

טענת "כשל בייצוג" בערעורים פלייליים – דימוי מול מציאות

אדוה אלאב, נטע זיו*

- א. מבוא
- ב. טענת כשל בייצוג בהליך ערעור פליילי
- ג. השיקולים בבסיס התייחסות בית המשפט העליון לטענת "כשל בייצוג"
- ד. טענת כשל בייצוג וצומת הנאמנויות של עורך הדין
- ה. המצב בארצות-הברית בנושא כשל בייצוג – לקראת שינוי?
- ו. היקף השימוש בטענת "כשל בייצוג" בערעורים פלייליים בבית המשפט העליון
- ז. סיכום

א. מבוא

ביום 8.4.2004 נדון בבית המשפט העליון ערר על החלטת מעצר עד תום ההליכים של אדם שנאשם בכיצוע עכרות פריצה לרכב וגנבה מרכב. במסגרת הדיון העלה סנגורו של החשוד טענה כי במהלך ייצוגו של העורר בערכאה קודמת נפל פגם חמור בייצוג, ומסיבה זו יש לבטל את ההחלטה לעצרו עד תום ההליכים נגדו. טענה זו של "כשל בייצוג" הנאשם כוונה לעמדתה של הסנגורית בהליך שהתקיים בבית משפט השלום. זו הסכימה לקיומן של ראיות לכאורה לביצוע העברה שבה נחשד לקוחה, ומשכך מיקדה את טיעוניה באפשרות לשלב את העורר בקהילה טיפולית לגמילה מסמים. בית משפט השלום לא נעתר לכך והורה על מעצרו עד תום ההליכים. בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון חלק הסנגור החדש על עמדת הסנגורית הקודמת וביקש לבחון את קיומן של ראיות לכאורה. שתי הערכאות דחו את טענותיו, אולם בבית המשפט העליון, בחר השופט א' מצא להוסיף את הדברים הבאים:

* אדוה אלאב, עורכת דין, בעת כתיבת המאמר היתה תלמידת תואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.
ד"ר נטע זיו היא מרצה בכירה ומנהלת התוכניות לחינוך משפטי קליני בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

"בשנים האחרונות משתרשת תופעה מתרחבת והולכת, שפרקליטי נאשמים הטוענים בערר, או בערעור, אינם מהססים להטיל דופי בשיקול-דעתם המקצועי של פרקליטים שטענו לאותם נאשמים לפני הערכאה הראשונה. הטענה בדבר 'כשל בייצוג', שבעבר הלא רחוק נחשבה לטענה נדירה ויוצאת דופן, הפכה לטענה שגורה ושכיחה, שברוב המקרים אין בה יותר מאשר ניסיון לחפות על היעדר נימוקים ראויים לשמם לתקיפת ההחלטה השיפוטית העומדת לביקורת. מן הראוי להבהיר שככלל מצופה סגור, המקבל על עצמו לייצג נאשם בערר או בערעור, להתאים עצמו לעמדה הסגוריאליית שנקט פרקליטו של הנאשם לפני הערכאה הראשונה. חריגה מן הכלל הזה עשויה להיות מותרת רק בהתקיים נסיבות חריגות ויוצאות דופן, ועליה להתבסס על נימוקים כבדי משקל. אם לא אלה הם פני הדברים, כי אז הטלת דופי בשיקוליו של עורך-הדין אשר ייצג את הנאשם במסגרת שלב קודם של אותו הליך משפטי, ראויה בעיניי להיחשב כחריגה מכללי ההתנהגות המחייבים עורכי-דין ביחסיהם זה כלפי זה. שמא תיתן לשכת עורכי הדין את דעתה לנושא".¹

מקרה זה – עניין **יושביב** – הפך זה מכבר לנקודת התייחסות בסוגיה המשפטית המוכרת כ"כשל בייצוג". אף כי בית המשפט העליון אמר דבריו אגב אורחא, נימת דבריו הבלתי אוהדים, בלשון המעטה, של השופט מצא, מוכרת היטב לסנגורים המעלים מדי פעם טענה זו בפני ערכאות משפטיות, ונתקלים בגישה שלילית מצד השופטים.

לשכת עורכי הדין בישראל, באמצעות ועדת האתיקה הארצית, נתנה בעקבות החלטה זו דעתה לטענת הכשל בייצוג. זאת, מכיוון שמדובר בסוגיה בעלת חשיבות רבה בתפקידו של עורך הדין: היא מצויה בלב מערכת יחסי עורך דין-לקוח וחובת הנאמנות של עורכי דין ללקוחותיהם מחד גיסא, וחובותיהם כלפי חברים למקצוע וכן כלפי מערכת המשפט, מאידך גיסא.

גישתה של ועדת האתיקה הייתה שונה משל בית המשפט.² היא סברה כי הפיכתה של הטענה לשגורה יותר, אין בה פגם, בייחוד לנוכח המגמה של התחזקות מעמדן של טענות בדבר אי-תקינות ההליך. באשר לאמירתו של השופט מצא, שלפיה עורכי דין מעלים טענת כשל בייצוג מתוך שיקולים טקטיים, ובהיעדר טענה טובה אחרת לערעור, סברה הוועדה שאין לבסס מסקנה מרחיקת לכת שכזו ללא בדיקה שיטתית, וזו טרם נעשתה. עוד סברה הוועדה כי ייתכן שהגידול במספר הפעמים שהטענה

¹ בש"פ 3031/04 **יושביב נ' מדינת ישראל**, תק-על 2004 (2) 86 (2004).

² דרור ארד-אילון "טענת כשל בייצוג" **אתיקה מקצועית** 1, 16 (2005).

עולה, מקורו דווקא בביקורת הציבורית המתרחבת על טיב הייצוג הניתן ללקוחות. כאשר לחשש כי העלאת טענת כשל בייצוג עשויה להיחשב כעברת משמעת, דחתה הוועדה את גישתו של השופט מצא, וציינה כי ההפך הוא הנכון.³ הוועדה אף דנה באופן שבו מן הראוי לפעול כאשר מתעורר חשש מסוג זה: "אם נעשתה הטעות הנחזית על-ידי עורך דין קודם, ישקול עורך הדין החדש אם יש מקום לפנות לקודמו כדי לקבל הסברים. מכל מקום, אין לתקוף את עורך הדין הקודם באופן אישי או להטיל בו דופי אלא יש לטעון באופן ענייני ובדרך ארץ ולהתמקד יותר בתיקון הטעות ובחשיבותה."

דברי השופט מצא ותגובת ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין מעוררים שאלות בכמה מישורים. ראשית – המישור האמפירי: האומנם מדובר בטענה שהפכה להיות "שגורה ושכיחה"? האומנם "ברוב המקרים אין בה יותר מאשר ניסיון לחפות על היעדר נימוקים ראויים"?⁴ שנית, היא מעלה שאלות מדיניות דוקטרינריות ומוסדיות: מהם השיקולים העומדים בבסיס גישת בית המשפט העליון, כפי שאלו בוטאו בדברי השופט מצא, וכיצד ניתן להסביר את עמדתו השלילית של בית המשפט כלפי טענה זו? שלישית – היחס בין עמדת בית המשפט לבין הפרקטיקה: האם ובאיזו דרך עשויה עמדת בית המשפט להשפיע על שיקול דעתם ועל החלטותיהם של עורכי הדין המבקשים לטעון לייצוג כושל על ידי קודמם בתפקיד? בשאלות אלו יעסוק המאמר.

בחלק ב' נתאר את ההלכה שהתפתחה בתחום כשל בייצוג בישראל, ונעמוד על המבחנים המחמירים – מחמירים מדי, לטעמנו – שנקבעו בסוגיה זו. בחלק ג' נעמוד על השיקולים האפשריים המצויים בבסיסה של ההלכה. במרכזו של חלק ד' ניצב את הדיון המשפטי בטענת כשל בייצוג במסגרת "צומת הנאמנויות" שבו מצוי עורך הדין, ובחלק ה' נסקור את המצב המשפטי בארצות-הברית בתחום זה, ואת ניצונו של שינוי אפשרי שחל בשנים האחרונות, בכיוון של ריכוך נוקשות של ההלכה המשפטית. בחלק ו' נסקור וננתח את המקרים שבהם הועלתה הטענה בערעורים פלייליים בבית המשפט העליון, תוך בחינת כמה משתנים, ובהם מרכזיותה של הטענה במסגרת יתר טענות הערעור ומידת ביסוסה, זהותו של עורך הדין שהעלה אותה (ייצוג פרטי או ציבורי), האם הטענה התקבלה, והאם הייתה פנייה לעורך הדין שייצג בערכאה דלמטה. מסקנתנו היא כי בניגוד לתחושה שבוטאה בעניין **יושבייב**, עד כה לא נטענה

³ שם. "מקום, שעורך הדין גילה טעות בייצוג הלקוח, בין שנעשתה על ידיו ובין שנעשתה על ידי עורך דין אחר, ואי תיקון הטעות יזיק לעניינו של הלקוח, עליו לפעול לתיקון הטעות." וכן ראו: החלטה את 116/04 של ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין "ייצוג: העלאת טענה של כשל בייצוג" (15.12.2005).

⁴ יוער, כי בסופו של המשפט נגדו, ולאחר שהיה עצור עד תום ההליכים המשפטיים, **זוכה יושבייב** מן האישומים שיוחסו לו בכתב האישום, בהיעדר תשתית ראייתית מספקת. הוא הורשע תחתיהם בעברה של החזקת רכוש חשוד כגנוב, עברה הפחותה בהרבה בחומרתה. ראו ת"פ (שלום קריות) 222/04 **מדינת ישראל נ' יושבייב**, תק-של (2)04 (2004) 6454.

טענת כשל בייצוג באופן העושה בה שימוש וניצול לרעה. ברובם המכריע של המקרים שנבחנו נראה כי היה בסיס לטענה זו, ולא דובר במהלך טקטי בלתי ראוי. עם זאת, מן הראוי לדרוש מעורכי דין המעלים טענת כשל בייצוג לפנות קודם לעורכי הדין שייצגו בהליך הקודם, על מנת לקבל את עמדתם ולהביאה בפני בית המשפט. בחלק האחרון של המאמר נעלה הצעות ראשוניות לשינוי הגישה לטענת כשל בייצוג ובכלל זה ריכוך הדרישה להוכחת קשר סיבתי תוצאתי בין הייצוג הכושל לבין החלטתו של בית המשפט.

ב. טענת כשל בייצוג בהליך ערעור פלילי

טענת "כשל בייצוג" בהליך ערעור פלילי, מבוססת על חשש לקיומו של עיוות דין שנגרם לנאשם במשפטו עקב ייצוג בלתי הולם. מכאן שבבסיסה זוהי טענה "הליכית", והיא נבנית מהחשיבות הניתנת בשיטת המשפט הישראלית לזכות להליך ההוגן (Due Process) כחלק מהשיטה האדברסרית בכלל, ובמשפט פלילי במיוחד, ולמרכזיותה של זכות הייצוג המשפטי בהבטחת הליך הוגן.⁵

הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות יסוד חוקתית בישראל.⁶ אחת הזכויות הנובעת ישירות מהזכות להליך הוגן היא הזכות לייצוג הולם. נהוג לומר על הזכות לייצוג שהיא החשובה בזכויות הנאשם, מכיוון שרק באמצעותה יכול הנאשם לממש את כל זכויותיו האחרות בשיטתנו האדברסרית, שבה האמת אמורה להתגלות דרך טיעונים והבאת ראיות משני עברי המתרס.⁷ בשל חשיבותה של הזכות לייצוג, הרי אין להסתפק בייצוג פורמלי ולמראית עין בלבד, אלא יש להבטיח שהייצוג יהיה הולם ואפקטיבי. מכאן, שאם הזכות לייצוג הולם הנה חלק מן הזכות להליך ראוי, אזי במקרים קיצוניים אין לאשר הרשעה שהיא תוצאה של משפט שבו נשללה מן הנאשם זכות זו, שכן "המדובר במשפט בלתי הוגן אשר שיטה משפטית המבקשת לשמור על היושרה שלה איננה יכולה לדבוק בתוצאותיו".⁸

⁵ על חשיבות הזכות לייצוג משפטי כחלק מהזכויות הדיוניות במשפט: קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" **עיוני משפט** יג 557 (1988); ובהליך אזרחי: יורם רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי" **המשפט** ו 225 (2000).

⁶ אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 281 (1994); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך ראשון, 234–235 (1996); בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטית" **המשפט** ג 265 (1996); ולאחרונה – ע"פ 5121/98 **יששכרו ב' נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 4.5.2006).

⁷ א' מגן "הזכות לייצוג בפלילים" **הפרקליט** מד 243 (1999); ראו גם: ע"פ 7335/05 **הסנגוריה הציבורית נ' תקומי** (טרם פורסם, 15.9.2005); בג"ץ 6302/92 **רומחיה נ' משרתת ישראל**, פ"ד מז(1) 209 (1993).

⁸ יואב ספיר "הזכות לייצוג הולם וטענת 'כשל בייצוג'" **הסנגור** 95, 20 (2005).

אולם על אף היותה טענה הליכית, הקפידו בתי המשפט לבחון אותה במבחני מהות, ולברר את מידת השפעתו של הפגם ההליכי על התוצאה הסופית של המשפט. בשורה של החלטות נקבע, כי על מנת שטענת כשל בייצוג תתקבל, אין די בהצבעה על כשל שהתקיים בייצוג בערכאה הקודמת (גם אם חמור הוא), אלא שיש להצביע על עיוות דין שנגרם לנאשם בשל אותו הכשל.⁹

בפסיקה המועטה של בית המשפט העליון, שהתייחסה לסוגיה של טענת "כשל בייצוג" נקבע, שטענת כשל בייצוג תתקבל רק בנסיבות חריגות ולאחר עמידה במבחן סיבתית-תוצאתי, דהיינו: על הטוען לעיוות דין בשל כשל בייצוג להראות כי אלמלא אותו כשל, אפשר שבית המשפט היה מגיע לתוצאה שונה בעניינו. כך צוין, למשל, בעניין **אמסלו**:¹⁰ "נקיטת מהלך כזה מותנית בקיום חשש לעיוות דין [...] המבחן להכרעה בשאלת גרימתו של עיוות דין הוא סיבתית-תוצאתי; ועל הטוען שנגרם לו עיוות-דין, בשל ייצוג משפטי בלתי-הולם, מוטל להראות, כי אלמלא מהלך מוטעה, שנקט עורך הדין שייצג אותו במשפטו, אפשר שבית המשפט היה מגיע לתוצאה שונה." כך אף בעניין **רודמן**:¹¹ "חשוב לציין כי המערער גם לא הראה שהכשל ביצוגו הגיע כדי עיוות דין... על כך נאמר כי המבחן לקיומו של עיוות דין הוא מבחן אובייקטיבי: לאמור, האם קיים חשש סביר כי הפגיעה בזכויות הנאשם השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי וכך שגדלה הסבירות להרשעת שווא".

על שום כך קבע בית המשפט העליון, שטענת כשל בייצוג צריכה להיטען שלא כבשגרה ובנסיבות חריגות ביותר. טענה זו, כך נקבע, מחייבת זהירות רבה מצד הטוען לה, שקילה והקפדה יתרה. על הכשל בייצוג להיות מהותי ובעל השפעה על תוצאת ההליך.¹²

⁹ בכך מתיישבת הלכה זו עם הגישה המובעת בס' 215 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982. סעיף זה קובע, שבית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור שלא נגרם עיוות דין.

