

## משפט חוזר אזרחי ופלילי — הדין הנוהג ומגמות חדשות

חמי בן-נון\*

א. מבוא; ב. המשפט החוזר בדין הפלילי; 1. כללי; 2. הטעמים לעריכתו של משפט חוזר; ג. "משפט חוזר" אזרחי; 1. מקור הסמכות של בתי המשפט להורות על "משפט חוזר" אזרחי; 2. "משפט חוזר אזרחי" — המתכונת הדיונית; 3. ביטול פסק דין מחמת תרמית כלפי בית המשפט; 4. ביטול פסק דין מחמת ראיות נוספות שהתגלו ושלא ניתן היה לגלותן קודם לכן בשקידה סבירה; 5. סיכום ביניים; ד. עילות ביטול נוספות — החזרת התיק לערכאה הראשונה בעילה של פגיעה בזכויות בעל דין; ה. מגמות חדשות; ו. אפילוג

### א. מבוא

לא מכבר, סערו הרוחות באשר להרשעתו של סולימאן אל עביד (להלן: אל עביד) ברצח חנית קיקוס ז"ל. כתבת תחקיר של העיתון "מעריב" וערוצי חדשות בטלוויזיה העלו מחדש תמיהות הקשורות לחקירתו ולהרשעתו של אל עביד ברצח. לטענת אל עביד, הערכאות ששפטו אותו לא הבינו כראוי את מכלול הראיות שהצטברו בתיק, וכן עלתה הטענה כי הודאתו נגבתה בכפייה, שכן, לדבריו, חוקרי המשטרה התעללו בו בעת חקירתו. בהמשך לכך, מבקש אל עביד שייערך בעניינו משפט צדק. פרקליטו, עו"ד אביגדור פלדמן, העלה תמיהה: "אדם שהודה ושיחזר הורשע באופן כמעט אוטומטי אפילו כשאין קשר בין ההודעה לבין המציאות בשטח. מה צריך יותר מזה כדי לומר האיש הזה הודה בדבר שהוא לא עשה"<sup>1</sup>. על רקע דברים אלה, ניתן להעריך שייערך בעניינו של אל עביד משפט חוזר, וכי תוצאת המשפט החוזר תהיה שחרורו של אל עביד בעילה שנתעורר חשש של ממש

\* דוקטור לפילוסופיה ומרצה בכיר במכללת "שערי משפט".

1 עמיר רפפורט ואריאל ליבנה "מי רצח את חנית קיקוס?" מעריב 12.4.06.

כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין. זאת, בדומה להכרעה במשפטים חוזרים דוגמת פרשת ברנס<sup>2</sup>.

"משפט חוזר" משמעו החזרת ההליך המשפטי אל נקודת הראשית שלו, וזאת, לאחר שההליך התקדם מנקודה זו הלאה, בדרך כלל לאחר שפסק הדין בעניין הפך לחלוט. חזרה זו אל "נקודת הראשית" אינה אקט שגרתי. על מנת לשוב ולדון במה שכבר נדון – ולא פעם אף הוכרע – יש צורך בסיבה של ממש. לשאלה, באלו תנאים או נסיבות ישוב ההליך המשפטי אל נקודת פתיחתו, יש כיום לא מעט תשובות, ומאמר זה יתמקד בהן. יתר על כן, גם הדרך שבה מורה בית המשפט על החזרת ההליך לראשיתו אינה אחת: קיים אפיק ברור להשבת ההליך אל "נקודת הראשית" בדין הפלילי הנשען על החקיקה; קיים אפיק גם בדין האזרחי – שהוא יציר הפסיקה – שלפיו תתבטל החלטה באופן המחזיר את הדיון לראשיתו של ההליך שהוביל אל אותה החלטה שבוטלה. קיימים אפיקים נוספים נוסף על אלה. מאמר זה יתמקד באפיקים המשפטיים המחזירים את הדיון לנקודת ההתחלה שלו, לאחר שהגיע לשלב מתקדם או סופי (כגון בפרק הזמן לאחר שפסק הדין בעניין זה או אחר הפך לחלוט), ובפרוצדורות השונות הקיימות להחזרת הדיון כאמור. ננסה לבחון מהם אותם הבקיעים בחומת סופיות הדיון, המאפשרים את פתיחת הדיון מחדש, ומהם אותם המצבים שבהם נסוג עקרון "מעשה בית דין" מפני "עקרונות של צדק". אגב כך ננסה לגלות מגמות חדשות בתפישת יציבות המשפט, אחידותו, סופיותו והבקעת המחסומים הפרוצדורליים לפתיחתו מחדש.

המחוקק הכיר בהליך של משפט חוזר בדין הפלילי, אך שתק כאשר לדיון האזרחי. כלומר, ההסדר החקיקתי לקיומו של "משפט חוזר", שבגדרו ניתן להעמיד לדיון מחדש (*de novo*) עניין שהוכרע בפסק דין חלוט, הוגבל לפלילים<sup>3</sup>. חרף זאת, מכיר המשפט האזרחי, גם בהיעדר הסדר חקיקתי, בקיומו של "משפט חוזר אזרחי" מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט<sup>4</sup>. פסקי הדין שדנו באפשרות לעריכת "משפט חוזר" בעניין אזרחי התייחסו, בעיקר, למקרים בהם הסתמך המבקש על עילת התרמית, היינו, הטענה היא, כי פסק הדין שניתן הושג במרמה כלפי בית

2 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002), פסק דינה של השופטת דורנר (להלן: עניין ברנס 1999).

3 ס' 19 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) ותקנות בתי משפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957.

4 ע"א 4682/92 עזבון המנוח שעה, ז"ל נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נו(3) 366 (2000), פס' 5 ואילך לפסק דינו של השופט מצא (להלן: עניין עזבון שעה); כן ראו שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 213 (1999); נינה זלצמן מעשה בית-דין בהליך אזרחי 598–610, 636–625 (1991); וכן רע"א 1486/91 סופיוב נ' סופיוב, תק"על 103 (4) 95 (1995); דנ"א 4546/96 חוף גיא נ' חברת מקורות בע"מ, תק"על 297 (2) 97 (1997) (להלן: עניין חוף גיא); דנ"א 79/01 עין-גב – קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' מקורות חברת מים בע"מ, תק"על 2001 (3) 652 (2001) (להלן: דיון נוסף עין גב); בע"א 4958/99 עין גב נ' מקורות, תק"על 2000 (4) 621 (2000) (להלן: עניין עין גב).

המשפט. אולם, הפסיקה הכירה באפשרות העקרונית לבטל פסק דין גם בשל עילות נוספות, ובראשן – העילה בדבר התגלותן של ראיות חדשות.<sup>5</sup> הכוונה למקרים שבהם, לאחר שניתן פסק דין סופי, נתגלו ראיות חדשות, שבכוחן לשנות את פני ההכרעה מיסודה, ושלא ניתן היה להשיגן בשקידה סבירה קודם למתן פסק הדין.<sup>6</sup> עם זאת, הפסיקה ראתה הבדל בין המשפט החוזר הפלילי לבין זה האזרחי, חרף העובדה שהתוצאה בשני המקרים דומה: בשניהם חוזר העניין אל נקודת הראשית.<sup>7</sup>

”בדין החרות לא נקבע הסדר דומה לזה הפלילי לבירורו של עניין אזרחי, אך כבר נקבע, בעקבות פסיקה אנגלית, כי חרף היעדרו של הסדר חקיקתי מקביל, נתונה לבית משפט אזרחי סמכות טבועה לבטל פסק דין חלוט, בנסיבות שבהן שיקולים של צדק עדיפים על פני שיקולים של מעשה בית דין”<sup>8</sup>.

לבד מהאפשרות לבטל פסק דין במסגרת משפט חוזר פלילי ו”משפט חוזר” אזרחי, תיתכנה נסיבות מיוחדות נוספות,<sup>9</sup> שבהן מתבטלות החלטות הערכאות הקודמות והדין מתחיל מחדש בערכאה הראשונה. כך, למשל, כפי שנראה בהמשך, פגיעה בזכותו של בעל דין להיות מיוצג<sup>10</sup>, או פגיעה בזכותו לערער<sup>11</sup>, מהוות נסיבות כאלה.

ניתוח פסקי הדין שניתנו על ידי בית המשפט העליון בסוגיות אלה מלמד על קיומה של מגמה, שלפיה פגיעה בזכויות היסוד של בעל דין ושיקולי צדק משמשים בסיס אפשרי להחלטה להשיב את ההליך ל”נקודת הראשית” – בין אם ייקרא ההליך בשם ”משפט חוזר” ובין אם לאו.

5 כפי שהיה בעניין עזבון שעה, שם; ובדיון נוסף עין גב, שם; בפס' 6 של פסק הדין ובאסמכתאות הנוספות המופיעות שם; עוד ראו את פסק דינו של השופט אוקון בת”א (מחוזי ים) 1264/97 חסיין נ' כהן, תק-מח 2003(1) 5972 (2003), וראו עוד בש”א 7364/05 כהן נ' דגן, תק-על 2005(3) 2433 (2005) עליהם יורחב בהמשך המאמר.

6 ע”א 238/58 ירמיעקי נ' מעיני, פ”ד יג 1497, 1501 (1959); ע”א 254/58 אינגסטר נ' לנגוס, פ”ד יג 458, 449 (1959); רע”א 109/94 ברנוביץ נ' ברנוביץ, תק-על 94(2) 771 (1994); וכן: זלצמן, לעיל ה”ש 4 בעמ' 629–633.

7 עניין עין גב, לעיל ה”ש 4.

8 ראו עניין עזבון שעה, לעיל ה”ש 4, בפס' 5 לפסק דינו של השופט מצא.

9 הכוונה לביטול שאינו ”סטנדרטי”; על ביטול פסקי דין והחלטות במובנם השגרתי ראו חמי בן-נן הערעור האזרחי פרק שמיני מעמ' 213 (2004).

