

משפט חוזר והמעטפת המינהלית: החובה החוקתית לשמירת מוצגים

ד"ר גרשון גונטובניק*

א. פתח דבר

הרשעתו בפלילים של החף מפשע היא טרגדיה איומה. טרגדיה למורשע, שמוטבע בו אות קין פלילי על לא עוול בכפו; אסון לשיטת משפט פלילית האמורה לעשות משפט צדק; ולשופטים הפועלים בה. יש האומרים שמושג "הספק הסביר" בא לעולמנו בימי הביניים נוכח החשש של המעורבים במלאכת השפיטה למצוא עצמם נצלים באש הגיהנום הנצחית, אם ישלחו את החף אל מותו.¹ ספק אם דרך ניהול המשפטים אז הובילה לתוצאות הרצויות, אך מכל מקום, כיום מוסכם על הכול שיש לעשות את המירב והמיטב לצמצם את תופעת הרשעת החפים. לשם כך נדרשים אמצעי בקרה או "אמצעי בטיחות" כפי שאלה כונו לאחרונה,² ואחד החשובים שבהם היא סמכותו של נשיא בית המשפט העליון, המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון להורות על קיום "משפט חוזר בעניין פלילי שנפסק בו סופית".³

במאמר זה לא אתמקד בדוקטרינת המשפט החוזר עצמה אלא במעטפת המינהלית שלה. אטען כי הדרך הראויה בה יש לתפוס את הזכות להגיש בקשה למשפט חוזר, היא כזכות חוקתית, הנגזרת באופן ישיר מכבוד-האדם (ולאו דווקא מחירותו). זכות חוקתית זו חובה בצידה. חובה על רשויות האכיפה הפלילית ועל בתי המשפט לא רק להימנע מלפגוע בה שלא כדין (זכות שלילית) אלא גם להגן עליה (זכות חיובית). לכן, עליהם ליצור תנאים מוסדיים מינהליים (מעטפת מינהלית) המאפשרים את מימושה הנאות. במסגרת הנוכחית אבקש לבחון נגזרת אחת של המעטפת המינהלית והיא סוגיית שמירת הראיות בתום ההליך הפלילי. שלב בחינת הראיות הוא חיוני בבואו של מורשע לשקול ולבקש משפט חוזר, אך לא ניתן לקיימו אם אין בנמצא משטר ברור ונאות של שמירה על מוצגים לאחר תום המשפט. במקרים רבים אובדן או ביעור מוצגים סותם את הגולל על האפשרות לבחון טענות להרשעת חפים, שכן תוצאתם היא חוסר אפשרות להציג ראיות חדשות המתיישבות עם טענת החפות שלהם. והנה, המציאות הנוהגת במקומותינו בתחום

שמירתם אינה ראויה, לשון המעטה. היא משקפת הפרה של הזכות החוקתית לכבוד האדם, הראויה לטיפול נחוש ומידי.

ב. משפט חוזר - מבט חוקתי

כל בתי-המשפט באשר הם עלולים לשגות, ושיטת המשפט מבקשת לצמצם את החשש לכך גם אחרי שההליכים השיפוטיים הפכו סופיים. כך, בהליך האזרחי הוכרה האפשרות לערוך "משפט חוזר אזרחי", גם ללא מקור סמכות מפורש, וזאת נוכח סמכותו הטבועה של בית המשפט, במיוחד שעה שפסק הדין המקורי הושג בתרמית.⁴ למשפט החוזר בהליך הפלילי מתווסף מימד חוקתי, זאת נוכח הקשר הברור הקיים בין המשפט החוקתי לבין המשפט הפלילי.⁵ כך, מקור הסמכות המאפשר עריכת משפטים חוזרים פליליים מצוי ברמה החוקתית - בחוק-יסוד.⁶ בנוסף, יש לראות את המשפט החוזר כנגזרת ישירה של זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם. השופט דורנר עמדה על כך שעל תחום המשפט החוזר חולשת הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן "בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם".⁷ גם דיויד וינר, ז"ל, ששמור לו מקום של כבוד בדברי הימים של המשפט החוזר בישראל, עמד על הקשר בין הזכות להליך הוגן לבין כבוד האדם, שצריך לבוא לידי ביטוי בביטולם של הליכים פליליים לא הוגנים, בין השאר באמצעות הכלי של משפט חוזר.⁸

כשלעצמי, אני סבור שהקשר בין המשפט החוזר לכבוד האדם נעוץ בעיקרו בזכות לשם טוב (שהיא חלק מכבוד האדם). עצם הטלת אות הקין הפלילית היא הפוגעת בכבוד האדם, וטעונה הצדקה חוקתית. הקשר בין המשפט החוזר לכבוד האדם אינו יכול להתמצות רק בזכות להליך הוגן. טלו, למשל, את מ"ח 8390/01 **אקסלרוד נ' מדינת ישראל**.⁹ כשהורשע אקסלרוד בעבירה לפי הפקודה למניעת טרור,

* חבר בפרויקט החפות מטעם הסניגוריה הציבורית. מרצה למשפט ציבורי במרכז האקדמי כרמל.