¹⁰ ע"פ 1057/96 **אמסלו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 160 (1998).

¹¹ ע"פ 446/01 **רודמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 25, 46 (2000); ראו גם: ע"פ 677/06 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 15 לפסק של השופטת ע' ארבל (טרם פורסם, 22.3.2007).

¹² "טענה בדבר כשל בייצוג אינה נטענת לעיתים קרובות; העלאתה מחייבת זהירות מצד הטוען ושקילתה מחייבת בחינה והקפדה רבה מצד בית המשפט. קל להיתפס לטענה זו, השובה את הלב ומעוררת אהדה לעניינו של הנאשם שהגנתו נפגעה. היות שמדובר בדני נפשות, קיימת נטייה שלא לדקדק עם נאשם ולאפשר לו גם בשלב מאוחר לתקן משגה שנפל לפניו בא כוחו בשלב קודם של ההליך [...] חרף הנטייה ללכת לקראת נאשם [...] הטוען לכשל בייצוג, חשוב לשוב ולהדגיש שטוען זה צריך שיצביע על כך שלכשל הייתה השפעה על תוצאת ההליך ושהיעדרו קיים סיכוי משמעותי כי תוצאת ההליך הייתה שונה. כדי שכשל בייצוג ישמש עילה לבחינה מחודשת של ההליך, לא די איפוא להצביע על שאלה שלא נשאלה או על עד שלא זומן. הכשל צריך להיות מהותי עד כי יהיה בו כדי להטות את תוצאת המשפט". ראו ע"פ 678/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.7.2007).

והיה מי שביקש להוסיף על המבחן הסיבתי-תוצאתי הבחנה בין כשל שעניינו עובדתי לבין כשל שעניינו משפטי, וכי רק זה הראשון עשוי להישמע. כך, ציין השופט י' טירקל, באמרת אגב, בעניין רודמן: "לכך הייתי מוסיף שיש מקום להבחין בין כשל בייצוג שענינו עובדתי לבין כשל שענינו משפטי. טענה של כשל בייצוג שומעים לה, כאשר ראייה או עד שהיה בהם כדי להטות את התוצאות לא הובאו לפני הערכאה הדיונית; אין שומעים לה כאשר מדובר בטענה משפטית שלא נטענה או בקו הגנה שלא הוצב".¹³

יש הגורסים כי המבחן הסיבתי-תוצאתי שנקבע בפסיקה טומן בחובו בעייתיות רבה.¹⁴ דומה שדווקא במקרים שבהם נאשם לא זכה לייצוג הולם, ייתכן שיהא קשה להוכיח מאוחר יותר שאילו היה מיוצג כהלכה אפשר שתוצאת המשפט הייתה משתנה. זאת, הואיל וראיות לכך עשויות להיות קשות להשגה בשל הייצוג הבלתי הולם. כך, למשל, כאשר סנגור לא טורח לשוחח עם עדי הגנה,¹⁵ ייתכן שבשלב הערעור (אשר פעמים רבות מתנהל פרק זמן ניכר לאחר קרות האירוע וניהול המשפט) יתעורר קושי ממשי להוכיח את האפשרות שקיומה של שיחה עם עד הגנה הייתה משנה את תוצאת המשפט.

הבעייתיות במבחן התוצאתי-סיבתי מתחדדת עוד יותר לאור המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין משפט חוזר. בהקשר של משפט חוזר נקבעה הלכה שלפיה פגם בהליך, לרבות ייצוג בלתי הולם, עשוי להוות עילה לביטול ההכרעה בערכאה הראשונה ולקיומו של משפט חוזר, אף ללא קיומו של מבחן תוצאתי-סיבתי. במ"ח קוזלי¹⁶ קבע הנשיא א' ברק, שניתן להכיר בפגם שנפל בהליך כ"עיוות דין" לפי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט¹⁷ ולפיכך כעילה למשפט חוזר. המשמעות הייתה שאין הכרח להוכיח אפשרות של קשר סיבתי בין הפגם הדיוני לבין תוצאת ההליך.¹⁸ במילים אחרות, גם אם לא ניתן לקבוע שאלמלא אותו הפגם בהליך הייתה

¹³ עניין רודמן, לעיל ה"ש 11, פס' 21 לפסק דינו של השופט י' טירקל.

¹⁴ ספיר, לעיל ה"ש 8.

¹⁵ טענה העולה, באופן ישיר או משתמע, במרבית הפעמים שבהן נטען ל"כשל בייצוג" לאורך השנים; ראו גם עניין אמסלו, לעיל ה"ש 10; ע"פ 5731/91 סוקולובסקיה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 1 (1993); ע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 456 (1997); ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.4.2005); וכן ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 12.

¹⁶ מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999). זו הבקשה למשפט חוזר שהגישו חמשת המורשעים ברצח הנער דני כץ ז"ל.

¹⁷ בשנת 1996, בעקבות דו"ח ועדת גולדברג, תוקן ס' 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ונקבע בו בס"ק (4), שבנוסף לעילות המסורתיות לעריכת משפט חוזר (ראיה שיסודה בשקר או בזיוף, עובדות או ראיות חדשות, אדם אחר הורשע), יהיה בית המשפט העליון מוסמך להורות על עריכת משפט חוזר אם "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".

¹⁸ ראו החלטה בעניין קוזלי, לעיל ה"ש 16, פס' 60-61: "תוצאת ההליך אינה הכרעה משפטית

תוצאת המשפט יכולה להשתנות, ייתכן שהפגם הדיוני יצדיק עריכת משפט חוזר. על דברים אלו חזרה השופטת ד' דורנר במ"ח ברנס¹⁹, וקבעה מפורשות שפגמים דיוניים מהותיים יכולים להיחשב כעיוות דין. לדידה של השופטת דורנר, מוצדק לקבוע שפגמים דיוניים חמורים מקימים חזקה שאינה ניתנת לסתירה בדבר אפשרות השפעתם על תוצאות המשפט ושפגמים דיוניים חמורים פחות (בדרגת הביניים) יעבירו את הנטל לתביעה להראות היעדר אפשרות להשפעה כזו. הרצינול לקביעה כזאת, קבעה, הוא שהפגמים הדיוניים עשויים היו למנוע את בירור האמת ונוסף לכך יש בחזקה זו כדי לתמרץ את המדינה לעקור מן השורש תופעות פסולות בהליך הפליילי ולחזק את אמון הציבור במערכות השלטון.

החלטות אלו במ"ח קוזלי ובמ"ח ברנס פתחו אפוא פתח לשינויים חשובים ורצויים במשפט הפליילי הדיוני, אך יש הגורסים שיש להן מקום לא רק במסגרת בקשות למשפט חוזר, אלא גם במסגרת ערעורים פלייליים "רגילים"²⁰. כאמור, הזכות לייצוג הולם היא זכות חוקתית הנובעת מזכויותיו של הנאשם להליך משפטי ראוי ולמשפט הוגן. לפיכך, נטען, מן הראוי שבית המשפט ימתן את הדרישות בהקשר של טענת "כשל בייצוג" ויראה, בנסיבות מסוימות, בייצוג בלתי הולם שניתן לנאשם עילה לביטול ההרשעה, גם בהיעדר הוכחת קשר סיבתי בין הייצוג הכושל להרשעה. הימנעות בית המשפט לפרש את המושג "עיוות דין" שבסעיף 215 לחוק סדר הדין הפליילי (המסמך את בית המשפט לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין), באופן הדומה לפירוש החוקתי שהציעו הנשיא ברק והשופטת דורנר בהלכות קוזלי וברנס, יוצרת דיסהרמוניה פרשנית בין פרשנות המושג עיוות דין בהקשר של בקשה למשפט חוזר ובין פרשנותו בהקשר של ערעור פליילי.²¹ כבר נפסק שפגמים דיוניים חמורים, אשר עשויים להביא למשפט חוזר, הגם שאין בהם פוטנציאל לשינוי התוצאה, כוללים גם כשל בייצוג.²² לפיכך, דבקת

התלויה בחלל האוויר. יש עימה גם הכרעה באשר לדרך הראויה לניהול ההליך ולשמירה על זכויותיהם של המתדיינים בפניו של בית המשפט. הנה כי כן, פגם דיוני חמור הינו במידה רבה פגם מהותי חמור. על יסוד טעמים אלה, מקובלת עלי ההשקפה, כי במסגרת סעיף 31(א) אין הכרח להראות בכל מקרה כי תוצאת הפגם בהליך הייתה בשינוי פוטנציאלי של תוצאת המשפט – ואילמלא אותו הפגם בהליך הייתה תוצאת המשפט יכולה להיות אחרת".

¹⁹ מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002). זו בקשתו הרביעית של עמוס ברנס למשפט חוזר, לאחר שהורשע בשנת 1977 ברצח החיילת רחל הלר ז"ל.

²⁰ דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פליילי הוגן" קריית המשפט ד 169 (2004–2005).

²¹ שם.

²² עניין קוזלי, לעיל ה"ש 16; כמו כן, ראו מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 297 (2003). שם נראה שהכשל בייצוג היה הסיבה העיקרית לכך שהוחלט, בהסכמת המדינה, על קיום משפט חוזר. באותו מקרה נקט הסנגור קו הגנה מסוים, תוך התעלמות מדברי הנאשם לחוקרי המשטרה והתנהגותו בחקירה. בית המשפט העליון קבע: "עיון בבקשה ובחומר הראיות

במבחן ההסתברותי-תוצאתי שקבע בית-המשפט העליון בקשר לטענת כשל בייצוג בערעור, עלולה להביא לתוצאה אבסורדית שערעורו של נאשם ידחה בשל העובדה שלא יכול היה להוכיח אפשרות סבירה לכך שתוצאת המשפט הייתה שונה לו היה מיוצג כראוי, אך בקשתו למשפט חוזר תתקבל בשל הפגם הדיוני החמור הטמון בכשל בייצוג".²³

ג. השיקולים בבסיס התייחסות בית המשפט העליון לטענת "כשל בייצוג"

מעיון בפסיקת בית המשפט העליון בערעורים פליליים ובהתבטאויותיו בסוגיה נקל לעמוד על הסתייגותו ורתיעתו מהשימוש שעושים עורכי דין בטענה זו במסגרת ערעור פלילי. התבטאותו החריפה של השופט א' מצא בעניין **יושבייב** משקפת את עמדת בית המשפט העליון משך השנים שקדמו לה וכן אלו שבאו אחריה. כיצד ניתן להסביר עמדה זו ומה עומד מאחוריה?

ניתן לשער שאחת הסיבות לגישה המצמצמת לעילת ה"כשל בייצוג" נובעת מהקושי להגדיר ייצוג בלתי הולם. הסנגוריה היא אמנות מורכבת, ובמקרים רבים תקיפת החלטותיו ופעולותיו של סנגור בערכאה קודמת הנה חוכמה שבדיעבד הנעשית לאחר שאלה לא הביאו לתוצאות המיוחלות. כך לדברי השופט ת' אור בעניין **סוקולובסקיה**:

"דרכי ניהול ההגנה על-ידי סנגור יכולות להיות שונות מסנגור למשנהו. יש סנגור הסבור שצריך לטעון כל טענה אפשרית ולהתנגד לכל בקשה של התביעה, אפילו יש בבקשה כזו לקצר את הדיון, בלי שהדבר יפגע בהגנת הנאשם. יש אחרים הסבורים שראוי להתרכז בעיקר, בטענה או בטענות שיש סיכוי שתתקבלנה, ולא להערים קשיים שלא לצורך, על-מנת שבית-המשפט יוכל להתרכז באלו האמיתיות השנויות במחלוקת. [...] יש סנגורים המרבים בחקירת עדים, גם אם לעתים קרובות אין בחקירה כזו להועיל לעניינו של הנאשם, מתוך ניסיון 'לדוג' אמירה כזו או אחרת של העד. אחרים

המצורף אליה מצביע על כך שקו הגנה זה, אשר התעלם מדברים אותם המבקש עצמו אמר לחוקרים טרם שיוצג על ידי הסנגור כמו גם מהתנהגותו בשלבי החקירה המאוחרים יותר, יצר קושי רב במתן הגנה של ממש למבקש במשפטו. העברות השונות בהן הואשם נכרכו יחדיו במסגרת אותו קו הגנה ללא התייחסות לעובדות ולראיות המובאות כעת בפנינו ואשר יכלו להיטען, רובן ככולן, גם בבית המשפט השלום". כך נקבע לעניין נאשם אשר הסכים וקיבל את הצעת סנגורו לנקיטת קו הגנה שכזה!

²³ ספיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21.

מקצרים בחקירה, מחשש ששאלה לא זהירה עלולה להביא לתשובה לא רצויה, ומתוך כוונה להתרכז בעיקר ולא להסתכן בתשובה שאינה רצויה לעניינו של הנאשם [...] לפיכך ברור, שלא די בטענה המושמעת בערעור שאופן ניהול ההגנה בערכאה הראשונה היה לקוי, או שראוי היה לנהוג אחרת, כדי להצדיק מסקנה קיצונית שכל הדיון היה פגום וכי נגרם לנאשם עיוות-דין המצדיק ביטול ההליך".²⁴

כמו כן יש לזכור שמשמעות קבלת טענת ה"כשל בייצוג" עשויה להיות שמיעה מחדש של ההליך הפליילי. פרט לזמן השיפוטי הנוסף הנגזל מהמערכת המשפטית, המשמעות הנוספת היא שמיעתם מחדש של עדי התביעה וקרבנות העברה, דבר אשר עשוי להעלות קשיים בניהול המשפט מחדש. עדים וקרבנות עברה ייתכן שלא יהיו מעוניינים להיחשף בשנית לחקירה נגדית, עדים לא ימצאו מסיבה כלשהי או לא יזכרו את פרטיו של האירוע הרלוונטי. התוצאה עשויה להוביל, במקרים מסוימים, אף לזיכוי של נאשם, אשר בסיבוב הקודם נמצא אשם. דומה שבית המשפט העליון מבקש להימנע ככל האפשר מאפשרות זו.

ניתן להניח כי גישת בית המשפט נובעת מהרצון להגן על אופייה האדברסרי של המערכת המשפטית בישראל. כידוע, השיטה האדברסרית מפקידה את ניהול ההליך בידי הצדדים הנצים. כל צד נושא באחריות להחלטותיו העצמאיות באשר לניהול המשפט, והשופט אינו נוטל חלק בכך. הגנה על ההליך האדברסרי כוללת בחובה גם הגנה על זכות הנאשמים לנהל את הגנתם בעצמם, ללא פטרוניות של בית המשפט. מכאן, שלכאורה, קבלת טענת "כשל בייצוג" משמעה התערבות בהגנת נאשם, כל אימת שבית המשפט יסבור כי סנגור אינו מייצג כראוי בפניו – ופגיעה בזכויותיו. מכאן נובע, שכאשר מתאפשר לאחד הצדדים לשנות את קו ההגנה בדיעבד, הדבר יוצר הטיה לא שוויונית ופוגע בוודאותו של המשפט ובסופיות הדיון.