10 רע”א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ”ד נא(5) 375 (1997); יש הרואים את הפגיעה בזכות להיות מיוצג כחלק מזכות רחבה יותר של הגישה לערכאות, שפגיעה בה מצדיקה פגיעה בעקרון סופיות הדין.

11 רע”פ 7383/05 נאור נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4) 1582 (2005).

## ב. המשפט החוזר בדין הפלילי

### 1. כללי

העילות בדין לקיומו של משפט חוזר מצויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט הקובע:

"נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון שקבע לכך הנשיא רשאי להורות כי בית המשפט העליון או בית משפט מחוזי שיקבע לכך יקיים משפט חוזר בענין פלילי שנפסק בו סופית, אם ראה כי נתקיים אחד מאלה:

- (1) בית משפט פסק כי ראה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;
- (2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;
- (3) אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה.
- (4) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין."

שאר ההוראות הקשורות למשפט החוזר<sup>12</sup> מצויות בהמשכו של סעיף 31 לחוק בתי המשפט, ואילו הפרוצדורה לצורכי הגשת הבקשה למשפט חוזר והדין בבקשה זו מצויים בתקנות בתי משפט (סדרי דין במשפט חוזר), התשי"ז-1957. כפי שעולה מפסיקת בתי המשפט, הרכיב המרכזי בכל הכרעה אם להחליט על משפט חוזר אם לאו, נעוץ בצורך לאזן בין שני אינטרסים: הרצון להשגת האמת או הצדק מצד אחד, וסופיות הדיון מצד שני<sup>13</sup>. המנגנון הדיוני במשפט החוזר מאפשר תיקון טעות שנפלה בהרשעתו של אדם, ובכך מכיר בצורך בהגברת אמון הציבור במערכת השפיטה המכילה בתוכה מנגנוני תיקון טעויות ובכך מושגים האמת או הצדק<sup>14</sup>. האינטרס החשוב האחר – סופיות הדיון – משקף אף הוא משמעות נורמטיבית – האינטרס החינוכי וההרתעתי העומד ביסוד פסק דין חלוט

12 ראו עוד ס' 19 לחוק-יסוד: השפיטה.

13 מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 559 (1999); ראו עוד את פסקי הדין המוזכרים בפס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק במ"ח 5048/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2005(4) 1468 (2005) (להלן: עניין פלוני); ובפרט במ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 297 (2003), שם פירש הנשיא ברק את רוחו של הליך המשפט החוזר.

14 מ"ח 7724/05 מאיר נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 1512 (2006); עניין פלוני, שם; מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 354, 334 (1997); עניין קוזלי, שם; מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 241, 249 (1997) (להלן: עניין ברנס 1996).

— ואינטרס של המתדיינים האחרים בניהולו של הליך מהיר ויעיל שיש לו סוף. האיזון בין האינטרסים הללו חייב לשקף את מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן ואת זכותו של אדם לכבוד ולחירות<sup>15</sup>. משכך, משפט חוזר, כאמור לעיל, אינו ערעור נוסף, שכן "נקודת המוצא לדיון בבקשה למשפט חוזר היא, שפסק הדין נשוא הבקשה ניתן כדון ובדין יסודי"<sup>16</sup>. המשפט החוזר הוא, למעשה, הליך שנועד, בנסיבות מסוימות, לתקן את תוצאת פסק הדין החלוט בהיעדר פרוצדורה אחרת בחוק. המשמעות הרחבה יותר של הליך זה היא, שמערכת המשפט מכירה במגבלותיה, באי יכולתה לפעול ללא תקלות, ובעצם — בהיותה בלתי מושלמת ובלתי מסוגלת לעשות צדק מוחלט. משכך, נפרצים המחסומים הדיוניים והמהותיים המגולמים בכללי סופיות הדיון חרף האינטרס הציבורי העומד מולם<sup>17</sup>. להלן יסקרו טענות שחלקן זכה להכרה בפסיקה בית המשפט העליון כמצדיקות עריכתו של משפט חוזר.

## 2. הטעמים לעריכתו של משפט חוזר

(א) טענת "כשל בייצוג" או "קו הגנה מוטעה"

הטענה, כי קו הגנה חסר סיכוי שנקט עורך דינו של הנאשם עשוי להוות עילה למשפט חוזר מחשש לעיוות דין, התקבלה בפרשת עמיאל<sup>18</sup>. באותו מקרה נדון עניינו של נאשם רוכב אופנוע, שגרם למות חברו שישב מאחור, עקב פגיעה

15 עניין פלוגי, שם, בפס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק; עוד ראו עניין ברנס 1999, לעיל ה"ש 2, בעמ' 375; ומ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 266, 253 (2003).

16 מ"ח 4057/02 סובחי נ' מדינת ישראל, תק"על 2002(2) 225 (2002), פס' 7 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי; עוד ראו עניין מאיר, לעיל ה"ש 14, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); עוד על הדין המצוי לעניין משפט חוזר וביקורת ההליך ראו נעה הרדוף "על עיוות דין ו־due process בהחלטת בית המשפט העליון בעניין עמוס ברנס" הסניגור 66, 5 (2002); דוד וינר "בעקבות עניין עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד 169 (2004); ליאון שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי ותנינה" קריית המשפט א 133 (2001); גבריאל הלוי "מגמות התפתחות במשפט הפלילי הדיני ובדיני הראיות בישראל" קריית המשפט ד 109 (2004); אביטל בגין "טעויות קורות: משפט חוזר" פרלמנט 49, 10 (2005); בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר — מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט 1, 97 (1999) ומאמרים נוספים.

17 מ"ח 7558/97 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 433, 443 (1999); עניין עזריה, לעיל ה"ש 14; בגין 177/51 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה(1) 737 (1951); עניין קדולי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 559; מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 746, 758 (2000); ש"ז פלר "הרהביליטציה: מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות" משפטים א 497, 503 (1968).

18 עניין עמיאל, לעיל ה"ש 13; יצוין, כי לקביעה זו קדמו המלצות דו"ח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר — דו"ח גולדברג 55 (1994) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג); ודברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 22) לעיל ה"ש 53; ועניין קדולי, שם; ראו עוד מ"ח 4512/99 איזון נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 357 (1999), פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

באוטובוס במהלך ניסיון לעוקפו. הנאשם הורשע בבית משפט השלום בעבירות של גרימת מוות ברשלנות ובעבירות נוספות: נהיגה ללא רשיון רכב תקף, נהיגה ברכב אסור בשימוש, נהיגה ללא תעודת ביטוח ושינוי זהות של רכב או של חלק מרכב. בית המשפט גזר עליו שלוש שנות מאסר, מהן שנתיים לריצוי בפועל. בית המשפט המחוזי הפחית את עונשו ל-30 חודשי מאסר, מהם 18 לריצוי בפועל. הנאשם פנה לבית המשפט העליון בבקשה למשפט חוזר בעילה האמורה.

עיון בפסק דינו של בית המשפט מלמד, כי נסיבות המקרה היו כדלקמן: מיד לאחר התאונה מסר הנאשם הודאה למשטרה, אך מאוחר יותר שמר על זכות השתיקה. בבית משפט השלום לא היה הנאשם מיוצג בתחילה, ובית המשפט מינה לו סניגור שהוחלף על ידי עו"ד שמחה ניר. במשפט לא העיד הנאשם והתיק עבר לשלב הסיכומים. קו ההגנה התמקד בטענה, שלפיה התביעה לא הוכיחה כי הנאשם הוא זה שעבר את העבירות מושא כתב האישום ("טעות בזיהוי"). בית המשפט דחה את טענת ההגנה, שלפיה לא הוכח מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם הוא זה שנהג באופנוע בזמן התאונה, וקבע, כי אי הבאת ראיות והסברים מטעמו לכלל הראיות הקושרות אותו לאישום, פועלת לחובתו. כאמור, הנאשם הורשע בכל העבירות מושא כתב האישום.

בבקשה למשפט חוזר נטען, כי נקיטת קו הגנה אחיד כלפי כל האישומים, בפרט לאור חקירתו הראשונה של הנאשם במשטרה, היוותה ייצוג כושל שגרם לאחרון עיוות דין. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי על פי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, ניתן לקיים משפט חוזר גם מקום בו התרשל הסניגור בייצוג הנאשם באופן המקים חשש ממשי לעיוות דין, אף אם אין בפגמים הדינויים החמורים משום פוטנציאל לשינוי תוצאת פסק הדין.

בית המשפט העליון דן בבקשה למשפט חוזר וקבע, כי מקום בו "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון", קיימת עילה להורות על קיום משפט חוזר<sup>19</sup>.

במסגרת שיקול הדעת בדיון בבקשה למשפט חוזר, יבחן בית המשפט העליון אם יש באותן ראיות או עובדות משקל של ממש וכוח שכנוע המצדיקים חריגה מעקרון סופיות הדיון אם להעניק משפט חוזר או לדחות את הבקשה. שיקול דעת זה ניתן שלא על מנת לגרוע מעקרון סופיות הדיון אלא כדי להותיר בידי בית המשפט כוח לדרון ולהכריע בנסיבות מיוחדות שאותן לא צפה המחקק בעת שניסח את סעיף 31 לחוק בתי המשפט. שיקול דעת זה מאפשר לקבוע כי בנסיבות מסוימות כשל בייצוג הוא "עיוות דין" העשוי להביא למשפט חוזר<sup>20</sup>.

מכאן הסיק נשיא בית המשפט העליון, כי מקרה זה הוא מן המקרים המיוחדים

19 עניין עמיאל, לעיל ה"ש 13, בפס' 17.

20 שם, בפס' 18.

והנדידים שבהם סבורים הן המבקש והן היועץ המשפטי לממשלה כי מתקיימות העילות למשפט חוזר, והוא נענה לבקשה.