1 ראו הניתוח אצל JAMES Q. WHITMAN, THE ORIGINS OF REASONABLE DOUBT (2008).

2 ראו הדיון אצל בועז סנג'ור **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** 249 (2014).

3 סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

4 ראו חמי בן נון "משפט חוזר אזרחי ופלילי - הדין הנוהג ומגמות חדשות" **המשפט** יב 37, 38 (2007).

5 ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996); מנחם אלון "חוקי היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" **מחקרי משפט** יג 27 (1996); יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" **מחקרי משפט** יג 275 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב 64 (1995).

6 סעיף 19 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

7 מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3) 375, 354 (2002).

8 דיויד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" **קריית המשפט** ד 169, 185, 187 (תשס"ד). ד"ר וינר היה, כידוע, אחד המייצגים של עמוס ברנס במלחמתו למשפט חוזר.

9 מ"ח 8390/01 **אקסלרוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 607 (2005).

ג. המעטפת המינהלית של המשפט החוזר - חובה חוקתית לשמירה נאותה של מוצגים

להיותו של המשפט החוזר נגזרת של זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם יש השלכות נורמטיביות ברורות. המשפט החוזר חדר מלהיות חסד כפי שנתפס בעבר, בו מבקש המורשע את רחמיו וחסדיו של השליט, שברצותו מעניקו וברצותו מסרב.¹² "חפותו של אדם מהווה עניין שבזכותו להוכיחו, לתבוע את קביעתו ואת הסרת אי-הצדק שנעשה לו".¹³ הקשר לכבוד האדם גם קובע את טיבן של החובות הנלוות לזכות. כמובן, שכל הרשעה של חף מפשע מהווה הפרה של החובה השלילית להימנע מפגיעה בכבוד האדם.¹⁴ אך החובה הנגזרת מכבוד האדם אינה שלילית בלבד. הוא מטיל גם חובות חיוביות. "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".¹⁵ החובה להגן מחייבת נקיטת צעדים אקטיביים שיבטיחו את התנאים למימוש הזכות. "חובתה של המדינה לנקוט אמצעים שיאפשרו לפרט להגשים את זכותו החוקתית או את חובתו של השלטון לקדם (promote) או להגשים (fulfill) את זכויותיו של הפרט".¹⁶ כפי שהראו אפרת פינק ורתם רזנברג-רובינס במאמרו, מלחמה בהרשעות שואו בישראל מחייבת תשתית מוסדית ראויה לשמה.¹⁷ היא מחייבת יצירת מעטפת מינהלית נאותה שתאפשר לבדוק הלכה למעשה האם אכן נפלה טעות בהרשעה. מבין הסוגיות המינהליות שהמחברות מונות ברצוני להתמקד ברשימה זו בסוגיית שמירת המוצגים.¹⁸

בסופו של יום גם המשפטים המורכבים ביותר מגיעים לכדי סיום, ופסק הדין הופך להיות חלוט. מה יעשה בכל המוצגים שהוגשו במסגרתם? האם יש לשמור עליהם? הניסיון מוכיח שקיימת חשיבות רבה בשמירה נאותה על הראיות שנאספו לקראת המשפט הפלילי ובמהלכו. כך, פרויקט החפות המפורסם בארצות הברית מתמקד בבדיקות DNA הנערכות במוצגים שנאספו במהלך החקירה המשטרתית, או שהוגשו בהליכים פליליים. השיפור ביכולת הבדיקה המדעית הוביל עד היום

