



בבית המשפט העליון

בש"פ 3303/14

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש: דודי בר יוסף

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה להורות על עריכת בדיקה לצורך הגשת בקשה
למשפט חוזר

תאריך הישיבה: כ' באייר התשע"ד (20.5.2014)

בשם המבקש: עו"ד אבי כהן

בשם המשיבה: עו"ד אריה פטר

החלטה

1. האם יש להיענות לבקשה של אדם שהורשע ברצח לבצע בדיקה נוספת בדגימות שנלקחו מקורבנו והוא סבור כי היא עשויה לסייע לו לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר? השאלה, שכבר נדונה בפני בית משפט זה בעבר, חזרה והתעוררה בבקשה שבפני בשים לב למכלול נסיבותיה – העדרה של התייחסות במשפט עצמו לכך שהבדיקה עשויה להיות חשובה; העובדה שהתביעה לא ערכה את הבדיקה, למרות שנלקחו דגימות לצורך ביצועה; תכליתה של הבקשה למשפט חוזר (המרת ההרשעה ברצח בהרשעה בהריגה, להבדיל מטענה לזיכוי מוחלט); וכן האפשרות שהדגימות לא יישמרו בעתיד. המענה לשאלה זו חייב לחזור ולהידרש לאמות המידה להכרעה בבקשה שעניינה זכות העיון בחומרי חקירה של אדם שהורשע, ובתוך כך הזכות לעריכת בדיקות נוספות מטעמו לצורך הגשת בקשה לקיומו של משפט חוזר.

2. המבקש הורשע בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע ביום 15.7.2008 (תפ"ח 1069/07, סגן הנשיא ב' אזולאי והשופטות צ' צפת ו-ד' אבניאלי) ברצח אשתו, אורית זלצמן בר-יוסף ז"ל (להלן: המנוחה), לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ונדון למאסר עולם. ערעורו על הכרעת הדין נדחה על ידי בית משפט זה ביום 21.09.2011 (ע"פ 7355/08, השופט א' א' לוי, השופט (כתוארו אז) א' גרוניס והשופט ח' מלצר) (להלן: פסק הדין בערעור).

3. על פי עובדות כתב האישום שבו הורשע המבקש, בליל ה-14.6.2007 החלו המבקש והמנוחה, ששררו ביניהם יחסים מתוחים זו תקופה ממושכת, להתווכח אודות נושאים שונים ובעיקרם ביחס לטיפול בבנם התינוק. במהלך אותו הלילה ניגשה המנוחה לטפל בתינוק, לאחר שעשתה כן כבר מספר פעמים קודם לכן, והתלוננה בפני המבקש על שאינה יכולה לישון. בהמשך לכך, על-פי האמור בכתב האישום, נטל המבקש סדין ובאמצעותו סתם את פיה של המנוחה בידו האחת, ואחז בגרונה בידו האחרת עד שנחנקה למוות. לאחר מכן הוא העביר את גופתה למכולה שעמדה בסמוך לבית המשפחה, לקח עמו את ילדיהם ועזב את הבית. בשלב זה, הוא פנה לחבר שהינו קצין משטרה וחשף בפניו את שאירע.

4. גופתה של המנוחה נמצאה עירומה במכולה הסמוכה לביתם של בני הזוג, ועליה דימומים ושפשופים במקומות שונים – בפניה, בצווארה ובגפייה העליונות. כמו כן נמצאו אצלה נפיחות ושטף דם פנימי בעין ימין. על גרונו ועל לחי ימין של המבקש נמצאו שתי שריטות.

5. בדו"ח הנתיחה שלאחר המוות מיום 24.6.2007, שנערך על-ידי ד"ר קונסטנטין זייצב, נכתב כי נמצאו דימומים בלחמיות העין, דימומים בשרירי הצוואר ודימומים בריאה הימנית של המנוחה. על סמך ממצאים אלו ד"ר זייצב חיווה דעתו כי מותה של המנוחה "נגרם מתשניק (חנק) מכני, בעקבות לחץ על הפנים והצוואר באמצעות קרוב לוודאי, כפות ידיים". ד"ר זייצב ציין גם שהדימומים התת-עוריים בעפעפיים נגרמו מחבלות קלות, קרוב לוודאי ישירות, בסמוך למוות, וכן כי הדימומים התת-עוריים בגפיים העליונות נגרמו גם כן בסמוך למוות. יש להוסיף עוד כי בדו"ח צוין מפורשות כי נלקחו מן המנוחה דגימות לבדיקה ביולוגית, טוקסיקולוגית והיסטולוגית. בפועל, לא כל הבדיקות האמורות נעשו, ומכל מקום, הבדיקה ההיסטולוגית – בדיקה שבוחנת

את מאפייני הרקמות ושעליה נסב ההליך הנוכחי – לא נערכה, מבלי שהטעם לכך הובהר.

6. ביום 5.7.2007 לאחר בחינת השחזור שערך המבקש, ד"ר זייצב חיווה דעתו כי סביר להניח שהמוות נגרם באחת משתי דרכים – בשל איבוד הכרה בגין "לחץ קצר מאד על הצוואר" (שהוביל לגירוי של מערכת העצבים הסימפתטית המביאה מצידה להפרעה קטלנית בקצב הלב); או לחילופין בשל "לחץ על הצוואר שנמשך מספר עשרות שניות ו/או דקות בודדות... גם אחרי שהקורבן איבד את הכרתו".

