

## בבית המשפט העליון

מ"ח 4811/12

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל

המבקש: אלקדר סאלם

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: עו"ד מיטל רון

בשם המשיבה: עו"ד ז' אריאלי

חקיקה שאוזכרה:

[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 31, 31\(א\), 31\(א\)\(2\), 31\(א\)\(4\), כ 31\(א\)\(1\)](#)

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 345\(א\)\(5\), 348\(א\)](#)

[תקנות בתי המשפט \(סדרי דין במשפט חוזר\), תשי"ז-1957: סע' 2\(ג\)](#)

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש העליון הורה על משפט חוזר – בעניינו של עבד אלקדר סאלם, אשר הורשע בביצוע מעשה מגונה בחולת נפש, שאושפזה במוסד רפואי בו עבד – הן מכוח סעיף 31(א)(2) [לחוק בתי המשפט](#) שעניינו ראיות חדשות שיש בהן פוטנציאל להשפיע על תוצאות המשפט, והן מכוח סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, לאור פגמים שנפלו בעיקר בהשגת והצגת החומר הנוסף על ידי עורך דינו של המבקש דאז, ומכאן החשש הממשי כי בהרשעה נגרם למבקש עיוות דין.

\* בתי-משפט – משפט חוזר – עילות לקיומו

\* עורכי-דין – ייצוג – כשל בייצוג

\* דיון פלילי – ייצוג – כשל בייצוג

בקשה למשפט חוזר, בעניינו של עבד אלקדר סאלם, אשר הורשע בביצוע מעשה מגונה בחולת נפש, שאושפזה במוסד רפואי בו עבד כמדריך. לטענת המבקש יש להורות על משפט חוזר הן מכוח סעיף 31(א)(2) [לחוק בתי המשפט](#) שעניינו ראיות חדשות שיש בהן פוטנציאל להשפיע על תוצאות המשפט, והן מכוח סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, בשל כשל חמור בייצוג המשפטי של המבקש על-ידי

בא-כוחו הקודם, עד כדי הטיית תוצאות המשפט וזאת כיוון שלאחר שביהמ"ש המחוזי החזיר את הדין לביהמ"ש השלום, לצורך העמדת התיעוד הרפואי בנוגע למתלוננת לרשות המבקש, על מנת שהמבקש יכול לבסס טענתו, כי בשל מחלת המתלוננת, היא לוקה בנטייה להזיות ולמחשבות שווא באופן העשוי להפחית ממשקל עדותה, בא כוחו דאז, התעלם מהחלטות ביהמ"ש לא לקח את התיעוד הרפואי לידי לא הופיע לדיונים ולא נתן הסבר למחדליו. ובשל כך הוחזר הדין למחוזי, אשר זיכה את המבקש מחמת הספק משני מקרים של מעשה מגונה, והותיר את הרשעתו בביצוע מעשה מגונה אחד. יצוין כי המבקש כבר ריצה את עונש המאסר שהוטל עליו (6 חודשים).

ביהמ"ש העליון (מפי השופטת ע' ארבל) קיבל את הבקשה מהטעמים הבאים:

הסמכות להורות על קיומו של משפט חוזר קמה רק משעה שפסק הדין הוא סופי והיא מותנית בקיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31 לחוק בתי המשפט. העילות המנויות בסעיף זה משקפות איזון מורכב בין ערכים מנוגדים: ערך השיפת האמת והבטחתו של מנגנון דיוני שיתיר למערכת המשפטית לתקן טעות, אם נפלה, בהרשעתו של אדם ומצד שני, ניצבים עקרון סופיות הדין והצורך להבטיח ודאות משפטית ויציבות.

בבקשה דנא משתית המבקש את בקשתו על העילות המנויות בסעיף 31(א)(2) ו-31(א)(4) לחוק בתי המשפט.

סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט: סעיף זה שונה במסגרת תיקון מספר 22 לחוק בתי המשפט וכעת, במסגרת בקשה למשפט חוזר, ניתן להציג עובדות או ראיות, הקבילות במשפט הפלילי, שעשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש, אפילו ניתן היה להביאן במשפט. באמצעות שינוי הסעיף, ביקש המחוקק להסיג במעט את ערך סופיות הדין על מנת שלא לחסום עריכתו של משפט חוזר, רק מן הטעם שניתן היה להציג את העובדות נושא הבקשה במהלך בירור המשפט. עם זאת, נפסק בעבר כי הצגת ראיות זמן ניכר לאחר סיום המשפט, ללא טעם סביר לאי הצגתן בעת בירור המשפט, מעלה חשש לאמינותן של הראיות, באופן העשוי להגדיל את משקלו של אינטרס סופיות הדין באיזון בינו לבין הצורך בבירור האמת.

אשר לטיב הראיות או העובדות הנדרשות על פי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, נקבע בעבר על ידי ביהמ"ש זה כי על הראיות והעובדות לאצור "משקל סגולי" ולהיאסף לכדי "מסה קריטית", שיהיה בה, או בהשתלבותה עם החומר שהיה בפני ביהמ"ש, כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט. הובהר בעבר, כי אין די בטענות כלליות וסתמיות כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר, וכי על הראיות או העובדות החדשות לעמוד במבחני מהימנות ולגלות אמינות לכאורית.

משמעות סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט היא, אפוא, כי הצגתן של ראיות או עובדות חדשות העשויות, לבדן, או ביחד עם החומר הקיים, לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש, מצדיקות להורות על קיומו של משפט חוזר. במסגרת עילה זו, יש להביא לפני ביהמ"ש ראיות או עובדות נוספות שיש בהן פוטנציאל לשינוי הכרעת הדין. עילה זו נועדה לאפשר, גם בדיעבד, בחינה מעמיקה של ההרשעה על בסיס תשתית מלאה יותר, אשר לא עמדה לנגד עיניהן של הערכאות בעבר.

סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט: מדובר ב"עילת סל" (שנוספה בתיקון מספר 22) שעניינה חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין. סעיף זה נועד להרחיב את גודל סמכותו ושיקול דעתו של ביהמ"ש בבואו להחליט אם להורות על קיומו של משפט חוזר. "עילת הסל" אינה כוללת יסודות מוגדרים, והיא נועדה לתת מענה לפגם דיוני שורשי שנתגלה בהליך הפלילי, המערער את יסודות ההרשעה. הסעיף אינו כולל בלשונו דרישה לשינוי פוטנציאלי בתוצאות המשפט. נפסק בעבר כי בשוני

זה יש כדי להצביע על היעדרה העקרוני של הדרישה בדבר שינוי תוצאות המשפט מגדרה של העילה שבסעיף 31(א)(4). יחד עם זאת, במקרים אחרים דרש ביהמ"ש הוכחתו של פוטנציאל – ואף פוטנציאל ממשי – לשינוי תוצאות המשפט גם בהקשרו של סעיף 31(א)(4).

במסגרת הדיון בתכולתו של סעיף 31(א)(4) **לחוק בתי המשפט**, נקבע בפסיקה קודמת כי פגמים דינויים עשויים לכלול, בנסיבות מסוימות, כשל בייצוג, ואולם, העדרו של ייצוג או כשל בייצוג משפטי, אין בו לבדו כדי להביא לקיומו של משפט חוזר. על המבקש להראות כי אי-הייצוג או הכשל בייצוג מקים חשש ממשי לעיוות דין.