תש"ח - 1948, נהגה פרשנות מרחיבה של העבירה. לאחר הרשעתו הפרשנות צומצמה, כך שהיה ברור שהיום לא היה נמצא אשם בפלילים. אינני חושב שניתן לדבר כאן על פגם בהוגנות ההליך, שהתקיים לפי הדין שנהג בשעתו, ובכל זאת נקבע כי יש לפתוח מחדש את שאלת אשמתו. מדוע? משום שאין זה ראוי שיוטבע אות קין פלילי באדם שלפי פסיקת בית המשפט העדכנית המעשה שעשה אינו בר עונשו. הנה כי כן, הפגיעה בהוגנות ההליך אינה תנאי הכרחי למשפט חוזר. הקשר בין המשפט החוזר לכבוד האדם אינו יכול להתמצות גם בזכות לחירות. טלו את המקרה הידוע של עמוס ברנס. גם אחרי ששוחרר מכלאו, עדיין נאבק על טיהור שמו, והוא זכה למשפט חוזר שנים לאחר שחרורו. למעשה, נדרשה פעולה נמרצת מצד השופט בדימוס חיים כהן, כדי לשכנע את ברנס לצאת מהכלא ללא שהוכרזה חפותו.¹⁰ והוא הצליח במסע השכנוע רק לאחר שהוכיח לברנס באותות ובמופתים כי יוכל להמשיך להיאבק על טיהור שמו גם מחוץ לכלא. מבחינתו של ברנס, בבחירה בין חירות לשם טוב - שם טוב עדיף.

על רקע זה הקשר בין המשפט החוזר לזכות החוקתית של כבוד האדם היא נגזרת של קשר רחב יותר בין האחריות הפלילית בכללותה לחוק יסוד כבוד האדם. הבנת הקשר, במובנו הרחב, הינה משימה סבוכה למדי. הגישה שהצגתי, לפיה אות הקין הפלילי פוגע, ככזה, בכבוד האדם, מובילה למסקנה כי כל הטלת אות קין פלילית כפופה לביקורת חוקתית. זוהי מסקנה שאינה מובנת מאליה והיא שנויה במחלוקת,¹¹ אך בכל הנוגע להרשעת חפים היא מתבקשת, וצריכה להיות מוסכמת על הכול. הטלת אות קולן פלילי על מי שלא עבר כל עבירה מהווה פגיעה קשה ביותר בכבודו, בין אם נלווה לה עונש מאסר ובין אם לאו. בנוסף, הטלת אות קולן פלילי חמור במי שעבר עבירה קלה, שאינה מצדיקה אותו, אף היא מהווה פגיעה קשה ולא ראויה בכבודו. מסקנות אלה מתחייבות מהקשר שבין כבוד האדם, הזכות לשם טוב והאחריות הפלילית.

10 עניין ברנס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 366.

11 הנשיא ברק הביע את הגישה כי כל אחריות פלילית פוגעת, ככזו, בכבוד האדם, אך הוא עיגן את מסקנתו בזכות לחירות, הנפגעת כתוצאה מהסנקציה הפלילית. ראו ע"פ 4424/98 סילגודו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 541 (2002); הנשיא ברק הותיר בצריך עיון את הפרופוזיציה כי עצם האחריות הפלילית פוגעת בכבוד האדם. גישתו של הנשיא, השמה את הדגש בזכות לחירות, זכתה לביקורת. ראו לאחרונה אריאל בנדור והדר דנציג-רזנברג "עברות פליליות וחזיונות חוקתיות" **משפט וממשל** יז 325 (2016) (המציגים את הגישה כי לא כל פגיעה בחירות בגין סנקציה פלילית פוגעת בהכרח בכבוד האדם); ראו עוד מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגודו" **ספר ברק - עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 325 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" **משפטים** לה 147 (2005). לדעתי, כאמור, אפיק כבוד האדם עצמו ולא אפיק החירות, היא הדרך הנכונה לקשור בין כבוד האדם לבין האחריות הפלילית. כל אחריות פלילית צריכה להיות מתאימה לחומרת המעשה, שאחרת, בהגדרה, היא מטילה אות קין לא חוקתי. על האחריות הפלילית להלוו את חומרת המעשה, הן ברמת הענישה הנלווית לה והן בעצם הגדרת האחריות (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א', 45-57 (1984)). מאן שכל הטלת אחריות פלילית צריכה לעמוד באמות מידה חוקתיות. ראו גם אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה - על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243 (2012).

12 ש.ז. פלר "הרהביליטיציה: מוסד משפטי מחוייב המציאות" **משפטים** א 497, 498 (התשכ"ח-התשכ"ט).

13 שם, בעמ' 501-502.

14 ראו סעיף 2 לחוק-היסוד הקובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

15 שם, בסעיף 4.

16 אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 348 (2014).

17 אפרת פינק ורתם רזנברג-רובינס "על הבעיות המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שואו בישראל" **מעשי משפט** ה 193 (2013). ראו גם גרשון גונטובניק "טעויות של השיטה - פרויקט החפות של הסנגוריה הציבורית" **עורך הדין** 20, 108, 110-111 (2013).