7. טענתו המרכזית של המבקש בפני בית המשפט המחוזי ובערעור בפני בית משפט זה הייתה כי מדובר בתאונה טרגית, שנגרמה כתוצאה מרגע אחד של איבוד עשתונות שבו ניסה לגרום למנוחה לחדול מלצעוק עליו במהלך הוויכוח שפרץ ביניהם בנוגע לטיפול בבנם התינוק. טענה זו יכולה לכאורה להתיישב עם אחת מן החלופות שעליהן הצביע ד"ר זייצב. אולם, בית המשפט המחוזי דחה את גרסת המבקש בשים לב לראיות אובייקטיביות נוספות (כפי שיפורט להלן), כמו גם לעדותו של המבקש (שהתקבלה כמהימנה אך בחלקה). בית המשפט המחוזי קבע כי בהיעדר הסבר כלשהו מטעם המבקש, נראה כי החבלות שנמצאו על פניה וידיה של המנוחה נגרמו כתוצאה ממאבק בינה לבין המבקש. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו של המבקש שלפיה חנק את המנוחה לזמן קצר בלבד וקבע כי לאור החבלות שנמצאו על המנוחה, כמו גם השריטות שנמצאו על המבקש (שלגביהן נקבע שהן אירעו בשעה שהמנוחה ניסתה להיאבק בו), ניתן לקבוע כי "המאבק בין בני הזוג נמשך פרק זמן ממושך יותר" (פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בעמ' 30).

8. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי במעשיו של המבקש התקיימו כל יסודות עבירת הרצח: החלטה להמית (שהתגבשה בצורה ספונטנית ומהירה בפעם האחרונה בה החל התינוק לבכות והמנוחה התלוננה בשל כך); הכנה למעשה ההמתה (שלגביה נקבע כי הייתה שלובה במעשה ההמתה עצמו והתבטאה בנטילת סדין ובלפיתת צווארה של המנוחה); והעדר קנטור (נקבע כי התנהגותה של המנוחה כלפי המבקש ותינוקם לא עלתה כדי קנטור, הן מבחינה סובייקטיבית והן מבחינה אובייקטיבית).

9. במסגרת הערעור שהוגש על פסק הדין, קבע בית משפט זה כי אין מקום להתערבות בממצאיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי, ועל כן דחה את הערעור. בעניין הכוונה להמית העיר בית המשפט כי כאשר מדובר במוות על ידי חניקה נדרשות ראיות של ממש לכך שלא התקיימה כוונה להמית. בהמשך, נקבע כי גם הניסיון

להראות כי המוות נגרם מלחץ רגעי דורש "הוכחה בראיות של ממש, והנטל להציגן רובץ על כתפיו של הטוען לכך" (פסק הדין בערעור, בפסקה 13).

הבקשה הנוכחית וטענות הצדדים

10. הבקשה שבפני מכוונת לכך שהמשיבה תערוך בדיקה היסטולוגית בדגימות שנלקחו מן המנוחה ועודן שמורות במכון לרפואה משפטית, בדיקה שכאמור, לא נערכה במהלך המשפט. המבקש, נערך, כך נטען בפני, להגשת בקשה למשפט חוזר על מנת שבו תחזור ותתברר הטענה שלא גרם למותה של המנוחה בכוונה תחילה.

11. בא-כוחו של המבקש פנה בעניין זה למכון לרפואה משפטית (להלן: המכון). ביום 6.1.2014 השיב עו"ד בני אבישר מטעם המכון כי מן הבחינה המעשית יש באפשרותו של המכון לערוך את הבדיקה המבוקשת, אלא שלשם כך יש צורך בצו שיפוטי.

12. תחילה, פנה המבקש לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע (שבו התקיים משפטו) בבקשה כי זה יורה למכון לבצע את הבדיקה. אולם, פנייתו נדחתה ביום 19.3.2014 (השופטים ב' אזולאי, נ' זלוצ'ובר ו-י' דן-לוי) לאחר שבית המשפט המחוזי קבע כי אינו בעל הסמכות העניינית לקבל החלטה בנושא, בשים לב לכך שהדיון במשפטו של המבקש הסתיים זה מכבר.

13. בהמשך לכך, ביום 11.5.2014 הוגשה הבקשה דנן שבה מתבקש בית משפט זה להורות על עריכת הבדיקה, בין מכות סמכותו לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) בין מכות סמכותו הכללית לפי סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי, ובין מכות ההלכה שנקבעה בבש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4), 293 (2001) (להלן: עניין שוורץ).

14. לטענת המבקש, לתוצאותיה של הבדיקה ההיסטולוגית חשיבות רבה בהקשרה של הבקשה שהוא מתעתד להגיש לקיומו של משפט חוזר. בא-כוח המבקש טוען כי בדיקה זו היא משמעותית ביותר לנוכח הקביעה שהמנוחה מתה כתוצאה מחנק. בא-כוח המבקש טוען בהקשר זה כי אבחנה של מוות כתוצאה מחנק נעשית על דרך השלילה, היינו, על ידי שלילת גורמים אחרים למוות כגון מחלה. לטענתו, על מנת לשלול רקע מחלתי, נדרשת בדיקה היסטולוגית, אלא שבדיקה זו לא נעשתה במנוחה על ידי גורמי החקירה. חשיבותה של בדיקה זו לצורך משפט חוזר, כך על-פי בא-כוח

המבקש, היא גם בהשפעתה על הקביעות באשר למועד המדויק בו נגרמו החבלות (שלגביהן קבע בית המשפט המחוזי כי הן אירעו בזמן מאבק שהתנהל בין בני הזוג) ביחס למועד המוות, וגם בהשפעתה על האפשרות להוכיח שהמוות נגרם מלחץ רגעי, עובדה שיש בכוחה להראות שלא התגבשה "כוונה להמית".

