגע לנעל, המשיבה בדעה כי אפשרות תפיסת הרגל על ידי הרצח אינה מגובה בעובדות, וכי סביר יותר להניח כי מקור הפרופיל הנוסף הוא בטיפול הרפואי או במגע בבית החולים.

אבחן את הדברים בהתאם לתבחינים. בנוגע לקשר בין מקור הממצא לבין המעשה הפלילי, מחד גיסא, מדובר בגרביים שהיו על המנוח בעת הרצח; מאידך גיסא, אין עיגון ראייתי לגרסה לפיה לרצח אכן הייתה גישה לגרבו של המנוח. לכן, אף שקיים קשר בין מקור הממצא למעשה, אין מדובר בקשר הדוק. בנוגע לתבחין הבלעדיות, אין תשתית עובדתית ברורה לגבי הדרך שעבר הגרב מרגע הרצח ועד לבדיקות, אך היות שהמנוח הובהל כשנעליו לרגליו - סביר להניח כי גם הגרב עשה דרך דומה, וככל הנראה הורד במסגרת הטיפול הרפואי בבית החולים. משום כך, כפי שפורט לעיל בעניין הנעל, ברי כי הגורמים המטפלים שהסירו את הגרב מרגלו וכן גורמים נוספים בבית החולים יכולים היו לתרום לתערובת. תרחיש זה סביר יותר בעיני מהתרחיש שמציג המבקש לגבי אפשרות העברת חומר גנטי של הרצח לגרב במהלך המאבק ביניהם - אשר אינו מגובה בראיות או בקביעות עובדתיות של הערכאות הקודמות. תבחין מסוימות תוצאות הבדיקה פורט לעיל, וממנו עולה כי המבקש נשלל כתורם אפשרי לתערובת. אם כן, הקשר בין מקור הממצא לבין העבירה אינו הדוק; היו גורמים נוספים שיכולים היו לתרום חומר גנטי לתערובת; ומסוימות תוצאות הממצאים מעידה כי המבקש אינו תורם אפשרי לתערובת. לפיכך, בחינת הממצא על רקע נסיבותיו מעלה כי גם הראיה השלילית שנמצאה על גרבו של המנוח, אין בה די כדי להוות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.

(ה) ראיות העיתונים וכפפות הלטקס המגואלים בדם: העיתונים והכפפות לא נרשמו ברשימת המוצגים שנמצאו בזירה. לפי מזכר שנכתב יומיים לאחר הרצח, העיתונים והכפפות הגיעו למכון לרפואה משפטית בשקית מגואלת בדם רב (ובתוכה גם בגדיו של המנוח), והוחזרו למשטרה מבלי שייבדקו (ראו נספח י לתגובה לבקשה למשפט חוזר). העיתון נבדק בבדיקות החדשות, ונמצאו עליו שני ממצאים גנטיים: האחד כולל פרופיל גנטי של המנוח (הסיכוי שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם של פרופיל זה הוא 1 ל-18 סקסטיליון (10^{21})), והמבקש נשלל כתורם אפשרי לאותו הפרופיל; האחר כולל תערובת DNA של שני בני אדם לפחות, שהמנוח הוא ככל הנראה תורם מרכזי לה (הסבירות שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם המרכזי לתערובת היא 1 ל-750 טריליון) והמבקש נשלל כתורם אפשרי לה.

גם כפפות הלטקס נבדקו בבדיקות החדשות. מאחת מכפפות הלטקס שנמצאו הופקו שני ממצאים, האחד מקורו בצידה הפנימי והאחר מקורו בצידה החיצוני. מצידה הפנימי של הכפפה הופקה תערובת DNA של שני אנשים לפחות, שהמנוח הוא ככל הנראה תורם מרכזי לה (הסבירות שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם המרכזי לתערובת היא 1 לשני סקסטיליון (10^{21})) והמבקש נשלל כתורם אפשרי לה. מצידה החיצוני של הכפפה הופק ממצא גנטי בעל תוצאות חלשות, שהמנוח הוא תורם אפשרי להן (הסבירות שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם המרכזי לתערובת היא 1 ל-375,000). בנוסף נבדקו שתי כפפות לטקס שהיו



מחברות, ובהן נמצאו שני ממצאים גנטיים. באחד הממצאים נמצאה תערובת DNA של שני אנשים לפחות, שהמנוח הוא ככל הנראה תורם מרכזי לה (הסבירות שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם המרכזי לתערובת היא 1 ל-944 מיליון) והמבקש נשלל כתורם אפשרי לה. בממצא השני נמצאו תוצאות חלשות, אשר מצביעות על פרופיל גנטי זכרי אחד לפחות, אך צוין כי אין מידע מספיק על מנת להסיק מסקנות נוספות בנוגע לממצא זה.

המבקש גורס כי העיתון וכפפות הלטקס לא נרשמו ברשימת המוצגים בשל מחדל, וכי מקורם של הפריטים אכן בזירת הרצח. זאת ועוד, המבקש מצביע על כך שהוא נשלל כתורם לתערובות שנמצאו על העיתון ועל הכפפות, וגורס כי זהו מוצג נוסף הכולל תערובת גנטית ושולל אותו כתורם - קרי מרחיק אותו ממעורבות ברצח. מנגד, המשיבה גורסת כי לא היה מחדל ברישום העיתונים והכפפות ברשימת הראיות שנדלו מהזירה, אלא שאין מקורם של הפריטים בזירת הרצח. לשיטת המשיבה, יש ללמוד מהעובדה שהעיתונים והכפפות נמצאו באותה השקית שבה היו גם בגדיו של המנוח - בגדים אשר נמצאו בחדר האשפה של בית החולים על ידי שוטר שחיפש אותם לאחר שהסתיים הטיפול הרפואי במנוח - כי העיתונים והכפפות לא נאספו מהזירה אלא מבית החולים, שם הוכנסו לשקית ביחד עם בגדיו של המנוח (ראו נספח ט לתגובה לבקשה למשפט חוזר).

סבורני כי גם הכפפות והעיתונים אינם בעלי נפקות משפטית היכולה להצביע על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. ראשית, הקשר בין מקור הממצאים לבין המעשה הפלילי אינו הדוק בלשון המעטה. לא מצאתי יסוד להניח כי נפל פגם ברישום המוצגים שנלקחו מהזירה. בתוך כך, איני סבור כי גרסתו של המבקש לפיה התרשלה המשטרה בתיעודה את הראיות שנאספו מזירת הרצח הולמת את האיסוף והתיעוד הפרטני שנעשה בזירת הרצח. לעומת זאת, דומה כי הגרסה שמציגה המשיבה היא הגיונית והולמת בצורה טובה יותר את האמור במזכרים, ובפרט במזכרו של השוטר שאסף את הבגדים מבית החולים, המתייחס באופן כללי יותר לפרטים שנאספו, ולכן סביר יותר שאינו נוקב במפורש את מלוא תוכנה המדויק של שקית הראיות. אשר לעיתונים, אין בידינו הסבר הקושר בינם לבין הרצח כך שאף אם אכן נמצאו בזירה - הקשר בינם לבין מעשה הרצח הוא קלוש. אשר לכפפות הלטקס, סביר להניח כי מדובר בכפפות שהצוות הרפואי עשה בהן שימוש בעת הטיפול במנוח ודומה שאין קשורות למעשה הרצח באופן מובהק. בנוגע לתבחין בלעדיות הממצא, כאמור, מקובלת עליי עמדת המשיבה לפיה העיתונים וכפפות הלטקס אכן נמצאו בחדר האשפה ביחד עם בגדי המנוח. ראיה שנמצאה בחדר אשפה של בית חולים אינה ראיה "סטירילית" וברי כי גורמים רבים יכולים היו לתרום לתערובת הגנטית שנמצאה עליה זולת הרוצח. ויודגש, אף אם הייתי נכון לקבל את גרסת המבקש בנוגע למקור הראיות - מסקנתי לא הייתה שונה. דומני, כי העמימות בדבר ההליך שעברו הראיות טרם שצורפו לשקית אחת מגואלת בדם ובה פריטים נוספים, מעלה תהיות בדבר אפשרות של גורמים אחרים לתרום חומרים גנטיים לממצאים - ולכן איני סבור כי הרוצח הוא התורם הפוטנציאלי הבלעדי לתערובות אלו. הדברים אמורים ביתר שאת ביחס לכפפות הלטקס, שאותן ככל הנראה לבשו המטפלים בעת הטיפול הרפואי, ולכן ברי כי קיימת סבירות גבוהה שאלה יהיו תורמים אפשריים לממצאים שעל הכפפות. אשר למסוימות תוצאות הבדיקה, כאמור, חלק מהממצאים הצביעו על פרופיל גנטי יחיד שמקורו בסבירות גבוהה במנוח, חלקם היו חלשים מכדי לקבוע מסקנות, וחלקם כללו תערובת גנטית אשר המנוח היה (בסבירות גבוהה) התורם המרכזי לה והמבקש נשלל כתורם אפשרי לה. מן האמור עולה כי הקשר בין מקור הממצא לבין העבירה אינו הדוק וכי יכולים היו להיות תורמים נוספים לתערובות, אשר אינם הרוצח. בנסיבות אלו, שלילת המבקש כתורם אפשרי לתערובות הגנטיות שהופקו מהעיתונים או מכפפות הלטקס, או הצבעה על פרופיל גנטי של המנוח בלבד - אין בהן כדי להצביע על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.



(ו) ראיית החולצה שלבש המנוח בעת הרצח: חולצתו של המנוח לא נבדקה בעת החקירה ונשלחה לבדיקה במסגרת הבדיקות החדשות. מהחולצה הופקו שלושה ממצאים גנטיים בעלי תוצאות חלשות, אשר מצביעות על פרופיל גנטי זכרי אחד לפחות. לא ניתן היה להסיק מסקנות נוספות בנוגע לממצאים אלה. נראה אם כן, כי תבחין מסוימות תוצאות הבדיקה אינו מאפשר להסיק כל מסקנה בנוגע לממצא זה. לפיכך, אין נפקות משפטית לראיה זו, וברי כי היא אינה מצדיקה קיומו של משפט חוזר.

(ז) ראיית מיצוי דם מגרב הניילון: ממכתב ששלח ביום 22.2.1996 אלי אברבנאל, סגן לפרקליט מחוז ירושלים (כתוארו אז), עולה כי בזירת העבירה נתפס גרב ניילון מגואל בדם. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי קבע כי גרב הניילון, אשר אבד בשלב מאוחר יותר, שימש את הרוצח ככפפה, ואילו המבקש גורס כי גרב הניילון שימש את הרוצח כמסכה. במהלך החקירה נבדקו בין היתר כתמי רוק וכתמי דם שהיו על גרב הניילון - ונמצא כי מקור כתם הדם הוא במנוח אך לא באחד החשודים, וכן כתמי הרוק שנבדקו נמצאו כמתאימים למנוח במידה מסוימת וכלא מתאימים למבקש. אף שאבד המוצג, אותר מיצוי דם אשר הופק ממנו, וזה נשלח לבדיקות החדשות. ממיצוי הדם שהופק מגרב הניילון, הופקו בבדיקות החדשות שני ממצאי DNA, בהם נמצא פרופיל גנטי אחד, המתאים למנוח (הסיכוי שאדם אחר שאינו קשור למנוח הוא התורם של פרופיל זה הוא 1 ל-18 סקסטיליון 10^{21}), והמבקש נשלל כתורם לממצא זה.

נבחן גם ממצא זה לאור התבחינים האמורים. ברי כי הקשר שבין מקור הממצא לבין העבירה הוא קשר הדוק - אין מחלוקת כי הרוצח לבש את גרב הניילון בעת הרצח. אשר לבלעדיות הממצא, סביר להניח כי זולת המנוח, הרוצח הוא המקור העיקרי שיכול היה לתרום חומר גנטי לתערובת אפשרית שתימצא על גרב הניילון. אומנם, לנוכח העובדה שהגרב נמצא בחצר האחורית, על הארץ, אין לשלול אפשרות כי גורם נוסף יכול היה לתרום חומר גנטי לגרב הניילון - ואולם אפשרות זו דחוקה היא. אשר למסוימות תוצאות הבדיקה, כאמור, אלו מצביעות על פרופיל גנטי אחד בלבד השייך למנוח בסבירות גבוהה מאוד. אם כן, אף שהקשר בין מקור הממצא לבין הרצח הוא קשר חזק, ואף שתבחין הבלעדיות מצביע על כך שהרוצח היה אחד הגורמים היחידים שסביר שיכול היה לתרום פרופיל גנטי זולת המנוח, משתוצאות הבדיקה מעידות על פרופיל גנטי אחד בלבד המתאים בסבירות גבוהה ביותר למנוח - גם ראיה זו אינה בעלת נפקות משפטית המצביעה על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.

46. הנה כי כן, על מנת לתמוך בבקשתו למשפט חוזר הגיש המבקש ראיות חדשות בדמות ראיות DNA נסיבתיות אשר נדלו מפריטים שנאספו בחקירת אירוע הרצח תוך שימוש בטכנולוגיות מתקדמות לזיהוי ממצאים גנטיים. בחנתי לעומקה כל אחת מן הראיות שהציג המבקש על סמך אמות המידה המדעיות והמשפטיות הראויות וחומר הראיות הקיים, ועל בסיס אלה מצאתי כי אין באף אחת מהראיות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. מסקנה זו עולה בנוגע לכל אחת מהראיות בפני עצמה, על סמך נסיבותיה הייחודיות והממצאים הגנטיים אשר הופקו ממנה.

47. ואולם, המבקש טוען כי אין די בכך, ולעמדתו יש להוסיף ולבחון את ראיות ה-DNA כמכלול. המבקש מצביע על כך שהופקו ממצאים גנטיים רבים מזירת הרצח, ועל כך שהפרופיל הגנטי שלו לא נמצא על אף אחד מאותם הממצאים ואף נשלל כתורם אפשרי לחלקם. לעמדת המבקש, ריבוי הממצאים והיעדר כל קשר בינו לבין הממצאים, שניהם יחדיו מעוררים ספק בדבר עצם נוכחותו בזירה. משום כך, לעמדת המבקש בהצטרבות כל ראיות ה-DNA השליליות החדשות - יש כדי להוות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. מנגד, המשיבה חזרה וגרסה כי אין לשלול את האפשרות שהרוצח לא הותיר ממצאים גנטיים בזירה, וכי אין לבחון את היעדר ה-DNA של המנוח כמכלול אלא להידרש



לכל ראייה בפני עצמה.