בהמשך פסק דינו מסייג הנשיא את החלטתו: לגישתו, כאשר מבקשים לחדש דיון מראשיתו לא די בהשגה על התוצאה או בהעלאת טענות המצביעות על אפשרות לקיומה של מערכת עובדות חלופית. יש לבחון עוד אם העובדות או הראיות דגן שוקלות דיין כדי להצדיק את ביטולו של הליך שנסתיים על מנת להשיב את הגלגל לאחור.<sup>21</sup>

חשוב להדגיש, כי טענת "כשל בייצוג" אינה מקנה זכות אוטומטית למשפט חוזר. על השופט הדין בבקשה למשפט חוזר לאזן בין הרצון לגילוי האמת, היוצר מנגנון דיוני שיאפשר תיקון טעות שנפלה בהרשעתו של אדם, מחד גיסא, לבין עקרון סופיות הדיון, מאידך גיסא. איזון זה, המתגלם בהליך המשפט החדר, מכתיב את הפעלתו אך במקרים חריגים בהם מתעורר חשש של ממש להרשעתו של חף מפשע. על כן, לא די בפגם דיוני כזה או אחר כדי להצדיק את קיומו של משפט חוזר, ויש לזכור כי אופן ניהול ההגנה — גם אם היו טעויות קשות בייצוג — אינו מעלה בכל מקרה חשש ממשי לעיוות דין. לפיכך, ייתכנו מקרים שבהם אף קיומו של כשל של ממש בייצוג אין בו כדי להצדיק את ניהולו המחודש של המשפט באמצעות עורך דין אחר.<sup>22</sup>

#### (ב) הלכה שיפוטית חדשה המיטיבה עם נאשם

טעם שני לקיומו של משפט חוזר נמצא על ידי בית המשפט העליון בפרשת אקסלרוד<sup>23</sup>, שם נקבע כי אם הורשע אדם על פי הוראה מהוראות חוק העונשין, ולימים ניתן פסק דין המפרש הוראה זו באופן שאילו הועמד אותו אדם לדין כעת לא היה מורשע בדינו, תהא זו עילה למשפט חוזר.

נסיבות המקרה היו כדלהלן: למחרת הירצחו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל אמר הנאשם דברים קשים באשר למנוח. הוגש כתב אישום על פי סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור. הנאשם זוכה בבית משפט השלום, אך הורשע בערעור שהונח לפני בית המשפט המחוזי ונגזר דינו. בקשת רשות לערער שהוגשה לבית המשפט העליון, נדחתה. כשנה וחצי לאחר מכן נפסקה הלכה חדשה, שבה נדון סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, שלפיה תחולת הסעיף מוגבלת לפרסום דברי שבח ועידוד למעשי אלימות של ארגון טרור.<sup>24</sup> כלומר, על פי פרשנות זו של הסעיף, לא היה הנאשם בעניינו מורשע כלל, שכן לא עודד אלימות של ארגון טרור. הנאשם המורשע פנה אל בית המשפט העליון בבקשה למשפט חוזר. היועץ

21 מ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 498 (1984); המצוטט בעניין עמיאל, שם.

22 עניין אייזין, לעיל ה"ש 18, פס" 10 לפסק דינו של הנשיא ברק; עוד ראו מ"ח 3546/05 גימני נ' מדינת ישראל, תק"על 2005(4) 1617 (2005) והאמור בעניין זה בעניין עמיאל, שם.

23 מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, תק"על 2005(4) 474 (2005).

24 דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000).

המשפטי לממשלה חיווה דעתו וקבע כי לא מצא בטענותיו של המבקש כדי להקים עילה למשפט חוזר.

בניגוד לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה, החליט בית המשפט העליון להיעתר לבקשה למשפט חוזר. ההחלטה נסמכה בעיקרה על התשובה לשאלה אם באותן נסיבות נתעורר חשש של ממש לעיוות דין כמאמר סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. הנשיא ענה בחיוב על השאלה דנן: באיזון שבין סופיות הדין, יציבות ובטחון ההלכה, לבין השיקול המבקש לעשות צדק עם הנאשם, תינתן הרשות למשפט חוזר בנסיבות בהן מתעורר חשש של ממש לעיוות דין. בנסיבות מקרה זה, שינוי ההלכה בפרשת ג'בארין, ששינתה את הפרשנות לסעיף לפיו הורשע אקסלרוד, השפיע "לאחור" על אחריותו הפלילית של אקסלרוד ולמעשה הביא לכך שלאקסלרוד לא נקבעה אחריות פלילית באותו עניין.

בהמשך החלטתו פורש הנשיא את השיקולים שיכריעו בדבר קיומו או אי קיומו של החשש הממשי לעיוות דין, ובהם – אם החלטות שיפוטיות פועלות למפרע, מהי פרשנות המונח "עיוות דין" ושיקולים נסיבתיים אחרים. לדעתו, עיוות דין הוא מושג עמום וגבולותיו אינם ברורים. תחום פריסתו נקבע על ידי התכלית המונחת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. תכלית זו היא האיזון שבין עשיית צדק עם הנאשם המבקשת לתקן טעות, שעל פי מצב הדברים החדש נפלה בהרשעתו של הנאשם, לבין סופיות הדין, המבקש להבטיח את היציבות והביטחון המשפטיים. איזון זה מוליך למסקנה, כי הותרת ההרשעה דנן על כנה מעוררת חשש ממשי כי נגרם עיוות דין.<sup>25</sup>

לדברי הנשיא, הלכתו של בית המשפט העליון אינה פרוספקטיבית בהכרח אלא היא גם בעלת אופי רטרוספקטיבי: כלומר, חלה למפרע. לפיכך, מנקודת המבט של ההווה, הרשעת אקסלרוד התבססה על הלכה שיפוטית מוטעית. אמנם זו פיקציה, אך הפיקציות, לדברי הנשיא, הן אמצעי לפיתוח המשפט ולשינויו.<sup>26</sup> נוסף לכך, סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט נחקק בעקבות המלצותיה של ועדת גולדברג ונועד להיות "עילת סל" המאפשרת להרחיב את גודלי הסמכות ושיקול הדעת של בית המשפט העליון בבואו להחליט בבקשה למשפט חוזר.<sup>27</sup> יתר על כן, הותרת ההרשעה על כנה עלולה לעורר תחושה קשה של מקריות.<sup>28</sup> לבסוף, הפירוש החדש של סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, שעל פיו הורשע אקסלרוד, משמיט את הבסיס החברתי-מוסרי להרשעתו. שינוי זה מביא לכך ששיטת המשפט בישראל אינה רואה עוד בדברי אקסלרוד דברים המובילים בעת אמירתם לאחריות

25 עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 23, בפס' 8 ו-9.

26 שם, בפס' 10.

27 שם, בפס' 11.

28 שם, בפס' 12.

פלילית<sup>29</sup>. עם כל אלה, מטעים הנשיא, יש לזכור כי משפט חוזר פוגע בעקרונות סופיות הדין ועל כן יופעל שיקול הדעת השיפוטי בזהירות רבה, תוך גילוי רגישות לערכים ולעקרונות המונחים בבסיס סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט<sup>30</sup>.

(ג) חוות דעת מדעית הקובעת כי אדם אינו יכול להיות מבצעה של העבירה בה הורשע בית המשפט העליון יורה, בנסיבות מסוימות, על קיומו של משפט חוזר מתוך כך שהונחו לפניו ראיות חדשות שאם התקבלנה כמהימנות, עשויות הן לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון, כמאמר סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. בפרשת שוורץ<sup>31</sup> קבע בית המשפט העליון כי חוות דעת מדעית, פרי עבודתם של מומחים, הקובעת באופן פוזיטיבי, כי אדם אינו יכול להיות מבצעה של העבירה בה הורשע, עשויה במקרים מתאימים להיות בעלת פוטנציאל לשינוי של תוצאת המשפט. עם זאת, כך הוסיף וקבע בית המשפט, על הראיה המדעית לעמוד במבחנים של מהימנות וקבילות, ולגלות אמינות לכאורית כדי שתוכל לשמש במשפט עצמו<sup>32</sup>. בפרשה אחרת התקבלה הבקשה למשפט חוזר מטעם זה, במקרה שבו הואשם והורשע אב בהריגת תינוק<sup>33</sup>. ההכרעה בבית המשפט קמא התבססה על ראיות נסיבתיות ועל חוות דעת רפואית ופתולוגית. האב ערער לבית המשפט העליון וערעורו נדחה לגופו, תוך הפחתת העונש. לימים הוגשה בקשה למשפט חוזר שנסמכה על חוות דעת פתולוגיות חדשות שערכו פתולוגים מומחים. לטענת האב, ביססו הממצאים החדשים העולים מחוות דעת אלה עילה לקיום משפט חוזר<sup>34</sup>. בקשתו למשפט חוזר התקבלה. בית המשפט העליון קבע, כי יש בחוות דעת אלה, אם יתקבלו כמהימנות, משום פוטנציאל לשינוי התוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא. די בכך, כך קבע בית המשפט, שחוות הדעת מגלות אמינות לכאורית ועומדות במבחני הקבילות כדי שתוכלנה לשמש במשפט עצמו. בחינה יסודית ומעמיקה של חוות הדעת תתקיים בבוא הזמן לפני הערכאה הדיונית שבידיה הכלים להעריך מהימנות עדים ועדויות מקצועיות של מומחים ומשקלן של הראיות<sup>35</sup>.

(ד) מבחן הסתירה המהותית – קביעות עובדתיות סותרות המתקבלות בשני הליכים שונים אך דומי עובדות, היוצרות תחושה קשה של שרירות בדין מצב בו נעשות קביעות עובדתיות סותרות בהליכים שונים שעובדותיהם כמעט זהות – דהיינו, דיבור בשני קולות – עלול ליצור תחושה של שרירות בדין.

29 שם, בפס' 13.

30 שם, בפס' 16.

31 מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל, תק-על 2865 (3) 2005.

32 עניין שוורץ, שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי.

33 עניין פלוני, לעיל ה"ש 13.

34 בהסתמך על ס' 31(א)(2) ו-31(א)(4) לחוק בתי המשפט.