15. המדינה מתנגדת לבקשה. במישור הדיוני, טען בא-כוח המדינה כי כלל לא ברור אם למבקש עומדת זכות להגיש בקשה כזו לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. מעבר לכך, ולגופם של דברים, בא-כוח המדינה טען כי יכול להיות מקום לקבלת בקשה כזו רק באותם מקרים שבהם המבקש מראה כי תוצאות הבדיקה עשויות לקעקע את הכרעת הדין המרשיעה, וכי המבקש לא עמד בנטל להוכיח זאת בשים לב לכך שההרשעה נסמכה אף על ראיות רבות נוספות (כדוגמת החבלות שנמצאו על גופה של המנוחה). כמו כן, טוען בא-כוח המדינה כי יש לתת משקל מכריע לכך שהמבקש יכול היה להגיש את הבקשה לקיים את הבדיקה עוד במהלך משפטו, ומוסיף כי השאלה האם האפשרות לבקש את הבדיקה הייתה קיימת גם בזמן המשפט נחשבת למבחן מרכזי שאומץ אף בפסיקה במדינות זרות. לבסוף, ציין בא-כוח המדינה כי הבקשה כרוכה בפגיעה בכבוד המת.

16. בתגובה לטענות המדינה, טען המבקש כי הבדיקה ההיסטולוגית היא בדיקה זולה ופשוטה שיכולה להתבצע תוך שימוש בדגימות שכבר נלקחו מהמנוחה לצורך בדיקה זו ומצויות במכון, ולכן אינה כרוכה בפגיעה בכבודה של המנוחה. המבקש הוסיף עוד כי הדימומים שנמצאו בצווארה של המנוחה ניתנים לייחוס לכך שבמהלך קיום יחסי מין עמה נהג ללחוץ על צווארה. המבקש טען בהקשר זה כי קיים עם המנוחה יחסי מין מוקדם יותר בליל האירוע (עובדה שנטענה על ידו כבר בחקירתו הראשונה במשטרה ביום 15.6.2007, יום לאחר האירוע). כל אלו, לשיטתו, מעידים על הצורך הקריטי בבירור נוסף באשר לסיבת המוות, שלה יש השלכה ישירה על שאלת ההרשעה ברצח. לבסוף טוען בא-כוח המבקש כי ההימנעות מלבקש את עריכת הבדיקה במהלך המשפט הייתה מחדל בתום לב מצד הסנגוריה, שאינו צריך לפעול לרעת המבקש.

17. ביום 20.5.2014 התקיים בפני טיעון בעל-פה בבקשה. במהלך הדיון התברר כי המדינה לא עדכנה את משפחתה של המנוחה בבקשה ולא קיבלה את עמדתה, הגם שבשלב קודם פנתה למשפחה ויידעה אותה באשר לכך שקיימות דגימות השמורות במכון ויש להחליט על הטיפול בהן. בשלב זה, הוריתי לקבל את עמדת קרובי משפחתה

של המנוחה. ביום 27.5.2014 עדכנה המדינה כי משפחתה של המנוחה מתנגדת נחרצות לבקשה.

דיון והכרעה

זכות העיון בחומרי חקירה לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר

18. הבקשה דנן חוזרת ומעוררת את השאלה החשובה של זכות העיון בחומרי חקירה לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר. זכות זו נדונה בהרחבה בעניין שוורץ, שנסב על בקשתו של אדם שהורשע באונס, ובמהלך משפטו סירב ליתן דגימת דם לצורך בחינת מעורבותו בעבירות שיוחסו לו. לעומת זאת, בשלב ההיערכות להגשת בקשה למשפט חוזר הוא ביקש לקבל לידי מוצגי חקירה שכללו דגימות דם וזרע שנמצאו בזירה כדי לבצע בהן בדיקות שיוכיחו כי הדגימות לא ניתנות לייחוס לו.

19. בעניין שוורץ נדרש השופט (כתוארו אז) מ' חשין הן לפן הדיוני של הבקשה והן לאמות המידה שצריכות לחול על הכרעה בה לגופה.

20. במישור הדיוני קבע השופט חשין כי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי אמנם חל רק על ההליכים הקודמים להרשעה ולא על הליכים מקדמיים של משפט חוזר (שם, בעמ' 302), אך הוסיף כי בשל חשיבותה של הזכות לעיון למימושו של משפט הוגן ולמימוש הזכות למשפט חוזר עצמה, ראוי להכיר בה גם בשלב זה. ההכרה יכולה להתבסס, כך נקבע, בין על סמכותו הטבועה של בית המשפט ובין על הכרה בזכות העיון כזכות טפלה הנלווית לזכות למשפט חוזר ונגזרת מהעילות לעריכתו (שם, בעמ' 303).

21. אף בעניין שוורץ הבקשה לא נסבה, כאמור, על עיון במסמכים גרידא, אלא על עריכת בדיקות בראיות חפציות, ובכלל זה אף בדיקות שעלולות להוביל להתכלות (חלקית או מלאה) של ראיות אלה. בנסיבות העניין, השופט חשין נמנע מלהכריע באופן כולל באשר ל"תחום פרישתה" המלא של הזכות לעיון גם על עריכת בדיקות (כשמדובר בבדיקות המביאות להשמדת הראייה), אבל היה נכון להניח שזכות העיון אכן כוללת דרישה לעריכת בדיקות בחומרי החקירה (שם, בעמ' 302. ראו והשוו גם: בש"פ 4077/06 שוורץ נ' מדינת ישראל, פסקאות 18-19 (11.6.2006)).

22. בהמשך לכך, קבע השופט חשין כי היקפה של "זכות העיון שלקראת המשפט החוזר" אמור להיגזר ממגבלותיה של הזכות למשפט חוזר עצמה שהינה זכות מצומצמת. לפיכך התווה השופט חשין מספר מבחני משנה שיש בידם כדי לסייע בהחלטה האם להיעתר לבקשה לעיון בחומרי חקירה: ראשית, יש לבחון האם הבדיקה המתבקשת הייתה ידועה וזמינה לביצוע בעת המשפט. שנית, ככל שהבדיקה הייתה זמינה בעת המשפט, יש חשיבות לשאלה האם המבקש במחדלו קיפח את זכותו לעריכת הבדיקה והאם הצדק וההגינות מצדיקים להיענות לבקשה. שלישית, נקבע כי על הבדיקה המתבקשת להיות בעלת פוטנציאל לסייע בידי המורשע בדין לצורך ביסוס עילה למשפט חוזר (ובהקשר זה הזכיר את המבחן של "דרישת המטריאליות" שבו נעשה שימוש בארצות-הברית).