לעמדת השופטת ארבל, כשעסקינן במקרה הפרטי של כשל בייצוג, יש מקום לדרוש הוכחה של פוטנציאל לשינוי הכרעת הדין. היינו, אין די בכך שנגרם כשל כזה או אחר בהגנה, אלא על המבקש להצביע על כך שהייצוג הכושל השפיע על מהלך המשפט, כי נוצר פגם אשר קיפח את הגנתו בעוצמה כזו, שעשויה הייתה להתקבל תוצאה אחרת המטיבה עימו. זאת מאחר שמדובר בטענה רחבה מאד, המקיפה שלל מצבים ופגמים, והמועלית חדשות לבקרים בבקשות למשפטים חוזרים, כמו-גם במסגרות משפטיות אחרות. היא עלולה לפתוח פתח רחב מדי לניסיונות לעריכת "מקצה שיפורים" לנאשם שהורשע בדינו ואינו שבע רצון מהגנתו. ברם, אין צורך לקבוע מסמרות בעניין. שכן, במקרה דנא, כמפורט בהמשך, הוכח פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט באמצעות החומר הרפואי הנוסף שעורך-הדין לא טרח לקבל, אשר היווה תשתית לחוות דעת משמעותית בהגנת המבקש.

יש לזכור שלמרות השינוי בנקודת האיזון בין הערכים המנוגדים (בעקבות תיקון 22), מוסיף המשפט החוזר להיות היוצא מהכלל המעיד על הכלל, ומשפט חוזר אינו נועד כדי לקיים הליך נוסף של ערעור. לפיכך, גם כעת דרושה הוכחה של תשתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות לצורך העדפת שיקולי הצדק על פני שיקולי סופיות הדיון. עם זאת, נקודת האיזון חייבת לשקף את מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן ואת זכותו של אדם לכבוד ולחירות, כאמור **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

במקרה דנא, ביהמ"ש סבור כי יש להורות על משפט חוזר הן מכוח סעיף 31(א)(2) **לחוק בתי המשפט** שעניינו ראיות חדשות שיש בהן פוטנציאל להשפיע על תוצאות המשפט, והן מכוח סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, לאור פגמים שנפלו בעיקר בהשגת והצגת החומר הנוסף על ידי עורך-הדין, ומכאן החשש הממשי כי בהרשעה נגרם למבקש עיוות דין. במסקנה זו הובאו בחשבון חלוף הזמן מאז נדון עניינו של המבקש, וגם העובדה שהמבקש ריצה את עונשו בפועל.

עורך-הדין לא דאג לקבל את התיעוד הרפואי שהועמד לרשותו על ידי ביהמ"ש, ובכך נפגעה הגנתו של המבקש שלא יכול היה לעשות שימוש בחומר שאמור היה לסייע לו בהגנתו. נראה כי אופן ייצוג המבקש גרם לפגם דינוי שורשי שיש בו כדי לערער את יסודות ההרשעה. בקביעה זו ניתן משקל רב לעובדה שביהמ"ש המחוזי החזיר את הדיון לבימ"ש השלום כדי לבדוק את התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת. בכך הביע ביהמ"ש את דעתו לפיה יש לבחון מחדש את הרשעת המערער, לאחר שמומחה מטעמו יבחן את התיעוד הרפואי, יגיש את חוות דעתו וייחקר עליה. כך לא נעשה, ובכך נגרם עיוות דין למבקש, שכן הגנתו קופחה.

נסיבות המקרה דנא, מצדיקות סטייה מעקרון סופיות הדיון ומחייבות בחינתו של החומר הנוסף והשלכותיו על שאר הראיות בתיק. הובהר, כי עצם קיומה של חוות דעת חדשה המוגשת בהליך פלילי שהסתיים בפסק דין חלוט, אינו מחייב עריכת משפט חוזר. נסיבות העניין הן ייחודיות וחריגות; כאמור, במקרה דנא הורה ביהמ"ש המחוזי להחזיר את הדיון לבימ"ש השלום כדי לבדוק את התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת. התיעוד הרפואי לא נבדק אלא רק כעת, במסגרת הגשת הבקשה למשפט חוזר, וכיום קיימת חוות דעת המבוססת על התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת. על פני

הדברים, ומבלי לקבוע מסמרות, נדמה שחוות הדעת החדשה מהימנה ומגלה אמינות לכאורית המצדיקה בחינה עניינית. כפי שקבע ביהמ"ש המחוזי ביום 10.3.2010, יתכן שיהיה בתיעוד הרפואי כדי לבסס את האפשרות שהמתלוננת לוקה בנטיות למחשבות שווא ולהזיות אשר השפיעו על תוכן דבריה ואמיתותם, באופן העשוי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המבקש. במובן זה הוכח פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט לטובת המבקש. לפיכך, לא ניתן להתעלם מחוות דעת זו או לפטור אותה ללא בחינת הערכאה הדיונית, שתעריך את משקלה ואת השלכת תוכנה על הכרעת הדין המקורית. לכן, קמה עילה למשפט חוזר גם מכוח סעיף 31(א)(2) [לחוק בתי המשפט](#).

### החלטה

1. לפניי בקשה למשפט חוזר לפי [סעיף 31 לחוק בתי המשפט](#) [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), בעניינו של עבד אלקדר סאלם, אשר הורשע בכיצוע מעשה מגונה לפי [סעיף 348\(א\)](#) בנסיבות [סעיף 345\(א\)\(5\) לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). על המבקש נגזרו ששה חודשי מאסר בפועל, 15 חודשי מאסר על תנאי ופיצוי בסך של 3000 ש"ח למתלוננת. המבקש ריצה את עונש המאסר שהוטל עליו.

רקע

2. ביום 15.7.2003 הוגש נגד המבקש (בן 55, תושב רהט, נשוי ואב לחמישה ילדים), כתב אישום בבית משפט השלום בבאר שבע, בו הואשם בכיצוע של שלוש עבירות של מעשה מגונה לפי [סעיף 348\(א\)](#) בנסיבות [סעיף 345\(א\)\(5\) לחוק העונשין](#). בכתב האישום נטען כי העבירות בוצעו במתלוננת חולת נפש, אשר אושפזה לראשונה בשנת 1996 ומאושפזת באופן רציף משנת 1999 במוסד רפואי בדרום הארץ. למבקש, שעבד כמדריך במרכז במוסד רפואי זה, יוחסו ביצוע של העבירות במועדים לא ידועים לאחר חודש ינואר 2003, באופן בו שפסף את איבר מינו בישבנה של המתלוננת.

3. המבקש כפר באישומים ולפיכך נשמעו ראיות מטעם הצדדים. לאחר סיום פרשת התביעה הגיש המבקש, באמצעות בא-כוחו דאז (להלן: עורך-הדין או בא-כוח המבקש), בקשה להמציא לעיונו את התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת, ולהרשות למומחה מטעמו לבדוק את המתלוננת לצורך הכנת חוות דעת רפואית פסיכיאטרית, בניסיון לבסס ספק סביר בקשר למהימנות גרסתה לגבי ביצוע העבירות. בעקבות דיון בבקשה ביום 30.5.2006, בו נשמעו טיעוני הצדדים וגם נשמעה דעתה של נציגת ארגון "בזכות" מטעם המתלוננת, דחה בית משפט השלום (כבוד השופטת ד' בית-אור, סגנית-נשיא), ביום 6.6.2006 את הבקשה להמצאת התיעוד הרפואי, וזאת בשל היותה כללית

וגורפת. בית המשפט קבע כי לא הונחה תשתית ראייתית לטענה שבשל מחלת המתלוננת, היא לוקה בנטייה להזיות ולמחשבות שווא באופן העשוי להפחית ממשקל עדותה. בית המשפט דחה על הסף את הבקשה לאפשר את בדיקת המתלוננת בהעדר סמכות להורות כאמור.