אין להתעלם מההיגיון הטמון בעמדת המבקש. במקרים מסוימים היעדר כל ממצא גנטי הקושר את הנאשם לזירת העבירה אכן יכול להעיד על חפותו (ראו: עניין נחמיאס, פסקה 25; ע"פ 3636/12 שוויקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 42, 45 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (20.10.2013)). אולם, כאמור לעיל, בדומה לכל מסקנה משפטית הנובעת מראיות שליליות - הדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. בנסיבות המקרה שלפניי, איני סבור כי הצטברות הראיות שלפניי מבססת פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. בנוגע לבחינת תבחין הקשר בין מקור הממצאים לבין העבירה, אומנם קיים קשר לא מבוטל שכן עסקינן בזירת האירוע שבו בוצע הרצח; ואולם, בהיעדר עיגון ראיתי התומך בסברת המבקש לפיה הרוצח אכן הותיר ממצאים גנטיים בזירה, אין מקום להניח כי קיימת ראייה כלשהי שעליה אמור להופיע הפרופיל הגנטי של הרוצח. לכן, אין בידי לקבוע כי הרוצח צפוי היה להותיר אחריו ממצאים גנטיים בזירה (ראו: פסקה 44(א) לעיל; והשוו: עניין נחמיאס, פסקה 25), ולפיכך, לא ניתן לומר כי הקשר בין הממצאים שנמצאו בזירה לבין העבירה הוא הדוק. אשר לבחינת תבחין הבלעדיות, היות שמדובר בבית מגורים אין להניח כי הרוצח הוא המקור הפוטנציאלי הבלעדי לממצאי DNA בזירה (זאת בפרט בהינתן קיומם של ממצאים גנטיים אשר ילדיו של המנוח יכולים להיות תורמים להם), ולפיכך גם תבחין זה אינו מעיד על נפקות משפטית רבה. בבחינת מסוימות תוצאות הבדיקות, ממצאי הבדיקה הגנטית לא הצביעו על כל פרופיל גנטי מובהק השייך לחשודים פוטנציאליים אחרים, ואף לא ניתן לבסס מדוחות ומתשובות המעבדה שביצעה את הבדיקות החדשות כי קיים פרופיל גנטי חוזר מסוים בזירה - זולת זה של המנוח. בנסיבות אלו, איני סבור כי קיימת נפקות משפטית משמעותית להיעדרן של ראיות DNA הקושרות את המבקש לזירת הרצח, ומקובלת עליי עמדת המשיבה לפיה הראיות הגנטיות שבידינו אינן מסייעות בהצבעה על הרוצח (וראו: עניין סיסו, פסקה 32; מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל, פסקאות 73-75 (28.5.2012)). משום כך, מצאתי כי הכרעת בית המשפט המחוזי, ואישורה בבית משפט זה, עומדת בעינה אף לאחר בחינת ראיות ה-DNA שהציג המבקש. ברי, כי בהיעדר ראיות פורנזיות גנטיות הקושרות בין מעשה העבירה לבין פלוני (או מנתקות קשר זה), המלאכה המוטלת על בית המשפט להכריע בדבר אחריותו של פלוני למעשה פלילי מסוים - קשה יותר. הערכאות הקודמות נדרשו למלאכה זו והכריעו כי המבקש אשם ברצח. לא שוכנעתי כי בראיות הפורנזיות שהוצגו בפניי - כל אחת בנפרד וכולן כמקשה אחת - יש פוטנציאל לשינוי תוצאות ההליכים בערכאות הקודמות. לפיכך, איני מוצא מקום להורות על משפט חוזר גם על סמך ראיות אלו.

מעורבותם האפשרית של דיא אלאדין עאסלאם, כמאל סיאם וסמיר סלאמה

48. כפי שהוזכר לעיל, במהלך חקירת מקרה הרצח של המנוח, נחקרו מספר חשודים בנוסף למבקש. בין חשודים אלה, ממקד המבקש את טענותיו בשלושה: דיא אלאדין עאסלאם, כמאל סיאם וסמיר סלאמה (להלן בהתאמה: דיא, כמאל וסמיר; וביחד: השלושה). אציין בתמצית את העובדות המוסכמות בנוגע למעורבותם של השלושה בחקירת רצח המנוח: ביום 4.8.1994 הגיע דיא למשטרת ירושלים וביקש למסור מידע על אחרים, ובהם כמאל, בנוגע לרצח המנוח. דיא סיפר כי הם התכוונו לפרוץ לביתו של המנוח, אך הוא עצמו חשש מביצוע הפריצה, לכן כמאל וסמיר התפרצו לבית בעוד הוא חיכה בחוץ; לפי גרסה זו, אחרי האירוע הלכו השלושה לגן העצמאות, שם החביאו את האקדח. בעקבות מסירת גרסה זו, נעצר סמיר והכחיש מעורבותו במקרה, וכן עומת עם דיא והאזינו לו בסתר - אך כל אלה לא העלו דבר שיתמוך באותה הגרסה. בהמשך הוסיף ומסר דיא מספר הודאות שאינן דרות בכפיפה אחת - הוא הודה בגרסה שמסר למשטרה בפני חברו לתא, אך לאחר מכן הודה בפני מדובב כי חלק מהפרטים שמסר בחקירתו אינם נכונים, ולאחר מכן חזר בו מהודאתו אחרונה זו. לבסוף טען דיא בחקירתו מיום 29.11.1994 כי אינו מעורב בביצוע הרצח. נוסף על כך, סריקות חוקרי המשטרה ביחד עם דיא למציאת האקדח העלו חרס. בהינתן האמור, קבע פרקליט



המחוז כי לא היה מקום להגיש כתב אישום נגד השלושה. כך, יוער, מוקדה החקירה במבקש שלפני - כפי שארחיב להלן במסגרת טענת ההטיות הקוגניטיביות (וראו פסקאות 62-63 להלן).

49. בבקשתו, המבקש טוען כי היה מקום לקבל את גרסתו של דיא בנוגע למעורבות השלושה ברצח. המבקש עומד על כך שלגרסה שמסר דיא במשטרה נמצאו חיזוקים משני נחקרים נוספים, אשר עדותו של אחד מהם לא הוגשה כראיה במשפט ולכן מהווה ראיה חדשה. יתרה מזאת, מפנה המבקש להודעתו של כמאל לפיה ברשותו אקדח; להודעה של כמאל לפיה הוא מסכים להעביר לידי המשטרה את האקדח - הודעה שמהווה ראיה חדשה לשיטתו; ולהודעה של דיא בה מסר על אודות פתחים בחלונות הבית - פרט אשר לשיטת המבקש מהווה פרט מוכמן המחזק גרסה זו. על מנת לתמוך בגרסתו של דיא לפיה הוא עצמו קשור לרצח, מציין המבקש עדות של אדם בשם סלאח עתאונה (להלן: עתאונה), אשר לדידו מהווה אף היא ראיה חדשה. עתאונה סיפר כי ביום הרצח פגש שלושה אנשים שדיברו על רצח בגן העצמאות בירושלים (מקום שנקבע למפגש לאחר המעשה, לפי אחת מגרסאותיו של דיא), וכי לאחד מהם היה אקדח והוא השתמש בו כדי להכות את עתאונה. לעמדת המבקש, עדות זו ש"נקברה ונשכחה תחת ערימות ההודאות בתיק זה" כדבריו, הולמת את הודאתו של דיא ומהווה חיזוק לגרסה הקושרת אותו לאירוע הרצח.

מנגד, המשיבה טוענת כי אין באמור כדי לבסס עילה למשפט חוזר בעניינו של המבקש. המשיבה מציינת כי חומר הראיות בנוגע לשלושה לא הניב כתב אישום, וכי חומר זה היה בפני שתי הערכאות שדנו בעניינו של המבקש, ולכן הראיות שמציג המבקש בעניין זה, לרבות עדותו של עתאונה, אינן ראיות חדשות. המשיבה מציינת כי בית המשפט המחוזי אף קבע פוזיטיבית כי אילו הועמדו השלושה לדין - היה מקום לזכותם. בתוך כך, מדגישה המשיבה כי דיא חזר בו מספר פעמים מהגרסאות השונות שמסר, וכי אף שחלק מתיאוריו היו מדויקים, חלק משמעותי מהפרטים שמסר אינו תואם את הממצאים על אודות הדרך שבה התרחש האירוע. אשר לעדויותיהם של שני האחרים, גורסת המשיבה כי מדובר בעדויות בעלות מהימנות נמוכה, בהפנות לפערים חסרים ולשגיאות בעדויותיהם. אשר לעדותו של עתאונה, סבורה המשיבה כי המשטרה החליטה שלא לחקור את עדותו בשל המשקל המועט שייחסה לה, בין היתר לנוכח העובדה שעתאונה מסר שהיה שיכור במהלך האירוע.

50. חזרתי והפכתי בטענות המבקש ובראיות שהציג בעניינם של השלושה ולא מצאתי כי יש בהן כדי לבסס פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט. כפי שהוסבר לעיל, על דרך הכלל אין מקום להידרש במסגרת דיון בבקשה למשפט חוזר לבחינה נוספת של ממצאי המהימנות של הערכאות שדנו בעניינו של המבקש. כך גם במקרה שלפני, אינני סבור כי יש בראיות החדשות שמציג המבקש די כדי לסטות מכלל זה ולקבוע כי שגו הערכאות הקודמות בהתייחסותן לגרסה המפלילה כלפי השלושה. כפי שניתן להיווכח מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, דעת הרוב מצאה להעיר כי לו הייתה נדרשת לכך - הייתה קובעת כי השלושה לא עברו את העבירה (וראו פסקה 12 לפסק דינה), עמדה שאליה הצטרף אף שופט המיעוט בבית המשפט המחוזי, בקובעו כי עבור דיא ההבחנה בין שקר לאמת "הינה מקרית ותוצאה של המניפולציה העומדת על הפרק באותו הזמן", וכן כי "נראה שבצדק נהגה המאשימה משמנעה מלהגיש כתב-אישום כלפי קבוצה זו" (עמ' 479 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). נוסף על כך, גם בית משפט זה התייחס לדברים ולא ראה לנכון להתערב בקביעות אלו של בית המשפט המחוזי (פסקה 25 לפסק הדין בערעור). עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מעלה כי בית המשפט לא מצא לייחס מהימנות רבה לגרסתו של דיא על אודות מעורבות השלושה ברצח, שכן גרסה זו לא זכתה לגיבוי בממצאים פורנזיים, ואף נסתרה על ידי סמיר ועל ידי דיא עצמו. אינני סבור כי יש בהודעתו של כמאל על אודות הסכמתו להעביר לידי המשטרה אקדח, אשר נטען שהיה ברשותו של כמאל אך לא ידוע על קשר בינו לבין הרצח, או בעדותו היחידה של עתאונה אשר נמסרה בגילופין - כדי להביא לשינוי ממש בהערכת



מהימנות גרסתו של דיא, בהינתן האמור לעיל. לכך ניתן להוסיף כי זולת חוקרי המשטרה, פרקליט המחוז בחן את אפשרות אחריותם של השלושה לאירוע הרצח, והחליט לגנוז את החשדות נגדם בהיותם בלתי מבוססים, לנוכח אי הדיוקים של דיא, שקריו והיעדרן של ראיות נוספות. עינינו הרואות, אם כן, כי כלל הגורמים שהיו אמונים על הערכת האמת שבגרסתו של דיא מצאו כי אין ליתן בה אמון בהיותה שקרית. כפי שאבהיר מיד, אינני סבור כי יש בראיות החדשות שהוצגו לפניי כדי לשנות ממסקנה זו.

51. בקצירת האומר, לגישתי הראיות החדשות שהוצגו בנוגע לטענות המבקש בדבר אחריותם של השלושה, שמרביתן היו זמינות במועד קיום המשפט - אינן טומנות בחובן, הן בפני עצמן והן בצירופן לחומרי החקירה שהיו קיימים בפני הערכאות הקודמות, פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט או לסטייה מקביעות מהימנות ועובדה שקבע בית המשפט המחוזי. דיא מסר גרסאות רבות במשטרה, ברובן ככולן נפלו אי דיוקים או שקרים, והגיבוי שלהן בחומר ראיתי היה דל וחסר. לא מצאתי כי התימוכים שמציע המבקש לגרסתו של דיא - לרבות העדות על אודות קיומו של האקדח בחזקתו של כמאל, ועדותו הבעייתית של עתאונה התומכת לכאורה בגרסתו של דיא שנמצאה כשקרית - בכוחם להתגבר על חזרתו של דיא מעדותו, על היעדר ראיות תומכות לעדותו, על השקרים שעלו בגרסאותיו השונות, ועל הכחשות שאר המעורבים את אותה הגרסה. בפרט, אינני סבור כי עדותו של עתאונה, אשר הערכאות הקודמות לא נדרשו לה, היא בעלת נפקות ממשית לשינוי תוצאות המשפט. זאת, הן מפני שעדותו עמומה; הן מפני שעל פניו מהימנותו כעד נמוכה; והן בשל תוכן הדברים שמסר לגופם, אשר לכאורה משקלם זניח. לפי האמור בעדותו, נהג עתאונה לשהות בגן העצמאות בירושלים ולשתות לשוכרה. באחד הימים עת ששהה שיכור במקום, שמע שלושה אנשים, מהם אחד יפני דובר עברית, משוחחים על רצח כלשהו. עתאונה מסר בעדותו, כי לאחר שהשלושה הבחינו כי הוא שומע את שיחתם, הם הכו אותו בפניו בעזרת אקדח. עתאונה המשיך ומסר כי הוא "לא זוכר אם דיברו על רצח מסוים אבל בטוח שדיברו על רצח". אינני סבור כי עדות בלתי מפורטת זו, אשר מוסרה היה בגילופין במועד האירוע שעליו העיד, היא בעלת פוטנציאל לשינוי תוצאות משפט, או מצביעה על צורך לבחון מחדש את ממצאי המהימנות שנקבעו בעניין השלושה. לכך יש להוסיף את הבחינה יוצאת הדופן שערך בית המשפט המחוזי לעניין אחריותם של השלושה. לכן, אף מבלי להכריע בשאלת היותן של ראיות אלו "חדשות", אינני סבור כי הן מצביעות על אחריותם של השלושה למעשה הרצח, כל שכן במידה המהווה פוטנציאל לשינוי תוצאת משפטו של המבקש (ראו: עניין זלום, פסקאות טו-יח; עניין שקלים, פסקה כה; מ"ח 193/10 טלה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (11.5.2010); מ"ח 5760/09 ליסר נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (24.11.2009)).

52. יתר על כן, לא מצאתי כי יש בטענותיו של המבקש בנוגע לאחריותם של השלושה כדי להורות על משפט חוזר אף נוכח העילה הקבועה בסעיף 31(א)(4) לחוק, שאליה אדרש בסמוך. אמת הדבר, כפי שצינתי בעבר, כי על גורמי החקירה מוטלת חובה למצות כל חקירה, ותפקידה של הרשות החוקרת אינו רק להאשים אלא גם לנקות מאשמה (עניין חדאד, פסקה 90 לפסק דיני; ע"פ 2106/15 אקוע נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (19.4.2016); ע"פ 7255/14 אנטקלי נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (11.4.2016)). ואולם, אף אם נקבל את טענותיו של המבקש בדבר מחדלי חקירה שהתקיימו בעניינו, אין בהם כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר. הלכה היא, כי אין בעצם קיומם של מחדלי חקירה להביא לקיומו של משפט חוזר, וכי על בית המשפט לבחון אם נוכח מחדלי החקירה נפלו בהליך פגמים חמורים שהובילו להרשעת שווא (עניין אל עביד, פסקה 17; עניין סיסו, פסקאות 28-29; מ"ח 434/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (28.7.2013) (להלן: מ"ח 434/13); מ"ח 138/11 ברקאי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (25.7.2011)).