23. בעקבות עניין שוורץ, חזרו והוכרו על-ידי בית משפט זה הזכות לעיון בחומרי חקירה לפני הגשת בקשה למשפט חוזר, כמו גם סמכותו של בית המשפט לדון בבקשה כאמור (ראו למשל: בש"פ 9711/08 טיבוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (11.1.2009); מ"ח 5568/09 טביחי נ' מדינת ישראל, פסקה 65 (31.08.2011) (להלן: עניין טביחי); מ"ח 8125/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.10.2011); בג"ץ 9173/05 קרון נ' פרקליט המדינה, פסקה י(1) (26.3.2006)). לכך יש להוסיף, כי בעניין טביחי (בפסקה 65) אף נקבע במפורש כי אין ספק שזכות העיון משתרעת גם על עריכת בדיקה בשרידי גופה שנשמרו ובכל חומר חקירה אחר (בנוסף לעיון במסמכים).

24. דומה שכיום אין עוד מחלוקת בכל הנוגע לזכות העיון הנובעת מן ההכרה בהליך של משפט חוזר, ובתוך כך גם על הזכות לבקש כי בית המשפט יורה על עריכת בדיקה, לקראת משפט חוזר, בהתקיים התנאים המצדיקים זאת. לפיכך, מוטב היה כי טענת המדינה לפיה המבקש כלל אינו זכאי לבקש כי הבדיקה תיערך לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר לא הייתה מועלית. לא למותר להוסיף, כי הסדרה חקיקתית של הסוגיה של עריכת בדיקות לקראת משפט חוזר הייתה יכולה להועיל.

25. למעלה מן הצורך, ניתן להזכיר כי בשיח המשפטי קיימת מודעות גוברת לתועלת הגלומה בחקיקה שמסדירה את הזכות לבקש, במקרים מתאימים, עריכת בדיקות גם בשלב שלאחר ההרשעה. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא החקיקה הייעודית הענפה שעניינה האפשרות לעריכת בדיקות DNA לאחר תום המשפט בארצות-הברית, חקיקה ספציפית המוסיפה על היקפה של זכות העיון כפי שהוכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון האמריקאי (ראו: District Attorney's Office v. Osborne 557 U.S. 52 (2009) ונחשבת כבעלת תרומה חשובה לאפשרות לבסס את

הטענה שהרשעה שהושגה בעבר היא הרשעת שווא (ראו: אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" מעשי משפט ה 193, 198-196, 201 (2013) (להלן: פינק ורוזנברג-רובינס); Justin Brooks and Alexander Simpson, *Blood Sugar Sex Magik: A Review of Post-Conviction DNA Testing Statutes and Legislative Recommendations*, 59 DRAKE L. REV. 799, 819 (2011) (להלן: ברוקס וסימפסון)). יצוין, כי ההפניה לחקיקה האמורה היא לצורך הדוגמה בלבד. היא אינה מקיפה את התחום כולו, אלא מתמקדת בתחום של בדיקות DNA (אשר לא תמיד עומדות במרכז הדרישה למשפט חוזר. ראו: Daniel S. Medwed, *DNA Up the River Without a Procedure: Innocent Prisoners and Newly Discovered Non-* כי אף מדינות אחרות מתמודדות עדיין עם הקשיים הנובעים מהעדר הסדרה חקיקתית מלאה של הסוגיה (ראו: Douglas H. Ginsburg & Hyland Hunt, *The Prosecutor and Post-Conviction Claims of Innocence: DNA and Beyond?*, 7 OHIO ST. J. CRIM. L. Lynne Weathered, *Wrongful Conviction in* ; (להלן: גינזבורג והאנט) 771, 781 (2010) *Australia*, 80 U. CIN. L. REV. 1391, 1407 (2012); Kent Roach, *Wrongful Convictions (in Canada)*, 80 U. CIN. L. REV. 1465, 1490 (2012)).

אמות המידה לדיון בבקשה

26. השאלות הקשות שמתעוררות בהקשר לבקשה שלפניי אינן נוגעות לסמכות לדון בבקשה לעריכת בדיקה במסגרת זכות העיון לקראת משפט חוזר, שהוכרה כאמור במספר רב של החלטות שניתנו בבית משפט זה, אלא לאמות המידה המהותיות לקבלתה. נקודת המוצא העקרונית לדיון בבקשה מסוג זה היא נקודת המוצא שעליה עמד השופט חשין בעניין שוורץ – הזכות לעיון ולקבלת חומרי חקירה אמורה להיות מוגבלת בהיקפה, בשים לב לעקרון סופיות הדיון, אשר כשלעצמו מגן על ערכים חשובים ובכללם ההגנה על הוודאות המשפטית, על יעילות ההליך המשפטי ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה. ההליך של משפט חוזר משמש כחריג לעקרון סופיות הדיון, ואמור להישאר כזה. מן הצד האחר, יש להיזהר ממצב שבו גישה זהירה מדי לזכות העיון בשלב זה תביא לגדיעת האפשרות של הגשת בקשה למשפט חוזר בעודה באיבה, אפשרות שחשיבותה לצורך עשיית צדק ומניעת הרשעות שווא הוכרה זה מכבר (ראו: מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 433, 444 (1999); מ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל, בפסקאות 20-21 (2.5.2013)).

27. כאמור, בעניין שוורץ הוצעו מספר מבחני משנה לבחינת הבקשה לעיון בחומרי חקירה: (1) שאלת זמינותה של הבדיקה בעת המשפט; (2) שאלת אחריותו של הנאשם לאי-עריכת הבדיקה במועד המשפט; (3) הפוטנציאל הטמון בבדיקה מבחינת תרומתה לשינוי תוצאות המשפט לטובת המבקש אותה. מבחנים אלה ינחו אף אותי, והם נמצאים בליבת שיקול הדעת של בית המשפט הדין בסוגיה. עם זאת, דומה כי לנוכח הזמן שחלף מאז נדונה לראשונה ההכרה בזכות העיון בעניין שוורץ ובהתחשב בניסיון שהצטבר מאז, ניתן להיעזר גם באמות מידה נוספות לצורך קבלת ההחלטה בבקשות מסוג זה, כמפורט להלן.

