

בעקבות פרשת עמוס ברנס : הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן*

מאת

ד"ר דוד וינר**

מאמר זה עוסק במשמעות החוקתית של החלטת השופטת דורנר מיום 14 במרץ 2002, אשר ביטלה את הרשעתו של עמוס ברנס, והעניקה לו את הזכות למשפט חוזר. ההחלטה מהווה קפיצת מדרגה בתהליך הקונסטитуציונליזציה של המשפט הפלילי הדיוני. ההחלטה פותחת פתח לשינויים חשובים ורצויים במשפט הפלילי הדיוני, והיא עשויה בעתיד לשמש בסיס לביטול הליכים בלתי נאותים, לא רק במסגרת בקשות למשפט חוזר, אלא גם במסגרת ערעורים פליליים רגילים.

החלק הראשון של המאמר סוקר את האירועים וההליכים המשפטיים שהובילו מהרשעתו של עמוס ברנס ברציחתה של החיילת רחל הלר ז"ל, ועד לביטול הרשעתו כעבור עשרים ושבע שנים. בסקירה זו מדגיש המחבר את המהפך החוקתי בגישת בית המשפט העליון למונח "עיוות דין", והקשר בין מהפך זה לבין החלטתה של השופטת דורנר בעניין ברנס.

החלק השני של המאמר בוחן את השלכות ההחלטה על הזכות החוקתית למשפט פלילי הוגן. המחבר מסביר כיצד ההחלטה עשויה להשפיע על התרופות העומדות לנאשם שהורשע בהליך הנגוע בפגמים דיוניים חמורים. לטענת המחבר, הלכת ברנס עשויה להשפיע באופן חיובי על הליכי הערעור הפלילי, על-ידי העמקת זכותם החוקתית של נאשמים להליך פלילי הוגן.

* ברצוני להודות לפרופ' קנת מן, לד"ר רות קנאי, לד"ר אורן גזל, לד"ר יואב ספיר, לעו"ד דרור ארד-איילון ולעו"ד עמי קובו על הערותיהם המועילות. כמו כן, ברצוני להודות לגב' אפרת בן-חמו, אשר סייעה באיסוף חומר משפטי.

** סגן הסניגורית הציבורית הארצית; מורה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. מן הראוי להבהיר, כי המחבר השתתף בצוות הסנגורים שייצג את עמוס ברנס בבקשתו הרביעית למשפט חוזר.

- א. מבוא.
- ב. רציחתה של חיילת.
- ג. חקירת המשטרה.
- ד. מאבק המהימנות בבית המשפט המחוזי.
- ה. הערעור לבית המשפט העליון.
- ו. סדקים ראשוניים בהכרעת הדין.
- ז. משפטו של מרכוס — "האלים נלחמים בעמוס ברנס".
- ח. השחרור מבית הסוהר.
- ט. הפניה שיפוטית לטיפול פסיכיאטרי.
- י. תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח חדש], התשמ"ד-1984.
- יא. כישלון נוסף — הבקשה השלישית למשפט חוזר.
- יב. חזרה בתשובה במשטרת טבריה.
- יג. הלכת קוזלי ודוקטרינת הפגמים הדיוניים החמורים.
- יד. הבקשה הרביעית למשפט חוזר — המהפך החוקתי.
- טו. תרומתה המשולשת של הלכת ברנס.
- טז. העיגון החוקתי של הזכות להליך הוגן.
- יז. פסילת הליכים כתרופה חוקתית.
- יח. טיפולוגיה של פגמים דיוניים — מפת הדרכים ליישומה של הלכת קוזלי.
- יט. ממשפט חוזר לערעור פלילי — סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי.
- כ. אחרית דבר.

א. מבוא

פרשת עמוס ברנס (להלן — "ברנס") מעסיקה מזה שנים רבות את מערכת המשפט במדינת ישראל. ההתדיינות הארוכה בעניינו של ברנס — החל ממשפטו המקורי בחיפה בשלהי שנות השבעים ועד למשפטו החוזר בנצרת, שהסתיים זה מכבר — הניבה הלכות עקרוניות בשורה של נושאים, לרבות: אמות המידה לקבילותה של הודאה¹, הכלים של ערכאת הערעור להערכת מהימנותם של עדים², משקלו של עקרון סופיות הדיון בבקשות למשפט חוזר³ וסדרי הדין במשפט חוזר⁴. בכל הנושאים האלה לא אעסוק.

ברצוני להתמקד במשמעות החוקתית של ההחלטה של מיום 14 במרץ 2002, שבה

- 1 ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 507.
- 2 ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (1) 225. עיינו גם: מ' קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 407.
- 3 מ"ח 8/84 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (1) 589; מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (4) 241.
- 4 ראו ההחלטה על זיכוי של ברנס מיום 11.12.02 בת.פ. (נצ' 1212/02 מדינת ישראל נ' ברנס, תקדין מחוזי 2002(4) 844.

השופטת דורנר ביטלה את הרשעתו של ברנס, והורתה על קיומו של משפט חוזר⁵. החלטה זו, המבוססת על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מהווה קפיצת מדרגה בתהליך ה"קונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי"⁶. ההחלטה קובעת באופן חד משמעי ומפורש, כי לנאשמים במדינת ישראל יש זכות חוקתית למשפט הוגן. קביעה זו עשויה לשמש בסיס בעתיד לביטול הליכים בלתי נאותים, לא רק במסגרת בקשות למשפט חוזר, אלא גם במסגרת ערעורים פליליים רגילים. לפיכך, ההחלטה בעניינו של ברנס פותחת פתח לשינוי ממשי במשפט הפלילי הדיוני.

במאמר זה אדון בהחלטתה של השופטת דורנר, ואסביר כיצד עשויה היא להשפיע על אמות המידה לקבלת ערעורים פליליים. אך בטרם אתיחס להחלטה ולהשלכותיה, מן הראוי לבחון את ההתפתחויות העובדתיות והמשפטיות אשר הכשירו את הקרקע להחלטה. בשל כך, מצאתי לנכון לפתוח בסקירה היסטורית קצרה, המצביעה על נקודות הציון העיקריות בדרך המובילה מהרשעה בעבירת רצח ועד לביטול ההרשעה כעבור עשרים ושבע שנים.

ב. רציחתה של חיילת⁷

בשנת 1974 היה ברנס רווק, בן 31, שהתגורר בבית הוריו בעכו. באוקטובר 1974 השתתף ברנס בקורס למדריכי נוער בבית רוטנברג בחיפה. במהלך הקורס נפגש באקראי עם רחל הלר ז"ל. רחל הייתה חיילת, בת 19, תושבת בת-ים. באותה עת השתתפה רחל בקורס צבאי להכשרת מורות. ברנס ורחל נפגשו באקראי בספרייה של בית רוטנברג וקיימו שיחה קצרה. בעקבות פגישה זו, נסעה רחל עוד באותו ערב לשכונת נווה שאנן, כדי לצפות באימון קראטה של ברנס. כעבור מספר ימים, בתאריך 20 באוקטובר 1974, נפגשו שוב ברנס ורחל בהדר הכרמל, בחברת ידידו של ברנס וידידתה של רחל. לטענת ברנס, הייתה זו פגישתו האחרונה עם רחל הלר ז"ל. ביום שלישי, 22 באוקטובר 1974, שוחררה רחל לחופשה בת יממה. במהלך חופשתה היא שהתה בבית הוריה בבת-ים ובביתו של יורם ביכונסקי, נכה צה"ל, שהיה פעיל ביחד עם רחל בארגון פוליטי קיצוני בשם "אוונגרד". בערב יום רביעי, ה-23 באוקטובר, הסיע ביכונסקי, לטענתו, את רחל לתחנת הסעת החיילים ברחוב ארלוזורוב בתל-אביב. כפי הנראה, רחל הגיעה באותו ערב למעונות

5 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 354.

6 עיינו: א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5.

7 הסקירה העובדתית במאמר זה מבוססת על ראיות ומסמכים שהוגשו לבית המשפט העליון ועל הממצאים שקבע בית המשפט בהחלטתו. ראוי גם להבהיר, כי רוב העובדות הנוגעות לפרשת ברנס אינן שנויות במחלוקת בין התביעה והסנגוריה.

החיילות, הממוקמים במרחק של מאות מטרים מבית רוטנברג. ראוי גם לציין, כי, בסמוך לאחר השעה 22:00, נראתה חיילת בדמותה של רחל הלר, הצועדת מכיוון מרכז הכרמל לכיוון הכללי של מעונות החיילות. אחד מהעדים גם ראה טנדר, העוצר ליד החיילת, כשנוסעיו מטרידים את החיילת.

באותו ערב של יום רביעי נבחן ברנס במקצוע "ידע עם", במסגרת הקורס למדריכי נוער בו השתתף. לדבריו, הוא הגיע לבחינה מביתו באמצעות תחבורה ציבורית, ובסיום הבחינה (בסביבות השעה 20:30) הוא נסע להדר הכרמל, ומשם המשיך לביתו בעכו.

בבוקר יום חמישי, ה-24 באוקטובר 1974, נמצאה גופתה העירומה של אישה צעירה, המוטלת לצד כביש "קיט ושיט", לא הרחק מקיסריה. זו הייתה גופתה של רחל הלר ז"ל. תיקה הצבאי של רחל, בגדיה וחפציה האישיים נמצאו כעבור מספר ימים מתחת לגשרון (מעביר מים) במרחק של 12.5 קילומטר ממקום מציאת הגופה. על הגופה נמצאו פצעים, אשר הוגדרו על-ידי הפתולוג כסימני התעללות קשים. בגבה של הגופה נעשה חור גדול באמצעות מכשיר חד. על הגב היו סימנים שהצביעו על אפשרות של הצלפה. מסביב לצווארה של רחל הייתה כרוכה רצועת חזייתה, אשר שימשה לצורך חניקתה למוות.

ג. חקירת המשטרה

מיד לאחר מציאת הגופה הקימה המשטרה צוות חקירה מיוחד (צח"ם) בראשותו של סנ"צ חנא חדאד. צח"ם חדאד ניסה לאתר את הטנדר, שנוסעיו הטרידו את הנערה בדמותה של רחל בליל הרצח. כמו-כן, עצר הצח"ם מספר חשודים לחקירה. בין חשודים אלה היה ברנס, אשר נחקר לגבי פגישותיו עם רחל הלר ולגבי מעשיו בליל הרצח. בתום מספר ימי חקירה ומעצר, שוחרר ברנס, משום שצוות החקירה הגיע למסקנה שאין לו שום קשר לרצח. צח"ם חדאד גיבש חשדות כנגד חברה של רחל, יורם ביכונסקי, אך לא הצליח לבסס את החשדות בראיות של ממש, ולכן הצח"ם לא קיבל אישור לעצור את ביכונסקי.