35 עניין פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אי התאמה ממין זה עלולה להביא לתוצאה בלתי צודקת ולפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט, ואף לשחרורו של עבריין לחופשי. אחד מייעודיו של הליך המשפט החוזר הוא מניעת עוול ותוצאות בלתי צודקות. משכך, כמצב מעין זה ייטה בית המשפט העליון להורות על משפט חוזר.

כך היה בבקשה למשפט חוזר שעלתה בשל חשש לעיוות דין בהרשעתו של אדם.<sup>36</sup> מדובר היה במצב שבו המערכת המשפטית מתקשה להסביר כיצד נאשם אחד הורשע בביצוע מעשים מגונים בקטין בקאונטרי קלאב פלוני, בעוד נאשם אחר שהואשם בביצוע אותם מעשים באותו קטין ובאותו קאונטרי קלאב, זוכה. לזרובסקי ששימש עובד ניקיון בקאונטרי קלאב הורשע בבית המשפט המחוזי בביצוע מעשי סדום ומעשים מגונים בקטין שנהג לפקוד את הקאונטרי. ערעורו לבית המשפט העליון על ההרשעה ועל חומרת העונש נדחה בבית המשפט העליון. שניידר, שעבד אף הוא בעבודות ניקיון באותו קאונטרי קלאב, הורשע בבית משפט השלום בביצוע עבירות דומות באותו קטין, אך זוכה ברוב דעות בערעורו שנדון לפני בית המשפט המחוזי. יצוין כי לפני שתי הכרעות הדין השונות, של לזרובסקי ושל שניידר, ניתנה עדות דומה של הקטין המתלונן.<sup>37</sup> בית המשפט נעתר לבקשה למשפט חוזר בעניינו של הנאשם, בהתבסס על הסתירה המהותית והבלתי ניתנת ליישוב בין הרשעתו של נאשם אחד לבין זיכוי של נאשם אחר בנסיבות יוצאות הדופן של אותה פרשה.

לדברי בית המשפט העליון, ניתן להעניק משפט חוזר בנסיבות כאלה. מנגנון המשפט החוזר נועד, בין היתר, לבחון מחדש מצבים שבהם בית המשפט "מדבר בשני קולות". אחרת, תיווצר בקרב הציבור תחושה קשה של שרירות בדין ולצדה תחושת אי אמון כלפי מערכת הצדק. "שני הקולות" נוצרים כאשר בשני מקרים כמעט זהים, נשלח הנאשם האחד לחופשי והאחר נשלח לכלא. השאלה היא אם ההרשעה והזיכוי יכולים לדור בכפיפה אחת או שמדובר בסתירה מהותית. לדברי בית המשפט העליון, סתירה מהותית היא מצב שבו בית המשפט מוציא תחת ידו הכרעות סותרות. כאשר מדובר באותו המתלונן, באותה זירת עבירה ובמעשים דומים שנעשו במתלונן על ידי שניים בנפרד, ועדות המתלונן מעלה מעשים דומים מאוד של השניים, אזי על אף שהמתלונן הפריד בעדותו בין מעשי השניים, מתעוררת תחושה קשה של אי צדק, כאשר האחד מהם מורשע בדיוק והאחר יוצא זכאי.<sup>38</sup>

36 מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4) 3541 (2005).

37 במשפט בו הורשע הנאשם הסתמכו השופטים על מהימנות המתלונן, בעוד בערעור שבו זוכה הנאשם, הסתמכו השופטים על מהימנותו הנמוכה של המתלונן.

38 עניין לזרובסקי, לעיל ה"ש 36, פס' 19, 20 ו-28 לפסק דינה של השופטת נאור; יש להבחין במצב של סתירה בין שתי הכרעות לסתירה בין שתי הלכות; להערכתי, מצב בו הלכה שנקבעה בעניין פלוני סותרת הלכה קודמת, עשוי להיות עילה למשפט חוזר (מניעת עיוות דין), אלא שבמקרה שבו נטענה טענה זו, לא צלחה דרכו של מבקש המשפט החוזר; ראו דנ"פ 9658/05 קשאני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 661 (2006); עוד ראו יובל יועז "משפט חוזר למורשע במעשי סדום – אחרי שלוש שנים בכלא" הארץ (29.12.05).

#### (ה) סיכום ביניים

העילות לקיומו של משפט חוזר שהוצגו: כשל בייצוג, הלכה שיפוטית המיטיבה עם הנאשם, חוות דעת מדעית, סתירה מהותית בין תוצאות של שני מקרים כמעט זהים, נסמכות בעיקר על שתי עילות, ראיות או עובדות חדשות שהתגלו, והחשש הממשי לעיוות דין<sup>39</sup>. אף שהעילה הראשונה כרוכה בהצגת הראיה<sup>40</sup> ובצורך למצוא בה בסיס להיעתר לבקשה למשפט חוזר, הרי שהעילה השנייה היא עניין של שיקול דעת העולה מהיבטים שונים של הפרשה. זו עילת "סל" חסרת יסודות מוגדרים המעניקה לבית המשפט יכולת להשקיף ב"מבט על" על התהליך<sup>41</sup>. ברי, כי לא כל ראיה חדשה ולא כל חשש לעיוות דין יולידו משפט חוזר. יש צורך בתשתית מוצקה<sup>42</sup> להתקיימות העילות שבסעיף 31 לחוק בתי המשפט, ובפרט לעילות דנן. אולם, "תשתית מוצקה" זו נבנית ממקרה למקרה ואין מערכת שיקולים או ביקטיבית המוליכה למסקנה (הסובייקטיבית) כי בנסיבות העניין יש לקיים משפט חוזר או לשלול אפשרות זו. התחושה הנוצרת ממקרא שפעת פסקי הדין של בית המשפט העליון בנושא, היא, שהצדק ניתן (במשורה) אך הרטוריקה סביבו אינה אחידה והיא מושפעת מתחושותיו האפשריות של הציבור. במקום לבנות מערכת ברורה של שיקולים ואיזונים, שעל פיה ניתן יהיה לבסס את הסיכוי בבקשה למשפט חוזר, נבנתה מערכת עמומה, בלתי אחידה ופתוחה, שאינה מאפשרת לערוך אומדן מוקדם של סיכויים לקבלתה או לדחייתה של בקשה למשפט חוזר. למעשה, נעדר הבסיס הפורמלי שעל פיו ניתן יהיה לבחון כיצד מתקבלת ההחלטה אם להעניק משפט חוזר, ובאיזה אופן ניתן לבקר החלטות כאלה<sup>43</sup>. מצב זה אינו רצוי והוא מוליך לתחושה שעשיית הצדק היא מקרית ובלתי אחידה.

39 אמנם, בבקשה למשפט חוזר בעניין לזרובסקי, לעיל ה"ש 36, עלתה גם העילה שבס' 31(א)(1) לחוק בתי המשפט — ראיה מהראיות יסודה בשקר או בזיוף — אך חזית זו נזנחה בהמשך לאור טענת עיוות הדין שהייתה משמעותית יותר באותן נסיבות.

40 עילה זו למשפט חוזר אינה מוגבלת למקרה שבו העובדות החדשות או הראיות החדשות לא יכולות היו להיות בידי זה שביקש משפט חוזר, או שלא היו ידועות לו בעת בירור משפט; המבחן אינו אם הראיה חדשה או ישנה, אלא מבחן של תוכן. ראו עניין מאיר, לעיל ה"ש 14; ניתן לעתור למשפט חוזר, כנגד אינטרס סופיות הדין, כאשר יש ראיות או עובדות חדשות שיכולות היו לשנות את תוצאת המשפט, אפילו אין הן ראיות "חדשות" ואפילו ניתן היה להביאן במשפט. ראו עניין עזריה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 354; הצגת ראיות "חדשות", שניתן היה להציגן בעת בירור המשפט, אינה חוסמת אפשרות לקיום משפט חוזר, אך היא עלולה להסיט את נקודת האיוון המונחת ביסוד הסמכות להורות על משפט חוזר. ראו פסקי הדין המצוטטים בפס' 11, בעניין מאיר, שם.

41 עניין מאיר, שם.

42 מ"ח 6835/05 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, תק"על 2006(1) 634 (2006); עוד ראו עניין ברנס 1996, לעיל ה"ש 14.

43 לשאלה, מהם הפרמטרים של שיקול הדעת וההכרעה השיפוטיים, נכתבו הררי מילים ואין מקום להביאם כאן; העובדה החשובה היא היעדר אמות מידה פורמליות לצד מתן תחום רחב לשיקול הדעת. יחד עם כך, יש לציין כי אין מגבלה על מספר הבקשות למשפט חוזר שניתן להגיש באותו תיק.

## ג. "משפט חוזר" אזרחי

1. מקור הסמכות של בתי המשפט להורות על "משפט חוזר" אזרחי הכוח להורות על משפט חוזר בדין האזרחי נובע מסמכותו הטבועה של בית המשפט<sup>44</sup>: "ההלכה הפסוקה הכירה בקיומה של סמכות נלווית, הטבועה בערכאה השיפוטית ומקנה לה, בנסיבות מיוחדות, כוח שיפוט לחזור ולדון בעניין שהכריעה בו בעבר"<sup>45</sup>. יכולת זו לחזור ולדון בעניין שכבר הוכרע אינה נובעת מהחוק החרות, ולכית המשפט נמסר שיקול דעת באיזה מידה יעשה בה שימוש<sup>46</sup>. כפי שקבעה הפסיקה, בית המשפט ישתמש בסמכותו הטבועה ויבטל פסק דין חלוט בהתקיים נסיבות שבהן שיקולי צדק עולים במשקלם על שיקולים העומדים ביסוד עקרון מעשה בית דין<sup>47</sup>. כמו כן, קבעה הפסיקה, כי עילת המשפט החוזר בעניינים אזרחיים קיימת רק כאשר בעל הדין אינו יכול למצות את זכויותיו במסגרת ההליכים הרגילים בבית המשפט<sup>48</sup>.