השאיפה לגילוי האמת, שאף היא אינטרס מרכזי בפעילות בית המשפט, אכן עומדת במתח עם האינטרס של יעילות שיפוטית וסופיות הדיון.²⁵ שיקול מוסרי זה

²⁴ לעיל ה"ש 15, בעמ' 6-7; וכן ראו: עניין פלוני, לעיל ה"ש 12, פס' 8 לפסק דינו של השופט לוי: "תורת המשפט גוונים רבים לה, ועל כן מה שנראה בעיניו של פרקליט אחד כמחדל או כניהול כושל של ההגנה, אינם בהכרח כאלה, הואיל ואפשר גם אפשר שלא חקירה של עד פלוני או אי זימונו של עד פלמוני קדמה מחשבה שהובילה למסקנה כי דווקא דרך זו תשרת טוב יותר את עניינו של הלקוח".

²⁵ כך נאמר למשל על ידי השופט ד' לוין בע"פ 548/83 דהור נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 6, 9 (1986): "העמדת סנגור חדש לנאשם שהורשע בדין בדרגה הראשונה על-מנת שיטען לאותו נאשם בערעורו, אינה פותחת את ההליכים מחדש [...] בהעדר נסיבות יוצאות דופן במיוחד אי-אפשר בשלב זה לשנות כיוון ולקבוע קו הגנה חדש, שלא הדרין את המערער בדרגה הראשונה ושלא הושמע על-ידיו, ולבקש בירור של המשפט במישור החדש. כזאת לא ייעשה, שהרי יהיה

מושמע על ידי בית המשפט במפורש, כך בעניין פלוני הנזכר לעיל נאמר: "וכאן המקום להדגיש את הפן הנוסף של הסוגיה בה נדרשה הכרעתנו, לאמור, מערכת משפט לא תוכל להתקיים אם דיונים בעניין כלשהו יתמשכו עד אין קץ, ועל כן, גם מקום שסנגור חדש שבחר לו הנאשם סבור כי קודמו שגה בקו ההגנה בו נקט, או שלא מיצה עד תום את אפיקי ההגנה שעמדו לרשותו, לא יהא בכך די כדי לבטל את ההליכים שננקטו עד אז".²⁶

אולם סופיות הדיון אינה רק אינטרס מנהלי. היא משקפת גם צורך מהותי לקבוע נקודת סיום הליכית מוסכמת כדי לחזק את האמון בבית המשפט ובהכרעותיו וכדי לתת כוח מחייב לקביעותיו, שאינן משתנות חדשות לבקרים. הפגיעה באמון במערכת המשפט נובעת מהיחס בין תפקידו של עורך הדין לזה של בית המשפט: שהרי בסופו של דבר בית המשפט הוא האחראי על תוצאת פסק הדין היוצא מלפניו; הכרה בכשלים מהותיים של סנגורים עלולה להפנות אצבע מאשימה גם להרכב השופטים שביסס את ההרשעה, על אף הכשל בייצוג, לפחות במקרים שבהם ניתן היה לזהותו כבר במהלך הדיון.

על אף שיקולים אלו, שהנם כבדי משקל, אנו סבורות כי יש לתת משקל רב גם להשפעה העלולה להיות לעמדה עוינת של בתי המשפט על התנהלותם של סנגורים. אכן, כמו לכל עורכי הדין, לסנגורים חובה לסייע לבית משפט לעשות משפט, לא להכביד על הליך, לא לטעון טענות סרק ולשמור על קולגיאליות כלפי חברים למקצוע. אולם שיקולים אלו תמיד צריכים להיות מיושמים תוך שמירה והקפדה על החובה הבסיסית לפעול למען עניינו של הלקוח. כך בכלל וכך בייחוד בהלך הפלילי.²⁷ גישה עוינת ומחמירה מצד בית המשפט עלולה ליצור אפקט מצנן על עורכי דין, שיימנעו מלטעון טענות בדבר אופיו של הייצוג בערכאה הקודמת, גם כאשר יש מקום לטעון טענות מסוג זה. המשמעות היא שהכשלים בייצוג ימשיכו להזיקף לחובת הנאשמים גם בערכאת הערעור, מבלי שניתן יהיה לתקנם. דומה שסנגור אשר יימנע מלפעול לתיקון טעות שביצע סנגור אחר יחטא לחובתו כלפי לקוחו ויחטא לתפקידו.

בכך משום ערעור יסודותיו של הליך משפטי תקין". וכן ראו את דברי השופט א' גולדברג בבע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447 (1988): "אך מובן הוא, כי אין הדיון בערכאה הראשונה מעין "חזרה כללית" לקראת הדיון הסופי בערכאת הערעור. כמתחייב מסופיות הדיון על הצדדים לכלכל את צעדיהם בערכאה הדיונית, ואין בידם להתאים עצמם לאחר מכן בערעור על-פי תוצאות הדיון".

²⁶ עניין פלוני, לעיל ה"ש 12. וכן ראו עניין רודמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 45: "כידוע, 'אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש' (חגינה, ג, א) ואין עורך דין שלא יהיה בידיו להוסיף טענה על טענות קודמו ומכאן שאם יפתח פתח לטענה של כשל בייצוג מחמת טענה משפטית שלא נטענה, הרי שאין לדבר סוף".

²⁷ "אין זה אינטרס של מקצוע עריכת הדין להעדיף שמירה על יחסי חברות קולגיאליים על פני חובתו של עורך דין כלפי בית המשפט וכלפי לקוחו", ראו ב"ש (מחוזי י"ם) 7213/04 שחביאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.10.2005).

הפיכתה של הרשעה מוטעית ותיקון טעות לא יכול להיחשב, בעינינו, ככישלון של מערכת המשפט, אלא בדיוק ההפך – חוזקה של מערכת נמדדת גם בכך שהיא מזהה כשלים בה ופועלת לתיקונם.²⁸

ד. טענת כשל בייצוג וצומת הנאמנויות של עורך הדין

כיצד מתיישבת טענת הכשל בייצוג עם חובותיו הצולבות של עורך הדין? כידוע, עורכי דין מצויים בתוך "צומת נאמנויות".²⁹ בכל רגע נתון פועלות עליהם חובות ברבדים שונים. לעתים – אם כי לא תמיד כמובן – חובות אלו עלולות להימצא במתח או בסתירה. במקרים כאלו על עורך הדין להחליט איזו מהן עדיפה. חובותיו של עורך הדין מורכבות מכמה נאמנויות: (א) נאמנות ללקוח; (ב) נאמנות לבית המשפט; במסגרת חובתו לעזור לבית המשפט "לעשות משפט"; (ג) חובותיו לקולגות חברים למקצוע (וכן לפרופסיה באופן כללי – כך חייב עורך הדין לפעול באופן שאינו פוגע בכבוד המקצוע); (ד) חובות כלפי צדדים שלישיים, שאינם לקוחותיו (יכולים צדדים אלו להיות מסוימים או בלתי מסוימים).³⁰ ובתוך כל אלו חייב עורך הדין לשאול עצמו כל העת מה הן חובותיו "כלפי עצמו", כלפי עניינו הלגיטימי להתפרנס, כלפי עולם הערכים שאליו הוא מחויב, וכן אינטרסים אחרים.

א. נאמנות ללקוח. ראשית, עורך דין חייב, כלשון סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, לפעול "בנאמנות ובמסירות" לטובת שולחו-לקוחו.³¹ מחובה כללית זו נגזרות חובות משנה שונות: עורך דין חייב בשמירת סודיות עניינים המובאים לידיעתו על ידי לקוחו או מטעמו,³² ואסור לו להשתמש בידיעה שהגיעה אליו מאת לקוחו במילוי תפקידו.³³ על דברים שהגיעו לעורך הדין מלקוחו חל חיסיון.³⁴ עורך דין חייב להימנע מניגוד עניינים בייצוגו של הלקוח.³⁵ אמון מלא בין עורך הדין ללקוחו הוא נשמת אפו של

²⁸ ראו גם T. Alexander Hickman, Q.C., *Wrongful Convictions and Commissions of* Inquiry: A Commentary, 46 (2) CANADIAN JOURNAL OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE, 183 (2004).

²⁹ על צומת הנאמנויות של עורך הדין ראו למשל: לימור זר-גוטמן "חובת עורך הדין שלא להטעות את בית המשפט" **עיוני משפט** כד (2) 413 (2001).

³⁰ נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית – תגובה על מאמרה של לימור זר-גוטמן: 'ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין' דין ודברים א 201, 205–206 (2004).

³¹ ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961 (להלן: "חוק לשכת עורכי הדין").

³² כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986 (להלן: "כללי האתיקה").

³³ כלל 21 לכללי האתיקה.

³⁴ ס' 90 לחוק לשכת עורכי הדין.

³⁵ כללים 14 ו-16 לכללי האתיקה. וכן ראו: בד"א 55/94 **לשכת עורכי הדין – ועד מחוז ירושלים נ' פלוני**, פדאור אתיקה נו 113, 116 (1995).

מקצוע עריכת הדין, וקשה להעלות על הדעת כיצד יהא ניתן לקיים בלעדיו יחסי עורך דין ולקוח.³⁶ חובות הנאמנות הללו כוללות גם פעילות ברמה מקצועית נאותה: על עורך הדין מוטלת החובה לפעול כלפי לקוחו ככל בעל מקצוע מיומן, נאמן וזהיר. מעצם הגדרת תפקידו של עורך הדין, נדרשת ממנו התנהגות ברמה גבוהה בכל אחד מההיבטים האמורים.

חובת הנאמנות קבועה במישור האתי ואזרחי; מכאן, שהפרתה עלולה לגרום ענישה הן בדין המשמעתי והן במשפט האזרחי.³⁷

ב. חובות כלפי חברים למקצוע. על עורך הדין חלות חובות אתיות הנוגעות ליחסים בין עורכי דין בנייהול ענייניהם המקצועיים זה עם זה. עורך דין צריך לגלות יחס חברי כלפי עורך דין אחר. הדבר צריך למצוא ביטוי בראש ובראשונה בדרך ההתבטאות של עורך דין כלפי חברו. יש חשיבות רבה לדרך ההתבטאות של עורכי הדין בפומבי, זה כלפי זה, שכן בעיני הציבור מביאים ביטויים חריפים לזילות מעמדם של עורכי הדין.³⁸ בנוסף, מונחה עורך הדין שלא למנוע מחברו כל הקלה, שאין בה כדי לפגוע בעניינו של הלקוח פגיעה משמעותית.³⁹ עורך דין אף אינו רשאי לשוחח עם הצד שכנגד בלא הסכמת בא כוחו, גם אם הפגישה מתקיימת ביזמת אותו לקוח.⁴⁰ עורך דין המייצג לקוח, שיש לו מחלוקת עם עורך דין, יפנה אל אותו עורך דין לפני שינקוט הליכים משפטיים נגדו.⁴¹ וכן נאסר על עורך הדין להקליט שיחה עם עורך דין אחר.⁴²

בפסיקה הובעה לא אחת הדעה, שהחובה לנקוט יחס חברי כלפי חבר למקצוע אין בה לגבור על חובת הנאמנות ללקוח, וכי על עורך הדין להגן על עניינו של הלקוח גם במחיר חובתו כלפי חברו למקצוע. עם זאת, על עורך הדין להביא בחשבון, כי אם פגיעתו בחברו למקצוע תימצא לא מבוססת ולא מוצדקת, הוא עשוי לשאת באחריות משמעטית בגין כך.⁴³

לכאורה, הטוען ל"כשל בייצוג" של לקוחו על ידי קודמו בתפקיד, עלול להפר את חובתו האתית בדבר יחס חברי כלפי חבר למקצוע. מנגד, אם יימנע מהעלאת הטענה הוא עשוי להפר את חובת נאמנותו כלפי לקוחו. בעניין **יושבייב**, כאמור, טען השופט מצא שהכלל הראוי הנו כי יתאים עצמו לעמדה הסנגוריאליית שנקט פרקליטו הקודם

³⁶ על"ע 1747/79 ועד מחוז הדרום של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד שמואל, פ"ד מו(4) 397, 402 (1991).

³⁷ ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446, 454-467 (1990).

³⁸ בד"א 27/85 עו"ד פלוני נ' הועד המחוזי בבאר שבע, פדאור אתיקה ו 52 (1985).

³⁹ כלל 26 לכללי האתיקה.

⁴⁰ כלל 25 לכללי האתיקה.

⁴¹ כלל 31 לכללי האתיקה.

⁴² כלל 22 לכללי האתיקה.

⁴³ על"ע 6/77 הועד המחוזי בתל אביב יפו נ' פיקהולץ, פ"ד לב(2) 220, 222-223 (1978); ראו גם

על"ע 4/88 הועד המחוזי בתל אביב יפו נ' עו"ד פלוני, פ"ד מג(3) 475 (1989); ע"א 391/68

גרינבוים נ' גוטקס מודלס, פ"ד כב(2) 809 (1968).

של הלקוח, וכי חריגה מכלל זה עשויה להיות מותרת רק בהתקיים נסיבות חריגות ויוצאות דופן ומנימוקים כבדי משקל, שאם לא כן מן הראוי שתיחשב התנהגות זו של הסנגור כעברה אתית. לכאורה, על פי גישה זו, חובת הנאמנות של סנגור ללקוחו צריכה לסגת מקום שמעשי פרקליטו הקודם של הלקוח אינם חריגים ויוצאי דופן ובהיעדר נימוקים כבדי משקל.

על פי דברים אלו, סנגור המבקש לטעון טענת "כשל בייצוג" על ידי קודמו בתפקיד צריך להקפיד במיוחד שהטענה תהא מבוססת כדבעי, אחרת עלולה פעולתו להוות עברת משמעת. אנו סבורות כי המבחן שהותווה בעניין **יושבייב** הוא חמור מדי, ואין בו כדי לאזן בין האינטרסים של הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על כללי הקולגיאליות. ברור שלא כל מקרה שבו סנגור בערכאת ערעור יסבור שהיה ראוי לנהל את ההגנה בדרך אחרת יצדיק טענת כשל בייצוג; לכל סנגור סגנון משלו, והוא מנהל את ענייני לקוחותיו בדרך ובשיטה הנראים לו ראויים. עם זאת, ישנם מקרים שבהם ברור שהנאשם לא זכה לייצוג הולם ושהם אין כל קושי בביקורת שיפוטית על עבודת הסנגור, אולם אין הם בהכרח מקרים "קיצוניים ויוצאי דופן". כך, למשל, כאשר סנגור נמנע מחקירת עדי תביעה מרכזיים ושעדותם מהותית, נמנע מהבאת עדי הגנה רלוונטיים, התעלם מטענותיו של הלקוח בתחנת המשטרה, נקט קו הגנה כוללני ולא פרטני, או סטה מן המנדט שהוענק לו על ידי הלקוח.

אנו סבורות, כי מקום שסנגור סבור כי התרחש כשל בייצוגו של לקוחו על ידי קודמו בתפקיד במובנים הללו, וכי היה בדבר להביא לעיוות דין, הוא ימעל בתפקידו ובחובת נאמנותו ללקוח אם יימנע מהעלאת טענה זו, אך בשל החשש שמא ייחשב הדבר לעברה אתית או שמא הדבר לא יישא חן בעיני בית המשפט.