פסק דינו של בית משפט השלום

4. לאחר שמיעת פרשת ההגנה הרשיע בית משפט השלום ביום 4.6.2008 את המבקש בביצוע העבירות בהן הואשם. זאת, לאחר שמצא את עדותה של המתלוננת מהימנה, בתוספת חיזוקים שמצא בעדותה של האחות האחראית במחלקה הסגורה בה מאושפזת המתלוננת, הגברת סופי מדינה, בעדות האח הראשי, מר רוחי חליל, ובעדות הפסיכיאטר המטפל במתלוננת, ד"ר לוינטל. בית משפט השלום דחה את עדות המבקש וכן את חוות הדעת שהגיש שנכתבה על ידי הפסיכיאטר, ד"ר פלשמן, מן הטעם שזו התבססה רק על המסמכים שהומצאו לו מבלי שפגש את המתלוננת, וממילא, בלי שבדק אותה. לכן קבע שמדובר בחוות דעת "בשלט רחוק", המתבססת על מספר מסמכים שאין בהם כדי למצות את מכלול הראיות והנתונים הרלוונטיים לקביעת מהימנותה של המתלוננת, הערכה מקצועית על התנהגותה או הצבעה על ליקויים באופן הטיפול בה. בגזר הדין שניתן ביום 19.1.2009 השית בית המשפט על המבקש עונש של שמונה חודשי מאסר בפועל, 15 חודשי מאסר על תנאי וכן פיצוי בסך של 3000 ש"ח למתלוננת. לבקשת בא-כוח המבקש, עוכב ביצוע העונש לצורך הגשת ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בבאר שבע.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. כאמור, על פסק דינו של בית משפט השלום הגיש המערער ערעור לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע. בית המשפט המחוזי נתן את פסק דינו ביום 10.3.2010. כבוד הנשיא י' אלון סבר בדעת יחיד שיש לקבל את הערעור ולזכות את המבקש מחמת הספק מהעבירות בהן הורשע, בנימוק לפיו קופחו זכויותיו של המבקש וכי אין בחוות הדעת של ד"ר לוינטל את הסיוע הדרוש לשם הרשעתו. לעומתו, סבר כבוד השופט י' שפטר שעדות ד"ר לוינטל מכרסמת רק בשאלת מספר הפעמים בהן נעשה המעשה המיוחס למבקש, להבדיל מעצם עשייתו. לפיכך קבע כי ניתן להרשיע את המבקש רק במקרה אחד. כבוד השופטים ר' אבידע וי' שפטר הסכימו שדחיית בקשת המבקש לעיין בתיעוד הרפואי של המתלוננת פגעה בהגנתו, שכן קופחה זכותו לבחון את מצבה הרפואי. השופטים קבעו כי בכך נמנעה מהמבקש, לכאורה, האפשרות להתגונן ולתקוף

את הקביעה שהמתלוננת אינה לוקה במחשבות שווא או בהזיות, ובכך, לנסות להפחית ממשקל עדותה, כדי לבסס ספק באשר לעצם ביצוע המעשה. לכן קבעו השופטים ר' אבידע ור' שפטר, בדעת רוב, שיש להחזיר את הדיון לבית משפט השלום ולמסור לבא-כוח המבקש את התייעוד הרפואי הנוגע למתלוננת, על מנת שיוכל להמציאו למומחה מטעמו, שייחקר על חוות דעתו, ובית משפט השלום יקבע את השלכות העדות על הכרעת הדין שנתן. בהחלטת הנשיא י' אלון מיום 22.3.2010 נקבע כי הסמכות להורות על דרכי הצגת החומר הרפואי, העיון בו והמועדים לכך הם בסמכותו של בית משפט השלום, אליו הוחזר הדיון.

המשך ההליך בבית משפט השלום

6. בהתאם לאמור בפסק הדין של בית המשפט המחוזי הורה בית משפט השלום ביום 20.10.2010 למוסד הרפואי שבו מאושפזת המתלוננת להמציא לו את כל החומר הרפואי הנוגע למחלתה של המתלוננת. בית המשפט קבע בהחלטתו כי המסמכים הרפואיים שיומצאו יתייחסו לתקופה שממועד אשפוזה של המתלוננת בבית החולים הפסיכיאטרי בשנת 1999 ועד לחודש יולי 2003, בו הוגש כתב האישום נגד המבקש. במעמד מתן החלטה זו הודיע בא-כוח המבקש כי לטעמו, הצו שניתן אינו ממצה את כל החומר הרלוונטי בנוגע למתלוננת. לכן ביקש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי ולעכב את מתן הצו. בית משפט השלום דחה את בקשת בא-כוח המבקש וקבע כי הצו שניתן לבית החולים הפסיכיאטרי בעניין המצאת התייעוד הרפואי, נותר בעינו. משהומצא התייעוד הרפואי, הודיע בית המשפט לבעלי הדין בהחלטה מיום 17.11.2010 כי הם רשאים לעיין ולצלם את החומר שהתקבל וכי בא-כוח המבקש רשאי להעבירו לידי מומחה מטעמו. בא-כוח המבקש לא הגיב להודעה זו, כמו גם לתזכורות נוספת שנשלחו על ידי בית המשפט ביום 5.1.2011 וביום 1.2.2011, ואף לא התייצב לדיון שנקבע ביום 1.3.2011. במועד זה החליט בית המשפט כי אם לא תוגש תשובת בא-כוח המבקש בתוך 10 ימים הן ביחס למבוקשו והן להסבר מחדליו, יוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי למתן הכרעה סופית בערעור. בא-כוח המבקש התעלם גם מהחלטה זו ולא הגיש כל תגובה בעניין חוות הדעת הרפואית שאמורה הייתה להיות מוגשת מטעמו. בנסיבות אלו, החליט בית משפט השלום ביום 27.3.2011 על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי למתן פסק דין סופי בערעור.

פסק דינו השני של בית המשפט המחוזי

7. ביום 8.2.2012 זיכה בית המשפט המחוזי (ברוב דעות של השופטים ר' אבידע ור' שפטר) את המבקש מחמת הספק משני מקרים של מעשה מגונה, והותיר את הרשעתו

בביצוע מעשה מגונה אחד. כמו כן, קבע בית המשפט כי תקופת המאסר שהוטלה על המבקש תקוצר ותעמוד על שישה חודשים בלבד. הנשיא י' אלון חזר על דעתו, שנותרה שוב בדעת יחיד, לפיה יש לזכות את המבקש מחמת הספק מהעבירות בהן הורשע.