## 2. "משפט חוזר אזרחי" – המתכונת הדיונית

החוק והתקנות אינם מפרשים את הדרך שבה יבוטל פסק דין סופי בעניין אזרחי. אולם, ההלכה קובעת כי יש לעשות זאת בתקיפה ישירה בדרך של הגשת בקשה לביטול פסק הדין, וכך מקובל גם בפרקטיקה<sup>49</sup>. הלכה זו יש ליישם לא רק במקרים בהם מתבקש ביטולו של פסק דין חלוט על יסוד טענת תרמית כלפי בית המשפט, אלא גם במקרים בהם מתבקש הביטול על יסוד גילויין של ראיות חדשות<sup>50</sup>. את הבקשה לביטול פסק הדין יש להגיש לאותו בית משפט שנתן את פסק הדין<sup>51</sup>. כלומר, יש לפתוח הליך חדש בצורת תובענה בסדר דין רגיל, מאחר שהדיון בבקשת הביטול כרוך, מעצם טבעו, בהגשת ראיות חדשות ובכירור עובדתי<sup>52</sup>. מצד שני, אם פסק הדין טרם הפך לסופי, יש להגיש ערעור<sup>53</sup>.

44 ע"פ 7569/00 יגודיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 575, 529 (2001); עוד ראו עניין עין גב, לעיל ה"ש 4; ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 1 (2004) (להלן: עניין פלונית).

45 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק"על 2006 (2) 98, 107 (2006).

46 עניין אינגסט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 454–456.

47 עניין עין גב, לעיל ה"ש 4.

48 בר"ע 58/89 משה"ב משכנות פאר בע"מ נ' מקור הנפקות, פ"ד מג(1) 414 (1989), פס' 4 לפסק דינו של השופט שלמה לוי.

49 עניין עין גב, לעיל ה"ש 4; עוד ראו ע"א 417/89 אע'בריה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מה(4) 641 (1991).

50 וכן בעילות נוספות לקיום "משפט חוזר אזרחי", אם וכאשר ייקבעו כאלה.

51 ראו שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 214 (1999); עוד ראו עניין חסיין, לעיל ה"ש 5; עניין דגן, לעיל ה"ש 5; לא ראוי כי ערכאת הערעור תעסוק בבקשה לביטול על אף שהיא מוסמכת לעסוק בה, שכן אין מצויים בידי ערכאת הערעור הכלים לטפל בבקשה ל"משפט חוזר" על ידי שמיעת ראיות וקביעת ממצאים. ראו דברי סגן הנשיא שלמה לוי בעניין עין גב, לעיל ה"ש 4; עוד ראו עניין חוף גיא, לעיל ה"ש 4.

52 בכך ניתן לחסוך דיון בלתי יעיל המתגלם במעורבותה של ערכאת הערעור, שברגיל אינה מתערבת בכירור העובדות ובבחינת הראיות; ראו עניין עין גב, לעיל ה"ש 4, בפס' 12 לפסק הדין.

53 עניין אע'בריה, לעיל ה"ש 49, בעמ' 647.

סמכותו של בית המשפט בישראל לקיים משפט חוזר בעניין אזרחי הוכרה כבר לפני יותר מ-50 שנה על יסוד המשפט האנגלי, והיא נשענת על העיקרון שמצא ביטוי בפתגם הלטיני *Fraus Omnia Corruptit*. עיקרון זה התקבל בשיטות משפט רבות ולפיו "המרמה מבטלת את הכול". עיקרון זה תופס על אף קיומו של עיקרון נוגד הגלום במעשה בית דין<sup>54</sup>. בפרשת עיזבון שעיה<sup>55</sup>, סבר בית המשפט כי המתכונת הדיונית, כאשר מבקשים לבטל פסק דין עקב התגלות ראיות חדשות שמכוחן לשנות את ההכרעה מעיקרא, תהיה דומה: גם במקרה כזה יש להגיש את הבקשה לביטול לבית המשפט קמא אשר נתן את פסק הדין. יתר על כן, אף שערכאת הערעור מוסמכת לבטל את פסק הדין דנן, אין היא הערכאה המתאימה, שכן הליך הביטול כרוך מעצם טיבו בבירור עובדתי, ונכון הוא שתעסוק בכך הערכאה הדיונית שנתנה את פסק הדין<sup>56</sup>.

"כלל גדול הוא בדין, כי הטריבונל המוסמך לשנות או לבטל את החלטותיו הוא מטעמי אונאה, העלמת עובדות וכיוצא בזה — הוא הטריבונל שהחליט מעיקרו בדבר. סמכות זו נובעת מתוך הסמכות המקורית שהייתה נתונה לו בעת מתן פסק הדין הנתקף. מכיוון שכך, אין צורך כאן בהסכמה, חדשה ובית הדין רשאי לדון בעניין על סמך ההסכמה הראשונה"<sup>57</sup>.

3. ביטול פסק דין מחמת תרמית כלפי בית המשפט<sup>58</sup>  
בעניין פלונית נקבע, כי תרמית כלפי בית המשפט יכולה להתגבר על עקרון סופיות הדיון ועל עקרון "מעשה בית דין". בפרשת זו נולדה לאדם בת וזמן קצר לאחר מכן נפטרה אשתו. הוא התחתן מחדש ולימים נתגלע סכסוך בין הזוג לבין אחותה של המנוחה בסוגיות רכושיות ובשאלת הסדרי הראייה של אחות המנוחה עם הילדה. בהמשך, הגישה האשה החדשה לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה לאימוץ הילדה ואחותה של המנוחה ביקשה שבמסגרת הבקשה לאימוץ תידון גם

54 עניין עין גב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 625.

55 עניין עזבון שעיה, לעיל ה"ש 4.

56 המשנה לנשיא שלמה לרין בעניין חוף גיא, לעיל ה"ש 4; עוד ראו עניין עין גב, לעיל ה"ש 4 והאסמכתאות שם; עוד ראו ע"א (מחוזי ת"א) 1715/02 גנדל-גל נ' קופל נהיגה עצמית בע"מ (טרם פורסם, 13.12.06). המציג את המתכונת הדיונית לביטול פסק דין חלוט בעניין אזרחי; עוד ראו בעניין זה בר"ם 2582/06 פריג' נ' עיריית אילת, תק"על 2006 (2) 4591 (2006); ה"פ (שלום ת"א) 200505/05 טורג'מן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק"של 2006 (1) 3834 (2006); ע"א 286/77 מונבז נ' חברת הלל מילשטיין בע"מ, פ"ד (לג) 163, 164 (1978).

57 בג"ץ 124/59 גלאובהרדט נ' בית הדין האזורי חיפה, פ"ד יג 1490 (1959); עוד ראו עניין אע"בריה, לעיל ה"ש 49; וע"א 143/51 ראש העיר רמת גן נ' חברת פרדס ינאי, פ"ד י 1804 (1951).

58 הכוונה ב"מרמה", כאמור לעיל, אינה של צד כלפי חברו אלא מרמה כנגד בית המשפט. אולם, אם צד רימה את רעהו תהא טענת המרמה מושתקת, בעוד אם המרמה היא כלפי בית המשפט לא תתקבל טענת "מעשה בית דין", כי מעשה בית דין הוא בין הצדדים ולא בין צד לבין בית המשפט. עניין אע"בריה, לעיל ה"ש 49, בעמ' 647.

שאלת הסדרי הראייה. הגבר ואשתו החדשה, שעמדו לצאת לשנת שבתון בארה"ב, הגישו בקשה למחיקת בקשת האימוץ. בהיותם בשנת השבתון, פנו לבית המשפט באילינוי, תוך שהם מצהירים כי לא ניתנו החלטות שיפוטיות המשפיעות על הליך האימוץ, ובית המשפט בארה"ב הורה על אימוצה של הקטינה על ידי האישה החדשה. בהגיעם לישראל, נרשמה האישה החדשה כאמה של הקטינה במרשם האוכלוסין, בהסתמך על הפסק הזר. אחותה של המנוחה הגישה המרצת פתיחה לעניין זה ונקבע בבית המשפט המחוזי כי פסק הדין של בית המשפט הזר הושג במרמה ועל כן אינו אכיף ואינו מחייב בישראל. הגבר ואשתו החדשה ערערו לבית המשפט העליון על החלטה זו, והנשיא ברק שדן בפרשה זו קבע כך:

"עקרון יסוד של שיטת המשפט שלנו הינו כי אין אדם נהנה מפרי עוולתו [...] מעקרון יסוד זה נגזר הכלל המקובל בשיטות משפט רבות שלפיו *Fraus Omnia Corruptit* — המירמה מבטלת את הכול [...] כלל זה יפה גם לגבי פסקי-דין שהושגו במירמה, ובכוחו להתגבר לעיתים על קיומו של מעשה בית דין בין הצדדים [...] על כן נפסק כי בתי משפט יכולים להידרש לטענות כי פסקי דין שהפכו סופיים אינם מחייבים לאור המירמה שהייתה כרוכה בנתינתם"<sup>59</sup>.

בתי המשפט בישראל עשויים, אם כן, לבטל פסק דין שניתן עקב תרמית כלפי בית משפט בישראל גם אם הפך לסופי. אולם, על פי פסק הדין דנן, סמכות הביטול לא הוגבלה לפסקי דין ישראליים: עילת התרמית כלפי בית המשפט הוכרה כעילת יסוד למניעת ההכרה בפסקי דין שניתנו גם בבתי משפט שמחוץ לישראל. בפרשת חסיין נדון שוב עניינו של פסק דין שהושג במרמה ונדונה השאלה מה ייעשה עת מגלים שאכן ניתן פסק דין כזה. באותו עניין הגישו תובעים לבית המשפט המחוזי בקשה ליתן פסק דין הצהרתי הקובע את בעלותם במקרקעין. לטענתם, בית משפט השלום הורה על פירוק השיתוף באותם מקרקעין ועל רישום המקרקעין על שם פלוני, אולם רישום המקרקעין על שמו של אותו פלוני הושג במרמה. יצוין, כי פסק הדין שניתן בבית משפט השלום הפך לחלוט מבלי שהוגש עליו ערעור, שכן הצד הנפגע לא ידע על כך במועד הרלוונטי. השופט אוקון שדן בעניין דחה את הבקשה לסעד הצהרתי וקבע, כי "על הטוענים לזכות לפנות לבית המשפט שנתן את פסק הדין, על מנת שהלה יבטל את

59 עניין פלונית, לעיל ה"ש 44 בפס' 15 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק. נאמר שם כי על בית המשפט למנוע מבעל דין לאכול את פירותיו של פסק דין אשר הושג בתרמית. בפסק הדין צוטט השופט זוסמן בעניין אינגסטר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 454, ואוזכר, בין היתר את פסקי הדין הבאים: רע"א 261/97 רפי ומתי יהושוע שיווק והפצה בע"מ נ' שאול, תק"ע על (1)98 (1998); עניין חוף גיא, לעיל ה"ש 4; המ' 445/80 אברהם נ' יוחאי, פ"ד לה (1) 505, 507 (1980); ע"א 572/74 רייטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט (2) 57, 73 (1975).