עם זאת, ועל מנת למלא את חובתו הקולגיאלית, מן הראוי להבטיח כי תינקטנה פעולות לפני העלאת הטענה בדרך של בירור ותיאום עם עורך הדין הקודם. כך למשל מן הראוי לקבוע, כי למעט במקרים חריגים ובנסיבות מיוחדות, טרם יעלה עורך דין טענה כשל בייצוג, עליו לפנות אל עורך הדין הקודם ולקבל את התייחסותו של חברו למקצוע לטענות שיש בכוונתו להעלות בבית המשפט ולהביא את עמדתו ותגובתן לידיעת בית המשפט.⁴⁴ אמנם עורך הדין הקודם אינו צד להליך הערעור, והדין אינו עוסק בו אישית, כי אם באיכות הייצוג, ואולם אנו סבורות כי חובת הבירור והתיאום המוטלת על עורך הדין המייצג הנה אף חלק בלתי נפרד מחובת הנאמנות ללקוח. עורך דין אשר יטען טענות בלתי מבוססות, בלתי מדויקות, או אף בלתי נכונות, יביא לפגיעה בלקוח.

ייאמר עוד, כי לטעמנו, בפנייה לעורך הדין הקודם לשם קבלת התייחסותו ישנו ויתור מכללל של הלקוח על החיסיון כלפי אותו עורך דין בסוגיה זו. לטעמנו, לא ניתן

⁴⁴ מקרים חריגים, לטעמנו, הנם מקרים בהם, למשל, אין יכולת ליצור קשר עם עורך הדין הקודם, או כאשר הדברים ברורים על הכתב ואינם טעונים פרשנות.

לאחוז בחבל בשני קצותיו – לטעון לכשל בייצוג הנובע מפעולה של עורך הדין המצדיק ניהול מחדש של ההליך מחד, ולהסתיר את השיקולים שהביאו את עורך הדין לנקוט דרך זו מאידך.

ג. חובות כלפי בית המשפט. למסקנה דומה נגיע גם אם נבחן את חובותיו של עורך הדין לסייע לבית המשפט "לעשות משפט".⁴⁵ אם יימנעו עורכי דין מלטעון טענות בדבר כשלים בייצוג בערכאה הקודמת מחשש לנזיפה מטעם בית המשפט, משמעות הדבר עלולה להיות שהכשלים בייצוג ימשיכו להיזקק לחובת הנידונים גם בערכאת הערעור מבלי שניתן יהיה לתקנם. מכאן שהתוצאה גם בהליך הערעור תהא תוצאה מעוותת. עורך דין אינו יכול לתת ידו לכך, ואם יימנע מלהצביע על הכשלים, הרי ימעל בחובתו לעזור לעשות משפט.

ה. המצב בארצות-הברית בנושא כשל בייצוג – לקראת שינוי?

בשנת 1984 פסק בית המשפט העליון האמריקני, שהזכות להליך ראוי והזכות לייצוג שנובעת ממנה כוללות גם את הזכות לייצוג אפקטיבי. זכות זו נגזרת מהתיקון השישי לחוקה, המבטיח לכל נאשם זכות לעזרה משפטית (Assistance of counsel), אשר פורש כזכות לייצוג אפקטיבי, ומכאן שייצוג שהיה בו פגם מהותי פוגע באפקטיביות הייצוג, מהווה פגיעה בזכות החוקתית.⁴⁶ המבחנים להתקיימות עילת הבטלות של ייצוג בלתי אפקטיבי, נקבעו בעניין *Strickland*.⁴⁷ המבחן המשפטי בעניין זה היה מחמיר למדי: על הנאשם שטוען שזכותו לייצוג אפקטיבי נפגעה להראות שהייצוג שקיבל היה בלתי סביר וכן שקיימת אפשרות סבירה שייצוג זה השפיע על התוצאה, כלשון בית המשפט:

“A convicted defendant's claim that counsel's assistance was so defective as to require reversal of a conviction or death sentence has two components. First, the defendant must show that counsel's performance was deficient. This requires showing that counsel made errors so serious that counsel was not functioning as the “counsel” guaranteed the defendant by the Sixth Amendment. Second, the defendant must show that the deficient performance prejudiced the

⁴⁵ ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין.

⁴⁶ זכות זו נקבעה בתחילתה לגבי עברות שדינן מיתה, והורחבה לאחר מכן גם לעברות אחרות. ראו בעניין זה: *Powel v. Alabama*, 275 U.S. 45, 71 (1932), וכן *Wade v. United States*, 388 U.S. 218 (1967).

⁴⁷ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 688 (1984).

defense. This requires showing that counsel's errors were as serious as to deprive the defendant of a fair trial, a trial whose result is reliable. Unless a defendant makes both showings, it cannot be said that the conviction or death sentence resulted from a breakdown in the adversary process that renders the result unreliable".

עם זאת, יש לציין, שבאותו יום ממש ניתן פסק דין אחר בעניין *Cronic*,⁴⁸ שקבע שבמקרים מסוימים אין צורך להיזקק למבחן התוצאתי-הסתברותי ולהוכיח אפשרות סבירה שהכשל בייצוג השפיע על התוצאה. נקבע, שבנסיבות שבהן ההליך המשפטי איבד את אופיו כעימות בין יריבים, תקום חזקה חלוטה שהייתה לייצוג השפעה על התוצאה.⁴⁹ כך, יהיה, למשל, כאשר נשלל מהנאשם כל ייצוג או שניתן לו ייצוג מינימלי; או כאשר הסנגור לא העמיד את ראיות התביעה במבחן אדברסרי משמעוטי; או כאשר הנסיבות הן כאלה שקיימת סבירות גבוהה שאפילו סנגור מיומן לא יכול היה להעניק ייצוג הולם.

פסק דין *Strickland* עיצב, עם זאת, הלכה שנחשבה מצמצמת לעומת פסיקה קודמת. כך למשל לפני 1984 ביטלו בתי המשפט בארצות-הברית הרשעות בעילת כשל בייצוג, מבלי לדרוש הוכחה של השפעת הייצוג הכושל על תוצאת המשפט.⁵⁰ מקרים אלו כללו נסיבות שבהן לא ניתן לסנגור זמן סביר להתכונן למשפט,⁵¹ או כאשר הסנגור פעל תוך ניגוד עניינים ממשי בייצוג נאשמים במשותף בעלי אינטרסים נוגדים.⁵² למרות התנאים הנוקשים יחסית שהותוו בעניין *Strickland*, התקבלה בכל זאת הטענה בדבר כשל בייצוג במספר לא מועט של מקרים.⁵³ כך גם במחקר שנערך

⁴⁸ U.S. v. Cronic, 466 U.S. 648 (1984).

⁴⁹ וכבר נאמר על ידי השופט Wyzanski בפסק הדין *Sielaff v. Williams*, 423 U.S. 876 (1975) "While a criminal trial is not a game in which the participants are expected to enter the ring with a near match in skills, neither is it a sacrifice of unarmed prisoners to gladiators".

⁵⁰ *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974).

⁵¹ *Powel v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

⁵² *Cuyler v. Sullivan*, 466 U.S. 335 (1980).

⁵³ *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365 (1986); *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52 (1985); *Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985); *Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985); *Murray v. Carrier*, 477 U.S. 478 (1986); *Murray v. Giarratano*, 492 U.S. 1 (1989); *Burger v. Kemp*, 483 U.S. 776 (1987); *Pennsylvania v. Finley*, 481 U.S. 551 (1987); *Lockhart v. Fretwell*, 506 U.S. 364 (1993); *Coleman v. Thompson*, 501 U.S. 722 (1991); *Smith v. Robbins*, 528 U.S. 259 (2000); *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995); *Williams v. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000); *Glover v. United States*, 531 U.S. 198 (2001); *Edwards v. Carpenter*, 529 U.S. 446 (2000); *Woodford v. Visciotti*, 537

במדינת אילינוי שבארצות-הברית בשנת 2002, נמצא שב-21% מן המקרים, שבהם הנפכה הרשעה של נידון למוות, הכשל בייצוג המורשע היה הסיבה העיקרית להרשעה השגויה.⁵⁴

עם זאת, הדעה הרווחת משך שנים בקרב אנשי משפט הייתה כי מדובר במבחנים שקשה, אם לא בלתי אפשרי, לעמוד בהם בשל הפרשנות הנוקשה שקיבלו על ידי בתי המשפט. הלכת *Strickland* זכתה לביקורת נוקבת בספרות המשפטית האמריקנית כדוקטרינה שלא עושה צדק עם נאשמים שיוצגו שלא כהלכה במשפטם. יש שכינו בציניות את המבחן שנקבע בפסיקה כ"מבחן הנשימה", שלפיו אם מניחים מראה אל מול נחיריו של עורך הדין והמראה מעלה אדים, דהיינו – עורך הדין חי ונושם, טענת כשל בייצוג לא תתקבל.⁵⁵

לאחרונה, עם זאת, נראה כי מסתמנת בבית המשפט העליון האמריקני מגמת שינוי בסטנדרטים לקבלת טענת כשל בייצוג. בשלושה פסקי דין החל משנת 2000 קיבל בית המשפט העליון טענות בדבר כשל בייצוג בשל היעדר פעולות ספציפיות מצד סנגורים. בהחלטות אלו הושם הדגש על עצם אי-נקיטת האמצעים הללו, ורוככה הדרישה להוכחה שהם הובילו להכרעה ושאלולא התנהגות הסנגור הייתה התוצאה עשויה להיות שונה.⁵⁶ אם כי, יש לציין, כי במקרים אלו עמדה לדיון סוגיית ענישתם של המערערים (אשר נידונו לעונשי מוות), ולא סוגיית אשמתם. במקרים

U.S. 19 (2002); *Bell v. Cone*, 535 U.S. 685 (2002); *Wiggins v. Smith* 539 U.S. 510 (2003); *Massaro v. United States*, 538 U.S. 500 (2003); *Florida v. Nixon* 125 S. Ct. 511 (2004); *Holland v. Jackson*, 124 S. Ct. 2736 (2004); *Rompilla v. Beard*, 125 S. Ct. 2456 (2005).

The Report of the Governor's Commission on Capital Punishment (State of Illinois, 2002), ניתן לצפייה: www.idoc.state.il.us/ccp/ccp/reports/commission_report/summary_recommendations.pdf (נבדק לאחרונה ב-19.1.2009).⁵⁴

JIM DWYER, PETER NEUFELD & BARRY SCHECK, ACTUAL INNOCENCE: WHEN JUSTICE GOES WRONG AND HOW TO MAKE IT RIGHT 183 (2000). יש מי שהשווה את הדוקטרינה לקוף המחט, אשר רק מעטים יוכלו לעבור דרכו. ראו Martin C. Calhoun, *How to Thread the Needle: Toward a Checklist-Based Standard for Evaluating Ineffective Assistance of Counsel*, 77 *Geo.L.J.* 413 (1988); RANDALLE COYNE, CAPITAL PUNISHMENT AND THE JUDICIAL PROCESS, 148 (1995); William S. Geimer, *A Decade of Strickland's Tin Horn: Doctrinal and Practical Undermining of the Right to Counsel*, 4 *WILLIAM & MARY BILL OF RIGHTS JOURNAL* 91 (1995).⁵⁵

פסקי הדין הם: *William v Taylor* 529 U.S. 362 (2000) (שם דובר במורשע בעברות שוד ורצח, אשר סנגורו נמנע מלהעלות טענות בדבר מצבו השכלי הגובל בפיגור, מלהביא ראיות ועדויות על אודות אופיו הטוב והיעדר קווים אלימים באישיותו), *Wiggins v Smith* 539 U.S. 519 (2003) ו-*Rompilla v. Beard*, 545 U.S. 374 (2005) (בשניהם דובר במורשעים ברצח, אשר סנגוריהם נמנעו מלברר על אודות הרקע הנפשי והסוציאלי שלהם טרם גיבוש קו ההגנה המיטבי עבורם).⁵⁶

אלו, טוענים Blume & Neumann, על מנת לבחון את התנהגות הסנגור שעליו נטען כי כשל בייצוג, השתמש בית המשפט בהנחיות של ה-American Bar Association המגדירות מה הן פעולות נדרשות על ידי סנגור פליילי, וראה בהן אינדיקציה לסבירות ההתנהגות בהקשר של מבחן כשל הייצוג או הייצוג הבלתי אפקטיבי.⁵⁷ הנחיות אלו כוללות למשל חובת פגישה עם הנאשם וקבלת גרסתו לאירוע על מנת לבחון הגנות אפשריות, קיום דיון עם הלקוח על אסטרטגיות הגנה אפשריות, יידוע הלקוח בדבר זכויותיו ונקיטת כל הפעולות האפשריות להגן עליהן, וכן ייזום בדיקה וחקירה עובדתית ומשפטית כדי לברר אלו הגנות קיימות עבור לקוחם.⁵⁸ גישה זו, המכונה גם גישת הצ'ק ליסט (Check list approach) פותחה למעשה לפני פסק דין *Strickland* על ידי השופט Bazelon עוד בשנת 1973.⁵⁹ סטנדרטים אלו עמדו בבסיס ההנחיות שפותחו על ידי לשכת עורכי הדין (ה-Bar) האמריקנית (וכן מדינות שונות בארצות-הברית), ומהוות כיום נקודת התייחסות לבחינת התנהגות סנגור סביר. פסיקה זו משמעה "ריכוך" מסוים של הלכת *Strickland* בדרך המעניקה הגנה טובה יותר לזכות לייצוג של נאשם בהליך פליילי.⁶⁰

נראה אפוא כי בישראל, לפחות עד לאחרונה (ראו להלן ההחלטה בעניין אמג'ד וחוסאם דענא), אימץ בית המשפט העליון את הדוקטרינה האמריקנית כפי שזו עוצבה בהלכת *Strickland* ויישם אותה באופן נוקשה. מבין הנימוקים לעמדה זו מצויה, כאמור, טענה כי עורכי דין החלו להשתמש בה באופן שגרותי ושכיח. נבחן כעת את היקף השימוש שנעשה בטענת כשל בייצוג בהליכי ערעור פליילי בבית המשפט העליון בישראל וננסה לבחון אם אכן כך הדבר.

⁵⁷ www.abanet.org/crimjust/standards/ ABA Criminal Justice Section Standard ,ראו: dfunc_blk.html (נבדק לאחרונה ב-19.1.2009).

⁵⁸ כך למשל מנוסחת חובת הבדיקה בכלל 4-4.1: "(a) Defense counsel should conduct a prompt investigation of the circumstances of the case and explore all avenues leading to facts relevant to the merits of the case and the penalty in the event of conviction. The investigation should include efforts to secure information in the possession of the prosecution and law enforcement authorities. The duty to investigate exists regardless of the accused's admissions or statements to defense counsel of facts constituting guilt or the accused's stated desire to plead guilty. (b) Defense counsel should not seek to acquire possession of physical evidence personally or through use of an investigator where defense counsel's sole purpose is to obstruct access to such evidence"

⁵⁹ United States v. Decoster 487 F.2d 1197 1203 (1973).