לאחר שבחנתי את טענותיו ואת מכלול הראיות, אינני סבור כי בעניינו של המבקש התקיימו מחדלי חקירה אשר



הביאו לפגמים חמורים ולהרשעת שווא. פרשת הרצח שבה הורשע המבקש הקימה תהודה תקשורתית רבה, אשר הביאה עבריינים רבים לנסות ולהציג מצגים שונים למשטרה על מנת לזכות בהטבות שונות - כפי שמציין המבקש עצמו בפסקאות 56-57 לבקשתו למשפט חוזר. מצגים אלה, שקריים או אמיתיים, נבחנו על ידי המשטרה בהתאם לרמת מהימנותם בעיני גורמי החקירה באותה התקופה, והיא החליטה בסופו של יום למקד את חקירתה בכיווני החקירה שנראו בעיניה כמבוססים ביותר (והשוו: עניין סביחי, פסקה 34). לעניין זה, ידועה ההלכה לפיה "לא בנקל יתערב בית משפט זה בהחלטות שעניינן העמדה לדין, המצויות בליבת שיקול דעתן של רשויות התביעה" (בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, פסקה 14 (15.8.2017); וכן ראו: שם, פסקה 23; ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, פסקאות נ-נג (15.2.2016); ע"פ 8515/13 זכרייב נ' מדינת ישראל, פסקה 112 (9.12.2015); ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (13.5.2015); ע"פ 1643/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (25.1.2015); ראו והשוו: בג"ץ 869/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.2.2017)).

אף בראי הראיות החדשות המצטרפות לחומר הראיות הקיים, לא מצאתי כי החלטת המשטרה להפסיק את החקירה בעניינם של השלושה הייתה בלתי סבירה בנסיבות העניין. הדברים אמורים ביתר שאת בהינתן העובדה שבית המשפט המחוזי מצא פוזיטיבית ולא מחמת הספק כי השלושה אינם אחראים לרצח; ובהינתן העובדה שפרקליט המחוז, אשר נחשף לכלל חומרי החקירה, הגיע אף הוא למסקנה דומה. משעיינתי בעיון רב ובקפידה בחומר המודיעיני, נחה דעתי כי אף חומר זה אינו מעלה חשש כי התקבלה החלטה בלתי סבירה בעניינם של השלושה. הימנעות המשטרה מלהמשיך ולחקור את דיא או מי מהחשודים האחרים מהווה לכל היותר מחדל בעל פוטנציאל ראייתי בלבד, אך לא החלטה בלתי סבירה אשר מהווה פגם מספיק חמור שיש בו כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר (ראו והשוו: מ"ח 4990/14 דאוד נ' מדינת ישראל, פסקאות לא, לג (28.4.2015); מ"ח 434/13, פסקה 22; עניין עזריה, פסקאות 41-43). לפיכך, לידי, החלטת המשטרה להפסיק לחקור את אחריותם האפשרית של השלושה אינה מהווה מחדל חקירתי שעשוי להצדיק הוראה על קיומו של משפט חוזר.

53. משאלה הם פני הדברים, לא מצאתי כי הוכח הפוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט בעניינו של המבקש על סמך מעורבותם של השלושה בפרשת הרצח או כי נגרמה לו הרשעת שווא בשל זניחת חקירתם. משום כך, סבורני כי אין בטיעונים שהציג המבקש בעניינם של השלושה כדי להורות על משפט חוזר.

הראיות החדשות שהציג המבקש - בחינה מצטברת

54. בבקשתו הציג המבקש ראיות חדשות הנוגעות למספר אבני יסוד בהרשעתו, וטען כי יש בהן כדי להצביע על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט בעניינו. עד כה בחנתי את הראיות החדשות שהציג המבקש לגופן באופן פרטני, נדרשתי לנסיבות הספציפיות של כל ראיה וראיה, ועמדתי על טיבה בקשר לאותו רכיב בהרשעה שאליה אותה ראיה מתייחסת. מסקנתי הייתה כי אין באף אחת מהראיות כשלעצמה די משקל סגולי כדי לבסס פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.

ראשית, נדרשתי לראיות החדשות שהציג המבקש בנוגע לשימוש בסמים במהלך תקופת החקירה, דבר אשר לשיטתו השפיע על הודעותיו. בחינה מדוקדקת של החומר הראייתי שלפניי העלתה כי הן סיגורו של המבקש והן שתי הערכאות שדנו בעניינו ידעו על אודות השימוש של המבקש בסמים במהלך החקירה, אך מיקדו את הטענות והקביעות בהיבטים אחרים של ההרשעה. בעניין זה מצאתי, כי הראיות החדשות אכן מוסיפות ומבססות במידה מסוימת את הידיעה



על אודות הסמים בבחינת מהימנות הודעותיו של המבקש, אך כי תוספת זו - נפקותה שולית היא. זאת, לנוכח העובדה שבתי המשפט ידעו על אודות השימוש בסמים בזמן אמת, ובשל כך שאין בתוספת זו כדי להשפיע במידה משמעותית על משקלם של האדנים האחרים שעליהם התבססו הכרעת הדין והערעור עליה.

שנית, בחנתי את הראיות החדשות שהציג המבקש בנוגע לפרסומם של הפרטים המוכמנים שבהם הסתייע בית משפט זה בדחיית ערעורו. כזכור, המבקש טען כי בשל העובדה שחלק מהפרטים המוכמנים אשר ידיעתם יוחסה לו במשפט פורסמו בתקשורת - לא ניתן היה להסתמך עליהם כפרטים מוכמנים. בחנתי את טענותיו לאור התבחינים המתאימים לבחינת הקשר בין פרסום הפרטים לבין מסירתם (טענות "פרסום הפרטים המוכמנים") ולאור נסיבות המקרה הפרטניות, ומצאתי כי הראיות החדשות שהוצגו אינן מצביעות על שגגה שנפלה בפסיקות הערכאות הקודמות בהסתמכותן על ידיעת המבקש את הפרטים המוכמנים.

שלישית, עמדתי על טיבן של ראיות ה-DNA החדשות שהציג המבקש בבקשתו - ראיות שמקורן בבדיקות שנעשו לממצאים גנטיים שנדלו מפרטים הקשורים למעשה הרצח ומיצויים מפרטים שאבדו. במסגרת זו, ניתחתי באופן פרטני את ראיות ה-DNA בהתאם לתוצאות המדעיות ולנסיבות העובדתיות של כל ממצא, ומאלו הסקתי מסקנות משפטיות לגבי כל אחד מהם. כך, קבעתי כי מהבדיקות החדשות שנעשו לחולצת המנוח וכן לכפתורים שנתלשו מחולצה זו לא ניתן להסיק ממצאים מדעיים משמעותיים; כי הממצאים הגנטיים שהופקו ממיצוי הדם שהופק מגרב הניילון מצביעים על המנוח בלבד ולכן אין בהם כדי להעיד על הרצח; כי מציאת פרופיל גנטי נוסף שאינו של המנוח והיעדרו של פרופיל גנטי של המבקש, הן על הנעלים והן על הגרב, אינם בעלי חשיבות רבה, נוכח היעדר ביסוס ראייתי לציפייה הפרופיל הגנטי של הרצח אכן ימצא באותם מוצגים; כי הממצא הגנטי השלילי שנמצא על הציפה שבחדר השינה אינו בעל קשר הדוק לרצח ואף אינו מצביע על כל אדם ספציפי; וכי הקשר בין כפפות הלטקס והעיתונים לבין הרצח אינו הדוק, והאפשרות שאחרים תרמו לתערובות הגנטיות שנמצאו על ממצאים אלו אינה מבוטלת. על יסוד האמור מצאתי כי אין באף אחת מראיות ה-DNA החדשות להצביע על כל פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. בדומה, קבעתי גם כי בנסיבות העניין אין בהיעדרם של ממצאים גנטיים הקושרים את המבקש לרצח כדי להצביע על פוטנציאל כלשהו לשינוי תוצאות המשפט.

רביעית, סקרתי את השפעתן של הראיות החדשות שהציג המבקש בעניין בחינת אחריותם של דיא, כמאל וסמיר - השלושה אשר נחשדו ברצח, טרם שהוגש כתב האישום נגד המבקש. בעניין זה מצאתי כי הראיות החדשות שהציג המבקש, לא היה בהן די כדי להצביע באופן ממשי על אחריות אפשרית של השלושה למעשה הרצח, ואף אין בהן די כדי להטיל דופי בהרשעתו של המבקש.

55. טרם שאעבור לדון בטענותיו של המבקש לפיהן נגרם לו עיוות דין בהתאם להוראות סעיף 31(א)(4) לחוק, אדרש לכלל הראיות החדשות שהציג המבקש, כמכלול. כלל נקוט הוא כי בחינה פרטנית של כל אחת מהראיות החדשות בפני עצמה אין בה די - אלא יש לבחון את הצטברותן של הראיות החדשות המוצגות בבקשה למשפט חוזר לצד החומר הראייתי הקיים, ולבחון האם יש בהצטברות זו משקל סגולי מספיק, המצדיק הוראה על קיומו משפט חוזר (ראו: מ"ח 4384/15 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה כח (17.12.2015); מ"ח 434/13, פסקאות 19, 22; עניין סביחי, פסקה 16; עניין קוזלי, פסקאות 64, 66). למלאכה זו אדרש כעת.

בחינת הצטברותם של שיקולים שונים אינה פשוטה כלל ועיקר. יש לבחון באופן זהיר איזה מבין הנתונים הידועים הוא בעל חשיבות ואיזה אינו בעל חשיבות; אילו נתונים יכולים להשלים אחד את האחר ואילו סותרים. עת שוקדים על



בחירת ההצטרבות, יש להישמר מפני צבירה מלאכותית ושגויה של פרטים אשר אין מקום לקשור אותם ביחד, ומפני התעלמות מפרטים אשר לחיבורם יכולה להיות השפעה משמעותית. בענייננו, יש להבחין ראשית בין ראיות חדשות אשר יכולות להביא לשינוי אפשרי של תוצאות המשפט, לבין כאלה שצירופן אינו מעלה ואינו מוריד לעניין השפעה אפשרית על תוצאות המשפט.

56. ראיות ה-DNA החדשות והראיות החדשות בעניינם של השלושה - הן ראיות מהסוג האחרון. כפי שהוסבר לעיל, מבחינת הנסיבות העובדתיות והמדעיות הרלוונטיות לכל ממצא, קבעתי כי תוצאות הבדיקות החדשות לא העלו כל ממצא משמעותי אשר בכוחו לתמוך במסקנה משפטית לפיה קיים פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. בדומה, הראיות החדשות בנוגע למעורבותם של השלושה, גם הן אינן רלוונטיות להצטרבות הממצאים. כפי שהוסבר, ראיות אלו, בצירוף הראיות שהיו ידועות במשפט, אינן מעוררות ספק בנוגע לחפותם של השלושה מביצוע הרצח, ומשכך ממילא אינן מעוררות ספק בנוגע לאחריותו של המבקש לרצח. עינינו הרואות, אם כן, כי הן הראיות החדשות בעניין השלושה והן ראיות ה-DNA החדשות אינן בעלות משקל בבחינת פוטנציאל שינוי תוצאות המשפט, ומשום כך אינן תורמות לבחינה המצטברת.

לעומת זאת, הראיות החדשות שהציג המבקש בנוגע לשימוש בסמים במועד החקירה ובנוגע לפרטים המוכמנים, הן בעלות נפקות בבחינת פוטנציאל שינוי תוצאות המשפט. כפי שצינתי לעיל, הראיות החדשות בנוגע לשימוש המבקש בסמים במועד החקירה מוסיפות ומבססות את ידיעת הסניגור ואת ידיעת בתי המשפט על אודות שימוש זה. ראיות חדשות אלו משפיעות על משקלה הפנימי של העדות, אך לנוכח העובדה שאין הן מעידות על פרטים חדשים שלא היו ידועים במועד המשפט אלא תומכות בעובדות שהיו ידועות אותה עת בלבד - השפעה זו אינה משמעותית. אשר לראיות החדשות בנוגע לפרטים המוכמנים, מצאתי אומנם כי אין בכוחן של ראיות אלו להצביע על שגגה שנפלה בהסתמכות בית משפט זה על קיומם של הפרטים המוכמנים, אך אין לכחד כי קיימות אינדיקציות התומכות באפשרות לפיה מקור ידיעתם של חלק מהפרטים המוכמנים שמסר המבקש יכול היה להיות בתקשורת. ראיות חדשות אלו משפיעות על משקלה החיצוני של העדות, אך גם השפעה זו מוגבלת היא - אכן, היא מחלישה במידת מה את הסתמכות בית משפט זה על הפרטים המוכמנים בהרשעה, אך אינה מאיינת הסתמכות זו. עינינו הרואות, אם כן, כי בראיות החדשות יש השפעה מסוימת הן על המשקל הפנימי של ההודעה והן על משקלה החיצוני. כידוע, בין המשקל הפנימי למשקל החיצוני מתקיים יחס של מקבילית כוחות (ע"פ 4275/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (9.6.2017); ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (27.1.2015) (להלן: עניין רמילאת)) - לפיכך, על פניו, שילוב של שני אלה יכול להיות בעל פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט.

57. האם השפעות אלו, על משקלה הפנימי והחיצוני של הודעתו של המבקש, הן בעלות משקל סגולי בעל פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט? סבורני כי התשובה שלילית.

אשר להשפעה על משקלה הפנימי של ההודעה, כפי שהדגשתי לעיל, הן סניגורו של המבקש והן בתי המשפט ידעו על אודות השימוש בסמים ומצאו כי הודעתו מהימנה חרף עובדה זו; לצד זאת יש לציין שלא הוצג כל טעם מניח את הדעת מדוע ראיות אלו לא הוצגו כבר במועד המשפט. כפי שהוסבר, בנסיבות שבהן בא כוחו של המבקש דאז לא העלה על נס את טענות השימוש בסמים, ובתי המשפט בעקבות זאת לא הרחיבו על אודות סוגיה זו - ביסוס הידיעה על אודות השימוש בסמים הוא בעל השפעה מוגבלת בהערכת משקלה הפנימי של ההודעה בהליך המשפט החוזר. בדומה, החלטת כוחם (אך לא איונם) של הפרטים המוכמנים היא קטנה ביותר - הן בהינתן ההשפעה המוגבלת של הראיות החדשות בהחלטת ההסתמכות על הפרטים המוכמנים, והן היות שמדובר באדם אחד מבין מספר אדנים שלאורם בחן



בית המשפט את משקלה החיצוני של ההודעה - לרבות השקרים שסיפר במהלך החקירות, הפרכת האליבי, העובדה שחזר על הגרסה המפלילה במשך זמן רב ודבק בה, כבישת גרסתו הרביעית ומעורבותו הרגשית הגדולה - אשר אינו מחליש את האדנים האחרים. לכן, לדידי, ההשפעה של החלשת אדן זה בבחינת המשקל החיצוני של ההודעה, אף היא השפעה שולית. נותרנו אפוא עם השפעה מוגבלת על משקלה הפנימי של ההודעה והשפעה שולית על משקלה החיצוני של ההודעה. אף בשילובן, אינני סבור כי השפעות אלו הן בעלות משקל סגולי משמעותי אשר מהווה פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט, ומשום כך, אני מוצא כי אין די בהצטברות הראיות החדשות, בצירוף הראיות הקיימות בתיק, כדי להורות על עריכתו של משפט חוזר.