פסק דינו, אם ימצא כי פסק הדין הושג במרמה כטענתם<sup>60</sup>. בהמשך אותה פרשה, עלתה שאלה מרתקת נוספת: האם למרות שבית המשפט המוסמך לדון בעניין הוא בית משפט השלום, בהיותו בית המשפט שנתן פסק דין לכאורה מתוך שרומה, ידון בית המשפט המחוזי באותה פרשה, שהוגשה לפתחו יחד עם עניינים נוספים, מכוח סמכותו הנגררת, ויכריע בשאלת בטלות פסק הדין?

השופט אוקון קבע כי, כעיקרון, הפעלת הסמכות הנגררת נעשית לצורך בירור העניין העיקרי: אין מדובר בשאלה חשובה או מהותית אלא בשאלה שהמענה לה נדרש לצורך הנושא שעל הפרק, ועל כן ספק אם יש מקום להעלות שאלה בדבר תוקפו של פסק הדין הנדון כשאלת אגב. גם מטעם זה יש לנתב את בעל הדין אל הערכאה בה ניתן פסק הדין ועליו לנקוט הליך של תקיפה ישירה, שכן שאלת תוקפו של פסק דין אינה יכולה להיחשב כשאלת אגב (שהיא תקיפת עקיפין), אפילו כאשר היא חיונית להכרעה העומדת לפני בית המשפט<sup>61</sup>. כתוצאה מכך, מחק בית המשפט המחוזי את התובענה בקבעו כי לפני כל הגשת תובענה (מחדש), המבוססת על הזכות שלכאורה כבר אינה בידו של התובע, יש להסיר את האפקט החוסם של פסק הדין שהושג במרמה (קרי: ביטולו). ועל כן, כל עוד לא בוטל פסק הדין של בית משפט השלום לא יוכלו התובעים לטעון לזכות אותה ביקשו על דרך של פסק דין הצהרתי.

פרשה נוספת בעניין זה נדונה זה לא כבר בבית המשפט העליון<sup>62</sup>. השופטת נאור דנה בערעור על החלטת הרשם מרזל, שדחה בקשה להארכת מועד להגשת בקשה למתן רשות ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי. הפרשה החלה עת אדם בשם דגן תבע בבית משפט השלום במסגרת פירוק שיתוף את פינויים וסילוק ידם של בני הזוג כהן. בית משפט השלום הורה על סילוק ידם של הזוג כהן ובית המשפט המחוזי דחה את ערעורם על החלטת הפינוי. נוסף לכך, הגישו בני הזוג כהן בקשה לעכב את ביצוע פסק הדין, ובית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לעיכוב ביצוע. חצי שנה מיום פסק הדין בערעור וכשבוע לפני הפינוי הגישו בני הזוג כהן בקשה להארכת מועד להגשת בקשת רשות ערעור — לטענתם, מצאו מסמכים המוכיחים כי זכיית דגן בתביעה נבעה מזיוף חוזה מכר וכי מסמכים אלה לא היו ברשותם קודם לכן. הרשם דחה את הבקשה להארכת מועד ועל החלטתו זו הוגש ערעור לפני בית המשפט העליון, שנתברר לפני השופטת נאור. לטענת המערערים,

60 עניין חסיין, לעיל ה"ש 5, בפס' 9 לפסק דינו של השופט אוקון; כלומר, כאמור לעיל, בית המשפט שיבטל את פסק הדין שהושג במרמה הוא אותו בית משפט שנתן את פסק הדין, שכן ניתן לתקוף פסק דין שלא על דרך הערעור רק באמצעות פנייה לבית המשפט אשר דן בעניין גופו. שם, בפס' 10, שבה מצטט השופט אוקון מספרה של נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 600 (1991) וממקורות אחרים על מנת לבסס את קביעתו דנן.

61 אולם, להבדיל מהמקרה הנוכחי, יש מקום לסייג כלל זה כאשר עולה טענה כי בית המשפט המקורי שנתן את פסק הדין לא היה מוסמך ליתן; ראו עניין ראש העיר, לעיל ה"ש 57, בפס' 18.

62 עניין דגן, לעיל ה"ש 5.

הצורך בעריכת "משפט חוזר אזרחי" הוא טעם מיוחד להארכת המועד שנתבקשה. השופט נאור קבעה כי דין הערעור להידחות, שכן המקום לבירור טענת המרמה הוא בבית משפט השלום ולשם יש להגיש את בקשת הביטול<sup>63</sup>. המסקנה מפסקי הדין הללו היא, שעל אף טענותיהם הצודקות לכאורה של בעלי דין, הפרוצדורה שנקטה מכשילה אותם.

#### 4. ביטול פסק דין מחמת ראיות נוספות שהתגלו ושלא ניתן היה לגלותן קודם לכן בשקידה סבירה

פסק הדין המנחה בסוגיה זו<sup>64</sup> עוסק באדם שנולד וחי בעירק ובמהלך ביקור בישראל בשנת 1936 רכש מניות בחברה ארץ ישראלית בשם בית טלטש בע"מ. אותו אדם שב לעירק וחי בה עד יום מותו בשנת 1968. בנו עלה לישראל בשנת 1971 וניסה לאתר את המניות שהותיר לו אביו. משלא הצליח לאתרן הגיש לבית המשפט המחוזי תובענה להשבת המניות באותה חברה, שלטענתו נגזלו ממנו שלא כדין, או לחלופין לפצותו על גזילת המניות. כתובענה נטען, כי כאשר שהה האב בעירק, נקטו מהלכים שבאמצעותם השתלטו בעלי המניות האחרים על מניותיו של האב, ללא ידיעתו והסכמתו. בית המשפט דחה את התביעה, הבן נפטר במהלך הדיון ועזובו של הבן הגיש ערעור על החלטת בית המשפט. במהלך הדיון בערעור צורף האפוטרופוס לנכסי נפקדים כצד לערעור, לנוכח הטענה כי בכל הזמנים בהם בוצעו פעולות במניותיו של האב היה האב בחינת "נפקד" כמשמעותו בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. משהודיע האפוטרופוס כי בידיו תיק על שם האב, אך חסרים בו מסמכים הקשורים לפעולות העברת המניות, קיבל בית המשפט בדעת רוב את הערעור. שנה לאחר מתן פסק הדין הוגשה לבית המשפט הודעה מטעם האפוטרופוס לנכסי נפקדים ובה נאמר כי נמצא באופן מקרי תיק נוסף על שם האב המעיד על כך שהאפוטרופוס מכר את המניות של האב לפלוני. בעלי המניות של אותה חברה ויורשיהם הגישו בקשה לביטול פסק הדין של בית המשפט העליון, בין היתר, כדי לטהר את שמם ושמות מורשיהם. הם טענו, כי הן האפוטרופוס והן העיזבון נהגו ברשלנות בהליכים שקדמו למתן פסק הדין, והם זכאים להשבת הכספים ששילמו לעיזבון ולפיצוי על עוגמת הנפש שנגרמה להם. העיזבון טען, כי בקשה לביטול פסק דין יש להגיש בגדר כתב תביעה בסדר דין רגיל לבית המשפט

63 עניין דגן, שם, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת נאור.

64 עניין עין גב, לעיל ה"ש 4; ראו עוד ע"א (מחוזי י"ם) 6418/05 מילר נ' שוורץ, תק"מ 2006 (1) 773 (2006), שם התמקדה הבקשה לביטול פסק הדין בשינוי חקיקת, אולם עילה זו לא הוכרה לצורך ביטול פסק הדין, אף שבדין הפלילי הוכרה עילה כזו בעניין אקסליווד, לעיל ה"ש 23; באותו עניין, צוטט עניין ירמיעקי, לעיל ה"ש 6, שם נאמר כי "צריכים להתקיים שני תנאים, כדי שבית המשפט יפתח את הדיון מחדש: עובדה חדשה שבעל הדין לא ידע ולא היה חייב לדעת אותה בעת הדיון הראשון; ולא כל עובדה חדשה, אלא רק עובדה חשובה העשויה לשנות את פני המשפט מיסודו".

שנתן את פסק הדין המקורי ושם יתאפשר ללבן כראוי את השאלות העובדתיות והמשפטיות ואף לשלוח הודעה לצד שלישי נגד האפוסטרופוס לנכסי נפקדים. בית המשפט העליון דחה את הבקשה לביטול (כי את הבקשה יש להגיש לבית המשפט שנתן את פסק הדין ועל אף שערכאת הערעור מוסמכת לדון בעניין, אין היא הערכאה המתאימה לעסוק בכך). תוך שהוא פורש יריעה רחבה באשר למהות הביטול והליכי הביטול של פסק דין במקרה שמתגלות ראיות חדשות, שאילו עמדו לפני בית המשפט לפני שנתן את פסק הדין, הייתה החלטתו מתבססת על אותן ראיות (וככל הנראה, הייתה שונה מזו שהתקבלה). בית המשפט, דן, ראשית, בנסיבות בהן ניתן להגיש בקשה לביטול ומצא כי הפסיקה בה נדונה האפשרות לעריכתו של "משפט חוזר" בעניין אזרחי התייחסה, בעיקר, למקרים בהם הסתמך המבקש על עילת תרמית. אולם, היא הכירה באפשרות לבטל פסק דין גם בשל עילות נוספות, כגון העילה בדבר התגלותן של ראיות חדשות, שבכוחן לשנות את פני ההכרעה מיסודה, ואשר לא ניתן היה להשיגן בשקידה סבירה קודם למתן פסק הדין<sup>65</sup>. הנה כי כן, רשימת העילות לביטול פסק דין אינה סגורה, אך העילות המוכרות הן, כאמור לעיל, אלה של התרמית כלפי בית המשפט והתגלותן של ראיות חדשות.