⁶⁰ John H. Blume & Stacey D. Neuman, *It's Like Déjà vu All Over Again: William v Taylor, Wiggins v Smith, Rompilla v Higgins, and a (Partial) Return to the Guidelines Approach to the Effective Assistance of Counsel* CORNELL LAW SCHOOL LEGAL STUDIES RESEARCH , ניתן לצפייה: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024307 (נבדק לאחרונה ב-19.1.2009).

ו. היקף השימוש בטענת "כשל בייצוג" בערעורים פליליים בבית המשפט העליון

נוכח החשש מפני שימוש לרעה בטענת כשל בייצוג, ביקשנו לבחון את היקף השימוש בטיעון זה. בחנו את המקרים שבהם הועלתה טענת כשל בייצוג במסגרת ערעורים פליליים בבית המשפט העליון משנת 1986.⁶¹ ברור שאין בכך סקירה מלאה של פרקטיקה זו, ולא זו הייתה מטרת הבדיקה. מכיוון שהחששות שהובעו על ידי שופטים בבית המשפט העליון משקפים, מן הסתם, את תחושותיהם מן ההתדיינות שבהן הם מעורבים, הגבלנו את הבדיקה לערכאה זו.

במסגרת זו נבדקו המשתנים הבאים: מיקומה של הטענה ביחס לטענות האחרות בערעור; אופן הצגת הטענה על ידי הסנגור; פנייה לסנגור הקודם למתן תגובה; שיוכו המוסדי של הסנגור הטוען (פרטי/מינוי ציבורי); שיוכו של הסנגור הקודם (פרטי/מינוי ציבורי); אופי הטענה (מהותית/טקטית); ותוצאת הטענה.

מבחינה זו עלה שמשנת 1986 הועלתה טענת "כשל בייצוג" ב-20 ערעורים פליליים בלבד בבית המשפט העליון.⁶² להלן תיאור המקרים תוך התייחסות למשתנים שהוזכרו לעיל, כאשר אלו רלוונטיים.

עניין דהוד עסק במורשע בעברת רצה, שביקש לערער על הרשעתו ולהחזיר את עניינו לשמיעה מחדש.⁶³ סנגורו של המערער טען שההליך בבית המשפט המחוזי התנהל באופן חריג,⁶⁴ ושהסנגור הקודם שייצג אותו בזמנו לא הפנה את תשומת לב בית המשפט למצבו הנפשי המערער, דבר שעשוי היה להשפיע על הוכחת יסודות העברה. במסגרת הדיון בבית המשפט העליון התברר לסנגור, כי בפני בית המשפט המחוזי עמדה חוות דעת פסיכיאטרית שלפיה המערער כשיר היה לעמוד לדין, ומשכך לא עמד עוד על טענתו זו. בית המשפט העליון דחה את הערעור, בקובעו שהרשעת המערער מושתתת על יסודות איתנים. בעניין זה היוותה טענת הכשל בייצוג טענה מרכזית ומהותית בערעור. נראה שנטענה עם זאת ללא בדיקה מספקת מצד הטוען, והעובדה שהסנגור, בהגינותו, חזר בו מיד מן הטענה, לאחר שנתבררה לו טעותו, יש בה להעיד על כך. כאמור, היא לא הייתה מבוססת דיה, ודומה כי לא נתבקשה

⁶¹ הבדיקה נעשתה תוך שימוש במאגרי הפסיקה השונים: נבו, דטה חוק ומשפט, תקדין, פסק דין, סקירה משפטית ואתר בית המשפט העליון.

⁶² לצורך השוואה, ועל פי הנתונים הסטטיסטיים שמספק בית המשפט העליון, רק בשנת 2004 נפתחו 906 ערעורים פליליים (לא כולל בקשות פסילה) לבית המשפט העליון; בשנת 2005 נפתחו 940 הליכים; ובשנת 2006 נפתחו 917 הליכים. ניתן לצפייה: <http://elyon1.court.gov.il/heb/stats/plili.htm> (נבדק לאחרונה ב-19.1.2009).

⁶³ לעיל ה"ש 25.

⁶⁴ הוגשו בהסכמה הודאות של המערער, דו"חות משטרתיים, סדרת תצלומים, ראיות שנתפסו בזירת האירוע, דו"ח מעצר ודו"ח פתולוג. נשמעו טענות הצדדים אך לגבי סוגיית כוונת הקטילה.

התייחסותו של הסנגור הקודם.

עניין **אייזמן** עסק בשלושה מורשעים ברציחתו של נהג מונית. המערער השלישי, גיל פוקס, הורשע בדיון אף על פי שהודאתו במשטרה לא נמצאו קבילות כראיה, הואיל ונשללה ממנו הזכות להיוועץ בעורך דין.⁶⁵ בית המשפט המחוזי השתית את הרשעתו בעיקר על אמרותיה של המערערת 2, שהוגשו כאמרת חוץ של עד על פי סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, ועל ראיות נוספות מחזקות. סנגורו של פוקס, אשר ייצגו גם בבית המשפט המחוזי, טען לכשל שנפל בייצוגו **שלו הוא** וביקש לתקן את הטעות. לטענתו, לא ניתנה הזדמנות לחקירה נגדית יעילה של המערערת 2, ושהוא טעה לחשוב שאין צורך להעיד את פוקס, הואיל וסבר שאמרות המערערת 2 לא יכולות לשמש ראיה אלא נגדה. הסנגור הדגיש, כי גם אם טעה בשיקול דעתו, הרי אין לפקוד את עווננו על מרשו, ומן הראוי שתתוקן השגגה. בית המשפט העליון דחה את הטענה, לאחר שעלה מן הפרוטוקולים שסנגורו של פוקס היה מודע לאפשרות שאמרותיה של מערערת 2 ישמשו גם לרעת מרשו, וכי הוא במודע ובמתכוון נמנע מחקירתה הנגדית, אף שזו הוצעה לו גם בשלב מתקדם של ההליך על ידי התביעה. בית המשפט העליון פסק, כי לא בהיסח הדעת ננקט קו ההגנה, כי אם במודע, בעקביות ובסיכון מחושב.

ניתן לראות שטענת ה"כשל בייצוג" במקרה זה הייתה הטענה המרכזית והיחידה בערעורו של פוקס. הייתה זו טענה מהותית (קשה לקבל אפשרות שסנגור יפגע בשמו הטוב אך משיקולים טקטיים או בהיעדר טענה טובה אחרת), ואולם גם כאן חסרונה בכך שהייתה בלתי מבוססת והנמקתה הייתה שגויה.

בעניין **סוקולובסקיה** הורשעה המערערת ברצח חמה, וסנגורה מיקד את הערעור בכמה נימוקים, שאחד מהם הוא הטענה שהמערערת לא זכתה להגנה ראויה בשל דרך ניהול ההגנה על ידי סנגור שמונה לה.⁶⁶ נטען שהסנגור הסכים בשם המערערת לעובדות מסוימות ושלא היה מקום להסכמה זו; שהוא הסכים להגשת חלק מן ההודעות בכתב של העדים; נמנע מלחקור את העדים בנקודות מסוימות; לא העלה טענה בדבר מצבה הנפשי של המערערת, הסובלת ממחלת נפש; ולא דאג להמציא חוות דעת שתספור את זו שהוגשה מטעם המדינה. בית המשפט העליון דחה את הטענה, ושקבע כי פעולותיו של הסנגור הקודם הנן בתחום הפעולה הסביר של סנגור, ועל כן אין לומר שהמערערת לא זכתה להגנה ראויה עד כדי ביטול ההליך ושמיעתו מחדש.

דומה כי במקרה זה דובר בטענה מהותית ומרכזית בערעור, שכן בית המשפט העליון אישר בפסק דינו שהוגשו עדויות ללא חקירה נגדית ובעדויות אלו נכללו עובדות מפי השמועה. בית המשפט אף אישר שייתכן שסנגור אחר היה פועל באופן

⁶⁵ לעיל ה"ש 25.

⁶⁶ לעיל ה"ש 15.

שונה בתיק זה. הנימוק של בית המשפט העליון לדחיית הטענה היה שניתן להסביר את שיקוליו של הסנגור הקודם כנקיטת קו ההגנה מסוים, וכל עוד לא חרגה פעולתו ממתחם הסבירות, אין מקום לקבלת הטענה. מכאן שלא ניתן לומר שהייתה זו טענה "טקטית" בלבד. עם זאת, בפסק הדין עולה במרומוז ביקורת כלפי הסנגור, אשר דומה שטען את טענת הכשל בייצוג בלשון בוטה וחריפה כלפי הסנגור הקודם. מקריאת פסק הדין נוכל לזהות בנקל את חוסר הנחת של בית המשפט העליון מדרך פעולה זו. מפסק הדין גם עולה, אם כי הדברים לא נאמרים במפורש, שלא נתבקשה התייחסותו של הסנגור הקודם לטענה.

בעניין **עביט** הורשע המערער ברצח אחייניתו על רקע "חילול כבוד המשפחה".⁶⁷ בין יתר טענותיו הרבות באשר לאי-סבירות הרשעתו, טען סנגורו שייצוגו של המערער בבית המשפט המחוזי לא היה נאות. לדבריו, מונו למערער ארבעה סנגורים, שהתחלפו זמן קצר בזה אחר זה, ולבסוף מונה עבורו סנגור, שייצגו רוב שלבי המשפט. נטען, שבכמה ישיבות זעק המערער שעורך דינו אינו מטפל בתיק כראוי, אינו מבקרו בכלאו ואינו עובר עמו על חומר החקירה וחקירת העדים. בתום פרשת התביעה שוחרר אותו סנגור, לבקשתו, מייצוגו של המערער, מן הטעם שהמערער אינו משתף עמו פעולה. בסופו של דבר, המערער ייצג את עצמו בשלב פרשת ההגנה. בשלב הסיכומים מונה לייצגו עורך דין אחר. בית המשפט העליון דוחה את טענת הכשל בייצוג, בקבעו שהאשם בסוגיית ייצוגו של המערער רובץ בעיקר לפתחו, שכן כל הסגורים טענו שאינו משתף עמם פעולה. בית המשפט העליון דחה את הטענה, כי השתלשלות העניינים באשר לייצוג גרמה לו לנהל את הגנתו שלא כיאות תוך גרימת נזקים כבדים. עוד נקבע, שהרשעת המערער התבססה בעיקר על הראיות שנתגלו במהלך פרשת התביעה, שם היה מיוצג, ולא התקבלו הטענות בדבר ייצוג לקוי באותו שלב.

במקרה זה טענת הכשל בייצוג הייתה טענה נלווית לטענות רבות אחרות שהועלו במסגרת הערעור, וזו לא הייתה הטענה המרכזית שבהן. עיון בפסק הדין מעלה, שלא היה מקום להעלותה, לאור התנהלותו של המערער עצמו כפי שמתוארת בפרוטוקולים, ומתעורר חשש, שמא טענה זו הועלתה כשיקול טקטי בלבד, על מנת לעבות את נימוקי הערעור, שהיו רעועים ממילא. כמו כן, כפי שניתן להסיק מפסק הדין, לא נתבקשה התייחסותו של הסנגור הקודם, אשר ניהל את פרשת התביעה, ונטען שהוא ייצג ייצוג לקוי.

בעניין **בשיר** הורשעה המערערת בעברת רצח, לאחר שהמיתה על ידי מכות באבנים ובמקלות את אשת אביה ואת שלושת ילדיה, על רק סכסוך ששרר בינה לבין אביה, ונדונה בשל כך לארבעה עונשים של מאסר עולם.⁶⁸ המערערת הועמדה

⁶⁷ ע"פ 5875/93 עביט נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 801 (1997).

⁶⁸ לעיל ה"ש 15.

לדין עם אחיותיה ודודה. סנגורה טען בערער, שנגרם למערער עיוות דין חמור, שכן יוצגה בבית המשפט המחוזי על ידי סנגור שכשל ב"ניגוד אינטרסים" בכך שייצג אותה יחד עם אחיותיה. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע שלא התקיים ניגוד עניינים בייצוג האחיות יחדיו, שכן גרסאותיהן לא היו סותרות, ואין להרשעתה או לזיכוייה של המערער השפעה על הרשעתן או על זיכויין של האחיות. בית המשפט העליון הוסיף שבחינת טיעוניו של הסנגור מלמדת, שלמעשה לא מדובר בטענה של הגנה פגומה בשל "ניגוד אינטרסים", אלא בטענה של "הגנה לקויה". נקבע, שטענות הסנגור, שהמערער לא נחקרה חקירה ראשית ראויה, או שאחיותיה לא נחקרו חקירה נגדית ראויה, אין בינן לביין "ניגוד אינטרסים" ולא כלום. על מנת שתצלח הטענה, קבע בית המשפט, יש להוכיח עיוות דין שאילולא התרחש הייתה תוצאת המשפט עשויה להיות שונה (קרי: המבחן התוצאתי).

יש קושי בהחלטה זו של בית המשפט העליון, המדגים את נוקשותו של המבחן התוצאתי. אכן, מדובר בטענת כשל בייצוג המבוססת על פגם בחובת הנאמנות מטעמי ניגוד עניינים ולא מטעמי ניהול הגנה לקויה. עם זאת, מבחינה מהותית לא צריך להיות הבדל בין שני מצבים אלו, ושניהם כאמור נגזרים מחובת הנאמנות של עורך הדין. במקרה זה בחר בית המשפט העליון שלא לעסוק באופן ניהול ההגנה בבית המשפט המחוזי ובשאלה אם היה בו לגרום לעיוות דין למערער, אף שלא פסל סוגיה זו על הסף. אין ספק כי טענת ה"כשל בייצוג" במקרה זה הייתה טענה מהותית, ולא נבעה ממניע נסתר להשיג יעדים אחרים וזרים, או בהיעדר נימוקים טובים אחרים לערער. כמו כן, מן האמור בפסק הדין, ניתן להסיק שמדובר בטענה מבוססת, ולא בטענה שנטענה כלאחר יד. מאידך, על פי פסק הדין לא ברור אם הייתה פנייה לסנגור הקודם על מנת לקבל את תגובתו לטענות.

בעניין **אמסלו** הורשע המערער ברצח חברתו.⁶⁹ סנגורו בערער ביקש לטעון שהראיות שהובאו אינן מבססות את אשמתו ברצח ועל כן יש לזכותו. לחלופין ביקש לטעון שהסנגור בבית המשפט המחוזי שגה בניהול ההגנה, בכך שהסכים להגשת ראיות מסוימות ונמנע מחקירת עדים מסוימים ומחבאת ראיות חיוניות להגנת המערער, באופן שנגרם עיוות דין למערער, המחייב החזרת ההליך לבית המשפט המחוזי להשלמה. בית המשפט העליון דחה את הטענה בקבעו שהטענה אינה עומדת במבחן ההסתברותי-תוצאתי. לדידו של בית המשפט, מדובר בחילוקי דעות אפשריים בין עורכי דין בנוגע לעמדה שיש לנקוט בסיטואציה דיונית, אך לא ניתן להצביע על ייצוג משפטי בלתי הולם, שבלעדיו הרשעת המערער הייתה נמנעת.

טענת הכשל בייצוג במקרה זה הייתה טענה חלופית לטענה בדבר היעדר ראיות

⁶⁹ לעיל ה"ש 10.