18 לצד סוגיה זו מצביעות פינק ורזנברג-רובינס על הקושי הטובע בכך שהגורם במשרד המשפטים המטפל בבקשות למשפט חוזר היא הפרקליטות, שהגישה את כתב האישום, ולא גורם מוסדי אחר, שלא היה מעורב ישירות בניהול ההליך, ושיכול לבחון את הסוגיה באופן פתוח יותר; עוד הן מצביעות על קושי לקבל מידע מעדים לאחר תום המשפט.

הזה למאות זיכויים של מורשעים בפסקי דין חלוטים, בהם גם כאלה שנדונו למוות.¹⁹ גם בית המשפט העליון הכיר בהיותה של חוות דעת מדעית "ראיה רבת חשיבות", שבמקרים המתאימים "יש בה פוטנציאל לשינוי תוצאתו של משפט",²⁰ והדברים ברורים מאליהם. לכן, חיוני לשמור על הראיות בסוף ההליך הפלילי, כדי שניתן יהיה לבחון כראוי בעתיד את השאלה האם יש חשש להרשעת חף המצדיק משפט חוזר. כפי שציין השופט חשין "זכותו של העותר לבחינה ולבדיקה של הראיות, כבקשתו, ממילא נאצלת ונגזרת היא מתוך זכותו למשפט חוזר".²¹ אך כיצד זה ניתן יהיה לבחון את כל אותן ראיות, אם לא תהיינה ראיות? כיצד זה ניתן לבחון ראיות אם לא תתקיים מעטפת מינהלית שמחייבת את שמירתן? אם אנו מייחסים, כשיטת משפט, חשיבות רבה לצמצום החשש מפני הטעות הקשה של הרשעת חפים, עלינו לכונן חובה לשמירה ראויה של ראיות. כפי שציינה לאחרונה השופטת ברק-ארד "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".²² הסדרה שכזו היא מימוש החובה החוקתית החיובית הנלווית לזכות החוקתית של כבוד האדם, שהמשפט החוזר היא אחת מנגזרותיו.

האם חוק הארכיונים, והתקנות שהותקנו מכוחו, משקפים עמידה נאותה בחובה החוקתית לשמירת מוצגים? נראה לי כי מצב הדברים בתחום זה אינו משיב רצון. ראשית, היקף ההסדרה הוא חלקי. כך, למשל, כפי שציינה השופטת ברק-ארד "הסדרה זו אינה מלאה... תקנות הארכיונים... אינן חלות במישרין על שמירת דגימות שנלקחו מגופה, ולא הוגשו כראייה במשפט".²⁷ שנית, עיקרה של ההסדרה לא נעשה בחוק אלא בתקנות. המחוקק לא הנחה את מחוקק המשנה באשר לעקרונות היסוד הנדרשים לשמירת מוצגים בתי המשפט. בכך הוא הותיר בידי שיקול דעת רחב מדי לקבוע את הדין החל בסוגיה, ללא הכוונה ראויה.²⁸ שלישית, גיבוש התקנות נעשה בנקודת זמן, שלא נתנה את המשקל הראוי לחשיבות החוקתית שבשמירה על

ד. מימוש החובה החוקתית לשמירה על מוצגים הלכה למעשה

ד.1 הסדרה חלקית ובעייתית של מימוש החובה ברמה התת-חוקתית

החובה לשמירת מוצגים היא חובה חוקתית, אך מימושה בא לידי ביטוי ברמה התת-חוקתית. דבר החקיקה החל ישירות על הסוגיה הוא חוק הארכיונים, תשט"ו - 1955. חוק זה קובע כי "לא יבוער במוסד ממוסדות המדינה או ברשות מקומית חומר ארכיוני, אלא בהתאם לתקנות" (סעיף 12(א) לחוק). ואכן, מחוקק המשנה התקין את תקנות הארכיונים (שמירתם וביעורם של תיקי בתי משפט ובתי-דין דתיים), תשמ"ו - 1986, המטילות חובות שונות הנוגעות לשמירת תיקים שנדונו בערכאות. כך, על תיק ראשי בבית המשפט העליון

19 פינק ורזנברג-רובינס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 197; עוד ראו אתר "המרשם הלאומי להרשעות שווא" המרכז מידע על הרשעות שווא שנחשפו בארצות הברית משנת 1989 ואילך: <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/pages/about.aspx>.
20 מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל, פס' 15 להחלטתו של השופט לוי (פורסם בנבו, 5.9.2005).