58. אם כן, דין טענותיו של המבקש בכל הנוגע לקיומן של ראיות חדשות המצדיקות להורות על קיומו של משפט חוזר - להידחות. עתה, אמשיך ואעבור לבחון את טענות המבקש לעניין עיוות דין שנגרם לו, בהתאם לסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט.

טענות בדבר עיוות דין לפי סעיף 31(א)(4) לחוק

הודעותיו המפלילות של המבקש

59. בבקשתו, המבקש מתייחס באריכות להשתלשלות החקירה בעניינו וטוען לגופן של ההודעות שהוא מסר. בין היתר מציין המבקש, כי בשל היותו מבוקש באותה העת בגין מספר התפרצויות, מטרתו הייתה להגיע להסכם עם המדינה ולהימנע מעונש חמור - כפי שעשה בעבר במקרים אחרים. על מנת להגיע להסכם מסוג זה, המבקש טוען כי הוא ביקש לקשור עצמו לאירוע הרצח של המנוח. לשיטת המבקש, כל הפרטים שמסר - לרבות מיקומו בזירת האירוע, הודעתו כי פרץ לבית המנוח יחד עם בובלי, העובדה ששמע את הירייה בזמן שהיה בבית וכדומה - מקור כולם בדמיונו, ונאמרו במטרה לשכנע את המשטרה לחתום עימו על ההסכם. המבקש מדגיש כי משהבין שקשר את עצמו לרצח והפך לחשוד מרכזי בו, הוא התחרט על הדברים, ואף צעק כי הוא חף מפשע. לטענתו, אף שהיה מיוצג באותו הזמן, בשל משבר אמון שנתגלע בינו לבין עורך דינו - הוא לא ראה לנכון לספר לעורך דינו את הדברים, ולכן טענות אלו לא הועלו במלוא אונן עד למשפט.

מנגד, המשיבה סבורה כי בהצגת השתלשלות אירועי החקירה אין כל חידוש עובדתי או הצבעה על עיוות דין המצדיקות קיומו של משפט חוזר, אלא כי מדובר בבקשה לדיון מחודש בפרשה. המשיבה שבה ומציינת כי המבקש הציג שלוש גרסאות בנוגע למעורבותו ברצח המנוח, כפי שפורטו לעיל בפסקה 3. לשיטת המשיבה, לעובדה זו חשיבות רבה היות שהיא מצביעה על גרסה מתפתחת של המבקש, אשר חשף בכל גרסה טפח נוסף מן האמת. אשר לגרסתו הרביעית של המבקש, לפיה בדה את שלוש הגרסאות שמסר במהלך חקירותיו על מנת להשיג עסקה עם חוקרי המשטרה, ולא סיפר זאת בשל משבר אמון עם סניגורו - המשיבה גורסת כי מדובר בעדות כבושה אשר יש לייחס לה משקל נמוך. בכך, סומכת המשיבה את ידיה על קביעת בית המשפט המחוזי באותו העניין.

60. כידוע, על מנת להקים את עילת הסל הקבועה בסעיף 31(א)(4) לחוק יש להוכיח כי קיים חשש של ממש כי נגרם למבקש עיוות דין, אשר הוביל להרשעת שווא של המבקש. חזרתי והפכתי בטענותיו של המבקש כמו גם בשני פסקי הדין שניתנו בעניינו, ולא מצאתי כי בהשתלשלות האירועים המתוארת נגרם למבקש עיוות דין. שתי הערכאות נתנו



דעתן לרצונו של המבקש לחזור בו מהודעתו (ראו בפירוט לעיל, בפסקאות 4, 14, 28-30 ו-32). כפי שהדגישו הערכאות הקודמות - כבישתה של הגרסה הרביעית הייתה ארוכה במיוחד וארכה שבועות ממושכים שבהם דבק המבקש בגרסתו המפלילה ואישר את דבריו המפלילים בפני חוקרי המשטרה. הכחשתו של המבקש את הגרסה המפלילה החלה רק לאחר שהחליף את ייצוגו, וזאת במקביל לטענה לפיה הגרסה נגבתה ממנו שלא מרצון. בנסיבות אלו, איני סבור שמתעורר חשש לפגמים חמורים שנפלו בקביעות בתי המשפט לעניין חזרתו מהודעתו. שתי הערכאות הקודמות בחנו טענות אלו ודחו אותן על יסוד טעמים מבוססים שלא מצאתי לשנות מהם. על כן, נחה דעתי כי עניינו של המבקש אינו נמנה על אותם המקרים החריגים אשר בהם נגרם עיוות דין (והשוו: מ"ח 2363/16 שלייפר נ' מדינת ישראל, פסקאות יב-יג (7.8.2016); מ"ח 779/13 יקותיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (6.6.2013); מ"ח 1566/11 שרארה נ' מדינת ישראל, פסקאות 10-9 (26.12.2011)).

הסתמכות על הודעות שמסר המבקש עובר לבדיקת הפולגור

61. עתה לטענת המבקש לעניין הסתמכות בית המשפט על הודעותיו בשיחה המקדימה לבדיקת הפולגור, עובר לבדיקה עצמה. המבקש טוען כי נפלה שגגה בכך שבתי המשפט התייחסו להודעתו שניתנה עובר לבדיקת הפולגור, זאת לנוכח ההלכה הדוחה הסתמכות על בדיקות פולגור בהליכים משפטיים. לשיטת המבקש, שגגה זו הביאה לעיוות דין אשר מקים עילה למשפט חוזר. גם את טענה זו לא מצאתי לקבל. אכן, הלכה ותיקה היא מלפני בית משפט זה, כי אין להרשיע אדם על סמך מידע בדבר תוצאותיה של בדיקת הפולגור או על סמך סירובו לעבור לבדיקת פולגור; וכן כי ניתן לבטל הרשעתו אם התייחס בית המשפט לפרט זה בלי להזהיר עצמו שעליו להתעלם מתוצאות הבדיקה (עניין חדאד, פסקאות 93-94 לפסק דיני; ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 32 (3.9.2015); ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 504-505 (1993)). ואולם, בעניינו של המבקש לא התבססה הרשעתו על תוצאותיה של בדיקת הפולגור אלא על אמירותיו של המבקש עובר לקיומה של הבדיקה. הן פסק דינו של בית המשפט המחוזי (בעמ' 443-445) והן פסק הדין בערעור (בעמ' 944, 946, 954-955) התייחסו להודעה שמסר המבקש עובר לבדיקת הפולגור ונמנעו מלהתייחס לתוצאות הבדיקה. יתרה מזאת, כאמור, הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון בחנו את אמירותיו של המבקש עובר לבדיקת הפולגור שעבר לפני ולפנים, ומצאו אותן אמינות. לפיכך, סבורני כי אין מקום לפסול אמרות אלו, וכי אין טעם לפגם בהסתמכות בית המשפט על הודעתו של המבקש בשאלות המקדימות לבדיקת הפולגור. בנסיבות אלו, איני סבור כי נגרם למבקש עיוות דין מהתייחסות בתי המשפט להודעתו שקדמה לבדיקת הפולגור, וגם טענתו זו אינה מקימה עילה למשפט חוזר.

הטיות קוגניטיביות

62. בנוסף לאמור לעיל, המבקש מציין כי לאחר השתלשלות האירועים בנוגע למעורבותם של דיא, כמאל וסמיר באירוע הרצח (ראו פסקה 48 לעיל), היו נתונים חוקרי המשטרה להטיות קוגניטיביות, שהשפיעו על העמדתו לדין. לשיטתו, משעלטה אפשרות אשמתו שלו במהלך החקירה, התמקדו חוקרי המשטרה בגרסה המפלילה וזנחו כיווני חקירה מזכים בעניינו. לטענתו, החוקרים לקו בהטיית "ראיית מנהרה" בחקירתו, הטיה אשר הובילה אותם, לשיטתו, לזנוח כיווני חקירה אפשריים נוספים ולכן נגרם למבקש עיוות דין.

63. לא מצאתי כי יש בטענה זו כדי לבסס עיוות דין שנגרם למבקש, המצדיק קיומו של משפט חוזר. על אף שהדיון המחקרי-אקדמי בהשפעות של הטיות קוגניטיביות על הליכים משפטיים הולך ומעמיק בשנים האחרונות (וראו



מקצת מהכתיבה בנושא: Richard A. Leo & Deborah Davis, *From False Confessions to Wrongful Conviction: Seven Psychological Processes, Law and Justice - Psychology Role-Play 59* (Asifa Begum ed., 2009); Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision In Criminal Cases*, 2 Wisconsin L. Rev. 291 (2006); Alafair S. Burke, *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*, 2 N.Y.U. J.L. & Liberty 512 (2007), המחוקק או בית המשפט לא התייחסו לנפיקות האפשרית של הטיות אלו באופן ישיר (ראו והשוו: עניין חדאד, פסקה 89 לפסק דיני). ספק בעיניי אם דיון בבקשה למשפט חוזר הוא המקום הראוי לקבל טענות מסוג זה לראשונה, ומכל מקום איני סבור כי הונחה בפניי תשתית עובדתית מספקת כדי להכריע בדבר. יתרה מזאת, אף אם שיטת המשפט בישראל הייתה מכירה במפורש בהשפעתן של הטיות קוגניטיביות על חקירה משטרתית, ואף אם היה בידו של המבקש להוכיח כי החוקרים אכן סבלו מהטיות אלו - לדידי לא היה מקום לקבוע בנסיבות המקרה כי אכן נגרם למבקש עיוות דין. זאת, הואיל ושלשה גורמים אשר לא נטען כי סבלו מאותן ההטיות - פרקליט המחוז, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון - בחנו את מעורבותם של השלושה ומצאו כי הם אינם מעורבים ברצח (ראו פסקה 50 לעיל). כך, אף אם החוקרים סבלו מהטיות אישיות שונות כטענת המבקש, השפעתן של ההטיות צומצמה לרמה המזערית. על כן, לא מצאתי כי יש בטענתו של המבקש בנוגע להטיות הקוגניטיביות כדי להצביע על עיוות דין בעניינו, ולפיכך, אין מקום להורות על קיומו של משפט חוזר על יסוד טענה זו.

אובדן המוצגים

64. סוגיה נוספת אשר עולה במלוא עוזה בבקשה שלפניי היא סוגיית אובדן מוצגים מתיק החקירה לאחר הרשעת המבקש. ברבות השנים ממשפטו של המבקש ועד למועד הגשת הבקשה, אבדו מספר מוצגי חקירה, ובפרט גרב הניילון המוכתם בדם המנוח ובו שתי שערות אדם וכתמי רוק, וכן מעתקי טביעות האצבע שהופקו בזירת הרצח. אשר לגרב הניילון שנמצא בזירה - כתמי הדם שעליו נבדקו בזמן החקירה ונמצא כי מדובר בדמו של המנוח, וכתמי הרוק נבדקו גם הם בזמן החקירה, ונמצא כי הם מתאימים למנוח במידה מסוימת וכי הם לא מתאימים למבקש. מיצוי הרוק שהופק מגרב הניילון בזמן החקירה, לא נשמר. אשר למעתקי טביעות האצבע - בזירת הרצח אותרו 13 טביעות אצבע, שלא תאמו את טביעות האצבע של בני משפחת המנוח או של המבקש, ובהן טביעת אצבע בכתם דם שהוטבעה על ארון חדר השינה. ואולם, בעקבות שריפה שפרצה בארכיון, נשרפו מעתקי טביעות האצבע ולא ניתן לבחנם שוב היום.

65. המבקש גורס כי מדובר בראיות משמעותיות ביותר, אשר אובדןן מהווה כשלעצמו עיוות דין המצדיק קיומו של משפט חוזר. אליבא דמבקש, גרב הניילון מהווה ראיה ישירה שבדיקתה הייתה יכולה ליצור ודאות בנוגע למבצע הרצח. הוא מדגיש, כי אף שראיה זו נבדקה במכון לרפואה משפטית עובר למועד המשפט, לאור הפיתוחים הטכנולוגיים הקיימים כיום ניתן היה לבצע בה בדיקות חדשות ולהפיק ממנה ממצאים גנטיים, אשר יכולים היו להשפיע על תוצאות המשפט. בנוגע למעתקי טביעות האצבע המבקש מציין, כי היות מקורה של אחת מטביעות האצבע בכתם דם מהווה ראיה חדשה, וכי סביר בעיניי כי טביעת אצבע זו היא של הרוצח או של המנוח. לעמדת המבקש, בהיעדר המעתיקים לא ניתן עוד להשוות את טביעת האצבע שלו לזו שנמצאה בכתם הדם על ארון חדר השינה, דבר אשר יכול היה להצביע על חפותו. יתרה מזאת, המבקש מציין כי החשיבות של אובדן ראיות אלו משתקפת ממכתב ששיגר מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות מחוז ירושלים דאז, עו"ד אלי אברבנאל, שבו נכתב במפורש כי לנוכח העובדה שהמבקש עומד על חפותו יש לשמור את המוצגים.

מנגד, המשיבה עומדת על כך שאובדן המוצגים הוא תקלה מצערת, אולם לשיטתה אין בעצם האובדן כדי לבסס עילה למשפט חוזר. בנוגע לגרב הניילון, המשיבה מציינת כי הגרב נעלם ככל הנראה במועד סמוך למשפט. לשיטתה,



אומנם בשלב החקירה היווה גרב הניילון ראיה כבדת משקל, אולם הן פסק דינו של בית המשפט המחוזי והן פסק הדין בערעור התייחסו למוצג זה ולקביעה לפיה מיצוי הרוק אינו מתאים למבקש, והרשיעו את המבקש חרף הדברים. לפיכך, טוענת המשיבה, כי רק בקיומם של שני התנאים הבאים ניתן היה לייחס נפקות לבדיקת הגרב - האחד, אילו ניתן היה להפיק מן הגרף ראית DNA; והשני, אילו ראיה זו הייתה מצביעה על אדם אחר שניתן לזהותו. לעמדת המשיבה, התקיימות מצטברת של שני התנאים היא ספקולציה בלבד, ואינה מצדיקה להורות על משפט חוזר בעניינו של המבקש. בנוגע למעקבי טביעות האצבע, המשיבה מציינת כי במהלך המשפט הוסכם בין הצדדים כי לא נמצאו טביעות אצבע של המבקש בזירת הרצח. המשיבה מוסיפה ומציינת כי העובדה שאחת מטביעות האצבע מקורה בכתם דם אינה ראיה חדשה והייתה ידועה במהלך המשפט. לפיכך, היא גורסת כי טענות אלו של המבקש מקומן הראוי הוא בדיון בערכאה הדינית או בערכאת הערעור, וכי אין מקום לבחון בהליך הבקשה למשפט חוזר. עוד מדגישה המשיבה כי אובדן שני המוצגים נעשה בתום לב. על יסוד האמור, המשיבה סבורה כי אין באובדן המוצגים כדי להוות עיוות דין המצדיק קיומו של משפט חוזר.