לאחר שצח"ם חדאד נכשל בניסונו לאתר את הרוצח, הוקם צח"ם שני בראשותו של רפ"ק צמרת. הצח"ם השני מיקד את מרב מאמציו בביסוס החשדות כנגד יורם ביכונסקי. הצח"ם עצר את ביכונסקי ואת ידידתו, מלי מזרחי, שהייתה פעילה בארגון "אוונגארד". ביכונסקי ומזרחי נחקרו באינטנסיביות על-ידי חוקרים מהמשטרה ומהשב"כ. חוקרי המשטרה סברו, שהרצח בוצע על רקע פעילותם של ביכונסקי ומזרחי בארגון "אוונגארד". סברה זו, שזכתה לכותרות בולטות בעיתונות, נדחתה על-ידי חוקרי השב"כ, אשר התרשמו כי השניים אינם מעורבים ברציחתה של רחל

הלך ז"ל. בסופו של דבר, שוחררו ביכונסקי ומזרחי, מבלי שגובשו ראיות מפלילות כנגדם. הצח"ם של צמרת פורק והרצח נותר בלתי מפוענח.

התקשורת פתחה במתקפה קשה כנגד המשטרה, אשר נכשלה באיתור הרוצח⁸. על רקע זה הוקם צח"ם שלישי, בראשותו של סני"צ שאול מרכוס (להלן – "מרכוס"). רצונו של מפכ"ל המשטרה לתפוס אדם כלשהו, אשר יורשע ברצח, היה כה גדול, עד שהובטח לחברי הצח"ם ולנשותיהם סוף שבוע במלון "דן קיסריה", אם יצליחו לפענח את הפרשה.

מרכוס ריכז סביבו צוות של חוקרים נאמנים ומנוסים. הצוות של מרכוס כלל, בין היתר, את הקצינים, יהודה אלבו (להלן – "אלבו"), יחיאל פיקהולץ (להלן – "פיקהולץ"), ואת הסמל, סימון אבוטבול (להלן – "אבוטבול"). ביום 14.4.75, כחצי שנה לאחר הרצח, עצר צח"ם מרכוס את ברנס. צו המעצר של ברנס הושג מן השופט בעילת שווא, לאחר שרפ"ק אלבו נשבע שבועת שקר לגבי נסיבות המעצר. ברנס לא הוחזק במתקן מעצר רגיל, אלא הועבר בין תחנות משטרה, והוחזק בבידוד, תוך שהשוטרים מונעים ממנו כל אפשרות לשוחח עם עורך-דין. לטענת ברנס, הוא נחקר ברציפות במשך ארבעה ימים ושלושה לילות. עוד טען ברנס, כי הוא הוכה במהלך חקירתו על-ידי אלבו ומרכוס.

ביום 17.4.75 מסר ברנס הודאה ברצח. חלק מההודאה נכתב בכתב ידו. בהודאה מתאר ברנס כיצד פגש את רחל הלר בליל הרצח והסיע אותה לכיוון בתי-ים באמצעות המשאית של אחיו. עוד מספר ברנס כיצד רצח את רחל בסמוך לחולות קיסריה. ההודאה מגובה במספר זיכרונות דברים שרשמו חברי הצח"ם, המתארים את תהליך התוודותו של ברנס.

ברנס טוען בעקביות, מזה עשרים ושבע שנים, כי הודאתו היא הודאת שווא. לטענתו, הוא הודה ברצח שלא ביצע כדי לשים קץ ללחצי החקירה, ומתוך תקווה שיוכל להסביר בעתיד שהודאתו אינה אמיתית.

יום לאחר שמסר את הודאתו הכתובה שיחזר ברנס את הרצח בפני חוקרי המשטרה. השחזור תועד בחלקו על-ידי מצלמת וידאו של צוות שוטרים מהמעבדה לזיהוי פלילי של המטה הארצי בירושלים. במהלך השחזור, ברנס לא גילה התמצאות במקומות הרלבנטיים ולא חשף פרטים חדשים, שהיו אמורים להיות בידעתו הבלעדית של הרוצח האמיתי. כל הפרטים שהוא הזכיר בדבריו היו ממילא כבר ידועים לשוטרים. ברנס טען, כי הוא השתתף בשחזור כדי להשביע את רצונו של החוקרים. טענה זו שנויה, מן הסתם, במחלוקת. אך מכל מקום, ראוי לציין שני משפטים שאמר ברנס במהלך השחזור המוקלט. בתחילת ההסרטה, כאשר נשאל אם הוא מוכן לשחזר את

⁸ יש לזכור, כי באותה תקופה מעשי רצח בישראל היו נדירים יותר מאשר בימינו. ראוי גם לציין, כי מדובר ברצח אכזרי של חיילת שנסעה לתומה בטרמפים מביתה לכיוון הבסיס, ומטבע הדברים רצח כזה עורר פחד ועניין בציבור הרחב.

הרצח, הוא ענה: "כן, אבל עכשיו אתה יודע שזה הכל באופן דמיון"; כעבור מספר שעות, כאשר הוא התבקש לחתום על דו"ח השחזור, אמר ברנס שהוא מוכן לחתום כי "אין לי ברירה".

ד. מאבק המהימנות בבית המשפט המחוזי

על ברנס הוגש כתב אישום בבית המשפט המחוזי בחיפה, שייחס לו עבירה של רצח בכוונה תחילה. לא הייתה שום ראיה שקשרה את ברנס לרצח מלבד הדברים שיצאו מפיו, קרי: ההודאה והשחזור. המשפט התמקד, לפיכך, בקבילותם ובמשקלם של ההודאה הכתובה והשחזור המוקלט. ברנס טען, באמצעות סנגורו, כי ההודאה נגבתה ממנו באמצעים פסולים, לאחר שנחקר ללא הפסקה, לאחר שנמנעה ממנו האפשרות לישון, לאחר שהחוקר אלבו סטר לו בעוצמה, ובעקבות לחצים ואיומים של החוקרים, אשר הקיפו אותו בעת שרשם את הודאתו בתחנת המשטרה בעירון. כן העיד ברנס, כי הוא השתתף בשחזור בניגוד לרצונו, וכאשר בשלב מסוים סירב להמשיך ב"הצגה", הגיע מרכוס למקום ונהג כלפיו באלימות, עד שהסכים להמשיך.

מול גרסתו של ברנס ניצבו גרסאותיהם של חוקרי המשטרה, אשר העידו כאיש אחד: להד"ם. ברנס מעולם לא הוכה; אלבו לא סטר לברנס; איש לא מנע מברנס שינה בלילות ואיש לא חקר אותו בלילות; השוטרים, אשר ברנס הצביע עליהם כאלה שחקרו אותו בלילות, היו בסך הכל שומרים, ולא חוקרים; הודאתו המפורטת של ברנס נמסרה מרצון טוב וחופשי, כאשר רק שני שוטרים נכחו בחדר; מרכוס כלל לא הגיע לשחזור ובוודאי שלא נהג כלפי ברנס באלימות; השחזור בוצע על-ידי ברנס באופן חופשי ומרצון. כך ניצבו בבית המשפט, זו מול זו, עדותו היחידה של ברנס מול עדויותיהם של חצי תריסר חוקרי משטרה. בית המשפט בחר להאמין לחוקרים ולדחות את עדותו של ברנס כבלתי אמינה. ההודאה והשחזור הוכשרו בקבילים, ובית המשפט ייחס להם את מלוא המשקל. ברנס הורשע ברצח ונידון למאסר עולם.

ה. הערעור לבית המשפט העליון⁹

על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית המשפט העליון. סנגורו של ברנס מיקד את הערעור בנקודה אחת בלבד, והיא שאלת קבילותה של ההודאה. בית המשפט העליון, מפי השופט חיים כהן, קבע, על-פי המבחנים המשפטיים לקבילות הודאות, כי, אף אם יש ממש בטענותיו של ברנס לגבי פגמים בחקירתו, הרי

⁹ עניין ברנס, לעיל הערה 1.

שאינן בכך כדי לפגום בקבילות ההודאה. בית-המשפט העליון התרשם במיוחד מן העובדה שהודאתו של ברנס נכתבה בחלקה בכתב-ידו, ומכך שזו הודאה "מצטדקת", כלשונו של השופט כהן. לפיכך, דחה בית-המשפט העליון את ערעורו של ברנס. כעבור זמן קצר דחה בית המשפט העליון גם את בקשתו לדיון נוסף¹⁰.

1. סדקים ראשוניים בהכרעת הדין

בשנת 1981, כחמש שנים לאחר שהסתיים משפטו של ברנס בחיפה, הורה היועץ המשפטי לממשלה על בדיקה מחודשת של הפרשה. בדיקה זו בוצעה לאור עבודתו המאומצת של נצי"מ בדימוס, עזרא גולדברג, אשר חשף אי-סדרים חמורים בעבודת הצח"ם של מרכוס. מלאכת הבדיקה הופקדה בידיה של גב' יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אשר עבדה בשיתוף פעולה הדוק עם נצי"מ שלמה גל, ראש מחלקת החקירות במשטרה. השניים ביצעו חקירה יסודית, שבמסגרתה החלו להיווצר סדקים בחומת הסולידריות של עדי התביעה במשפטו של ברנס.

עוזי נבות, קצין המשטרה שהסריט את השחזור, התנדב לשמש כעד מדינה בפרשה. הוא סיפר שמרכוס אכן נכח בשחזור וגם נהג באלימות כלפי ברנס. איש המז"פ, עובדיה ישראלי, מסר אף הוא, כי מרכוס נכח בשחזור. אורי גלי, הנהג של הצח"ם, מסר שהוא הסיע את מרכוס אל השחזור. כך אימתו שלושה אנשי משטרה את גרסתו של ברנס בנקודה מהותית שעמדה בבסיס המחלוקת בינו לבין עדי התביעה במשפט. במהלך החקירה של קרפ וגל נחשפה שורה של ראיות, המצביעות לכאורה על עבירות פליליות שביצעו חברי הצח"ם של מרכוס. שניים מחברי הצח"ם הודו, כי ברנס אכן קיבל סטירת לחי מאלבו במהלך החקירה, וכי השוטרים העידו עדות שקר בעניין זה. אחד מעדי התביעה במשפט, מקס בוחבוט, סיפר כי אלבו ביקר בביתו ביום שלפני עדותו בבית המשפט, ודרש ממנו למסור עדות הנוחה לתביעה. במסגרת הביקור איים אלבו על בוחבוט באופן בוטה, ובכך עבר לכאורה עבירה של שיבוש מהלכי משפט.