21 בש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 293, 301 (2001); השופט חשין ביסס את הכוח של בית המשפט להורות על עיון של המורשע בראיות, לאחר שפסק הדין הפך חלוט, על סמכות טבועה העומדת לבתי המשפט בעניינים אלה. השוו עם הניתוח של עופר גוט הקורא להרחיב את יכולת העיון על ידי החלת חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 226, על הסוגיה, ולא להותירה בגדר הסמכות הטבועה של בית-המשפט (עופר גוט עיונות דין בהליך הפלילי 220 (2008)). המחבר מודע לכך שחוק חופש המידע מוציא מגדר תחולתו את ראיות החקירה הפלילית (ראו סעיפים 14(8) ו-14(9)), אך לשיטתו יש לפרש את ההוראות כחלות רק על חומרי חקירה שטרם הבשילו לכתב אישום.

22 בש"פ 3303/14 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ברק-ארד (פורסם בנבו, 9.7.2014).
23 מ"ח 6148/94 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 358 (1997); גם בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר ציינו כי הדין אוסר על ביעור מוצגים בתיק רצח (ראו בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר: מציאות או חלום" עלי משפט א(1) 97, 114 (1999)). הדרך היחידה להגיע לתוצאה זו היא להסכים לפרשנותו של הנשיא ברק.
24 מ"ח 8498/13 אל-עביד נ' מדינת ישראל, פס' 50 (פורסם בנבו, 12.2.2015). הבסיס לקביעה זו הוא בתקנות הארכיונים (ביעור חומר ארכיוני במוסדות המדינה וברשויות המקומיות), התשמ"ו-1986.

25 ראו סעיפים 34, 36-37 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969.
26 עניין אל-עביד, לעיל ה"ש 24, פס' 51.

27 עניין בר יוסף, לעיל ה"ש 22, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ברק-ארד.

28 מצב דברים זה מעורר את שאלת תחולת דוקטרינת ההסדרים הראשוניים בעניינם. לפי דוקטרינה זו "החלטות מינהליות חייבות להיות מבוססות על הסדרים ראשוניים (כלומר, הסדרים המתווים את העקרונות החלים על התחום) שנקבעו בחקיקה ראשית, ואם לא כן, אין להן תוקף (דפנה ברק-ארד משפט מינהלי כרך א 135 (2010)). לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים שני ממדים - מינהלי וחוקתי. הממד המינהלי בוחר את השאלה האם הרשות המינהלית מוסמכת ליצור הסדרים ראשוניים בעצמה?

הנה כי כן, צו השעה הוא בריעונן הבסיס הנורמטיבי החולש על הסוגיה. ראוי שהסדרים הראשוניים של הסוגיה ייקבעו בחקיקה ראשית מודרנית, שתסדיר את מכלול היבטיה. לאחרונה פורסם תזכיר חוק של משרד המשפטים בנושא,³¹ שמן הסתם יעבור עוד גלגולים הרבה עד שיבשיל לנוסח הסופי. חשוב יהיה להדגיש כי חקיקה עתידית זו, ככל שתתקבל, תעסוק במימוש החובה החוקתית החיובית הנלווית לזכות היסוד לכבוד האדם, ועל כן תהיה כפופה לביקורת שיפוטית על חוקתיותה. הסדרה שאינה נאותה, ושאינה עומדת בסטנדרטים בינלאומיים,³² לא תשרוד את פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד.

ד.2 חובת עשה המוטלת על גורמי אכיפת החוק עד להסדרה

החקיקתית הראויה - הפרתה והמשמעויות הנלוות לכך
 התשתית הנורמטיבית הקיימת חולשת על הסוגיה עד שתתקן; אולם מתברר שאפילו הדינים הקיימים בנושא אינם מיושמים. סוד גלוי הוא, למרבה הצער, שמצב מימוש החובה החוקתית לשמירת מוצגים הוא בכי רע. מוצגים חשובים מבוטלים בניגוד לדין. זו הסיבה שקשה כל כך להפעיל בישראל פרויקט חפות דוגמת זה האמריקאי, שכן בניגוד לארצות הברית, אצלנו "התברר שוב ושוב כי הרשויות (בניגוד לחוק) לא שמרו את הדגימות".³³ די בעיון בשורה של החלטות חשובות שיצאו תחת ידי בית המשפט העליון בבקשות למשפט חוזר כדי לראות כיצד בוטלו מוצגים בתיקים שבהם אסור היה לבערם.³⁴ גם הח"מ, שעה שבתן בקשה למשפט חוזר במסגרת פרויקט החפות של הסיניגוריה הציבורית, נתקל במקרה בו בוטל מוצג חשוב בתיק רצח, שסתם את הגולל על הטיפול בתיק ועל בדיקת הטענה להרשעת חף. ניתן להגיע למסקנה כי ביעור מוצגים בניגוד לדין הוא בגדר תופעה.