מספיקות לביסוס אשמה, ובכך איבדה את מרכזיותה. כמו כן, עיון בפסק הדין מעלה את החשש שמדובר בטענה שנטענה מתוך שיקולים טקטיים בלבד, בהיעדר טענה טובה אחרת בערעור. נטען על ידי הסנגור בערעור, שהסנגור הקודם נמנע מלחקור עדים או מלהביא ראיות, ואולם לא הוסבר לערכאת הערעור באיזה אופן הייתה עשויה לסייע חקירת אותם עדים ולא הוצגה ראיה כלשהי שנמנעה מבית המשפט המחוזי ואשר הייתה עשויה לסייע בהגנת המערער. גם כאן לא נתבקשה התייחסותו של הסנגור הקודם לטענה.

בעניין **ישראל** הורשע המערער בהריגתו של אדם במועדון, לאחר שדקרו כמה דקירות באמצעות סכין, ונידון לעונש מאסר בפועל של 13 שנים.⁷⁰ ערעורו נסב על גזר הדין בלבד. סנגורו בערעור טען, שלמערער נגרם עינוי דין בבית המשפט המחוזי בשל התנהלותו של סנגורו הקודם. נטען שמשפטו נדחה פעמים רבות בשל אי-התייבות אותו סנגור; שהסנגור ניהל קו הגנה משותף למערער ולנאשם האחר בתיק אף שהיה ניגוד עניינים בין השניים; ושאותו סנגור הושעה מחברותו בלשכת עורכי הדין במרץ 1997, אך המשיך בייצוג המערער עד לחודש יולי 1997 – אז נתגלה דבר השעייתו לבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע שהגנתו של המערער לא קופחה, שכן מרבית השיבות נוהלו כאשר סנגורו היה חבר לשכת עורכי הדין. בית המשפט העליון הוסיף והדגיש, כי בשלב הסיכומים הוחלף הייצוג, והמערער יוצג על ידי סנגורו שבערעור, ואז לא מצא הסנגור לשנות מקו ההגנה שנקט קודמו, ולו זו אף זו המשיך בייצוג המשותף.

במקרה זה עולה חשש ממשי, שטענת הכשל בייצוג שימשה אך משיקולים טקטיים ובהיעדר טענה טובה אחרת בערעור. יתרה מכך, עולה חשש ממשי להיעדר תום לב בהעלאת הטענה, לאור התנהלותו של הסנגור החדש בבית המשפט המחוזי, אשר המשיך באותו קו הגנה של הסנגור הקודם ולא העלה טרזונה כלשהי במועד הנכון להעלותה.

בעניין **רודמן** הורשע המערער בקשירת קשר לביצוע עוון, קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, ניסיון לקבל דבר במרמה בנסיבות מחמירות וזיוף מסמך בנסיבות מחמירות – והכול במסגרת קשר להיונות את מרכז ההשקעות בישראל על מנת לקבל במרמה מענקים והלוואות על פי החוק לעידוד השקעות, התשי"ט–1959.⁷¹ בין יתר הטענות הרבות בערעור, טען הסנגור שבערעור שדרך ניהול ההגנה בבית המשפט המחוזי הייתה פגומה, משום שסנגורו שם לא הציג גרסה חלופית, החקירה הראשית של המערער הייתה קצרה יתר על המידה, לא הובאו עדי הגנה, לא הוצגו שאלות מהותיות לעדי התביעה, לא הוגשו מסמכים מהותיים, וכן אותו סנגור נעדר מחיקור הדין שנערך לשני עדים באנגליה. בית המשפט העליון דחה את הטענה בקבעו,

⁷⁰ ע"פ 813/99 ישראל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.01.2001).

⁷¹ לעיל ה"ש 11.

שהטענות כלליות מדי ולא מפורטות: לא הובאה גרסת ההגנה החלופית שנטען שניתן היה להעלות, לא הוסבר מדוע לא השיב המערער עצמו לשאלות רבות שהוצגו לו על ידי סנגורו אז בחקירתו הראשית, לא הצביעו על עדי הגנה ספציפיים, לא הצביעו על שאלות מהותיות לעדי ההגנה שניתן היה לשאול, וכן הסנגור לא הראה מה הנפקות – המשפטית או העובדתית – של היעדרו של הסנגור הקודם מחיקור הדין באנגליה.

עיון בפסק הדין מעלה, שטענת ה"כשל בייצוג" במקרה זה לא הייתה טענה מרכזית כלל בערעור, כי אם טענה אחת מיני רבות. כמו כן, עולה שהטענה לא זכתה לביסוס כלשהו ולקתה במידת הפירוט שלה. מאידך, קשה להגדירה כטענה סקטית בלבד הנובעת מחסר בטענות מהותיות אחרות לערעור, הואיל ובערעור זה נטענו טענות מהותיות רבות אחרות, אשר היה בהן להצדיק את הפנייה לערכאת הערעור. מפסק הדין אף עולה כי לא נעשתה פנייה לסנגור הקודם על מנת לקבל את התייחסותו לטענה.

בעניין **עסל** הורשע המערער בביצוע עברות מין בגופן של שלוש נשים שהסיע ברכבו.⁷² בין היתר טען סנגורו של המערער, אשר מונה לייצגו מטעם הסנגוריה הציבורית, כי נתקיים כשל בייצוגו של המערער בבית המשפט המחוזי. התברר כי באחד מן הדיונים בבית המשפט המחוזי נתגלעה מחלוקת בין הצדדים בנוגע להגשת חוות דעת מומחה. הסנגור שייצג את המערער בבית המשפט המחוזי טען שלא נמסר לידי עותק מחוות הדעת, ואילו הפרקליטה טענה שיש בידה אישור על שדר פקסימיליה המפריך טענה זו. בעקבות חילופי הדברים, הודיע הסנגור שאין הוא יכול עוד לתרום להגנת המערער, ולאחר זאת יצא מאולם בית המשפט מבלי ליטול את רשות בית המשפט. בהמשך נתקיימו כמה ישיבות שבהן נשמעו עדים, בשעה שהמערער לא היה מיוצג. בית המשפט העליון דחה את הטענה, משום שהתברר, שבמשך כמה חודשים נעשו ניסיונות למנות למערער סנגור מטעם הסנגוריה הציבורית, ואולם המערער סירב לשתף פעולה עם סנגורים שונים שמונו עבורו. כמו כן, נמנע המערער מלשכור שירותיו של עורך דין בכוחות עצמו. בשל כך בלבד התקיימו כמה דיוני הוכחות בהיעדר ייצוג. בית המשפט הביע תמיהה על התנהגות הסנגור הקודם שעזב את אולם בית המשפט מבלי לבקש את רשות בית המשפט, אך הואיל והועברה פנייה בעניין זה ללשכת עורכי הדין, לא נדרש לכך עוד. בית המשפט העליון הוסיף, שהסנגור בערעור מונה לייצג את המערער עוד בשלבים המתקדמים של ההליך בבית המשפט המחוזי, ובית המשפט המחוזי אפשר לו לזמן עדי תביעה שעדותם כבר נשמעה. על כן, תמה בית המשפט העליון על עצם העלאת הטענה.

דומה כי במקרה זה טענת ה"כשל בייצוג" נטענה שלא לצורך. לא הייתה זו טענה מרכזית בערעור; הטענה לא הייתה מבוססת ולא מדויקת; לא ניתן היה להצביע על

⁷² ע"פ 492/02 יוסף עסל נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 935 (2002).

עיוות דין כלשהו שנגרם; ולא נעשה ניסיון כלשהו להסביר את התנהגות המערער. ניתן לנחש שהעלאת הטענה נבעה משיקולים טקטיים, יחד עם יתר הטענות בערעור, אשר אין בכוח כל אחת מהן להפוך את היוצרות, אך שמא הצטברותן תהווה הצדקה למראית עין להגשת הערעור. כמו כן, עולה שלא נדרשה התייחסותו של הסנגור הקודם לטענה.

עניין א. ש. ניו קונספט בע"מ הוא עניין חריג, שבו לכאורה התקבלה טענת "כשל בייצוג", אך למעשה אין בו לשנות את ההנחות והמסקנות במאמר זה והוא אף מחזקן.⁷³ למעשה, מדובר בערעור פלילי על הליך ביזיון בית המשפט, לאחר שלא מולא צו מניעה זמני שניתן במסגרת הליך אזרחי. במקרה זה הייצוג המשותף של המערערות מנע מבית המשפט המחוזי לקבל את התמונה השלמה של האירועים הנידונים, ובית המשפט העליון שוכנע שמסקנת בית המשפט המחוזי אינה מתחייבת. אמנם הייתה זו טענה מרכזית, מהותית ולכאורה מבוססת, אך יש לזכור שעסקינן למעשה בעניין אזרחי במהותו, ולא פלילי. על שום כך, אף התייחסות בית המשפט העליון לטענה ולמידת הוכחתה שונה. במקרה זה אנו למדים, שכאשר מדובר בעניין אזרחי במהותו, בית המשפט העליון היה מוכן להגמיש את המבחן הנדרש לקבלת טענה של "כשל בייצוג". זאת, אף שלכאורה ניתן היה לצפות כי המבחן בהליך אזרחי יהיה נוקשה יותר. גם במקרה זה, נראה שלא נדרשה התייחסותו של עורך הדין הקודם לטענה.

בעניין **פלוני הורשע המערער בעשרה אישומים של עברות הצתה**, ניסיון הצתה של מבנים על רקע לאומני, תמיכה בארגון טרור, השחתת פני מקרקעין, עברות בנשק, ניסיון לחבלה במזיד ברכב, חבלה בכוונה מחמירה וסיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, ונידון לארבע שנות מאסר בפועל.⁷⁴ בין יתר הטענות בערעור, הועלו על ידי סנגוריתו של המערער השגות באשר לאופן ניהול המשפט על ידי ההגנה בבית המשפט המחוזי (אי-חקירת עדים באופן ראוי וחוסר בפירוט טענות הזוטא), אם כי לא נטען מפורשות לכשל בייצוג. בית המשפט העליון דחה את הטענה, בנמקו כי ניתן להתווכח עם עמדה מקצועית פלונית, אך אין זו עילה לניהול המשפט מחדש. בית המשפט העליון הוסיף, כי אין בהימנעות הסנגור הקודם מלחקור עדים מסוימים להטיל דופי בהרשעת המערער.

בעניין זה, טענת הכשל בייצוג נטענה באורח עקיף ולא במפורש, בהיעדר ביסוס ובהיעדר התייחסותו של הסנגור הקודם לטענה. משכך, גם התייחסותו של בית המשפט העליון לטענה הייתה בביטול. מנגד, קשה להגדירה כטענה טקטית בלבד שנטענה בהיעדר טענה טובה אחרת בערעור, משום שלמערער היו טענות נוספות מהותיות, אשר נשקלו על ידי בית המשפט העליון, אם כי לבסוף נדחו.

⁷³ ע"פ 8787/94 א.ש. ניו קונספט בע"מ נ' Prizer Inc. (טרם פורסם, 3.2.2005).

⁷⁴ ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.4.2005).

בעניין **מאהרן** הורשע המערער לאחר שהודה במסגרת הסדר טיעון בעברות של גנבת רכב, נהיגה בשכרות, נהיגה בזמן פסילה, אי-עצירה לאחר תאונה, סיכון חיי אדם במזיד, ניסיון לחבלה בכוונה מחמירה, תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות וסירוב לעבור בדיקת שכרות.⁷⁵ כמו כן, צירף תיקים נוספים תלויים ועומדים. בית המשפט המחוזי גזר עליו חמש שנות מאסר בפועל. הסנגור בערעור ביקש להתיר למערער לחזור בו מהודאתו בחלק מן העברות, הואיל וייצוגו של המערער בבית המשפט המחוזי היה לטענתו "ייצוג מחפיר ורשלני", וכי סנגורו הקודם כפה עליו להודות בעברות שלא ביצע בכך שהפעיל עליו מכבש לחצים. כמו כן נטען, שהסנגור הקודם הגיש לבית המשפט המחוזי חוות דעת פסיכיאטרית אשר רק הזיקה למערער. לחלופין, ביקש להתערב בענישתו החמורה של המערער ולקצוב תחתיה תקופת מאסר קצרה. בית המשפט העליון דחה את הטענה. בהחלטתו נשמעה ביקורת על כך שהסנגור בערעור לא פנה לסנגור הקודם על מנת לקבל את התייחסותו לטענות. בית המשפט העליון עצמו פנה לסנגור הקודם לקבל את תגובתו בכתב, ואולם זו לא הוגשה. התברר לבית המשפט העליון, שבידי הסנגור שבערעור מכתב מאת הסנגור הקודם העוסק בנושא דנן, ואולם מכתב זה לא הוגש ותוכנו לא הובא לידיעת בית המשפט העליון. בית המשפט קבע לבסוף, שלא שוכנע שהסנגור הקודם כפה על המערער הודאה, וגם אם ייעץ לו להודות, אין מדובר בהתנהגות לא הוגנת.

מעיון בפסק הדין, עולה שמדובר בטענה שנטענה משיקולים טקטיים בלבד ולא הייתה מבוססת. יתרה מכך, התנהלותו של הסנגור בערעור, אשר נמנע מלהביא את תוכן התייחסותו של הסנגור הקודם לידיעת בית המשפט, אף שהייתה ברשותו, מעוררת חשש כבד שמא מדובר בטענה שנטענה בחוסר תום לב.

בעניין **גנטשקה** הורשע המערער בחמש עברות של אינוס ובעברה של כליאת שווא.⁷⁶ סנגוריו של המערער טענו, בין היתר, לכשל בייצוגו על ידי סנגורו הקודם, בכך שבמהלך הדיון הודה פעמיים במפורש שהמערער קיים יחסים עם אחת המתלוננות, בעוד שהמערער לא הבין את דבריו בשל מחסום שפה והיעדר מתורגמנית, וזאת בניגוד לגרסתו של המערער בחקירתו במשטרה. מיד לאחר מכן, ביקש המערער להחליף ייצוג. אף על פי כן, התייחס בית המשפט המחוזי להתנהגות המערער כשינוי גרסה מצדו. כמו כן נטען שהסנגור הקודם שוחח עם המערער שיחות ספורות בלבד, וזו הסיבה שהוצגה על ידו גרסה שגויה לכל אורך פרשת התביעה. בית המשפט דחה את הטענה וקבע, כי גם אם היה מוכן לקבל את טענת המערער שלא שינה מגרסתו ושקו הגנתו הנו תוצאה של ייצוג בלתי הולם, עדיין עדותו בבית המשפט שונה מן הגרסה שמסר במשטרה בכמה פריטים, אשר לא ניתן להם הסבר משכנע. בית המשפט העליון ציין שהתקשה להשתכנע מן הטענה לכשל בייצוג,

⁷⁵ ע"פ 3991/04 רגבי נ' מדינת ישראל, תק-על 2005 (2) 805 (2005).

⁷⁶ ע"פ 4187/04 גנטשקה נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (2) 4094 (2006).

משום שבישיבה הראשונה בנוכחותם של סנגוריו החדשים, לא נטען דבר לעניין הצהרותיו של הסנגור הקודם, והטענה הועלתה רק בשלב מאוחר יותר. ניתן להתרשם שטענת ה"כשל בייצוג" במקרה זה הייתה טענה מהותית, הגם שלא הייתה הטענה המרכזית בערעור. היא נועדה להתמודד עם מסקנה שגויה, לדידה של ההגנה, של בית המשפט המחוזי באשר להתנהלות המערער עצמו במשפטו ואשר הנה רלוונטית לסוגיית מהימנותו. דא עקא, נראה שבית המשפט התרשם שהטענה לא הייתה מבוססת דיה; כמו כן לא נתבקשה התייחסותו של הסנגור הקודם לטענה.