גב' קרפ ונצי"מ גל לא הסתפקו בחשיפת מעשים בלתי כשרים של חוקרי הצח"ם. השניים גם בדקו ביסודיות את חומר הראיות בתיק ואת הפרוטוקולים של המשפט המקורי. בדיקה זו העלתה ספקות ממשיים בנוגע לאמיתות ההודאה שמסר ברנס. לאור הממצאים החמורים של קרפ וגל, הוחלט בפרקליטות המדינה, כי יש להעמיד לדין את חברי הצח"ם של מרכוס. כל המאמצים של הפרקליטות רוכזו בסוגיית הנוכחות של מרכוס בשחזור¹¹. לבית המשפט המחוזי בירושלים הוגש כתב

10 ד"נ 25/76 ברנס נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

11 בשלב זה קיבלה התביעה הכללית שורה של החלטות, אשר נראו כשעתן סבירות והוגנות, אך בדיעבד התבררו כטעויות. ראשית, הוחלט לא לנקוט הליכים פליליים כנגד חברי הצח"ם הזוטרים

אישום על שלושת החוקרים הבכירים בצח"ם מרכוס, קרי: מרכוס, אלבו ופיקהולץ. השלושה הואשמו במסירת עדות שקר במשפטו של ברנס, כאשר העידו כי מרכוס לא נכח בשחזור.

ז. משפטו של מרכוס – "האלים נלחמים בעמוס ברנס"¹²

משפטם של חברי הצח"ם של מרכוס התנהל בבית המשפט המחוזי בירושלים. המשפט היה רצוף תקלות, ותוצאתו מעוררת סימני שאלה רבים. יחיאל פיקהולץ עבר תאונת דרכים קשה, ולכן עוכבו ההליכים בעניינו. אלבו זוכה לאחר שהעיד, כי ייתכן שלא ראה את מרכוס מגיע לשחזור, כיוון שבדיוק באותו רגע פנה להטיל את מימיו. אורי גלי, עד מפתח בפרשה, עזב את הארץ ולא הובא על-ידי התביעה להעיד במשפט. במהלך המשפט הסתבר, כי עוזי נבות נשלח על-ידי נצ"מ גל לשוחח עם עובדיה ישראלי אודות הפרשה, ועובדה זו פגעה קשות במשקל עדותו של ישראלי. למרות כל התקלות דלעיל הרשיע בית-המשפט המחוזי את מרכוס, ברוב דעות, בעבירה של עדות שקר. מרכוס הגיש ערעור לבית המשפט העליון. השופט אלון, אשר כתב את פסק-הדין בערעור, זיכה את מרכוס, ואף מתח ביקורת חריפה על החקירה שניהל נצ"מ גל. השופט אלון התערב בממצאי המהימנות של בית-המשפט קמא, וקבע שאינו נותן אמון בגרסתו של נבות ובגרסותיהם של מספר עדים נוספים שנתפשו כאמינים במשפטו של מרכוס. בהחלטה שניתנה פה-אחד זיכה בית המשפט העליון את מרכוס. השופט אלון אף הרחיק לכת, בקובעו כממצא פוזיטיבי כי מרכוס לא נכח בשחזור. בכך למעשה נסתם הגולל על מהלך משפטי אשר היה צפוי להוביל למשפט חוזר בעניינו של ברנס¹³.

זיכוי המפתיע של מרכוס טרף את כל הקלפים. מלכתחילה המליצה גב' קרפ, כי, לאחר שמרכוס ושותפיו יורשעו, יגיש היועץ המשפטי לממשלה בעצמו את הבקשה למשפט חוזר. אך משפטו של מרכוס הסתיים במעין "פיאסקו" מבחינתה של התביעה הכללית, והיועץ המשפטי לממשלה ראה עצמו ככול בממצאיו של בית המשפט העליון, אשר העדיף פעם נוספת את גרסתו של מרכוס על פני גרסתו של ברנס.

אשר שיקרו במשפטו של ברנס. שנית, הוחלט לא לעסוק בעדויות החדשות לגבי מעשי האלימות של אלבו כלפי ברנס, ופעולות ההדחה שביצע אלבו כלפי עד התביעה, מקס בוחבוט. קשה לנחש כיצד הפרשה הייתה מתפתחת אילו נתקבלו החלטות אחרות. אך בחכמה לאחר מעשה, ברור שההתמקדות בנושא השחזור בלבד ובקצינים הבכירים בלבד, תרמה בפועל לכישלון המהלך של העמדת חברי הצח"ם לדין, ובכך גם השפיעה על עניינו של ברנס.

12 שמעתי ביטוי זה מגב' יהודית קרפ. לדבריה, הסיפור של ברנס קיבל עם השנים תבנית של טרגדיה, שבה נדמה כי הגורל מוביל פעם אחר פעם לתוצאות קשות.

13 עניין מרקוס, לעיל הערה 2. לביקורת על פסק-הדין, עיינו: קרמניצר, לעיל הערה 2.

אחד הפרקים המאלפים בפרשת ברנס הוא שחרורו מן הכלא. למרות שהורשע ברצח ונידון למאסר עולם, שוחרר ברנס מן הכלא לאחר שמונה שנים בלבד. בהמלצת שר המשפטים קצב הנשיא חיים הרצוג ז"ל את עונשו של ברנס לשתיים עשרה שנים בלבד. המדינה הסכימה להפחית שלישי ממאסרו, מבלי שהאסיר הובא לדיון בוועדת שחרורים של שירות בתי הסוהר. מה גרם למדינה לנהוג בנדיבות כזו כלפי ברנס? נדמה, כי הגורם המרכזי לכך היה מעורבותו של השופט חיים כהן ז"ל¹⁴.

כזכור, השופט חיים כהן עמד בראש הרכב השופטים שדחה את ערעורו של ברנס בבית המשפט העליון בשנת 1976. במהלך השנים הבאות, נפגש השופט כהן מספר פעמים עם ברנס, במקום כלאו בבית הסוהר ברמלה. הפגישות הללו התקיימו הודות למנהגו המיוחד של השופט כהן, אשר ביקר לעתים תכופות בבתי-סוהר ברחבי המדינה. במהלך הביקורים האלה נהג השופט כהן לשוחח עם האסירים ולשמוע את טענותיהם. כך הזדמן לשופט כהן לשבת עם ברנס ביחידות, ולשמוע את זעקת חפותו. לאחר שפרש מכס השיפוט, החל השופט כהן לפעול כדי להביא לשחרורו של ברנס מן הכלא. למרבה הפליאה, ברנס עצמו סירב לשתף פעולה עם המהלכים לקיצור עונשו, כיוון שרצה ששמו יטוהר באמצעות זיכוי בבית המשפט ולא באמצעות מעשה חסד של נשיא המדינה. השופט כהן פנה בכל זאת לנשיא הרצוג, וביקש ממנו שיקצוב את עונשו של ברנס. בשנת 1983 נתקבלה עמדתו של השופט כהן ודלתות הכלא נפתחו. דא עקא, ברנס סירב בתוקף להשתחרר מבית הסוהר, ודרש שבית-המשפט יזכה אותו ויטהר את שמו. בנסיבות אלה, התגייס חיים כהן פעם נוספת, ובצעד אצילי וחסר תקדים הגיע לבית-הכלא ברמלה, ודיבר על לבו של ברנס. השופט כהן הסביר לו, כי יוכל להמשיך להילחם להוכחת חפותו מחוץ לבית הכלא. ברנס נעתר לבסוף לבקשתו של השופט כהן, וזאת רק לאחר שהשופט כהן נטל דף נייר וכתב בנוכחותו של ברנס את המכתב הבא:

“רמלה, 30.5.83

לעמוס ברנס רב שלומות:

אני שמח מאוד על שזכיתי היום להיות ראשון מברכיך לקראת צאתך לחפשי. סמוך לבי ובטוח שבשובך להיות אזרח חפשי במדינת ישראל תצדיק את התקוה שכבוד נשיא המדינה וכל ידידיך וקרוביך, ואני עבדך, תולים בשחרורך. יודע אני שכל מאוויך נתונים עתה להוכחת חפותך מכל פשע, והעובדה שיכלתי ואולי עוד אוכל לעזור לך לצאת וללחום את מלחמת הצדק, ממלאת אותי

14 ד' וינר "שני מכתבים לעמוס ברנס" קרית המשפט — ספר זכרון לחיים ה' כהן ג (תשס"ג) 87.

סיפוק רב. סופו של הצדק להיגלות, וסופו של מעוות להיתקן — ומי ייתן
שלא יארכו הימים וצדקך יצא לאור עולם.
בכל הברכות הטובות.
חיים כהן".

ט. הפנייה שיפוטית לטיפול פסיכיאטרי¹⁵

עוד בטרם שוחרר מבית הסוהר הגיש ברנס את בקשתו הראשונה למשפט חוזר. הייתה זו בקשה קצרה שנכתבה בכתב ידו של ברנס, ולא היה בה משום חידוש כלשהו. לפיכך, אין פלא שהבקשה נדחתה על-ידי הנשיא זוסמן¹⁶. בסמוך לאחר שחרורו מבית הסוהר הגיש ברנס את בקשתו השנייה למשפט חוזר. הייתה זו בקשה קצרה ועניינית, אשר הוכנה על-ידי עו"ד תוסיה-כהן, סגור בעל ניסיון ומוניטין. הבקשה התבססה בעיקר על ממצאי החקירה של קרפ וגל. עו"ד תוסיה-כהן הצביע בבקשתו על שורה של פגמים חמורים בהתנהגות המשטרה בפרשת ברנס, לרבות אלימות בחקירה, הדחת עד תביעה, מתן עדות שקר בבית המשפט והעלמת ראיות מזכות.

בקשתו של עו"ד תוסיה-כהן נדחתה בהחלטה חריפה של השופטת בן-פורת. השופטת התמקדה בשאלת אשמתו של ברנס. היא קבעה בהחלטתה, כי הפגמים במשפטו של ברנס אינם מבססים את טענת חפותו ואינם מכרסמים בקבילות הודאתו. בסיום החלטתה נקטה השופטת בצעד יוצא דופן, בקובעה שברנס הוא רוצח הסובל מייסורי מצפון. לפיכך, הציעה השופטת כי ברנס ירכז את כוחותיו בשיקום אישי ובטיפול נפשי¹⁷.