66. אקדים מסקנה לדיון, ואציין כי לא מצאתי שאובדן הראיות החפציות מהווה עיוות דין המצדיק קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש. אומנם, כידוע, לשמירתן של ראיות חפציות לאחר הרשעה נודעת חשיבות רבה, במיוחד בכל הנוגע להליך המשפט החוזר. גילויים מדעיים והתפתחויות טכנולוגיות עתידיות, צפויות לאפשר בדיקות אשר אינן יכולים לבצען כיום (ראו פסקה 41 לעיל, וההפניות שם), ולעיתים להביא לשינוי בתוצאות של משפטים שנסיימו. והא ראיה, השימוש התדיר בארצות הברית בראיות DNA לקיומם של משפטים חוזרים ולהפיכת תוצאות משפטים שנסיימו בעבר (לרשימה של כ-350 בני אדם שזוכו מעבירות בהן הורשעו בארצות הברית על סמך ראיות DNA, ראו אתר פרויקט החפות האמריקני: <http://www.innocenceproject.org/all-cases/#exonerated-by-dna>). היעדר זמינותן של ראיות חפציות פוגע ביכולת לבחון מחדש את אותן הראיות לאור גילויים מדעיים ולהביא, באופן פוטנציאלי, לשחרורם של חפים מפשע שנכלאו.

67. ואולם, אין משמעות הדבר כי כל אימת שלא ניתן לבצע את הבדיקות יש להורות על משפט חוזר. כלל נקוט בבית משפט זה, הוא שאין די באובדן ראיות חפציות והיעדר יכולת לבדוקן, כדי להורות על משפט חוזר. בעניין עזריה התייחס בית המשפט זה לטענת המבקש דשם, לפיה נוכח ביעור בגדיו (שנעשה בתום לב) לא ניתן היה לבצע בדיקת DNA שיכולה הייתה לאשר, לטענתו, את חפותו. וכך קבע שם הנשיא א' ברק:

"לגוף העניין, אינני סבור כי ביעור הבגדים יכול לשמש עילה למשפט חוזר. הבגדים אינם מהווים ראיה מזכה. הם מהווים "חומר גלם" שבו טמון "פוטנציאל" ראיתי, אשר ייתכן שהיה מצביע על חפותו של המבקש, וייתכן שהיה מצביע על אשמתו. כאמור, יש להצטרף על כך שחומר זה אינו מצוי בידינו. אין בצער זה כדי לבסס עילה למשפט חוזר" (עניין עזריה, עמ' 360-361) (ההדגשות הוספו - ס.ג.).

בעניין סביחי, התייחס השופט א' לוי אף הוא לסוגיית אובדן ראיות חפציות שמונע בדיקות מדעיות עתידיות, בקובעו:

"אף שבכל מקרה יש לבחון לגופו את הפוטנציאל הראיתי שהיה טמון בראיה שאבדה, אין ספק כי עצם השמדת ראיות פוגעת ביכולתו של נאשם לבסס את טענותיו בבקשה למשפט חוזר. אולם, פגיעה כזו לא תחייב באופן אוטומטי כי יערך



משפט חוזר... (עניין סביחי, פסקה 62).

גם בענין אל עבד נדרש בית משפט זה לסוגיה. הנשיאה מ' נאור עמדה באותו מקרה על כך, שעקב ביעור הראיות החפציות "נגרם למבקש נזק-ראייתי - קרי נמנע ממנו לערוך בדיקות חדשות לראיות, אשר לטענתו עשויות היו להוכיח את חפותו" (שם, בפסקה 53). ואולם, בית המשפט דחה את הבקשה למשפט חוזר משני טעמים: האחד, שלא היה ברור באותו המקרה אם הראיות החפציות קשורות למנוחה או לרוצח; והאחר, שלא הובאה ראיה לכך שניתן היה להפיק מאותן הראיות חומר ביולוגי, ממנו ניתן היה לבצע בדיקות גנטיות שיכולות היו להניב ממצאים.

68. מהן, אפוא, אמות המידה הראויות לבחינת טענות לעיוות דין כתוצאה מאובדן מוצגים בגדרי בקשה למשפט חוזר? דומני כי ניתן לזקק את הקביעות בשלושת פסקי הדין המנחים שסקרתי לעיל לשלושת המבחנים להלן:

הפוטנציאל המדעי הטמון במוצג - על מנת להוכיח כי אובדן של מוצג מסוים מהווה עיוות דין, יש להראות באמצעות חוות דעת מומחה כי אכן טמון במוצג פוטנציאל מדעי, וכי אלמלא אובדנו ניתן היה להפיק ממנו ממצאים בעלי מהימנות מדעית שלא היו בפני הערכאות הקודמות אשר שפטו את המבקש (עניין אל עבד, פסקה 54).

הפוטנציאל המשפטי הטמון במוצג - על מנת להוכיח כי אובדן של מוצג מסוים מהווה עיוות דין, יש להידרש לנפקות המשפטית הפוטנציאלית שלו, קביעה שלשמה ניתן להסתייע בתבחינים שפורטו לעיל (ראו פסקה 44), וזאת בשינויים המתחייבים. כך למשל, אובדן מוצג שזיקתו לעבירה רופפת וקלושה, אשר אף אם היה בנמצא לא היה בו בהכרח כדי להאיר על זהות מבצע העבירה - אינו מקים עילה לעריכת משפט חוזר בשל עיוות דין (כך למשל, בעניין אל עבד נפסק כי בדלי סיגריות שנמצאו בסמוך לגופת המנוחה אשר לא ניתן היה לקבוע כי היו קשורים לרציחתה - אין אובדנם מהווה עילה למשפט חוזר (שם, פסקה 54)). מטבע הדברים, על הפוטנציאל האמור להיות בעל אופי מחדש, דהיינו כי בכוחו לשפוך אור חדש על הרשעת המבקש, מעבר לפרטים שהיו ידועים לערכאות הקודמות, כך שאובדנו אכן גרם למבקש נזק ופגע ביכולתו לבסס עילה למשפט חוזר. דוגמה טיפוסית לאובדן מוצג שבו היה טמון פוטנציאל משפטי רב ניתן למצוא במ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002), שם התקבלה בקשה למשפט חוזר בשל ריבוי פגמים שיצרו עיוות דין, ובהם אובדן מכנסי המנוחה שהוכתמו בזרע ובדם, כמו גם צלוחית ובה תאי הזרע של הרוצח. מאחר שבמועד המשפט המקורי לא נערכו בדיקות DNA במוצגים, אשר היו קשורים באופן הדוק ובלעדני למבצע העבירה, נקבע כי אובדנם גרם "נזק כבד לאפשרות בירור האמת" (שם, עמ' 382).

ניטרליות המוצג - על מנת להוכיח כי אובדן של מוצג מסוים מהווה עיוות דין, אל למוצג להיות ניטרלי - קרי כזה היכול הן לחזק את הרשעת המבקש והן לערערה - אלא עליו להצביע על פוטנציאל עוצמתי יותר לחפותו של המבקש על פני אשמתו. כפי שציין הנשיא א' ברק בעניין עזריה, ישנו קושי לייחס חשיבות של ממש לאובדן של מוצג ניטרלי, היות שמוצג זה מהווה חומר גלם ראייתי בלבד (שם, עמ' 360-361). כאשר המוצג שאבד מהווה ראיה ניטרלית, הטענה שלפיה נגרם למבקש נזק ראייתי בשל אובדן הראיה נושאת אופי ספקולטיבי, שכן היא מחייבת להעדיף - ללא כל טעם ממשי לכך, בהיעדרה של חזקת החפות לאחר הרשעה - את האפשרות שבראיה טמון דווקא פוטנציאל מזכה. לא כך המצב כאשר מדובר במוצג שלפי הידוע לנו אינו ניטרלי: כאשר עסקינן באובדן מוצג אשר הצביע על קשר בין המבקש לבין ביצוע העבירה - אזי, ככלל, לא יוכל המבקש להיבנות מאובדן מוצג זה, שכן כף המאזניים נוטה לכך שבדיקה נוספת של מוצג זה הייתה מאששת את הקשר שלו לביצוע העבירה. לעומת זאת, כאשר עסקינן באובדן מוצג אשר הצביע על היעדר קשר בין המבקש לבין ביצוע העבירה, יש להניח שבדיקה נוספת של המוצג



הייתה מאששת את היעדר הקשר של המבקש לביצוע העבירה, ויכולה הייתה להצביע על קשר בין ביצוע העבירה לבין אחר - ממצא אשר יש בכוחו כדי לסייע למבקש במשפט חוזר. לכן, אובדן מוצג אשר הצביע על היעדר קשר למבקש יכול, בנסיבות המתאימות, להעיד על אפשרות לעיוות דין שנגרם למבקש.

לאור מושכלות אלה, אבחן להלן את טענותיו של המבקש לעניין עיוות הדין שנגרם לו לנוכח אובדן המוצגים.

69. גרב הניילון - המבקש צירף לבקשתו חוות דעת מומחה, אשר מעידה על כך שאלמלא אובדן הגרב ניתן היה להפיק ממנו כיום פרופילים גנטיים בני השוואה, באיכות גבוהה מזו שהתאפשרה במועד המשפט, וזאת הן מכתמי הרוק שנמצאו על גבי הגרב והן מהרוק שמוצה ממנו זה מכבר. לפיכך ניתן לקבוע כי עלה בידי המבקש לצלוח את מבחן הפוטנציאל המדעי. לצד זאת, אין בידי לקבל את עמדת המבקש, שלפיה ניתן היה לאתר על גבי המוצג אזורים נוספים של כתמי רוק ולהפיק מהם ממצאי DNA. טענה זו נתמכה אומנם בחוות הדעת של המומחה מטעמו, ד"ר פלוצקי, אך זאת בכפוף להנחה "שגרב הניילון שימשה כמסכה והייתה מונחת על הראש, כך שכתמי הרוק מה[ם] הופק ה-DNA מגרב הניילון נוצרו כתוצאה מזליגה ו/או התזה של רוק מהפה אל גרב הניילון" (נספח ב' 27 לבקשה, עמ' 12). ואולם, דברים אלה אינם נמצאים בגבולות מומחיותו המקצועית של ד"ר פלוצקי. מומחיותו של ד"ר פלוצקי היא בהערכה מדעית של ראיות ה-DNA, ומומחיותו של בית המשפט היא בהסקת המסקנות המשפטיות מקביעות מדעיות אלו. לפיכך, בהיעדר תשתית מדעית התומכת בקביעותי העובדתיות-משפטיות של ד"ר פלוצקי, אינני רואה מקום להידרש לקביעותי אלו ולשנות מהממצאים העובדתיים אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית.

אפנה עתה לבחינת הפוטנציאל המשפטי הטמון בגרב הניילון שאבד, תוך הסתייעות בתבחינים שהוצגו לעיל. כאמור, לגרב הניילון זיקה חזקה לאירוע הרצח, שכן חרף המחלוקת בין הצדדים לגבי השימוש המדויק שעשה הרוצח בגרב, אין עוררין על כך שהוא נלבש על גופו החל בהתפרצות לדירה, עובר במאבק עם המנוח וברציחתו, וכלה בשלב המנוסה מזירת האירוע, עת הושלך. עם זאת, מבחינת בלעדיותו של המבצע בממצא ומסוימות תוצאות הבדיקה הפוטנציאליות, מתעורר ספק רב לגבי נפקות הממצאים שניתן להפיק מהגרב, ולגבי הצבעה אפשרית של הממצאים הפוטנציאליים על הרוצח. זאת, הן על סמך הבדיקות החדשות של מיצוי הדם מהגרב, שמצאו פרופיל גנטי של המנוח בלבד; והן על סמך קביעותיהן של הערכאה הדיונית ושל ערכאת הערעור, שלפיהן הדם והרוק שנמצאו על גבי הגרב שייכים למנוח (הדם ברמת ודאות גבוהה, הרוק ברמת ודאות נמוכה, ראו: פסק דינו של בית המשפט המחוזי, פסקה 10 לדעת הרוב; פסק הדין בערעור, פסקה 4; מכתבה של ד"ר פרוינד מיום 4.7.2016, אשר צורף כנספח ב' לתשובת המבקש לתגובת המשיבה לבקשה, שבו צוין כי האפיונים שנמצאו על גבי כתם הדם שעל הגרב משותפים לאחד מתוך 392 מבני האוכלוסייה היהודית, קרי שכיחות של כ-0.25%; פסקה 45(ז) לעיל). במילים אחרות, סביר להניח כי אם היה נמצא פרופיל גנטי נוסף על הגרב היה זה הפרופיל של הרוצח, אך הסבירות להימצאותו של פרופיל נוסף זה - קלושה ובלתי מבוססת היא. הממצאים החלקיים שתוארו אינם תומכים במסקנה לפיה הפרופיל הגנטי של הרוצח אכן צפוי להימצא על הגרב. אמת הדבר, אין באמור לעיל כדי לשלול את האפשרות שבנוסף לשרידי ה-DNA שמקורם במנוח, היו מאותרים גם ממצאים שמקורם במבצע העבירה - ואולם, כפי שהוסבר, אפשרות זו אינה נתמכת בקביעות עובדתיות של הערכאות הקודמות או בראיות חדשות, ומימושה של אפשרות זו בפועל דורש הנחת הנחות שאין מתחייבות, ומשום כך סבירותה מוגבלת. יתר על כן, היות שהרשעתו של המבקש בוססה על ההנחה לפיה הוא אינו תורם פוטנציאלי לממצא הרוק שעל הגרב - הרי שנפקות המשפטית האפשרית של ראיה זו לטובת המבקש טמונה בהימצאותו של פרופיל גנטי נוסף על הגרב, המצביע על אדם אחר זולת המבקש. קרי, אין די בשלילת הפרופיל הגנטי של המבקש כתורם לממצאים הקיימים על הגרב כדי להוות ממצא בעל נפקות משפטית. יתרה מכך, מאחר שבערכאות הקודמות נקבע כי הגרב שימש ככפפה ולא כמסכה - קביעה שחרף הביקורת הנכונה והמנומקת שהשמיע המבקש



נגדה, אין בידי לשנות ממנה (ראו פסקה 33 לעיל) - פוחתת לכתחילה הסבירות לכך שמקור הרוק אשר נמצא על גבי הגרב הוא הרוצח, וסבירה יותר ההנחה שלפיה מקור הרוק הוא במנוח.