28. ראשית, כאשר מדובר באחריות לכך שהבדיקה לא בוצעה במהלך המשפט – ראוי להתייחס לא רק לשאלה האם הנאשם נמנע מליזום את הבדיקה, אלא גם לשאלות נוספות: האם הוא עשה זאת במכוון (היינו הימנעות מכוונת, כמו במקרה שנידון בעניין שוורץ) או בשל חוסר מודעות? האם נטענה בהקשר זה טענה של כשל בייצוג והאם היא הוכחה? האם ניתן היה לצפות שהתביעה מיוזמתה תערוך בדיקה כזו (בתוקף היותה מופקדת על האינטרס הציבורי, ובהקשר זה, על החתירה לחקר האמת)?

29. שנית, יש לחדד את מבחן "הפוטנציאל הטמון בבדיקה מבחינת תרומתה לשינוי תוצאות המשפט" בהקשרה של הזכות לעיון (להבדיל מאשר במסגרת העילות למשפט חוזר). דומה שחשוב להבהיר בהקשר זה את ההבחנה בין הערכת הפוטנציאל הטמון בבדיקה מן ההיבט של הגשת בקשה למשפט חוזר לבין בחינת השאלה האם הבדיקה תניח לבטח בסיס לקיומו של משפט חוזר. הטעם לכך הוא פשוט: ההליך המקדמי של בקשה לעיון אינו אמור להיות "חזרה גנרלית" של הבקשה למשפט חוזר עצמה. מכאן, שהרף הנדרש להוכחה כי יש בבדיקה כדי לשנות את תוצאות המשפט במסגרת הבקשה לביצוע הבדיקה, צריך להיות נמוך מרף ההוכחה הגבוה ביותר הנדרש במסגרת הבקשה למשפט חוזר עצמה. ויודגש: לעולם יצטרך המבקש לערוך בדיקה לשאת בנטל להצביע כי יש טעם להגשת הבקשה – היינו, הוא יידרש להוכיח, לכל הפחות, כי לתוצאות הבדיקה סיכוי מסוים לתרום לקבלת בקשה למשפט חוזר.

30. יצוין, כי בעניין שוורץ יישם השופט חשין את המבחן של "הפוטנציאל הטמון בבדיקה מבחינת תרומתה לשינוי תוצאות המשפט" תוך שימוש במונח "דרישת המטריאליות" השאול מן המשפט האמריקאי ביחס לבקשה לביצוע בדיקות DNA. הוא הסביר בהקשר זה כי על פי דרישת המטריאליות (Materiality) תנאי לביצוע בדיקה לאחר ההרשעה היא כי קיים "סיכוי סביר" (Reasonable Probability) שאם תוצאות

הבדיקה היו נחשפות בעת המשפט היה בכך כדי להשפיע על תוצאות המשפט (תוך הפניה לפסק דין (Dobbs v. Vergari 570 N.Y. S.2d. 767 (1990)). אין ספק שניסיונו של המשפט האמריקאי בהקשר זה הוא בעל משמעות, לנוכח התפקיד המוביל שלו בפיתוח כלים מדעיים ומשפטיים לבחינת טענות כנגד הרשעות שהושגו בעבר. כמו כן, בעיקרו של דבר, נודעת חשיבות לשימוש במבחן הסתברותי (שהרי לא ניתן לצפות או לדרוש ודאות בהקשר זה). לצד זאת, חשוב לציין כי התנאים ואמות המידה החלים על עריכת בדיקות DNA לאחר הרשעה משתנים בהתאם לחקיקה הנוהגת במדינות שונות בארצות הברית (למרות ש"סיכוי סביר" הוא הסטנדרט הרווח בארצות-הברית במסגרת דרישת המטריאליות, מדינות שונות בארצות-הברית אימצו סטנדרט מקל או מחמיר יותר (ראו: גינזבורג והאנט, בעמ' 782-783)). הבחנות נוספות שהחוקים במדינות השונות עושים בהן שימוש נוגעות לסוג העבירה שבה הורשע המבקש ולעונש שהושת עליו. חקיקה זו אף נמצאת בסימן של שינוי לנוכח התפתחות התחום של בדיקות מדעיות (ראו: ברקסט וטימפסון, בעמ' 811-812; *Matthew Mattingly, Actually Less Guilty: The Extension of the Actual Innocence Exception to the Sentencing Phase of Non-Capital Cases*, 93 Ky. L. J. 531 (2004); *Brandon L. Garrett Claiming Innocence* 92 MINN. L. REV. (2008) 1629).

31. שלישית, יש לתת את הדעת על כך שמבחן "הפוטנציאל הטמון בבדיקה מבחינת תרומתה לשינוי תוצאות המשפט" מעורר גם את השאלה האם יש חשיבות להבחנה בין מצב שבו אדם שהורשע במשפט טוען לחפות מוחלטת (כמו במקרים הטיפוסיים שבהם נערכות בדיקות DNA המכוונת לזיהויו של מבצע העבירה) לבין מצב שבו אדם שהורשע טוען שמידת אשמתו או מידת מעורבותו באירוע הייתה פחותה (כמו בענייננו, שבו הבקשה מכוונת – בסופו של דבר – להוביל להמרת ההרשעה ברצח בהרשעה בהריגה). אכן, כאשר מדובר בטענה לחפות מוחלטת ישנה חשיבות מכופלת לברור הטענה מאחר שאם תתברר הטענה כנכונה, הרי שלא זו בלבד שנגרם עיוות דין לאדם שהורשע, אלא שהעבריינין האמיתי עודנו מסתובב חופשי. יחד עם זאת, חשש לעיוות דין עשוי להתעורר גם כאשר מדובר בטענה שעניינה מעורבות פחותה או אחריות פחותה של מי שהורשע. זהו שיקול נוסף, שיש להביא אותו במסגרת כלל הנתונים. לכאורה, כאשר אדם אשר הורשע במשפט טוען רק למעורבות פחותה מתחזק הנטל שהוא צריך לשאת בו להראות שתוצאות הבדיקות, שהן רק נתון אחד, לצד ראיות נוספות, נושאות פוטנציאל שאינו זניח לשינוי בתוצאות המשפט.