י. תיקון סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984

במהלך שנות השמונים ובתחילת שנות התשעים התפתח דיון ציבורי סביב הנושא של הרשעות הנסמכות על הודאות בלבד. משפטנים בכירים, ובראשם פרופ' אמנון רובנשטיין, דרשו תיקוני חקיקה, אשר ימנעו מבית המשפט להרשיע נאשם על סמך הודאתו בלבד, ללא ראיות מסייעות בעלות משקל ממשי. כמו-כן, הועלתה הטענה,

15 עניין ברנס, לעיל הערה 3.

16 מ"ח 2/78 ברנס נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

17 מ"ח 8/84 ברנס, לעיל הערה 3, בע' 604.

כי הקריטריונים למשפט חוזר קשוחים מדי, ולכן מערכת המשפט אינה מתמודדת בצורה ראויה עם טענותיהם של נאשמים, כמו ברנס, המבקשים משפט חוזר. בשנת 1993 כונסה ועדה בראשות שופט בית-המשפט העליון דאז, אליעזר גולדברג. הוועדה נתבקשה לעסוק בשאלה של הרשעות הנסמכות על הודאה בלבד. כמו כן, נתבקשה הוועדה "לבדוק מחדש את העילות בחוק לעריכת משפט חוזר ולהמליץ אם נדרשים תיקונים בחוק או בפרקטיקה בנושא זה"¹⁸. לאחר שישבה על המדוכה המליצה הוועדה לתקן את סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 [להלן – "חוק בתי המשפט"]. נוסחו לפני התיקון היה כדלקמן:

31. (א) נשיא בית המשפט העליון או המשנה רשאי להורות כי בית המשפט העליון או בית משפט מחוזי שיקבע לכך, יקיים משפט חוזר בענין פלילי שנפסק בו סופית, אם ראה אחד מאלה:

- (1) בית משפט פסק כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון;
- (2) נתגלו עובדות חדשות או ראיות חדשות העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון ובשעת בירור משפטו לא יכולות היו להיות בידי הנידון או להיות ידועות לו;
- (3) אדם אחר הורשע בינתיים בכיצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה.

ועדת גולדברג המליצה על הוספת סעיף קטן (4), אשר ישמש מעין סעיף שיורי. הסעיף המוצע מסמיך את בית המשפט העליון להורות על משפט חוזר, כאשר "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין". התיקון המומלץ, שהיווה מעין סעיף-סל, אומץ על-ידי הכנסת בשנת 1995¹⁹.

18 דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר, תשנ"ה.
 19 ס"ח 108. הוועדה אף המליצה על תיקון לסעיף 31(א)(2) כדלקמן: "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון". בכך, למעשה, גם הושמטה הסיפא לסעיף, אשר דרשה כי הראיות והעובדות לא יכולות היו להיות בידי הנידון או לא יכולות היו להיות ידועות לו בעת המשפט המקורי. גם תיקון זה אומץ על-ידי המחוקק, במסגרת מגמה להקל על המבקשים משפט חוזר, ולסייג את עקרון סופיות הדיון.

יא. כישלון נוסף – הבקשה השלישית למשפט חוזר

בעקבות התיקון בחוק בתי המשפט הזדרזו ברנס להגיש בקשה נוספת למשפט חוזר, שלישית במספר. הבקשה הוכנה בצורה יסודית ומקצועית על-ידי עו"ד משה גולדברג (בנו של עזרא גולדברג), אשר ייצג בהתנדבות את ברנס. בקשה זו עוגנה בעילה החדשה למשפט חוזר, קרי, קיומו של "חשש לעיוות דין". את החשש הזה ניסה עו"ד גולדברג לבסס, בין השאר, על התיאוריה שפיתח אביו לגבי רוצח סדרתי, שפעל ברחבי המדינה בשנות השבעים והשמונים. עו"ד גולדברג טען שרחל הלר ז"ל נרצחה על-ידי אותו רוצח סדרתי, האחראי, לפי הטענה, לרציחתן של נערות אחרות באותה תקופה. לביסוס טענה זו, צורפו לבקשה טבלאות מפורטות, המצביעות על דמיון בשיטת הביצוע במספר תיקי רצח בלתי מפוענחים.

הבקשה השלישית נדונה בפני השופט שלמה לויין, המשנה לנשיא בית המשפט העליון. המשנה לנשיא לויין דחה את הבקשה בהחלטה מנומקת. בהחלטתו קבע המשנה לנשיא, כי גם לאחר תיקון החוק, אין מקום לשנות את ההחלטה של השופטת בן-פורת שניתנה בשנת 1984²⁰. התיזה בדבר הרוצח הסדרתי, והטענות הנוספות שהועלו באופן מפורט בבקשה, לא שכנעו את השופט לויין כי יש בסיס לטענת החפות של ברנס, ולפיכך הבקשה נדחתה.

יב. חזרה בתשובה במשטרת טבריה

במהלך טיפולו של המשנה לנשיא לויין בעניינו של ברנס התרחש אירוע חשוב מאוד, אשר לא זכה לתשומת הלב הראויה. אבוטבול, אחד החוקרים בצח"ם של מרכוס, נכנס במפתיע לתחנת משטרה בטבריה ומסר הודעה קצרה לחוקר התורן. בהודעה זו הסביר אבוטבול כי הוא חזר בתשובה, ולכן החליט לנקות את מצפונו ולדווח על מעשים בלתי כשרים שהיה מעורב בהם במהלך משפטו של ברנס.

בהודעתו סיפר אבוטבול, כי שיקר על דוכן העדים במשפטו של ברנס, וזאת על-פי הדרכה שקיבל מן התובע מטעם הפרקליטות, עו"ד עדי בראונר. השקרים שסיפר בבית המשפט המחוזי בחיפה נגעו להשתתפותו בחקירות של ברנס ולתרגילי חקירה שהשתמשו בהם החוקרים כדי לגרום לברנס להודות. בסוף ההודעה הוסיף אבוטבול, כי הוא עדיין משוכנע שברנס הוא הרוצח של רחל הלר ז"ל, אך בכל זאת מצא לנכון להתוודות על השקרים שסיפר בבית המשפט.

הודעתו הכתובה של אבוטבול לא הייתה בידיו של עו"ד גולדברג, בעת שכתב את בקשתו למשפט חוזר. אולם, נציגת היועץ המשפטי לממשלה פעלה בהגינות וחשפה

20 מ"ח 6731/96 ברנס, לעיל הערה 3.

בעצמה את ההודעה החדשה לעיני בית המשפט העליון. למרבה הצער, הודעתו החדשה של אבוטבול נבלעה בין המסמכים בתיק, ולא זכתה להתייחסות ראויה. המשנה לנשיא לויין לא התייחס להודעתו של אבוטבול, כאשר דחה את בקשתו של ברנס למשפט חוזר.

יג. הלכת קוזלי ודוקטרינת הפגמים הדיוניים החמורים

בפברואר 1999 הורה הנשיא ברק על עריכת משפט חוזר לחמשת הנאשמים שהורשעו ברציחתו של הנער, דני כץ ז"ל²¹. במסגרת ההחלטה התייחס הנשיא ברק למחלוקת פרשנית שנתגלעה בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הסנגוריה הציבורית, אשר הצטרפה לדיון במעמד של "ידיד בית המשפט" – *Amicus Curiae*. המחלוקת נגעה לפרשנותו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, היוצר עילה למשפט חוזר כאשר קיים "חשש של ממש" לעיוות דין. מהם הקריטריונים לקיומו של אותו חשש? כיצד יש לפרש את המונח "עיוות-דין"? האם "עיוות דין" (*miscarriage of justice*) הנו מושג צר, הוזהה במהותו ל"הרשעת החף" (*conviction of the innocent*), או שהוא מושג רחב, הכולל בחובו גם את הרעיון של "משפט לא הוגן" (*unfair trial*)? האם כל משפט בלתי הוגן הנו גם עיוות-דין? האם ישנם משפטים בלתי הוגנים שאינם בחזקת עיוות-דין?

במעמדה כידיד בית המשפט הציגה הסנגוריה הציבורית עמדה עקרונית, לפיה יש לפרש את סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט בהתאם לתפיסה חוקתית, המכירה בזכות היסוד של נאשם להליך משפטי נאות (*due process of law*). על-פי תפיסה זאת, כאשר מתגלה פגם דיוני חמור במשפטו של נאשם, יש בכך הפרה של זכותו להליך נאות, ולפיכך יש לראות את ההליך הפגום כעיוות-דין שיש לתקנו באמצעות ביטול ההליך, ומתן אפשרות למשפט חוזר.

לשיטתה של הסנגוריה הציבורית, נידון המבקש משפט חוזר אינו חייב בכל מקרה ומקרה להצביע על קשר סיבתי בין הפגיעה בזכויותיו לבין התוצאה במשפטו. במקרים חריגים, כאשר הפגיעה בזכות למשפט הוגן היא קיצונית וחמורה, יש להורות על משפט חוזר, אף אם לא ניתן להצביע על קשר סיבתי בין הפגם בהליך לבין התוצאה במשפט. כאשר בית המשפט נוכח לדעת כי הנאשם הורשע באמצעות הליך פגום, תוך רמיסת זכויותיו היסודיות, יש לבטל את ההליך, משום שהליך כזה מהווה כשלעצמו "עיוות דין". אסור למערכת המשפט להכשיר הליך פגום, רק משום שלא ניתן להצביע על קשר סיבתי בין הפגם בהליך המקורי לבין התוצאה המרשיעה. הליכים, הנגועים בפגמים דיוניים חמורים, ראויים להיפסל ולהימחק מספר פסקי הדין. אין להשלים עם שלילת

21 מ"ח 7929/96 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529 (להלן – "הלכת קוזלי").

חירות וכבוד באמצעות הליכים בלתי תקינים. זאת הייתה הפילוסופיה המשפטית אשר עמדה ביסוד טיעוניה של הסנגוריה הציבורית. עמדה עקרונית זו נתמכה גם על-ידי עו"ד אביגדור פלדמן, אשר ייצג את חמשת הנידונים שביקשו משפט חוזר.

היועץ המשפטי לממשלה הציג בטיעונו עמדה פרשנית שונה לגבי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט. לשיטתו, המונח "עיוות דין" מתייחס בעיקרו להרשעת החף, והמבקש משפט חוזר חייב להצביע על קשר סיבתי בין הפגמים במשפט המקורי לבין התוצאה המרשיעה בעניינו. בהיעדר קשר סיבתי כזה, אין מקום להורות על משפט חוזר.