#### 5. סיכום ביניים

הדין היום באשר ל"משפט חוזר אזרחי" הוא, שניתן לחזור ולדון בעניין פלוני מחדש בערכאה הדיונית חרף העובדה שפסק הדין חלוט ואפילו נתיישן. בסדרת פסקי דין של בתי המשפט בעניין זה נקבע, כי פסקי דין שהושגו תוך מרמה כלפי בית המשפט ניתנים לביטול, ולאחר מכן ניתן לדון בהם מחדש מלכתחילה. אותו דין חל גם על פסקי דין שניתנו ולימים נתגלו ראיות שאילו עמדו לפני הערכאה הדיונית בזמן הרלוונטי היו משנות לחלוטין את התוצאה המשפטית. ייאמר מיד, כי מדובר במקרים מעטים, חריגים, המצויים בניגוד לעקרון סופיות הדיון. כאמור, המתכונת הדיונית לתקיפת פסק דין כזה היא הגשת בקשה לביטול לפני בית המשפט שנתן אותו פסק דין.

#### ד. עילות ביטול נוספות — החזרת התיק לערכאה הראשונה בעילה של פגיעה בזכויות בעל דין

נוסף למשפט החוזר הפלילי ול"משפט החוזר האזרחי" יש שבית המשפט יבטל החלטה שלו או החלטה של בית משפט קמא כתוצאה של פגיעה בזכויות דיוניות, מהותיות או חוקתיות של בעל דין. כלומר, פגיעה בזכויותיו של בעל דין עשויה להוות בסיס להחלטה שיפוטית לדון באותו עניין *De Novo*<sup>66</sup>.

65 עניין עין גב, לעיל ה"ש 4.

66 אמנם, כל ביטול החלטה המחזיר את הדיון לראשיתו הוא מעין משפט חוזר, אך מדובר

בעניין אחד הגיעה לבית המשפט העליון בקשה לרשות לערער שהוגשה על ידי אישה שבית משפט השלום הורה, לפי בקשת בעלה, לפרק את השיתוף בדירת המגורים שלהם, ובית המשפט המחוזי מחק את ערעורה.<sup>67</sup> השופט טירקל החליט לדרוך בבקשה לרשות הערעור כבערעור וביטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. הטעם לכך היה שהאישה לא הייתה מיוצגת בידי עורך דין בערכאות הקודמות בעוד בעלה היה מיוצג על ידי עורכת דין שמונתה לפי חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972. התברר, שהאישה ביקשה בערכאה הראשונה לדחות את הדיונים לצורך מינוי עורך דין ונאלצה לטעון לעצמה. השופט טירקל קבע, כי אילו הייתה האישה מיוצגת, היו נטענות בשמה טענות מהותיות וחשובות שבפועל לא נטענו. יתר על כן, בית המשפט המחוזי הבחין בעובדת היותה של האישה בלתי מיוצגת ואף ציין זאת, אולם מחק את ערעורה, בין היתר, מאחר שסבר כי ניתנה לאישה אפשרות להיות מיוצגת, והדבר לא נעשה.

השופט טירקל, שראה בהליכים בענייני משפחה "דיני נפשות", עמד על זכותו של בעל דין להיות מיוצג ועל חשיבות הייצוג, בפרט בענייני משפחה. בנוסף, עמד השופט טירקל על הזכות להיות מיוצג לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסמכות בית המשפט למנות עורך דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החרות. מכאן גזר, כי יש לייחס משקל רב לייצוג בידי עורך דין בהליכים בענייני משפחה ואף בהליכים אחרים. לאור זאת, ביטל השופט, כאמור לעיל, את החלטות בית המשפט המחוזי ובית המשפט לענייני משפחה והורה להחזיר את הדיון לערכאה הראשונה שבה תהיה האישה מיוצגת על ידי עורך דין.

נדמה, כי הערתו של השופט טירקל ראוי לה שתהדהד בין כתלי הערכאות הראשונות ואף בערכאות הערעור — פגיעה בזכות הייצוג עלולה לעלות בשעות שיפוט יקרות ובכיסם של מתדיינים, כאשר ערכאות ערעור ראשונה או שנייה שולחת את התיק חזרה לנקודת תחילתו, ולא רק בענייני משפחה.<sup>68</sup>

בעניין אחר הואשם אדם בבית משפט השלום בכך שלא נקט צעדי זהירות ביחס לכלבים שבהחזקתו, שהתנפלו על עובר אורח ופצעוהו.<sup>69</sup> הנאשם כפר בעובדות כתב האישום ופנה לבית המשפט בבקשה למנות לו סניגור ציבורי לצורך ניהול משפטו. בקשתו זו נדחתה בלא שנערך בה דיון, ולבסוף הורשע הנאשם בדינו ונגזרו עליו 8 חודשי מאסר וענישה נוספת. ערעורו לבית המשפט המחוזי נדחה. הנאשם הגיש בקשה לרשות ערעור הנסמכת על פגיעה בזכותו לייצוג בידי סניגור. לטענתו,

בביטול של יותר מדרגה אחת, המעלה כי מדובר במקרה מיוחד ולא במקרה רגיל של ביטול החלטה.

67 עניין בן שושן, לעיל ה"ש 10.

68 על תוצאות הפגיעה בזכות הייצוג ראו בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004); עוד ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 233/94 משולם נ' מדינת ישראל, תק"מ-94 (3) 156 (1994).

69 רע"פ 7383/05 נאור נ' מדינת ישראל, תק"ע על 2005 (4) 1582 (2005).

דחיית בקשתו בבית משפט השלום למנות לו סניגור מצויה בסתירה להלכת בית המשפט העליון בדבר החובה לקיים דיון בבקשה למינוי סניגור בטרם יוחלט בה<sup>70</sup>. לנוכח עמדת המדינה, שהסכימה למתן רשות ערעור ולקבלת הערעור לגופו, הורה בית המשפט העליון לבטל את החלטות בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי ולהשיב את הדיון לשמיעה מחדש בבית משפט השלום.

מקרה זה, כמקרה שלפניו, הביא להשבת הדיון לערכאה הראשונה ללא הליך של משפט חוזר. אמנם, המקרים שעלו אינם מהווים, כשלעצמם, "משפט חוזר" אך תוצאתם היא משפט חוזר — פלילי כאזרחי. החלטות אלה שהוצגו אינן בודדות: הן מהוות, לדעתי, חלק ממגמה כללית המעבה את השפעתה של חקיקת היסוד על ההליך המשפטי בכלל, ועל סדרי הדין והראיות, בפרט<sup>71</sup>. ייתכן שהמקרים שהובאו לעיל ואחרים, יוצרים דרך "עוקפת" למשפטים חוזרים, לצד הדרכים שנקבעו בחוק. מגמה זו ניכרת, לדעתי, בפסיקה בעניין "משפט חוזר אזרחי" שהיוותה חיל חלוץ שבעקבותיה באו החלטות המשיבות עניינים אל ראשית ההליך עקב פגיעה בזכויותיהם של בעלי דין. מגמה זו מושפעת, כאמור לעיל, מחקיקת היסוד ומההפכה החוקתית שבעקבותיה<sup>72</sup> ולהערכתי — תתעצם, בפרט עקב מחדלו של המחוקק<sup>73</sup>. נדמה, כי סוגיות של ייצוג, של חיסיון, של נהלי דיון פליליים, מינהליים ואזרחיים, ענייני ראיות ועדויות, ועוד, יהיו בסיס להחלטות בתי המשפט להשיב עניין לנקודת הראשית, אף אם הגיע לפתחו של בית המשפט העליון.

## ה. מגמות חדשות?

ועדת גולדברג השפיעה רבות על הרחבתו של תחום הנסיבות העשויות להוליד משפט חוזר<sup>74</sup>. הוועדה שנתמנתה בסוף שנת 1993 קיבלה על עצמה לבחון מחדש את העילות בחוק בתי המשפט לעריכת משפט חוזר ולהמליץ על תיקונים בחוק. הוועדה מצאה, לדוגמה, כי סעיף 31 לחוק בתי המשפט אינו עונה על האפשרות כי התוצאה המרשיעה במשפט נגרמה עקב התרשלותו הברורה של עורך הדין בניהול

70 ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203, 208 (1990); עוד ראו בג"ץ 6095/98 לוקסנבורג נ' כב' השופט א' גת, תק"על 98(3) 421 (1998).

71 שלמה לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי-הדין האזרחיים" הפרקליט מב(ג) 451 (1996); עוד ראו דודי שוורץ "מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי" ספר השנה של המשפט בישראל 417 (אריאל רוזן צבי עורך, 1996); דניאל מור "סדרי-דין אזרחי" ספר השנה של המשפט בישראל 351 (אריאל רוזן צבי עורך, 1992); דורון מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב(1) 205 (1999).

72 דודי שוורץ סדר דין אזרחי — חידושים, תהליכים ומגמות 31–40 ובהמשך (2006); עוד ראו חמי בן-נחן הערעור האזרחי 57–70 ובהמשך (2004).

73 למשל, קבלת הקודקס האזרחי החדש שהפנים ערכים של חקיקת היסוד מתעכבת וכן מתעכבות רפורמות במערכת המשפט, כגון זו של ועדת אור משנת 1997.

74 דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 18.