32. רביעית, דומה שנודעת חשיבות לשאלה מהן העלויות הכרוכות בהיענות לבקשה, לא רק מן הבחינה הכספית, אלא גם תוך התייחסות להשלכות נוספות, ובכלל

זה על הקורבן ומשפחתו. אכן, השלכות כאלה אינן יכולות לעמוד לרועץ למבקש באותם מקרים שבהם מתקיימים במובהק המבחנים שמנה השופט חשין בעניין שוורץ – היינו, כאשר הבדיקה לא הייתה זמינה במועד המשפט, כאשר הנאשם לא נשא באחריות לאי-עריכתה וכאשר קיים פוטנציאל של תרומה ממשית לשינוי תוצאות המשפט. אולם, ניתן לומר, שבאותם מקרים שבהם העלויות הכרוכות בבדיקה – על כל משמעויותיו של מונח זה – אינן גבוהות, מידת ההקפדה עם המבקש יכולה להיות פחותה (למשל, כאשר קיים ספק מסוים באשר לשאלה עד כמה הבדיקה הנוספת אכן תשפיע על תוצאת המשפט).

33. חמישית, יש חשיבות גם לשאלה האם עריכת הבדיקה במועד הגשת הבקשה היא בעלת דחיפות מן ההיבט של חשש לשינוי נסיבות (ובכלל זה השמדת ראיות) שיוביל לכך שעריכת הבדיקה לא תהיה עוד אפשרית. הדברים אמורים במיוחד במקרים שבהם השמדה צפויה של הדגימות יכולה לסכל כליל את האפשרות לערוך את הבדיקה בעתיד (על השלכותיה של השמדת ראיות על היכולת לבסס בקשה למשפט חוזר, ראו למשל: עניין סביחי, בפסקה 62; ברוקס וסימפסון, בעמ' 849-851).

34. שיקולים אלה אינם עומדים כל אחד בפני עצמו "בחלל ריק", אלא יש לשקול אותם בצוותא חדא, תוך התחשבות באיזון הפנימי ביניהם. על כן, הרף שיצטרך לעבור המבקש עשוי להשתנות בהתאם למכלול הנסיבות, ובכלל זה הדחיפות הנודעת לעריכתה של הבדיקה, כמפורט בהמשך.

על שמירת ראיות והשמדתן

35. במקרה שבפני התברר מן הטיעון כי הדגימות שבהן ניתן לבצע בדיקה קיימות – אך שמירתן אינה מובטחת שכן אלו צפויות להיקבר בעתיד. זו תהיה נקודת המוצא לדיון בבקשה. עם זאת, למעלה מן הצורך, ראוי להעיר כי המקרה שבפני חושף את החסר בהסדרה מלאה של שמירת חומרים שלהם חשיבות פוטנציאלית מבחינת מימושה של זכות העיון לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר.

36. הסוגיה של שמירת ראיות, ככל שאלו משמשות כמוצגים במסגרת תיק בית המשפט, מוסדרת בתקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), התשמ"ו-1986 (להלן: תקנות הארכיונים). תקנה 2 לתקנות הארכיונים קובעת כי בית המשפט ישמור את התיקים שברשותו לתקופה המנויה בתוספת (כך למשל, תיקי פשע חמור צריכים להישמר לצמיתות). בהמשך מסדירות תקנות הארכיונים את הליך

הביעור של תיקי בית משפט (בתקנות 3-8) שאמור להיעשות בכפוף להודעה מסודרת לגנוז, שיפרסם על כך הודעה ברשומות כך שניתן יהיה להגיש התנגדות לביעור. באופן ספציפי מסדירה תקנה 5 את האפשרות להתנגד לביעור תיק "מטעם הגשת משפט חוזר" (ראו גם: עניין סביחי, בפסקה 62; בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א 97, 137-139 (1999)).

37. הסדרה זו אינה מלאה. לכאורה, תקנות הארכיונים אינן כוללות הסדרה ברורה של שמירת ראיות חפציות. כמו כן, הן אינן חלות במישרין על שמירת דגימות שנלקחו מגופה, ולא הוגשו כראייה במשפט. כפי שעולה מע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (7.7.2011) (להלן: עניין בן-צבי) הדין פותח בפני רשויות האכיפה שני מסלולים חלופיים לקבלת היתר לביצוע נתיחה שלאחר המוות כשקיים חשד לפלילים: מכוח הסכמה של בני המשפחה על פי חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, או מכוח צו של בית משפט לפי חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958. חוקים אלו אינם מתייחסים באופן ישיר להרשאה לשמירת הדגימות לאחר הנתיחה. בהזדמנויות שונות נטען בבית משפט זה כי נתיחה שמטרתה היא חקירת סיבת המוות כוללת מטבעה נטילת דגימות ושמירתן וכי לקיחת הדגימות הינה חלק מההליך השגרתי של הבדיקה הפתולוגית (ראו: בג"ץ 8189/98 סינקלייר נ' המכון לרפואה משפטית-אבו כביר, פסקה 4 (21.6.1999); עניין בן-צבי, בפסקה 20 לדברי המשנה לנשיאה א' ריבלין; מ"ח 5048/04 איזון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (20.11.2005) (להלן: עניין איזון)). ראו גם: משה דה-פז ויואל ליפשיץ "נתיחה רפואית-משפטית – הצורך בנטילת ושמירת רקמות ואיברים, היבטים משפטיים ונוהליים מקובלים בישראל ובעולם" רפואה ומשפט 28, 130-131 (2003) (להלן: דה-פז וליפשיץ)). בפועל, הסדרת השמירה של דגימות במכון לרפואה משפטית לא הוכפפה במהלך השנים לפיקוח מספק (ראו: עניין בן-צבי; דה-פז וליפשיץ, בעמ' 133-134).