בוויכוח שניטש בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הסנגוריה הציבורית, אימץ הנשיא ברק את גישתה הפרשנית של הסנגוריה הציבורית. דבריו של הנשיא ברק בהקשר זה יצוטטו בהרחבה, משום שהם מהווים אבן דרך חשובה בהתפתחות המשפט הדיוני החוקתי, ומשום שהם עתידים להוות מסד מרכזי בהחלטתה של השופטת דורנר בעניינו של ברנס. כך כותב הנשיא ברק לגבי המונח "עיוות דין" בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט:

"עיקר המחלוקת בין הצדדים ביחס למושג עיוות דין מתרכז בשאלה, אם מושג זה – כביטוי בסעיף 31(א)(4) לחוק – כולל גם מקרה בו אירע פגם דיוני בדיון המקורי. פגם, שאין בעקבותיו השפעה פוטנציאלית על התוצאה ... המונח 'עיוות דין' מצוי בכמה דברי חקיקה... בולט ביניהם סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, הקובע כי בית-המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם 'עיוות דין'. סעיף זה פורש בפסיקה, כטומן בחובו מבחן אובייקטיבי הבוחן אם קיים חשש סביר כי הפגיעה בזכויות הנאשם השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי במובן זה, שעקב הפגם גדלה הסבירות להרשעת שווא... אכן, בעיקרו יש לראות מבחן זה כמבחן הסתברותי-תוצאתי הבוחן את היחס בין הפגיעה לבין אפשרות של שינוי בתוצאת המשפט... בה בעת, אין הכרח כי פירוש זה, המתרכז במבחן הסתברותי-תוצאתי, הוא שיאומץ בלעדית בגדריה של עילת סעיף 31(א)(4) לחוק... כך הדבר, ראשית, שכן יש לפרש ביטוי בהקשרו החקיקתי ובהתייחס לתכלית העומדת ביסוד דבר החקיקה... תכלית זו הינה מתן שיקול-דעת רחב בידי מי שצריך להחליט בבקשה למשפט חוזר. זו הייתה גם התכלית בשינוי תנאיו של סעיף 31 לחוק והוספת סעיף 31(א)(4) לחוק. עניינה של ההוראה הוא מתן היכולת להשקיף באותו 'מבט על' על ההליך כולו. תכלית זו מחייבת ליתן למונח 'עיוות דין' בהתייחס לבקשה למשפט חוזר, תוכן ומהות רחבים שאינם זהים בהכרח לתוכנו ולמהותו בהקשרים אחרים. שנית, סעיף 31(א)(4) עצמו אינו כולל בלשונו יסוד בדבר שינוי פוטנציאלי בתוצאות המשפט, שלא כסעיפים 31(א)(1) ו-31(א)(2) לחוק. בשוני לשוני זה, יש כדי להצביע על

היעדרה העקרוני של הדרישה בדבר שינוי תוצאות המשפט מגדריה של העילה שבסעיף 31(א)(4). שלישית, הכרה בעילה רחבה של עיוות דין, ככוללת גם פגמים דיוניים חמורים, עולה בקנה אחד עם המשקל שיש ליתן לזכויות היסוד של הנאשם בהליך הפלילי, לכבודו ולחירותו, בייחוד נוכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהעלה עקרונות אלו לרמה חוקתית על-חוקית...

רביעית, פעמים רבות הקו המבחין בין פגם דיוני חמור לבין פגם שיש בו כדי להשפיע על תוצאת המשפט, אינו כה ברור. אכן, קשה לכחד כי במצבים רבים קיומו של פגם דיוני חמור מקים חזקה להשפעה על תוצאת ההליך. זאת ועוד: תוצאת ההליך אינה הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עמה גם הכרעה באשר לדרך הראויה לניהול ההליך ולשמירה על זכויותיהם של המתדיינים בפניו של בית המשפט. הנה כי כן, פגם דיוני חמור הינו במידה רבה פגם מהותי חמור.

על יסוד טעמים אלה, מקובלת עליי ההשקפה, כי במסגרת סעיף 31(א)(4) אין הכרה להראות בכל מקרה כי תוצאת הפגם בהליך הייתה בשינוי פוטנציאלי של תוצאת המשפט – ואלמלא אותו הפגם בהליך הייתה תוצאת המשפט יכולה להיות אחרת²².

יד. הבקשה הרביעית למשפט חוזר – המהפך החוקתי

במאי 1999 מונתה הסנגוריה הציבורית לייצג את ברנס בבקשתו הרביעית למשפט חוזר. המינוי התקבל בעקבות מכתב נרגש ששלח ברנס לבית המשפט העליון, שבו המשיך למחות על העוול שנגרם לו, ודרש בתוקף כי בית המשפט יעשה צדק בעניינו. התיק הופקד בידיה של השופטת דורנר, אשר מינתה את הסנגוריה הציבורית, כדי שסנגור מטעמה ייצג את ברנס. השופטת דורנר ביקשה, כי הסנגור הציבורי יתייחס לשאלת סמכותה לדון מחדש בעניין שכבר נבדק שלוש פעמים, בהיעדר ראיות חדשות להוכחת טענותיו של ברנס.

הסנגוריה הציבורית החליטה לבדוק את כל הפרשה ביסודיות. בתום עבודה אינטנסיבית של איסוף ראיות ושיחות עם עדים, נתגלו מספר ראיות חדשות. כך, למשל, נחשפה לראשונה מעורבותו של השב"כ בפרשה, ואף אותר חוקר שב"כ ותיק אשר מסר מידע חדש על דברים ששמע מפיו של ברנס מיד לאחר השחזור. כמו-כן, נתגלתה הודעה של שומר ממעונות החיילות בחיפה, אשר העמידה בספק את האפשרות שברנס נפגש עם רחל כליל הרצח. בנוסף, נחשפו ראיות חדשות המצביעות על שקרים של חוקרי הצח"ם בבית המשפט, ועל השיטה שעמדה מאחורי עדויות

22 שם, בע' 563-564 (ההדגשות שלי – ד' ר').

השקר המתואמות. כמו-כן, הוצגו טיעונים חדשים, המעידים, לכאורה, על מעורבותו של התובע מטעם פרקליטות המדינה במעשים חמורים מאוד. אך כל אלה לא היו מכריעים את הכף לטובתו של ברנס, אילולא אימצה השופטת דורנר את הדוקטרינה החוקתית החדשה שנקבעה בהלכת קוזלי. בקשתו הרביעית של ברנס למשפט חוזר התבססה באופן מוצהר על דוקטרינת הפגמים הדיוניים החמורים של הנשיא ברק בהלכת קוזלי. הסנגוריה הציבורית טענה, כי משפטו של ברנס מתאים באופן מובהק ליישומה של הדוקטרינה החוקתית החדשה שקבע הנשיא ברק. לית מאן דפליג, שמשפטו של ברנס היה רווי בפגמים דיוניים חמורים ביותר. מוסכם על הכל, שנציגי המדינה עשו מעשים חמורים במשפטו של ברנס ושללו ממנו את זכותו להליך משפטי הוגן. הסנגוריה הציבורית ביקשה להסיק את המסקנה המתבקשת, קרי, שיש לבטל את ההליך כולו. כיוון שרשויות המדינה פגעו באופן קשה בזכותו של ברנס להליך הוגן, מן הראוי שבית המשפט יבטל את ההליך כולו. עמדה עקרונית זו, המבוססת על תפישת עולם חוקתית, אומצה על-ידי השופטת דורנר בפרשת ברנס. בגוף ההחלטה מדגישה השופטת דורנר את המהפך החוקתי שחוללה הלכת קוזלי לגבי בקשות למשפט חוזר. המהפך הזה אפשר לשופטת לדון מחדש בעניינו של ברנס, למרות שהפרשה כבר נבדקה ביסודיות על-ידי בית המשפט העליון בשורה של החלטות קודמות. כפי שמסבירה השופטת דורנר:

“בבקשה שבפניי מסתמך ברנס על העילה של ‘פגם דיוני חמור’, שלגביה נקבע במ”ח קוזלי כי היא כלולה בסעיף 31(א)(4) לחוק. כאמור, שתי בקשותיו הראשונות של ברנס נתבררו תחת משטר משפטי שונה, על-פי סעיף 31 (א) לחוק טרם תיקונו. בקשתו השלישית של ברנס נתבררה אמנם לאחר תיקון הסעיף והוספת העילה של ‘עיוות דין’, אך עוד בטרם התגבשה בפסיקה ההלכה המורה כי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט כולל בחובו גם מקרים שבהם הרשעת הנידון נגועה בפגמים דיוניים חמורים... במסגרת הדיון בבקשות הקודמות שהגיש ברנס בחן בית-המשפט אפוא אם יש בראיות שהציג ברנס כדי לשנות מתוצאת משפטו על-פי הרף שהיה מקובל אז בפסיקה. ואילו הבקשה הנוכחית מתמקדת בטענה כי נפלו בעניינו של ברנס פגמים דיוניים חמורים שמנעו מברנס הליך הוגן במידה העולה כדי עיוות דין כמשמעו בסעיף 31(א)(4) הנ”ל”²³.

לגופו של עניין, קבעה השופטת דורנר כי זכותו של ברנס להליך הוגן הופרה, משום שמשפטו היה רווי בפגמים דיוניים חמורים. ישנו חשש אמיתי שהפגמים במשפטו של ברנס השפיעו על התוצאה במשפטו המקורי. חשש זה לא הוסר על-ידי המדינה

23 עניין ברנס, לעיל הערה 5, בע' 380–381.

בטיעוניה בבית המשפט העליון. די בכך כדי להורות על משפט חוזר, הגם שאין בכך כדי להוכיח שברנס הורשע בגין מעשה שלא ביצע. עומדת על כך השופטת דורנר:

“איני בטוחה עוד כלל ועיקר באשמתו או בחפותו של ברנס. אפשר שהמית את רחל הלר, אפשר שלא. בסופה של פרשה זו רק דבר אחד ברור לי – בהליך הרשעתו של ברנס נפלו פגמים חמורים. שוכנעתי, כי בפגמים אלו, הרובצים לפתחה של המדינה, בצירוף האפשרות כי מודעות להם הייתה משנה את תוצאות משפטו של ברנס, די כדי להורות על קיום משפט חוזר”²⁴.