בקשת רשות הערעור לבית המשפט העליון

8. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגיש המבקש, באמצעות עורך-הדין, בקשת רשות ערעור לבית משפט זה ([רע"פ 1871/12](#)), [פורסם בנבו], בה ביקש לזכות את המבקש מהעבירה בה הורשע, ולחלופין, להקל בעונש שהושת עליו כך שירוצה בדרך של עבודות שירות. כמו כן ביקש בא-כוח המבקש להשיג על החלטת בית משפט השלום שלא להעביר אליו את מלוא החומר הרפואי הנוגע למתלוננת ושלא לאפשר לו לבדוק אותה באמצעות פסיכיאטר מטעמו. בית המשפט (כבוד השופט ט' ג'ובראן) דחה את הבקשה ביום 8.3.2012 מן הטעם שלא עוררה שאלות של עובדה או משפט החורגות מענייניו הפרטי של המבקש. למעלה מן הצורך ציין בית המשפט כי חלקה הארי של הבקשה עסק במהימנות עדותה של המתלוננת בבית משפט השלום, אולם אין בית משפט של הערעור נוהג להתערב בממצאי עובדה ומהימנות, אלא בנסיבות מיוחדות, שאינן מתקיימות במקרה דנא. בית המשפט הוסיף כי אין ממש בטענת המבקש הנוגעות לתיעוד הרפואי, שכן ניתנה לו הזדמנות לקבל אותו לידי לצורך הגשת חוות דעת מטעמו, אך הוא לא ניצל אותה, תוך זלזול בוטה בהחלטות בית המשפט. משנדחתה בקשת רשות הערעור החל המבקש לרצות את מאסרו ביום 19.3.2012.

הבקשה למשפט חוזר

9. ביום 19.6.2012 הגיש המבקש, המיוצג כעת בידי עורכת-הדין מיטל רון, בקשה לעריכת משפט חוזר מכוח [סעיפים 31\(א\)\(2\) ו-31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#). המבקש ביקש גם לשחררו ממאסר בהפקדת ערובה, אך ביום 19.7.2012 דחיתי את בקשתו זו.

טענות המבקש

10. המבקש, באמצעות באת-כוחו, טען לפניי בכתב ובעל-פה כי יש להיענות לבקשתו לקיים משפט חוזר בענייניו בשל חשש של ממש כי בהרשעתו נגרם לו עיוות דין חמור הנעוץ, בעיקרו, בכשל מהותי בייצוגו המשפטי על-ידי בא-כוחו הקודם, עד כדי הטיית תוצאות המשפט. לטענת המבקש, העובדות החדשות המוצגות בבקשתו

עשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובתו, והן מבססות היטב, לדעתו, את קיומן של שתי העילות למשפט חוזר, הן לפי [סעיף 31\(א\)\(2\)](#) והן לפי [סעיף 31\(א\)\(4\)](#) לחוק בתי המשפט.

11. לטענת באת-כוח המבקש, עורך-הדין כשל באופן חמור בייצוגו של המבקש, הפר במפגיע את חובת הנאמנות שהוא חב למבקש ופעל בניגוד מוחלט לאינטרסים שלו, בכך שנמנע מלבצע את החלטות בתי המשפט השלום והמחוזי ובמשך כשנתיים לא לקח את התיעוד הרפואי לידי, ולא העבירו לידי מומחה כדי להגיש חוות דעת נגדית שעשויה הייתה לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המבקש. עורך-הדין לא הופיע לדיונים ולא נתן הסבר למחדליו. המבקש, שתמך את בקשתו בתצהיר, טוען כי הגיע פעמים רבות לדיונים בבית המשפט אך עורך-הדין לא התייצב לדיון, או כלל לא הודיע לו על קיומם של דיונים. לדברי המבקש, עורך-הדין לא הסביר למבקש את מצב הדברים, אלא הטעה אותו לחשוב שהמדינה לא מתירה לו לעיין בחומר הרפואי הנוגע למתלוננת, ולמצער, העמידה לעיונו מספר מסמכים מועט שאין בהם כדי להועיל לו, ואינם נוגעים למצבה הנפשי של המתלוננת. המבקש מוסיף כי עורך-הדין סבר שיש חשיבות לעיכוב ביצוע העונש שכן מאוחר יותר יהיה קשה להשיבו למאסר. לדעת באת-כוח המבקש, היה בהתנהלות זו כדי להטעות את המבקש ולהוסיף תרומה משמעותית וקריטית לעינוי הדין שנגרם לו. באת-כוח המבקש סבורה שמדובר בכשל מתמשך ומהותי בייצוג המבקש שגרם, כנראה, להטיית תוצאות המשפט בשל חוסר האפשרות להוכיח קיומו של ספק סביר בהרשעה.

12. באת-כוח המבקש מוסיפה כי במהלך חודש מאי 2012 פנה אליה המבקש מבין כותלי בית הסוהר בו ריצה את עונשו וטען בפניה כי הורשע בתיק על לא עוול בכפו. ביום 2.5.2012 פנתה באת-כוח המבקש לעורכת-הדין מטעם פרקליטות מחוז דרום בבקשה להעמיד לרשותה את כל חומרי החקירה, והופנתה, למחרת היום, לתחנת המשטרה בבאר-שבע. שם קיבלה את העתק התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת, החל מיום אשפוזה בשנת 1996 ועד סוף שנת 2003, אשר מכיל למעלה מ-150 מסמכים, וכולל חוות דעת של פסיכיאטרים שונים אשר טיפלו במתלוננת ומתייחסות לתרופות נוגדי פסיכוזה אותן נטלה המתלוננת באופן עקבי. בתיעוד הרפואי נכללים דו"חות מעקב והתייחסות אנשי צוות המחלקה לבריאות הנפש בנוגע להתנהגות המתלוננת לאורך שנות אשפוזה ועד לסוף שנת 2003. התיעוד הרפואי הועבר על ידי באת-כוח המבקש לבחינה של מומחה בתחום הפסיכיאטריה, ד"ר סבר, אשר הגיש חוות דעת מטעמו, שצורפה לבקשה למשפט חוזר.



ד"ר סבר ציין בראשית חוות דעתו כי לא הוגשה בתיק חוות דעת ערוכה ומובנית כנדרש, העוסקת במצבה הפסיכיאטרי של המתלוננת ובאמינותה. עוד כתב ד"ר סבר כי מחלת הסכיזופרניה ממנה סובלת המתלוננת היא מחלה שמתערבבים בה דמיון ומציאות, וכי המתלוננת לא הפסיקה לסבול מעולם מערבוב זה. ד"ר סבר ממשיך ומציין כי מרישומי הרופאים עולה שמצבה הנפשי של המתלוננת אף הוחרף עם השנים עד כדי הגעה למצבים פסיכוטיים חריפים. לדעת ד"ר סבר, מהתיעוד הרפואי, חקירתה במטרה של המתלוננת ומעדותה בבית המשפט, לא ניתן לשלול כי עקב מחלתה הכרונית והממושכת, סובלת המתלוננת מהזיות שווא אשר השתרבבו לדבריה ולעדויות והשפיעו על תוכנם ואמיתותם. בהתחשב באמור בחוות הדעת של ד"ר סבר טוענת באת-כוח המבקש כי הממצאים החדשים מתיקה הרפואי של המתלוננת מערערים באופן משמעותי את יסודות ההרשעה ויש בהם, כשלעצמם, עילה למשפט חוזר.

13. עוד טוענת באת-כוח המבקש כי זכותו של המבקש להליך הוגן נפגעה אנושות וכי נגרם לו עיוות דין, באופן שבא לידי ביטוי בדעת הרוב בפסק הדין הראשון של בית המשפט המחוזי, שקבעה כי התיעוד הרפואי וחוות דעת נגדית של מומחה מטעם המבקש היו עשויים לשנות את תוצאות המשפט בעניינו של המבקש. חוות הדעת של ד"ר סבר שהגישה כעת באת-כוח המבקש תוקפת באופן ישיר את קביעותיו של ד"ר לוינטל, ומערערת באופן משמעותי, לדעת באת-כוח המבקש, את יסודות ההרשעה ומשליכה על השאלה אם בוצעה העבירה, אם לאו. לדעת באת-כוח המבקש, העובדות החדשות המוצגות בבקשה למשפט חוזר מעוררות חשש של ממש שנגרם למבקש עיוות דין, והן עשויות לשנות את תוצאת הכרעת הדין לטובתו על פי [סעיפים 31\(א\)\(2\)](#) ו- [31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#).