בעניין פלוני הורשע קטיין יליד 1989 באיננוס אחותו הקטינה בכמה מועדים, ונגזר עליו עונש של החזקה במעון נעול למשך שלוש שנים.⁷⁷ בין יתר טענות הערעור, נטען שהסנגור הקודם של המערער כשל בייצוג, שכן האמין שהמערער אשם ואמר זאת הן לתביעה והן לבית המשפט המחוזי. כמו כן, נטען שהסנגור הקודם נאחז בטענה שהמערער סובל מפיגור שכלי, אף שהנתונים הצביעו אחרת. נטען שהסנגור הקודם לא ניהל כלל משפט זוטא, למרות טענות המערער בדבר האמצעים הפסולים שהופעלו בחקירתו, נמנע מלבקש הסרת חיסיון של מקור מודיעיני ונמנע לאחר מתן גזר הדין לבקש את עיכוב ביצוע העונש עד להכרעה בערעור. לבית המשפט העליון נמסרה תגובתו של הסנגור הקודם, אשר דחה בתוקף את הטענות. הסנגור הקודם אמר שנפגש עם המערער ומשפחתו כמה פעמים, ובהן עבר עמו על כל חומר הראיות וקיבל את התייחסותו. לדבריו, מרגע שהמערער התעקש על חפותו, הפסיק כל ניסיון להגיע להסכמה עם התביעה, ולטענתו פעל כמיטב יכולתו לשכנע את בית המשפט ליזכותו. כמו כן ציין שבניגוד לנטען, נוהל משפט זוטא מורכב וממושך, והכרעת הדין דנה בכך באריכות. בית המשפט העליון דחה את הטענה לאחר שלא השתכנע שהיה כשל בייצוג המערער. בית המשפט העליון אף ביקר את הסנגור שבערעור על שהעלה טענה עובדתית לא נכונה בנוגע לניהול משפט הזוטא.

אף שבית המשפט העליון התייחס לטענת הכשל בייצוג כטענה מרכזית בערעור, עיון בטענות הערעור דווקא מוביל למסקנה שונה, ולפיה טענותיו האחרות של המערער בערעור היו מרכזיות יותר. כמו כן, דומה שדובר בטענה לא מבוססת, מוטעית, ומשכך גם לא הוגנת. אמנם נתבקשה התייחסות הסנגור הקודם, אך לא ברור מפסק הדין אם הדבר נעשה מראש על ידי הסנגור שבערעור, או שמא לבקשת בית המשפט העליון.

בעניין פלוני הורשע המערער במסגרת הסדר טיעון בעברות של מגע עם סוכן חוץ, קשירת קשר לבצע פשע ועברות בנשק. הוא נדון לשמונה וחצי שנות מאסר בפועל.⁷⁸ הערעור נסב על ההרשעה בלבד. נטען שהסנגור שייצג את המערער בבית המשפט המחוזי הגיע להסדר טיעון עם התביעה בניגוד לעמדת המערער. נטען שגם

⁷⁷ ע"פ 677/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.3.2007).

⁷⁸ ע"פ 5835/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.7.2007).

כאשר הוצג הסדר הטיעון בבית המשפט ונתבקשה תגובת המערער עצמו, טען המערער לחפותו. או אז, נטען, קם הסנגור הקודם והודה בעובדות כתב האישום המתוקן בשם המערער. כמו כן נטען, שהסנגור הקודם לא טרח לעיין בכל חומר החקירה, ומשכך לא ירד לשורשה של התשתית הראייתית. להודעת הערער צורף תצהיר מטעם הסנגור הקודם, שבו אישר את הנטען והסכים כי התנהלותו בבית המשפט המחוזי הייתה פגומה. בית המשפט העליון דחה את הטענה לאחר שקבע שאינו מקבל את האמור בתצהירו של הסנגור הקודם, וזאת בעקבות תרשומות שונות בתיק הפרקליטות אשר סותרות לכאורה את הנטען. כמו כן נטען בית המשפט העליון על האמור בפרוטוקול הדיון שלפיו נרשם מפי המערער, באמצעות מתורגמן, כי הוא הבין את תוכן הסדר הטיעון. בית המשפט העליון הוסיף והעיר, שבין מועד הצגת הסדר הטיעון לבין מועד הטיעונים לעונש חלפו כחמישה חודשים, שבהם לכאורה יכלו המערער וסנגורו הקודם לתקן את הטען תיקון, אך לא עשו זאת. בית המשפט העליון קבע שמדובר בטענות סרק, נטולות בסיס, הגובלות בבדייתתה של גרסה עובדתית בבחינת יש מאין, וכי מדובר במערער אשר התגבשה בו תחושה שביצע מקח טעות נוכח העונש שהושת עליו.

דומה שבעניין זה טענת ה"כשל בייצוג" הייתה טענה מרכזית ומהותית ולכאורה אף מבוססת ונתמכת בתצהיר, שבו מודה הסנגור הקודם שכשל בייצוגו של המערער. דא עקא, שהאמור בתצהיר לא התיישב עם עובדות אחרות ולא גישר על הכשלים הרבים הגלומים בטענה, שהעלו שהמערער היה מודע להסדר הטיעון שגובש. על כן נקט בית המשפט העליון לשון חריפה כלפי הטענה תוך גינוי הטוען לה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהתחושה הלא נוחה המתעוררת מן העובדה שבית המשפט העליון כלל לא בחן את התשתית הראייתית בבסיס הרשעת המערער, וזאת אף שהסנגור הקודם אישר בתצהירו שלא העמיק בה, וטענה זו לא נסתרה.

בעניין פלוני הורשע המערער בעברת אינוס ונידון לחמש שנות מאסר בפועל.⁷⁹ המערער לא הכחיש את קיומו של המגע המיני, ואולם טען כי הדבר נעשה בהסכמה הדדית. סנגוריו של המערער בערעור טענו, שייצוגו בבית המשפט המחוזי היה בלתי ראוי וגרם לעיוות דין חמור למערער, משום שעדי התביעה לא נחקרו בחקירה נגדית ראויה, חומרים מחומר החקירה הרלוונטיים להגנה לא הוצגו לבית המשפט ולא זומנו עדי הגנה רלוונטיים. נטען שמקור הכשל הוא בכך שלסנגור הקודם לא היה ניסיון בתחום המשפט הפלילי, והופעתו בתיק זה הייתה לו הופעת בכורה. סנגוריו של המערער פנו לקבלת התייחסותו של הסנגור הקודם, וזו ניתנה. הסנגור הקודם דחה את הטענות אחת לאחת והסביר בנוגע לכל אחת מהן את אופן פעולתו בתיק. בית המשפט העליון דחה את הטענה בקבעו שהמחדלים הנטענים אינם מחדלים כלל. נקבע שהימנעות הסנגור הקודם בהבאת עדי הגנה מסוימים ובחקירת עדי תביעה

⁷⁹ ע"פ 678/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.7.2007).

מסוימים נעשתה לאחר שיקול דעת, וביקורת שיקול דעת זה הנה בבחינת חכמה שלאחר מעשה. יוער, כי על פי האמור בפסק הדין, בשלב הדיון הציע בית המשפט העליון לצדדים שהעדויות שלא נשמעו יוגשו בהסכמה לעיונה של ערכאת הערעור, על מנת לשפוך אור על התשתית הראייתית שעמדה בבית המשפט המחוזי. הדבר לא התבצע בשל התנגדות המדינה. אף על פי כן, נדחתה הטענה ל"כשל בייצוג" בנימוק האמור לעיל.

במקרה זה טענת ה"כשל בייצוג" הייתה הטענה המרכזית והיחידה בערעור. הייתה זו טענה מהותית, ונראה שבשלב מסוים אף בית המשפט העליון ביקש לשכנע את המדינה להגיש העדויות החסרות לעיונו, אלא שזו סירבה להצעה. הסנגורים אף טרחו לבקש מבעוד מועד את התייחסות הסנגור הקודם לטענה, והתייחסות זו הוגשה לבית המשפט. הטענה נדחתה בסופו של יום בשל המשוכה הגבוהה שמציב בית המשפט העליון לטענות מסוג זה.

בעניין ארמין הורשע המערער בקשירת קשר להובלת נשק והובלת נשק, ונגזרו עליו שלוש שנות מאסר בפועל.⁸⁰ המערער העלה טענות רבות בערעור, שעסקו בתשתית הראייתית החסרה. במסגרת הטיעון בעל פה הוסיף סנגורו של המערער טענה שלא נטענה בהודעת הערעור, ולפיה סנגוריתו הקודמת של המערער כשלה בייצוג, כאשר לא עמדה על אי-קבילותם של פלטי שיחות ואיכונים שהוגשו מבלי שהוכחה דרך הפקתם, בהישענו על פסיקה חדשה שיצאה מפי בית המשפט המחוזי לאחר מתן הכרעת הדין בתיק זה. בית המשפט העליון דחה את הטענה וציין שמוטב היה אלמלא נטענה.

טענת הכשל בייצוג במקרה זה הייתה טענה שולית בערעור, והיא אף לא הייתה מבוססת. לכאורה, נשען הסנגור על פסיקה חדשה של בית המשפט המחוזי, ואולם לא היה במקרה זה לנגוד את הפסיקה, שעה שסנגור מסכים להגשת מסמך, והדבר נעשה לאחר שיקול דעת. כמו כן, לא נתבקשה התייחסותה של הסנגורית הקודמת לטענה. דומה, כי גם העובדה שהטענה נטענה אך בדיון שבעל פה, ולא בא זכרה בהודעת הערעור המנומקת בכתב, אף היא הביאה את בית המשפט העליון להתייחס לטענה זו בביטול.

פסק הדין בעניין דענא, שניתן ביום 26.11.2007, הנו המקרה הראשון שבו נתקבלה טענת כשל בייצוג בערעור פלילי בבית המשפט העליון אשר הביאה לביטול הרשעה.⁸¹ היה זה ערעורם של שני אחים שהועמדו לדין בגין רצח בן דודם, ואשר יוצגו בבית המשפט המחוזי בידי אותו סנגור. במסגרת הסדר טיעון תוקן כתב האישום, באופן שהמערער 1 הודה והורשע בעברת רצח, ואחיו – המערער 2 הודה והורשע בעבירת סיוע לרצח – כלומר, היה זה הסדר טיעון מותנה, זה בהודאתו של

⁸⁰ ע"פ 8899/06 ארמין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.7.2007).

⁸¹ ע"פ 635/05 דענא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 26.11.2007).

זה. הסדר הטיעון לא כלל הסכמה עונשית, והמערער 1 נידון למאסר עולם, ואילו המערער 2 נידון ל-14 שנות מאסר. המערער 1 ערער על הכרעת הדין, והמערער 2 על גזר דינו. בערעורו ביקש המערער 1 לחזור בו מהודאתו, וטען כי הודה מתוך לחץ נפשי פנימי וחיצוני עקב הבררה שהוצגה לו על ידי סנגורו, שלפיה אם יודה הוא בעברת הרצח, יסייע בכך לאחיו שיורשע בעקבות כך אך בסיוע לרצח. מכאן, שהייצוג המשותף והלחץ שבו היה נתון מצד עורך הדין להודות על מנת להקל בדינו של אחיו, הוא כשל שמקורו בייצוג המשותף ובניגוד העניינים שנבע ממנו.⁸² סנגוריו של המערער 1 הגישו לבית המשפט העליון את התייחסותו של הסנגור הקודם, שמסר כי נגד המערער ואחיו הצטבר חומר ראיות מכביד ביותר, ואילו היה התיק מנוהל, היו שניהם מורשעים בעברת רצח. כמו כן, הוסיף הסנגור הקודם שהמשא ומתן עם המאשימה נוהל בידיעת המערער ואחיו ובהסכמתם, והמערער היה מודע לעברה המיוחסת לו ולעונש הצפוי לו. הסנגור הקודם אישר כי אכן היה המערער נתון לשכנועים שהופעלו עליו הן מצד הסנגור והן מצד אחיו. מנגד טענה המדינה כי לא נפל כל פגם בהסדר הטיעון, וכי המערער 1 היה מודע היטב הן למשמעות הודייתו והן לתוצאותיה, וכי אף בדיונים שלאחר מכן לא עלתה כל טענה בדבר לחצים שהופעלו לשם השגת ההודאה. בית המשפט העליון קיבל את הטענה, הותיר לו לחזור בו מהודאתו, והורה על ביטול הרשעתו של המערער 1. נקבע, כי קיים בסיס של ממש לחשש שהודאתו של המערער 1 לא ניתנה מרצונו החופשי, אלא שנבעה מתוך רצון לסייע לאחיו ולמשפחתו. לענייננו הנקודה החשובה היא כי בית המשפט מנמק את החלטתו בכך שנוצר ניגוד עניינים בייצוג שני האחים בידי אותו סנגור, וכי הכשל בייצוגו של המערער 1 הנו תולדה ישירה של אותו ניגוד אינטרסים.

מעניין להביא מדבריו של השופט ד' חשין בעניין זה:

"סביר להניח כי בנסיבות אחרות, בהן היה כל אחד מהם מיוצג בפני עצמו, הסדרי הטיעון לא היו מותנים זה בזה. יש להניח עוד, כי סניגורו של אמג'ד – אילו יוצג על ידי סניגור נפרד – לא היה משכנעו להודות בביצוע העברה כדי לסייע בכך לאחיו, אלא היה טוען טענות הרלוונטיות להגנתו ולהכרעת הדין בעניינו. האמור לעיל דוחק למסקנה, כי כפל הייצוג של שני האחים בידי אותו סניגור יצר, בנסיבות העניין שלפנינו, מציאות משפטית בלתי ראויה, שיש בה ניגוד עניינים מובנה המועד לכשל בייצוג".⁸³

⁸² בערעורם היו שני האחים תחילה מיוצגים ייצוג משותף בידי אותם באי כוח, ואולם לאור אופי הטענה הורה בית המשפט העליון כי ימונה למערער 2 סנגור נוסף מטעם הסנגוריה הציבורית.

⁸³ עניין **דענא**, לעיל ה"ש 81, פס' 15 לפסק דינו של השופט חשין.

מכאן שבית המשפט הניח כי לולא ניגוד העניינים, התוצאה הייתה שונה – אולם הוא לא דרש מהמערער להצביע על האפשרות הממשית להתרחשות זו. במקרה זה קבע בית המשפט העליון שהייצוג המשותף, יש בו "ניגוד עניינים מובנה המועד לכשל בייצוג", והסיק כי תוצאת המשפט הייתה שונה אילו לא כשל זה. ייתכן שניתן לראות בהחלטה זו ריכוך מסוים והגמשת מה של המבחן התוצאתי-הסתברותי, אף שהדברים לא נאמרו מפורשות.