מציאות זו מחייבת טיפול מצד גורמי האכיפה. פעולה בניגוד לחוק הארכיונים עלולה לעלות כדי עבירה פלילית,³⁵ ויש לנקוט ביד קשה, גם ברמה המשמעית, נגד מי שמפירים את החובה החוקתית לשמור מוצגים על בסיס זלזול בהוראות החוק. הפרת חובת השמירה עלולה להוביל גם לחבות מיקית של המפרים. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח התמשכות התופעה של ביעור מוצגים שלא כדין חרף הערות חוזרות ונשנות של בית-המשפט העליון בסוגיה. אלא שנוכח חשיבות הסוגיה העומדת על הפרק אין לנקוט בצעדים רק בדיעבד. יש לנקוט בצעדים הבאים להבטיח, מראש, ככל האפשר, כי המוצגים השונים

המוצגים. התקנות באו לעולם לפני המהפכה החוקתית, כמו גם לפני ההתקדמות המשמעוית של המדע הפורנזי, המאפשרת בחינה טובה יותר של הראיות, והמצדיקה שמירה ארוכה יותר שלהן. התקנות עצמן עוברות מהר מדי ממשטר של שמירת מוצגים לצמיתות החל על חלק מהעבירות, למשטר שמירה של עשר שנים בלבד ביחס לעבירות אחרות, הנדונות בבית המשפט המחוזי. טלו למשל עבירה של חבלה בכוונה מחמירה היכולה להוביל למאסר של 20 שנה,²⁹ או תקיפת קטין חסר ישע, היכולה להוביל למאסר בן 7 שנים.³⁰ האם שמירת ראיות בת 10 שנים היא הסדר ראוי נוכח חומרת ההרשעה בעבירות אלה? ספק בעיני אם קיים שוני כה מהותי בין עבירות אלה לבין אחרות שבהן קיימת חובת שמירת מוצגים לצמיתות, ומכל מקום ראוי לשקול יצירת מדרגת ביניים, שתאפשר שמירת מוצגים לתקופה ארוכה יותר. בנוסף, יש לשקול האם כדאי לכוון משטר של שמירה ארוכה יותר של מוצגים נוכח היקף שנות המאסר שהוטלו בפועל, ולא רק בהתאם לסיווג מראש של העבירה. קושי נוסף מתעורר כשמשווים את ברירת המחל של תקופת שמירת המוצגים בעבירות הנדונות בבית משפט השלום ביחס לזו שבמחוזי. מתברר כי זו ארוכה יותר דווקא בבית משפט השלום (חמש עשרה שנים מול עשר), וזה מצב דברים חסר היגיון, שכן העבירות הנדונות בבית המשפט המחוזי חמורות יותר מבחינת אות הקין שהן מטביעות. בנוסף מתעוררת השאלה מדוע תיק שהוגש לגביו ערעור לבית-המשפט העליון יזכה לשמירת מוצגים לצמיתות, ואילו תיק שלא הוגש עליו ערעור לא? לכאורה הגשת ערעור אינה מצדיקה את ההבדל, ונראה שחשוב לשמור על המוצגים דווקא בתיקים שלא זכו למבט נוסף של ערכאת הערעור, שהסיכוי למציאת טעות בהם הוא גדול יותר. בנוסף, נראה שאין הסדרה נאותה (מבחינת היקף חובות השמירה) של מוצגים המצויים ברשות התביעה וגורמי האכיפה שלא הוגשו לבית המשפט בהליך הפלילי. מדוע שההגנה על המוצגים לא תרוכז תחת מוטת שליטה אחת? מדוע שלא יוארך משמעויות פרק הזמן בו יש לשמור אותם? הרי כאשר מגיעה העת לבדוק את שאלת המשפט החוזר, יש לבחון את מכלול המוצגים, ובהם את אלה שאינם מצויים בתיק בית-המשפט. בנוסף, קיים בתקנות הקיימות חסר בולט של הסדרת תנאי השמירה על המוצגים, על מנת להבטיח כי אלה יישמרו כיאות. על רקע כל אלה התשתית הנורמטיבית שבתקנות דורשת תיקון, ונראה לי כי התקנות בנוסח הנוכחי, שלא הנהגו משמירת דינים, לא תצלחנה ביקורת שיפוטית.

זוהי שאלה של פרשנות החוק המסמיך. הממד החוקתי בוחן את השאלה האם חוק שמסמיך את הרשות המינהלית ליצור את ההסדרים הראשוניים הוא חוקתי (לדיון בהבחנה בין שני הממדים ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012)). בכל הנוגע לממד המינהלי נראה שחוק הארכיונים מסמיך במפורש את מחוקק המשנה ליצור את ההסדרים הראשוניים בעצמו; בכל הנוגע לממד החוקתי, עדיין אין בנמצא הכרעה של בית המשפט העליון האם הסמכה שכזו מהווה עילה לפסילת חוק, אך ממילא הכרעה זו אינה רלוונטית לענייננו, שכן חוק הארכיונים על ההסמכה המצויה בו, הנהגו משמירת דינים.