תגובת היועץ המשפטי לממשלה

14. תגובת המשיבה הוגשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהתאם [לתקנה 2\(ג\)](#) [לתקנות בתי משפט \(סדרי דין במשפט חוזר\)](#), התשי"ז-1957. המשיבה מבקשת לדחות את הבקשה למשפט חוזר. לדברי המשיבה, המבקש חוזר על טענות אשר ברובן נטענו לפני הערכאה הדיונית, ערכאת הערעור ואף לפני בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות הערעור שהגישה. המשיבה טוענת כי באופן מהותי אין בטענות המבקש הנוגעות למהימנותה של המתלוננת, כל חדש, והיא מזכירה שהמבקש הגיש לבית משפט השלום חוות דעת מומחה מטעמו. לפיכך, מדובר, לדעתה, בטענות "ערעוריות" באופיין שאין להן מקום במסגרת בקשה למשפט חוזר. המשיבה מוסיפה כי אין בכוחה של הראייה החדשה שהציג המבקש, חוות הדעת הפסיכיאטרית של ד"ר סבר, כדי לסתור את התרשמות בית משפט השלום מעדות המתלוננת ומחוות הדעת של ד"ר לוינטל, וכן

מהחזוקים שנמצאו לה. לטענת המשיבה, גם לגופו של עניין, לא קיים חשש לעיוות דין בהרשעת המבקש.

15. המשיבה טוענת עוד כי אין מדובר במקרה דנא בכשל בייצוג, אלא בקו הגנה שהכזיב. לדעת המשיבה, לא מן הנמנע שהחלטה שלא להגיש חוות דעת רפואית מטעם ההגנה הייתה חלק מקו הגנה, שמטרתו הייתה להביא לדחיות חוזרות ונשנות של ההליך המשפטי. נקיטת צעד זה נעשתה מתוך ציפייה כי בחלוף זמן ניכר מאז ביצוע העבירה המיוחסת למבקש, לא יושת עליו עונש של מאסר בפועל. תימוכין לטענה זו מוצאת המשיבה בטענות המבקש עצמו ובתצהיר שהגיש. העובדה שקו הגנה זה לא הביא לתוצאה המקווה, אין בכוחה לאפשר כעת 'מקצה שיפורים' במסגרת בקשה למשפט חוזר. לטענת המשיבה, גם אם נכונה הטענה לפיה ההגנה המשפטית לה זכה המבקש בהליכים הקודמים לא הייתה ברמה הולמת, הרף שצריך המבקש לעבור הוא גבוה יותר, שכן עליו להוכיח שאכן נגרם לו עיוות דין, וברף זה לא עמד, לדעתה.

16. המשיבה סבורה גם שאין בכוחה של חוות הדעת החדשה של ד"ר סבר מטעם המבקש כדי להצדיק עריכתו של משפט חוזר. המשיבה מדגישה כי ד"ר סבר לא בדק את המתלוננת וחוות דעתו ניתנה רק על סמך התייעוד הרפואי בעניינה. יש בכך, לדעתה, כדי לפגום במשקלה של חוות הדעת. המשיבה מוסיפה כי אין כל תיעוד סמוך למקרה, המלמד שהמתלוננת סבלה באותה תקופה מהזיות וממחשבות שווא. משכך, מסקנתו של ד"ר סבר לפיה לא ניתן לשלול כי הזיות ומחשבות שווא נשתרכבו לעדות המתלוננת, אינה נהירה, לדעתה. עוד מדגישה המשיבה כי ד"ר לוינטל, אשר טיפל במתלוננת בתקופה הרלוונטית והתרשם ממנה באופן בלתי אמצעי, העיד באופן חד משמעי שהמתלוננת לא סבלה מהזיות וממחשבות שווא בתקופה הרלוונטית. במצב דברים זה, סבורה המשיבה שחוות דעתו של ד"ר סבר תלויה על בלימה. המשיבה מזכירה שהרשעת המבקש נשענה גם על חיזוקים לעדות המתלוננת, ומפנה לעדות ד"ר לוינטל בנוגע לשינויים בהתנהגותה של המתלוננת סמוך לאחר האירוע. כן מפנה המשיבה את תשומת הלב לעובדה שבדרך הכלל המתלוננת לא נוהגת לדווח על יחסי מין עם מטופלים אחרים. לפיכך, סבורה המשיבה כי הראיות שהביא המבקש אינן עומדות בתנאים הנדרשים בחוק בתי המשפט, שכן אינן עולות כדי "מסה קריטית" אשר בכוחה להתגבר על נימוקי הכרעת הדין. לדעת המשיבה, גם הטענה בדבר כשל בייצוג אינה אמינה ואינה בעלת עוצמה המצדיקה עריכתו של משפט חוזר.

הדיון בבקשה

17. בדיון שקיימתי במעמד הצדדים ביום 7.2.2013 הוריתי לעורך-הדין להגיש תגובתו לטענות שהועלו בבקשה למשפט חוזר וקבעתי כי תינתן אפשרות לצדדים להשיב לתגובתו.

18. עורך-הדין הגיש את תגובתו בה הוא מציין כי ייצג וליווה את המבקש במקצועיות ובנאמנות במשך קרוב ל-10 שנים, לשביעות רצונו של המבקש. עורך-הדין מכחיש כי לא התייצב לדיונים או לא יידע את המבקש בנוגע לביטול דיונים. עורך-הדין טוען עוד כי קו ההגנה העקבי שנקט בתיק היה בהסכמתו של המבקש. עוד מציין עורך-הדין כי לאחר שהדיון הוחזר לבית משפט השלום ביקש מבית המשפט להוציא צו להמציא לידיו את כל החומר הקשור למחלתה של המתלוננת, מאז חלתה. מאחר שהצו שהוצא לא כלל את כל החומר הרפואי הרלוונטי מאז חלתה המתלוננת, אלא הוגבל לתקופה קצובה, סבר עורך-הדין שאין טעם כלשהו בעיון בתיעוד הרפואי, שכן הייתה קיימת כבר בתיק חוות הדעת של ד"ר פלשמן. לכן, הוא מוסיף, לא הסכים לקבל את התיעוד הרפואי החלקי ונמנע מלקחת אותו לידיו. עורך-הדין מציין כי פעולותיו נעשו בידיעת המבקש ובהסכמתו. עורך-הדין מדגיש כי בדיון מיום 20.10.2010 לפני בית משפט השלום, כשנוכח שבקשתו לקבל את כל התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת מאז שחלתה לא התקבלה, ביקש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי, אך בקשתו נדחתה. עורך-הדין משיג על הסתמכות בית משפט השלום על עדויות המתלוננת וד"ר לוינטל, ומזכיר שביקש שמומחה מטעמו יבדוק את המתלוננת, אך בית משפט השלום דחה את בקשתו.