טו. תרומתה המשולשת של הלכת ברנס

החלטתה של השופטת דורנר בפרשת ברנס מהווה כאמור “קפיצת מדרגה” בתהליך הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי הדיוני. קפיצת המדרגה מתבטאת בשלושה מישורים עיקריים: ראשית, השופטת דורנר קובעת, כי הזכות להליך פלילי הוגן מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, השופטת דורנר משתמשת בתרופה חוקתית יעילה ונועזת: פסילת הרשעה שהתקבלה בהליך פלילי סופי. כלומר, השופטת אינה מסתפקת בהצהרה על חשיבותה של הזכות להליך הוגן; היא מפעילה בפועל את הדוקטרינה החוקתית במישור המעשי, כאשר היא מבטלת את התוצאה של הליך פלילי, הנגוע בהפרה חוקתית חמורה. שלישיית, החלטתה של השופטת דורנר פותחת פתח ליישומה של התרופה החוקתית של פסילת הרשעות, לא רק בהליכים נדירים כגון בקשות למשפט חוזר, אלא בתחום הרחב יותר של ערעורים פליליים רגילים.

טז. העיגון החוקתי של הזכות להליך הוגן

הזכות להליך פלילי הוגן מוזכרת בהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, אשר הונחה מספר פעמים על שולחנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת²⁵. דא עקא, הכנסת טרם אישרה חוק יסוד זה. לפיכך, הזכות למשפט הוגן, אשר מוכרת מזה שנים רבות כ”זכות יסוד”, טרם עוגנה באופן מפורש בחוקה הכתובה של מדינת ישראל. יחד עם זאת, ניתן לטעון כי זכות זאת מעוגנת מכללל בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא

24 שם, בע' 384.

25 עיינו: ה"ח 100, סעיף 7(א); ה"ח 324, סעיף 7(א); ה"ח 335, סעיף 8 (א); עיינו גם בסעיף 8 להצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 29.11.99 (ה"ח מס' 993 שלא פורסמה), ביום 27.3.2000 (ה"ח מס' 1575 שלא פורסמה) וביום 2.6.03 (ה"ח מס' 848 שלא פורסמה).

ברק הולך בדרך פרשנית זו בכתביו האקדמיים ובפסיקתו כשופט. כפי שמסביר פרופ' ברק בספרו על פרשנות חוקתית:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי 'אין פוגעים... בכבודו של אדם באשר הוא אדם', וכי 'כל אדם זכאי להגנה... על גופו ועל כבודו'. כן קובע חוק היסוד, כי 'אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת'. האם הוראות אלו יכולות להיות בית-קיבול לזכויות במסגרת ההליך הפלילי? לדעתי התשובה היא בחיוב. 'כבודו' של האדם (בסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד) ו'חירותו של אדם' (בסעיף 5 לחוק-היסוד) מהוות בסיס ראוי שעליו ניתן להשתית זכויות אדם שונות המקובלות בהליך הפלילי, ושאינן מוצאות ביטוי בהוראות המיוחדות העוסקות בחיפוש, במעצר ובמאסר. כך, למשל, מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך-דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין"²⁶.

אם הזכות להליך פלילי הוגן טמונה ממילא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מדוע נכללה זכות זו גם בהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט? אם הרשות המכוננת לא אישרה בסופו של דבר את הצעת החוק, האם יכולה הרשות השופטת לקבוע כי הזכויות המנויות באותה הצעת חוק מעוגנות ממילא בחוק יסוד אחר שאושר על-ידי אותה רשות מכוננת? פרופ' ברק נוקט עמדה ברורה בסוגיה זו. לדעתו, העיכוב בחקיקתו של חוק יסוד: זכויות במשפט אינו מונע מבית המשפט לעגן זכויות דיוניות, כגון הזכות להליך נאות, בגדרו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁷. גם השופטת דורנר נוקטת עמדה ברורה בסוגיה זו, כאשר היא כותבת במפורש, כי:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם"²⁸.

26 א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 432. עיינו גם: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 281, שם כותב פרופ' ברק כי: "זכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק מכבוד האדם שלו".

27 ברק, לעיל הערה 6, בע' 22–23, שם כותב פרופ' ברק כי: "הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט כוללת רשימה חשובה של זכויות אדם הקשורות לניהול המשפט, ובמרכזן הוראות באשר לניהול ההליך הפלילי. הצעה זו טרם עברה את כל שלבי החקיקה. עם זאת אין בכך כדי למנוע את הקונסטיטוציונליזציה של ההליך הפלילי עוד בטרם הפכו הוראות אלה לחלק מחוקת המדינה. אכן, הקונסטיטוציונליזציה של ההליך הפלילי מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד זה מגן על חייו, גופו וכבודו של אדם ואין בכך כדי ליתר הסדר חוקתי מפורט... עם זאת, כל עוד לא נתקבלה חקיקת יסוד זו, לא יהא מנוס מגזירת ההסדרים החוקתיים בהליך הפלילי מתוך ההוראות הכלליות הקיימות".

28 עניין ברנס, לעיל הערה 5, בע' 375.

השופטת דורנר נותנת בזאת גיבוי לדעה הרווחת בקרב מספר שופטים ואקדמאים, הסבורים כי הזכות החוקתית למשפט הוגן מהווה חלק אינטגרלי מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁹. זהו מהלך סמלי חשוב, המשרג את הזכות למשפט הוגן מ"זכות יסוד" ל"זכות יסוד חוקתית". הזכות להליך הוגן "עולה כיתה", ובכך נפתח פתח להתפתחות המשפט הדיוני החוקתי³⁰. מוקדם עדיין להצביע על המשמעות של מהלך זה. אין לדעת אם הפסיקה בישראל תפתח דוקטרינה חוקתית מסועפת, ברוח הפסיקה בארצות הברית, המבוססת על התיקון החמישי והתיקון הארבעה עשר לחוקה, שבהם מעוגנת הזכות ל-"Due Process of Law". אך בשלב זה ברור, כי התפיסה החוקתית של השופטת דורנר לגבי הזכות להליך הוגן מהווה בסיס מוצק לפסילת הליכים הנגועים בפגמים דיוניים חמורים.

יז. פסילת הליכים כתרופה חוקתית

המשפט הפלילי הדיוני עובר בעשור האחרון תהליך המכונה "קונסטיטוציונליזציה". בהקשר זה התעורר דיון מעמיק לגבי התרופה המשפטית הראויה, כאשר המדינה מפרה את זכויותיהם החוקתיות של עצורים, חשודים ונאשמים. עיקר הדיון התמקד עד כה בנושא של פסילת ראיות.

שופטים ואקדמאים רבים הביעו את דעתם כי תהליך הקונסטיטוציונליזציה מחייב שינוי בתפיסת המשפט הישראלי לגבי פסילת ראיות³¹. הטענה היא, שפסילת ראיות מהווה כלי חיוני לשימור זכויות חוקתיות. אולם, בית המשפט העליון מתקשה לאמץ את התרופה החוקתית של פסילת ראיות, משום שדיני הראיות בישראל עדיין מושפעים מפילוסופיה שיפוטית, המתייחסת בחשדנות למחסומים של קבילות³².

29 ע"פ 2910/94, 2912, 2922, 2929, 3737 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 221, 344-345; עיינו גם: א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תשנ"ו) 234-235, 959; ב' אוקן וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים" המשפט ג (תשנ"ו) 265.

30 השוו אוקן ושחם, שם, שם: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו. זכותו של אדם לחירות עוגנה. יש לה השלכה מהותית על ההליך הפלילי. זכות זו נאבקה בגדרו, אולי יותר מאשר בכל מגזר אחר של המשפט, על הבכורה. בתוך כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי. משמעות הדברים היא שינוי של הפירמידה הערכית. סדרי הדין הפליליים 'עלו כיתה'. מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית. אם זכויות הנאשם במשפט הפלילי נגזרו עד היום מהוראות סדרי הדין, 'מעטה' ייגזרו הוראות סדרי הדין הפלילי מזכויות האדם המוגנות בדבר הליך פלילי" (ההדגשה במקור — ד' ו').

31 א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין — האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139; מ' אלון "חוקי-היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 27; ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי — האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל (תשנ"ט) 145; י' שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 375.

32 השוו: ד' מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט

בשנים האחרונות מסתמן סיכוי לפריצת דרך בנוגע לכלל הפסילה החוקתית. מספר שופטים בבית המשפט העליון כבר נקטו עמדה פומבית התומכת בתרופה חוקתית שתלבש צורה של סמכות שיפוטית לפסול ראיות שהושגו באמצעות הפרת זכויות יסוד³³. בעת כתיבת שורות אלה מונחים מספר תיקים בבית המשפט העליון, שעשויים לשמש בסיס לקביעת הלכה חדשה בעניין זה³⁴.

אך בעוד הוויכוח בעניין פסילת ראיות טרם הוכרע, ביצעה השופטת דורנר "איגוף טקטי", כאשר פילסה דרך אחרת לביצורן של זכויות חוקתיות במישור הפלילי. במקום לפסול ראיה, פוסלת השופטת הליך פלילי חלוט וסופי, שהשתרע על פני עשרים וחמש שנים, ונודון בפני אחד עשר שופטים בכירים. ההליך המקורי נפסל והמשפט של ברנס הוחזר לנקודת ההתחלה, משום שהמשפט המקורי היה נגוע בפגם דיוני המגיע לדרגה של הפרת זכות חוקתית.

דוק בדבר: השופטת מיישמת תרופה חוקתית נועזת, כאשר היא מבטלת את התוצאה של הליך פלילי שלם, אשר נדון בערכאות משפטיות רבות³⁵. המסר של

מג (תשנ"ז) 83. מזה שנים רבות כבולה המערכת המשפטית בתפישת עולם בסיסית, הרואה את פירוק מחסומי הקבילות כהתקדמות רצויה לקראת מצב שבו השופט המקצועי יוכל לבחון את מכלול הראיות הרלבנטיות לבירור האמת. תפיסה זאת של דיני הראיות אינה מתיישבת עם השקפת העולם החוקתית. שופט המקבל לידי ראיות שהושגו באמצעות הפרת החוקה מכרסם במעשיו את מעמדה של החוקה.