דומה כי השוואתו של עניין **דענא** לעניין **בשיר** המוזכר לעיל מתבקשת.⁸⁴ להערכתנו גם בעניין **בשיר** ניתן היה להגיע לאותה מסקנה ממש, שכן אף שם יוצגו שלוש הנאשמות (שלוש אחיות) בידי סנגור אחד, ואף שם התקיים אותו "ניגוד עניינים מובנה המועד לכשל בייצוג". ואולם שם הגיע בית המשפט העליון למסקנה שונה, משקבע כי אין בייצוג המשותף כשלעצמו משום ניגוד עניינים, וכי לא הוכח עיוות דין אשר יש בו להשפיע על התוצאה. העובדה שעניין **בשיר** לא עסק בהסדר טיעון וחזרה מהודאה אלא הרשעה על סמך ראיות אינה יכולה, לסברתנו, להסביר את ההבדל בתוצאת שני המקרים.

בעניין **עבדוב** הועמד אדם לדין יחד עם אחר בביצוע עברת אינוס.⁸⁵ משך כל משפטו הכחיש המערער מגע מיני כלשהו עם המתלוננת. בתום שמיעת הראיות וטרם הגשת הסיכומים בכתב, נפל עורך דינו למשכב ומאוחר יותר נפטר. עורך הדין של הנאשם האחר התנדב להגיש סיכומים בכתב עבור שני הנאשמים. בסיכומיו הכתובים טען עורך הדין, שהמערער קיים מגע מיני עם המתלוננת, ואולם הדבר נעשה בהסכמתה. בעקבות שאלת בית המשפט, כיצד הוא נוקט קו הגנה המנוגד לטענת המערער, הגיש אותו עורך דין מסמך השלמה בכתב ובו טען:

"עמדה שכזו מתחייבת בנסיבות המיוחדות והיוצאות דופן של המקרה דנו, שבו כל הנפשות המעורבות הינן פרימיטיביים [כך במקור] להחריד שכולטת במיוחד העובדה ששיקוליהם נובעים ממניעים זרים שאינם רציונאליים [...] נציין ש[המערער] מצטייר לכאורה כ'אינטליגנטי' שבחבורה ואולם זהו פן אחד באישיותו שכן מוחו מונע ע"י אמונות ודעות מוזרות. נציין שחומר החקירה מגלה בבירור שהשוטרים חזרו ואמרו לו שהסתבכותו נובעת אך ורק מעצם הכחשתו את עצם קיום היחסים – אך הוא בשלו!"

בהכרעת הדין הורשע המערער בעברת אינוס, ובהמשך נידון לעונש מאסר של שבע שנים. אין בהכרעת הדין כל התייחסות להשתלשלות אירועים זו ולהגשת המסמך

⁸⁴ לעיל ה"ש 15.

⁸⁵ ע"פ 674/06 **עבדוב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.2.2008). עו"ד אדוה אלב, אשר השתתפה בכתביבת מאמר זה, ייצגה את המערער עבדוב בבית המשפט העליון.

האמור על ידי אותו עורך דין. בערעורו לבית המשפט העליון טען המערער, כי נפל פגם חמור בייצוגו, אשר הביא עמו עיוות דין חמור. המערער טען כי לא ידע על שינוי החזית שנעשה שלא בהסכמתו במועד כה מאוחר של המשפט, שינוי אשר היה בו להטיל דופי במהימנות גרסתו של המערער, וכי קיימת אפשרות ממשית שהדבר השפיע על שיקול דעת השופטים, אשר נדרשו להכריע בין גרסתו לבין גרסת המתלוננת.

לבית המשפט העליון הובאה בעל פה עמדת עורך הדין המדובר, ולפיה אישר כי למיטב זכרונו לא שוחח עם המערער על תוכן הסיכומים בכתב ועל תוכן ההשלמה בכתב שהוגשו, וכי הוא מניח שהמערער לא ידע על כך. כמו כן ציין עורך הדין שפעל מתוך אמונה שהדבר יועיל למערער, אך היה מודע לכך שהמערער עמד איתו בגרסתו. בית המשפט העליון דחה את הערעור וקבע, כי הדרך שבה פעל עורך הדין לא הייתה ראויה, ואולם אותו כשל בייצוג לא הוביל לעיוות דין תוצאתי. בית המשפט העליון קבע, שהעובדה שאין בהכרעת הדין כל זכר להשתלשלות זו מעידה שבית המשפט קמא לא הושפע מן הדברים. כמו כן, נאמר, שלאור העובדה שעדות המתלוננת נמצאה מהימנה, הרי שהסיכומים האמורים לא הסבו נזק תוצאתי ואף לא עיוות דין.

בעניין זה דובר בטענה המרכזית בערעור, טענה מהותית ומבוססת. כמו כן, נתבקשה תגובת עורך הדין לטענה. אף על פי כן, בולטת עמדתו הנוקשה של בית המשפט העליון כלפי טענה זו. מקרה זה ממחיש את הקושי הרב הטמון במבחן הסיכתי-התוצאתי, שכן המערער נדרש במקרה זה להצביע על האפשרות שהכשל בייצוגו השפיע על מחשבת השופטים בערכאה הראשונה ועל מהימנות גרסתו, באופן שלולא הכשל אפשר שהתוצאה הייתה שונה. מדובר בנטל בלתי אפשרי. המעניין עוד הוא שבית המשפט העליון בחר שלא לעסוק כלל בשאלת שינוי החזית שנעשה שלא בידיעת המערער ושלא בהסכמתו ובאפשרות הפגיעה בזכותו למשפט הוגן.

מה עולה מהמקרים הללו באשר למאפייניה של טענת הכשל בייצוג?

ניתוח המקרים מעלה שבאחד-עשר מן המקרים (55%) טענת ה"כשל בייצוג" הייתה טענה **מרכזית** בערעור (ואילו ביתר המקרים זו הייתה טענה נלווית לטענות אחרות או חילופית להן). באחד-עשר מן המקרים טענת ה"כשל בייצוג" הייתה טענה **מהותית** בערעור (ואילו ביתר המקרים מתעורר הרושם שהטענה נטענה משיקולים טקטיים בלבד). לעומת זאת, להערכתנו רק בשבעה מקרים (35%) טענת ה"כשל בייצוג" הייתה טענה **מבוססת** שלא נטענה בעלמא (ואילו ביתר המקרים עולה שהטענה נמצאה לא מבוססת או לא מדויקת). נקודה משמעותית ביותר היא כי ברוב המקרים, שלושה-עשר מתוך עשרים, הסנגורים שטענו כשל בייצוג **לא טרחו לקבל את התייחסותו של הסנגור הקודם** לטענות נגדו.

באשר לשיוך המוסדי של הייצוג הקודם, בשישה-עשר מן המקרים (80%) **הייצוג הקודם** שכלפיו נטענה טענת ה"כשל בייצוג" היה ייצוג **פרטי** ולא במימון המדינה. רק בארבעה מקרים הטענה יוחסה לייצוג שנעשה במינוי בית המשפט או מטעם

הסנגוריה הציבורית.⁸⁶

במקביל נמצא שרק בשני מקרים הועלתה הטענה ל"כשל בייצוג" בערעור על ידי סנגור שפעל במסגרת מינוי מטעם הסנגוריה הציבורית,⁸⁷ ואילו ביתר המקרים (90%) הטענה הועלתה על ידי סנגורים שייצגו את המערערים באופן פרטי. בסך הכול, כאמור, אותרו 20 מקרים (בפרק זמן של 22 שנים). מכאן שקשה לומר כי מדובר בטענה שגורה או שכיחה בבית המשפט העליון. כאמור, רק במקרה אחד נתקבלה הטענה בדבר "כשל בייצוג" (פרט, כאמור, לעניין א.ש. ניו קונספט בע"מ, אשר חריגות נובעת מן האופי האזרחי שלו), וביתר המקרים טענה זו נדחתה.

ז. סיכום

הממצאים שהוצגו לעיל אינם מתיישבים עם רוח הדברים שהושמעו על ידי השופט מצא בעניין יושבייב, שלפיהם טענת "כשל בייצוג" הולכת ומשתרשת. החלטה זו ניתנה ביום 8.4.2004 ומאז נטענה טענה זו בבית המשפט העליון בעשרה מקרים. לשם הדוגמה, בשנת 2004 נפתחו 906 הליכי ערעור פלילי בבית המשפט העליון,⁸⁸ ומספרים דומים לכך בשנתיים שלאחריה. אמנם אין זה מן הנמנע כי הטענה נטענה גם בתיקים שלא הגיעו לכדי פסק דין מנומק וכתוב, אולם אף אם ניקח בחשבון אפשרות זו, אין מדובר בתופעה שכיחה, מושרשת, שגורה או נרחבת.

אף האמרה שלפיה ברוב המקרים אין בטענה זו יותר מניסיון לחפות על היעדר נימוקים ראויים לשמם לתקיפת ההחלטה השיפוטית העומדת לביקורת, אינה מדויקת. כמפורט לעיל, בלמעלה מחצי מהמקרים, טענת ה"כשל בייצוג" הייתה טענה מהותית, והיא לא נטענה משיקולים טקטיים בלבד. במובן זה, אין מדובר בטענה שונה מטענות אחרות הנוטעות במסגרת ערעורים פליליים. והרי לא נתקשה למצוא מקרים, שבהם הועלו טענות בפי סנגורים תוך הצגה חלקית, ואף לא מדויקת, את שהתרחש בערכאה הקודמת, או שניסו להחיל דוקטרינה משפטית על סיטואציה עובדתית באופן מאולץ בהיעדר נימוקים ראויים אחרים, וכל זאת בקשת של סוגיות משפטיות והליכים הנידונים בבית המשפט העליון. בכל אותם מקרים בוררת ערכאת הערעור את המוץ מן התבן – מקבלת את הטענות הראויות לטעמה, ודוחה את היתר. והרי לא יעלה על הדעת, כי תיחסם דרכו של מערער להעלות טענה מסוימת, אך משום שאחרים עושים שימוש בטענה זו שלא בתום לב. לטעמנו, אין כל הצדקה להתייחסות שונה כאשר עסקינן בטענת "כשל בייצוג".

⁸⁶ עניין סוקולובסקיה, לעיל ה"ש 15; עניין עביט, לעיל ה"ש 67; עניין פלוני, לעיל ה"ש 78 ועניין עבדוב, לעיל ה"ש 85.

⁸⁷ עניין עסל, לעיל ה"ש 72, והטענה הופנתה ביחס לפועלו של סנגור קודם במימון פרטי, ועניין עבדוב, לעיל ה"ש 85.

⁸⁸ לעיל ה"ש 62.

העובדה שעד היום כמעט שלא נתקבלה טענת כשל בייצוג במסגרת ערעור פליילי בבית המשפט העליון (למעט עניין דענא, שנדון לעיל), ואשר בעקבותיה התקיים מחדש הליך פליילי, אומרת דרשני. הדבר מעיד, לטעמנו, על גישה מחמירה מדי של בית המשפט העליון כלפי טענת הכשל בייצוג, המעדיפה שיקולים של יעילות והגנה על המערכת המשפטית על פני הכרה בכשלים הקיימים בה ותיקונם באופן גלוי. כאמור, משקל רב מדי, לטעמנו, ניתן לעקרון סופיות הדיון, וכן לחשש מפני "גל" של טענות מסוג זה העלול להכביד על המערכת. במקביל לשיקולים אלו אין להוציא מכלל האפשרות גם את הרצון של מערכת המשפט שלא להיחשף לביקורת עקיפה על דרך ניהול המשפט על ידי הערכאה הראשונה.

עם זאת, יש להביא בחשבון שהגמשת המבחנים עשויה לכשעצמה להוביל להגברת השימוש בטענת כשל בייצוג. משכך, יש לחשוב על דרכים שבהן ניתן להבטיח עד כמה שניתן כי לא ייעשה בה שימוש לרעה, וכי היא באמת תועלה ותידון רק במקרים מתאימים. כך למשל אנו סבורות כי אין לקבל מצב שבו עורכי דין יטענו את הטענה מבלי שקודם לכן ביררו וקיבלו (או ניסו לקבל) את עמדת הסנגור הקודם. ניתן בהחלט לומר כי עורך דין שיימנע מלעשות כן עלול להיחשב כמי שמפר את חובתו האתית לגלות יחס חברי כלפי חבר למקצוע.⁸⁹

לגופו של עניין אנו סבורות כי בדומה למגמה המסתמנת בארצות-הברית בשנים האחרונות, הכיוון שאליו צריך לפנות בסוגיה זו כולל את הרכיבים הבאים (אין בכוונתנו להציע במסגרת זו אלטרנטיבה מלאה ושלמה, אלא רק להצביע באופן ראשוני על כיוונים אפשריים).

א. ריכוך, הגמשה או החלשה של מבחן הקשר הסיבתי-תוצאתי. מבחן זה מהווה את המכשול העיקרי לקבלת הטיעון וקשה מאוד לעמוד בו. כפי שעולה מהפסיקה החדשה בארצות-הברית, וכן כפי שנפסק בעניין דענא, במקרים שבהם הכשל ברור, יכול בית המשפט להניח כי אילולא התקיימותן של נסיבות מוגדרות העולות כדי ייצוג כושל אפשר שתוצאת המשפט הייתה אחרת.

ב. לצורך כך ניתן לפתח פיתוח **רשימת פעולות בסיסיות** טנטטיבית (מעין צ'ק ליסט), שלאורה תיבחן פעולתו של הסנגור (בדומה לזו הקיימת ב-ABA) Standards for Criminal Justice. ייצוג שלא יכלול עמידה סבירה בפעולות בסיסיות אלו – תתקיים הנחה כי היה ייצוג כושל וכן תופעל חזקה שאילולא התנהגות זו, תוצאת המשפט הייתה שונה. בשלב זה יהא על המדינה להראות שעל אף הפגמים הללו לא נגרם עיוות דין, וכן לשכנע שגם אם עורך הדין היה פועל כפי שפעל, סביר הוא שתוצאת המשפט לא הייתה משתנה.

ג. כתנאי מוקדם לטיעון בדבר ייצוג כושל, תוטל חובה על עורך הדין הטוען לכשל

⁸⁹ זאת, כאמור, פרט למקרים חריגים ונסיבות מיוחדות, אשר לא מאפשרים קבלת עמדת הסנגור הקודם.

בייצוג לברר ולקבל תגובתו של עורך הדין הקודם בתיק ולהציגה בפני בית המשפט שלערעור.

אנו מבינות את החשש מפני פתיחת שערי בית המשפט לשימוש לרעה בטענת כשל בייצוג, אולם הדבר אינו מתחייב, גם אם ההלכה תשונה בכיוון המוצע. אין מדובר בצעד המסיג את פסיקתנו לאחור, אלא בהתפתחות הנבנית על בסיס התהליכים הדינמיים המתקיימים במשפטנו, שהניח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המבוססת על הצורך לאזן בין הערך של סופיות הדיון לבין ערך ההגנה על זכויות נאשמים ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. ריכוך והגמשת המבחן הסיבתי-תוצאתי אינם בגדר מהפכה בלתי צפויה במשפטנו, אלא בגדר צעד נוסף והכרחי בתהליך הדרגתי. לבתי המשפט תמיד נתונה האפשרות לעצב בהתאם לנסיבות המקרה הנדון בפניהם את הדין תוך מציאת האיזונים הראויים בין הגנה על זכויות הנאשם לבין תפעול שוטף יעיל ואמין של מערכת הצדק.