19. הן המשיבה והן המבקש השיבו לתגובת עורך-הדין. המשיבה סבורה שלא הובאה כל תשתית ראייתית המלמדת על כשל בייצוג המבקש. לדעת המשיבה, עורך-הדין ייצג את המבקש באופן נחוש ונחרץ, וקו ההגנה בו נקט גובה בייצוג מקצועי וננקט על דעת המבקש. לפיכך, לדעתה, העובדה שאופן ניהול הגנת המבקש לא הוביל לזיכוי, אינה מקנה לו זכות לשוב ולנסות את מזלו פעם נוספת. לכן מבקשת המשיבה לדחות את טענת המבקש בדבר כשל בייצוג, ואת הבקשה כולה. המבקש טוען, לעומת זאת, כי תגובת עורך-הדין מבהירה ביתר שאת את מחדלו באופן ייצוגו, ואת עיוות הדין שנגרם לו כתוצאה מהייצוג הלקוי. באת-כוח המבקש מבהירה כי התיעוד הרפואי שצולם על ידה כולל מסמכים רפואיים בנוגע למצבה של המתלוננת אף לפני שנת 1999, אז אושפזה המתלוננת במחלקה הסגורה. בכך היה כדי ליתן מענה לבקשת עורך-הדין לעיין בכל התיעוד הרפואי הנוגע למתלוננת. באת-כוח המבקש מוסיפה כי היה על עורך-הדין לעיין בתיעוד הרפואי, לצלם אותו ולהעביר אותו לפסיכיאטר מטעמו לשם הגשת חוות דעת מטעם המבקש. משלא עשה כן, הפקיר, לדעתה, את הגנתו המשפטית של המבקש, פעל בניגוד לאינטרסים של מרשו, ואף חדל לשתף פעולה עם הערכאות

השיפוטיות, במשך יותר משנתיים, חרף הפוטנציאל שיש בתיעוד הרפואי כדי לשנות את תוצאות המשפט ולהוכיח ספק סביר באשמת המבקש. בנסיבות אלו, שבה ומבקשת באת-כוח המבקש להעדיף את הצורך בעשיית הצדק על סופיות הדיון, לבטל את הרשעת המבקש ולהורות על קיום משפט חוזר בעניינו.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

20. מוסד המשפט החוזר מבטא, בראש ובראשונה, את הכרתה של המערכת המשפטית כי היא אינה חסינה מטעויות (מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (28.12.2005)). הסמכות לקיים משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31 לחוק בתי המשפט. סעיף זה מונה ארבע עילות שבהתקיימן קמה סמכות לנשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון שקבע לכך הנשיא, להורות על קיום משפט חוזר בעניין פלילי שנפסק בו סופית:

"31. משפט חוזר

(א) 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 ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;

(2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לברן 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".

21. העילות המנויות בסעיף 31 לחוק בתי המשפט משקפות איזון מורכב שקבע המחוקק בין ערכים מנוגדים העומדים ביסוד המשפט החוזר. מצד אחד, ערך חשיפת האמת והבטחתו של מנגנון דיוני שיתיר למערכת המשפטית לתקן טעות, אם נפלה, בהרשעתו של אדם (מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (5.9.2005),

פסקה 12, להלן: עניין שוורץ; [מ"ח 5048/04](#) אייזון נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו] (20.11.2005), פסקה 28, להלן: עניין אייזון). מנגנון זה טומן בחובו לא רק את ההכרה במגבלותיה של השפיטה, אלא גם את אמון הציבור בהכרה עצמית זו של מערכת המשפט את גבולותיה ([מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' \(1\) 529](#), 558-559 (1999), להלן: עניין קוזלי). מצד שני, ניצבים עקרון סופיות הדיון והצורך להבטיח ודאות משפטית ויציבות ([מ"ח 8093/04](#) קסטל נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (28.5.2012), פסקה 29, להלן: עניין קסטל; [מ"ח 5810/02](#) שגיב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.7.2002), פסקה 7, להלן: עניין שגיב). על פי עקרון זה נאשם שהיה לו יומו בבית המשפט ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסוק, גם בשל כך שעל הפסיקה להיות יציבה ופתוחה לשרת את עניינם של נאשמים אחרים הממתינים לבירור משפטם ([מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו' \(3\) 354](#), 374-375, להלן: עניין ברנס; [מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא' \(2\) 334](#), 354 (1997), להלן: עניין עזריה). סופיות הדיון ושמירה על הודאות המשפטית ויציבותה הם ערכים המשרתים אינטרסים חינוכיים והרתעתיים ואינם ערכים טכניים בלבד (עניין קוזלי, עמודים 560-559); [מ"ח 7724/05](#) מאייר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (1.2.2006), פסקה 8, להלן: עניין מאייר). האיזון הראוי בין הערכים המנוגדים הללו מחייב שלא יתקיים משפט חוזר רק משום שהנידון מתקשה להשלים עם הרשעתו ([מ"ח 5639/12](#) פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (27.2.2013), פסקה 19, להלן: עניין פלוני).

22. יש לזכור כי הסמכות להורות על קיומו של משפט חוזר קמה רק משעה שפסק הדין הוא סופי והיא מותנית בקיומה של אחת העילות המנויות [בסעיף 31 לחוק בתי המשפט](#) (עניין שגיב, פסקה 7). האיזון בין הערכים המנוגדים הוא שמעניק למוסד המשפט החוזר את ייחודו המשפטי והוא שמבדל אותו מהליכי הערעור השגרתיים על פסקי הדין של הערכאות הדיוניות (עניין קסטל, פסקה 29). על כן, שב בית משפט זה ושנה כי נקודת המוצא לדיון בבקשה למשפט חוזר היא שפסק הדין נושא הבקשה ניתן כדין ובדין יסודו ([מ"ח 4057/02](#) טובחי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (10.7.2002), פסקה 7). נקודת המוצא היא, אפוא, כי משפט חוזר הוא החריג ולא הכלל ([מ"ח 5568/09](#) טביחי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (31.8.2011), פסקה 19, להלן: עניין טביחי; [מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז' \(2\) 297](#), 305-306 (2003), להלן: עניין עמיאל; [מ"ח 4181/02](#) סולמי נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו] (7.8.2002), פסקה 5), להלן: עניין סולמי), ואינו נועד לקיים הליך נוסף של ערעור (עניין שוורץ, פסקה 12; עניין סולמי, פסקה 5). לפיכך, על המבקש משפט חוזר להניח תשתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנויות [בסעיף 31 לחוק בתי המשפט](#) (עניין שגיב, פסקה 7; עניין עזריה, עמודים 356-357).

23. בבקשה דנא משתית המבקש את בקשתו על שתי עילות. הראשונה היא העילה המנויה [בסעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#), שעניינה, כאמור, קיומן של עובדות או ראיות העשויות, לבדן או ביחד עם החומר הקיים, לשנות את תוצאת המשפט לטובתו. השנייה היא העילה המנויה [בסעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#) שעניינה חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין. בהקשר זה אציין כי הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר בראשות כבוד השופט א' גולדברג (להלן: ועדת גולדברג) בחנה במסגרת המנדט שניתן לה את העילות המצדיקות משפט חוזר. בדו"ח שהוגש מטעמה (דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (התשנ"ה-1994) 54), נכתב כי [חוק בתי המשפט](#) במתכונתו הקודמת לא נתן מענה למקרים בהם התוצאה המרשיעה נגרמה עקב התרשלותו הברורה של עורך-הדין בניהול המשפט. במסגרת הדו"ח הודגש גם הצורך בגיבוש "עילת סל" למשפט חוזר, שתבטיח אפשרות להורות על משפט חוזר במקרים חריגים ויוצאי דופן בהם יתעורר בליבו של בית המשפט חשש של ממש כי נגרם עיוות דין לנאשם, והם לא נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר (שם, עמודים 55-56; עניין קוזלי, עמודים 560-561). אימוץ המלצת ועדת גולדברג בא לידי ביטוי בתיקון מספר 22 [לחוק בתי המשפט](#) (ס"ח 1567, התשנ"ו-1996), בעמוד 108), עליו אעמוד להלן.