נקודת המוצא לבחינת ניטרליות המוצג, היא קביעותיהן של הערכאות הקודמות אשר פורטו לעיל, ושלפיהן הדם שנמצא על הגרב הוא של המנוח, וייתכן כי גם הרוק. נוסף על כך, יש להתייחס לבדיקות החדשות בנוגע למיצוי הדם שהופק מהגרב - אשר מחזקות את ההנחה לפיה הדם שנמצא על הגרב הוא של המנוח. כמו כן עלי להניח, בהיעדר ראיות חדשות לעניין המחלוקת בדבר סיווג הגרב, כי הגרב שימש ככפפה. משום כך, ההנחה הסבירה ביותר היא כי בדיקה איכותית יותר של הרוק שהייתה מתבצעת בימינו הייתה מאששת את ההנחה שמקור הרוק הוא במנוח - מסקנה ניטרלית לחלוטין שאינה תורמת דבר לבקשה שלפניי. לצד זאת, יוער כי כשם שהסכימו הצדדים במועד המשפט כי הרוק "מתאים במידה מסוימת למנוח", הוסכם על ידיהם בדומה כי הרוק איננו מתאים למבקש (ראו פסק הדין בערעור, פסקה 4). כלומר, המידע החלקי לגבי הרוק שנמצא על הגרב מצביע על היעדרו של קשר בין המבקש לבין הרצח. על סמך מידע חלקי זה, סבירה יותר האפשרות לפיה טמון ברוק שנמצא על המוצג פוטנציאל המנתק את הקשר בין המבקש לבין הרצח, מאשר האפשרות לפיה טמון בו פוטנציאל הקושר בינו לבין הרצח. לפיכך, ניתן לקבוע כי בניגוד לדם, הרוק שנמצא על הגרב אינו מוצג ניטרלי.

סיכומם של דברים אלה הוא שהנזק הראייתי שאותו גרם אובדן הגרב מצומצם. על אף שבוסס הפוטנציאל המדעי הטמון במוצג, ועל אף שהמידע המצוי בידינו מצביע על היות הראיה בעלת פוטנציאל לנתק את הקשר בין המבקש לבין הרצח - נפקותו המשפטית דלה, שכן הסבירות שימצא על הגרב הפרופיל הגנטי של הרוצח נמוכה היא. זאת, לנוכח הנסיבות שנסקרו לעיל, אשר הופכות את האפשרות שהרוצח אכן הותיר ממצאים גנטיים על כתמי הרוק או בדם שעל גבי הגרב - מוקשית ביותר. עוד יודגש, ומבלי לטעת מסמרות, כי אף אם אניח שאכן היו נמצאים על גבי הגרב ממצאים חדשים שלא ידועים לנו כעת (היינו ממצאים זולת הרוק והדם), ואף אם אכן היה בהם פרופיל גנטי שאינו שייך למנוח (היינו שייך ככל הנראה לרוצח) - סבורני כי אין יסוד להערכה כי ממצאים אלה יצביעו בהכרח על אחר שאינו המבקש, ולכן יש לראות בממצאים משוערים אלה כראיות ניטרליות בלבד. אשר על כן, נחה דעתי כי אין באובדן המוצג כדי לגרום למבקש עיוות דין אשר מצדיק היעדרות לבקשתו ועריכת משפט חוזר.

70. מעתקי טביעות האצבע - אף ביחס למוצג זה, אינני סבור כי יש להורות על משפט חוזר בשל אובדנו. אכן, לקיומה של טביעת אצבע מוכתמת בדם זיקה הדוקה למעשה הרצח, וניתן גם לקבוע כי מדובר בממצא שאינו ניטרלי, שכן עוד במהלך המשפט נשללה האפשרות שטביעות האצבע שנמצאו בזירה שייכות למבקש (פסק הדין בערעור, פסקה 24). על אף האמור, לא טמון לידי פוטנציאל משפטי מספק במוצג זה. זאת, מאחר שהסבירות שטביעת האצבע אכן הייתה שופכת אור על זהות הרוצח נראית דחוקה ביותר. משקבעו הערכאות הקודמות כי הרוצח עשה שימוש בכפפות, לא ניתן לצפות לכתחילה כי הוא יותר אחריו טביעות אצבע. זאת ועוד, מתגובת המשיבה - אשר לא נסתרה על ידי המבקש בהקשר זה - ניתן ללמוד כי מעתק טביעת האצבע האמור היה מצוי בתיק החקירה, כי גורמי החקירה השונים בחנו אותו ולא מצאו שהוא בעל חשיבות, וכי בא כוחו של המבקש במועד המשפט (שלא נטען כי כשל בייצוגו) לא מצא לנכון לבסס עליו טיעון. ניתן להיווכח, אם כן, כי התועלת הטמונה במוצג מוצתה במועד המשפט, וכפועל יוצא כי הפוטנציאל המשפטי להנבת תובנות חדשות בדבר הרשעת המבקש על בסיסו - קלוש הוא. סבורני אפוא כי הנזק אשר נגרם למבקש כתוצאה מאובדן המוצג נמוך ביותר, ואין בידי לשעות לטענותיו לעיוות דין אף בהקשר זה.

71. לנוכח המקובץ, ואף שאובדן חומרי חקירה הוא מצב חמור אשר יש לפעול ללא לאות על מנת למנועו (ראו להלן פסקאות 88-89; וכן ראו: עניין אל עביד, פסקה 52 וההפניות שם). לא מצאתי כי בעניינו של המבקש הביא אובדן



המוצגים לעיוות דין המצדיק הוראה על משפט חוזר.

שינוי באקלים המשפטי

72. אבקש להידרש עתה למוטיב אשר היה שזור כחוט השני לאורך טענותיו השונות של המבקש. המבקש סבור כי מאז נוהל משפטו בבית המשפט המחוזי ובבית משפט זה, חלו שינויים שונים באקלים המשפטי אשר שופכים אור חדש על הרשעתו. לשיטתו, בבואנו לבחון אם נפל בהרשעתו עיוות דין יש להשקיף מחדש על דרך הילוכן של הערכאות הקודמות בראי התפיסה המשפטית הנוהגת כיום. בפרט גורס המבקש כי ברבות השנים גברה מודעותה של מערכת המשפט לחשש מפני הודאות שווא, לא כל שכן כאשר החשוד מצוי תחת השפעת סמים. המבקש סבור כי יש בשינוי זה, בצירוף הראיות החדשות אשר הוצגו במסגרת הבקשה, כדי לבסס עילה למשפט חוזר. המשיבה, מנגד, מציינת כי אומנם חלו תמורות מסוימות לאורך השנים ביחסן של הערכאות השיפוטיות להודאות חוץ, אך חולקת היא על המבקש לעניין עוצמתן והשלכותיהן. לדידה, שינויים אלה אינם מהותיים במידה אשר מצדיקה היעדרות לבקשה.

73. אפתח בהצגת המסגרת הנורמטיבית הצריכה לענייננו. האם ניתן לראות בשינוי באקלים המשפטי משום עילה למתן משפט חוזר? על שאלה זו השיב בית משפט זה בחיוב זה מכבר. בעניין אקסלרוד נידונה בקשתו למשפט חוזר של אדם אשר הורשע בעבירה, אלא שכשנה וחצי לאחר שפסק הדין המרשיע נעשה חלוט - נפסקה הלכה חדשה שלאורה לא היה מקום להרשיעו לכתחילה שכן מעשיו לא נתפסו עוד כפליליים. הנשיא א' ברק קבע כי בעוד סעיף 31(א)(2) לחוק אינו הולם לכאורה טענות ממין זה, עילת עיוות הדין המנויה בסעיף 31(א)(4) יכולה שתתקיים בנסיבות אלו. את מסקנתו זו השתית הנשיא א' ברק על ארבעה שיקולים: אופיין הרטרופקטיבי, כברירת מחדל, של הלכות היוצאות תחת ידיו של בית משפט זה; הפירוש הרחב שראוי להינתן לסעיף 31(א)(4) לנוכח נסיבות חקיקתו ותכליותיו; תחושת המקריות שמתעוררת מהותרת ההרשעה על כנה, בידיעה כי אילו היה נידון ערעורו של המבקש כמה חודשים מאוחר יותר, היה הוא מזוכה; ושמיטת הבסיס החברתי-מוסרי להרשעת המבקש, משהורתה ההלכה החדשה על הותרת מעשיו מחוץ לגדרי העבירה שבה הורשע. את הדיון העקרוני חתם הנשיא א' ברק בעומדו על שורת הערות מנחות להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בהקשר זה. מפאת חשיבות הדברים לענייננו, אביאם להלן כלשונם:

"ראשית, סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט יחול רק במקום שבית המשפט העליון - שהלכתו מחייבת את כל בתי המשפט (סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה) - שינה באופן ברור הלכה קודמת משלו. שנית, שינוי ההלכה משפיע במישרין על האחריות הפלילית של מבקש המשפט החוזר או על תוצאותיה; שלישית, שינוי ההלכה מעורר חשש של ממש לעיוות דין. אין די בחשש 'סתם' (ראו פרשת קוזלי [11], בעמ' 565). הבחינה צריכה להיות כוללת (ראו פרשת עזריה [9], בעמ' 359). רביעית, אין בקיומה של 'עילת הסל' כדי למנוע האפשרות של פניה לנשיא המדינה למתן חנינה; לבסוף, המשפט החוזר - כאמור בסעיף 31 לחוק בתי המשפט - חל אך ורק בתחום הפלילי. אין להחלטתי זו תחולה מעבר לכך" (שם, עמ' 620) (ההדגשות הוספו - ס.ג.).

74. לא למותר לציין כי בית משפט זה שב ונדרש לסוגיה משיקה לעניין אקסלרוד במ"ח 3139/13 רחמיאן נ' מדינת ישראל (25.5.2014) (להלן: עניין רחמיאן). בפרשה זו, התעוררה השאלה אם יש להחיל על המבקש סעיף חוק המאפשר גזירת עונש מופחת בגין העבירה שבה הורשע, אף על פי שפסק הדין בעניינו נעשה חלוט עובר לחקיקת הסעיף. המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור דחתה את הבקשה, תוך שהבחינה בין עניין רחמיאן לבין עניין אקסלרוד.



תחילה, צוין כי החלה למפרע של הלכה שיפוטית, אשר נעשית דרך כללי ההלכה הפסוקה, שונה היא לעומת החלה למפרע של הוראת חוק חדשה, אשר נעשית בעיקרה דרך סעיפים 4-6 לחוק העונשין. בהמשך, הבהירה המשנה לנשיא (כתוארה אז) כי בעוד הבקשה בעניין אקסלרוד התקבלה על בסיס עילת עיוות הדין, לא חלהעילה זו בעניין רחמיאן, מאחר שהיא מוגבלת לעיוות דין בהרשעה בלבד, להבדיל מאשר בענישה. זאת ועוד, המשנה לנשיא (כתוארה אז) מצאה לאמץ את עמדתו של הנשיא א' ברק, וקבעה כי שינוי בדין אינו חוסה תחת התיבה "ראיות או עובדות חדשות". משום כך, לבקשתו של רחמיאן לא נמצאה אכסניה מתאימה בחוק, וטענותיו נדחו.

75. ומהתם להכא. על יסוד הערותיו של הנשיא א' ברק בעניין אקסלרוד, נדרשים אנו לבחון אם אכן שונתה באופן ברור הלכה של בית משפט זה, באופן אשר משפיע על האחריות הפלילית של המבקש או על תוצאותיה, ומקים חשש ממשי לעיוות דין. לכך אפנה עתה.

האומנם שינה בית משפט זה את הלכותיו לעניין הודאות שווא, בפרט מצידם של חשודים הנתונים תחת השפעת סמים? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. אכן, ניתן להצביע על התפתחות שעברה שיטת המשפט הישראלית בנושא זה, ועל מגמה שבמסגרתה מעבירות הערכאות השונות הודאות חוץ תחת ביקורת קפדנית ומדוקדקת יותר. ראשיתה של מגמה זו מיוחסת ל"וועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר" ולדוח שפרסמה בשנת 1994 (להלן: דוח ועדת גולדברג), ובו המלצות שנועדו לשפר את התמודדותה של מערכת המשפט ואכיפת החוק עם החשש מפני הרשעות שווא (לתיאור נסיבות הקמת הוועדה ראו: רתם רוזנברג-רובינס "עשרים שנה לתיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט: המשפט החוזר בישראל על פרשת-דרכים" עיוני משפט מ 379, 385 (2017) (להלן: רוזנברג-רובינס); ליאון שלף "תיקונו של עיוות-דין" הפרקליט מא 346, 372 (1994)). ואולם חרף מהלך זה, מקומן של הודאות החוץ בשיטתנו המשפטית נותר מרכזי, וזאת בניגוד לעמדות שהושמעו בפסיקה ובמחקר המשפטי, אשר ביקשו לערער ביתר שאת על משקלן. עמד על התפתחות זו השופט י' דנציגר בעניין זדורוב,בציניו:

"רבות נכתב על מעמדה של הודאת החוץ בדיני הראיות בשיטתנו. בעבר שלטה בכיפה התפיסה כי הודאתו של הנאשם היא בבחינת 'מלכת הראיות' או למצער 'נסיכת ראיות'... מאותן ראיות ראשונות במלכות' [מילותיו של השופט (כתוארו אז) חשין בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 833, 736 (1998) (להלן: עניין אל עביד)]. ואולם, מרגע שראה אור דו"ח הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (1994) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג), שעסק בחשש - פרי המציאות אצלנו ובמדינות אחרות - מפני קיומן של הרשעות הנשענות על הודאות שווא, הועם זוהרה של הודאת החוץ וחל כרסום מסוים במעמדה המשפטי [...] היו אף שראו בה משום ראיה חשודה מטבעה, כזו שיש לגשת אליה בזירות יתרה מחמת היעדר ההיגיון הטמון בה [...] ברם, עמדה זו נותרה במיעוט והודאת החוץ נתפסת גם כיום ככלי רב חשיבות ומקובל לבירור האמת, הגם שירדה מכס המלכות" (שם, פסקה 126 לפסק דינו; וראו גם: שם, פסקה 6 לפסק דינו של השופט י' עמית; רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 15 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (14.12.2006); ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (11.5.2006)).

76. נגזרת חשובה של ההתפתחות הכללית בדבר מעמדן של הודאות החוץ היא תשומת הלב הניתנת כיום למאפייניו האישיים של מוסר ההודאה, ובפרט להימנותו על "קבוצת הסיכון" להרשעות שווא. יפים לעניין זה דבריו של השופט נ' הנדל בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (18.10.2010), שם הציע מבחן עזר משולש לבחינת משקלן של הודאות חוץ - מבחן שרכיבו הראשון ("מי אמר") נדרש להיבט זה:



"ההיבט הראשון עניינו זהותו של הנאשם. מי הוא הנאשם אשר הודה? האם, למשל, שייך הנאשם לאחת מהקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת הודאת שווא? נושא זה נדון בוועדת גולדברג לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (1994) [...] הניסיון המשפטי מלמד כי קיימות קבוצות סיכון החשופות יותר למנגנון העלול להוביל להודאת שווא. רשימת קבוצות הסיכון עשויה להשתנות בהתאם לתמורות השעה והחברה [...] יודגש כי עסקינן בכלי עזר בשני מובנים: האחד, אין הכוונה למשל שקטין אינו מסוגל להודות בביצוע עבירה פלילית מרצונו הטוב והחופשי. האחר, אין זה אומר כי אי השתייכותו של נאשם לאחת מקבוצות הסיכון שולל את האפשרות שמסר הודאת שווא. מעבר לבדיקת ההשתייכות הקבוצתית, על הערכאה המבררת ליתן דעתה להתרשמותה הישירה מן הנאשם, בניסיון לקבוע עמדה בשאלה האם הלה בעל מאפיינים אישיים המחזקים את האפשרות שמסר הודאת שווא. התשובה לכך תלויה, בין היתר, בפרטי החקירה" (שם, פסקה 4 לפסק דינו).