המשפט. בהציגה דוגמאות אפשריות לניהול רשלני של המשפט הסיקה הוועדה כי ייתכנו מקרים שבהם מקפח הסניגור את הנאשם ותוצאת המשפט משתנה לרעתו. בנסיבות אלה, אם ימשיך אותו סניגור לייצג את הנאשם בערעור, ואף אם ייצגו סניגור אחר, סיכויי הערעור קלושים, עקב מגבלותיה של ערכאת הערעור לעניין התערבות בממצאים עובדתיים ובמהימנות שנקבעו בהכרעת הדין. תוצאה זו עלולה לפגוע בעיקר באוכלוסייה חלשה. נוסף לכך, סברה הוועדה, כי יש להכניס סעיף "סל" במקרים בהם נגרם לנאשם "עיוות דין". הוועדה המליצה, לפיכך, לתקן את סעיף 31 דנן, ותיקונים אלה אכן מצאו את מקומם בחוק. סעיף הסל דנן, אכן הביא לשורת החלטות להעניק משפט חוזר, שהחלטות בהן נדונו לעיל. נראה לנו, כי הוועדה פרצה דרך של צדק בתוך סכך יער הדין. העתיד יוכיח אם צודקת טענתי זו ואם אכן מדובר במגמה חדשה.<sup>75</sup>

מעבר להשפעת דו"ח ועדת גולדברג, על מנת לזהות כיוונים ומגמות לעניין אישור בקשות למשפט חוזר בדין הפלילי, יש לפנות, מצד אחד, לפסיקה העוסקת בשאלה זו או לנתח את תמונת המצב בשנים האחרונות,<sup>76</sup> ומצד שני, לבחון את השפעתה של חקיקת היסוד בעניין זה. כפי שהראיתי, הורחב תחום העילות לאישור בקשות למשפטים חוזרים ולצד זה קיימות החלטות שיפוטיות של ערכאות גבוהות המחזירות את הדיון לערכאה הראשונה כתוצאה מפגיעה בזכויות בעלי דין. כמשקל נגד לאמור לעיל, אין, נכון להיום, פסק דין עקרוני המצביע במפורש על מגמות חדשות או על אסטרטגיה רבתי לעניין אישור בקשות למשפט חוזר. יתר על כן, עקב מספר זעום של אישורים לבקשות כאמור, קיים קושי ניכר בזיהוי מגמות וכיוונים חדשים. יחד עם כך, אין להתעלם מן העובדה, כי לאחרונה חלה עלייה במספר הבקשות שאושרו לקיום למשפטים חוזרים — דבר המעיד על פתיחות לעניין זה מצד בית המשפט העליון. פתיחות זו מקורה, מצד אחד, בתהיות העולות בדבר איתנות הבסיס להרשעות בחלק מהמקרים. ומצד שני, במסקנות דו"ח ועדת גולדברג ובשיקולי מדיניות שיפוטית.<sup>77</sup>

בדין האזרחי, החלה פריצת דרך והפסיקה בשנים האחרונות הצביעה על שתי עילות עיקריות למשפט חוזר אזרחי, יחד עם אמירה ברורה שלפיה ייתכנו נתיבים

75 הוועדה דנה עזר בשאלה אם המוסד שנקבע בחוק הישראלי — נשיא בית המשפט העליון — הוא המוסד הנכון לעניין המשפט החוזר או שיש לאמץ את המלצתו של חבר הוועדה, פרופ' מרדכי קרמיניצר, שלפיה יש לשלב גורם חוץ מערכתי בתהליך קבלת ההחלטות בעניין בקשות למשפט חוזר, דו"ח ועדת גולדברג, שם, מעמ' 58 ואילך; ראו ברוצ' סג'ור "שופטי ישראל כנראה אינם טועים לעולם" עורך הדין 47, 30 (יולי 2004); הוועדה סברה, חרף הביקורת, כי אין מקום לשינוי המצב הנוכחי, שלפיו הסמכות להורות על משפט חוזר מצויה בידי נשיא בית המשפט העליון, דו"ח ועדת גולדברג, שם, בעמ' 57.

76 מובן שיש להתייחס למאמרים ולהתייחסויות בנושא המשפט החוזר; כך, למשל, וינר, לעיל ה"ש 16; שלף, לעיל ה"ש 16; הלוי, לעיל ה"ש 16; בגין, לעיל ה"ש 16; סג'ור וקרמיניצר, לעיל ה"ש 16.

77 זאב סגל "משפט חוזר למערכת השפיטה" הארץ (5.10.06).

נוספים למשפט חוזר כזה. פריצת הדרך הזו הייתה, לדעתי, גורם מרכזי לגל של תיקים המבקשים להחזיר את המצב אל נקודת הראשית. אולם, מקורו של ריבוי ההליכים המבקשים משפט חוזר אזרחי אינו בפתיחת הדרך לכך, אלא, לדעתי, בהתערערות מעמדו של בית המשפט בעיני הציבור. בשנים האחרונות ניכרת מגמה של ביקורת ציבורית גדלה והולכת כלפי בתי המשפט המתבטאת, בין היתר, בביקורת על החלטותיהם. משנפתח פתח נוסף לביקורת (נוסף להליך הערעור), עטים עליו בעלי דין ופרקליטיהם. אין ספק, כי מספר התיקים שמקורם בבקשה למשפט חוזר "אזרחי" לא יקטן, ומגמה זו אף תתעצם, אלא אם כן יינתן פסק דין עקרוני שמקורו במדיניות שיפוטית שיקבע את גודל הפתח דרכו יעברו בקשות כאלה. אם כך, באופן פרדוכסלי חברו להם יחדיו ירידת קרנו של בית המשפט כמקור לצדק עם פרוצדורה אפשרית להשגת צדק. יתירה מכך, עורכי דין מחפשים דרכים יצירתיות להשיב את התיק אל ראשית ההליך, מתוך תחושה שבדרך זו ישיגו צדק עבור לקוחם ואולי עקב כך תעלה קרנם בעיני לקוחות פוטנציאליים. המחסום הדיוני האזרחי — הגשת בקשה לביטול לבית המשפט בערכאה ראשונה שנתן את ההחלטה שאותה חפצים לבטל — פוגע בבעלי הדין, אך הוא הכרחי בנסיבות המדיניות השיפוטית שננקטה. מצד שני, קיימות דרכים נוספות להשיב את ההליך אל נקודת הראשית בהסתמך על זכויות בעלי הדין והדרישה להליך ראוי. כאמור לעיל, נעשה שימוש מצומצם בדרכי עקיפין "אפורות" המשיבות את הדיון לערכאה הראשונה ללא המנגנונים הפליליים או האזרחיים של משפט חוזר, וזאת — מכוח זכויות היסוד. ההליך יחזור לנקודת הראשית אם נפגעה, לדוגמה, זכותו של בעל דין לייצוג הולם או להליך ראוי. דרך פרקטית זו, שייסודה בחקיקת היסוד ובמהפכה החוקתית שבבעקבותיה, לעניות דעתי עוד תתרחב ותתעצם בהיעדר דרכים אחרות להביא צדק ואם תתעצם מגמת המחסומים הדיוניים למשפט חוזר.

## 1. אפילוג

תמונת המצב העולה ממאמרי זה היא עגומה. מאות בקשות לאישור משפט חוזר בדין הפלילי מוגשות מדי שנה, ומספר האישורים אינו עולה על מספר האצבעות ביד אחת. לא מעט בקשות למשפט חוזר "אזרחי" מוגשות, אך, למרבה הצער, חלקן נדחה עקב נקיטת פרוצדורה שגויה. מספר זעום של מקרים מוחזר לערכאה ראשונה לדיון מחדש מכוח הזכות להליך ראוי, ללא שימוש בפרוצדורה הפלילית או האזרחית למשפט חוזר. לאור זאת, נשאלת השאלה האמנם המערכת אינה בשלה לתיקון עצמי מסיבי או שמה, כמאמרו של סג'רו, "שופטי ישראל אינם טועים לעולם"?<sup>78</sup> מצב זה עלול להביא לעלייה בכמות ההליכים ה"אפורים" שעניינם

78 לדעתי, צודק חברי ד"ר גבריאל הלוי, הסוקר את ההתפתחויות בדין הפלילי, הטוען כי ההתפתחות בדין הפלילי בשנים האחרונות אינה מקרית אלא נובעת משינויה של הפילוסופיה

הבאת הצדק. מנגד, עלייה במספר ההליכים ה"אפורים" עשויה להיגרם עקב ירידת קרנו של בית המשפט והצפת השוק בעורכי דין חדשים המשחרים לעבודה. אלה גם אלה פוגעים באחידות החוק וביישומו השוויוני על הכול. משכך, ראוי לנצל את התקופה הקרובה לגיבוש מדיניות ברורה, בפרט בעניין המשפט החוזר האזרחי. מערכת משפט נבחנת הן באסטרטגיה והן בטקטיקה שלה – קיומן של טקטיקות בלתי אחידות לצד היעדר אסטרטגיה אינו מבשר טובה ופוגע ביעילות המערכת ובבעלי הדין. מסקנת מאמר זה, מתוך התבוננות במגמות דלעיל, היא, שעל המחוקק ובתי המשפט לבחון וליישם דרכים ברורות – ולא דרכי עקיפין או "טלאי על טלאי" – להבאת עניין אל נקודת הראשית, כך שהצדק ייעשה (בדרך הנאותה), וגם יראה<sup>79</sup>.

הפוליטית בישראל הנוטה לקוטב הליברטריאניזם, והעלאת החירות על נס, תוך התרחקות מקוטב השוויון והליברליזם האגליטרי. בנסיבות אלה, חץ ההתפתחות ייטה לאישור יותר בקשות למשפטים חוזרים פליליים (ואני מוסיף – גם אזרחיים) כשהעילה לאישור תהיה הישענות על חקיקת היסוד הנשענת על רכיב החירות, ולדעתי – גם על יסוד הזכות להליך הוגן, ראו הלוי, לעיל ה"ש 16, מעמ' 109 ואילך.

79 ראו סג'דרו וקרמניצר, לעיל ה"ש 16, בפרט האמור בעמ' 97–101.