#### [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#)

24. [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#) שונה כאמור, במסגרת תיקון מספר 22 לחוק בתי המשפט. התיקון שינה, למעשה, את נקודת האיזון שנקבעה בחוק, שכן כעת, במסגרת בקשה למשפט חוזר, ניתן להציג עובדות או ראיות, הקבילות במשפט הפלילי, שעשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש, אפילו ניתן היה להביאן במשפט (עניין קוזלי, עמודים 560-561). לפני התיקון לחוק נדרש היה להציג ראיות חדשות שלא הוצגו לפני הערכאה הראשונה ושלא יכולות היו להיות לפנייה (עניין פלוני, פסקאות 29-30; עניין מאייר, פסקה 10; עניין טביחי, פסקה 20). באמצעות שינוי הסעיף, ביקש המחוקק להסיג במעט את ערך סופיות הדיון על מנת שלא לחסום עריכתו של משפט חוזר, רק מן הטעם שניתן היה להציג את העובדות נושא הבקשה במהלך בירור המשפט. עם זאת, נפסק בעבר כי הצגת ראיות זמן ניכר לאחר סיום המשפט, ללא טעם סביר לאי הצגתן בעת בירור המשפט, מעלה חשש לאמינותן של הראיות, באופן העשוי להגדיל את משקלו של אינטרס סופיות הדיון באיזון בינו לבין הצורך בבירור האמת (למשל, עניין מאייר, פסקה 11).

25. אשר לטיב הראיות או העובדות הנדרשות על פי [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#), נקבע בעבר על ידי בית המשפט זה כי על הראיות והעובדות לאצור "משקל סגולי" ולהיאסף לכדי "מסה קריטית", שיהיה בה, או בהשתלבותה עם החומר שהיה בפני בית המשפט, כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט (עניין קוזלי, עמודים 561-562; עניין עזריה, עמוד 355; עניין עמיאל, עמוד 307). בית המשפט הדגיש בהקשר זה כי עליו להשתכנע שחומר הראיות שלפניו עשוי, אך לא חייב בוודאות, לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש (עניין קוזלי, עמוד 561). לפיכך, הובהר כי אין די בטענות כלליות וסתמיות כדי להצדיק קיומו של משפט חוזר, וכי על הראיות או העובדות החדשות לעמוד במבחני מהימנות ולגלות אמינות לכאורית (עניין שוורץ, פסקה 15; [מ"ח 6081/04](#) בריגת נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (27.10.2004), פסקה 8, להלן: עניין בריגת; עניין עזריה, עמוד 358; עניין קוזלי, עמודים 561-562).

26. משמעות [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#) היא, אפוא, כי הצגתן של ראיות או עובדות חדשות העשויות, לבדן, או ביחד עם החומר הקיים, לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש, מצדיקות להורות על קיומו של משפט חוזר. במסגרת עילה זו, יש להביא לפני בית המשפט ראיות או עובדות נוספות שיש בהן פוטנציאל לשינוי הכרעת הדין (עניין אייזן, פסקה 32). עילה זו נועדה לאפשר, גם בדיעבד, בחינה מעמיקה של ההרשעה על בסיס תשתית מלאה יותר, אשר לא עמדה לנגד עיניהן של הערכאות בעבר (עניין טביחי, פסקה 20).

#### [סעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#)

27. בתיקון מספר 22 [לחוק בתי המשפט](#) נוספה, כאמור, "עילת סל" המגולמת [בסעיף 31\(א\)\(4\)](#) לחוק בתי המשפט (עניין קוזלי, עמודים 562-563). סעיף זה נועד להרחיב את גדר סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט בכואו להחליט אם להורות על קיומו של משפט חוזר. "עילת הסל" אינה כוללת יסודות מוגדרים, והיא נועדה לתת מענה לפגם דיוני שורשי שנתגלה בהליך הפלילי, המערער את יסודות ההרשעה (עניין מאייר, פסקה 13). בכואו לדון על פי [סעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#), משקיף בית המשפט ב"מבט על" על ההליך כולו, ובוחר, אם קיים חשש של ממש כי נפלו בהליך פגמים דיוניים חמורים. בהקשר זה אציין כי המונח "עיוות דין" המופיע [בסעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#) הוא עמום. תכליתו, בענייננו, היא האיזון בין הרצון לעשות צדק עם המבקש לתקן טעות שנפלה לכאורה בהרשעתו, לבין עקרון סופיות הדיון המבטיח יציבות ובטחון ([מ"ח 8390/01](#) אקסלרוד נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (17.10.2005), פסקה 9). שלא [כסעיפים 31\(א\)\(1\) ו-31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#), [סעיף 31\(א\)\(4\)](#) אינו כולל בלשונו דרישה לשינוי פוטנציאלי בתוצאות המשפט. נפסק בעבר

כי בשוני זה יש כדי להצביע על היעדרה העקרוני של הדרישה בדבר שינוי תוצאות המשפט מגדריה של העילה [שבסעיף 31\(א\)\(4\)](#) (עניין קוזלי, עמוד 564; עניין עמיאל, עמודים 307-308). יחד עם זאת, במקרים אחרים דרש בית המשפט הוכחתו של פוטנציאל – ואף פוטנציאל ממשי – לשינוי תוצאות המשפט גם בהקשרו של [סעיף 31\(א\)\(4\)](#) (ראו למשל: [מ"ח 448/02](#) ציון נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (27.1.2002), פסקה 8).

28. במסגרת הדיון בתכולתו של [סעיף 31\(א\)\(4\)](#) [לחוק בתי המשפט](#), נקבע בפסיקה קודמת כי פגמים דיוניים עשויים לכלול, בנסיבות מסוימות, כשל בייצוג (עניין עמיאל, עמוד 307; עניין בריגת, פסקה 10). ואולם, העדרו של ייצוג או כשל בייצוג משפטי, אין בו לבדו כדי להביא לקיומו של משפט חוזר. על המבקש להראות כי אי-הייצוג או הכשל בייצוג מקים חשש ממשי לעיוות דין. לשיטתי, כשעסקינן במקרה הפרטי של כשל בייצוג, יש מקום לדרוש הוכחה של פוטנציאל לשינוי הכרעת הדין. אין די בכך שנגרם כשל כזה או אחר בהגנה, אלא על המבקש להצביע על כך שהייצוג הכושל השפיע על מהלך המשפט, כי נוצר פגם אשר קיפח את הגנתו בעוצמה כזו, שעשויה הייתה להתקבל תוצאה אחרת המטיבה עימו. אין בכוונתי לנעוץ מסמרות בשאלה איזו מידה של פוטנציאל דרושה בהקשר זה. אולם דעתי היא כי לא ניתן לוותר על דרישה זו כשענייננו בכשל בייצוג. זאת מאחר שמדובר בטענה רחבה מאד, המקיפה שלל מצבים ופגמים, והמועלית חדשות לבקרים בבקשות למשפטים חוזרים, כמו-גם במסגרות משפטיות אחרות. היא עלולה לפתוח פתח רחב מדי לניסיונות לעריכת "מקצה שיפורים" לנאשם שהורשע בדינו ואינו שבע רצון מהגנתו. על כל פנים, איני נדרשת לנושא זה בהרחבה, שכן במקרה שלפנינו, כפי שיפורט בהמשך, הוכח פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט באמצעות החומר הרפואי הנוסף שעורך-הדין לא טרח לקבל, אשר היווה תשתית לחוות דעת משמעותית בהגנת המבקש.