מבחן העזר האמור נקלט בהמשך בפסיקותיו של בית משפט זה. כך, למשל, זוכה לאחרונה בדעת רוב אדם אשר הורשע על יסוד הודאת חוץ שמסר, תוך שנזקפו לזכותו מבנה אישיותו ומצבו הנפשי במועד החקירות (ראו: ע"פ 4275/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 60-67 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (9.6.2017) (להלן: ע"פ 4275/16); לדוגמאות נוספות ליישום מבחן העזר המשולש ראו: עניין זדורוב, פסקה 89 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; ע"פ 6296/13 אדרים נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (22.3.2015) (להלן: עניין אדרים); עניין רמילאת, פסקה 31 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; ע"פ 3140/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (25.11.2012)). לצד זאת, יש להבהיר כי מבחן העזר - כשמו כן הוא - מהווה הוא אך אמצעי מסייע להערכת משקלה הפנימי של ההודאה, וכי הימנותו של נחקר על קבוצת סיכון אינה מכריעה כשלעצמה את משקלה הפנימי של ההודאה, או מחייבת מסקנה מסוימת בדבר מהימנות הדברים שמסר הנחקר. בחינת מהימנות ההודאה תיעשה על בסיס הערכה כוללת של המבחן הפנימי והמבחן החיצוני, בהתאם למכלול השיקולים הרלוונטיים (ראו: ע"פ 4275/16, פסקה 67 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז).

77. המבקש משליך יהבו על היותו מכור לסמים בתקופה שבה מסר את הודאתו, עובדה אשר משייכת אותו לאחת מקבוצות הסיכון שעליהן עמדה הפסיקה ומחייבת משנה זהירות בהערכת הודאתו על פי הדין הנוהג דהיום. אין לכחד, בשורת פסקי דין הביע בית משפט זה חשש מוגבר מפני הודאות שווא מפי נחקרים המכורים לסמים (ראו למשל: ע"פ 4275/16, פסקה 63 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; עניין זדורוב, פסקה 138 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; עניין אדרים, פסקה 11; עניין דדון, פסקה כז), ובכך אימץ את המלצותיה של ועדת גולדברג בנושא זה (ראו: דוח ועדת גולדברג, עמ' 8-10; ראו גם: מרדכי הלפרט ובוועד סנג'רו "מכשל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה - סולימאן אל עביד כמקרה מבחן" מחקרי משפט כו 733, 742-743 (2010)). ברם, אין בדברים אלה משום תפנית חדה ביחסה של הפסיקה להודאות הנמסרות בנסיבות אלו. עדות לכך ניתן למצוא בע"פ 516/79 בר-זיונ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 576 (1981), שאף צוטט על ידי המבקש עצמו במסגרת טיעונו בדבר המשקל הפחות שיש לייחס להודאתו (ראו פסקה 245 לבקשה). באותו עניין נידונו קבילותה ומשקלה של הודאה אשר ניתנה תחת השפעת תסמונת גמילה מסמים, וכך נקבע שם:

"נקודת המוצא העקרונית היא, כי הודאה של נאשם, הנתון להשפעת סמים מסוכנים - אם בעת שהוא נוטל את הסמים, ואם בעת של חסך סמים - קבילה היא, והשאלה הדורשת הכרעה היא, מה משקל יש ליחס לה לאור מצבו הנפשי והגופני של הנאשם. כידוע דין דומה מקובל לעניין הודאה של חולה נפש [...] ועל אחת כמה וכמה שזו צריכה להיות אף הגישה לעניין הודאה של אדם, הנתון להשפעת סמים. משקלה של הודאה מותנה במידת 'הלחץ הפנימי', בו נתון הנאשם בשל מצבו הנפשי והגופני [...] ייתכן אפוא, כי נאשם, הנתון במצב של 'תסמונת הגמילה', ואשר מבנה אישיותו



מביא לתוצאות האמורות, עשוי להימצא במצב, בו הוא עשוי 'להתאבד על-ידי הודאתו', ובלבד שתינתן לו מנת הסם הנחוצה לו. נראה כי במצב דברים זה משקלה של ההודאה עשוי להיות קטן ביותר. לא כן בנאשם בעל מבנה אישיות יציב יותר או נאשם, שאינו נתון באותו מצב חריף של 'תסמונת הגמלה'. למותר לציין, שעניין קיומה של אותה תסמונת הוא עניין, שיש להוכיחו בכל מקרה ומקרה, ואין להשליך ממקרה אחד על רעהו. הכול תלוי בטיב הסם, במידת ההתמכרות, בתקופת החסך ובמבנה אישיותו של האיש. יצוין, כי על קיומו או העדרו של 'לחץ פנימי' ניתן לעמוד, בין השאר, מ'משקלה העצמי' של ההודאה, כלומר 'הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון' (ע"פ 715/78, 744[9], בעמ' 234) (שם, עמ' 587).

יוער כי פסק דין זה אינו ניצב לבדו, וכי קביעותיו אלו צוטטו בהסכמה לאורך השנים, עובר לפסיקותיהן של הערכאות הקודמות בעניינו של המבקש (ראו למשל: ע"פ 4087/97 אסולין נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 849, 857-858 (1999); תפ"ח (מחוזי ת"א) 474/95 מדינת ישראל נ' צ'יקואשווילי, פסקה 46 (1.1.1997); ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 678-679 (1995)).

78. עניינו הרואות, אם כן, כי ניסיונו של המבקש להיבנות מהשינוי באקלים המשפטי אינו חף מקשיים. אמחיש קשיים אלה באמצעות שניים מהתנאים שנמנו בידי הנשיא א' ברק בעניין אקסלרוד.

תחילה, מצאתי כי לא מתקיים התנאי הדורש כי "שינוי ההלכה משפיע במישרין על האחריות הפלילית של מבקש המשפט החוזר או על תוצאותיה" (עניין אקסלרוד, עמ' 620). שלא כבעניין אקסלרוד, בעניינו שינוי ההלכה אינו שומט את הקרקע תחת אחד מיסודות העבירה שביצע המבקש, והפרשנות החדשה שאומצה בבית המשפט אינה מכשירה את הפעולות שבהן הורשע - אלו נותרו עבירה פלילית חמורה כבעבר. כל שניתן לומר בעניינו, הוא שקיימת מגמה מחמירה בבחינת המשקל הפנימי של ההודאה, שבאמצעותה מוכחים יסודות העבירה. אם כן, השינוי ההלכתי עליו מצביע המבקש, משפיע למעשה על אחד מהשיקולים שאליהם נדרש בית המשפט כדי להעריך את משקלה הפנימי של ההודאה על מנת לקבוע את מהימנותה. ברי בעיניי, כי שינוי במשקל שבית המשפט נוטה לייחס לאחד היסודות שעל בסיסם נקבע המשקל הפנימי של הודאתו, אינו שקול לשינוי בפרשנות המשנה את ההתייחסות לפעולה מסוימת - מפעולה פלילית לפעולה שאינה פלילית. לפיכך, לא ניתן לדידי להצביע על השפעה ישירה של שינוי זה כלפי אחריותו הפלילית של המבקש.

יתרה מכך, אף לא מתקיים התנאי המחייב כי בית המשפט העליון "שינה באופן ברור הלכה קודמת משלו" (עניין אקסלרוד, עמ' 620). אם ניטול כאמת מידה את שינוי ההלכה שנידון בעניין אקסלרוד, ניתן להבחין בין פרשה זו לבין עניינו על יסוד שני מישורים עיקריים: ראשית, נקודת הפתיחה למגמה שממנה חפץ המבקש להיבנות, שהיא דוח ועדת גולדברג משנת 1994, מוקדמת לפסקי דינם של בית המשפט המחוזי (שנת 1997) ושל בית משפט זה (שנת 2001) בעניינו. שנית, על יסוד הסקירה שערכתי לעיל לא ניתן להצביע על שינוי מובהק בהלכה, אלא אך על מגמה פסיקתית מדודה לעבר בחינה קפדנית ומובנית של הודאות חוץ.

79. מסקנתי מהמקובץ היא כי לא חלים בעניינו הטעמים שעל בסיסם השתית הנשיא א' ברק את פסיקתו בעניין אקסלרוד. בפרט, אינני סבור כי הרשעת המבקש בשעתו מעוררת תחושה של שרירותיות ומקריות, שכן אין יסוד ממשי



להנחה שהעמדתו לדין בימינו הייתה מובילה לתוצאה שונה. בדומה, אינני מוצא כי נשמט הבסיס החברתי-מוסרי תחת הרשעתו. המעשים שבגינם הורשע המבקש עודם ראויים לעונש אשר הוטל עליו, והאופן שבו הוכחו אינו סוטה באופן ניכר מהנהוג בבתי משפט כיום.

80. אציין בקצרה כי הגעתי למסקנה זוהי ביחס לטענות שהעלה המבקש בדבר הפרטים המוכמנים ששימשו בהרשעתו. לשיטתי, נוקטת בימינו הפסיקה גישה זהירה יותר לגבי ראיות ממין זה, בפרט ביחס לשאלה אם אלו פורסמו ברבים. בבקשתו פרש המבקש שורה ארוכה של מחקרים אשר ראו אור בשנים האחרונות בספרות המדעית והמשפטית, ואשר מעוררים הסתייגויות שונות לגבי ההסתמכות על ראיות אלו. דא עקא, בדברים אלה לא די. כפי שהובהר בדיון שקיימתי לעיל, על מנת שתישמע טענה לעיוות דין, יש לעמוד על שינוי ברור שחל בהלכה. את זאת לא עלה בידי המבקש להראות, ומשום כך לא אוכל לשעות לטענותיו אף ביחס לפרטים המוכמנים.

81. אשר על כן, נחה דעתי כי השינוי שחל באקלים המשפטי אינו מהווה נסיבה יוצאת דופן המקימה חשש של ממש לעיוות דין, וכי דין טענותיו של המבקש בעניין זה - להידחות.

סיכומם של דברים

82. לאחר שבחנתי בקפידה את מכלול טענות המבקש ואת הראיות החדשות שהציג, לא מצאתי כי נגרם לו עיוות דין או כי קיימות ראיות חדשות בעלות פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. על יסוד האמור, הגעתי לכלל מסקנה כי המבקש לא הוכיח כי קיימת עילה להורות על משפט חוזר בעניינו, ועל כן דין הבקשה להידחות.

אחרית דבר: המשפט החוזר, מעמד הסניגוריה הציבורית והתנהלות הפרקליטות

83. טרם חתימה, נוכח נסיבותיו החריגות של המקרה, אבקש לייחד מספר מילים למעמד הסניגוריה הציבורית ולהתנהלות הפרקליטות, במשפטים חוזרים בכלל ובתיק שלפניי בפרט.

84. עד שנת 2001, מורשע שביקש לטעון לחפותו לאחר שהסתיים משפטו וידו לא הייתה משגת לשכור שירותיו של עורך דין פרטי, יכול היה לפנות לבית המשפט בבקשה שזה ימנה לו סניגור ציבורי "לצורך דיון בבית המשפט בבקשה לדיון נוסף או למשפט חוזר, וכן לצורך הדיון הנוסף או המשפט החוזר", זאת מכוח סעיף 15(א)(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. כשלב מקדים להפעלת הסעיף ומינוי הסניגור על ידי בית המשפט, היה על המבקש להוכיח כי קיימת הצדקה למינוי הסניגור לשם הגשת הבקשה למשפט חוזר, וכן לעמוד במספר תנאים פרוצדורליים. במקרים רבים, הבקשה למינוי סניגור לא היוותה יותר מ"פניה נרגשת של נידון הטוען לחפותו, וזאת בלא הנמקת וטיעונים משפטיים ועובדתיים מסודרים" (הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 28) (משפט חוזר, זיכוי על אתר והענקת סמכויות לסניגוריה), התשס"א-2000, ה"ח 43). ואכן, בשל יכולתם המוגבלת של מורשעים לבסס תשתית עובדתית ומשפטית לבקשתם במהלך ריצוי עונשם, היענות לפניות ומינוי של סניגור ציבורי להגשת בקשות למשפט חוזר



- הייתה נדירה.

85. בשנת 2001 תוקן חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 (להלן: חוק הסניגוריה הציבורית) ונקבע כי מורשע המבקש משפט חוזר, רשאי לפנות לסניגוריה הציבורית בבקשה לייצוג (וראו סעיף 18(א)(9) לחוק הסניגוריה הציבורית). החוק הסמיך את הסניגור הציבורי הארצי לבצע בדיקות מקדמיות בנוגע לבקשה למשפט חוזר; וקבע כי אם ימצא שיש ממש בבקשה, הסניגוריה הציבורית תקבל על עצמה את ייצוג המורשע ותגיש בשמו בקשה למשפט חוזר. דהיינו, לאחר תיקון החוק נפתח נתיב נוסף עבור המבקשים בבקשות משפט חוזר לזכות לייצוג ציבורי לבקשתם, הוא קבלת הבקשה לטיפול של הסניגוריה הציבורית.

86. בעקבות תיקון החוק, הוקמה בסניגוריה הציבורית המחלקה למשפטים חוזרים, העוסקת בקליטה, מיון ובדיקה של הבקשות - לרבות בחינת החומרים הרלוונטיים, פגישה עם הפונים, ניסיון לאתר ראיות נוספות וכדומה - וכן בייצוגם של הפונים המתאימים בהליך המשפט החוזר. יודגש ויצוין, כי בבחינת הבקשות לייצוג במשפט חוזר הסניגוריה הציבורית נוהגת כגוף מנהלי מקצועי ולא כבאת כוח הפונים אליה (וראו: בג"ץ 10530/08 עלאונה נ' מדינת ישראל (30.4.2009)). על פי נתוני הסניגוריה הציבורית, משנת 2001 עד סוף שנת 2015 פנו כ-430 מורשעים בבקשות לייצוג במשפטים חוזרים, מהן הוגשו בקשות למשפט חוזר ב-16 מקרים (לרבות עתירה זו), והתקבלו 4 בקשות (הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2015: 20 שנים לסניגוריה הציבורית, מגנים על האדם השוויון והצדק 72-73 (2016) (להלן: דוח הסניגוריה 2015); ראו גם: רוזנברג-רובינס, עמ' 415).