38. נהלי המכון לרפואה משפטית כמו גם מכלול ההסדרה הנורמטיבית ביחס לשמירת דגימות וביחס למועד קבורתן לא היו בפנינו במקרה דנן. במהלך השנים חלו בנושא זה התפתחויות, בין השאר לרקעם של כשלים שהתגלו, אך הסדרתה של הסוגיה טרם הושלמה (וראו בהקשר זה: פרוטוקול מס' 597 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא "החזקת חלקי גופות במשך שנים על ידי המכון הפתולוגי", הכנסת ה-18, מושב רביעי (30.4.2012); וכן: הודעה שפורסמה על-ידי משרד המשפטים בחודש אפריל 2012 בדבר קבורה של דגימות רקמה, שכללה פנייה לנאשמים או חשודים לפנות לפרקליטות ולהביע עמדה בנושא (ניתנת לעיון באתר האינטרנט של משרד המשפטים:

מעבר למשמעויות של הסדרה זו מהיבטים של כבוד האדם וכבוד המת, יש לה חשיבות רבה גם כחלק מהבטחת האפשרות לממש את זכות העיון הנדרשת לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר. הדעת נותנת כי השלמת הפעילות בנושא תובא לידיעת הציבור בדרך המתאימה, בהתאם לעקרונות שגובשו בפסיקתו של בית משפט זה.

39. החשיבות הנודעת להסדרים החלים על שמירת חומרי החקירה הנוגעים להרשעה, ובכלל זה דגימות ביולוגיות, זוכה להכרה גוברת והולכת גם בשיטות משפט אחרות. במדינות רבות בארצות-הברית הסדרת שמירתן של ראיות DNA שלובה בהסדרה של הזכות לערוך בדיקות הנחוצות לצורך הצגת דרישה למשפט חוזר, ובאותם מקרים שבהם ההסדרה חסרה, מועלות הצעות לתיקון המצב. ראו למשל: Ted S. Reed, *Freeing the Innocent; A Proposed Forensic Evidence Retention Statute to Optimize Utah's Post-Conviction DNA Testing Act for Claims of Actual Innocence*, UTAH L. REV. 877 (2004); Cynthia E. Jones, *Evidence Destroyed, Innocence Lost: The Preservation of Biological Evidence Under Innocence Protections Statutes*, 42 AM. CRIM. L. REV. 1239 (2005); Catherine Green Burnett, *'If Only': Best Practices for Evidence Retention in the Wake of the DNA Revolution*, 52 S. TEX. L. REV. 335 (2011). הדיון בנושא אינו נחלת המשפט האמריקאי בלבד. כך למשל, באנגליה חלה על המשטרה חובה לשמור כל חומר חקירה "שעשוי להיות רלוונטי" עד לשחרורו מהכלא, או ממוסד טיפולי, של אדם שהורשע בעבירה, או לפחות 6 חודשים במקרים אחרים (ראו: (The Criminal Procedure and Investigation (Act, 1996, §23 (Eng.)). הסדר זה חל על המשטרה, אך לא על מכונים שבידיהם מוחזקות דגימות ביולוגיות, ועל כן נמתחה עליו ביקורת כבלתי מספק (ראו למשל: Michael Naughton & Gabe Tan, *The Right to Access DNA Testing by Alleged Innocent Victims of Wrongful Convictions in the United Kingdom?*, 14 INT. J. EVIDENCE & PROOF 326 (2010)).

40. בענייננו, ההסדרה הנורמטיבית של סוגיית שמירת הדגימות לא התעוררה במישורין, בשל כך שהבדיקה המבוקשת נסבה על חומר מעבדתי שעדיין נשמר. עם זאת, ודווקא לרקע האפשרות שחומר זה לא יישמר, ראוי לתת את הדעת על כך שההכרה בזכות העיון לקראת משפט חוזר (הכוללת את הזכות לעריכת בדיקות) אינה שלמה ללא הסדרה של אופן שמירתם של החומרים הרלוונטיים ובכלל זה דגימות שנשמרות במכון לרפואה משפטית.

מן הכלל אל הפרט

41. המקרה שבפנינו הוא מקרה "קשה", וכפות המאזניים בו כמעט מאויינות.

42. מן ההיבט של ממד האחריות לאי-עריכת הבדיקה במועדה – יש פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, מדובר בבקשה לעריכת בדיקה שטרם בוצעה (להבדיל מבקשה לעיון במסמכים) ולא הייתה מניעה לעריכתה עוד במהלך המשפט עצמו. מאידך גיסא, לא התבררה די צורכה השאלה מדוע הבדיקה לא נעשתה ביוזמתם של גורמי החקירה, במיוחד לאור ההנחה שעולה מדו"ח הנתיחה מיום 24.6.2007 שלפיה בדיקה כזו צפויה להיעשות. למעשה, נראה שבדיקה זו מהווה חלק מרצף הבדיקות השגרתיות המבוצעות בחקירות רצח, כפי שמפורט במאמרם הנזכר לעיל של דה-19 וליפשיץ, מי שניהנו במועד כתיבתו כיועץ בכיר של מנכ"ל משרד הבריאות וכיועץ המשפטי של המכון, בהתאמה. מאמר זה פורסם כארבע שנים לפני המועד שבו בוצעה הנתיחה במנוחה (ראו: שס, בעמ' 132-133. ראו גם: עניין אייזן, בפסקה 9).