33 בהקשר זה ראוי לציין במיוחד את הערותיהם של השופטים ביניש וחשין בע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 2002(4) 729, שבו ביקש הסנגור לפסול מסדר זיהוי שנעשה תוך עקיפת הזכות לסנגור. השופטת ביניש כותבת, כי: "כבר נודמן לנו להביע דעה כי בנסיבות מסוימות, עלולים פגמים בחקירה להוות פגיעה בזכות יסוד חוקתית של חשוד, ותוצאתם עלולה להיות פסילת קבילותה של ראיה" (שם, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ביניש). באותה פרשה מוסיף השופט חשין הערה, שהיא בגדר נבואה: "הסניגור המלומד, עו"ד אבי כהן, העלה לפנינו טענות קונסטרוקטיוניות מן המעלה הראשונה, ואף הוסיף והציע כי להכרעה באותן טענות יש וראוי להרחיב את המושב. אלא שלכל עת וזמן לכל חפץ. עיתה של אותה הכרעה יבוא אך לא בעניין שלפנינו".

34 בהקשר זה ראוי לציין במיוחד את ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם). התיק הועבר בשנת 2000 להרכב של שבעה שופטים, ונתקבלו בו סיכומים מטעם התובע הצבאי הראשי, היועץ המשפטי לממשלה, הסנגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין.

35 ראוי להבהיר כי עצם סיווגה של זכות יסוד דיונית כזכות חוקתית אינו מחייב ביטול אוטומטי של כל הרשעה המתקבלת באמצעות הפרת הזכות. להמחשת נקודה זו, די אם נעייין בוויכוח המתנהל בדין החוקתי בארצות הברית סביב הדוקטרינה של "harmless error". במסגרת הוויכוח הזה, יש המצדדים בפסילה אוטומטית של הרשעה הנגועה בפגמים חוקתיים, ויש המבקשים להחיל מבחן סיבתי לבדיקת הקשר בין הפגם בהליך לבין התוצאה במשפט. בפסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית אומצה עמדת ביניים, לפיה פגמים חוקתיים מסוימים מביאים לפסילה אוטומטית של הרשעה ופגמים חוקתיים אחרים מביאים לפסילת ההרשעה בכפוף לבדיקת הקשר הסיבתי בין הפגם לבין תוצאת המשפט. *Chapman v. California* 386 U.S. 18 (1967); *Arizona v. Fulminante* 499 U.S. 279 (1991). לסקירה תמציתית של הדין החוקתי של ארצות הברית בנקודה זו, עיינו: J. H. Israel & W.R. Lafave *Criminal Procedure — Constitutional*.

ההחלטה הוא חד וברור. הרשעה הנסמכת על הליך בלתי חוקתי תיפסל ותימחק. הליך, המאופיין בפגם חוקתי, יוחזר לנקודת ההתחלה³⁶. בית המשפט יבטל הליכים הנגועים בפגמים דיוניים חמורים, אשר עולים לכדי פגיעה בזכותו החוקתית של נאשם להליך הוגן. בכך מחזקת השופטת דורנר את מעמדן של זכויות דיוניות בהליך הפלילי, ומרחיבה את הארסנל השיפוטי לביצור זכויות חוקתיות של נאשמים.

יח. טיפולוגיה של פגמים דיוניים – מפת הדרכים ליישומה של הלכת קוזלי

במסגרת החלטתה בעניינו של ברנס משרטטת השופטת דורנר מעין "מפת דרכים" ליישומה של הלכת הפגמים הדיוניים שעוצבה בפרשת קוזלי. מפת הדרכים כוללת סיווג של פגמים דיוניים לפי רמת חומרתם, וקביעה של רמות הוכחה שונות לגבי השפעתם על תוצאות המשפט המקורי. כדברי השופטת דורנר:

"פגמים דיוניים חמורים מקימים חזקה שאינה ניתנת לסתירה בדבר אפשרות השפעתם על תוצאות המשפט... ואילו פגמים דיוניים מהותיים חמורים פחות מעבירים את הנטל אל כתפי התביעה להראות היעדר אפשרות להשפעה כזאת"³⁷.

בפסקה זו מפתחת השופטת דורנר את ההלכה שהתווה הנשיא ברק בפרשת קוזלי, ומסמנת את הדרך ליישומה בפועל במסגרת בקשות למשפט חוזר. כאשר בית המשפט דן בבקשה למשפט חוזר, עליו לסווג תחילה את הפגמים הדיוניים המתגלים במשפט המקורי. אם הפגמים הדיוניים מגיעים לדרגת חומרה גבוהה, כגון פגמים הפוגעים באופן קיצוני בהגנותו של ההליך המקורי, הרי שיש להורות באופן אוטומטי על משפט חוזר, משום שקיומם של פגמים מסוג זה יוצר חזקה "חלוטה" שאינה ניתנת לסתירה על-ידי המדינה. משמע: במקרים אלה, קיימת חזקה חלוטה שהפגמים השפיעו על תוצאת המשפט, והמבקש אינו צריך להראות קשר סיבתי בין הפגם

Limitations In A Nutshell (St. Paul, Minn, 6th ed., 2001) 492–500; M.E. Cammack & N.M. Garland *Advanced Criminal Procedure In A Nutshell* (St. Paul, Minn, 2001) 469–472. ראוי לציין, כי קיימת אי בהירות מסוימת בגוף החלטתה של השופטת דורנר, בכל הנוגע להצגת הדין החוקתי של ארצות הברית. במסגרת הדיון בדין החוקתי של ארצות הברית, השופטת דורנר אינה מציינת את העובדה שדוקטרינת "החזקה החלוטה", היוצרת כלל פסילה אוטומטי, הוחלה בדין החוקתי האמריקאי לגבי פגמים חוקתיים מסוימים, כגון הפגיעה בזכותו של נאשם לייצוג על-ידי סגור.

36 כפי שמסביר הנשיא ברק בהלכת קוזלי: "משעה שהורה הנשיא על משפט חוזר בפני בית המשפט המחוזי, יש לפתוח את ההליך מחדש. זהו הליך "de novo". אין עוד להסתמך על הרשעת המבקשים או על הממצאים והמסקנות שהוסקו נגדם". עניין קוזלי, לעיל הערה 21, בע' 566.

37 עניין ברנס, לעיל הערה 5, בע' 379.

בהליך המקורי לבין תוצאתו. דינו של ההליך המקורי להתבטל, גם אם אין אפשרות מעשית להצביע על קשר בין הפגם הדיוני החמור לבין ההרשעה. לעומת זאת, כאשר הפגמים הדיוניים הם ממשיים, אך דרגת חומרתם אינה קיצונית, בית המשפט צריך לבחון את הקשר הסיבתי בין הפגמים לבין התוצאה במשפט. במקרה כזה, על המדינה קמה החובה להוכיח היעדר קשר סיבתי בין הפגם הדיוני לבין תוצאת המשפט. אם המדינה מצליחה להרים את הנטל, אזי ההליך המקורי יישאר בתוקף, למרות קיומו של הפגם הדיוני.

השופטת דורנר קובעת, כי הפגמים הדיוניים במשפטו של ברנס שייכים לדרגת חומרה המעבירה את נטל ההוכחה לידי התביעה. לא מדובר בפגמים בדרגת החומרה הקיצונית ביותר, המקימים "חזקה חלוטה" כי השפיעו על ההרשעה. אולם הפגמים בהחלט מחייבים את התביעה להוכיח, כי הם לא השפיעו על תוצאת המשפט. התביעה לא הרימה נטל זה, ולפיכך הורתה השופטת דורנר על משפט חוזר בעניינו של ברנס. הטיפולוגיה שמפתחת השופטת דורנר בעניינו של ברנס ישימה גם מעבר לתחום הצר של בקשות למשפט חוזר. ניתן בנקל ליישם את הלכת הפגמים הדיוניים החמורים שהתווה הנשיא ברק, ואת מפת הדרכים שעיצבה השופטת דורנר, במסגרת ערעורים פליליים רגילים. כפי שיוסבר מיד, יישומן של הלכות קוזלי וברנס בתחום הערעור הפלילי הנו הצעד המתבקש הבא בתהליך הקונסטטוטיונליזציה של ההליך הפלילי במדינת ישראל.

י.ט. ממשפט חוזר לערעור פלילי – סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי

ערעור פלילי אינו דומה לבקשה למשפט חוזר. החוק והפסיקה מבחינים באופן ברור בין הליכי ערעור פלילי לבין בקשות למשפט חוזר³⁸. כללי הדיון בערעור פלילי אינם דומים לכללי הדיון בבקשה למשפט חוזר³⁹. אמות המידה לקבלת ערעור רחבות יותר מאמות המידה לקבלת בקשה למשפט חוזר.

אך למרות השוני בין שני ההליכים, חייבת להיות הרמוניה מסוימת ביניהם. ההלכות הנוגעות לקבלת משפט חוזר אינן יכולות לעמוד בסתירה להלכות הנוגעות לערעור. להבהרת נקודה זו, די אם נעיין בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"), הקובע כי: "בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין".

38 מ"ח 4057/02 סובחי נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 2002 (2) 225, בפסקה 7 להחלטתו של השופט לוי.

39 תקנות בתי המשפט (סדרי הדין במשפט חוזר), תשי"ז-1957. השווה: חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיפים 197-220.

סעיף זה קיים בספר החוקים מזה שנים רבות, וערכאות הערעור עושות בו שימוש תכוף. אך טרם התקיים דיון משפטי מעמיק בפירושו של המונח "עיוות דין" בסעיף זה. כפי שמסבירה ע' שקולניקוב:

"מתי יוכלו שופטי הערעור לומר שטעותו של בית-המשפט קמא לא גרמה לעיוות דין? מה הם המבחנים שימשו לבדיקה זו? על שאלות אלו לא ניתנה תשובה בחוק, בפסיקה או בספרות המשפטית בישראל. היעדר הדיון העיוני עומד בניגוד לשימוש המעשי הרב שנעשה בסעיף..."⁴⁰.

כיצד, אם כן, יש לפרש את המונח "עיוות דין" בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי? האם ניתן לפרש מונח זה על-פי הדרך שהתווה בית המשפט העליון בהלכות קוזלי וברנס? האם ניתן לפרש את המונח "עיוות דין" בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי באופן דומה לפרשנות שהוצעה לאותו מונח בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט? עד היום, שופטים שעסקו בערעורים פליליים לא פיתחו מבחן חוקתי הדומה להלכת הפגמים הדיוניים של הלכות קוזלי וברנס⁴¹. יתרה מזו: שופטי הערעור שהשתמשו בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי נמנעו מלפרש את הסעיף באופן הדומה לפירוש החוקתי שהציעו השופטים ברק ודורנר בהלכות קוזלי וברנס⁴². השאלה המתבקשת היא: האם תיתכן דיסהרמוניה פרשנית בנוגע למונח "עיוות דין" בשני ההקשרים?⁴³ האם "עיוות דין" לצורך בקשה למשפט חוזר יכול להיות שונה מ"עיוות דין" לצורך ערעור?⁴⁴ לדעתי, אי אפשר להשלים עם דיסהרמוניה פרשנית חריפה בין שני המישורים הללו. להמחשת נקודה זו, די אם נבחן את הדוגמא ההיפותטית הבאה:

40 ע' שקולניקוב "מהו 'עיוות דין'? לפירוש של סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982" עלי משפט ב (תשס"ב) 66.