29 סעיף 329 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

30 סעיף 3368 לחוק העונשין; כאשר התוקף הוא האחראי על הקטין או על חסר הישע, דינו - מאסר תשע שנים.

31 ראו תזכיר חוק שמירת מוצגים לצרכים ראייתיים, התשע"ו-2015.

32 ראו הדיון המשווה בהחלטת השופטת ברק ארז בבש"פ בר יוסף, לעיל ה"ש 22, פס' 40.

33 בועז סנג'ור "לא רק סכנה אלא תופעה - תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת הפנים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות'" מאזני משפט י 67, 70 (2015).

34 ראו בעניין **עזריה**, לעיל ה"ש 23; ראו את דברי השופט לוי בע"פ 4117/06 **מקייטן נ' מדינת ישראל** פס' 26 לפסק דינו (פורסם בנוב 2010.22.2), שם התברר כי בוטל מוצג (מגבעת שנמצאה ליד חולצת המערער) עוד לפני שפסק הדין הפך חלוט, ורצונו של המערער לערוך בה בדיקות לא יכול היה להיות ממומש, שכן גורמי האכיפה לא ידעו לומר היכן היא אותה מגבעת; עוד ראו את דברי הנשיאה נאור בעניין **אל-עביד**, לעיל ה"ש 24, פס' 51.

35 ראו סעיף 15(א) לחוק הארכיונים המגדיר עבירה פלילית במקרה שבו אדם "מבער בידועין חומר ארכיוני שלא בהתאם לחוק זה".

צועדת הנשיאה נאור בעקבות פסיקותיהם של הנשיא ברק,⁴³ ושל השופט לוי.⁴⁴ יחד עם זאת, אין משמעות הדברים כי לביעור המוצגים לעולם לא תהיה השפעה על בחינת הבקשה למשפט חוזר. הקביעה כי יש לבחון כל מקרה לגופו מותרת את הפתח להשפעה כאמור במקרים המתאימים לכך. כך, במקרים שבהם הבקשה למשפט חוזר היא גבולית מבחינת סיכויי קבלתה, יכולה פעולת ביעור שלא כדין להוביל להטיית הכף לטובת קבלת הבקשה; במקרים שבהם המבקש הציג תמונת ראיות חדשה, בעלת פוטנציאל לזיכוי, שהייתה ניתנת לחיזוק מהראיות שהוצגו במשפט אך אלה בווערו שלא כדין, גם כן ראוי לשקול בחיוב היעדרות לבקשה. קשת המקרים האפשריים היא רחבה ואינה ניתנת להגדרה מראש, ואכן יש לבחון כל מקרה לגופו.

ה. סיכום

ברשימה זו עמדתי על דוגמא לחשיבות השמירה הנאותה של המעטפת המינהלית העוטפת את מוסד המשפט החוזר. במקום בו לא תהיה מעטפת מינהלית שכזו, תיפגע הזכות החוקתית להגנה על כבוד האדם, שהמשפט החוזר הוא נגזרת שלה. הרשימה מתפרסמת בכרך חגיגי של כתב העת הסיניגור המציין מועד מרגש - חלוף שני עשורים לקיומה של הסיניגוריה הציבורית. הסיניגוריה הציבורית ממחישה, בעצם קיומה, עד כמה חיונית היא המעטפת המינהלית להגנה החוקתית על זכויות החשודים והאסירים. ללא קיומה של רשות מינהלית הפועלת ללא לאות להבטחת ייצוג נאות למי שידו אינה משגת, והמנסה בכל כוחה לצמצם את הסיכון להרשעות שווא, היינו חיים בחברה שבה הזכות החוקתית להליך הוגן ולכבוד האדם היו נפגעים באופן שלא ניתן היה להשלים עמו. ביום חגה של הסיניגוריה הציבורית נאחל לה המשך הצלחה בעשייתה החיונית, ושלא תיפול רוחה נוכח המאבק הסידיפי על תיקון העוול שנגרם למי שהורשעו על לא עוול בכפם. יש לעשות את כל הדרוש על מנת שמאבק חיוני זה יזכה למעטפת המינהלית הראויה לו. כינונה של מעטפת מינהלית שכזו היא חובה חוקתית ראשונה במעלה, והיא כוללת שמירה ראויה על מוצגים שהוגשו בהליכים פליליים, או שנאספו על-ידי גורמי האכיפה.