29. יש לזכור שלמרות השינוי בנקודת האיזון בין הערכים המנוגדים, מוסיף המשפט החוזר להיות היוצא מהכלל המעיד על הכלל, ומשפט חוזר אינו נועד כדי לקיים הליך נוסף של ערעור (עניין פלוני, פסקה 31). לפיכך, גם כעת דרושה הוכחה של תשתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות לצורך העדפת שיקולי הצדק על פני שיקולי סופיות הדיון. עם זאת, נקודת האיזון חייבת לשקף את מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן ואת זכותו של אדם לכבוד ולחירות, כאמור [בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) (עניין ברנט, עמוד 375).

מן הכלל אל הפרט



30. לאחר שבחנתי את טענות בעלי הדין, חוות דעת המומחה וכלל החומר שהובא לפניי, לרבות תיקה הרפואי של המתלוננת, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להיענות לבקשה ולהורות על עריכתו של משפט חוזר למבקש. למסקנה זו הגעתי הן מכוח [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#) שעניינו ראיות חדשות שיש בהן פוטנציאל להשפיע על תוצאות המשפט, והן מכוח [סעיף 31\(א\)\(4\) לחוק בתי המשפט](#), לאור פגמים שנפלו בעיקר בהשגת והצגת החומר הנוסף על ידי עורך-הדין, ומכאן החשש הממשי כי בהרשעה נגרם למבקש עיוות דין. בהגיעי למסקנה זו הבאתי בחשבון את חלוף הזמן מאז נדון עניינו של המבקש, וגם את העובדה שהמבקש ריצה את עונשו בפועל.

31. במקרה דנא, סירובו של בית משפט השלום להמציא את התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת לידי המבקש מנעה ממנו את ההזדמנות לערוך ולהגיש חוות דעת ממשית שהייתה עשויה להשפיע על תוצאות המשפט. אי ההיענות לבקשת המבקש לעיין בתיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת מנעה מהמבקש את האפשרות להתגונן כראוי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי ביום 10.3.2010.

32. אולם פגם זה תוקן על ידי בית המשפט המחוזי, שהורה על החזרת התיק לבית משפט השלום לצורך העמדת התיעוד הרפואי לרשות המבקש. אלא שהתמונה כפי שהצטיירה לפניי היא כי עורך-הדין לא דאג לקבל את התיעוד הרפואי שהועמד לרשותו על ידי בית המשפט, ובכך נפגעה הגנתו של המבקש שלא יכול היה לעשות שימוש בחומר שאמור היה לסייע לו בהגנתו. נראה כי אופן ייצוג המבקש גרם לפגם דיוני שורשי שיש בו כדי לערער את יסודות ההרשעה. בקביעה זו נתתי משקל רב לעובדה שבית המשפט המחוזי החזיר את הדיון לבית משפט השלום כדי לבדוק את התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת. בכך הביע בית המשפט את דעתו לפיה יש לבחון מחדש את הרשעת המערער, לאחר שמומחה מטעמו יבחן את התיעוד הרפואי, יגיש את חוות דעתו וייחקר עליה. כך, לצערי, לא נעשה, ובכך נגרם עיוות דין למבקש, שכן הגנתו קופחה.

33. אכן, העובדה שאופן ניהול הגנתו של המבקש בידי עורך-הדין לא הביא לזיכוי, אינה מקנה למבקש זכות לשוב ולנסות את מזלו, שמא הפעם ייטב גורלו ([מ"ח 4512/99 אייזין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה\(1\) 357, 384-385](#)). ואולם, בסופו של יום, מלוא התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת לא נבחן על ידי מומחה מטעם המבקש וחוות דעת מומחה שהוגשה מטעמו לא הייתה מבוססת על תיעוד כאמור, אלא רק על מספר מסמכים שהומצאו לו. ממילא, אף מומחה לא נחקר על חוות הדעת המבוססת על התיעוד הרפואי שהוצג לבעלי הדין, כפי שקבע בית המשפט המחוזי בפסק הדין הראשון.

34. זאת ועוד, כיום, עם שינוי הייצוג של המבקש, נמצאת בתיק בית המשפט חוות דעת המבוססת על התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת שעשויה הייתה לסייע בהגנתו של המבקש לו הייתה מונחת בפני בית משפט השלום עת שמע את הראיות בתיק. בנסיבות אלו מתחייב קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש. אבהיר כי עצם קיומה של חוות דעת חדשה המוגשת בהליך פלילי שהסתיים בפסק דין חלוט, אינו מחייב עריכת משפט חוזר. נסיבות העניין הן ייחודיות וחריגות; כאמור, במקרה דנא הורה בית המשפט המחוזי להחזיר את הדיון לבית משפט השלום כדי לבדוק את התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת. התיעוד הרפואי לא נבדק אלא רק כעת, במסגרת הגשת הבקשה למשפט חוזר, וכיום קיימת חוות דעת המבוססת על התיעוד הרפואי בעניינה של המתלוננת. על פני הדברים, ומבלי לקבוע מסמרות, נדמה שחוות הדעת החדשה מהימנה ומגלה אמינות לכאורית המצדיקה בחינה עניינית. כפי שקבע בית המשפט המחוזי ביום 10.3.2010, יתכן שיהיה בתיעוד הרפואי כדי לבסס את האפשרות שהמתלוננת לוקה בנטיות למחשבות שווא ולהזיות אשר השפיעו על תוכן דבריה ואמיתותם, באופן העשוי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המבקש. במובן זה הוכח פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט לטובת המבקש. לפיכך, סבורתני כי לא ניתן להתעלם מחוות דעת זו או לפטור אותה ללא בחינת הערכאה הדיונית, שתעריך את משקלה ואת השלכת תוכנה על הכרעת הדין המקורית. לכן, קמה עילה למשפט חוזר גם מכוח [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#).

35. לבסוף אבהיר כי קביעתי לפיה יש הצדקה לבחון מחדש את הרשעתו של המבקש על דרך עריכת משפט חוזר, אין בה משום קביעה בדבר חפותו או אשמתו של המבקש (השוו עניין קוזלי, עמודים 566-567; עניין אייזן, פסקה 39). נסיבות המקרה דנא, שפורטו בהרחבה לעיל, מצדיקות סטייה מעקרון סופיות הדיון ומחייבות בחינתו של החומר הנוסף והשלכותיו על שאר הראיות בתיק. קביעה לעניין חפותו או אשמתו של המבקש תוכל להיעשות רק בתום המשפט החוזר עצמו.

הבקשה אפוא, מתקבלת. מכוח סמכותי לפי [סעיף 31\(א\) לחוק בתי המשפט](#), אני מורה על קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש, עבד אלקדר סאלם, בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע.

ע' ארבל 54678313-4811/12

ניתנה היום, כ"ב באייר התשע"ג (2.5.2013).

ש ו פ ט ת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12048110\_B07.doc עכ  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)