41 כפי שמסבירה ע' שקולניקוב במאמרה: "בכמה פסקי-דין שבהם נבדקה שאלת עיוות הדין הנגרם מעצם הפרת זכות כלשהי מזכויות הנאשם, יש התייחסות לעוול הנגרם על-ידי עצם הפרת הזכות. אלא שזו לא הייתה סיבה מספקת לבטל את ההרשעה, ובית-המשפט המשיך והפעיל מבחן תוצאתי". שם, בע' 75.

42 עיין: רע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (1) 793, והאסמכתאות המובאות שם.

43 המונח "עיוות דין" מצוי בשורה של הוראות חוק פרוצדורליות. ראו למשל: סעיפים 89 ו-128 לחוק סדר הדין הפלילי; סעיף 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995; וסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957. לא מן הנמנע שיהא חוסר אחידות פרשנית לגבי המונח "עיוות דין" בכל ההקשרים השונים. אך נדמה כי הצורך בהרמוניה פרשנית קיים באופן מיוחד לגבי סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי וסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, משום ששני הסעיפים הללו עוסקים בבדיקה בדיעבד של עיוות דין, להבדיל מסעיפים אחרים העוסקים בבדיקה מלכתחילה של הסיכוי להיווצרות עיוות דין. השוו: ע' שקולניקוב, לעיל הערה 40, בע' 66.

44 השוו: צ' חובב ונ' הרדוף "על עיוות דין ו-Due Process בהחלטת בית-המשפט העליון בעניינו של עמוס ברנס" הסניגור 66 (תשנ"ב) 8.

נאשם פלוני מורשע בבית המשפט המחוזי. הנאשם מערער על הרשעתו לבית המשפט העליון. במסגרת הערעור פורס המערער עדויות המוכיחות כי הליך הרשעתו היה נגוע בפגמים דיוניים חמורים. המערער טוען שהמדינה הפרה בכך את זכותו החוקתית למשפט הוגן. המערער מבקש מערכאת הערעור להחיל בעניינו את ההלכה שנקבעה בעניין קוזלי וברנס. לטענתו, הפגמים הדיוניים במשפטו הם חמורים במיוחד, ולפי הלכת ברנס קיימת חזקה חלוטה כי פגמים אלה השפיעו על ההרשעה בבית משפט קמא. למרות שאין בידו אפשרות להוכיח את הקשר הסיבתי בין הפגמים במשפטו לבין התוצאה המרשיעה, מבקש המערער לבטל את הרשעתו ולהחזיר את הדיון לבית משפט קמא.

בשלב זה בסיפור ההיפותטי שלנו פונה יושב ראש הרכב השופטים למערער ומסביר לו את מצבו המשפטי, בזה הלשון: "אנו דוחים את הערעור שלך, משום שלא נגרם לך "עיוות דין", כמשמעו בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי. הלכת הפגמים הדיוניים אינה חלה בערכאת הערעור. ברור לנו שזכותך החוקתית למשפט הוגן הופרה, אך אין בכך "עיוות דין" לפי דיני הערעור, משום שלא מצאנו קשר סיבתי בין הפגמים הדיוניים לבין הרשעתך במשפט. החזקה החלוטה שהזכרת בטיעוניך אינה רלבנטית בערעור פלילי. לפיכך אנו דוחים את הערעור, והרשעתך נותרת על כנה. אנו מציעים לך להגיש בקשה למשפט חוזר לאחר שפסק דיננו יהפוך לחלוט וסופי. בעוד מספר חודשים, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה יבחן את בקשתך, ונשיא בית המשפט העליון ידון בה, אנו בטוחים שנשיא בית המשפט העליון יבטל את כל ההליך הפלילי בעניינך, לרבות פסק-הדין שלנו היום, ויקבע לפי הלכות קוזלי וברנס שהמשפט שלך היה בגדר "עיוות דין".

נדמה לי שהדוגמה האבסורדית הזאת ממחישה את הצורך בהרמוניה מינימלית בין דיני הערעור לבין דיני המשפט החוזר. הדוקטרינה המשפטית הנוגעת למונח "עיוות דין" שבסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי אינה יכולה לעמוד בסתירה מוחלטת לדוקטרינה הנוגעת למונח "עיוות דין" בסעיף 31(א)4 לחוק בתי המשפט. שני הסעיפים עוסקים בבחינה לאחר מעשה של תקינות ההליך הפלילי. מן הראוי, לפיכך, להחיל את ההלכות שנקבעו בעניין קוזלי וברנס על הביקורת הערעורית בפלילים. זהו מהלך מתבקש מבחינה הגיונית ומבחינה ערכית כאחת.

אימוצה של הלכת הפגמים הדיוניים החמורים בערכאות הערעור הפלילי תחזק מאוד את תהליך הקונסטרוקציה של המשפט הפלילי הדיוני. מהלך כזה יבצר את מעמדה של הזכות החוקתית למשפט הוגן, ויאפשר לבתי המשפט לצקת תוכן לזכות החוקתית הזאת. הליכי הערעור הם רבים, ובקשות למשפט חוזר הן נדירות. במסגרת הליכי הערעור הפלילי יוכלו השופטים לקבוע אמות מידה להבחנה בין סוגים שונים של פגמים דיוניים. כמו כן, יוכלו השופטים ליצור דוקטרינה של תרופות חוקתיות, ולהתאים תרופות חוקתיות שונות לפגמים שונים בהליך הפלילי. בדרך זו,

תניח הרשות השופטת את היסודות למשפט דיוני חוקתי, אשר יעגן את הנורמות החוקתיות של משפט הוגן במדינת ישראל.

כ. אחרית דבר

בתאריך 11 בדצמבר 2002 זוכה ברנס על-ידי בית המשפט המחוזי בנצרת. הזיכוי ניתן לאחר שפרקליטות המדינה הודיעה שאין בכוונתה לנהל מחדש את משפטו של ברנס. לאחר שהתביעה משכה באופן פורמלי את כתב האישום, התנהל ויכוח דיוני בין הסנגוריה לתביעה בנוגע להשלכות האופרטיביות של החזרה מאישום. התביעה ביקשה מבית המשפט לבטל את האישום, מבלי לזכות את הנאשם. הסנגוריה, לעומת זאת, ביקשה מבית המשפט לזכות את ברנס⁴⁵.

בסופו של דבר, החליט בית המשפט לסטות מדיני הפרוצדורה הפלילית הרגילה, ולזכות את ברנס "מטעמי צדק". אך השופטים לא קבעו עמדה לגבי מעורבותו של ברנס במעשים שיוחסו לו בכתב האישום, וזאת משום שלא הובאו ראיות מטעם התביעה או מטעם ההגנה.

למעלה מעשרים ושבע שנים חלפו בין הרשעתו של ברנס בבית המשפט בחיפה לבין זיכויו בבית המשפט המחוזי בנצרת. במהלך השנים האלה חלו התפתחויות חיוביות רבות במערכת המשפט ובחברה הישראלית. בסופו של דבר, מצאה המערכת המשפטית את הכלים לתיקון העוול שנגרם לברנס. נציגי היועץ המשפטי לממשלה וחוקרי משטרה חשפו בעצמם, אט אט, את התקלות הרבות במשפטו ובחקירתו של ברנס. ועדה בראשות שופט בבית המשפט העליון, השופט א' גולדברג, המליצה לתקן את החוק הנוגע למשפטים חוזרים, והרשות המחוקקת פעלה בהתאם. על סמך תיקון זה, ועל סמך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מצא בית המשפט העליון את הנוסחה המשפטית שאפשרה את ביטול ההליכים הפגומים בעניינו של ברנס.

בסופו של דבר, התעקשותו של ברנס תרמה רבות למערכת המשפט הישראלית. בזכות מאבקו העיקש, שוכללה דוקטרינת הפגמים הדיוניים החמורים, אשר עשויה להוות בסיס לחיזוקה של הזכות החוקתית למשפט הוגן. מעז יצא מתוק.

45 הוויכוח בין התביעה לסנגוריה התמקד, בסופו של יום, בפרשנותו של סעיף 94 (א) לחוק סדר הדין הפלילי. ברנס לא הספיק להשיב לאישום במשפטו החוזר, ולפיכך, לכאורה, בית המשפט חייב לבטל את האישום. אלא, שהסנגוריה טענה, שסעיף זה נתון לפרשנות מיוחדת במסגרת משפט חוזר, כאשר הנאשם כבר השיב לאישום ועמד בכפירתו במשך שנים ארוכות. הסנגוריה הסתמכה, בין השאר, על תקנה 11 לתקנות בתי המשפט (סדרי דין במשפט חוזר), תשי"ז-1957, המאפשרת לבית המשפט הדין במשפט חוזר לסטות מכללי הפרוצדורה הרגילים מטעמי צדק. שופטי הרוב בהרכב השופטים החליטו לזכות את ברנס בהסתמך על תקנה זו. שופט המיעוט החליט שיש להסתפק בביטול האישום כנגד ברנס. ראו עניין ברנס, לעיל הערה 4.

לסיום, ברצוני לצטט מכתב שקיבל ברנס מהשופט חיים כהן. המכתב נשלח בתאריך 17 בינואר 1988, מספר שנים לאחר שבית המשפט העליון דחה את בקשתו השנייה של ברנס למשפט חוזר. באותה עת ברנס היה שרוי בדיכאון עמוק, והוא שלח מכתב אישי לשופט שגילה כלפיו יחס כל כך אנושי⁴⁶. וכך השיב לו השופט חיים כהן:

“נכבדי,

קבלתי מכתבך מיום 3 לחודש זה.

הצטערתי על דיכאונך, אבל אין לאל ידי להושיעך. “הצדק” אינו מונח ברחובות, שתרים ותקח אותו, הוא גם אינו סחורה אשר בית משפט מוכר אותה. הוא אידיאל, אשר אסור להתיימש ממנו, אפילו רחוקה הדרך להשיגו...
בכל הברכות הטובות,
חיים כהן.”

46 המכתב לא פורסם.