יישמרו באופן נאות. לשם כך, על הגורמים שהמוצגים הללו מצויים ברשותם להוציא הנחיות פנימיות הבאות להבטיח את שמירתם ולדאוג לאכיפתן. במשפט המינהלי הולכת ומתרחבת החובה (הפסיקתית) המוטלת על הרשויות המינהליות לאמץ הנחיות פנימיות במקרים המתאימים. שיקולים שיכולים "לתמוך בחובה לאמץ הנחיות הם חשיבותה של הסמכות שמדובר בה (מבחינת השפעתה על חייהם של אנשים, או מבחינת השפעותיה הציבוריות)".³⁶ בענייננו חשיבותה של הסוגיה העומדת על הפרק (צמצום החשש להרשעת חפים), והניסיון הקיים של הפרה רחבת היקף של הדין, מובילים למסקנה כי גיבוש הנחיות פנימיות ביחס לשמירת מוצגים היא בגדר חובה, ויש להתקיין כבר כעת ללא קשר לשאלה האם יחוקק בסופו של יום הסדר חקיקתי מקיף. בזמן שיחלוף עד שיגובש הסדר כזה, עדיין מוטלת החובה החוקתית לדאוג לשמירת מוצגים אלה, ומימושה של חובה זו מצדיקה הנחיות מתאימות, שכמובן חובה לפרסמן³⁷ כדי להבטיח ביקורת ציבורית נאותה בעניין זה.

האם להפרת החובה החוקתית לשמירה נאותה של מוצגים יכולה להיות השלכה גם על בחינת הבקשות למשפט חוזר עצמן? אובדן ראיות מצד רשויות האכיפה בשלב ניהול המשפט יכול להוביל לזיכויים של הנאשמים,³⁸ או לקבלת טענה של הגנה מן הצדק מטעמם.³⁹ גם בהליך האזרחי ניתן למצוא דוגמאות לכך שאי שמירת ראיות חפציות, הרלוונטיות לבירור התביעה, הובילה לדחייתה נוכח הנזק הראייתי שנגרם לנתבע.⁴⁰ בכל הנוגע למשפט החוזר ידועה פסיקתה של השופטת דורנר, שציינה כי פגמים דיוניים חמורים מקימים חזקה שאינה ניתנת לסתירה בדבר השפעתם על תוצאות המשפט הפלילי, ופגמים דיוניים חמורים פחות יכולים להעביר את הנטל למדינה להראות היעדר אפשרות להשפעה כזו.⁴¹ ומה באשר למוצגים שבוערו שלא כדין? הנשיאה נאור הכירה בכך כי ביעור כאמור גורם למבקש המשפט החוזר "נזק ראייתי". יחד עם זאת היא פסקה כי בנסיבות המקרה אין בעצם הביעור כדי להקים זכות למשפט חוזר.⁴² לכן, יש לבחון כל מקרה לגופו ולראות כיצד מקרין הביעור על ההליך. בכך

36 ברק ארז, לעיל ה"ש 28, בעמ' 234.

37 חובה זו קיימת הן מכוח סעיף 6 לחוק חופש המידע, והן מכוח החובה הפסיקתית העומדת על רגליה, שנפסקה בבג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 513, 501 (1992).

38 ראו למשל את רע"פ 933/95 מאירוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.5.1995) שם התברר כי רשויות החקירה איבדו את ספרי החשבונות שנטלו מהמבקשים במהלך חקירתם בגין חשד לביצוע עבירות מס. כתוצאה מכך זוכו המבקשים משני אישומים נגדם, וביחס לשאר האישומים קבעה השופטת דורנר כי נוכח האובדן, מוטל על המדינה הנטל "לסתור את ההנחה כי חומר החקירה שלא הועמד לרשות הנאשם הוא רלוואנטי להגנתו... נטל זה הוא נטל כבד: רק מקום בו הביאה התביעה ראיות מעל כל ספק סביר כי חומר חקירה שלא הועמד לרשות הנאשם אינו רלוואנטי להגנתו, אפשר יהיה להרשיעו" (פסקה 4 להחלטה). בנסיבות המקרה שם עמדו רשויות התביעה בנטל האמור.

39 ראו ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 451-454 (מהדורה שנייה, 2009).

40 שלומי נרקיס נזק ראייתי במשפט האזרחי והפלילי: הלכה ומעשה 333 (2008).

41 עניין ברנס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 379.

42 עניין אל-עביד, לעיל ה"ש 24, פס' 53.

43 עניין עזריה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 361.

44 מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, פס' 62 (פורסם בנבו, 31.8.2011).