43. הוא הדין באשר ל"מבחן הפוטנציאל הטמון בבדיקה". מחד גיסא, לא ניתן לומר שהמבקש פרס תשתית איתנה לכך שתוצאות הבדיקות יהיו מספקות לצורך הגשת בקשה למשפט חוזר. זאת, בעיקר כאשר מביאים בחשבון את סוג הטענה שהוא מתעתד להציג במסגרת המשפט החוזר שאליו הוא שואף – לא טענה לחפות מוחלטת (כמו במקרים הטיפוסיים של בדיקות DNA המכוונות להוכיח טעות בזיהוי והעדר זיקה לזירה), אלא טענה למעורבות פחותה שעניינה היסוד הנפשי שנלווה למעשה ההמתה, אשר כנגדה מצביעה המדינה על מכלול הראיות הנוספות שנמצאו בזירה. מאידך גיסא, נראה כי המבקש עמד בנטל להוכיח שקיים סיכוי מסוים כי הבדיקה תסייע לקבלת בקשתו למשפט חוזר. זאת, בשים לב גם לאפשרות שהעלה ד"ר זייצב שלפיה סיבת המוות נבעה מלחץ רגעי על הצוואר (עובדה שעשויה להיות לה השלכה על שאלת הכוונה); וכן בשים לב לכך שבמקרה דנן הראיות האחרות שעליהן הצביעה המדינה – החבלות על גופה של המנוחה – אינן סותרות בהכרח את גרסתו של המבקש, אשר אינו טוען בכל מקרה לזיכוי מלא, אלא רק לכך שלא רצח את המנוחה בכוונה תחילה. בהקשר זה, יש להעיר כי ממאמרם של דה-19 וליפשיץ שסקרו את הכללים האוניברסאליים לנתיחה רפואית-משפטית (בשנת 2003) עולה כי חשיבותה של בדיקה היסטולוגית לבירור סיבת מוות נחשבת לאמיתה מוכרת. כך למשל נכתב במאמר כי: "השיטות ההיסטולוגיות מאפשרות קביעת אמות מידה נוקשות, שבאמצעותן ניתן למנוע סכנת הערכות שגויות", וכן כי: "בנתיחות של מקרים פליליים או כאלה שיכולים להגיע לדיון משפטי, הפתולוג חייב לבצע בדיקה היסטולוגית, ולו רק על מנת לשלול אפשרות לקיום מחלה טבעית מוסתרת כלשהי" (שס, בעמ' 133). המחברים אף

מציינים כי איגוד הפתולוגים בבריטניה ממליץ כי תבוצע בדיקה היסטולוגית ככל שניתן בכל נתיחה (WS). חשיבותה של הבדיקה ההיסטולוגית נידונה גם בעניין אייזן, שבו ניתוח תוצאות הבדיקה אף נלקח בחשבון בהחלטה ליתן משפט חוזר. חשוב כמובן לחזור ולהדגיש, כי איני קובעת מסמרות בנוגע לסיכוייה של בקשה למשפט חוזר מטעמו של המבקש, ככל שתוגש כזו, להתקבל. בשלב הנוכחי, די בכך שהמבקש הראה כאמור, כי קיים סיכוי מסוים כי עריכת הבדיקה תסייע לדיון בבקשתו למשפט חוזר.

44. באשר לעלויות הכרוכות בבדיקה, הרי שמדובר בהליך שקל לבצעו כיום, שכן הדגימות הרלוונטיות (שנלקחו כאמור לצורך ביצועה של בדיקה זו בזמנו) שמורות במכון. לכך נוספת העובדה שייתכן כי יהיה קשה או אף בלתי אפשרי לקיים את הבדיקה בעתיד, אם תתממש הכוונה לקוברן.

45. שאלה בפני עצמה נוגעת להתנגדות משפחתה של המנוחה. אין מחלוקת לגבי החשיבות הנודעת להכרה הגוברת במקומם של קורבנות עבירה ובני משפחותיהם במסגרת ההליך הפלילי. מטעם זה נכון וחשוב היה לקבל את עמדת משפחתה של המנוחה. התנגדותה הייתה לנגד עיני. עם זאת, היא אינה יכולה להוות שיקול יחיד כאשר על כף המאזניים עומדת גם שאלת גורלו של המבקש עצמו (ראו גם: פינק ורוזנברג-רובינס, בעמ' 202).

46. לאחר ששקלתי את הדברים הגעתי לכלל מסקנה שהכף נוטה לעבר קבלת הבקשה.

47. במקרה דנן, השיקולים שהכריעו את הכף, בהצטברותם יחד, הם העובדה שמדובר בבדיקה פשוטה וזולה שצפויה להתבצע בדגימות הקיימות במכון (קרי היא לא מחייבת נטילת דגימות נוספות), לצד קיומה של סבירות לכך שדגימות אלו ייקברו במועד קרוב ובכך ייסתם הגולל על האפשרות לערוך את הבדיקה במועד אחר בעתיד (אם יתגלו עובדות רלוונטיות נוספות). אכן, המבקש לא שכנע באופן מלא כי תוצאות הבדיקה הן בעלות פוטנציאל ממשי מבחינתו. אולם, לשיטתי, הוא הצליח להראות כי טמון בבדיקה פוטנציאל מבחינתו (בדרגת "סיכוי מסוים") לקבלת בקשה למשפט חוזר. במקרה דנן, שבו קיים חשש להשמדת ראיות, אני סבורה שניתן להקפיד פחות ביישומו של "מבחן הפוטנציאל הטמון בבדיקה".

48. לפיכך אני מורה כי המכון יבצע את הבדיקה ההיסטולוגית בדגימות שברשותו ויעביר את תוצאות הבדיקה לידי ההגנה.

49. סוף דבר: הבקשה מתקבלת כאמור בפסקה 48.

ניתנה היום, י"א בתמוז התשע"ד (9.7.2014).

ש ו פ ט ת