87. הנה כי כן, הסניגוריה הציבורית מממשת, הלכה למעשה, את התפקיד שהוטל עליה במסגרת חוק הסניגוריה הציבורית: היא בוחנת לגופן בקשות רבות למשפטים חוזרים, מבצעת חקירות ובדיקות משמעותיות במקרים המתאימים, ומגישה בקשות מפורטות ויסודיות. היא מבצעת את עבודתה במסירות, מפתחת ומשמרת מקצועיות בתחום המשפטים החוזרים והרשעות השווא, ומגישה בקשות בקפידה ובמשורה על פי מיטב שיקול דעתה. לא ניתן להפריז בחשיבות פעילות הסניגוריה, אשר הביאה לתמורות חיוביות באפשרותם של מורשעים להגיש בקשות למשפט חוזר בפרט, ובהגנה על זכויותיהם של נאשמים ועבריינים בישראל בכלל - הגנה שהיא אתגר בפני כל מדינה דמוקרטית. אף שקיימים עוד קשיים בתפקודה של הסניגוריה ובמעמדה, דומני כי פעולתה של הסניגוריה הציבורית מגשימה את חזונו של השופט ח' כהן במאמרו "על זכויות הנאשם":

"כבעל-דין שווה זכויות, הוא יחליט במה להודות ובמה לכפור, את מי להעיד ואת מי לא להעיד, וכיצד לחקור את העדים שכנגד; ומשאבי המדינה יעמדו לרשות הסניגוריה לסיפוק צרכיה האמיתיים והבדוקים של ההגנה על הנאשם, באותה המידה, באותה המידה בה הם עומדים לרשות הקטגוריה לצורך הוכחת אשמתו. כך ייהפך ה-ignoble part אשר המדינה ממלאת לא פעם ברדיפות פושעים, ל-noble part, כאשר המדינה מספקת הגנה לא רק לאזרחיה נגד הפושעים, כי אם גם לאזרח הפושע נגד עצמה" (חיים כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42, 49-50 (1970)).

88. על רקע האמור וכן על רקע מורת רוחי מהתנהלות הפרקליטות בתיק שלפניי, מצאתי לנכון לבחון את הביקורת שמעלה הסניגוריה הציבורית בנוגע לקשיים בהגשת בקשות למשפטים חוזרים. בטיעוני המבקש, וביתר שאת בדוח הסניגוריה 2015 (בכובעה כרשות מנהלית), מדגישה הסניגוריה הציבורית כי במקרים רבים קיים קושי משמעותי לבצע בדיקות מדעיות בממצאים שעליהם בוססו ההרשעות המקוריות. לשיטתה, הגורמים לקושי זה הם סירובה של פרקליטות המדינה לעריכת בדיקות במוצגים בתום ההליך המשפטי, וכן הימצאותה של פרקליטות המדינה בניגוד עניינים



מובנה בהיותה הן בעלת דין בבקשה למשפט חוזר והן המחזיקה בחומרי החקירה (ראו: דוח הסניגוריה 2015, בעמ' 74-78; אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" מעשי משפט ה' 193, 205-198 (2013); רוזנברג-רובינס, עמ' 414-418; וראו על היעדר שמירת הראיות הפורנזיות לעיל, פסקאות 64-71; בש"פ 3303/14 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פסקאות 28-33, 35-40 (9.7.2014); תזכיר חוק שמירת מוצגים לצרכים ראייתיים, התשע"ה-2015).

89. מכשולים אלה באו לידי ביטוי בצורה מובהקת בעניינו של המבקש בתיק שלפניי. זאת, כפי שניתן להיווכח מהשתלשלות האירועים המטרידה אשר הביאה לעיכוב משמעותי בבדיקת הראיות ובהגשת הבקשה למשפט חוזר: ראשיתם של דברים הוא בשנת 2004, עת פנה בא כוחו של המבקש דאז לפרקליטות המדינה בבקשה לערוך בדיקות מדעיות במוצגי התיק. בשל החשש הנטען מפני התכלות המוצגים, המשיבה לא הסכימה להעביר את מלוא חומר הראיות. לבסוף הסכימו המשיבה ובא כוח המבקש דאז על נטילת ובדיקת דגימות מרשימת מוצגים שפירט, וזאת בתוך כותלי תחנת המשטרה, ואלו הועברו לבא כוחו של המבקש ביום 18.11.2004. ביום 21.6.2007 פנתה במכתב הסניגוריה הציבורית מתוקף סמכותה בסעיף 18(9) לחוק הסניגוריה הציבורית, בבקשה להוסיף ולבצע מספר בדיקות מדעיות, שכן נוכח איכות וריכוז נמוכים במיצוי ה-DNA בדגימות שהועבר לבא כוחו הקודם של המבקש לא ניתן היה להגיע לכל תוצאה. ביום 17.12.2007, קרי כחצי שנה לאחר שליחת המכתב, השיבה פרקליטות המדינה לסניגוריה הציבורית כי לא נמצא בסיס מספק להוצאת המוצגים ממשמורת המדינה, שם הם נשמרים מפני זיהום. את סירובה ביססה הפרקליטות על פסיקת בית משפט זה בעניינו של המבקש, לפיה, לשיטת פרקליטות המדינה, גם אם תוכל לבצע את הבדיקות המבוקשות - לא יהיה בידי הסניגוריה הציבורית לבסס עילה לקיומו של משפט חוזר. הפרקליטות הוסיפה וציינה כי עמדה זו נסמכת, בין היתר, על השלכות הבדיקה הנוספת על זכויותיהם של צדדים שלישיים, ובהם זכויות משפחת הקורבן ושלולות נפשה היונקות מעקרון סופיות הדיון.

ביום 23.11.2009 פנתה שוב הסניגוריה הציבורית לפרקליטות המדינה בבקשה לערוך בדיקות DNA בעניינו של המבקש, בקשה שנדחתה שוב ביום 4.2.2010, על יסוד "היעדר פוטנציאל לשינוי התשתית הראייתית שהובילה להרשעתו של מר שלום". בעקבות זאת, פנתה הסניגוריה הציבורית למנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה (ביום 16.1.2011) וכן ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט המדינה (ביום 12.4.2011) - בקשות אשר אף הן לא הביאו להעברת הראיות לידי הסניגוריה הציבורית. בתגובתה לסניגוריה מיום 27.4.2011, הפרקליטות ציינה כי הטעם למניעת העיון בחומרי החקירה נעוץ בכך שהיקפה של זכות העיון מוגבל יותר לאחר קיומו של פסק דין חלוט, ובכך שקיים חשש שחשיפת החומרים עלולה לפגוע בצדדים שלישיים.

נוכח הדברים, ביום 17.8.2011 עתרה הסניגוריה הציבורית לבית משפט זה (ראו בג"ץ 5968/11), בבקשה למתן צו על תנאי שיאפשר לסניגוריה לערוך בדיקות DNA במוצגים שנשמרו בעניינו של המבקש, ולהשוות את הפרופילים הגנטיים ככל שימצאו כאלה, למאגר המשטרה. בעקבות פרסום דבר העתירה בתקשורת, פנתה מיוזמתה אשתו של המנוח למרכז לנפגעי עבירה ומסרה כי אינה מתנגדת למסירת המוצגים לשם עריכת הבדיקות האמורות. לאור זאת, ועקב בחינה נוספת של הגורמים המוסמכים, הסכימה לבסוף פרקליטות המדינה להעביר את המוצגים לידי הסניגוריה הציבורית לטובת הבדיקות. בעקבות הסכמה זו נמחקה העתירה בהסכמת הצדדים (ראו החלטה מיום 16.5.2012). לאחר מכן, בשנת 2013, הסכימו הצדדים להגיש את הבדיקות למעבדה בארצות הברית - הן הבדיקות החדשות שעומדות בבסיס בקשתו זו למשפט חוזר, ושעליהן עמדתי בהרחבה לעיל. ניתן להיווכח, אפוא, כי בין בקשתה הראשונה של הסניגוריה הציבורית, עד שליחת הממצאים למעבדה לבחינתם מחדש חלפו כשש שנים (בנוסף לשלוש השנים שחלפו מאז בקשתו הראשונה של המבקש לקבלת המוצגים).



אחר דברים אלה, הסניגוריה המשיכה וניסתה לאתר חומרי חקירה שיסייעו לה בהגשת הבקשה למשפט חוזר, ובהם תיעוד קולי וחזותי של חקירותיו של המבקש. ביום 2.2.2015 שלחה הסניגוריה הציבורית מכתב ראשון בנושא לפרקליטות המדינה. במהלך 2015 החליפו הצדדים מכתבים בנושא, מהם עלה כי אין בידה של פרקליטות המדינה לאתר את החומרים המבוקשים. אולם, ביום 29.2.2016 - למעלה משנה לאחר הבקשה הראשונית וכיממה לאחר הגשת הבקשה למשפט חוזר לבית משפט זה - הודיעה פרקליטות המדינה כי מצאה שני ארגזים נוספים ובהם חומרי חקירה בעניינו של המבקש, לרבות התיעוד המדובר. פרקליטות המדינה העמידה את חומרי החקירה שנמצאו לעיון הסניגוריה הציבורית, בעוד לשיטת הסניגוריה הציבורית נותרו תיעודים חסרים מחקירותיו של המבקש.

וכך, הליכי העברת חומרי החקירה מהפרקליטות לסניגוריה המשיכו להתנהל אף בפניי, למורת רוחי הרבה. ואפרט את הדברים: ביום 3.5.2016, הסניגוריה ביקשה להעביר לעיונה את חומרי החקירה שנמצאו יממה לאחר הגשת הבקשה למשפט חוזר ולאפשר לה השלמת טיעון ביחס לאותו חומר. בתגובתה מיום 10.5.2016, הפרקליטות מסרה כי תלמד את התיק ואת החקירה שהתבצעה כדי להכריע אם ניתן להעביר את החומר לעיון הסניגוריה. בהחלטתי מיום 17.5.2016, הוריתי כי הפרקליטות תעדיכן את בית המשפט עד ליום 31.5.2016 בדבר חומרי החקירה אותם ניתן להעביר לעיון הסניגוריה, ובהמשך להחליטה זו, לאחר שנמצאו העתקי קלטות נוספות, בהחלטתי מיום 18.5.2016, הוריתי כי הפרקליטות תעביר את העתקי הקלטות לרשות הסניגוריה, וזאת עד ליום 31.5.2016. כמו כן, בהמשך להחלטה הקודמת, הבהרתי כי בהודעתה המעדיכנת לבית המשפט על הפרקליטות לפרט את מהותם של המסמכים, שליטתה אין מקום להעביר לרשות הסניגוריה, בעוד שאת המסמכים אשר יימצא כי אין מניעה להעבירם לסניגוריה - תעביר הפרקליטות בהקדם האפשרי ובאופן שיאפשר לסניגוריה להתייחס למסמכים אלה בהשלמת טיעוניה עד ליום 8.6.2016.

בהודעתה מיום 31.5.2016, מסרה המשיבה את עמדתה לפיה העובדה שהוגשה כיום בקשה למשפט חוזר, כמו גם עצם חלוף הזמן, אינה משנה את המצב המשפטי בנוגע לחומרים החוסים תחת תעודת חסיון או הגנת הפרטיות, והיא אינה רשאית גם כיום להעבירם לעיונו של המבקש. המשיבה הבהירה כי אין בחלוף הזמן כשלעצמו כדי להתיר חשיפת מקורות משטריים אשר מסרו ידיעות בשעתו וכי לא ניתן לצאת מתוך הנחה כי הטעמים לחסיון פגו, וכי הסיכונים הטמונים בחשיפה, חלפו. כך, לא זו בלבד שהפרקליטות לא העבירה את חומרי החקירה המבוקשים, אלא שאף לא פירטה את מהותם של המסמכים שאותם סירבה להעביר - בניגוד למבוקש ממנה. רק ביום 7.7.2016, לאחר פנייה נוספת של הסניגוריה, העבירה הפרקליטות לידי הסניגוריה מסמכים שהיו מצויים באחת התיקיות ואשר במהלך המשפט הייתה הסכמה להעבירם להגנה. כל זאת, לצד הימשכות ההליכים בתגובה לבקשה למשפט חוזר עצמה.

90. נוכח השתלשלות אירועים זו, הדברים ראויים להיאמר בצורה המפורשת והברורה ביותר: פרקליטות המדינה אינה יכולה לעכב העברת ממצאים למבקשים להגיש משפט חוזר במשך זמן כה רב. אמת הדבר, על פרקליטות המדינה החובה לוודא כי בהעברת חומרי החקירה והממצאים, הם לא יפגעו באופן בלתי הפיך. חובה זו בכוחה להצדיק עיכוב מסוים או הטלת הגבלות מסוימות על עריכת הבדיקות. ואולם, איני מעלה בדעתי כל סיבה אשר בכוחה להצדיק עיכוב של כשש שנים במציאת פתרון לכל קושי שיכול לעלות בעניין זה. הדברים אמורים עבור כל אדם שפונה לפרקליטות המדינה בבקשה לקבל חומרי חקירה בנוגע לבקשה למשפט חוזר, אך נכונים ביתר שאת בפניית הסניגוריה הציבורית - הן מתוקף המעמד הסטוטורי שלה לעניין הגשת בקשות למשפטים חוזרים, והן נוכח החזקה לפיה יכולתה ומחויבותה של הסניגוריה הציבורית, כרשות מנהלית, לשמור על חומרי החקירה במהלך הבדיקות המדעיות אינה פחותה מזו של פרקליטות המדינה. זאת ועוד, תמוה בעיני כי רק בחלוף שמונה שנים מיום שהגישה הסניגוריה הציבורית את בקשתה הראשונה לחומרי חקירה בשם המבקש, מצאה פרקליטות המדינה את תיעוד חומרי החקירה. יובהר, כי אין ספק בעיני



שהדברים לא נעשו בכוונת זדון, ואולם, להתנהלות זו לא ניתן להסכין. על פרקליטות המדינה, כגוף מנהלי האמון על שמירת החומרים, לבחון מחדש את אופן שמירת חומרי החקירה ולוודא כי הראיות והממצאים שמורים באופן המאפשר מציאתם במקרה הצורך במאמץ זמן סבירים - שהרי אם הם בלתי מושגים אין כל סיבה לשמור אותם. אם אין ביכולתה של פרקליטות המדינה לעמוד בנטל כבד זה, שעיקרו אתגר לוגיסטי, מחובתה להודיע על כך לגורמים המוסמכים, וייתכן כי יש לשקול דרכים אחרות לשמירת חומרי החקירה, מחוץ לאחריותה של פרקליטות המדינה.

91. על המקרה שלפנינו לשמש תמרור אזהרה. אל לנו לטמון ראשנו בחול נוכח הקשיים המעשיים בהגשת בקשה למשפט חוזר. על רשויות המדינה השונות, לרבות פרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, לבחון בכובד ראש את טענות הסניגוריה הציבורית בעניין הקשיים שבהליך המשפט החוזר, ובפרט את סוגיית הגילוי והבדיקה מחדש של ראיות חפציות בעלות חשיבות פוטנציאלית להחלטה על קיומו של המשפט החוזר. עלינו למצוא דרך לשבור את מעגל השוטים שבו נפגעת האפשרות לבסס את העילות לקיומו של משפט חוזר בשל אובדנם של מוצגים ובשל היעדר נגישות לראיות הנחוצות לביסוס עילות אלו. טוב יעשו הרשויות, כל אחת בתחומה, אם יחדדו ויעדכנו נהליהן ותפקודן, על מנת לסייע לגילוי האמת ולהקל על הגשת בקשות לקיומם של משפטים חוזרים.

סוף דבר

92. הבקשה לקיומו של משפט חוזר נדחית.

ניתנה היום, ט"ז באלול התשע"ז (7.9.2017).

המשנה לנשיאה (בדימ')